

ACTUALIDAD JURÍDICA

Revista de Derecho de la Universidad del Desarrollo

AÑO XXV, N.º 50 – JULIO 2024



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

Secretaria de Redacción
Isabel Wigg Sotomayor

Soporte Digital
Carla Carreño Guitérrez

Consejo Editorial

Lilian C. San Martín Neira
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
- Semblanza de Hugo Rosende Álvarez (Isabel Warnier y Ambrosio Rodríguez)..... 9

I. TEMA CENTRAL: DERECHO E INTELIGENCIA ARTIFICIAL

- Los niños, niñas, adolescentes y las empresas en el mundo digitalizado (Aída Kemelmajer de Carlucci) 15
- Líneas generales de la nueva directiva europea de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos (Miquel Martín-Casals) 35
- Inteligencia artificial y derechos fundamentales: impacto en los derechos de la privacidad (Marisol Peña Torres y María José Martabit Sagredo) 77
- La ley de inteligencia artificial de la UE: un hito normativo en la escena global (Raúl F. Campusano Droguett y Josefa B. Giesen Espejo) 105
- Algunas consecuencias jurídicas de la inteligencia artificial considerada como persona (Juan Cristóbal Jaramillo Charles, Francisco Micheli Basualto y Luis Zurita Torres) 137
- Ordoliberalismo y subsidiariedad como principios para regular la inteligencia artificial (María Francisca Labbé Figueroa)..... 163
- El marco de seguridad europeo y la responsabilidad civil por productos digitales (José Carlos Hernández-Zuluaga)..... 177
- Explorando la responsabilidad civil y el riesgo en el proyecto de ley chileno sobre inteligencia artificial (Felipe Diez Ringlele) 221
- Panorama del fenómeno de la inteligencia artificial en relación con la responsabilidad civil (Isabel Wigg Sotomayor) 245
- Inteligencia artificial: un desafío a nuestra existencia humana (Laura Nahabetián Brunet).... 265
- Ciberrastreo analítico: *web scraping* y *big data* como técnicas de investigación en el derecho procesal penal chileno (Roberto Navarro-Dolmestch)..... 299
- Inteligencia artificial y prisión preventiva (Cristian Ramírez Tagle)..... 337
- Armas autónomas, inteligencia artificial y deshumanización digital: un caso de conexión necesaria y esencial entre el derecho de la inteligencia artificial y la Cláusula Martens (Marcos López Oneto) 363

II. MISCELÁNEOS

- La revocación del testamento: ¿es posible revocarlo mediante escritura pública otorgada con ese preciso objeto o es necesario que su revocación se contenga en un nuevo testamento? (Hugo Rosende Álvarez (QEPD) e Isabel Warnier Readí)..... 405
- Cláusula resolutoria y calificación contractual de la gravedad del incumplimiento (Mauro Grondona) 433

- Consideraciones relativas al nuevo derecho belga de la responsabilidad civil extracontractual (Renzo Munita Marambio y Luis López Fuentes) 449
- El servicio de cajas de seguridad de los bancos. Naturaleza jurídica y características (Joel González Castillo)..... 475
- Multas impuestas en un contrato de concesión: la eventual pesadilla de su pago en treinta días siguientes a su notificación (David Navea Moya)..... 497
- ¿Es necesario que la resolución que recibe la causa a prueba se notifique a ambas partes para que se interrumpa el plazo de cómputo del abandono del procedimiento? (Jaimé Carrasco Poblete)..... 533
- ¡Montañismo constitucional! Cuando el éxito del proceso no está en la cumbre, sino al final del descenso (Alejandro Lagos Torres)..... 551

III. LIBROS, RESÚMENES Y RECENSIONES

- Índice *Revista Derecho Público Iberoamericano*, n.º 24, Universidad del Desarrollo, abril de 2024 567

PRESENTACIÓN

Con profundo orgullo y satisfacción, presentamos la edición número 50 de nuestra revista *Actualidad Jurídica*, al cumplirse veinticinco años desde su inicio, con dos publicaciones anuales que lo han sido de manera ininterrumpida. Este hito nos brinda la oportunidad de reflexionar sobre el camino recorrido, los logros alcanzados y los desafíos que nos esperan en el ámbito del derecho.

En esta ocasión especial queremos rendir un homenaje sincero y emotivo a nuestro querido profesor Hugo Rosende, cuya influencia y sabiduría han sido pilares fundamentales para nuestra comunidad académica. Nunca nos cansaremos de reiterar que su incansable dedicación a la enseñanza y su compromiso con el desarrollo del derecho han dejado una huella imborrable en todos aquellos que han tenido el privilegio de aprender de él. Este número especial está dedicado a su memoria, como muestra de nuestro profundo agradecimiento y admiración.

El tema central de esta edición conmemorativa es el derecho y la inteligencia artificial, un campo que ha cobrado una relevancia insoslayable en la actualidad. La irrupción de la inteligencia artificial plantea innumerables desafíos y oportunidades para el derecho, desde la regulación de nuevas tecnologías hasta la responsabilidad civil en contextos cada vez más complejos. En este sentido, hemos reunido una serie de artículos que abordan diversas aristas de esta temática, con el objetivo de contribuir al debate y fomentar una comprensión más profunda de las implicancias jurídicas de la inteligencia artificial.

A lo largo de estos veinticinco años, nuestra revista ha sido testigo y protagonista de importantes debates académicos y legales. Hemos sido un espacio para el análisis crítico y riguroso, promoviendo siempre la excelencia. Este aniversario nos impulsa a redoblar nuestros esfuerzos para seguir siendo un referente en el ámbito del derecho, adaptándonos a los cambios y desafíos que el futuro nos depara.

Queremos expresar nuestro más sincero agradecimiento a todos aquellos que han sido parte de esta travesía: autores, colaboradores, lectores y, por supuesto, a nuestra querida comunidad académica. Sin su apoyo y dedicación, estos veinticinco años de éxitos y aprendizajes no habrían sido posibles.

Les invitamos a sumergirse en esta edición especial, con la esperanza de que los contenidos aquí presentados sean una fuente de inspiración y conocimiento. Que este número conmemorativo sirva no solo para celebrar nues-

tro pasado, sino, también, para vislumbrar un futuro lleno de nuevas posibilidades y desafíos en el mundo del derecho y la inteligencia artificial.

GONZALO RIOSECO MARTINEZ
DIRECTOR

SEMBLANZA DE HUGO ROSENDE ÁLVAREZ

La Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo, a través su decano, Gonzalo Rioseco Martínez, nos ha honrado al solicitarnos que en esta edición especial de la revista *Actualidad Jurídica*, que alcanza su número cincuenta, escribamos unas líneas acerca de la vida y obra de quien fuera uno de sus más destacados y queridos académicos, el señor Hugo Rosende Álvarez, prematura y recientemente fallecido a inicios de este año 2024.

Fieles a la arraigada manera de ser de Hugo, en el sentido de mantener a toda costa una actitud ajena a la notoriedad pública, celoso guardián de su intimidad y anonimato, obviaremos adjetivos y vivencias que espontáneamente nos surgen al recordarlo, para centrarnos en sus principales características, tanto como persona, profesor de derecho civil y destacado abogado.

En lo personal, para intentar retratarlo, se nos viene a la memoria que su vida en todos sus aspectos estuvo inspirada en su fe católica. Calza a la perfección con la frase que proclama: que se debe predicar con el ejemplo. A su misa diaria, agregó siempre una especial dedicación a su familia, amigos y alumnos. Era quien visitaba a los enfermos y a quienes sufrían alguna desgracia; el que, para aplacar angustias y traer esperanzas, regalaba chocolates y denarios; el que se preocupaba de las dificultades personales y profesionales de quienes conocía y estimaba y que, sin que se lo pidieran, con solo enterarse de una situación compleja, se hacía presente para intentar calmar las aflicciones.

Como profesor universitario, se formó en la senda de personas de tanta significación como su padre, Hugo Rosende Subiabre y de otros tan señeros como: Avelino León Hurtado, Fernando Mujica Bezanilla, Pablo Rodríguez Grez, Jacobo Schaulshon Numhauser, Gonzalo Figueroa Yáñez, Francisco Merino Scheihing, Fernando Fueyo Laneri, Claudio Illanes Ríos, Jorge López Santa María, Cesar Parada Guzmán, por nombrar solo a algunos. Con ellos compartió largos años al inicio de su carrera académica en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, en la que recorrió los distintos grados docentes en la asignatura de Derecho Civil desde 1975 hasta 1999. Gracias a sus especiales condiciones humanas e intelectuales, profesores y estudiantes le demostraron un gran aprecio, reconociéndolo como un hombre íntegro, amable y noble.

Se incorporó a esta Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo el año 2000, coincidiendo con la llegada del académico Pablo Rodríguez

Grez como decano de la sede de Santiago. Asumió de inmediato la cátedra de Derecho Civil en los distintos niveles en que se imparte; paralelamente se le designó como director del Departamento de Derecho Privado y fue también activo miembro del Comité de Redacción de la revista *Actualidad Jurídica*.

Durante sus años en esta Facultad, advirtiendo la dificultad que para no pocos egresados de la carrera presenta el examen de grado, ideó y llevó a la práctica su muy demandado y elogiado curso de preparación para la licenciatura, que es un ejemplo de sistematización y exposición del funcionamiento integral del sistema de derecho civil, concebido como una unidad que interactúa perfectamente con todos sus integrantes dogmáticos y que, al estudiarse por separado en anualidades o semestres no siempre es captado así por los estudiantes.

Trabajando silenciosamente se encargó de modernizar los planes de estudio de derecho civil, modificando contenidos tradicionales, adecuándolos a las prácticas que los nuevos tiempos imponen a los abogados. Para comprender aún más su capacidad y dedicación permanente al desarrollo de los estudios de derecho civil, al nivel que más importa, el de los estudiantes, que son los destinatarios de todos los esfuerzos, escribió el libro *Derecho aplicado 102 a 203 casos prácticos* que tuvo por misión dar continuidad al libro *Derecho aplicado 101 casos prácticos* también de su autoría y más precisamente a la enseñanza del derecho civil con énfasis en la resolución de casos.

La idea central que se había propuesto implementar en los cursos era que los alumnos fueran capaces de explorar el derecho civil como un conjunto unificado y coherente, invitando a los profesores a enfatizar la enseñanza más allá de la letra de la ley, recurriendo a los principios, instituciones y la interrelación de las normas del *Código Civil*. Es así que estos esfuerzos dieron origen también a otro libro, *Guía para el estudio del derecho civil, geografía, principios e instituciones del Código Civil chileno*, publicado por esta Facultad.

Formó e integró la comisión de casos para exámenes de licenciatura. Cada viernes, a las tres de la tarde en punto, se reunía con la única otra integrante de la comisión, quien le proponía los casos que había preparado durante la semana. Sin formular crítica alguna, se sentaba a revisar y mejorar lo obrado hasta que quedara acrisolado, gracias a su pluma e intelecto envidiable. El método de casos se ha convertido en una estrategia muy eficaz para que los estudiantes de derecho adquieran aprendizajes y desarrollen diferentes habilidades gracias al protagonismo que tienen en su resolución. Se trata de casos elaborados a partir de la amplitud propia del derecho civil, donde se apuntan los antecedentes necesarios para que el estudiante esté viviendo la situación jurídica planteada y así pueda realizar su mejor desempeño para lograr una resolución fundada.

Su trayectoria académica se manifestó, también, a través de la publicación de varias obras de derecho civil. Desde muy temprano destacamos la pu-

blicación de su memoria de prueba, *Algunas consideraciones sobre la responsabilidad precontractual*, publicada por la editorial Universitaria de Valparaíso; luego su libro sobre *Nuevo derecho de familia*; la *Guía en el estudio del derecho civil, geografía, principios e instituciones del Código Civil chileno*; su libro *Derecho aplicado: 101 casos prácticos*, cuyo segundo tomo, de casos 102 a 202 publicó recientemente esta Facultad.

Por su parte, las bibliotecas del Congreso Nacional y de la Contraloría General de la República señalan de su autoría artículos intitulados: “Algunas consideraciones acerca de la protección de datos personales”; “La limitación de las fuentes de derechos reales”; “¿Subsisten los principios del Código Civil de Bello?”; “Algunas consideraciones que rigen los actos jurídicos de derecho privado”; “Algunas consideraciones sobre la interpretación de los contratos”; “Algunos principios que informan la Teoría de la Ley: título preliminar del Código Civil”; “El derecho a la intimidad y a la honra frente a la indemnización del daño moral”; “La interpretación judicial de la ley”; “La simulación y la jurisprudencia”; “La simulación y los actos fiduciarios”; “Algunos aspectos acerca de las nuevas tendencias sobre la responsabilidad civil extracontractual”; “Persona, familia y sociedad”; “Algunas consideraciones sobre el estatuto de la filiación”; “Nuevas normas reguladoras de los arrendamientos de predios urbanos”; “La naturaleza de las obligaciones de los médicos”; “Algunas consideraciones acerca de los efectos unitarios de la filiación matrimonial y extramatrimonial”; “El Código Civil chileno permite la cesión del derecho de usufructo, esto es la calidad de usufructuario, y no sólo del derecho de emolumento o facultad de percibir los frutos de la cosa fructuaria”. Algunas de estas obras fueron publicadas en distintos números de la revista *Actualidad Jurídica*, desde su primera edición, el año 2000.

En cuanto a su ejercicio profesional como abogado, que desarrolló a la par con sus actividades académicas, lo inició en la oficina de su padre el año 1975 hasta 1990, para luego incorporarse, en el año 1991, al estudio profesional de los abogados Pablo Rodríguez Grez y Pedro Pablo Vergara Varas, a quienes se sumó luego Fernando Rabat y otros distinguidos abogados, quienes han desarrollado una intensa y reconocida práctica profesional, con participación en juicios connotados y trascendentes, tanto en materias civiles como comerciales y constitucionales.

Destacó, también, por los Informes en derecho que abogados le encargaban, en los que se destaca la precisión y pulcritud de redacción, conceptos depurados, tratamiento integral de la jurisprudencia pertinente y más importante aún, la forma de analizar los argumentos que contradecía, para luego establecer con precisión los errores de la tesis contraria, pero siempre en un lenguaje amable, carente de animosidad, es decir, propio de quien hizo de la medida una de sus características más significativas.

Es así como la forma en que abordó su ejercicio profesional y docente es reveladora de su manera de ser; sin estridencias ni titulares, nunca persiguiendo luces, ni cámaras, ni micrófonos, pues siempre prefirió el trabajo serio, metódico, responsable, incluso anónimo si era necesario.

Finalmente, y representando a tantos que tuvieron la suerte de conocerlo, no podemos sino concluir estas líneas diciendo que Hugo Rosende Álvarez fue un hombre excepcional que, como ha sido unánimemente destacado por todos quienes se han referido a su lamentable fallecimiento, dejó una huella imborrable en tantos que tuvimos la fortuna de compartir con él.

AMBROSIO RODRÍGUEZ Q.
ISABEL WARNIER R.

TEMA CENTRAL
“DERECHO E INTELIGENCIA ARTIFICIAL”

LOS NIÑOS, NIÑAS, ADOLESCENTES Y LAS EMPRESAS EN EL MUNDO DIGITALIZADO

BOYS, GIRLS, ADOLESCENTS AND COMPANIES IN THE DIGITALIZED WORLD

*Aída Kemelmajer de Carlucci**

RESUMEN: La enorme participación de los niños, niñas y adolescentes en el comercio digitalizado obliga a las empresas a tomar medidas que respeten los derechos humanos de este grupo tan especial de consumidores.

PALABRAS CLAVE: niñez, autonomía, derechos humanos, informática.

ABSTRACT: The enormous participation of children and adolescents in digitalized commerce forces companies to take measures that respect the human rights of this very special group of consumers.

KEYWORDS: childhood, autonomy, human rights, computing.

INTRODUCCIÓN

Estas líneas están dedicadas al papel de los niños, niñas y adolescentes (en adelante NNA) en el actual mundo empresarial de los mercados digitalizados.

¿Por qué este tema?

Se afirma que “Las personas menores de edad son protagonistas casi exclusivas y excluyentes del mercado de consumo”¹.

* Doctora Honoris Causa de la Universidad de Montpellier y París XII (Francia) y de las universidades argentinas de Buenos Aires, Litoral, Tucumán, Rosario, Bahía Blanca, entre otras.

¹ SHINA (2018).

Exagerada o no la expresión, los NNA adquieren bienes y servicios en forma habitual por internet. Más aún, la aparición de sofisticadas tecnologías informáticas aplicadas al consumo ha incrementado su participación. Desde hace algunos años, hablar de niñez y adolescencia implica reconocer a los nativos digitales o *digital natives*, o sea, personas que han nacido y se han desarrollado en un entorno marcado por las comunicaciones digitales. La intercomunicación y la conectividad son una realidad insoslayable de estos grupos etarios. Se ha dicho:

“se debe eliminar la dicotomía de lo real y lo virtual, de lo físico y lo digital. Los chicos están conectados día y noche, y no sienten que su vida digital sea virtual”.

Un estudio de UNICEF del ya lejano 2016 indicaba que seis de cada diez NNA se comunican usando el celular y ocho de cada diez usan internet. Es indudablemente que estos números se han acentuado en 2024, pandemia de por medio.

El desarrollo del entorno digital y la participación de los NNA en los últimos años ha sido exponencial. La tarea del derecho es altamente difícil, desde que ventajas y desventajas requieren un nuevo equilibrio. El fomento del acceso a internet y la difusión y aprendizaje de las nuevas tecnologías por los NNA son muy positivos, pero resulta necesaria prevención, límites y control de acceso contenido etc., por las circunstancias intrínsecas del propio entorno digital².

En el plato positivo de la balanza se colocan las actividades que, incluso, pueden generar ingresos patrimoniales y no encuadran en la concepción tradicional del trabajo, empleo, profesión o industrias. Los nativos digitales cuentan con habilidades específicas. Pueden ganar dinero a través de competencias de videojuegos; así:

“un adolescente argentino de 13 años consiguió un buen puesto en una competencia mundial de un popular video juego (Copa Mundial de Fortnite) y ello le generó una ganancia de casi un millón de dólares”³.

Pero, al mismo tiempo, hay que tener en cuenta que, con frecuencia, la contratación se realiza a través de contratos con cláusulas generales predispuestas con todos los riesgos implícitos⁴; el acceso puede suponer la cesión de da-

² La preocupación está en diversos países, tal como lo muestra la bibliografía; para Italia, véase ANNONI e THIENE (2019); ASTONE (2019); PENNETTA (2014).

³ PELLEGRINI (2019) p. 123.

⁴ HIDALGO (2019) p. 237.

tos, imágenes, etc., que luego son utilizados por las grandes compañías del entorno digital en la producción y comercialización⁵, etcétera.

Además, la rápida evolución tecnológica y la globalización han planteado nuevos retos para la protección de datos personales. La expansión de internet, la aparición de multitud de nuevos servicios, la proliferación de dispositivos móviles entre los jóvenes, el fenómeno del *big data*, etc., han facilitado la libre circulación de los datos y han transformado la vida social y económica, todo lo cual exige garantizar el nivel de su protección y una adecuada política de privacidad⁶.

I. LAS EMPRESAS, LOS NNA

Y LOS DERECHOS HUMANOS DE LA NIÑEZ

El Comité Internacional de los Derechos del Niño, órgano creado por la Convención Internacional de los Derechos del Niño, se ha expresado extensamente en diversas ocasiones sobre la relación entre la niñez y el mundo empresarial.

(1) La primera vez lo hizo en la observación general n.º 16 (2013), relativa a las “Obligaciones del Estado en relación con el impacto del sector empresarial en los Derechos del Niño”.

Vale la pena transcribir algunos parágrafos, redactados hace ya una década.

La situación reinante se describe de la siguiente manera:

1. “El impacto del sector empresarial en los derechos del niño ha aumentado en los últimos decenios debido a factores tales como el carácter globalizado de las economías y de las actividades empresariales y las tendencias actuales de descentralización, así como la externalización y la privatización de las funciones del Estado que afectan el disfrute de los derechos humanos. Las empresas pueden ser un motor fundamental para que las sociedades y las economías avancen de manera que se fortalezca la efectividad de los derechos del niño mediante, por ejemplo, los avances tecnológicos, la inversión y la generación de trabajo decente. Sin embargo, la efectividad de los derechos del niño no es una consecuencia automática del crecimiento económico y las empresas también pueden afectar negativamente a los derechos del niño”.

⁵ LAMBEA (2019) p. 177 y ss.

⁶ BERROCAL (2019) p. 207 y ss.

“19. Las actividades y operaciones de las empresas pueden afectar de diferentes maneras a la aplicación del artículo 6. Por ejemplo, la degradación y la contaminación ambiental derivada de las actividades empresariales pueden poner en peligro los derechos del niño a la salud, la seguridad alimentaria y el acceso al agua potable y al saneamiento. La venta o el arrendamiento de tierras a inversores pueden privar a las poblaciones locales del acceso a los recursos naturales vinculados a su subsistencia y su patrimonio cultural; los derechos de los niños indígenas pueden estar particularmente en riesgo en este contexto⁷. La mercadotecnia dirigida a los niños de productos como cigarrillos y alcohol, así como de alimentos y bebidas con alto contenido en grasas saturadas, ácidos grasos trans, azúcar, sal o aditivos puede tener un impacto a largo plazo sobre su salud⁸. Cuando las prácticas de empleo de las empresas requieren que los adultos realicen largas jornadas de trabajo, los niños de más edad, especialmente las niñas, pueden tener que asumir las obligaciones domésticas y de cuidado de los niños que corresponden a sus padres, lo que puede afectar negativamente a su derecho a la educación y al juego; además, dejar a los niños solos o al cuidado de hermanos mayores puede tener repercusiones en la calidad de la atención y en la salud de los niños más pequeños”.

Más adelante, al referirse a las obligaciones del Estado en contextos específicos, agrega:

“55. Los sistemas tributarios ineficaces, la corrupción y la mala gestión de los ingresos del gobierno procedentes de, entre otros, las empresas estatales y los impuestos sobre sociedades pueden limitar los recursos disponibles para el ejercicio de los derechos del niño con arreglo al artículo 4 de la Convención. Además de las obligaciones existentes contraídas en virtud de los instrumentos de lucha contra el soborno y la corrupción⁹, los Estados deben elaborar y aplicar leyes y reglamentos eficaces para obtener y gestionar las corrientes de ingresos procedentes de todas las fuentes y garantizar la transparencia, la rendición de cuentas y la equidad”.

⁷ Observación general n.º 11 (2009) sobre los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención, Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo quinto período de sesiones, Suplemento n.º 41 (A/65/41), anexo III, párr. 35.

⁸ Véase la observación general n.º 15 (2013) sobre el derecho del niño al más alto nivel posible de salud, de próxima publicación, párr. 47.

⁹ Como la Convención de la OCDE para la represión del cohecho de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales o la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

“59. Los niños pueden considerar que el contenido de los anuncios publicitarios transmitidos por los medios de comunicación es veraz e imparcial y, por consiguiente, pueden consumir y utilizar productos que son dañinos. La publicidad y la mercadotecnia también pueden influir poderosamente en la autoestima de los niños, por ejemplo, cuando representan el cuerpo humano de forma poco realista. Los Estados deben velar por que la mercadotecnia y la publicidad no afecten negativamente a los derechos del niño y adoptar normas adecuadas y alentar a las empresas a que se adhieran a los códigos de conducta, etiqueten de manera clara y precisa los productos e informen a los padres y los niños de manera que puedan tomar decisiones bien fundadas como consumidores”.

Sobre las empresas que manejan los medios de comunicación digitales, señala:

“60. Los medios de comunicación digitales son motivo de especial preocupación, ya que muchos niños pueden acceder a Internet y ser también víctimas de la violencia, como el acoso cibernético, la captación con fines sexuales, la trata o el abuso y la explotación sexuales por medio de Internet. Aunque las empresas pueden no estar directamente involucradas en esos actos delictivos, pueden ser cómplices de esas violaciones mediante sus acciones. Por ejemplo, la utilización de niños en el turismo sexual puede ser facilitada por las agencias de viajes que operan en Internet, ya que permiten el intercambio de información y la planificación de actividades de turismo sexual. Las empresas que operan en Internet y las empresas emisoras de tarjetas de crédito pueden facilitar indirectamente la utilización de niños en la pornografía. Además de cumplir sus obligaciones dimanantes del Protocolo facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, los Estados deben facilitar a los niños información apropiada para su edad sobre la seguridad en Internet, de manera que puedan afrontar los riesgos y saber a quién acudir en busca de ayuda. Deben coordinarse con el sector de la tecnología de la información y las comunicaciones para desarrollar y aplicar medidas adecuadas para proteger a los niños contra el material violento e inapropiado”.

La preocupación especial sobre el acceso a la justicia y la situación de desigualdad de los NNA respecto de las empresas se expresa del siguiente modo:

“66. Los niños suelen encontrar dificultades para acceder al sistema de justicia para solicitar una reparación efectiva por abusos o violaciones de sus derechos cuando hay empresas involucradas. Pueden carecer de

legitimación procesal, lo que les impide interponer una demanda. A menudo, los niños y sus familias desconocen sus derechos y los mecanismos y los procedimientos de que disponen para obtener reparación, o desconfían del sistema judicial. Cabe la posibilidad de que los Estados no siempre investiguen las infracciones de las leyes penales, civiles o administrativas cometidas por empresas. Hay enormes desequilibrios de poder entre los niños y las empresas y, a menudo, en los pleitos contra estas las costas son prohibitivas y no es fácil obtener representación letrada. Los casos que afectan a empresas se solucionan con frecuencia fuera de los tribunales y en ausencia de un *corpus* consolidado de jurisprudencia. En las jurisdicciones donde el precedente judicial es persuasivo los niños y sus familias tienen más probabilidades de abandonar los pleitos ante la incertidumbre que rodea a los resultados.

67. Existen dificultades particulares para obtener reparación en los casos de abusos en el contexto de las operaciones mundiales de las empresas. Las filiales u otras entidades pueden carecer de seguros o tener una responsabilidad limitada; la estructura de las empresas transnacionales en entidades separadas puede dificultar la identificación y atribución de responsabilidades jurídicas individuales; el acceso a la información y a las pruebas en distintos países puede resultar problemático al presentar y defender una demanda; puede ser difícil obtener asistencia jurídica en jurisdicciones extranjeras y se pueden utilizar diversos obstáculos jurídicos y de procedimiento para invalidar las demandas extraterritoriales”.

“71. Los mecanismos extrajudiciales, como la mediación, la conciliación y el arbitraje, pueden ser opciones útiles para dirimir las controversias relativas a los niños y las empresas. Deben estar disponibles sin perjuicio del derecho al recurso judicial. Esos mecanismos pueden desempeñar un papel importante, en paralelo a los procesos judiciales, siempre y cuando se ajusten a la Convención y sus protocolos facultativos y a los principios y las normas internacionales de eficacia, celeridad, garantías procesales e imparcialidad. Los mecanismos de reclamación establecidos por las empresas pueden ofrecer soluciones flexibles y oportunas y, en ocasiones, puede redundar en favor del interés superior del niño que se resuelvan por esos medios las preocupaciones planteadas en cuanto a la conducta de una empresa. Estos mecanismos deben atenerse a determinados criterios, como ser accesibles, legítimos, predecibles, equitativos, compatibles con los derechos, transparentes, ser una fuente de aprendizaje continuo y basarse en el diálogo¹⁰. En todos los casos, debe facilitarse el acceso a

¹⁰ Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie, Principios Rec-

los tribunales o la revisión judicial de los recursos administrativos y otros procedimientos”.

(2) Para estas reflexiones interesa especialmente la observación general n.º 25 (2021) relativa a los “Derechos de los niños en relación con el entorno digital”¹¹.

Se trata de un documento al que se llegó después de haber consultado a los destinatarios, o sea, los NNA, tal como surge de la introducción en la que se transcriben algunas respuestas tales como:

“Por medio de la tecnología digital, podemos obtener información de todas partes del mundo”; “La tecnología digital me permitió conocer aspectos importantes de mi propia identificación personal”; “Cuando estás triste, Internet puede ayudarte a ver cosas que te alegran”.

Opinaron que el entorno digital debe apoyar, promover y proteger su participación segura y equitativa:

“Nos gustaría que el gobierno, las empresas de tecnología y los maestros nos ayudaran a gestionar la información no fiable en línea.”; “Me gustaría conocer mejor lo que ocurre realmente con mis datos... ¿Por qué y de qué forma se reúnen?”; “Me preocupa que se difundan mis datos”.

Más adelante la observación general señala:

“19. Los Estados partes deben respetar la evolución de las facultades del niño como un principio habilitador que determina su proceso de adquisición gradual de competencias, comprensión y autonomía. Ese proceso reviste especial importancia en el entorno digital, en el que los niños pueden participar con mayor independencia respecto de la supervisión de sus padres y cuidadores.

Las oportunidades y los riesgos asociados a la participación de los niños en el entorno digital varían en función de su edad y su fase de desarrollo. Los Estados partes deben atender a estas consideraciones al concebir medidas encaminadas a proteger a los niños en ese entorno o a facilitar su acceso a él. La elaboración de medidas apropiadas en función de la edad debe basarse en las investigaciones mejores y más actualizadas disponibles en las diversas disciplinas.

20. Los Estados partes deben tener en cuenta la constante evolución de los niños y de su nivel de autonomía en el mundo moderno,

tores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del Marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”, A/HRC/17/31, principio rector 31.

¹¹ Véanse breves comentarios en TORRES y PALACIOS (2023); también en ARIAS (2023).

así como su grado de competencia y comprensión, que se desarrollan de forma desigual en las distintas esferas de aptitud y actividad, y la diversa naturaleza de los riesgos posibles. Ahora bien, debe lograrse un equilibrio entre estas consideraciones y la importancia de que los niños ejerzan sus derechos en entornos que les proporcionen el apoyo necesario, por un lado, y la variedad de experiencias y circunstancias individuales, por otro. Los Estados partes deben garantizar que los proveedores de servicios digitales ofrezcan servicios acordes con la evolución de las facultades de los niños.

21. De conformidad con la obligación de los Estados de prestar una asistencia adecuada a los padres y cuidadores en el desempeño de sus responsabilidades en la crianza de los niños, los Estados partes deben promover que aquellos sean conscientes de la necesidad de respetar la evolución de la autonomía, las facultades y la privacidad de los niños. Deben apoyar a los padres y cuidadores para que adquieran conocimientos digitales y sean conscientes de los riesgos que corren los niños a fin de ayudarles a hacer efectivos sus derechos, incluido el derecho de protección, en relación con el entorno digital”.

II. LA APARICIÓN EN EL ÁMBITO JURÍDICO DE LA NOCIÓN DE “AUTONOMÍA PROGRESIVA”.

Hasta hace pocos años pudo decirse con razón que:

“la forma en que tratamos a las personas menores de edad como seres incapacitados para cualquier tarea, incrementa su vulnerabilidad, impide el desarrollo de sus habilidades y reduce sus capacidades. Esta representación de las personas menores de edad tiene por fin legitimar y mantener la superioridad y el dominio de los adultos sobre ellos y la natural y racional clasificación humana entre seres racionales y no racionales”¹².

Este aserto era correcto, porque las nociones tradicionales de *menor de edad*, *capacidad*, *incapacidad*, *representación* ya no son adecuadas para describir todos los actos y actividades que ellos desarrollan¹³. El contexto vital del siglo XXI es muy diferente al que conocieron sus padres y sus abuelos¹⁴. Los operadores

¹² RUBIO (2017).

¹³ FERRANDO (1999) p. 59; conf. LISELLA (1984) n.º 16 y ss. Para la cuestión en Italia, en general, véase BALLARANI (2008).

¹⁴ HIDALGO (2019) p. 237.

del derecho hemos tomado conciencia de que una persona menor de edad puede tener aptitud para decidir sobre ciertas cuestiones (de hecho, los nietos enseñan a los abuelos a ingresar en el mercado informático), pero no sobre otras, pues no siempre es necesario el mismo grado de comprensión y argumentación¹⁵.

Se incorporó, entonces, incluso a través de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, la noción de “autonomía progresiva” que, a diferencia de la capacidad, no se alcanza en un momento preciso; no se adquiere o pierde en un día, o en una semana; no es algo rígido, a “todo o nada”; no se encuentra inserta en moldes rígidos. Por el contrario, exige una valoración compleja de cada caso que se nutre de pautas que, como regla, funcionan como conceptos jurídicos indeterminados (por ejemplo: evolución, desarrollo, madurez, etc.). Es decir, se trata de un elemento de *desarrollo evolutivo*, que va adquiriéndose con la madurez psicológica y cognitiva, y que puede, y debe, graduarse en función de la decisión a tomar y del alcance y la magnitud de sus consecuencias.

La necesidad de salir de un sistema jurídico rígido binario (capacidad/incapacidad) se funda en que la persona menor de edad no cambia abruptamente de un día para otro; por el contrario, transita un proceso evolutivo en el cual va construyendo su aptitud para ir tomando decisiones; por eso, su protagonismo en las cuestiones de su interés debe incrementarse de modo gradual y acomodarse en función de la decisión a tomar y del alcance y magnitud de sus consecuencias. El desarrollo de los niños desde la primera infancia va consolidando fortalezas de distinto tipo: físicas (para afrontar barreras cotidianas), intelectuales (por ejemplo: adquisición del lenguaje, comprensión de conceptos básicos); sociales (por ejemplo: aprendizaje acerca de la propia identidad, relaciones dentro de la familia); emocionales (por ejemplo, establecimiento de relaciones como el amor, el afecto, el sentido de seguridad)¹⁶. El derecho debe tomar en cuenta esos procesos de maduración ligados no solo al patrón biológico o etario, sino, también, a factores de interacción social y desarrollo cognitivo. Desde esta perspectiva, la autonomía progresiva resulta un parámetro para graduar la posibilidad de ejercer por sí solo los derechos, según una serie de pautas¹⁷. En este sentido, la opinión consultiva n.º 17¹⁸ del Comité Internacional de los Derechos del Niño reconoce:

“hay gran variedad en el grado de desarrollo físico e intelectual, en la experiencia y en la información que poseen quienes se encuentran comprendidos en el concepto de niño, niña o adolescente”.

¹⁵ PAJARO (2019) p. 15.

¹⁶ RAPPAZZO (2017).

¹⁷ BALIERO DE BURUNDARENA (2021) p. 151.

¹⁸ Para un cuidadoso análisis de la opinión consultiva n.º 17, HERRERA (2009) p. 107.

Además, el reconocimiento de la capacidad progresiva implica poner la atención en la personalidad del niño y en el respeto de las necesidades que se presentan en cada periodo de la vida¹⁹. Así, la “autonomía personal”, aquello que cada persona quiere ser (el proyecto de vida propio) se manifiesta en la “autonomía progresiva” como el reconocimiento del sistema jurídico de esta facultad en favor de sujetos que se encuentran creciendo, evolucionando, desarrollando y creando su propia historia.

La aceptación del concepto también es útil para generar cambios sociales. El proceso de socialización y maduración de los adolescentes genera que ellos tengan mayores posibilidades que los adultos de modificar sus conductas. Dicho de otro modo, los NNA son altamente receptivos a las transformaciones y más permeables que los adultos al contexto en el que se desarrollan; de allí que sean “agentes de cambio social sumamente valiosos para torcer el rumbo de una sociedad signada por la desigualdad, la violencia y la discriminación”²⁰.

Por lo expuesto, sin desconocer que la expresión autonomía²¹ no está exenta de observaciones²², el *Código Civil y Comercial* argentino incorporó expresamente este concepto jurídico indeterminado²³, incluyendo, junto al dato etario rígido (la edad), uno flexible (el grado de madurez).

Ahora bien, el papel de la autonomía progresiva es aceptado, cada vez con menos resistencia, cuando se trata del ejercicio de derechos fundamentales, de estricto corte personal. En cambio, se sigue discutiendo fuertemente si es aplicable al ejercicio de derechos de contenido patrimonial²⁴. Se explica

¹⁹ Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, sala Civil, Comercial y de Minería, 21/10/2020, La Ley Online, cita en línea: AR/JUR/50934/2020.

²⁰ ZUCCARINI (2019) p. 381.

²¹ Para la denominación, véase CASAS (2008) p 467; DÍAZ (2006) p. 185.

²² Se habla de “inflación” en el uso del término ‘autonomía’. Para un análisis del vocablo y su historia, JUNQUERA DE ESTÉFANI (2008) p. 129. En esta línea, una autora prefiere la palabra ‘competencia’, inicialmente utilizada (competencia). Véase AMILIBIA (2018) p. 31 y ss.

²³ La noción fue “popularizada” por Chaim Perelman, véase, entre muchas de sus obras, PERELMAN (1984). Se trata de un libro que contiene artículos de diversos autores europeos. Hoy es usada en todas las ramas del derecho. Así se afirma: “Los conceptos jurídicos indeterminados son términos o expresiones contenidos en normas jurídicas que, por no tener exactitud en su sentido, permiten que el intérprete o el aplicador puedan atribuir cierto significado, mutable en función de la valoración que se procede ante los presupuestos de la norma. La ley no determina con exactitud los límites de esos conceptos porque se trata de conceptos que no admiten una cuantificación o determinación rigurosas, pero en todo caso es manifiesto que se está refiriendo a un supuesto de la realidad que, no obstante la indeterminación del concepto, admite ser precisado en el momento de la aplicación”. ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (1998) p. 443.

²⁴ Para el tema, compulsar especialmente PELLEGRINI (2020) pp. 178-179; también PELLEGRINI (2019) p. 123. Con anterioridad a la vigencia del CC y C, la autora había publicado el tra-

la resistencia con base en el posible conflicto entre el interés superior del NNA y el interés del tráfico jurídico:

“el NNA podría contratar con la particularidad de que no queda obligado de modo absoluto, pues el contrato queda claudicante, de ahí su anulabilidad, de modo que solo él puede alegarla o puede optar por convalidar el acto”²⁵.

No obstante, adviértase que este es un efecto de la nulidad relativa, aplicable, también, en el régimen binario de la capacidad/incapacidad.

En ocasiones, la resistencia a la aplicación de la autonomía progresiva es correcta (aunque no todos los argumentos) desde que, como es lógico, siendo un derecho del NNA, no puede ser invocada en su perjuicio. Así, por ejemplo, aunque marcó una línea demasiado tajante entre actos personalísimos y patrimoniales, merece aprobación la decisión que rechazó el pedido de los padres de cancelar un usufructo sobre un inmueble de su propiedad que se adquirió con un usufructo a favor de la hija adolescente. En este sentido, el tribunal afirmó que el hecho de que la adolescente haya sido escuchada en el proceso y comprenda el acto no implica que cuente con capacidad para disponer de sus derechos patrimoniales por sí misma en tanto:

“al momento de celebrarse la audiencia la adolescente tenía recién 14 años y la autorización solicitada afecta sus derechos patrimoniales, sin significar beneficio alguno para ella, ni de índole patrimonial ni extrapatrimonial”²⁶.

Por la misma razón y, aunque se invoquen pautas culturales, en Argentina no sería aceptable la renuncia a una herencia por una niña. Un medio²⁷ informó que una niña de ocho años, en Surat, India, renunció a una herencia millonaria e ingresó a un monasterio. “La nena, que es muy religiosa, nunca vio televisión, películas, ni ha ido a centros comerciales y restaurantes”, indicó un allegado a la familia. Devanshi Sanghvi debía heredar el negocio de joyería Sanghvi and Sons, en Surat, conocida localmente como la “Ciudad del Diamante”, por su importancia en el comercio mundial de piedras preciosas.

bajo “Contactos entre la autonomía progresiva y la capacidad para contratar de las personas menores de edad”, *Revista de Derecho de Familia* n.º 42, 2009, p. 97. Puede también consultarse BUSSO (2018).

²⁵ BARTOLOMÉ (2015) pp. 120-121,

²⁶ Sala Tercera de la Cámara de apelaciones en lo civil y comercial de la provincia de Salta, 17/8/2018, Expte. N° 567.923/16/18 RC J 4731/19.

²⁷ www.clarin.com/viste/8-anos-renuncio-herencia-millonaria-ingreso-monasterio_0_nQ5RNMGFET.html [fecha de consulta: 18 de junio de 2024].

“La familia anunció esta semana la vocación de Devanshi, que fue agasajada en una ceremonia de cuatro días hasta que este miércoles llegó en un carruaje tirado por un elefante, al templo donde cambió lujosa vestimenta por un sencillo atuendo de algodón blanco”.

III. EL MUNDO INFORMÁTICO, EL MERCADO Y LA AUTONOMÍA PROGRESIVA

La autonomía progresiva de NNA adquiere nuevas dimensiones y genera nuevas preguntas en el mundo informático: a partir de qué edad se puede abrir una página o participar de una red; si puede o no oponerse a que sus padres compartan imágenes, comentarios, etc.²⁸. Por eso, en la observación general n.º 25 (2021) relativa a los Derechos de los niños en relación con el entorno digital, antes transcrita, se destaca que los Estados deben

“respetar la evolución de las facultades del niño como un principio habilitador que determina su proceso de adquisición gradual de competencias, comprensión y autonomía”.

Ahora bien, del mismo modo que internet traspone las fronteras, las respuestas eficaces requieren una cierta armonización legislativa, que todavía está muy lejos.

De cualquier modo, existen algunos avances²⁹.

Así, el 15 de diciembre de 2022, el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión aprobaron la Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital que expresa:

“Protección y empoderamiento de los niños y jóvenes en el entorno digital.

20. Debería empoderarse a los niños y los jóvenes para que puedan tomar decisiones seguras y con conocimiento de causa y expresar su creatividad en el entorno digital.

21. Los materiales y servicios adaptados a cada edad deberían mejorar las experiencias, el bienestar y la participación de niños y jóvenes en el entorno digital.

22. Debe prestarse especial atención al derecho de los niños y los jóvenes a ser protegidos frente a todo tipo de delincuencia cometida o facilitada a través de tecnologías digitales.

²⁸ HACKER (2021) p. 732.

²⁹ Véase, por ejemplo, CHIARELLA (2009) p. 1 y ss.

Nos comprometemos a:

- a) brindar oportunidades a todos los niños y los jóvenes para que adquieran las competencias y capacidades necesarias, en particular la alfabetización mediática y el pensamiento crítico, de modo que naveguen y participen en el entorno digital de manera activa y segura y tomen decisiones con conocimiento de causa;
- b) promover experiencias positivas para niños y jóvenes en un entorno digital seguro y adaptado a su edad;
- c) proteger a todos los niños y todos los jóvenes frente a los contenidos dañinos e ilegales, la explotación, la manipulación y el abuso en línea, y evitar que el espacio digital se utilice para cometer o facilitar delitos;
- d) proteger a todos los niños y todos los jóvenes frente al seguimiento, la elaboración de perfiles y la segmentación ilegales, en particular con fines comerciales;
- e) implicar a los niños y los jóvenes en el desarrollo de políticas digitales que les afecten”.

El parágrafo 20 implica el reconocimiento de un aspecto positivo (los medios tecnológicos desarrollan la creatividad de los NNA) y, al mismo tiempo, la advertencia sobre los riesgos; por eso, se afirma que hay que empoderarlos para que puedan tomar decisiones seguras. Más aún el parágrafo n.º 22, pone el foco en los eventuales delitos que pueden cometerse a través de las modernas tecnologías.

Por eso, aunque se trata de una declaración, los países que conforman el Parlamento Europeo se obligan, por un lado, a tomar medidas para que todos los NNA, sin discriminación, puedan ingresar en el mundo digital con todas sus ventajas y, por el otro, no solo a protegerlos, sino a hacerlos partícipes en la toma de decisiones sobre políticas digitales en las que ellos estén implicados.

IV. LA CUESTIÓN DE LA PROTECCIÓN DE LOS DATOS DE LOS NNA

El informe de la Red Iberoamericana de Protección de Datos de 2016 explica:

“La mayoría, de la información personal es suministrada por los propios menores de forma voluntaria, ya sea a través de correos electrónicos, mensajes instantáneos o videos. La presión social de sentirse admitidos o ser populares serán los motivos que provocarán que la regla general de comportamiento de los menores de edad sea publicar y compartir su información personal

El peligro que un mal uso de los datos personales de los NNA puede causar no tiene origen solo en su comportamiento, sino también en el uso que de su información personal hagan quienes deben protegerles y representarles (familia y poderes públicos), así como la sociedad en la que se integran.

Por eso es realmente importante que:

- i) los menores reconozcan (y se les reconozca de forma expresa) su derecho a la protección de datos personales,
- ii) este reconocimiento vaya acompañado de directrices universales y uniformes sobre qué deben hacer los poderes públicos, sus representantes y el resto de la sociedad a la hora de tratar la información relativa a los NNA, pues de su falta de control van a derivarse consecuencias que acaban afectando a su desarrollo personal y, en último término, al desarrollo de la sociedad que queremos tener³⁰.

El mismo informe señala la falta de leyes específicas.

Una excepción es la COPPA, Children's Online Privacy Protection Act (15 USC 6501-6505), pero fue promulgada en Estados Unidos en 1998 y nadie puede negar que el mundo informático es muy diverso al que existía antes de comenzar el siglo XXI.

En la Europa comunitaria, el Reglamento General de Protección de Datos explica en el considerando n.º 38:

“Los niños merecen una protección específica de sus datos personales ya que pueden ser menos conscientes de los riesgos, consecuencias, garantías y derechos concernientes al tratamiento de datos personales; dicha protección específica debe aplicarse en particular a la utilización de datos personales de niños con fines de mercadotecnia o elaboración de perfiles de personalidad o de usuario y a la obtención de datos personales relativos a niños; cuando se utilicen servicios ofrecidos directamente a un niño, el consentimiento del titular de la patria potestad o tutela no debe ser necesario en el contexto de los servicios preventivos o de asesoramiento ofrecidos directamente a los niños; en todo caso, se posibilita a los Estados miembros establecer por ley una edad por debajo de los 16 si bien no inferior a 13 años”.

En consecuencia, el art. 8 dispone:

“1. Cuando se aplique el artículo 6 apartado 1 letra a en relación con la oferta directa a niños de servicios de la sociedad de la información

³⁰ ESCOBAR (2017) p. 155 y ss.

el tratamiento de los datos personales de un niño se considerará lícito cuando tenga como mínimo 16 años. Si el niño es menor de 16 años tal tratamiento únicamente se considerará lícito si el consentimiento lo dio o autorizó el titular de la patria potestad o tutela sobre el niño y solo en la medida en que se dio o autorizó. Los Estados miembros podrán establecer por ley una edad inferior a tales fines siempre que esto no sea inferior a 13 años.

2. El responsable del tratamiento hará esfuerzos razonables para verificar en tales casos que el consentimiento fue dado o autorizado por el titular de la patria potestad o tutela sobre el niño teniendo en cuenta la tecnología disponible.

3. El apartado 1 no afectará a las disposiciones generales del derecho contractual de los Estados miembros como las normas relativas a la validez formación o efecto de los contratos en relación con los niños”.

V. UN IMPORTANTE DOCUMENTO ESPAÑOL QUE INCIDE SOBRE LA PUBLICIDAD COMERCIAL

La Carta de Derechos Digitales de España, muy trabajada en su redacción y finalmente aprobada en julio de 2021, contiene un título específico para los NNA, el IX, que dice:

“Protección de menores en el entorno digital

1. Los progenitores, tutores, curadores o representantes legales procurarán que los menores de edad hagan un uso equilibrado y responsable de los dispositivos, de los entornos digitales y de los servicios de la sociedad de la información a fin de garantizar el adecuado desarrollo de su personalidad y preservar su dignidad y sus derechos fundamentales.

2. Los centros educativos y cualesquiera personas físicas o jurídicas que desarrollen actividades en entornos digitales en las que participen menores de edad garantizarán la protección del interés superior del menor y sus derechos fundamentales, especialmente el derecho a la protección de datos personales, en la publicación o difusión de sus datos personales a través de servicios de la sociedad de la información.

3. Salvo en las excepciones previstas en las leyes, se prohíben los tratamientos de la información de los menores orientados a establecer perfiles de personalidad en entornos digitales.

4. Se consideran ilícitas las prácticas de perfilado susceptibles de manipular o perturbar la voluntad de los menores y, en particular, la publicidad basada en este tipo de técnicas.

5. Se impulsará el estudio del impacto en el desarrollo de la personalidad de los menores derivado del acceso a entornos digitales, así como a contenidos nocivos o peligrosos. Dicho estudio prestará particular atención a sus efectos en la educación afectivo-sexual, las conductas dependientes, la igualdad de género, así como los comportamientos antidemocráticos, racistas y violentos”.

Como surge de la lectura, este importante documento distingue entre:

- i) Los progenitores, tutores, curadores o representantes legales, a quienes impone una obligación de medios, en tanto utiliza el verbo “procurarán” y
- ii) Los centros educativos y cualesquiera personas físicas o jurídicas que desarrollen actividades en entornos digitales en las que participen menores de edad, sobre los que pesa una obligación de resultado, pues usa la palabra ‘garantizar’.

Además, y esto resulta fundamental, considera ilícitas la publicidad basada en técnicas de perfilado, o sea, las empresas no pueden manipular datos de los NNA para ser usados en publicidad que fomente el consumo indiscriminado.

VI. LOS NNA

Y EL COMERCIO ELECTRÓNICO EN ARGENTINA

El aislamiento generado por el COVID aumentó el uso de las redes sociales por parte de los NNA. La doctrina no fue ajena a este cambio copernicano³¹.

En Argentina, el 15 de marzo de 2021, la secretaria de Comercio Interior de la Nación dictó la resolución 236/2021.

En la introducción recuerda

“frente al avance de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TICs), las y los adolescentes se ven inmersos en relaciones de consumo en el entorno digital, que acrecientan su vulnerabilidad, por lo que se vuelve imperioso establecer canales de denuncia o reclamos frente a vulneraciones en el ejercicio de sus derechos como usuarios y consumidores”.

En definitiva, dispuso:

“Establécese que las denuncias o reclamos que presenten por sí las y los adolescentes, entre los trece (13) y diecisiete (17) años, en virtud de sus relaciones de consumo, ante la Ventanilla Única Federal de

³¹ABREGÚ (2022).

Defensa del Consumidor (VUF), el Servicio de Conciliación Previa en las Relaciones de Consumo (COPREC) y el Sistema Nacional de Arbitraje de Consumo (SNAC) de la Dirección Nacional de Defensa del Consumidor y Arbitraje del Consumo, serán atendidos de conformidad con los objetivos y funciones encomendadas a la Subsecretaría de acciones para la defensa de las y los consumidores. Consecuentemente, ordena que ‘en los supuestos de reclamos realizados por adolescentes, para la suscripción del Acta bastará con su manifestación de la voluntad tanto para el comienzo, como para la continuación o el cierre del procedimiento conciliatorio’. ‘El acta de conciliación deberá redactarse en lenguaje claro y con una redacción simple’. Las niñas, niños y adolescentes podrán, participar de las audiencias que se celebren por reclamos que involucren sus derechos y que sean presentados por sus representantes legales”.

O sea, la norma legitima a personas menores de edad a formular reclamos respecto de adquisiciones realizadas a través de internet.

VII. BREVES PALABRAS CIERRE PROVISORIO

El mundo empresarial, altamente digitalizado, tiene en los NNA un importante porcentaje de sus consumidores. La convivencia puede ser armónica o no; eso depende del respeto que los empresarios tengan por los derechos humanos de estos importantes destinatarios de sus productos y servicios, a quienes debe cuidar y no manipular. El desafío es grande, pero debe ser seriamente asumido, incluso, en el propio beneficio de la empresa, obligada a no matar a la nueva gallina que hoy la provee de huevos de oro.

BIBLIOGRAFÍA

- ABREGÚ, Juan Nicolás (2022): “Las consecuencias del consumo en los niños, niñas y adolescentes y la relevancia de su autonomía progresiva y consentimiento dentro del mercado”, *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia* vol. 106, septiembre. Buenos Aires. RDF 106, 80. Cita: TR LALEY AR/DOC/2383/2022.
- AMILIBIA RUIZ, Laura Alejandra (2018): *La capacidad procesal de la persona menor de edad –niñas, niños y adolescentes–* (Córdoba, Ed. Alveroni).
- ANNONI, Alessandra e THIENE, Arianna (2019): *Minori e privacy. La tutela dei dati personali dei bambini e degli adolescenti alla luce del Regolamento (UE) 2016/679* (Napoli, Ed. Jovene).

- ARIAS, María Paula (2023): “Los consumidores hipervulnerables frente a los entornos digitales desde una perspectiva constitucional”, SJA 24/02/2023, 8. Cita: TR LA LEY AR/DOC/244/2023. Disponible en www.colabro.org.ar/resources/original/biblioteca%20virtual//LOS%20CONSUMIDORES%20HIPERVULNERABLES%20FRENTE%20A%20LOS%20ENTORNOS%20DIGITALES.pdf.
- ASTONE, Antonina (2019): *I dati personali dei minori in rete. Dall'Internet delle persone all'internet delle cose* (Milano, Ed. Giuffrè).
- BALIERO DE BURUNDARENA, Ángeles (2021): “Tutelas públicas especiales de protección familiar en materia de niñez. Su operatividad en la ciudad capital de la República Argentina”, en Fernández, Silvia (dir.), *Tratado de derechos de niñas, niños y adolescentes* tomo IV (BUENOS AIRES, Thomson Reuters, 2ª ed. actualizada y ampliada).
- BALLARANI, Gianni (2008): *La capacità autodeterminativa del minore nelle situazioni esistenziali* (Milano, Giuffrè).
- BARTOLOMÉ TUTOR, Aránzazu (2015): *Los derechos de la personalidad del menor de edad* (Navarra, Aranzadi).
- BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel (2019): “El consentimiento de los menores en el tratamiento de sus datos personales tras el reglamento general de protección de datos”, en López San Luis, Rocío (dir.), *La protección del menor. Situación y cuestiones actuales* (Granada, Universidad de Almería).
- BUSSO, Giuliana (2018): “La capacidad de ejercicio de las personas menores de edad para actos patrimoniales en el nuevo régimen civil argentino”, *El Derecho: diario de doctrina y jurisprudencia* vol. 2018 n.º 1444. Cita digital: ED-DCCLXXVII-387.
- CASAS, Lidia (2008): “Salud”, en Motta Cristina y Sáez Macarena (eds. académicas), *La mirada de los jueces. Género en la jurisprudencia latinoamericana* tomo I (Bogotá, Siglo del Hombre).
- CHIARELLA, Maria Luisa (2009): “The Regulation of Child Consumption in European Law: Rights, Market and New Perspectives”, *InDret* 3/2009.
- DÍAZ SIERRA, María del C. (2006): “La representación legal de niños/as y adolescentes a través de la autonomía progresiva de la voluntad”, *Revista Uruguaya de Derecho de Familia* n.º 19.
- ENTERRÍA Eduardo García de y FERNÁNDEZ Tomás Ramón (1998): *Curso de derecho administrativo* tomo I (Madrid, Civitas).
- ESCOBAR, Guillermo (dir.) (2017): *La protección de datos de los menores de edad*. Disponible en www.redipd.org/sites/default/files/inline-files/Primer_informe_Red_Iberoamericana_de_Proteccion_de_Datos.pdf [fecha de consulta: 19 de junio de 2024].
- FERRANDO, Gilda (1999): *Libertà, responsabilità e procreazione* (Padova, CEDAM).
- HACKER, David (2021): “El derecho a la intimidad de niñas, niños y adolescentes y la comunicación digital”, en Fernández, Silvia Eugenia (dir.), *Tratado de derechos de niñas, niños y adolescentes*, tomo I (Buenos Aires, Thomson Reuters, 2ª ed. actualizada y ampliada).

- HERRERA, Marisa (2009): “Ensayo para pensar una relación compleja: sobre el régimen jurídico de la capacidad civil y representación legal de niños, niñas y adolescentes desde el principio de autonomía progresiva en el derecho argentino”, *Revista Justicia y Derechos del Niño* n.º 11.
- HIDALGO CEREZO, Alberto (2019): “El discutible alcance de los contratos de adhesión on line aceptados por menores”, en López San Luis, Rocío (dir.), *La protección del menor. Situación y cuestiones actuales* (Granada, Universidad de Almería).
- JUNQUERA DE ESTÉFANI, Rafael, “El paciente y su capacidad de decidir en el ordenamiento español”, en Junquera de Estéfani, Rafael (coord.), *Bioética y bioderecho. Reflexiones jurídicas ante los retos bioéticos* (Madrid, Comares).
- LAMBEA RUEDA, Ana (2019): “Protección de los menores en el entorno digital”, en López San Luis, Rocío (dir.), *La protección del menor. Situación y cuestiones actuales* (Granada, Universidad de Almería).
- LISELLA, Gaspare (1984): *Interdizione “giudiziale” e tutela della persona. Gli effetti dell’incapacità legale* (Napoli, Ed. Scientifiche Italiane).
- PAJARO, Marcela (2019): “Intersecciones e impacto de la convención sobre los derechos del niño y sus observaciones generales en el diseño del artículo 26 del código civil y comercial derechos de niños, niñas y adolescentes sobre el propio cuerpo”, en Herrera, Marisa; Gil Domínguez, Andrés; Giosa, Laura (dirs.), *A 30 años de la Convención sobre los Derechos del Niño* (Buenos Aires, Ediar).
- PELLEGRINI, María Victoria (2019): “Autonomía progresiva y protección de los niños, niñas y adolescentes en el ámbito patrimonial”, en Grosman, Cecilia (dir.), *Los derechos personalísimos de niñas, niños y adolescentes, en especial, sus derechos a la salud y al cuidado del propio cuerpo* tomo II (Buenos Aires, Ed. Rubinzal).
- PELLEGRINI, María Victoria (2020): “El principio de la autonomía progresiva en el ámbito patrimonial y el ejercicio funcional de la responsabilidad parental”, en Grossman, Celia (dir.); Videtta, Carolina (coord.), *Responsabilidad parental. derecho y realidad. Una perspectiva psico-socio-jurídica* (Santa Fe, Ed. Rubinzal-Culzoni).
- PENNETTA, Anna Livia (a cura di) (2014): *La responsabilità giuridica per atti di bullismo* (Torino, Ed. Giappichelli).
- PERELMAN, Chaim (1984): *Les notions à contenu variable en Droit* (Bruxelles, Bruylant).
- RAPPAZZO, Andrea (2017): *Recepción de la autonomía progresiva en el derecho argentino*, DFyP 2017 (octubre), 17/10/2017, 247. Cita en línea: AR/DOC/2354/2017.
- RUBIO, Ana (2017): “Sujeto, cuerpo y mercado. Una relación compleja”, en Casado, María (coord.), *De la solidaridad al mercado. El cuerpo humano y el comercio biotecnológico* (Barcelona, Fontamara/Edicions de la Universitat de Barcelona).
- SHINA, Fernando (2018): “Los menores, el derecho mercantil y las relaciones de consumo”. Disponible en www.eldial.com/nuevo/nuevo_diseno/v2/doctrina2.asp?base=50&id=8384&t=d [fecha de consulta: 19 de junio de 2024].

TORRES RAINERI, Marta L.A. y PALACIOS, Amanda E. (2023): "Las nuevas tecnologías y su impacto en los derechos personalísimos del menor-Derecho a la intimidad, a la imagen y a la disposición del propio cuerpo". *Boletín diario-Rubinzal Culzon*, n.º 2023
Cita: RC D 4/2023.

ZUCCARINI, Ayelén (2019): "El artículo 29 de la convención sobre los derechos del niño y su proyección en las aulas argentinas. Especial abordaje de la educación sexual integral desde una mirada contemporánea", en Herrera, Marisa, Gil Domínguez, Andrés, Giosa, Laura (dirs.), *A 30 años de la Convención sobre los Derechos del Niño* (Buenos Aires, Ediar).

LÍNEAS GENERALES DE LA NUEVA DIRECTIVA EUROPEA DE RESPONSABILIDAD POR LOS DAÑOS CAUSADOS POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS

GENERAL LINES OF THE NEW EUROPEAN DIRECTIVE ON LIABILITY FOR DEFECTIVE PRODUCTS

*Miquel Martín-Casals**

RESUMEN: La directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos había quedado desfasada debido a la confluencia de diversos factores. Por un lado, el impacto del desarrollo tecnológico y, en especial, de la digitalización y de la inteligencia artificial (IA), requería tener en cuenta los servicios necesarios para el funcionamiento de nuevos productos y las dificultades que presentan los sistemas de IA para identificar las personas responsables y probar el defecto del producto y la relación de causalidad entre el defecto y el daño. Por otro lado, la transición de una economía lineal a una economía circular, con el diseño de productos más duraderos, reparables y reutilizables, obligaba a tener en cuenta las características de productos que son objeto de una nueva comercialización tras su modificación sustancial. Finalmente, la reorganización y ampliación de las cadenas de suministro, con el auge de los mercados en línea y de las plataformas digitales, obligaba a regular la responsabilidad de nuevos operadores económicos que una directiva anterior a la era digital no podía tener en cuenta. La nueva directiva, que ha sido aprobada en primera lectura por el Parlamento europeo en el mes de marzo de 2024, supone un cambio muy sustancial de la regulación de la responsabilidad por productos defectuosos existente en Europa hasta la fecha.

* Catedrático de Derecho Civil. Instituto de Derecho Privado Europeo y Comparado. Universidad de Girona.

PALABRAS CLAVE: Nueva directiva europea de responsabilidad por productos defectuosos. Aspectos procesales y probatorios. Aspectos sustantivos: concepto de producto; responsabilidad de los operadores económicos; conceptos de defecto y de daño.

ABSTRACT: Council Directive 85/374/EEC of 25 July 1985 on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products had become outdated due to the confluence of various factors. On the one hand, the impact of technological development and, especially, digitalization and artificial intelligence (AI), required taking into account the services necessary for the operation of new products and the difficulties that AI systems present to identify the liable persons, and to prove the defect of the product and causation between the defect and damage. On the other hand, the transition from a linear economy to a circular economy, with the design of more durable, repairable and reusable products, required taking into account the characteristics of products that are subject to new marketing after their substantial modification. Finally, the reorganization and expansion of supply chains, with the rise of online markets and digital platforms, required regulating the responsibility of new economic operators that the pre-digital era directive could not take into account. The new directive, which has been approved in first reading by the European Parliament, in March 2024 represents a very substantial change to the product liability regulation that exists in Europe to date.

KEYWORDS: New European Product Liability Directive. Procedural and evidentiary aspects. Substantive aspects: the notion of product; liability of the economic operators; notions of defect and damage.

I. LA NUEVA DIRECTIVA SOBRE RESPONSABILIDAD POR LOS DAÑOS CAUSADOS POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS

1. La insuficiencia de la regulación de la anterior directiva

El considerando 3 de la nueva directiva de productos¹ señala que la directiva anterior no estaba adaptada al desarrollo, tecnológico, económico y social que se ha producido en las últimas décadas y que por esta razón debía revisarse

¹ A la espera de su aprobación definitiva, el texto de la directiva que se maneja en este trabajo es el aprobado en primera lectura por el Parlamento Europeo el 12 de marzo de 2024.

“la luz de los avances relacionados con las nuevas tecnologías, incluida la inteligencia artificial (IA), los nuevos modelos de negocio de la economía circular y las nuevas cadenas de suministro mundiales, que han dado lugar a incoherencias en la aplicación de normas e inseguridad jurídica, en particular en lo que respecta al significado del término ‘producto’”.

Veamos brevemente cuáles son esas razones que justifican su necesidad de actualización.

1.1. El impacto del desarrollo tecnológico y, en especial, de la digitalización y de la inteligencia artificial (IA)

Por lo que respecta a las nuevas tecnologías, se ha producido en los últimos años una transición del mundo analógico al digital y ha irrumpido con fuerza la inteligencia artificial². Entre todos los retos que plantean los sistemas de IA, tal vez el mayor sea el de su autonomía, dado que, al menos hasta un cierto grado, dichos sistemas toman sus propias decisiones ante posibles alternativas de actuación, sin que la elección de una opción específica por parte del sistema de IA está predeterminada por los datos proporcionados por su diseñador, por lo que, al actuar de manera autónoma, resulta controvertido determinar a quién deben atribuirse los daños que causan³. Otro reto importante es la opacidad de los sistemas de IA, es decir, la dificultad de comprender y explicar cómo han tomado sus decisiones⁴, por lo que puede resultar muy difícil, con las reglas de causalidad actuales, determinar si el sistema de IA que actuó fue quien causó un determinado daño o no. La interconectividad de estos sistemas y su interacción con otros elementos pueden comportar también que sea muy difícil determinar cuál de los diversos actores intervinientes causó el daño. Sin olvidar que otras características de estos sistemas, como su carácter abierto, su vulnerabilidad o la necesidad de recopilar y obtener datos de otras fuentes para poder

Cf. P9_TA (2024)0132, Responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos. Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 12 de marzo de 2024, sobre la propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos (COM (2022)0495-C9-0322/2022-2022/0302(COD)). Disponible en www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2024-0132_ES.html [fecha de consulta: 24 de mayo de 2024].

² Sobre el impacto del desarrollo tecnológico de anteriores revoluciones industriales en el derecho de la responsabilidad extracontractual, véase MARTÍN-CASALS (2022) pp. 101-138.

³ Para un enfoque de carácter general, véase RUSSELL & NORVIG (2022) p. 226 y ss.; CHESTERMAN (2021) p. 31 y ss. Para un enfoque más relacionado con su posible impacto jurídico, ZECH (2020) A18-A44.

⁴ CHESTERMAN (2021) p. 63 y ss.

funcionar de modo correcto, hacen que las reglas de la directiva 85/374/CEE y, en general, muchas de las normas tradicionales de la responsabilidad civil, sean insuficientes o inapropiadas⁵. En este sentido, una consulta pública llevada a cabo por la Comisión Europea entre octubre 2021 y enero 2022 destacaba las dificultades que presentan los sistemas de IA para identificar las personas que puedan ser responsables, y probar tanto el defecto del producto como la relación de causalidad entre el defecto y el daño producido⁶.

1.2. La transición de una economía lineal a una economía circular

La transición de una economía lineal a una economía circular ha provocado que los productos se diseñen para ser más duraderos, reparables y reutilizables. En este sentido, la UE ha promovido formas innovadoras y sostenibles de producción y consumo que prolongan la funcionalidad de los productos y componentes, como la remanufacturación, el reacondicionamiento y la reparación, mediante un “nuevo plan de acción para la economía circular por una Europa más limpia y más competitiva”, que tiene por objetivo adaptar la economía de la UE a un futuro ecológico, reforzar su competitividad, proteger el ambiente y conferir nuevos derechos a los consumidores. El nuevo plan se centra en el diseño y la producción con vistas a una economía circular, con la finalidad de asegurar que, en la medida de lo posible, los bienes, en especial los muebles tangibles y los muebles con servicios digitales, se reparen en lugar de ser desechados⁷. A diferencia de la economía industrial lineal, que se detiene cuando un bien es puesto en circulación, la economía industrial circular empieza, precisamente, en ese punto, por lo que la prevención de residuos es parte de la optimización del uso de objetos en la economía industrial circular, mientras que la gestión de residuos es la fase final de la economía industrial lineal de “tomar, fabricar, vender, consumir y desechar”⁸. La consecuencia jurídica de esa transición es que cuando se modifica de modo sustancial un producto fuera del control del fabricante original y, con posterioridad, se comercializa o se

⁵ Recientemente, YAMPOLSKIY (2024). El llamado EXPERT GROUP ON LIABILITY AND NEW TECHNOLOGIES-NEW TECHNOLOGIES FORMATION (2019), ya mencionaba como retos de las tecnologías digitales emergentes, en general, y de los sistemas de IA, en particular: (a) la complejidad, (b) la opacidad, (c) la apertura, (d) la autonomía (e) la predictibilidad, (f) la “data-drivenness” y (g) la vulnerabilidad. Véase NTF KF (Key Finding) 1-2, pp. 32-33. Para una valoración crítica de este importante informe, véase BERTOLINI & EPISCOPO (2021) pp. 644-659.

⁶ European Commission en mayo de 2022 publicó un resumen de sus resultados, EUROPEAN COMMISSION (2022).

⁷ Cf. COMISIÓN EUROPEA (2020) con más detalles sobre los objetivos de la economía circular.

⁸ Sobre la economía circular véase, entre otros: STAHEL (2019); SU (2020) y WOJNAROWSKA, ĆWIKLIKI, INGRAO (2022).

pone en servicio, se considera un producto nuevo y debería ser posible responsabilizar como fabricante del producto modificado a la persona que realizó la modificación sustancial, ya que la directiva vincula el concepto de “modificación sustancial” a aquella que afecta la seguridad del producto (cf. art. 4, 18) de la DRPD). En cambio, cuando quien lleva a cabo la modificación sustancial del producto que ya está introducido en el mercado o que ya se ha puesto en servicio es el fabricante original, o cuando tal modificación se lleva a cabo bajo su control, será él quien responderá, lo que denota que en la nueva directiva el momento crucial o “mágico”⁹ que, en este punto como en otros, da lugar a determinadas consecuencias jurídicas, sube un nivel de abstracción para pasar del momento de la puesta en circulación del producto al momento de la pérdida de control del fabricante¹⁰. Por otra parte, los operadores económicos que realicen reparaciones u otras operaciones que no impliquen modificaciones sustanciales no quedan sujetos a la responsabilidad prevista en la directiva¹¹.

1.3. La reorganización y ampliación de las cadenas de suministro

La directiva de 85/374/CEE se redactó cuando el comercio electrónico todavía era inexistente¹². Se remonta a la era anterior a internet, cuando las cadenas de suministro se organizaban principalmente como “canalizaciones” que involucraban a importadores, mayoristas y minoristas¹³. La pandemia ha acelerado aún más el cambio de los consumidores hacia las compras en línea en general y a los mercados en línea en particular. El auge de los mercados en línea como Amazon ha cambiado de modo profundo el panorama minorista y las cadenas de distribución tradicionales han sido reemplazadas por una estructura de mercado dominada por intermediarios digitales, con la aparición de nuevos sujetos como los “prestadores de servicios de tramitación de pedidos a distancia”, denominados también “prestadores de servicios logísticos”¹⁴, y las plata-

⁹ En este sentido EUROPEAN LAW INSTITUTE (2023) p. 22.

¹⁰ Cf. Considerandos 39 y 50.

¹¹ Véase, también considerando 39.

¹² Directiva del Consejo de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos (85/374/CEE), DO L 210/29, de 7 de agosto de 1985.

¹³ BUSCH (2021).

¹⁴ La primera denominación es la que usa esta directiva, mientras que la segunda es la usada en el reglamento (UE) 2023/988 del Parlamento Europeo y del Consejo de 10 de mayo de 2023 relativo a la seguridad general de los productos, por el que se modifican el reglamento (UE) n.º 1025/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo y la directiva (UE) 2020/1828 del Parlamento Europeo y del Consejo, y se derogan la directiva 2001/95/CE del Parlamento Eu

formas en línea que, si bien han aumentado las opciones de los consumidores, también han permitido la afluencia de productos inseguros y defectuosos a los mercados minoristas de consumo. Además, el papel que representan estas plataformas, a pesar de tener en común que el servicio básico que prestan consiste en conectar a los vendedores de productos con los consumidores a través de un mercado en línea, puede variar mucho según los distintos modos de organizar las operaciones que llevan a cabo, en especial, a través de acuerdos contractuales subyacentes que pueden diferir de modo considerable. Así, en ocasiones, las plataformas en línea son la parte contratante directa con el consumidor, mientras que en otras no. Existen, además, diferencias notables en los métodos de envío de productos porque, en ciertos casos, el proveedor externo los envía directamente al comprador, mientras que en otros se enrutan a través del centro logístico, colocando así a la plataforma en posesión física del producto¹⁵.

Cómo se deban aplicar a los intermediarios en línea las normas sobre responsabilidad de productos, que han sido diseñadas para el modelo de cadena de distribución tradicional, es algo controvertido y, por ello, el legislador europeo ha tenido que revisar la directiva para ampliar su aplicación a los mercados en línea, teniendo en cuenta que con esa regulación no solo afecta la relación entre el causante del daño y la víctima, sino que repercute, además, en las relaciones de competencia entre plataformas¹⁶.

En las páginas siguientes se abordarán tan solo algunos de los principales aspectos de la nueva directiva, con especial énfasis en aquellos que se han considerado necesarios para acomodar la regulación a las exigencias de los sistemas de IA.

2. Aspectos procesales y probatorios: *la exhibición de pruebas y las presunciones del defecto y de la relación de causalidad*

El art. 4 de la directiva 85/374/CEE requería que el demandante probara el defecto, el daño y el nexo causal entre ambos, y el mismo criterio mantiene la nueva directiva (cf. art. 10 de la DRPD).

Probar el defecto en el caso de los sistemas de IA pueden comportar un escollo difícil de superar. El primer paso será localizar dónde está el defecto.

ropeo y del Consejo y la directiva 87/357/CEE del Consejo, DOUE L 135/1, 23.5.2023, art. 3, 12.

¹⁵ FAIRGRIEVE, BUSCH, BÜYÜKSAGIS *et al.* (2024) pp. 1-28.

¹⁶ Sobre la problemática que plantea la responsabilidad por productos en relación con las plataformas en línea véase BÜYÜKSAGIS (2022) pp. 64-86; ULFBECK & VERBRUGGEN (2022) pp. 975-998.

Si el *hardware* no es defectuoso, encontrar el defecto en el *software* puede ser sumamente difícil, porque puede requerir unos conocimientos que solo tiene el fabricante o, cuando no sea así, resultar muy costoso. Además, encontrar el defecto puede requerir analizar diversos elementos del propio sistema digital, del servicio digital o de la interconexión de todos los elementos del sistema de IA¹⁷.

Problemas similares surgen en el caso de la prueba de la causalidad¹⁸. Además del art. 10 de la DRPD, que requiere que la pruebe el demandante, hay otras disposiciones que afectan, de un modo u otro, a la relación de causalidad, como la que establece que cuando dos o más personas son responsables por el mismo daño, lo son solidariamente (art. 12.1 de la DRPD); la que establece la posibilidad de exoneración del fabricante de un componente cuando el defecto es imputable al diseño del producto en el que se ha instalado el componente o cuando el defecto es imputable a las instrucciones dadas por el fabricante del producto (art. 11.1 f) de la DRPD), o la que se refiere al daño causado por un tercero y a la concurrencia de culpa de la víctima (art. 13.1 de la DRPD). No obstante, como en la directiva anterior, ninguna de estas disposiciones establece qué debe entenderse por “causalidad”, y deja que sean las legislaciones nacionales las que definan su contenido y alcance.

A diferencia de la directiva 85/374/CEE, que dejaba la prueba del defecto y de la relación de causalidad a lo que estableciera la legislación nacional, la nueva directiva de responsabilidad por productos defectuosos, de un modo parecido a como se recoge en la propuesta de directiva sobre la adaptación de las reglas de responsabilidad extracontractual a la IA, introduce mecanismos de facilitación probatoria para la prueba del defecto y de la relación de causalidad. Así, distingue entre supuestos en que existe un deber de aportar información probatoria (art. 9. Exhibición de pruebas, DRPD), de aquellos otros en que se establecen presunciones relativas al defecto y a la relación de causalidad para facilitar la prueba de tales presupuestos (cf. art. 10. Carga de la prueba, DRPD).

Respecto al deber de aportar información probatoria, el art. 9 de la DRPD faculta a los tribunales,

“a petición de una persona perjudicada que reclame una indemnización en un procedimiento ante un órgano jurisdiccional nacional por los daños causados por un producto defectuoso (‘el demandante’)”

¹⁷ Véase, por ejemplo, ULFBECK (2024) pp. 206-226.

¹⁸ Sobre algunos de los problemas que plantean tanto la causalidad propiamente dicha como el alcance de la responsabilidad o imputación objetiva, véase MARTÍN-CASALS (2019a) pp. 201-228 y también, STEEL (2024) pp. 189-205.

para ordenar a los demandados que aporten aquellas fuentes de prueba que sean necesarias para que el demandante pueda llevar a cabo la prueba que le incumbe. No es suficiente que se trate de un “potencial demandante”, aspecto que confirma tanto el considerando 43 al señalar que la directiva no regula las normas sobre exhibición de prueba en el caso de procedimientos preliminares, como el art. 9.7 de la DRPD, al señalar que este precepto: “no afecta a las normas nacionales relativas a la exhibición de pruebas durante la fase de instrucción, en caso de que tales normas existan”. Sin embargo, no queda claro cuál es la razón que justifica que deba tratarse de un “demandante”, es decir, de la necesidad de que alguien que no sabe qué posibilidades tiene de demostrar unos determinados presupuestos de su acción –algo que puede ser algo extremadamente difícil–, se tenga que ver abocado a interponer un procedimiento judicial para saberlo.

El procedimiento de exhibición de pruebas es muy parecido al que regulan los arts. 283. bis a) a k) de la LEC, que transpusieron la directiva 2014/104/UE, conocida como “directiva de daños” por infracciones del derecho de la competencia¹⁹. Básicamente, permite al demandante pedir el acceso a las fuentes de prueba necesarias para fundamentar su demanda. La petición se hace mediante una motivación razonada en la que conste una prueba indiciaria de los hechos que sustentan la reclamación y la viabilidad de su ejercicio. Por otra parte, la facilitación del acceso a las fuentes de prueba debe limitarse a lo necesario y proporcionado y, en especial, debe garantizar la protección de la información confidencial y de los secretos comerciales. Por último, la exhibición de prueba debe realizarse de forma fácilmente accesible y comprensible.

Como novedad destacable respecto a textos anteriores, el texto aprobado de la nueva directiva da un carácter recíproco a ese deber de facilitar el acceso a las fuentes de prueba y ahora lo establece, además, en favor del demandado:

“[...] que haya presentado hechos y pruebas suficientes para demostrar su necesidad de pruebas a efectos de contrarrestar una demanda de indemnización [...]” (cf. art. 9.2 de la DRPD).

En lo que se refiere a la presunción del carácter defectuoso del producto, el art. 10 (2) de la DRPD establece que se presume cuando el demandado no haya exhibido las pruebas pertinentes, de conformidad con el art. 9.1 de

¹⁹ Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea, DOUE núm. 349, de 5 de diciembre de 2014, pp. 1-19.

la DRPD; o cuando el demandante demuestre que el producto no cumple los requisitos obligatorios de seguridad establecidos en el derecho de la Unión o en la legislación nacional que tienen por objetivo proteger contra el riesgo del daño sufrido por la persona perjudicada o cuando demuestre que el daño fue causado por un mal funcionamiento evidente del producto durante un uso razonablemente previsible o en circunstancias normales. Respecto a redacciones anteriores, que solo hablaban de un “uso normal”, la referencia al “uso razonablemente previsible”, como indica el considerando 31:

“[...] incluye también el uso indebido pero razonable en las circunstancias, como por ejemplo el comportamiento previsible de un usuario de maquinaria derivado de una falta de concentración o el comportamiento previsible de determinados grupos de usuarios, como los niños”.

Por su parte, el nexo causal entre el defecto y el daño se presume:

“[...] cuando se haya comprobado que el producto es defectuoso y el daño causado sea de un tipo compatible normalmente con el defecto en cuestión” (cf. art. 10.3 de la DRPD).

La referencia al “tipo compatible” es algo críptica y podría hacer pensar que se refiere a que, una vez probado el defecto, la prueba de la aptitud del defecto para causar el daño (es decir, de su “causalidad general” o “genérica”) es suficiente para dar lugar a esa presunción *iuris tantum* de su causalidad específica, que es la relevante para establecer el vínculo causal. No obstante, como que el considerando 48 aclara ahora que debe presumirse el nexo causal:

“Cuando se haya establecido que un producto es defectuoso y que el tipo de daño que se produjo, *basándose principalmente en casos similares, es causado normalmente por el defecto en cuestión* [...]” [énfasis añadido],

no parece ya que sea posible esa interpretación. Lo relevante no es, pues, la aptitud del producto de causar un determinado daño, analizada en abstracto, sino la máxima de experiencia que permite considerar al juez que, cuando en casos parecidos se produce un tipo de daño que normalmente ocurre debido a la existencia de un defecto, una vez demostrado este y en ausencia de otra explicación, existiría una presunción razonable de que el daño se debió al defecto (*res ipsa loquitur*)²⁰.

La presunción abarca toda la cadena causal y, aunque pueda desvirtuarse por todos los medios admitidos de prueba, es una presunción muy potente

²⁰ Véase SOLÉ (2018) pp. 55-97 y allí más referencias.

que supone uno de los cambios más relevantes en la nueva legislación, porque no se limita a los sistemas de IA y se extiende a todo tipo de productos²¹.

La nueva regulación introduce, además, una serie de reglas adicionales de facilitación probatoria cuando el tribunal nacional considere que, debido a la complejidad técnica o científica, el demandante se enfrenta a dificultades excesivas para probar el defecto o la relación de causalidad entre el defecto y el daño, o ambos presupuestos. El precepto circunscribe esas “dificultades excesivas” del demandante a la “complejidad técnica o científica”, y para valorarla indica factores tales como: la naturaleza compleja del producto, de la tecnología utilizada, de la información y de los datos que debe analizar el demandante o del nexo causal²². Para ser aplicable requiere que “el demandante demuestre que es probable que el producto sea defectuoso o que exista un nexo causal entre el carácter defectuoso y el daño, o ambos”, expresión que, en mi opinión, no debe entenderse como la introducción de un estándar probatorio reducido (*more probable than not*)²³, que a veces suele expresarse como un mínimo del 51 % de probabilidad, sino como una probabilidad no cualificada que determina solo una presunción refutable. La introducción de tal estándar, siempre que se alcanzara, determinaría, en cambio, que se ha probado el defecto o el nexo causal y no tan solo una presunción refutable de su existencia.

Todas las presunciones que se establecen son *iuris tantum*, por lo que el demandante puede desvirtuarlas mediante prueba en contrario.

3. La exclusión de las personas jurídicas de su ámbito de protección y la pertinaz referencia a los consumidores

El art. 1 de la DRPD dispone:

“La presente Directiva establece normas comunes sobre la responsabilidad de los operadores económicos por los *daños sufridos por personas físicas* causados por productos defectuosos y sobre la indemnización por esos daños” [énfasis añadido].

y añade:

“El objetivo de la presente Directiva es contribuir al correcto funcionamiento del mercado interior, garantizando al mismo tiempo un

²¹ Para una comparación entre ambas propuestas, véase ZECH (2023) pp. 193-200 y DACORONIA (2023) pp. 201-213.

²² Cf. considerando 48, con ejemplos.

²³ Si así fuera, la referencia quedaría incompleta, ya que no sería suficiente decir que es “probable” el defecto o el nexo causal, sino que se requeriría que dijera que es “más probable” que exista a que no exista.

elevado nivel de protección de los *consumidores y otras personas físicas*” [énfasis añadido].

La limitación de su ámbito de protección a las personas físicas supone una novedad. La directiva 85/374/CEE no lo limitaba por medio de la referencia a las personas que sufrían daños, sino tan solo respecto al tipo de daños que, en el caso de daños a las cosas, solo incluía los daños a las destinadas al uso o consumo privados, limitación que se mantiene en la directiva aprobada, si bien, en aras a la simplificación, se suprime la referencia especial a las cosas de uso mixto para excluir tan solo las utilizadas “exclusivamente con fines profesionales” (cf. art. 6.1.b) iii) de l DRPD).

En el contexto europeo se ha indicado que esta nueva referencia a las personas físicas no supone una reorientación de la directiva a la protección de los consumidores²⁴, que, por otra parte, desmiente tanto su texto articulado como sus considerandos. Por su parte, la doctrina española ha señalado que supondría una limitación del ámbito de aplicación de la directiva que impediría que pudieran beneficiarse de sus normas perjudicados que, incluso, se consideran consumidores de acuerdo con la legislación española²⁵. En este sentido, el art. 3.2 del TRLGDCU establece:

“son también consumidores las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial”.

Con la exclusión de la directiva se daría la paradoja de que personas que pueden tener la condición de consumidor de acuerdo con el derecho español, como las asociaciones o las comunidades de vecinos²⁶, a diferencia de lo que ocurre en la actualidad, quedarían fuera el alcance protector de la directiva respecto los daños sufridos en las cosas, aunque estas no se utilizaran de modo exclusivo con fines profesionales. Además, las personas jurídicas pueden ser víctimas indirectas o secundarias que sufren un daño por repercusión del sufrido por la víctima directa o primaria, como ahora reconoce el considerando 27 de la directiva, y en muchos países europeos las personas jurídicas pueden ser terceros perjudicados como terceros pagadores en caso de lesiones de la víctima directa o primaria.

²⁴ BORGHETTI (2023a) p. 135.

²⁵ Critican esta restricción a las “personas físicas”, GÓMEZ (2022) p. 2 y ATIENZA (2023), pp. 6-7. Sobre las vicisitudes de la noción de consumidor en derecho español y su significado actual, véase CÁMARA (2022) p. 103 y ss.

²⁶ CÁMARA (2022) p. 149 y ss., sobre cuáles son las personas jurídicas que pueden considerarse consumidoras en la regulación actual del art. 3 del TRLGDCU, y que indica que, en principio, quedarían excluidas de la noción de consumidor, entre otras, las fundaciones y las cooperativas.

4. *La necesidad de ampliar y adaptar la noción de producto*

El art. 2 de la directiva anterior operaba con una noción de “producto” limitada a los bienes muebles, incluidos los que se han incorporado a un mueble o inmueble, y a la electricidad. Según esa definición, se entendía generalmente que el *software* instalado en un bien mueble tangible (por ejemplo, en una máquina), que permanecía inalterable y que no se actualizaba, podía considerarse un componente de la máquina y, por lo tanto, producto. Sin embargo, incluso en estos casos, era discutible si el perjudicado podía reclamar contra el desarrollador de dicho *software* como fabricante de un componente (art. 3 (1) de la directiva 85/374/CEE) y cuál era el régimen jurídico del *software* que se instaló o actualizó después de la puesta en circulación del producto²⁷. Parecía claro, no obstante, que el *software* independiente o el contenido digital no incluido en un bien tangible no era producto. Además, según el TJUE, los datos como tales no eran un producto²⁸ y los servicios tampoco estaban incluidos en la definición de “producto”.

Para adaptar la directiva 85/374/CEE a las necesidades de los sistemas de IA debían disiparse las dudas existentes y ampliar la definición de “producto” para incluir productos con elementos digitales, tanto si incluyen contenidos como si incluyen servicios digitales, siempre que sean imprescindibles para que los elementos en los que se incorporen o con los que estén interconectados puedan desempeñar sus funciones, en la línea de lo dispuesto en la directiva de compraventa de bienes y de la directiva de contenidos digitales²⁹.

²⁷ Véase FAIRGRIEVE *et al.* (2017) pp. 46-47.

²⁸ STJCE 10.6.2021 –VI c. Krone-Verlag Gesellschaft GmbH & Co KG, ECLI:EU:C:2021:471. Establece que no constituye “producto defectuoso”, según el art. 2 de la DRPD: “un ejemplar de una revista impresa que, tratando un tema paramédico, da consejos sanitarios inexactos sobre el uso de una planta, cuyo seguimiento ha causado daños a la salud de un lector de esa revista”. Véase el comentario de MACHNIKOWSKI (2022) pp. 191-200.

²⁹ En este sentido, TWIGG-FLESNER (2021) p. 5, sugiere que la nueva definición de “producto” podría basarse en el art. 2(5)(b) de la directiva (UE) 2019/771 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2019 relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes, por la que se modifican el reglamento (CE) n.º 2017/2394 y la directiva 2009/22/CE y se deroga la directiva 1999/44/CE, DO L 136/28 del 22 de mayo de 2019, que incluye dentro del concepto de “bienes” a “todo objeto mueble tangible que incorpore contenidos o servicios digitales o esté interconectado con ellos de tal modo que la ausencia de dichos contenidos o servicios digitales impediría que los bienes realizasen sus funciones (en lo sucesivo, ‘bienes con elementos digitales’). Véase también, con una redacción muy parecida, el art. 2(3) de la directiva (UE) 2019/770 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2019 relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales, DOUE L 136/1 del 22.5.2019 y SÉNÉCHAL (2020), Com Art. 2 (3), Nm. 13-17.

En esta línea, la nueva directiva añade, ahora, a la definición de producto, como bien mueble, aunque esté integrado en otro bien mueble o en un bien inmueble, el que esté “interconectado con estos”, y los archivos de fabricación digital, las materias primas y los programas informáticos. Sorprende que la nueva directiva siga mencionando de modo expreso la electricidad (art. 4(1) de la DRPD), cuando en el considerando 16 la engloba dentro de la denominación de “materias primas”, y añade: “para evitar dudas, también debe aclararse que las materias primas, como por ejemplo el gas, el agua y la electricidad, son productos”.

El archivo de fabricación digital se define como:

“una versión o plantilla digitales de un bien mueble, que contiene la información funcional necesaria para producir un elemento tangible permitiendo el control automatizado de máquinas o herramientas” (art. 4(2) de la DRPD)”

y pone como ejemplos: los taladros, tornos, molinos o impresoras 3D (considerando 16).

La inclusión de los programas informáticos se justifica en que cada vez son más habituales en el mercado, y desempeñan un papel de creciente importancia en la seguridad de los productos. Por ello es necesario que, en aras a la seguridad jurídica, se aclare de modo definitivo que son producto a los efectos de la aplicación de directiva. La directiva añade en sus considerandos que los programas informáticos tienen la consideración de producto con independencia de su modo de suministro o uso, por lo que incluye el modelo de distribución y de licencias conocido como “*software* como servicio” (*software as a service, SaaS*), que consiste en la distribución del *software* y de las licencias de las aplicaciones a través de internet basada generalmente en una suscripción.

En cambio, el código fuente de programas informáticos no debe considerarse producto, por tratarse de pura información, y lo mismo debe decirse del contenido de los archivos digitales, como los archivos multimedia o los libros electrónicos³⁰. La directiva tampoco puede aplicarse a los programas informáticos libres y de código abierto desarrollados fuera del ámbito de una actividad comercial y que se comparten abiertamente. Se trata de sistemas abiertos (*open systems*), que se caracterizan por incluir la revelación de su código fuente, que queda disponible para que sus usuarios puedan modificarlo y mejorarlo; por su portabilidad, que permite que se utilice en una variedad de entornos, y por su interoperabilidad, que permite que funcione con otros sistemas. Por regla general, tales programas informáticos se proporcionan gratis (*freeware*), pero

³⁰ Cf. considerando 13.

pueden proporcionarse a cambio de un precio o de datos personales. En este último caso quedarían incluidos en el ámbito de la regulación de la directiva por ese elemento de comercialización del producto que comportan³¹. Se añade, ahora, que si un fabricante integra uno de esos programas como un componente en un producto que comercializa, será responsable por el daño que cause ese *software* libre defectuoso, pero no lo será el fabricante del programa informático puesto que él no lo ha comercializado³².

Dado que cada vez es más frecuente que los servicios digitales estén integrados o interconectados con un producto de tal forma que la ausencia del servicio impediría que pudiera realizar alguna de sus funciones (por ejemplo, el suministro continuo de datos de tráfico en un sistema de navegación)³³, es necesario extender la responsabilidad por defecto a dichos servicios digitales porque determinan la seguridad del producto tanto como los componentes físicos o digitales. Dichos servicios conexos deben considerarse componentes del producto al que están interconectados cuando estén bajo el control del fabricante de ese producto, en el sentido de que son suministrados por el propio fabricante o que el fabricante autoriza o consiente su integración, interconexión o suministro por parte de un tercero³⁴. No obstante, la directiva no se aplica, con carácter general, a los servicios.

5. La necesidad matizar la responsabilidad de los sujetos responsables tradicionales y de ampliar el elenco

5.1. El supraconcepto del “operador económico”

La reorganización de la cadena de suministro provocada por el desarrollo tecnológico y, de modo especial, la digitalización de la economía, la expansión del comercio electrónico y el auge de las plataformas en línea, implica la necesidad de plantearse la responsabilidad de nuevos sujetos que no se mencionaban en la directiva 85/374/CEE y de tener en cuenta que, en determinados casos, la

³¹ Cf. considerando 14, que considera la aportación de datos personales como contraprestación en aquellos casos en que “se utilicen de forma distinta a la de mejorar la seguridad, la compatibilidad o la interoperabilidad del programa informático y, por tanto, se suministren en el transcurso de una actividad comercial”.

³² Cf. considerando 15.

³³ Para más ejemplos, véase considerando 17.

³⁴ Cf. considerando 18 y art. 4 (4) de la DRPD, donde se incluye el servicio conexo en la definición del concepto de “componente”, y las definiciones de “servicio conexo” y “control del fabricante” en el art. 4 (3) y 4 (5) de la DRPD, respectivamente.

responsabilidad puede extenderse más allá del momento en que los productos se ponen en circulación.

En la responsabilidad por productos clásica había materias primas que se utilizaban para fabricar componentes que, a su vez, servían para fabricar productos acabados, y estos se colocaban en el mercado en un momento determinado en el que el fabricante perdía el control del producto. Por el contrario, en la actualidad muchos productos digitales, especialmente los sistemas de IA, interactúan con otros productos y servicios, y los datos fluyen, en ambas direcciones, del producto hacia otros productos y servicios o hacia los consumidores. Estos otros productos y servicios pueden ser operados por otros fabricantes o proveedores de servicios, y la interconexión no se detiene cuando el producto se comercializa porque su funcionamiento requiere actualizaciones periódicas y un flujo continuo de datos.

Para referirse, en general, a los sujetos que pueden ser responsables en este nuevo contexto, la nueva directiva introduce el supraconcepto de “operador económico” que engloba todas las personas que pueden acabar respondiendo a tenor de las normas que establece. El concepto de operador económico, además del fabricante de un producto o componente, incluye: el proveedor de un servicio conexo, el representante autorizado, el importador, el prestador de servicios de tramitación de pedidos a distancia y el distribuidor (cf. art. 4 (15) de la DRPD) y, de modo especial, las plataformas en línea (cf. art. 4 (16) de la DRPD), que cada vez asumen un papel más relevante en la cadena de suministro.

Los diversos operadores económicos responden en cascada, es decir, unos en defecto de otros, con el objetivo de garantizar que el perjudicado pueda reclamar a la persona más cercana en la cadena de suministro y, en todo caso, que no tenga que hacerlo a sujetos responsables situados fuera del territorio de la UE. No obstante, algunos de esos sujetos responsables pueden tener que responder de modo conjunto, en cuyo caso su responsabilidad será solidaria (cf. art. 12 de la DRPD), lo que sin lugar a dudas refuerza la posición de los perjudicados.

El hilo conductor de esta responsabilidad civil en cascada es que para proteger a los perjudicados se debe garantizar que estos puedan reclamar siempre a un responsable que se halle en el territorio de la UE. Las voces más críticas con esta idea básica han señalado que no ofrece una protección suficiente, porque supone partir de una visión idealizada en la que la UE es una jurisdicción unificada y que ni las fronteras internas ni las diferencias jurídicas entre los distintos Estados miembros suponen ningún obstáculo a tales reclamaciones, lo que no se corresponde con la realidad. Por esta razón, señalan que hubiera sido preferible que la directiva hubiera garantizado que todo perjudicado pueda disponer de un potencial demandado en su propio país y que,

para ello, se hubiera colocado al distribuidor o a las plataformas en un lugar más preeminente en esa cascada³⁵.

5.2. La matización de los sujetos responsables tradicionales

Como en la regulación anterior, el principal sujeto responsable es el fabricante, que ahora se define como:

“toda persona física o jurídica que a) desarrolla, fabrica o produce un producto; b) tiene un producto diseñado o fabricado, o que, al poner su nombre, marca u otros elementos distintivos en dicho producto, se presenta como su fabricante; o c) desarrolla, fabrica o produce un producto para su propio uso” (cf. Art. 4 (10) de la DRPD).

Respecto a qué debe entenderse por lo que suele llamarse “fabricante aparente”, que es a lo que se refiere el art. 4 (10) b de la DRPD, el TJUE ya había optado en fecha reciente por una concepción amplia en su interpretación del art. 3.1 de la directiva 85/374/CEE al establecer:

“el concepto de ‘productor’ a que se refiere dicha disposición no exige que la persona que haya puesto o haya autorizado a que se pongan su nombre, marca o cualquier otro signo distintivo en el producto se presente también de alguna otra forma como productor de este”³⁶.

En la práctica, poner el propio nombre o la marca en el producto ya era suficiente para ser considerado su productor, aunque la identidad del verdadero productor también constara de modo evidente en el producto e, incluso, cuando dicha referencia no hubiera podido inducir a una persona razonable a creer que quien puso su nombre o marca en él era quien realmente lo fabricó. Así, si una empresa local ponía su nombre al producto fabricado en otro país, la parte perjudicada podía demandar esa empresa basándose en dicha norma sin tener que comprobar la relación exacta de la empresa con el producto, ya sea como fabricante real, importador, distribuidor u otro posible sujeto responsable. La nueva redacción, al parecer, no supone ningún cambio en este sentido.

En el concepto de fabricante se incluye, además, a quien “desarrolla, fabrica o produce un producto para su uso propio”, con lo que se da una cabida explícita a supuestos como el que tuvo que resolver el caso *Veedefald*, relativo

³⁵ En este sentido, BORGHETTI (2023b) p. 159 and ss.

³⁶ C-264/21 *Keskinäinen Vakuutusyhtiö Fennia v. Koninklijke Philips NV* [2022], ECLI:EU:C:2022:536, nm. 38.

a carácter defectuoso de un fluido para conservar un riñón que iba a ser trasplantado, fabricado para uso propio por la farmacia de un hospital que era propiedad del mismo hospital que iba a realizar el trasplante³⁷.

La propuesta también considera fabricante a quien fabrica un componente que se integra en otro producto, que responderá de manera solidaria con el fabricante de ese otro producto a menos que pueda alegar alguna de las causas de exoneración previstas específicamente para él (cf. art. 11 f) de la DRPD). Al considerar ahora que un “servicio conexo” (cf. art. 4 (4) de la DRPD), es decir:

“un servicio digital que está integrado en un producto o interconectado con él, de tal manera que su ausencia impediría al producto realizar una o varias de sus funciones” (cf. art. 4 (3) de la PD-RPD)

es un “componente” (cf. art. 4 (4) de la DRPD), el proveedor de un servicio de este género adquiere también la condición de fabricante de un componente (cf. art. 8.1 a) de la DRPD).

También equipara al fabricante a quien modifique sustancialmente un producto fuera del control del fabricante originario y que, con posterioridad, lo comercialice o ponga en servicio (art. 8.2 de la DRPD). Ahora, la directiva define qué debe entenderse por modificación “sustancial”, y señala que es toda modificación producida después de la introducción del producto en el mercado o de su puesta en servicio que se considera que tiene tal carácter con arreglo a las normas nacionales o de la Unión aplicables en materia de seguridad de los productos. A falta de dicha referencia, la modificación también es sustancial cuando cambie el rendimiento, la finalidad o el tipo originales del producto, sin que dicho cambio se haya previsto en la evaluación inicial de riesgos del fabricante y, además, que cambie la naturaleza del peligro, cree un nuevo peligro o aumente el nivel de riesgo (cf. art. 4 (18) de la DRPD). Para que quien realice tal modificación se equipare al fabricante, se requiere, además, que la lleve a cabo “fuera del control del fabricante”, expresión que ahora define el art. 4 (5) de la DRPD y que, básicamente, significa que no la lleve a cabo, no la autorice o no la consienta el fabricante del producto.

El precepto nada dice sobre los productos reciclados, que deberían regularse de modo expreso en una directiva que tiene por objeto adaptar la normativa de productos tanto a los requerimientos de la economía digital y a la inteligencia artificial como a las necesidades de la economía circular. Tan solo distingue entre aquellas modificaciones que son “sustanciales”, que tienen cabida en la directiva, de aquellas “reparaciones u otras operaciones que no im-

³⁷ El defecto del fluido provocó la obstrucción en una arteriola del riñón que se había donado y lo hizo inutilizable para su trasplante. Cf. Henning Veedfald y Århus Amtskommune, ECLI: EU:C:2001:258.

pliquen modificaciones sustanciales”, que no estarán sujetas a la directiva³⁸. No parece que el reciclado puede tener cabida en el concepto de “modificación sustancial” del art. 4 (18) de la DRPD, porque lo que pretende es someter el producto a un proceso de transformación o aprovechamiento para que pueda ser utilizado de nuevo con las mismas o parecidas funciones a las que tenía cuando era nuevo. La modificación “sustancial” de que trata el art. 4 (18) de la DRPD, aunque puede afectar a la utilidad del producto (“cambie el rendimiento, la finalidad o el tipo originales del producto”), en el fondo, a lo que atiende es a que el cambio afecte a su seguridad (“[...] sin que dicho cambio se haya previsto en la evaluación inicial de riesgos del fabricante”) y afecte el peligro que comporta³⁹.

Otros sujetos que ya aparecían en la directiva 85/374/CEE son el importador en la UE y, como último eslabón de la cadena, el distribuidor.

Cuando el fabricante está establecido fuera de la UE el perjudicado puede dirigirse contra el importador en la UE y, aunque la nueva directiva no exige expresamente que el importador esté establecido en la UE (cf. art. 8.1.c) i) de la DRPD), lo presupone al señalar que un nuevo sujeto, el “prestador de servicios de tramitación de pedidos a distancia será responsable cuando no haya un importador establecido en la UE” (cf. art. 8, 1, c) iii) de la DRPD).

Finalmente, como en la directiva 85/374/CEE, el distribuidor responde con carácter subsidiario cuando no pueda identificarse ninguno de los responsables en la cadena o cascada de responsabilidad que se establece y, previa solicitud, no identifique un operador económico establecido en la UE o a su propio distribuidor en el plazo de un mes a partir de la recepción de tal solicitud (cf. art. 8.3 de la DRPD).

5.3 Los nuevos operadores económicos

Los nuevos operadores económicos que aparecen en la nueva directiva (cf. arts. 4 y 8 de la DRPD) son los siguientes:

5.3.1. El representante autorizado

La nueva directiva define el “representante autorizado” como “toda persona física o jurídica establecida en la Unión que ha recibido un mandato escrito de un fabricante para actuar en su nombre en tareas específicas” (art. 4 (11) de la DRPD). El representante autorizado responderá en caso de que el fabricante esté establecido fuera de la UE o solidariamente con el importador que sí esté establecido en la UE (cf. art. 8.1 c) de la DRPD).

³⁸ Considerando 39.

³⁹ Cf. considerando 39 y, en relaciones con versiones anteriores, ELI Feedback, p. 19 y, más en detalle, BORGHETTI (2023a) pp. 147-148 y ATIENZA (2023) pp. 25-26.

5.3.2. El prestador de servicios de tramitación de pedidos a distancia

Siguiendo lo que el reglamento (UE) 2019/1020 de vigilancia del mercado llama “prestador de servicios logísticos”⁴⁰, la nueva directiva de productos introduce el llamado “prestador de servicios de tramitación de pedidos a distancia”, que es:

“toda persona física o jurídica que ofrezca, en el transcurso de su actividad comercial, al menos dos de los siguientes servicios: almacenar, embalar, dirigir y despachar un producto, sin tener la propiedad del producto en cuestión”,

si bien de dichos servicios se excluyen los postales, de paquetería y de transporte de mercancías (cf. art. 4 (13) de la DRPD). En la cascada de responsabilidad el prestador de servicios de tramitación de pedidos a distancia responderá cuando ninguno de los otros operadores económicos que deben responder preferentemente (fabricante, importador y representante autorizado) se hallen establecidos en la UE (cf. art. 8 c) iii) de la DRPD).

Se trata de una figura que ha adquirido un papel importante en las técnicas de *marketing* modernas, especialmente cuando un producto se vende en línea. Quienes venden productos en línea pueden encargarse ellos mismos del embalaje y de su envío, pero a menudo dependen de prestadores de servicios de tramitación de pedidos a distancia, en especial cuando venden a través de plataformas minoristas en línea. Hacer responsables a los proveedores de servicios de tramitación en virtud de la directiva es una manera de proporcionar a la persona perjudicada un nuevo demandado cuando el producto defectuoso ha sido comprado en línea, que es algo cada vez más habitual.

5.3.3. Las plataformas en línea

El desarrollo del comercio electrónico ha planteado nuevos retos, en particular, debido al auge de las plataformas en línea, que plantean dificultades especí-

⁴⁰ Reglamento (UE) 2019/1020 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019 relativo a la vigilancia del mercado y la conformidad de los productos y por el que se modifican la directiva 2004/42/CE y los reglamentos (CE) n.º 765/2008 y (UE) 305/2011, DOUE L 169/1, 25.6.2019. Véase art. 3 (11): “prestador de servicios logísticos”: toda persona física o jurídica que ofrezca, en el curso de su actividad comercial, al menos dos de los siguientes servicios: almacenar, embalar, dirigir y despachar, sin tener la propiedad de los productos en cuestión y excluidos los servicios postales tal como se definen en el artículo 2, apartado 1, de la directiva 97/67/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, servicios de paquetería, tal como se definen en el art. 2, apartado 2, del reglamento (UE) 2018/644 del Parlamento Europeo y del Consejo (servicio postal o servicio de transporte de mercancías). Véase, también, *supra* nota 14.

ficas en materia de responsabilidad por los productos defectuosos vendidos en sus sitios web.

No ofrece una dificultad especial considerar que las plataformas en línea que fabrican o importan productos son responsables en los mismos términos que dichos operadores económicos. No obstante, de modo más habitual tales plataformas suelen operar bajo dos modelos de negocio, conocidos como: de cumplimiento por mercados minoristas electrónicos (FRM) y de cumplimiento por comerciantes (FBM)⁴¹.

Según el modelo FRM, los vendedores envían sus productos a la plataforma, que luego se encarga del almacenamiento, embalaje, envío, y de atención posventa al cliente. Cuando este es el caso, la plataforma minorista en línea no es ni importador, ni representante autorizado, ni distribuidor, sino que actúa como un prestador de servicios de tramitación de pedidos a distancia y, por lo tanto, podría ser responsable en virtud del art. 8 c) iii) de la DRPD, es decir, solo cuando no haya un fabricante ni un importador, ni un representante autorizado establecido en la UE.

La situación es distinta, en cambio, cuando la plataforma minorista en línea utiliza el modelo FBM, es decir, de cumplimiento por el comerciante. En estos casos, no es un prestador de servicios de tramitación de pedidos a distancia. De tal cometido puede encargarse otro sujeto e, incluso, ser el propio vendedor quien se encarga de embalar y enviar el producto adquirido. Tampoco es un operador económico que ocupe algún lugar en la cascada y, entonces, el comprador puede tener dificultades en identificar quien es el operador responsable en la cascada de posibles sujetos responsables. Por esta razón, cuando la plataforma no tenga la condición de ningún otro operador económico en el sentido de la directiva y presente el producto o permita la transacción específica, lo que hace la directiva es equipararlo al distribuidor, por lo que responderá en los mismos términos que este (cf. art. 8.4 de la DRPD) siempre que cumplan con las condiciones del art. 6(3) del Reglamento de Servicios Digitales⁴².

⁴¹ Las siglas se refieren respectivamente a la terminología inglesa de *fulfilment by e-retail marketplaces (FRM)*, que en el caso de Amazon suelen sustituirse por *fulfilment by Amazon (FBA)*, y a *fulfilment by merchant (FBM)*. Sobre las formas organizativas de las plataformas en línea y su posible relación la responsabilidad por productos véase BÜYÜKSAGIS (2022) p. 69 y ss y ULFBECK & VERBRUGGEN (2022) p. 978 y ss.

⁴² Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la directiva 2000/31/CE (Reglamento de Servicios Digitales), DOUE L 277/1, 27 de octubre de 2022, que excluye de la exoneración de responsabilidad que establece el art. 6(1) para los prestadores de servicios de la sociedad de la información que almacenen información cuando: “la plataforma en línea presente el elemento de información concreto, o haga posible de otro modo la transacción

Esta regulación, tanto en el caso de que la plataforma sea considerada un prestador de servicios de tramitación de pedidos a distancia como cuando sea equiparada al distribuidor, comporta un régimen muy favorable que contrasta con el elevado grado de control que las plataformas pueden ejercer sobre los productos que comercializan y con la mayor responsabilidad de otros operadores económicos, por lo que puede considerarse que las favorece de modo excesivo.

5.3.4. El fondo de compensación como último recurso

En los debates habidos a lo largo de la tramitación de la directiva se ha hablado muy poco de la posibilidad de establecer fondos de compensación como cláusula de cierre para evitar que, por no poder demandar a ningún sujeto responsable, o por ser este insolvente o no ser localizable, la víctima de un producto defectuoso pueda quedarse sin compensación.

Curiosamente, la referencia a los fondos de compensación ha reaparecido en la última redacción y ahora el art. 8. de la DRPD dispone:

“Cuando las víctimas no obtengan una indemnización porque ninguna de las personas mencionadas en los apartados 1 a 4 pueda ser considerada responsable en virtud de la presente Directiva o porque las personas responsables sean insolventes o hayan dejado de existir, los Estados miembros pueden utilizar los sistemas nacionales de indemnización sectoriales en vigor o establecer otros nuevos con arreglo al Derecho nacional, que, preferiblemente, no se financiarán con ingresos públicos, para indemnizar adecuadamente a las personas perjudicadas que hayan sufrido daños causados por productos defectuosos”.

El añadido tiene visos de improvisación de última hora, dado que se ubica en el último apartado de un artículo referido a los operadores económicos, condición que no encaja con esos mecanismos alternativos, se configuren como se configuren. Tal improvisación se manifiesta, además, por el hecho de que el precepto liquida una problemática de tal complejidad en un solo considerando que, por otra parte, se limita a reproducir el precepto y contradecir la manifestación por la preferencia de que no se financien con ingresos públicos al añadir:

concreta de que se trate, de manera que pueda inducir a un consumidor medio a creer que esa información, o el producto o servicio que sea el objeto de la transacción, se proporcione por la propia plataforma en línea o por un destinatario del servicio que actúe bajo su autoridad o control”.

“corresponde a los Estados miembros decidir si dichos sistemas de indemnización se financian total o parcialmente con ingresos públicos o privados”⁴³.

El nuevo precepto de la directiva parte de la base de que esos fondos nacionales operarían como alternativa a la responsabilidad civil establecida en la directiva por ser los responsables insolventes o por haber dejado de existir, pero deja en el aire demasiadas cuestiones fundamentales, como las referidas a cómo se financiarían en concreto esos fondos; si se indemnizarían o no todos los perjuicios que deriven de los daños cubiertos por la directiva; si el objeto de esos fondos sería obtener una reparación íntegra, con los mismos criterios aplicables a las reglas nacionales que deriven de la transposición de la directiva o si, más bien, se tratará tan solo de “indemnizar adecuadamente”, como señala el precepto, y qué significaría que la indemnización fuera “adecuada”, etc. Tampoco dice nada sobre la posibilidad de establecer un seguro obligatorio.

La experiencia en materia de fondos de compensación –dejando al margen el de Seguro Obligatorio de Automóviles (SOA)⁴⁴– es bastante desigual en los distintos países europeos. En países como Francia han proliferado en los últimos decenios y entre los diversos fondos existentes cabe destacar el de la Oficina Nacional de Indemnización de Accidentes Médicos (ONIAM, en francés) creado en 2002 que resarce los daños causados con ocasión de la prestación de servicios sanitarios, pero que no pueden atribuirse a la mala praxis médica⁴⁵. Funciona, además, como un fondo de garantía que resarce daños causados a los pacientes cuando, a pesar de ser aplicables las reglas de responsabilidad civil, no pueden ser compensados por el profesional sanitario o su asegurador. Se afirma que ese fondo de compensación, que complementa la responsabilidad civil, se basa en el principio de la “*solidarité nationale*” (solidaridad

⁴³ Cf. considerando 41.

⁴⁴ Cuya normativa es muy similar debido al efecto armonizador de las directivas en este campo. En España la normativa del seguro obligatorio de automóviles indica que corre a cargo del Consorcio de Compensación de Seguros la indemnización a las víctimas de siniestros ocurridos en España en determinados casos, como cuando el vehículo causante del daño es desconocido, no está asegurado o ha sido robado (cf. art. 11 de la LRCSCVM).

⁴⁵ Se trata de daños tales como: las infecciones nosocomiales, los causados por la vacunación obligatoria, la administración de la hormona del crecimiento, o los virus de la hepatitis C, y de la inmunodeficiencia humana (VIH). El ONIAM también incluye daños que resultan de la materialización de determinados riesgos sanitarios graves (sin negligencias), y otros supuestos que se han ido ampliando con el paso de los años. Cf. Décret n° 2003-314 du 4 avril 2003 relatif au caractère de gravité des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales prévu à l'article L. 1142-1 du code de la santé publique, en www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000000420801 [fecha de consulta: 17 de mayo de 2024]. Véase BRIGHT & HODGES (2017) pp. 427-436 y allí más referencias.

nacional), expresión que refleja la idea de que toda la comunidad cubre tales riesgos⁴⁶. En cambio, la experiencia de este tipo de fondos en España se limita a unos pocos casos de fondos tanto retrospectivos como prospectivos, es decir, según si se relacionan con daños masivos y muy graves en supuestos concretos, en el primer caso, o si pretenden anticipar con carácter permanente una respuesta adecuada a daños recurrentes, en el segundo⁴⁷. Entre los primeros destacan los relativos a las personas contagiadas con el virus de inmunodeficiencia humana (VIH) como consecuencia de tratamientos transfusiones de sangre o hemoderivados realizadas en el sistema sanitario público⁴⁸; los referidos a las personas con hemofilia u otras coagulopatías congénitas a quienes se contagió la hepatitis C (VHC), en actuaciones realizadas también en el sistema sanitario público⁴⁹; los destinados a las personas afectadas por malformaciones corporales producidas por la ingesta por sus madres de medicamentos cuyo principio activo era la talidomida, durante procesos de gestación producidos en España entre los años 1960 y 1965⁵⁰ y, recientemente, los relativos a las víctimas del amianto⁵¹. Entre los fondos de carácter prospectivo se hallan los destinados a compensar los daños sufridos por las víctimas de ciertos hechos delictivos que revisten una gravedad particular⁵² o que han sido perpetrados en el marco de una acción terrorista⁵³. En general, la doctrina ha afirmado que la experiencia española con los fondos de compensación existentes no es satisfactoria, es bastante residual y está falta de coherencia, con

⁴⁶ Cf. BRIGHT & HODGES (2017).

⁴⁷ Para un tratamiento detallado del tema, RIBOT (2020) pp. 5-50.

⁴⁸ Real decreto-ley 9/1993, de 28 de mayo (BOE núm. 130, 1 junio 1993). Acuerdo de convalidación de 23 de junio de 1993 (BOE núm. 152, 26 junio 1993).

⁴⁹ Ley 14/2002, de 5 de junio, por la que se establecen ayudas sociales a las personas con hemofilia u otras coagulopatías congénitas que hayan desarrollado la hepatitis C como consecuencia de haber recibido tratamiento con concentrados de factores de coagulación en el ámbito del sistema sanitario público, y otras normas tributarias (BOE núm. 135, 6 junio 2002).

⁵⁰ DA 57ª Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010 (BOE núm. 309, 24 diciembre 2009). Véase RD 1006/2010, de 5 de agosto, por el que se regula el procedimiento de concesión de ayudas a las personas afectadas por la talidomida en España durante el periodo 1960- 1965 (BOE núm. 190, 6 agosto 2010).

⁵¹ Ley 21/2022, de 19 de octubre, de creación de un fondo de compensación para las víctimas del amianto (BOE núm. 252, de 20 de octubre de 2022) (modificada por la DF 10 Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo (BOE núm. 51, de 1 marzo 2023), con indemnizaciones muy escasas.

⁵² Ley 35/1995, de 11 diciembre, de Ayudas a Víctimas de Delitos Violentos y Contra la Libertad Sexual (BOE núm. 296, 12 diciembre 1995). Véase Reglamento de ayudas a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual (aprobado por real decreto 738/1997, de 23 mayo [BOE núm. 126, 27 mayo 1997]).

⁵³ Ley 9/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo (BOE núm. 229, 23 septiembre 2011). Véase Reglamento aprobado por RD 671/2013, de 6 de septiembre (BOE núm. 224, 18 septiembre 2013).

una elevada incidencia tanto de la infracompensación como de la sobrecompensación⁵⁴.

La directiva 85/374/CEE no disponía nada sobre los fondos de compensación y, como la actual, tampoco decía nada sobre el seguro. En España, el art. 31 de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios de 1984⁵⁵ establecía que el gobierno, previa audiencia de los sectores interesados y de las asociaciones de consumidores y usuarios, adoptaría las medidas o iniciativas necesarias para establecer un sistema obligatorio de seguro y fondo de garantía que cubran, para sectores determinados, los riesgos de intoxicación, lesión o muerte derivados del mal estado de los productos, servicios o actividades en determinados supuestos de responsabilidad objetiva previstos en su art. 28. En la transposición española de la directiva 85/374/CEE en 1994 se diluyó ese mandato en una potestad del gobierno y en una cobertura que podía ser solo parcial⁵⁶ y, en el año 2007, tal precepto pasó al art. 131 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios⁵⁷. En resumen, han pasado treinta años de la transposición de la directiva y ningún gobierno ha planteado la creación de seguros obligatorios ni ha establecido fondos de compensación más allá de alguno de los casos puntuales señalados.

6. *La necesidad de adaptar la noción de defecto*

6.1. Las expectativas de seguridad, frente al test de riesgo/utilidad, y el cumplimiento de normas de seguridad

La nueva directiva, bajo el epígrafe de “defectuosidad”, establece:

“Un producto se considerará defectuoso cuando no ofrezca la seguridad que una persona tiene derecho a esperar y que se exige asimismo en virtud del Derecho de la Unión o nacional” (art. 7.1 de la DRPD).

A diferencia del art. 6 de la directiva anterior, el art. 7 de la nueva no refiere esa “defectuosidad” únicamente al hecho de que el producto no cumpla

⁵⁴ RIBOT (2020) p. 48.

⁵⁵ Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (BOE núm. 176, de 24 de julio de 1984).

⁵⁶ Cf. Disposición final segunda, de nueva redacción del art. 30 de la Ley 26/1984, de 19 de julio (BOE núm. 161, de 7 de julio 1994): “El Gobierno [...] podrá establecer un sistema de seguro obligatorio de responsabilidad civil [...] y un fondo de garantía que cubra, total o parcialmente los daños [...]”.

⁵⁷ Real decreto legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (BOE núm. 287, de 30 de noviembre 2007).

con las expectativas de seguridad del público en general o, de manera excepcional, en caso de determinados productos, de sus destinatarios específicos, si no que ahora añade una referencia explícita al cumplimiento de la normativa de seguridad exigida por el derecho de la Unión Europea o nacional.

En lo que respecta a las expectativas de seguridad, el considerando 30 indica:

“La evaluación del carácter defectuoso debe incluir un análisis objetivo de la seguridad que el público en general tiene derecho a esperar y no referirse a la seguridad que una persona concreta tiene derecho a esperar”.

En este punto, la nueva directiva no implica ninguna modificación respecto a la regulación anterior, ya que generalmente se considera que la prueba de las legítimas expectativas de seguridad es objetiva y no subjetiva, es decir, que se refiere a las expectativas del público en general o del grupo de destinatarios del producto, y no del concreto usuario del producto.

Mediante la referencia a las normas comunitarias o nacionales de seguridad se introduce una mayor conexión entre la normativa de seguridad y la de responsabilidad, en el sentido de que el incumplimiento de normas de seguridad establecidas para evitar determinados daños permite establecer la defectuosidad del producto cuando tales daños se materializan. Sí, por ejemplo, en el caso de sistemas de IA, dado que el reglamento de IA fomenta el desarrollo de estándares técnicos y les otorga un efecto vinculante para garantizar la seguridad de tales productos, su incumplimiento podrá determinar la defectuosidad del producto si tenían por objetivo prevenir la materialización del daño que se ha producido. En cambio, la directiva elude pronunciarse sobre la regla inversa, es decir, si el cumplimiento de la legislación nacional o de la UE determinará que el producto no sea defectuoso, aunque atendiendo a la posición más extendida cabe pensar que tal cumplimiento no será suficiente para excluir su defectuosidad.

Podría pensarse que la directiva ha perdido de nuevo la oportunidad de sustituir el test clásico de las expectativas de seguridad del consumidor (*consumer expectations test*) por el más moderno de costo o riesgo/utilidad (*cost or risk/utility test*), que es más adecuado para resolver problemas que se refieren a defectos de diseño⁵⁸, y que probablemente serán los defectos más comunes en el caso tecnologías complejas.

No obstante, algunos autores han señalado que, dado que el test de las expectativas de seguridad del público en general no puede llevarse a cabo haciendo una encuesta a todos los usuarios, la directiva no excluye el análisis riesgo/utilidad⁵⁹.

⁵⁸ Sobre los pro y contras de la introducción de dicho test, véase SANTOS, FAIRGRIEVE, MACHNIKOWSKI, BORGHETTI, KEIRSE, DEL OLMO, RAJNERI, SCHMON, ULFBECK, VALLONE, ZECH (2021) pp. 91-132. Véase, también, WAGNER (2022) p. 205.

⁵⁹ *Ibid.*

Si bien es dudoso que el test riesgo-utilidad en su variante básica de Estados Unidos, es decir, la que compara la seguridad adicional que brinda un diseño alternativo más seguro con el costo adicional de dicho diseño, es compatible con la directiva, no parece contradecirla una versión más amplia, que consiste en la comparación global de los beneficios generales del producto, es decir, los que el público (y, por lo tanto, al menos potencialmente, también la víctima) obtiene de la presencia del producto en el mercado con sus riesgos globales⁶⁰. Que es así se desprende también del considerando 30 cuando explica que la evaluación de defectos debe implicar un análisis objetivo y que:

“la seguridad que el público en general tiene derecho a esperar debe evaluarse teniendo en cuenta, entre otras cosas, la finalidad prevista, el uso razonablemente previsto, la presentación, las características objetivas y las propiedades del producto de que se trate, incluido su ciclo de vida previsto, así como las necesidades específicas del grupo de usuarios al que se destina el producto”.

6.2. La ampliación de la enumeración de circunstancias que deben tenerse en cuenta para establecer la defectuosidad

Una diferencia sustancial entre la nueva directiva y la anterior es la mención específica de cuáles son las circunstancias que deben tenerse en cuenta para determinar, entre otras, la defectuosidad. El art. 6.1 de la directiva anterior se refería en específico a la presentación del producto, el uso razonablemente previsible del producto y el momento de su puesta en circulación. La propuesta matiza ahora esas tres circunstancias y añade cinco más.

Como matizaciones a la presentación del producto se añaden “las características del producto, incluidos su etiquetado, diseño, características técnicas, composición y envase, y las instrucciones de montaje, instalación, uso y mantenimiento” (art. 7.2.a) de la DRPD); respecto al uso “razonablemente previsible” del producto (art. 7.1.b) de la DRPD) se explicita que incluye el uso indebido⁶¹ y, por último, el “momento de puesta en circulación” se sustituye básicamente por el concepto más amplio que sería el “momento en que el producto dejó el control del fabricante” (art. 7.2.e) de la DRPD), control

⁶⁰ Véase SANTOS *et al.* (2021) p. 131.

⁶¹ Considerando 31: “[...]A] determinar la defectuosidad de un producto, el uso razonablemente previsible incluye también el uso indebido pero razonable en las circunstancias, como por ejemplo el comportamiento previsible de un usuario de maquinaria derivado de una falta de concentración o el comportamiento previsible de determinados grupos de usuarios, como los niños”.

que puede extenderse más allá de la introducción del producto en el mercado o de su puesta en servicio, bien porque el fabricante continúa realizando modificaciones, actualizaciones o mejoras del producto, bien porque autoriza que las hagan terceros (cf. art. 4 (5) de la DRPD), circunstancia que, aunque no de modo exclusivo, se refiere en esencia a los programas informáticos y a los productos con contenido digital. También se refieren fundamentalmente a esos productos los apartados 7.2.d) de la DRPD, relativo al

“efecto razonablemente previsible sobre el producto de otros productos que quepa esperar que se utilicen junto con el producto, también mediante interconexión”

y 7.2.f) de la DRPD, referido a “los requisitos de seguridad del producto pertinentes, incluidos los requisitos de ciberseguridad pertinentes para la seguridad”. En cambio, el art. 7.2. c) de la PD-RPD contiene una referencia exclusiva a los sistemas de IA al señalar la circunstancia de que el producto pueda “seguir aprendiendo o adquirir nuevas características después de su introducción en el mercado o puesta en servicio”⁶².

Finalmente, otras circunstancias a considerar serían las relativas a “cualquier retirada del producto o cualquier intervención pertinente de una autoridad reguladora o de un operador económico” en relación con la seguridad del producto (cf. art. 7.2.g) de la DRPD), y las “expectativas específicas del grupo de usuarios finales a los que se destina el producto” (art. 7.2.h) de la PD-RPD). Entre las primeras pueden entenderse intervenciones como su retirada del mercado, sin que pueda derivarse la defectuosidad del siempre hecho de que se produzca esa retirada⁶³, mientras que las segundas se refieren a que, en caso de que existan productos destinados a un determinado grupo de usuarios especialmente vulnerables, no será suficiente la expectativa de seguridad del público en general, sino que deberá atenderse a la que corresponde a este específico grupo vulnerable⁶⁴.

⁶² Cf. considerando 32.

⁶³ Cf. considerando 34.

⁶⁴ Según indican ELI Feedback, Com. art. 6 y BORGHETTI, (2023a) p. 152, esta matización recogería la doctrina establecida por el TJUE en los asuntos acumulados C-503/13 y C-504/13, caso Boston Scientific Medizintechnik GmbH contra AOK Sachsen Anhalt – Die Gesundheitskasse y Otro, TJUE (Sala Cuarta), sentencia de 5 marzo 2015 (TJCE 2015\107) al señalar (39): “En lo que respecta a los dispositivos médicos, tales como los marcapasos y los desfibriladores automáticos implantables de que se trata en los litigios principales, ha de señalarse que, *habida cuenta de su función y de la situación de particular vulnerabilidad de los pacientes que utilizan esos dispositivos, los requisitos de seguridad relativos a ellos, que tales pacientes pueden esperar legítimamente, son particularmente elevados* [énfasis añadido]. Véase, también, ATIENZA (2023) p. 20.

En la versión final se incorpora una nueva característica para referirse a aquellos productos que adolecen de un defecto de utilidad que afecta su seguridad, es decir, que provocan daños porque son ineficaces para impedir que se produzca el daño que tenían por objetivo evitar (art. 7.2 i) de la DRPD)⁶⁵, situación que en el derecho español recuerda un caso clásico de la década del noventa del siglo pasado referido a un producto cuyo fabricante anunciaba como efectivo para combatir el microlepidóptero *Prays citri* o polilla del limonero, cuando en realidad no era eficaz para tratar la plaga y que, por ello, dio lugar a la pérdida de la cosecha⁶⁶.

7. La noción de daño

El actual régimen de responsabilidad del producto establecido por la directiva 85/374/CEE indemniza los daños personales, incluida la muerte, y en determinadas condiciones, los daños materiales o a las cosas (cf. art. 9). En cambio, no resarcen los perjuicios que derivan de la intromisión en los derechos de la personalidad, el daño patrimonial puro (*pure economic loss*), ni el daño emocional o moral puro, es decir, la lesión a los sentimientos que no es consecuencia ni de un daño corporal o de la vulneración de un derecho de la personalidad del propio dañado, ni de un daño a sus bienes.

7.1. Los tres tipos de “daño” como lesión a intereses jurídicos protegidos por la directiva

El art. 6 de la DRPD distingue tres “tipos de daño”, en el sentido de lesión de intereses protegidos, cuyas consecuencias, en el sentido de “perjuicios patrimoniales” (y también extrapatrimoniales, cuando lo permita el derecho interno) pueden ser resarcidas.

En primer lugar, como en la directiva anterior, la nueva habla de “muerte o lesiones corporales”, a las que ahora añade la matización de “incluidos los daños para la salud psicológica comprobados medicamente”. Tal añadido no

⁶⁵ Art. 7.2. i) de la DRPD: “en el caso de un producto cuya finalidad es precisamente evitar daños, el eventual incumplimiento de dicha finalidad por parte del producto”.

⁶⁶ La STS de 3.10.1991 (RJ 1991, 6902) (ponente: Antonio Fernández Rodríguez) representa un notable adelanto a la doctrina española de la época al señalar que, aunque: “ha de delimitarse la esfera de la responsabilidad extracontractual del fabricante, cuando se imputa a éste los defectos del producto, en sentido técnico jurídico, sean defectos de fabricación propiamente dichos, sean defectos de construcción o proyecto, sean defectos de información o de instrucción, y ceñir la de responsabilidad contractual cuando los daños derivan de la simple falta de eficacia del producto, es lo cierto que en el presente caso se está en el primero de dichos aspectos, es decir, en el de responsabilidad extracontractual”.

supone ninguna ampliación del ámbito de protección, sino tan solo una aclaración de la regulación anterior, ya que el término “lesiones corporales” engloba tanto los daños físicos como los psíquicos, como indica ahora el considerando 21. Para determinar si estamos ante un daño psíquico que constituye un daño corporal que afecta el estado de salud de la víctima y que puede requerir terapia o tratamiento médico y no ante un simple daño emocional o daño moral puro⁶⁷, resulta fundamental acudir a sistemas clasificatorios de enfermedades que estén ampliamente reconocidos por la comunidad médica. En este sentido, el considerando 21 destaca, ahora, “entre otras”, la “Clasificación Internacional de Enfermedades” de la Organización Mundial de la Salud (CIE-11)⁶⁸. Otra clasificación a la que podría acudir para determinar si la perturbación psicológica se halla reconocida como enfermedad es el DSM-5-TR (2023)⁶⁹, que es un sistema clasificatorio con un amplio reconocimiento y utilizado en el ámbito internacional para el diagnóstico de los trastornos mentales de la edad adulta y de la niñez y adolescencia⁷⁰.

En segundo lugar, en una traducción grosera del inglés, se refiere a “daños o destrucción de cualquier *propiedad* [sic]”, es decir, a los daños materiales o a las cosas⁷¹. De ese tipo de daños exceptúa, como en la regulación anterior,

⁶⁷ Es decir, de aquellos “daños emocionales” (*emotional harm*) o “daños morales puros” que se producen con independencia de un daño corporal a la persona del perjudicado o a sus cosas, y que nuestra jurisprudencia suele describir como situaciones de ansiedad, angustia, zozobra, etc. y que se dan, por ejemplo, en casos de “falso positivos”, por la angustia creada por la diagnosis errónea de una enfermedad grave que, en realidad, el perjudicado no tenía (STS 19 de julio de 2007 (RJ 2007, 5143); en los casos de riesgo de contagio de una enfermedad, como el SIDA (SAP Madrid, Sec. 11ª, 10 de julio de 2007 [AC 2007, 1899]; en casos asintomáticos como, por ejemplo, de infección con el virus del SIDA que hace que se sea seropositivo pero que no se desarrolle la enfermedad (SAP Madrid 2 de enero de 2004 [JUR 2004, 20872], o en los casos de las llamadas “placas pleurales”, que son asintomáticas y no pueden considerarse como una lesión pulmonar (STS 15 de marzo de 2021 [JUR 2021, 90392]) o, finalmente, en casos conocidos en derecho comparado como “*near miss*” o temor a sufrir un daño corporal inminente y grave que finalmente no se materializa, como en el caso de algunos pasajeros del *Costa Concordia* analizado en la STS 8 de abril de 2016 (RJ 2016, 3657).

⁶⁸ CIE-11. Clasificación Internacional de Enfermedades, 11ª revisión. Estandarización mundial de la información de diagnóstico en el ámbito de la salud. Disponible en <https://icd.who.int/es> [fecha de consulta: 20 de mayo de 2024].

⁶⁹ AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION (2023).

⁷⁰ Nótese, no obstante, que, en caso de posible divergencia, la directiva da preeminencia al CIE-11. Así, por ejemplo, mientras que CIE-11 reconoce como enfermedad el llamado “trastorno por uso de videojuegos, predominantemente en línea (6C51.0)”, el DSM-5-TR considera que es un trastorno que requiere mayor investigación antes de que pueda ser considerado formalmente como enfermedad.

⁷¹ El art. 9) de la directiva anterior hablaba con más propiedad de “daños causados a una cosa o la destrucción de una cosa”.

el daño al propio producto defectuoso, y añade la matización de que también queda excluido

“un producto dañado por un componente defectuoso integrado en ese producto o interconectado con él por el fabricante de ese producto o bajo su control”,

lo que no supone ninguna novedad, sino tan solo una adaptación a la nueva situación en la que se hacen pivotar una serie de consecuencias al mantenimiento o pérdida de control sobre el producto por parte del fabricante, por lo que el carácter unitario de un producto no es ya el que resulta de la caracterización que le da el tráfico jurídico en el momento de su puesta en circulación, sino que se mantiene hasta que el fabricante pierde el control sobre él.

La nueva directiva no elimina tampoco la restricción de incluir solo los daños a cosas destinadas al uso o consumo privados, en contra de lo que había reclamado la doctrina más solvente⁷², por lo que también se excluyen los causados a las cosas (*las propiedades* dice la versión española) utilizadas exclusivamente con fines profesionales. La única diferencia es que ahora se incluye en el ámbito de la directiva el resarcimiento de los daños causados a cosas de uso mixto, con lo que se superan los problemas que podían plantearse con la directiva anterior para determinar si una cosa se utilizaba principalmente o no para un uso o consumo privados (cf. art. 9.b) ii) de la directiva 85/374/CEE).

Por las características de la economía digital y de los sistemas de IA era necesario incluir en la noción de daño jurídicamente relevante, a los efectos de la directiva, el daño a datos y contenidos digitales distintos de los incluidos en el sistema de IA. Es bien sabido que el funcionamiento de los sistemas de IA puede dar lugar a considerables perjuicios patrimoniales por incidentes en los que los datos o el contenido digital se destruyen, eliminan, corrompen o se vuelven ilegibles. Las pérdidas pueden ser más sustanciales si los datos o el contenido digital se utilizan en el contexto comercial, donde las implicaciones de experimentar una pérdida de datos pueden ser catastróficas y afectar la operación diaria y el funcionamiento general de una empresa. Además, los perjuicios patrimoniales derivados de la pérdida de datos, tales como el daño a la reputación comercial y la pérdida de clientes, o los gastos necesarios para reconstruir los datos perdidos, pueden ser enormes⁷³. Para conjurar este

⁷² Cf. EUROPEAN LAW INSTITUTE (2022) (en adelante ELI Draft), art. 6.- *Relevant Harm* y su comentario, pp. 16-18, que consideraba que la exclusión de tales daños ya no estaba justificada porque el TJUE, en los asuntos C-183/00; C-52/00 y C-154/00, había tomado claramente la posición de que la protección del consumidor no era la *ratio legis* detrás de la directiva. También en contra de mantener la restricción, BORGHETTI (2023a) p. 141 y WAGNER (2022) p. 22.

⁷³ Véase ELI Guiding Principle 7, 8-9 y ELI Response, 17-28.

peligro, y a pesar de que amplía la noción de daño resarcible para incluir los perjuicios patrimoniales derivados de la pérdida o corrupción de datos y los costos que comporte su recuperación o restauración, no resarce los derivados de la pérdida o corrupción de datos que se utilicen con fines profesionales (cf. art. 6. c) de la DRPD)⁷⁴, por lo que parece previsible que el alcance práctico de esta novedad sea muy menor. Por otra parte, como las filtraciones o fugas de datos no dan lugar a ningún daño a un bien tangible ni intangible, quedan fuera del ámbito protector de la directiva y se regirán por las directivas específicas en materia de protección de datos.

Finalmente, la nueva directiva deja claro que solo cubre esos tres tipos de daño al indicar en su considerando 24:

“Los tipos de daños distintos de los previstos en la presente Directiva, como las pérdidas económicas propiamente dichas, los ataques a la intimidad o la discriminación, no deben dar lugar por sí mismos a la responsabilidad prevista en la presente Directiva”.

7.2. Los perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales derivados de los tres tipos de daño cubiertos por la directiva

El art. 6.2 de la DRPD indica, en primer lugar, que el derecho a indemnización incluye todas las “pérdidas materiales” que resultan de la lesión de los intereses protegidos cubiertos, es decir, que se refiere solo a los “perjuicios patrimoniales”, que derivan de la lesión de los “tipos de daño” recién mencionados⁷⁵. Desaparece, ahora, la limitación anterior que, según algunas traducciones de la directiva, establecía una franquicia o deducción de 500 ECU de todas las indemnizaciones por daños a las cosas o, según otras, un umbral de procedibilidad que, una vez superado, permitía obtener la indemnización íntegra del perjuicio patrimonial causado en estos casos⁷⁶.

⁷⁴ El considerando 22 indica expresamente que esta restricción se hace con el fin de “hacer frente a un posible riesgo de litigio en un número excesivo de casos”.

⁷⁵ Por desgracia, el lenguaje funcionarial con el que nos obsequia a menudo la burocracia de la UE encierra el peligro de crear más confusión en el derecho interno de los Estados miembros. En derecho español *material loss* no debería traducirse por “pérdida material”, como hace la directiva, sino por “daño patrimonial” o, mejor todavía, por “perjuicio patrimonial” que, por ejemplo, es lo que establece la Ley española 35/2015 de reforma del baremo. Además, en inglés “auténtico”, sea del Reino Unido o de otros países del *common law*, tampoco se habla de *material loss* sino de *pecuniary loss* o, como mucho, de *pecuniary damages*.

⁷⁶ En este sentido, la traducción española del art. 9. b) de la directiva 85/374/CEE hablaba de “franquicia” y, más explícitamente, la versión francesa de *déduction d'une franchise*, mientras que la versión inglesa hablaba de “umbral mínimo” (*lower threshold*).

En lo que respecta a los perjuicios extrapatrimoniales, la directiva introduce una matización muy importante. La directiva anterior disponía: “El presente artículo no obstará a las disposiciones nacionales relativas a los *daños inmateriales*” [sic] (cf, art. 9 *in fine*) lo que fue entendido en la transposición española de 1994, erróneamente en mi opinión, en el sentido de que la reclamación de los perjuicios extrapatrimoniales o morales no podía llevarse a cabo en el marco de la directiva, por lo que el resarcimiento de tales perjuicios solo podía obtenerse cuando se fundamentaba en reglas nacionales generales como, por ejemplo, las del art. 1902 del CC y concordantes, o en una normativa sectorial interna. Lo que en realidad pretendía, entonces, el legislador comunitario era no forzar a ningún Estado miembro a indemnizar los perjuicios extrapatrimoniales derivados de los daños cubiertos por la directiva y que solo se indemnizaran si su propio derecho interno los indemnizaba. Piénsese que en aquella época la disparidad de criterios sobre la indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales era abismal, ya que en algunos países como, por ejemplo, en Alemania no se indemnizaron en los supuestos de responsabilidad objetiva hasta el año 2002 y los derivados del fallecimiento tampoco se indemnizaron hasta 2017⁷⁷.

El segundo inciso del nuevo art. 6.2 de la DRPD dispone ahora:

“El derecho a indemnización cubrirá también los daños morales derivados de los daños a que se refiere el apartado 1, en la medida en que puedan ser indemnizados con arreglo al Derecho nacional”,

Con esta redacción deja claro que, si la lesión de los intereses protegidos que enumera causa perjuicios extrapatrimoniales, continuará aplicándose la directiva y tales perjuicios se resarcirán como normalmente se resarcen (o no se resarcen) en el derecho interno de cada Estado miembro⁷⁸.

8. La “exención de responsabilidad”

El art. 11 de la DRPD enumera un listado ampliado de causas de exoneración de responsabilidad que ahora denomina “exención de responsabilidad”. Algunas de esas causas de exoneración deben modificarse para poder aplicarlas a aquellos casos en los que la puesta en circulación no comporta la pérdida del control del producto por parte del fabricante, pero ello no debería haber dado lugar a una regulación dual como la que establece el art. 11.1.c) de la DRPD, referida a la inexistencia del defecto cuando el producto fue “introducido en

⁷⁷ Véase la explicación del contexto comparado y del desaguado español en MARTÍN-CALS (2022) pp. 1871-1877 y allí más referencias.

⁷⁸ Véase también considerando 23.

el mercado, puesto en servicio [...]”, para establecer luego una excepción a esa exención de responsabilidad, diciendo que un operador económico no estará exento de responsabilidad cuando el producto esté “bajo el control del fabricante” y el defecto se deba a un servicio conexo, a programas informáticos, incluidas las actualizaciones o mejoras, la falta de actualizaciones o mejoras de programas informáticos necesarias para mantener la seguridad o una modificación sustancial del producto (cf. art. 11.2 de la DRPD).

Tal vez hubiera sido preferible elaborar algo más la noción de “control del fabricante” (art. 4 (5) de la DRPD)⁷⁹, y haber indicado que se convierte en el único momento relevante, debido a que la puesta en circulación se tomaba en cuenta con anterioridad porque suponía el momento de pérdida de control de los productos analógicos elaborados en una economía lineal y que en una economía digital o circular el control se puede mantener, incluso, tras la puesta en circulación o en servicio. Al no haberse dado ese paso hacia un nivel superior de abstracción, la directiva tiene que repetir distintos momentos que, en el fondo, se refieren siempre, en un sentido amplio, a la pérdida de control por parte del operador económico, como ocurre, por ejemplo, en el art. 11.1.e) de la DRPD, relativo a los riesgos del desarrollo, en cuyo caso se remite al momento en que

“el producto fue introducido en el mercado, puesto en servicio o en el período en el que el producto estaba bajo el control del fabricante [...]”.

A lo largo de la tramitación de la nueva directiva, la causa de exoneración por riesgos del desarrollo, que era opcional en la directiva anterior, se había configurado como obligatoria, por lo que no admitía ninguna excepción, lo que, al parecer, se hacía para proteger a los desarrolladores de sistemas de IA. Aunque la excepción por riesgos del desarrollo solo había sido excluida, con carácter general, por Finlandia y Luxemburgo, y por Francia y España, en relación con determinados productos, el cambio podía ocasionar un notable rechazo, atendiendo, principalmente, a las razones históricas que llevaron a prescindir de tal causa de exoneración en algunos de esos países⁸⁰.

⁷⁹ En parte esa definición se desarrolla algo más que en versiones anteriores al indicar que “control del fabricante” es la “a) acción del fabricante de un producto mediante la que realiza o, con respecto a las acciones de un tercero, autoriza o consiente en: i) la integración, interconexión o suministro de un componente, incluidas las actualizaciones o mejoras de los programas informáticos; o ii) la modificación del producto, incluidas las modificaciones sustanciales; b) capacidad del fabricante de un producto de suministrar actualizaciones o mejoras de programas informáticos por sí mismo o a través de un tercero”.

⁸⁰ Véanse los informes nacionales en MACHNIKOWSKI (2017) principalmente los informes francés (p. 226 y ss.) y español (p. 444 y ss.).

Finalmente, el art. 18 de la DRDP se ha hecho eco de esta realidad y establece la posibilidad de que los Estados miembros puedan excepcionar la exoneración basada en los riesgos de desarrollo, de un modo similar a como establecía el art. 15 de la directiva 85/374/CEE, pero de un modo algo más restrictivo. Así, por una parte, permite que los Estados miembros en los que ya rige dicha exclusión la puedan mantener o modificar y que los demás la puedan introducir. No parece que establezca ninguna limitación respecto al mantenimiento de la exclusión, por lo que los que la excluyen en su totalidad podrán seguir haciéndolo. En cambio, los Estados miembros que la modifiquen o la introduzcan de nuevo solo podrán hacerlo de manera parcial y condicionada, es decir, las exclusiones estarán limitadas a categorías específicas de productos, deberán estar justificadas por objetivos de interés público, y serán proporcionadas, es decir, adecuadas para garantizar la consecución de los objetivos perseguidos sin exceder de lo que sea necesario para alcanzarlos (cf. art. 18.2 de la DRPD).

9. Plazos de prescripción y de "caducidad" (preclusión)

Como en la anterior directiva, el art. 16 de la DRPD mantiene el plazo de prescripción de tres años, que al parecer no ha planteado problemas en la práctica, y el art 17 de la DRPD habla, en la versión española, de un plazo de "caducidad" que, en realidad, es un plazo de preclusión, y establece que la responsabilidad se extinguirá al vencimiento de un plazo de diez años contados a partir de la fecha de introducción en el mercado o puesta en servicio del producto defectuoso que causó el daño o, en el caso de productos modificados sustancialmente, de la fecha de su comercialización o puesta en servicio tras su modificación sustancial. El plazo de preclusión puede ser apreciado de oficio por el juez y tiene el carácter de un límite temporal absoluto, debido a que no puede suspenderse ni interrumpirse.

En el caso de daños latentes, es decir, que solo pueden descubrirse mucho después de que se haya producido el evento dañoso, el plazo de diez años puede resultar insuficiente, porque en estos casos puede resultar que ya haya transcurrido antes de que la víctima haya podido interponer la demanda⁸¹. En este sentido, el plazo de prescripción de diez años se cuestionó en la sentencia del TEDH de 11 de marzo de 2014, *Howald Moor y otros c. Suiza*⁸² en relación

⁸¹ Véase, a favor de mantener el periodo de preclusión de diez años, FAIRGRIEVE *et al.* (2017) Mn. 186. A favor de abolirlo o, al menos, de excluirlo y reconvertirlo en un plazo de prescripción en el caso de daños personales, ELI Response, pp. 21-22.

⁸² COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME, DEUXIÈME SECTION (2014).

con el plazo de preclusión aplicable en virtud del derecho suizo a las víctimas de la exposición al amianto. Si bien el tribunal señaló que las normas sobre plazos de prescripción persiguen el objetivo legítimo de garantizar la seguridad jurídica, su aplicación sistemática a personas que padecen enfermedades que no pueden ser diagnosticadas hasta muchos años después de los hechos desencadenantes, puede privarlas de la oportunidad de reclamar sus derechos ante los tribunales. En consecuencia, el tribunal consideró que la aplicación del plazo de preclusión había restringido el acceso de las víctimas a la justicia, garantizado por el art. 6.1 del CEDH, hasta el punto de menoscabar la esencia misma de su derecho.

Para intentar paliar esta situación, el art. 17.2 de la DRPD propone, ahora, una extensión del plazo de preclusión de esos diez años hasta los veinticinco cuando la persona perjudicada no haya podido iniciar un procedimiento en un plazo de diez años debido a la latencia de un daño personal, lo que supone un alargamiento considerable si se tiene en cuenta que en versiones anteriores de la nueva directiva se habla de solo quince años. El legislador comunitario opta así por una solución parecida a la acogida en la reforma de 2002 del *Código Civil* alemán que, a diferencia del periodo de preclusión general de diez años, establece un plazo de treinta años para las acciones por daños a la vida, la integridad física, la salud o la libertad (§ 199 (2) del *BGB*).

A pesar de la importancia de esa extensión, en la práctica todavía podría resultar insuficiente a la luz de la experiencia existente en el caso de enfermedades relacionadas con el amianto, como la asbestosis y el mesotelioma, que tienen periodos de latencia muy largos, y en el caso de lesiones personales causadas por otras sustancias. Por esa razón, una solución, en mi opinión tal vez más acertada, hubiera sido suprimir el plazo de preclusión en caso de daños personales, solución que se adoptó en los Países Bajos en 2004 o en Francia en 2008, mediante una modificación del *Código Civil* francés que ahora dispone que el plazo de preclusión de veinte años no se aplica, entre otros casos específicos, a las acciones por daños personales⁸³.

CONCLUSIONES

La directiva sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos tiene por objetivo sustituir la directiva 85/374/CEE para adaptar la responsabilidad por productos a las necesidades impuestas por el desarrollo

⁸³ Véase MARTÍN-CASALS (ed.) (2019b) pp. 775-776 y allí más referencias. Esta última solución es la que propuso el Draft del ELI, cf. art. 17.1 en relación con el art. 6 (1) del ELI Draft y el ELI-Feedback, p. 25, pidió de nuevo que fuera reconsiderada.

tecnológico, la transición de una economía lineal a una economía circular y la reorganización y ampliación de las cadenas de suministro.

En la transición de una sociedad analógica a una digital experimentada en las últimas décadas, los sistemas de IA han empezado a desempeñar un papel cada vez más relevante y es previsible que su impacto social y económico todavía sea mayor en el futuro. Al objeto de no dificultar la expansión y desarrollo de la IA en Europa, es imprescindible aumentar la seguridad de los sistemas de IA para mantener la confianza en su uso, y garantizar la indemnización de los daños que puedan causar. Precisamente en este campo, la nueva directiva constituye una de las piezas clave de la regulación. Se suma, por un lado, en el ámbito preventivo, a la llamada Ley de IA, que es un reglamento comunitario aprobado el 13 de marzo de 2024, que diseña un marco común para gestionar los riesgos que comportan dichos sistemas, y un régimen de sanciones al incumplimiento de las normas que establece. Para ello, clasifica los sistemas de IA por su grado de riesgo, prohíbe los que producen riesgos inaceptables y dedica el grueso de su regulación a los sistemas de IA de “alto riesgo”⁸⁴. Por otro, en el ámbito resarcitorio, se complementa con la propuesta de directiva sobre responsabilidad en materia de inteligencia artificial, que establece normas procesales para facilitar el acceso a las fuentes de prueba para probar la responsabilidad por culpa y una serie de presunciones, refutables todas ellas, destinadas a facilitar la prueba de la culpa y de algunos elementos de la relación de causalidad, pero que no altera las reglas nacionales de la distribución de la carga de la prueba, ni del estándar probatorio, y deja intactos los respectivos regímenes nacionales de responsabilidad por culpa. Además, tiene el carácter de “directiva de mínimos”, lo que tiene la gran ventaja de permitir a los Estados miembros una regulación que proteja mejor a las víctimas, aunque presenta el grave inconveniente de posibilitar tendencias desarmonizadoras⁸⁵.

Por su parte, la nueva directiva de productos, además de introducir mecanismos para facilitar el acceso a las fuentes de prueba y presunciones *iuris tantum* de la prueba del defecto y de la relación de causalidad, consolida los programas informáticos dentro de la noción de “producto”, con independencia de su modo de suministro o uso, e incorpora a dicha noción los servicios que resultan imprescindibles para el funcionamiento de determinados productos (“servicios conexos”), y que adquieren así la condición de componentes del producto. Por una parte, atiende la novedad que presentan los productos digitales, de los cuales no se desprende necesariamente su fabricante con su puesta en circulación porque pueden permanecer bajo su control siempre que con-

⁸⁴ PARLAMENTO EUROPEO (2024).

⁸⁵ COMISIÓN EUROPEA (2022).

serve la capacidad de suministrar actualizaciones o mejoras de los programas informáticos, bien por sí mismo, bien por medio de terceros. Por otra, tiene en cuenta la creciente importancia de los productos interconectados o de los que tienen capacidad de aprendizaje o de adquisición de nuevas características tras su introducción en el mercado o su puesta en servicio, aspectos que pueden ser relevantes en la evaluación de su seguridad.

Por su objetivo de facilitar la transición de una economía lineal a una economía circular, la nueva directiva incluye dentro de su ámbito los productos que son objeto de una “modificación sustancial”, carácter que se refiere a que la modificación afecte a la seguridad del producto, y que atribuye la responsabilidad por los daños que causen esos productos modificados a quienes ostenten el control de tal modificación.

Finalmente, por su finalidad de dar respuesta al profundo cambio producido en las cadenas de distribución tradicionales, reemplazadas por una estructura de mercado dominada por intermediarios digitales, se hace eco de la aparición de nuevos operadores económicos, como los “prestadores de servicios de tramitación de pedidos a distancia” o las plataformas en línea, que pueden incurrir en responsabilidad en el proceso de fabricación y comercialización de productos defectuosos, y determina sus respectivas responsabilidades.

BIBLIOGRAFÍA

- AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION (2023): *DSM-5-TR Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales, texto revisado* (Buenos Aires/Bogotá/Caracas/Madrid/México/Porto Alegre: Editorial Médica Panamericana, 5ª edición).
- ATIENZA NAVARRO, María Luisa (2023): ¿“Una nueva responsabilidad por productos defectuosos? Notas a la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre responsabilidad por daños causados por productos defectuosos de 28 de septiembre de 2022 (COM/2022/495)” *InDret* 2/2023: pp. 1-53.
- BERTOLINI, Andrea & EPISCOPO, Francesca (2021): “The Expert Group’s Report on Liability for Artificial Intelligence and Other Emerging Digital Technologies: A Critical Assessment”, *European Journal of Risk Regulation* vol. 12:3.
- BORGHETTI, Jean-Sébastien (2023a): “Adapting Product Liability to Digitalization: Trying Not to Put New Wine Into Old Wineskins”, in Lohsse, Sebastian; Schulze, Reiner; Staudenmayer, Dirk (eds.), *Liability for AI* (Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy VII) (Baden-Baden: Nomos/Hart).
- BORGHETTI, Jean-Sébastien (2023b): “Taking Product Liability Law Seriously: How Can the Product Liability Directive Effectively Contribute to Consumer Protection?”, *French Journal of Legal Policy* No. 1, dec.: pp. 136-181.

- BRIGHT, Claire & HODGES, Christopher (2017): “France: The ONIAM Scheme”, in Macleod, Sonia & Hodges, Christopher, *Redress Schemes for Personal Injuries* (Oxford: Hart).
- BUSCH, Christoph (2021): “Rethinking Product Liability Rules for Online Marketplaces: A Comparative Perspective” (July 31). TPRC49: The 49th Research Conference on Communication, Information and Internet Policy, Available at SSRN <https://ssrn.com/abstract=3897602> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3897602> [fecha de consulta: 10 de diciembre de 2023].
- BÜYÜKSAGIS, Erdem (2022) “Extension of Strict Liability to E-Retailers”, in *Journal of European of Tort Law* vol. 13 Issue 1.
- CÁMARA LAPUENTE, Sergio (2022): “Com. Art. 3 TRLGDCU”, en Cañizares Laso, Ana (dir.) y Zumaquero Gil, Laura (coord.), *Comentarios al texto refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios* (Valencia: Tirant lo Blanch) pp. 103-158.
- CHESTERMAN, Simon (2021): *We, The Robots? Regulating Artificial Intelligence and the Limits of the Law* (Cambridge: Cambridge University Press).
- COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L’HOMME. DEUXIÈME SECTION (2014): *Affaire Howald Moor et Autres C. Suisse (Requêtes nos 52067/10 et 41072/11)*. Arrêt 11 mars 2014. Disponible en www.bailii.org/eu/cases/ECHR/2014/257.html [fecha de consulta: 10 de abril de 2024].
- DACORONIA, Eugenia (2023): “Burden of proof - How to handle a possible need for facilitating the victim’s burden of proof for AI damage?”, in Lohsse, Sebastian; Schulze, Reiner; Staudenmayer, Dirk (eds.), *Liability for AI* (Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy VII) (Baden-Baden: Nomos/Hart).
- EXPERT GROUP ON LIABILITY AND NEW TECHNOLOGIES - NEW TECHNOLOGIES FORMATION, (2019): *Liability for Artificial Intelligence and other emerging digital technologies* (Luxembourg: Publications Office of the European Union).
- FAIRGRIEVE, Duncan *at al.* (2017): “Product Liability Directive”, in Machnikowski, Piotr (ed.), *European Product Liability - An Analysis of the State of the Art in the Era of New Technologies* (Cambridge: Intersentia).
- FAIRGRIEVE, Duncan; BUSCH, Christoph; BÜYÜKSAGIS, Erdem *et al.* (2024): “Product Liability and Online Marketplaces: Comparison and Reform”, *International and Comparative Law Quarterly* 2/2024.
- GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos (2022): “La propuesta de directiva sobre responsabilidad por daños causados por productos defectuosos”, *InDret* 4/2022.
- KOCH, Bernhard A.; BORGHETTI, Jean-Sébastien; MACHNIKOWSKI, Piotr; PICHONNAZ, Pascal; RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, Teresa; TWIGG-FLESNER, Christian & WENDEHORST, Christiane (2022): “Response of the European Law Institute. European Commission’s Public Consultation on Civil Liability. Adapting Liability Rules to the Digital Age and Artificial Intelligence”, *Journal of European Tort Law* vol. 13 Issue 1: pp. 1-24.
- LIM, Ernest & MORGAN, Phillip (2024): *The Cambridge Handbook of Private Law and Artificial Intelligence* (Cambridge: Cambridge University Press).

- LOHSSE, Sebastian; SCHULZE, Reiner; STAUDENMAYER, Dirk (eds.) (2023): *Liability for AI*, (Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy VII) (Baden-Baden: Nomos/Hart).
- MACHNIKOWSKI, Piotr (ed.) (2017): *European Product Liability - An Analysis of the State of the Art in the Era of New Technologies* (Cambridge: Intersentia).
- MACHNIKOWSKI, Piotr (2022): "Product Liability for Information products?: The CJEU Judgment in VI/KRONE -Verlag Gesellschaft GmbH & Co KG, 10 June 2021 [C-65/20]", in *European Review of Private Law* vol. 30 Issue 1.
- MARTÍN-CASALS, Miquel (2022): "Comentario al art. 128 TRLGDCU", en Cañizares Laso, Ana (dir.) y Zumaquero GIL, Laura (coord.), *Comentarios al texto refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- MARTÍN-CASALS, Miquel (2019a): "Causation and Scope of Liability in the Internet of Things (IoT)", in Lohsse, Sebastian; Schulze, Reiner; Staudenmayer, Dirk (eds.), *Liability for Robotics and in the Internet of Things* (Tübingen: Nomos/Hart).
- MARTÍN-CASALS, Miquel (ed.), (2019b): *The Borderlines of Tort and Contract: Interactions with Contract Law* (Cambridge: Intersentia).
- MARTÍN-CASALS, Miquel (2022): "Desarrollo tecnológico y responsabilidad extracontractual. A propósito de los sistemas de inteligencia artificial (IA)", en Pérez Juan, José Antonio; Sanjuán Andrés, Francisco Javier; Pérez Collados, José María, *La cultura jurídica en la era digital* (Pamplona: Aranzadi).
- RIBOT IGUALADA, Jordi (2020): "Los fondos de indemnización de daños corporales", *Revista de Derecho Civil* vol. VII, núm. 4 (julio-septiembre), Estudios.
- RUSSELL, Stuart J. & NORVIG, Peter (2022): *Artificial Intelligence: A Modern Approach* (Harlow: Pearson, 4th ed., Global Edition).
- SANTOS SILVA, Marta; Fairgrieve, Duncan; Machnikowski, Piotr; Borghetti, Jean-Sébastien; Keirse, Anne L. M.; Del Olmo, Pedro; Rajneri, Eleonora; Schmon, Christoph; Ulfbeck, Vibe; Vallone, Vera; Zech, Herbert (2021): "Relevance of Risk-benefit for Assessing Defectiveness of a Product: A Comparative Study of Thirteen European Legal Systems", *European Review of Private Law* vol. 29 Issue 1.
- SÉNÉCHAL, Juliette, in Schulze, Reiner & Staudenmayer, Dirk (eds.) (2020): *EU Digital Law. Article-by-Article Commentary* (Baden-Baden: Nomos).
- SOLÉ FELIU, Josep (2018): "Mecanismos de flexibilización de la prueba de la culpa y del nexo causal en la responsabilidad civil médico-sanitaria", *Revista de Derecho Civil* vol. 5 n.º 1 (enero-marzo).
- STAHEL, Walter R. (2019): *The Circular Economy: A User's Guide* (Abingdon: Routledge).
- STEEL, Sandy (2024): "Legal Causation in AI", in Lim, ERNEST; Morgan, Phillip, *The Cambridge Handbook of Private Law and Artificial Intelligence* (Cambridge: Cambridge University Press).
- SU, Daizhong (ed.) (2020): *Sustainable Product Development: Tools, Methods and Examples* (Cham: Springer Nature).

- TWIGG-FLESNER, Christian (2021): *Guiding Principles for Updating the Product Liability Directive for the Digital Age*. Available in https://europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Guiding_Principles_for_Updating_the_PLD_for_the_Digital_Age.pdf [fecha de consulta: 20 de octubre de 2023].
- ULFBECK, Vibe (2024): "Product Liability Law and AI. Revival or Death of Product Liability Law", in Lim, Ernest; Morgan, Phillip, *The Cambridge Handbook of Private Law and Artificial Intelligence* (Cambridge: Cambridge University Press).
- ULFBECK, Vibe & VERBRUGGEN, Paul (2022): "Online Marketplaces and Product Liability: Back to the Where We Started?", in *European Review of Private Law* vol. 30 Issue 6.
- WAGNER, Gerhard (2022): "Liability Rules for the Digital Age. Aiming for the Brussels Effect", *Journal of European Tort Law* vol. 13 Issue 3: pp. 191-243.
- WOJNAROWSKA, Magdalena; ĆWIKLICKI, Marek; INGRAO, Carlo (eds.) (2022): *Sustainable Products in the Circular Economy: Impact on Business and Society* (Abingdon: Routledge).
- YAMPOLSKIY, Roman V. (2024): *AI: Unexplainable, Unpredictable, Uncontrollable* (Boca Raton/London/New York: CRC Press).
- ZECH, Herbert (2020): *Entscheidungen digitaler autonomer Systeme: Empfehlen sich Regelungen zu Verantwortung und Haftung? Gutachten A zum 73. Deutschen Juristentag Hamburg 2020 / Bonn 2022* (München: Beck).
- ZECH, Herbert (2023), "Liability for AI: Complexity problems", in Lohsse, Sebastian; Schulze, Reiner; Staudenmayer, Dirk (eds.), *Liability for AI* (Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy VII) (Baden-Baden: Nomos/Hart).

Normas

- COMISIÓN EUROPEA (2022): *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la adaptación de las normas de responsabilidad civil extracontractual a la inteligencia artificial (Directiva sobre responsabilidad en materia de IA)*. COM (2022) 496 final, 28.09.2022. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022PC0496> [fecha de consulta: 20 de mayo de 2024].
- Directiva del Consejo de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos (85/374/CEE), DO L 210/29, de 7.08.1985.
- Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea, DOUE núm. 349, de 5 de diciembre de 2014, pp. 1-19.
- Directiva (UE) 2019/770 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2019 relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales, DO L 136/1 del 22.5.2019.

- Directiva (UE) 2019/771 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2019 relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes, por la que se modifican el Reglamento (CE) n° 2017/2394 y la Directiva 2009/22/CE y se deroga la Directiva 1999/44/CE, DO L 136/28 del 22.5.2019.
- EUROPEAN COMMISSION (2022): Ref. Ares 2620305-06/04/2022, *Adapting Civil Liability Rules to the Digital Age and Artificial Intelligence. Factual summary report on public consultation* Available in https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12979-Civil-liability-adapting-liability-rules-to-the-digital-age-and-artificial-intelligence/public-consultation_en [fecha de consulta: 20 de marzo de 2024].
- EUROPEAN COMMISSION (sf): *Public Consultation- Civil liability - adapting liability rules to the digital age and artificial intelligence*. Available in https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12979-Civil-liability-adapting-liability-rules-to-the-digital-age-and-artificial-intelligence/public-consultation_en [fecha de consulta: 20 de marzo de 2024].
- EUROPEAN LAW INSTITUTE (2022): *Draft of a Revised Product Liability Directive. Draft Legislative Proposal of the European Law Institute* Available in www.european-lawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Draft_of_a_Revised_Product_Liability_Directive.pdf [fecha de consulta: 12 de febrero de 2024].
- EUROPEAN LAW INSTITUTE (2023): *European Commission's Proposal for a Revised Product Liability Directive. Feedback of the European Law Institute*. Available in www.european-lawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Feedback_on_the_EC_Proposal_for_a_Revised_Product_Liability_Directive.pdf [fecha de consulta: 20 de marzo de 2023].
- OMS (1990): CIE-11. *Clasificación Internacional de Enfermedades, 11.ª revisión. Estandarización mundial de la información de diagnóstico en el ámbito de la salud* Disponible en <https://icd.who.int/es> [fecha de consulta: 20 de mayo de 2024].
- PARLAMENTO EUROPEO (2024): Reglamento de inteligencia artificial. Resolución legislativa, de 13 de marzo de 2024, sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión (COM(2021)0206-C9-0146/2021-2021/0106(COD)) Disponible en www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2024-0138_ES.pdf [fecha de consulta: 20 de mayo de 2024].
- Reglamento (UE) 2019/1020 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019 relativo a la vigilancia del mercado y la conformidad de los productos y por el que se modifican la Directiva 2004/42/CE y los Reglamentos (CE) n. o 765/2008 y (UE) 305/2011. DOUE L 169/1, 25.6.2019.
- Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE (Reglamento de Servicios Digitales), DOUE L 277/1, 27.10.2022.

Reglamento (UE) 2023/988 del Parlamento Europeo y del Consejo de 10 de mayo de 2023 relativo a la seguridad general de los productos, por el que se modifican el Reglamento (UE) n.º 1025/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva (UE) 2020/1828 del Parlamento Europeo y del Consejo, y se derogan la Directiva 2001/95/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva 87/357/CEE del Consejo, DOUE L 135/1, 23.5.2023.

Otros

COMISIÓN EUROPEA (2020): “Modificar nuestras pautas de producción y consumo: El nuevo Plan de acción para la economía circular muestra el camino hacia una economía competitiva y climáticamente neutra de consumidores empoderados”. Comunicado de prensa 11 de marzo. Disponible en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_20_420 [fecha de consulta: 3 de abril de 2024].

INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES: IMPACTO EN LOS DERECHOS DE LA PRIVACIDAD

ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND FUNDAMENTAL RIGHTS: IMPACT ON PRIVACY RIGHTS

*Marisol Peña Torres**
*María José Martabit Sagredo***

“El futuro es un futuro donde los niños de hoy no tendrán privacidad.
Todo lo que hagan desde sus primeros pasos será grabado
y asociado con ellos para siempre.
No estamos preparados como sociedad para el fin
de la privacidad y el armamento masivo de información”
(Horacio Roberto Granero (2022)¹)

RESUMEN: Este artículo reflexiona sobre los retos y desafíos que plantean los sistemas de inteligencia artificial (IA) que, sin perjuicio de proveer diversos beneficios al ser humano, abren, también, la puerta para discriminaciones y sesgos que terminan afectando la privacidad de las personas. A partir de la experiencia europea, se sugieren una serie de principios que puedan ser considerados en una futura ley de inteligencia artificial para Chile.

PALABRAS CLAVE: inteligencia artificial, derechos fundamentales, derecho a la privacidad.

* Profesora titular de Derecho Constitucional. Directora del Centro de Justicia Constitucional Universidad del Desarrollo. Correo electrónico: marisolpena@udd.cl

** CEO de Theodora AI. Profesora de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Correo electrónico: mariajosemartabit@theodora.ai

Esta contribución se enmarca en el proyecto Startup Ciencia SUC230199 de ANID 2023 adjudicado por Theodora Legaltech SpA. Se agradece especialmente la contribución de Paula Godoy Muñoz, abogada del equipo Theodora AI.

¹ GRANERO (2022) p. 107.

ABSTRACT: This article reflects on the challenges raised by Artificial Intelligence (AI) systems that, without prejudice to providing various benefits to human beings, also open the door to discrimination and biases that end up affecting people's privacy. Based on the European experience, a series of principles are suggested that can be considered in a future Artificial Intelligence Law for Chile.

KEYWORDS: artificial intelligence, fundamental rights, right to privacy.

INTRODUCCIÓN

La inteligencia artificial (en adelante IA) –como la globalización– es uno de los temas que han llegado para quedarse entre nosotros. Puede sostenerse, en efecto, que el uso de datos y algoritmos matemáticos para encontrar soluciones a problemas específicos, más o menos sofisticados, es parte de la vida cotidiana de las sociedades contemporáneas.

Pero, así como la IA ha facilitado el desarrollo de procesos de toma de decisiones en diversos ámbitos y de muchos aspectos de nuestro desenvolvimiento cotidiano, también ha generado diversos cuestionamientos. Estos abarcan desde temas generales como su impacto en el funcionamiento de los sistemas democráticos hasta otros más específicos que tienen que ver con los criterios y estándares que deben cumplir los sistemas de IA a fin de que su utilización no se constituya en un riesgo para la misma vida humana.

Una de las preocupaciones más fundamentales que despierta el uso de la IA tiene que ver con sus connotaciones éticas, sobre todo, cuando los nuevos desarrollos científicos y tecnológicos se acercan a producir máquinas que se acerquen lo más posible a lo que es un ser humano o cuando se interviene el cerebro de estos para producir personas moralmente mejores². Como sostiene Milagros Otero:

“memoria, inteligencia y voluntad, que son las tres potencias fundamentales del alma, podrían resultar similares en una máquina perfeccionada y en un ser humano. Pero siempre la primera sería una máquina y el segundo una persona”³.

Agrega que, por mucho que el desarrollo de las máquinas y del sistema de algoritmos que utilizan se acerque a la perfección, existen operaciones específicas de la inteligencia humana que nunca podrían tener las máquinas como, por ejemplo, “las emociones, la conciencia, la intuición, etc.”⁴.

² SALLES (2018) p. 395.

³ OTERO (2023) p. 41.

⁴ *Ibid.*

Otra preocupación que ha levantado el creciente uso de la IA y de las técnicas de tratamiento de datos tiene que ver con la capacidad de regular y controlar a sujetos privados como las megacorporaciones digitales capaces de ejercer una influencia política y social masiva como de adquirir nuevos desarrollos y *startups* en su ámbito propio⁵.

Desde el punto de las repercusiones de la inteligencia artificial en el ámbito de los derechos fundamentales, Carlos Bernal indica que una ventaja consistiría en “la identificación de puntos ciegos en la satisfacción de los derechos fundamentales” que forma parte esencial del Estado de derecho. Agrega:

“Ninguna autoridad individual o colegiada –legisladores, tribunales o reguladores– tiene la capacidad de procesamiento de información necesaria para calcular qué decisiones optimizan la satisfacción de los derechos fundamentales. Para suplir esta deficiencia, estas autoridades pueden valerse del análisis del *big data* de que es capaz la inteligencia artificial”⁶.

No obstante, el mismo autor identifica, también, desafíos importantes para los derechos fundamentales derivados del desarrollo de los cada vez más sofisticados sistemas de IA. Entre dichos desafíos destaca la adecuada y responsable regulación de las plataformas como destinatarias de derechos fundamentales, la clausura algorítmica a la deliberación de un derecho fundamental, la invasión de la intimidad y la discriminación algorítmica⁷ muy relacionada con los sesgos en el manejo y uso de datos que proveen las mencionadas plataformas.

Por su parte, y como señala el proyecto de ley, que se encuentra en segundo trámite constitucional en la Cámara de Diputadas y Diputados, sobre protección de los neuroderechos y la integridad mental, y el desarrollo de la investigación y las neurotecnologías:

“los avances en tecnología de escritura cerebral suponen un gran logro en medicina, (pero) levanta preocupación cuando esta tecnología llegue al mercado, puesto que se trataría de tecnología al alcance de unos pocos, que podría aumentar las brechas sociales entre quienes pueden costear tratamientos de escritura cerebral, permitiendo mejorarse a sí mismos con mayor rapidez, o facilitando su aprendizaje, contra quienes deban seguir atendiendo a los métodos convencionales. La denominada división entre humanos y metahumanos”⁸.

⁵ NEMITZ (2021) p. 131.

⁶ BERNAL (2022) p. 1441.

⁷ *Ibid.*

⁸ Proyecto de ley, iniciado en moción de los senadores Guido Girardi, Carolina Goic, Francisco Chahuán, Juan Antonio Coloma y Alfonso de Urresti, Sobre protección de los neuroderechos y la integridad mental, y el desarrollo de la investigación y las neurotecnologías.

Ahora bien, entre los derechos fundamentales que resultan más impactados por el uso de la IA se encuentran aquellos que se vinculan con el valor de la privacidad (derechos a la vida privada, a la honra, a la protección de los datos personales, a la inviolabilidad del hogar y de las comunicaciones privadas). Las soluciones pueden ir desde:

“generar nuevas e importantes facultades que se interpreten como parte del objeto de algunos derechos fundamentales ya reconocidos y, en su caso, se plasmen en las leyes que los desarrollen”⁹.

Si no se logra una regulación por la vía descrita podría acudirse a la técnica de los derechos implícitos¹⁰ que la jurisprudencia de nuestros tribunales ya ha reconocido¹¹.

Pero, además, se plantea la necesidad de promover cambios constitucionales que incorporen otros derechos, como sugiere el proyecto de ley sobre neuroderechos, que, apelando a los avances científicos en esta materia, se refiere al impulso al reconocimiento de cinco nuevos derechos humanos:

- a) El derecho a la privacidad mental (los datos cerebrales de las personas);
- b) El derecho a la identidad y autonomía personal;
- c) El derecho al libre albedrío y a la autodeterminación;
- d) El derecho al acceso equitativo a la aumentación cognitiva (para evitar producir inequidades) y
- e) El derecho a la producción de sesgos de algoritmos o procesos automatizados de toma de decisiones¹².

Esta propuesta se basa en las investigaciones desarrolladas por el doctor Rafael Yuste, junto a Sara Goering, a través del Morningside Group.

En Chile, los estudios, como la normativa aplicable a la regulación de la IA, son aún incipientes. Entre los artículos académicos destacan los de los académicos Patricio Masbernat y Vincenzo Pasquino¹³ y Pablo López Silva y Raúl Madrid¹⁴. Un panorama genérico de los desafíos que levanta la IA puede encontrarse en la reciente publicación *30 miradas: Inteligencia artificial y educación*

⁹ PRESNO (2023) p. 84.

¹⁰ CASTILLO-CÓRDOVA (2008).

¹¹ Una perspectiva crítica al reconocimiento jurisprudencial de los derechos implícitos en Chile puede encontrarse en CONTRERAS (2011).

¹² Proyecto de ley, iniciado en moción de los senadores Guido Girardi, Carolina Goic, Francisco Chahuán, Juan Antonio Coloma y Alfonso de Urresti, Sobre protección de los neuroderechos y la integridad mental, y el desarrollo de la investigación y las neurotecnologías.

¹³ MASBERNAT y PASQUINO (2023).

¹⁴ LÓPEZ-SILVA y MADRID (2021).

de futuro, de la Universidad del Desarrollo¹⁵. Desde la perspectiva normativa, la dictación de la Ley n.º 21383, que modificó la Carta Fundamental, para establecer el desarrollo científico y tecnológico al servicio de las personas, agregando un párrafo final en el numeral 1) de su art. 19¹⁶ ha sido, sin duda, un primer avance importante. Y, por cierto, no puede soslayarse el proyecto de ley presentado por un grupo de senadores, en el año 2020, ya aludido.

Este artículo persigue identificar los riesgos y problemas que ha abierto el desarrollo de la IA en los derechos fundamentales de las personas, enfocando el análisis en los derechos vinculados al valor de la privacidad. La pregunta orientadora no es si los sistemas de IA podrían reemplazar a los operadores jurídicos, fundamentalmente a los jueces, sino, más bien, si el derecho puede utilizar sus regulaciones para aminorar los riesgos que abren esos sistemas, permitiendo que cumplan el objetivo de ayudarnos a desarrollar una vida mejor y más plena.

I. EL DESARROLLO DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL.

¿UN NUEVO PARADIGMA EN EL DERECHO?

Para comenzar, debe señalarse que la IA es una disciplina científica que nació en 1956 en el Dartmouth College, en Hanover, Estados Unidos, durante un curso de verano organizado por cuatro investigadores (John McCarthy, Marvin Minsky, Nathaniel Rochester y Claude Shannon)¹⁷. Sin embargo, en dicho año solo nació el término “IA”, pues mucho antes, en 1952, Arthur Samuel creó un *software* capaz de aprender a jugar ajedrez de forma autónoma; e, incluso, de manera anterior a ello, en el año 1943 Warren McCulloch y Walter Pitts presentaron el primer modelo matemático para la creación de una red neuronal¹⁸. Y aun, otros se remontan al año 1936, cuando Alan Turing dio a conocer su artículo sobre “Números calculables” al que se atribuye el inicio de las bases teóricas para todas las ciencias de la computación, y que puede considerarse el origen oficial de la informática teórica¹⁹.

¹⁵ BRAVO Y BRAVO (2023).

¹⁶ Artículo único, 2) Agrégase el siguiente párrafo final, nuevo: “El desarrollo científico y tecnológico estará al servicio de las personas y se llevará a cabo con respeto a la vida y a la integridad física y psíquica. La ley regulará los requisitos, condiciones y restricciones para su utilización en las personas, debiendo resguardar especialmente la actividad cerebral, así como la información proveniente de ella”.

¹⁷ GANASCIA (2018).

¹⁸ DATASCIENTEST (2022).

¹⁹ REBOLLO (2023) p. 19.

Pero ¿qué es la inteligencia artificial? Al respecto, existen múltiples definiciones. Así lo exponen Patricio Masbernat y Vincenzo Pasquino, quienes, citando otros autores, entregan las siguientes:

- primero, “una disciplina académica relacionada con la teoría de la computación cuyo objetivo es emular algunas de las facultades intelectuales humanas en sistemas artificiales”;
- segundo, “ciencia de construir máquinas para que hagan cosas que, si las hicieran los humanos, requerirían de inteligencia”;
- tercero, “ciencia que persigue crear sistemas que piensen o actúen como humanos, o que piensen o actúen racionalmente”²⁰.

Enrique Cáceres, por su parte, ha expresado que por IA:

“podemos entender la rama de la ciencia computacional dedicada al desarrollo de programas cuyos productos finales, de ser atribuibles a un humano, presupondrían procesos mentales inteligentes”²¹.

Asimismo, para Goretty Martínez, la IA es:

“una rama de la informática jurídica que trata de realizar con máquinas, tareas que puede realizar el ser humano aplicando cualquier tipo de razonamiento”²².

A su vez, desde el año 2021, la Comisión Europea –de manera más precisa, el Comité de Inteligencia Artificial– ha estado trabajando en una propuesta de ley que regule los aspectos de esta nueva área. El día 18 de diciembre de 2023, dicho Comité publicó el tercer borrador, en el cual se define a la IA de la siguiente forma:

“Sistema basado en una máquina que, con objetivos explícitos o implícitos, infiere, a partir de la entrada que recibe, cómo generar salidas tales como predicciones, contenidos, recomendaciones o decisiones que pueden influir en entornos físicos o virtuales”²³.

En concordancia con lo anterior, sería posible señalar que, si bien, la IA no cuenta con una definición uniforme, todas aquellas entregadas –tanto por la doctrina como por diferentes organismos–, son coherentes en identificar dos elementos clave: en primer lugar, la relación con la tecnología, ya sea en términos de máquinas o sistemas computacionales y, en segundo lugar, la idea de que

²⁰ MASBERNAT Y PASQUINO (2023) p. 4.

²¹ CÁCERES (2022) p. 65.

²² MARTÍNEZ (2012) p. 828.

²³ COMMITTEE ON ARTIFICIAL INTELLIGENCE (2023).

dicha tecnología realiza tareas hechas por personas, es decir, la asimilación de la máquina a la persona, de modo que se puede inmiscuir en cualquier aspecto de la vida de una persona. De esta forma, la IA puede significar una gran ventaja para cualquier proceso de la vida cotidiana, dado que realiza las mismas tareas que una persona, pero de una forma más eficiente; sin perjuicio que también tiene desventajas y riesgos²⁴.

Así las cosas, hay dos aspectos relevantes de analizar a lo largo de este apartado. El primero: ¿por qué si la IA surgió hace más de medio siglo, toma relevancia en estos momentos? y, el segundo, ¿cómo impacta la misma en el derecho –como un aspecto importante en la vida de una persona– y cuál es el paradigma a seguir?

Respecto de la primera pregunta, si bien la IA surgió hace más de medio siglo, es hoy cuando ha tomado relevancia, pues el avance tecnológico ha sido tal que la CEPAL lo ha denominado como la “cuarta revolución tecnológica”²⁵ y, si bien ello puede aparejar diversos beneficios, también conlleva riesgos que antes no existían y que impactan los derechos humanos en general, toda vez que estos sistemas se entrenan con dichos datos. De ahí la importancia de las medidas regulatorias de la IA, en la medida que ya se ha reconocido que estos sistemas presentan riesgos únicos tanto para la privacidad de las personas como para la sociedad²⁶.

Es importante tener presente que la nueva Ley de Inteligencia Artificial aprobada por el Parlamento Europeo, el 14 de marzo de 2023 y que, sin duda, está a llamada a ser un referente en esta materia, incorpora reglas que establecen obligaciones para proveedores y usuarios de la IA, las que se clasifican, precisamente, en función del nivel de riesgo que suponen.

Así, existen “sistemas de riesgo inaceptable” como aquellos que tienen que ver con la identificación biométrica en tiempo real y a distancia, así como con el reconocimiento facial. Asimismo, se encuentran los “sistemas de alto riesgo” que, a su vez, se subdividen en:

- a) Aquellos que se utilicen en productos sujetos a la legislación de la Unión Europea sobre seguridad de los productos como juguetes, aviación y automóviles y
- b) Aquellos pertenecientes a ocho ámbitos específicos que deberán registrarse en una base de datos de la Unión Europea, entre los que se encuentran la gestión de la migración, el asilo y el control de fronteras.

²⁴ Uno de los riesgos se asocia a la vulneración de los derechos humanos; por ejemplo, la perpetuación de los sesgos de género. UNESCO (2024).

²⁵ CEPAL (2019).

²⁶ KING; MEINHARDT (2024) p. 19.

Asimismo, se distinguen los sistemas de “riesgo limitado” que están sujetos a obligaciones de transparencia como ocurre con los *chatbots* y *deepfakes*. Finalmente, los sistemas de “riesgo mínimo” no están sujetos a mayores regulaciones como es el caso de los videojuegos y los filtros de spam.

Ahondando en la segunda interrogante, el derecho es un ámbito que no ha escapado a la IA, la cual ha tenido impacto –ya sea positivo o negativo– en diferentes áreas tales como: propiedad intelectual e industrial, protección de datos, contratos, responsabilidad civil extracontractual y contractual, derechos del consumidor; incluso, en la administración de justicia y en la educación jurídica²⁷.

Al respecto, es posible mencionar algunos sistemas de IA que operan dentro de la esfera del derecho. Estos son, en primer lugar, el sistema *Expertus I* y *II*, cuya finalidad es ayudar a la toma de decisiones y a la homogeneización del conocimiento colectivo de la comunidad judicial en el dominio del juicio especial de alimentos²⁸ y simular los procesos cognitivos que realizan los jueces al ponderar los distintos pesos probatorios asignados a las pruebas y contrapruebas ofrecidas por cada una de las partes, así como las razones morales que tienen lugar en casos de confrontación entre el derecho y la moral²⁹, respectivamente.

En segundo lugar, el sistema *Ross*, cuyo objetivo es comprender el lenguaje natural y brindar respuesta en tiempo real a la búsqueda de información sobre precedentes, legislación de nueve países, libros, revistas y noticias relevantes para la solución de un caso, siendo, también, capaz de predecir y notificar de los riesgos que nuevos precedentes o leyes podrían significar para determinado asunto³⁰.

En tercer lugar, el sistema *Vincent*, cuyo objetivo es relacionar los precedentes más relevantes conectados con una sentencia objeto de consulta, representar la relación mediante un grafo dirigido denominado mapa de precedentes y medir el impacto de las citas referenciadas en la argumentación de las decisiones³¹.

En España destacan los sistemas *VeriPol*, que estima la probabilidad de que una denuncia sea falsa y *VioGén*, que señala la peligrosidad de posibles hombres maltratadores e incide en las decisiones de prisión preventiva³².

En último lugar, el sistema *Prometea*, cuyo objetivo es ayudar a los operadores a desahogar el trabajo repetitivo para que puedan dedicar su tiempo

²⁷ MASBERNAT y PASQUINO (2023) pp. 12-18.

²⁸ CÁCERES (2022) p. 69.

²⁹ *Op. cit.* p. 82.

³⁰ *Op. cit.* pp. 85-86.

³¹ CÁCERES (2022) p. 86.

³² CASTELLANOS y MONTERO (2020) p. 73.

a funciones sustanciales. Su operación implica la identificación de patrones de propiedades en una gran cantidad de documentos, así como su correlación con decisiones específicas³³.

No obstante, uno de los ámbitos que más riesgo corre si no se cuenta con una reglamentación clara al respecto, es la esfera de los derechos humanos³⁴. Lo anterior, reconocido por Volker Türk –alto comisionado de Naciones Unidas– quien señala que los recientes avances tecnológicos en inteligencia artificial representan un daño potencial al paradigma de los derechos humanos al no estar contemplados como su fundamento de desarrollo, por lo que tanto gobiernos como empresas deben desarrollar con prontitud protecciones efectivas³⁵.

En este sentido, más que hablar de la inteligencia artificial como un nuevo paradigma en el derecho, lo correcto, en este caso, debiese ser referirse a “los derechos humanos como paradigma de la IA en cuanto ésta se relacione con el ordenamiento jurídico”³⁶. En efecto, la OCDE ha desarrollado algunas re-

³³ CACERES (2022) p. 86.

³⁴ Se ha señalado que los principales problemas de la IA en los derechos humanos son los siguientes:

- (a) El derecho a la privacidad. El riesgo se genera porque los sistemas de IA son capaces de recoger, procesar y analizar volúmenes masivos de datos personales, información sensible y personal, muchas veces sin el consentimiento informado del individuo.
- (b) Riesgos de discriminación indebida y trato desigual. La inteligencia artificial y sus algoritmos pueden perpetuar, replicar y amplificar los sesgos existentes en los datos de base histórica con los que se construye y entrena.
- (c) Respeto de la libertad de expresión y opinión. La moderación automática del contenido y la detección automática de información en plataformas digitales puede amenazar estas libertades al restringir contenido legítimo o permitiendo contenido perjudicial.
- (d) Derecho al trabajo. La IA y la automatización plantean interrogantes sobre el acceso de las personas al empleo, sus condiciones, su precarización y su estabilidad.
- (e) La bioética y derechos humanos. La aplicación de la IA en la medicina, la biología, la biotecnología y la genética, genera dudas respecto de cuestiones éticas y legales relacionadas con la dignidad humana, la integridad física y mental, y los derechos a la salud y a la vida, la propiedad o patentabilidad de organismos vivos y componentes biológicos.
- (f) Seguridad y derecho internacional. Hay asuntos éticos y jurídicos complejos en los ámbitos del derecho internacional humanitario y los derechos humanos en la utilización de IA en el ámbito de la seguridad nacional y en conflictos armados, en la creación y uso de armas autónomas y sistemas de vigilancia avanzados.

³⁵ TÜRK (2023). En el mismo sentido, HERRERA (2023) p. 66.

³⁶ La UNESCO (2023) p. 134 ha señalado que hay cinco ventajas clave en el aprovechamiento de los marcos de derechos humanos en el contexto de la IA:

- La amplia infraestructura internacional, regional y nacional de derechos humanos, toda vez que existen instituciones establecidas que pueden contribuir a la realización de los derechos humanos en el contexto de la IA.
- Un amplio cuerpo normativo de legislación nacional, regional e internacional que ha hecho operativa la aplicación de los derechos humanos en el ámbito digital.

comendaciones que contienen principios, dentro de los cuales, hay uno que indica que los sistemas de inteligencia artificial deben diseñarse respetando el Estado de derecho, los derechos humanos, los valores democráticos y la diversidad, y que deben incluir los mecanismos apropiados como, por ejemplo, permitir la intervención humana cuando sea necesario para garantizar una sociedad justa y equitativa³⁷.

Así lo ha expresado la UNESCO en su 41.º reunión realizada en París el año 2021, donde se reconoció que, si bien la IA tiene potencial para transformar el futuro de la humanidad para mejor y en favor del desarrollo sostenible, también existe una conciencia de los riesgos y desafíos que conlleva, en especial, por lo que respecta a la agravación de las desigualdades y brechas existentes, así como a las implicaciones para los derechos humanos³⁸. Por ello, en el segundo apartado del Proyecto de Recomendación sobre la Ética de la Inteligencia Artificial esto es, los fines y objetivos, se establece:

“la presente recomendación tiene por objeto servir de base para poner los sistemas de IA al servicio de la humanidad, las personas, las sociedades y el medio ambiente y los ecosistemas, así como para prevenir daños. Aspira también a estimular la utilización de los sistemas de IA con fines pacíficos”³⁹.

Con respecto a lo anterior, uno de los casos más vigentes es aquel en que recientemente, el día 29 de febrero de 2024, Elon Musk demandó a OpenAI y Sam Altman⁴⁰ por construir una IA que, si bien en un principio era para la humanidad, sus fines han devenido en otros. La demanda se enfoca en exponer los distintos riesgos que derivan del uso de la inteligencia artificial. Sin embargo, y a pesar de que hoy es más patente y las personas son más conscientes de dichos riesgos, no se trata de algo nuevo.

En efecto, durante el año 2015, Six4Three demandó a Facebook –entidad que se ha visto fuertemente relacionada con la filtración de datos perso-

-
- El hecho de que los derechos humanos proporcionen un lenguaje universal para cuestiones que trascienden las fronteras nacionales, como la IA.
 - Los derechos humanos gozan de legitimidad y apoyo generalizados en todo el mundo.
 - Muchos Estados tienen algún tipo de marco de derechos humanos, aunque no tengan un marco de protección de datos, por lo que utilizar el marco de derechos humanos como base haría que el proceso fuera más inclusivo.

³⁷ MINISTERIO PARA LA TRANSFORMACIÓN DIGITAL Y DE LA FUNCIÓN PÚBLICA (2019).

³⁸ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA EDUCACIÓN, LA CIENCIA Y LA CULTURA (2021).

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ SUPERIOR COURT OF CALIFORNIA (2024). Elon Musk vs. Samuel Altman; Gregory Brockman; OpenAI.

nales—, pues, durante los años 2011 y 2015, utilizó datos personales de sus usuarios como moneda de cambio para negociar y manipular a competidores. En este sentido, se señaló en la demanda que Facebook proporcionaba datos personales de usuarios solo a aquellos desarrolladores que contrataban publicidad a la red social a través de una empresa subsidiaria o a aquellos que no representaban una amenaza para la red social.

Sin embargo, la situación anterior no salió a la luz por sí misma, sino que, debido a otro caso del año 2018: Cambridge Analytica. Durante el año 2018, una serie de usuarios de Facebook del Reino Unido demandaron a dicho ente debido a que este compartió en forma ilegal datos de usuarios con la firma de investigación “Cambridge Analytica”⁴¹. Con ello, se logró que Meta, matriz de Facebook, aceptara pagar USD 725 000 000 por la afectación y la adquisición ilegítima de dichos datos; no obstante, investigadores se percataron que los documentos que obtuvieron a partir de este juicio, fueron los mismos que en el año 2015, de manera que Meta no cuestionó la autenticidad de los mismos⁴².

Lo curioso de lo anterior y el impacto real de ambos casos tiene relación con la sanción aplicada a Meta, pues mientras en el primero no se señala con claridad cuál fue, en el segundo sí se aplica una sanción de manera tajante, lo que, evidentemente, se debe al cambio de regulación. Asimismo, dicho cambio tiene un impacto real en la reputación y el valor de la compañía, dado que el caso de Cambridge Analytica hizo que el valor de Facebook cayera USD 37 000 000 000⁴³, lo cual impacta aún más que la multa impuesta.

El mismo peligro anterior genera Google, quien, según palabras de Amnistía Internacional:

“[junto a] Facebook dominan actualmente nuestra vida, pues acumulan un poder sin igual sobre el mundo digital por medio de la recopilación y monetización de los datos personales de miles de millones de personas [...] menoscabando la esencia misma de la privacidad, siendo uno de los problemas de derechos humanos que definen nuestra época”⁴⁴ (el destacado es nuestro).

Así, en su informe “Surveillance giants: How the business model of Google and Facebook threatens human rights”⁴⁵ ha catalogado a estas dos plataformas como “la nueva plaza pública global” y de ahí el peligro de no regular o resguardar los datos personales.

⁴¹ BLOOMBERG (2022).

⁴² SOLON and FARIVAR (2019).

⁴³ BBC MUNDO (2018).

⁴⁴ AMNISTÍA INTERNACIONAL (2019a)

⁴⁵ AMNISTÍA INTERNACIONAL (2019b).

Kumi Naidoo, quien está a cargo de dicho informe, ha señalado:

“Internet es esencial para que la gente disfrute de muchos de sus derechos, pero miles de millones de personas no tienen una opción significativa de acceso a este espacio público si no es con las condiciones dictadas por Facebook y Google”.

Agrega, además:

“para colmo, esta no es la Internet a la que la gente se adhirió cuando estas plataformas empezaron a funcionar. Google y Facebook han ido menoscabando nuestra privacidad con el tiempo. Ahora estamos en sus manos. O nos sometemos a esta maquinaria de vigilancia generalizada, en la que se aprovechan fácilmente de nuestros datos para manipularnos e influenciarnos, o perdemos las ventajas del mundo digital”⁴⁶.

Otro de los casos más importantes en relación con la filtración de datos y, por ende, que demuestra la necesidad de una fuerte protección es la de British Airways, entidad que mantenía medidas poco eficientes de seguridad y que, en consecuencia, se vio afectada por un ataque de *skimming* durante el año 2018 –robo de información de tarjetas de crédito utilizado al momento de la transacción– y que afectó casi a quinientas mil personas. La empresa fue multada por la Oficina de la Comisión de Información en Reino Unido con más de doscientos millones de euros, la más grande impuesta en dicho territorio. Asimismo, y al igual que en el caso de Facebook, el no tener un buen sistema de protección de datos influye, también, en la reputación de la empresa, al punto que cuando British Airways fue multada, sus títulos cayeron en la bolsa de inmediato⁴⁷.

Estudios revelaron que en 2021 el costo de las filtraciones de datos alcanzó niveles históricos. De hecho, el informe global de IBM Security “Cost of a Data Breach” señaló que, en el ámbito global, las filtraciones de datos tuvieron un costo de USD 4 024 000 y que en América Latina cada incidente cuesta a las empresas un promedio de USD 1 082 000⁴⁸. El mismo informe, el año 2023, ha establecido que este costo ha aumentado a USD 4 045 000 representando un aumento de un 15,3 respecto al informe del año 2020⁴⁹.

En nuestro país, el problema de la filtración de datos no ha sido algo ajeno, en especial en el ámbito bancario⁵⁰. Un estudio hecho por Fortinet arro-

⁴⁶ AMNISTÍA INTERNACIONAL (2019a).

⁴⁷ *Diario Financiero* (2019).

⁴⁸ *El Mostrador* (2022).

⁴⁹ IBM (2023).

⁵⁰ CNN CHILE (2019).

jó que solo durante el cuarto trimestre del año 2018, Chile recibió más de 23 500 000 de intentos de ciberataques, acaparando el 15 % de las amenazas de América Latina y posicionándose entre los cinco mercados más intimidados por *hackers* en el ámbito regional⁵¹. Es probable que dicho antecedente tenga relación con el estudio realizado por el Observatorio de Sociedad Digital de la Facultad de Economía y Negocios de la Universidad de Chile junto con la consultora Custom Trigger, en el cual se señala que el 93 % de los ciudadanos se sienten muy preocupados de que las organizaciones usen sus datos para otros fines diferentes para los cuales fueron solicitados⁵².

Incluso, en el ámbito público, durante el año 2022 se dio a conocer el *hacking* a los correos del Ministerio de Justicia, entre noviembre de 2021 y enero de 2022, lo cual expuso datos sensibles de menores del Servicio Nacional de Menores –SENAME– y de casos de familia; tales como: nombres, RUT, diagnósticos de salud y vulneraciones que han sufrido, mediaciones, violencia doméstica, entre otros; además del monitoreo que realizaba el gobierno de turno a los candidatos presidenciales⁵³.

Es por todo lo anterior que, como sociedad, debemos establecer una serie de principios que definan, con base en la dignidad de las personas, las cuestiones éticas que rodean los avances en inteligencia artificial, no solo desde un ámbito local, sino partiendo de un enfoque globalizado que permee a los niveles inferiores y que sirva como eje rector en el desarrollo y utilización de este tipo de tecnologías⁵⁴.

Estos esfuerzos ya se han visto reflejados en la recomendación de la UNESCO señalada con anterioridad; en los “Principios de Inteligencia Artificial de Asilomar”⁵⁵, los cuales reconocen de manera expresa en el principio n.º 11, el debido respeto por los derechos humanos. Estados Unidos, siguiendo el modelo europeo, a partir de una orden ejecutiva sobre IA, busca, por su parte, unificar su normativa, de manera que –por el momento–, a falta de aprobación de legislación federal que regule la inteligencia artificial, un número cada vez mayor de agencias federales y legisladores estatales están aclarando cómo se relaciona la regulación existente con la IA dentro de sus áreas jurisdiccionales y proponen una regulación específica⁵⁶.

⁵¹ VERA (2019).

⁵² MAULÉN (2022) p. 6.

⁵³ SEGOVIA y SEPÚLVEDA (2022).

⁵⁴ HERRERA (2023) pp. 77-78.

⁵⁵ Principios desarrollados en el marco de una conferencia que tuvo lugar en Asilomar, California en enero de 2017 y que fue organizada por el Future of Life Institution. MORANDÍN-AHUERMA (2023) p. 5.

⁵⁶ KING; MEINHARDT (2024).

II. EL IMPACTO DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN EL DERECHO A LA PRIVACIDAD: LECCIONES DESDE EUROPA

La defensa y protección de los derechos fundamentales está asociada al corazón del Estado de derecho y, consecuentemente, de la democracia en una era que ya no solo es globalizada, sino que “digital”⁵⁷.

La historia misma del constitucionalismo está ligada a la progresiva importancia que han ido adquiriendo los derechos fundamentales a través del tiempo como concreciones del supremo valor de la dignidad humana. De allí que un sector importante de la doctrina está conteste en que hoy vivimos una etapa de “constitucionalismo de los derechos” que, aunque no haga perder la noción de la Constitución como instrumento al servicio del control del poder, focaliza su atención en el reconocimiento y protección eficaz de derechos clásicos (como los de primera generación) como de los nuevos derechos que se han ido incorporando a las Cartas Fundamentales (derechos económicos, sociales, culturales y derechos colectivos).

Como sostiene Luis Prieto Sanchís:

“el constitucionalismo de los derechos propicia un sistema al menos estático como dinámico: la validez de las normas sigue siendo en parte una cuestión dinámica o de sucesivas habilitaciones de poder; pero solo en parte, porque dicha validez depende siempre del contenido de las normas, es decir de su adecuación a los preceptos sustantivos de la constitución y, en particular, a los derechos fundamentales”⁵⁸.

La evolución y nuevos requerimientos de protección referidos a los derechos fundamentales están marcados por la evolución que la sociedad va experimentando producto de las nuevas exigencias de la convivencia como, asimismo, por los cambios que en esta se van produciendo. Por lo mismo, el preámbulo de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea indica que es necesario:

“reforzar la protección de los derechos fundamentales al tenor de la evolución de la sociedad, del progreso social y de los avances científicos y tecnológicos”⁵⁹.

En lo que se refiere a los requerimientos derivados de la era digital, Europa ha mostrado un avance señero que bien puede servir de ejemplo y estímulo

⁵⁷ REBOLLO (2023) p. 13.

⁵⁸ PRIETO (2013) p. 13.

⁵⁹ PARLAMENTO EUROPEO (2000).

lo para sociedades como la nuestra, que hace muy poco ha empezado a reflexionar sobre estos temas. El solo hecho de que el Parlamento Europeo haya aprobado una ley de inteligencia artificial⁶⁰, como se ha señalado, marca un hito normativo que merece relevarse.

Como ha señalado el propio Parlamento Europeo:

“[...] el establecimiento del primer marco regulador del mundo en materia de IA podría suponer una ventaja para la Unión, como pionera, para establecer normas internacionales de IA basadas en los derechos fundamentales, así como para exportar con éxito la IA ‘de confianza’ centrada en el ser humano a todo el mundo [...]”⁶¹.

En esta línea, una serie de resoluciones aprobadas por el Parlamento Europeo ya han abordado aspectos específicos relacionados con la inteligencia artificial como ocurrió con la resolución de 20 de octubre de 2021 sobre los medios de comunicación europeos en la Era Digital, en la que se constata que, además de los efectos de la pandemia del COVID 19 que los estaba afectando, los medios estaban enfrentando desafíos importantes relacionados con la transición digital y su impacto en el modelo de negocio global del sector, el que debía considerar la salvaguarda de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

El desarrollo que ha experimentado la IA hasta hoy permite sostener que:

“entre los derechos fundamentales más afectados por la IA estarán los que garantizan la dimensión privada de las personas: la intimidad, la propia imagen, la protección de los datos personales y el secreto de las comunicaciones, reconocidos en los apartados 1 y 4 del art. 8 CE (Constitución de España), en el art. 8 CEDH (Convenio Europeo de Derechos Humanos) y en los arts. 7 y 8 CDFUE (Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea [...]”⁶².

El derecho a la intimidad, en el que se concentra este estudio, constituye una expresión directa de la dignidad sustancial de toda persona y, en general, impide que terceros penetren en esa esfera reservada, a menos que medie el consentimiento del titular del derecho.

Como sostiene la ministra de nuestra Corte Suprema, Angela Vivanco, intimidad y vida privada:

⁶⁰ Las normas generales sobre IA se aplicarán un año después de su entrada en vigor en el año 2025, en tanto que las obligaciones relativas a los sistemas de alto riesgo entrarán en vigor en tres años.

⁶¹ PARLAMENTO EUROPEO (2022) párrafos 10, 19 y 104.

⁶² PRESNO (2023) p. 37.

“son partes de un todo al que puede darse el nombre de *privacidad* y que actúan como una suerte de círculos concéntricos. El círculo más exterior, relativo a la vida privada, se traduce en una reserva del público de ciertos hechos o actos, que puede ser levantada en las condiciones y circunstancias previstas por el derecho, particularmente *cuando estamos en presencia del consentimiento del propio titular*, del interés público antes mencionado o de ámbitos de reserva previstos por un individuo que entran en conflicto con su propia conducta o con las propias exigencias de publicidad que hace el Derecho. Frente a este ámbito, la intimidad está representada por un círculo más pequeño e interno, que contiene aquellos elementos que son de tal modo personales, que, de suyo, deben quedar sustraídos al conocimiento, a la injerencia y a la intervención de los demás, aun cuando el propio titular admitiera en ello, fundamentalmente en asociación con el respeto por la dignidad del hombre, sus creencias, su conciencia y su identidad”⁶³ (El destacado es nuestro).

Tal como se señaló, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, de 1950, en su art. 8, garantiza el respeto a la vida privada y familiar, así como al domicilio y correspondencia agregando que:

“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”.

Por su parte, el art. 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 2000, asegura, también, el respeto de la vida privada y familiar, como del domicilio y las comunicaciones.

Su art. 8 incorpora, a su vez, la protección de los datos de carácter personal que conciernan a la persona prescribiendo que estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que le conciernan y a obtener su rectificación confiando el respeto de estas normas al control de una autoridad independiente.

No debe extrañar que entre las regulaciones pioneras que han impactado en el ámbito de la IA se encuentre la primera directiva de protección de

⁶³ VIVANCO (2006) p. 349.

datos personales en la Unión Europea, del año 1995, y que decantó en el Reglamento de Protección de los Datos Personales, del año 2016.

Como advierte Paul Nemitz, ya desde aquella primera directiva se levantaron argumentos contrarios a una ley de inteligencia artificial que se basaban, en esencia, en que “la ley no puede seguir el veloz ritmo de desarrollo de la tecnología o los modelos comerciales”⁶⁴. El mismo autor advierte que dicha aprehensión se morigera cuando el desafío de regular la IA se materializa en una legislación que sea tecnológicamente neutra. En ese contexto es que el actual Reglamento Europeo de Protección de los Datos Personales ha pasado a constituirse en una guía importante para la inteligencia artificial, al igual que los límites al tratamiento automatizado de datos y los derechos a la información de los afectados⁶⁵.

El reglamento ya mencionado ha sido complementado por una serie de directivas de la Comisión Europea que han ido abordando la regulación de aspectos específicos de la IA. Entre ellas, pueden mencionarse la directiva 85/374, que reguló la responsabilidad derivada de los daños ocasionados por los defectos de fabricación de robots y que, a corto plazo, requirió que el Parlamento Europeo dictara orientaciones más precisas para que el desarrollo de la tecnología robótica se oriente a complementar las capacidades humanas y no a sustituirlas considerando, además, que los seres humanos tengan en todo momento el control sobre las máquinas inteligentes⁶⁶. Además, el reglamento está complementado por la directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo que protege la vida privada y la confidencialidad de las comunicaciones, estableciendo condiciones para cualquier almacenamiento de datos personales y no personales en los equipos terminales y el acceso desde estos.

En el caso de los robots, el desarrollo de las normativas sobre inteligencia artificial ha impactado la disciplina jurídica, entre otros aspectos, al plantear la pregunta de si es posible considerar responsabilidades –como sujetos de derecho– respecto de dichas máquinas inteligentes cuyas funciones se asemejan cada vez más a la forma en que actuaría una persona⁶⁷.

Miguel Ángel Presno Linera ha sostenido al respecto:

“mientras no cambien jurídicamente las cosas, esa titularidad de derechos por parte de las personas físicas se mantendría a lo largo de la vida también en el caso que asistamos, en un futuro más o menos pró-

⁶⁴ NEMITZ (2021) p. 135.

⁶⁵ *Op. cit.* p. 137.

⁶⁶ PARLAMENTO EUROPEO (2017).

⁶⁷ PRESNO (2023) p. 114 y ss.

ximo, a un importante desarrollo de la corriente transhumanista que aboga por conseguir una potente medicina voluntaria o de mejoramiento, que supere las facetas curativas o paliativas, a partir de la farmacología y la genética, y que consiga no sólo la eliminación de genes defectuosos sino que también la creación de genes artificiales capaces de aportar a las células funciones hoy inexistentes”⁶⁸.

En este sentido, parece no existir duda de que las personas “ciborgs”, es decir, los seres humanos con compuestos cibernéticos incorporados a los elementos orgánicos, no dejan de ser personas y, por ende, titulares de derechos fundamentales⁶⁹.

Ahora bien, y como se ha señalado en el primer capítulo de este estudio, la IA puede ayudar a las personas a desenvolverse y crecer en muchos ámbitos de su vida, pero sin perder de vista los riesgos que conlleva su utilización indebida y que terminan afectando los derechos fundamentales.

De allí que merece destacarse que el primer artículo de la nueva Ley de Inteligencia Artificial de la Unión Europea esté centrado en el ser humano:

“El objetivo del presente Reglamento es mejorar el funcionamiento del mercado interior y promover la adopción de una inteligencia artificial (IA) *centrada en el ser humano* y fiable, garantizando al mismo tiempo un elevado nivel de protección de la salud, la seguridad y los derechos fundamentales consagrados en la Carta, incluidos la democracia, el Estado de Derecho y la protección del medio ambiente, frente a los efectos perjudiciales de los sistemas de IA (en lo sucesivo, ‘sistemas de IA’) en la Unión así como prestar apoyo a la innovación” (El destacado es nuestro).

Entre los derechos fundamentales que, como ha dicho el Tribunal Constitucional de Chile, tienen una vinculación más estrecha con la dignidad humana se encuentra la privacidad⁷⁰. En relación con este derecho, debe recordarse que su elemento fundamental consiste en contar con el consentimiento del titular del mismo para revelar datos o información que, de otra forma, solo puede ser conocida por ese mismo titular. En este sentido, el Reglamento de Protección de Datos Personales de la Unión Europea define el consentimiento del interesado como:

“toda manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca por la que el interesado acepta, mediante una declaración o

⁶⁸ PRESNO (2023) p. 113.

⁶⁹ *Op. cit.* p. 114.

⁷⁰ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2006) rol 521, cc. 18-22.

una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le conciernen” (art. 4 n.º 11).

Como puede advertirse, un primer desafío para la adecuada protección del derecho a la privacidad tiene que ver con la educación para el uso de la inteligencia artificial que permita dimensionar el alcance de la autorización que cada uno presta para el tratamiento de datos en bancos automatizados y basados en algoritmos.

La experiencia europea ha develado que la prestación del consentimiento, por parte del titular de los datos personales, no basta para evitar la vulneración de la privacidad. En efecto, ha quedado demostrado que el mero consentimiento no ha resultado suficiente para evitar usos indebidos de los datos que van más allá de la autorización que ha sido concedida por el titular a quienes pertenecen.

Lorenzo Cotino Hueso ha señalado, en este sentido:

“con los sistemas de inteligencia artificial y decisiones automatizadas es muy difícil consentir respecto de unas finalidades de uso de los datos que por lo general ni se conocen, ni se sospechan; ni se puede consentir respecto de unos algoritmos que se utilizarán, también desconocidos”⁷¹.

De esta forma, por ejemplo, cada vez que al entrar a un determinado sitio web se acepta la “política de *cookies*”, no se adquiere conciencia de que ciertos datos personales como la dirección IP y la geolocalización están siendo entregadas a un enorme procesador de datos que, entre otras acciones, podrá constituir un perfil de cada uno para incidir en sus preferencias y libertad de elegir. De allí que, desde la experiencia europea en el uso y tratamiento de datos personales se recomiende borrar, periódicamente, el historial de búsquedas que puede ser utilizado para fines impensados por el titular del derecho.

Además, la Ley de Inteligencia Artificial Europea, impone la obligación a los usuarios de IA de alto riesgo de llevar a cabo una evaluación de impacto relativa a la protección de datos que les impone el art. 35 del Reglamento de Protección de Datos Personales, cuando corresponda.

La falta de previsión en este aspecto puede terminar en que el sistema de IA construya un perfil de la persona del todo ajeno a su personalidad que conducirá a bombardearla con información que le resulta ajena e inconveniente o, lo que es peor, que favorezca la construcción de sesgos (“bias”) que, incluso, puedan impactar en su relación con las autoridades públicas. En otras palabras, debe tenerse especial precaución frente al riesgo de que toda la in-

⁷¹ COTINO (2017) p. 145.

formación que se entrega sea utilizada algorítmicamente “y nos deje desnudos frente a las entidades privadas y las instituciones públicas que puedan acceder a ella”⁷². En definitiva, y como ha advertido el Consejo de Europa esta utilización de los datos para construir perfiles impensados de las personas puede terminar afectando el derecho a la autodeterminación informativa⁷³.

Del mismo modo, la aplicación de los sistemas de inteligencia artificial destinados a la identificación biométrica remota de las personas físicas puede dar lugar a resultados sesgados y a consecuencias discriminatorias cuando tienen que ver con la edad, la etnia, el sexo o la discapacidad. Por ello, se sugiere considerar que estos sistemas de identificación conllevan un alto riesgo –tal y como lo concibe la nueva Ley de Inteligencia Artificial Europea– por lo que exigen la aplicación de requisitos específicos referentes a la capacidad de registro y la vigilancia humana a los mismos. No debe olvidarse que se ha detectado que un sistema de IA puede ser capaz de detectar o deducir las emociones o las intenciones de personas físicas a partir de sus datos biométricos⁷⁴.

Por otro lado, también la práctica europea de protección de los datos personales ha permitido constatar que los sistemas de inteligencia artificial pueden desdibujar la característica de “datos personales” protegidos por el Reglamento Europeo de Protección de Datos Personales impidiendo que puedan aplicarse sus disposiciones en defensa del derecho a la privacidad. Así, Lorenzo Cotino Hueso, ha llamado la atención sobre el hecho:

“[que] si los macrodatos no son datos de personas concretas, identificadas o identificables, no se aplica la legislación sobre protección de datos. Pues bien, una vía para escapar a la aplicación del exigente régimen de protección de datos es la anonimización, esto es, desvincular la información de su titular, por lo que deja de ser dato personal”⁷⁵.

La “anonimización” no debe confundirse con la “seudonimización”, que es definida por el mismo reglamento como:

“el tratamiento de datos personales de manera tal que ya no puedan atribuirse a un interesado *sin utilizar información adicional*, siempre que dicha información adicional figure por separado y esté sujeta a medidas técnicas y organizativas destinadas a garantizar que los datos personales no se atribuyan a una persona física identificada o identificable” (art. 4 n.º 5). (El destacado es nuestro).

⁷² PRESNO (2023) p. 40.

⁷³ *Op. cit.* p. 41.

⁷⁴ PRESNO (2023) p. 45.

⁷⁵ COTINO (2017) p. 146.

Laura Gómez advierte aquí, también, un riesgo desde el punto de vista del derecho a la privacidad, pues estima que el reglamento “parece orillar este espinoso asunto” que, en España, al menos, ha tenido una salida más eficaz a través de la Ley Orgánica sobre Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales (Ley 3/2018, de 5 de diciembre) evitando la reidentificación en el ámbito del tratamiento de los datos personales de salud y considerando como una infracción muy grave “la reversión deliberada de un procedimiento de anonimización a fin de permitir la reidentificación de los afectados”⁷⁶.

De la misma forma, cobra importancia, en estos casos, el respeto por parte de las empresas que se dedican al tratamiento de los datos personales utilizando sistemas de inteligencia artificial, del principio de “responsabilidad demostrada o *accountability*”, que busca que los mandatos legales sobre el tratamiento de los datos personales sean una realidad verificable y redunden en beneficio de los derechos de las personas, lo cual se podrá lograr mediante la implementación de mecanismos y protocolos internos de seguridad y control para el manejo de los datos eficientes⁷⁷. En otras palabras, hay aquí importantes desafíos para las empresas desde el punto de vista del *compliance*.

Un último alcance digno de relevar a partir del aporte que ha significado el Reglamento para la Protección de los Datos Personales de la Unión Europea tiene que ver con el ámbito de aplicación de su normativa. Su art. 3.1 señala que esta se aplicará:

“al tratamiento de datos personales en el contexto de las actividades del establecimiento de un responsable o del encargado en la Unión, independientemente de que el tratamiento tenga lugar en la Unión o no”.

Probablemente, alguien podría sostener que este precepto es una simple aplicación del amplio movimiento y circulación de datos en la Unión Europea que el reglamento considera entre sus fundamentos. Sin embargo, se trata de una visión que resulta más acorde con los espacios virtuales –más que físicos– propios de esta era globalizada, por lo que debiera tenerse en cuenta por las legislaciones internas de nuestros Estados a la hora de adecuar las regulaciones actuales a los tiempos que se viven, tal y como propone Andrea Martínez analizando la regulación colombiana sobre inteligencia artificial⁷⁸.

⁷⁶ GÓMEZ (2022) p. 103.

⁷⁷ MARTÍNEZ (2019) p. 15.

⁷⁸ *Op. cit.*

III. LECCIONES PARA CHILE Y CONCLUSIONES

Si la inteligencia artificial ha llegado para quedarse resulta necesario potenciar sus ventajas y minimizar sus riesgos frente a lo cual el derecho tiene grandes desafíos.

Como se ha señalado en esta investigación, en Chile se tramita, desde el año 2020, un proyecto de ley sobre protección de los neuroderechos y la integridad mental, y el desarrollo de la investigación y las neurotecnologías. Se trata de un avance significativo, desde el punto de vista de los derechos de la personalidad, que concreta el mandato conferido por la Ley n.º 21383 que modificó el art. 19 n.º 1 de la Constitución Política. Este proyecto de ley apunta a regular la utilización de sistemas de inteligencia artificial, sobre todo, en el área de la medicina, para servir el objetivo de mejorar la condición física y mental de las personas.

Los avances producidos en Europa a partir de las diversas directivas como del Reglamento de Protección de Datos Personales y, finalmente, de la nueva Ley de Inteligencia Artificial de la Unión Europea, como los problemas que ya ha evidenciado su aplicación, permiten extraer varias lecciones útiles para nuestro país en orden a contar, en un futuro no muy lejano, con una ley que regule la aplicación de los diversos sistemas de inteligencia artificial.

Los principios que, a partir de la experiencia europea, podemos relevar, sobre todo, desde el punto de vista de la protección del derecho a la privacidad, serían los siguientes:

1. El principio de legalidad: la regulación de los sistemas de IA que operan en Chile como el sistema de responsabilidades y sanciones debe ser materia de ley sobre la base de lo dispuesto por el art. 19 n.º 26.º de la Constitución Política.
2. El principio rector de toda regulación, en materia de IA, debe ser la promoción de la persona y la defensa de sus derechos fundamentales, con mayor razón, cuando se trata de aquellos que, como la privacidad, tienen una estrecha conexión con el valor de la dignidad humana.
3. El principio de la educación digital destinado a que los usuarios se familiaricen con la dinámica de los sistemas de IA comprendiendo plenamente el alcance y los efectos del uso y tratamiento de datos que ellos realizan.
4. En el mismo sentido anterior, la consagración del principio del consentimiento previo, informado, útil e integral parece de la mayor relevancia de cara a la prevención de perfiles que anulen la autodetermi

nación informativa, de los sesgos y de la utilización de los datos más allá del ámbito del consentimiento entregado⁷⁹.

5. El principio de precaución en el sentido de que los sistemas de IA deben estar sometidos a una permanente evaluación de los algoritmos y mecanismos de cruce de información de datos para evitar efectos indeseados desde el punto de vista de los derechos de las personas. Para estos efectos, parece útil el mecanismo de pruebas anticipadas a la hora de implementar nuevas técnicas y soportes como ha ocurrido con la industria cosmética que utilizaba insumos provenientes de animales.
6. El principio de la responsabilidad demostrada o *accountability digital* que obliga a las empresas dedicadas al uso y tratamiento de datos a una revisión permanente de sus protocolos y técnicas unido a la inserción de esta responsabilidad en los mecanismos de *compliance* implementados por dichas empresas.
7. El principio de redefinición permanente del concepto de “datos personales” y de “datos sensibles” que hoy se contiene en la Ley n.º 19628 con el objetivo de que su tratamiento no los convierta en datos anonimizados ajenos a toda regulación legal.
8. El principio de sanción “ejemplar” que apunte a la eficacia de aquellas que se impongan a quienes realicen un uso indebido de los datos de forma de producir la efectiva inhibición de malas prácticas futuras a la que se aspira.
9. El principio de tecnificación que lleve a considerar la creación de una agencia especializada en la asesoría y control de los sistemas de inteligencia artificial que operan en nuestro país con adecuadas potestades regulatorias.
10. El principio de extraterritorialidad que permita sancionar a aquellas empresas que, como Google o Facebook, operan en espacios virtuales tratando datos cuyos efectos no necesariamente se producen en nuestro país, pero que tienen un claro principio de ejecución en él.

A diferencia de la frase que encabeza este artículo, no pareciera que estemos condenados a vivir el “fin de la privacidad” cuando la experiencia europea entrega una serie de lecciones y sugerencias que podemos empezar a adoptar para que las normas constitucionales y los tratados de derechos humanos

⁷⁹ Una norma como el texto propuesto en el art. 5.º del proyecto de ley sobre neuroderechos, por la Comisión Desafíos del Futuro, Ciencia, Tecnología e Innovación del Senado, en el sentido que: “los formularios a través de los que se solicite el consentimiento, contendrán la información de acuerdo a la evidencia disponible sobre los posibles efectos de la neurotecnología respectiva y, cuando corresponda, respecto de las normas de privacidad de datos neuronales personales” puede ser un buen ejemplo.

que resguardan este ámbito de la personalidad puedan seguir siendo eficaces en la era de la inteligencia artificial.

BIBLIOGRAFÍA

- BERNAL PULIDO, Carlos (2022): “Derechos fundamentales e inteligencia artificial”, *I-CON* n.º 20.
- BRAVO, Loreto y BRAVO, Mauricio (2023): *30 Miradas: inteligencia artificial y educación de futuro* (Santiago, Universidad del Desarrollo).
- CÁCERES, Enrique (2022): “La inteligencia artificial aplicada al derecho como una nueva rama de la teoría jurídica”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n.º 57.
- CASTELLANOS CLARAMUNT, Jorge y MONTERO CARO, María Dolores (2020): “Perspectivas constitucionales de las garantías de aplicación de la inteligencia artificial: la ineludible protección de los derechos fundamentales”, *Ius et Ciencia* vol. 6 n.º 2 (Editorial Jurídica de Sevilla).
- CASTILLO-CÓRDOVA, Luis (2008): “Justificación y significación de los derechos constitucionales implícitos”, *Gaceta Constitucional: Jurisprudencia de Observancia Obligatoria para Abogados y Jueces* n.º 5 (Universidad de Piura).
- COCA PAYERAS, Miguel (2023): “Las iniciativas de la Unión Europea sobre Inteligencia Artificial: De la persona electrónica, al difícil equilibrio entre la necesidad de impulsarla y evitar sus riesgos”, *Revista de Derecho Civil* vol. x n.º 2, especial.
- CONTRERAS V., Pablo (2011): “¿Derechos implícitos? Notas sobre la identificación de normas de derecho fundamental”, en Núñez Leiva, J. Ignacio (coord.), *Nuevas perspectivas de derecho público* (Santiago: Editorial Librotecnia).
- COTINO HUESO, Lorenzo (2017): “Big data e inteligencia artificial. Una aproximación a su tratamiento jurídico desde los derechos fundamentales”, *Dilemata* año 9 n.º 24.
- GANASCIA, JEAN-GABRIEL (2018): “Inteligencia artificial: entre el mito y la realidad”. Disponible en <https://courier.unesco.org/es/articulos/inteligencia-artificial-entre-el-mito-y-la-realidad> [fecha de consulta: 7 de marzo de 2024].
- GÓMEZ ABEJA, Laura (2022): Inteligencia artificial y derechos fundamentales, en Llano Alonso, Fernando H. (dir.), *Inteligencia artificial y filosofía del derecho* (Madrid, Ediciones Laborum).
- GRANERO, Horacio Roberto (2022): “Derechos y garantías concretas frente al uso de inteligencia artificial y decisiones automatizadas, especialmente en el ámbito judicial y de aplicación de la ley”, en Cotino Hueso, Lorenzo (dir.), *Derechos y garantías ante la inteligencia artificial y las decisiones automatizadas* (Pamplona: Editorial Thomson Reuters Aranzadi).
- HERRERA, Román (2023): “El paradigma de los Derechos Humanos como base para una regulación de la inteligencia artificial global”, *Universos Jurídicos* año 11 n.º 21.

- KING, Jennifer; MEINHARDT, Caroline (2024): *Rethinking Privacy in the AI Era. Policy Provocations for a Data-Centric World*. Disponible en <https://hai.stanford.edu/white-paper-rethinking-privacy-ai-era-policy-provocations-data-centric-world#:~:text=February%202022%2C%202024-,Rethinking%20Privacy%20in%20the%20AI%20Era%3A%20Policy,for%20a%20Data%2DCentric%20World&text=This%20white%20paper%20explores%20the,harms%20in%20an%20AI%20era> [fecha de consulta: 6 de marzo de 2024].
- LÓPEZ-SILVA, Pablo y MADRID, Raúl (2021): “Sobre la conveniencia de incluir los neuroderechos en la Constitución o en la ley”, *Revista Chilena de Derecho y Tecnología* vol. 10 n.º 1.
- MASBERNAT, Patricio y PASQUINO, Vincenzo (2023): “Inteligencia artificial y su problemático impacto en el derecho”, *Revista de Educación y Derecho* n.º 28.
- MARTÍNEZ, Goretty (2012): “La inteligencia artificial y su aplicación al campo del derecho”, *Alegatos*, n.º 82.
- MARTÍNEZ DEVIA, Andrea (2019): “La inteligencia artificial, el Big Data y la Era Digital: ¿Una amenaza para los datos personales?”, *Revista la Propiedad Inmaterial* n.º 27.
- MORANDÍN-AHUERMA, Fabio (2023): *Principios normativos para una ética de la inteligencia artificial* (Puebla, Universidad Autónoma de Puebla).
- NEMITZ, Paul (2021): “La democracia en la era de la inteligencia artificial”, *Nueva Sociedad* n.º 294 (julio-agosto).
- OTERO PARGA, Milagros (2023): “¿Puede la inteligencia artificial sustituir a la mente humana? Implicaciones de la IA en los derechos fundamentales y en la ética”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* n.º 57.
- PRESNO LINERA, Miguel Ángel (2023): *Derechos fundamentales e inteligencia artificial* (Madrid: Editorial Marcial Pons).
- PRIETO SANCHÍS, Luis (2013): *El constitucionalismo de los derechos* (Madrid, Editorial Trotta).
- REBOLLO DELGADO, Lucrecio (2023): *Inteligencia artificial y derechos fundamentales* (Madrid, Editorial Dykinson).
- SALLES, Arleen (2018): “Neurociencia y cambio moral: Expectativas y límites”, en García Marzá, Domingo *et al.*, *Ética y filosofía política. Homenaje a Adela Cortina* (Madrid, Editorial Tecnos).
- TÜRK, Volker (2023): “Comentario de Volker Türk, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre avances en inteligencia artificial. Disponible en www.ohchr.org/es/statements/2023/02/comment-un-high-commissioner-human-rights-volker-turk-advances-artificial [fecha de consulta: 7 de marzo de 2024].
- VIVANCO MARTÍNEZ, Angela (2006): *Curso de derecho constitucional*, tomo II (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile).

Jurisprudencia

SUPERIOR COURT OF CALIFORNIA (2024): Elon Musk vs. Samuel Altman; Gregory Brockman; OpenAI. Disponible en www.courthousenews.com/wp-content/uploads/2024/02/musk-v-altman-openai-complaint-sf.pdf [fecha de consulta: 10 de febrero de 2024].

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE (2006): sentencia de 1/06/2006, rol 52. Disponible en https://tramitacion.tcchile.cl/tc/do_search?proc=1&idCausa=3137&buscador=true [fecha de consulta: 10 de mayo de 2024].

Normas

PARLAMENTO EUROPEO (2000): Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Disponible en www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf [fecha de consulta: 15 de mayo de 2024].

PARLAMENTO EUROPEO (2017): Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho Civil sobre Robótica. Disponible en chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgclefindmkaj/https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051_ES.pdf [fecha de consulta: 15 de mayo de 2024].

PARLAMENTO EUROPEO (2022): Resolución del Parlamento Europeo sobre la IA en la era digital. Disponible en www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0140_ES.html [fecha de consulta: 15 de mayo de 2024].

Proyecto de ley: Sobre protección de los neuroderechos y la integridad mental, y el desarrollo de la investigación y las neurotecnologías. *Boletín* 13828-19. Disponible en www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php [fecha de consulta: 15 de mayo de 2024].

Documentos

AMNISTÍA INTERNACIONAL (2019a): “La vigilancia generalizada de Facebook y Google representa un peligro sin precedente para los derechos humanos”. Disponible en www.amnesty.org/es/latest/press-release/2019/11/google-facebook-surveillance-privacy/ [fecha de consulta: 10 de febrero de 2024].

AMNISTÍA INTERNACIONAL (2019b): “Surveillance giants: How the business model of Google and Facebook threatens human rights”. Disponible en www.amnesty.org/en/documents/pol30/1404/2019/en/ [fecha de consulta: 10 de febrero de 2024].

BBC MUNDO (2018): “5 claves para entender el escándalo de Cambridge Analytica que hizo que Facebook perdiera US\$37.000 millones en un día”. Disponible en www.bbc.com/mundo/noticias-43472797 [fecha de consulta: 10 de febrero de 2024].

BLOOMBERG (2022): “Meta acepta pagar US\$725 millones por el caso de Cambridge Analytica”. Disponible en www.df.cl/empresas/multinacionales/meta-accepta-

- pagar-us-725-millones-por-el-escandalo-de-cambridge-analytica [fecha de consulta: 10 de febrero de 2024].
- CEPAL (2019): “Revolución tecnológica: desafíos y oportunidades para la industria, el empleo, la igualdad de género y el desarrollo social en América Latina y el Caribe. Disponible en <https://foroalc2030.cepal.org/2019/es/programa/revolucion-tecnologica-desafios-oportunidades-la-industria-empleo-la-igualdad-genero> [fecha de consulta: 5 de marzo de 2024].
- CNN CHILE (2019): “Sernac presenta demanda colectiva contra Correos de Chile por filtración de datos de tarjeta de crédito de consumidores”. Disponible en www.cnnchile.com/pais/sernac-demanda-colectiva-correos-de-chile-filtracion-datos_20191009/ [fecha de consulta: 10 de febrero de 2024].
- COMMITTEE ON ARTIFICIAL INTELLIGENCE (2023): “Draft Framework Convention on Artificial Intelligence, Human Rights, Democracy and the Rule of Law”. Disponible en www.coe.int/en/web/cm/-/draft-framework-convention-on-artificial-intelligence-human-rights-democracy-and-the-rule-of-law [fecha de consulta: 7 de marzo de 2024].
- DATASCIENTEST (2022): “Inteligencia artificial: definición, historia, usos, peligros”. Disponible en <https://datascientest.com/es/inteligencia-artificiadedefinicion#:~:text=En%201952%2C%20Arthur%20Samuel%20cre%C3%B3,de%20John%20McCarthy%20en%201956> [fecha de consulta 7 de marzo de 2024].
- Diario Financiero* (2019): “British Airways, multada con más de 200 millones de euros por el robo de datos de sus clientes.” Disponible en www.df.cl/internacional/multinacionales/british-airways-multada-con-mas-de-200-millones-de-euros-por-el-robo-de [fecha de consulta: 10 de febrero de 2024].
- El Mostrador* (2022): “Un 50% de los datos filtrados de las empresas son datos de consumidores”. Disponible en www.elmostrador.cl/agenda-pais/2022/08/04/50-de-los-datos-filtrados-de-las-empresas-son-datos-de-consumidores/ [fecha de consulta: 10 de febrero de 2024].
- IBM (2023): “Cost of a Data Breach Report 2023”. Disponible en www.ibm.com/reports/data-breach [fecha de consulta: 10 de febrero de 2024].
- MAULÉN, Cristián (2022): *El ciudadano y su privacidad. Protección y privacidad de datos*. Disponible en https://media-front.elmostrador.cl/2022/11/Sondeo-El-Ciudadano-y-su-Privacidad-2022_01-2.pdf [fecha de consulta: 10 de febrero de 2024].
- MINISTERIO PARA LA TRANSFORMACIÓN DIGITAL Y DE LA FUNCIÓN PÚBLICA (2019): “Los principios de Inteligencia Artificial de la OCDE”. Disponible en <https://datos.gob.es/es/blog/los-principios-de-inteligencia-artificial-de-la-ocde> [fecha de consulta: 12 de marzo de 2024].
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA EDUCACIÓN, LA CIENCIA Y LA CULTURA (2021): Resolución 40 C/37. Disponible en www.un.org/unispal/wp-content/uploads/2019/12/UNESCO40C.91s_221119.pdf [fecha de consulta: 27 de junio de 2024].

- SEGOVIA, Macarena y SEPÚLVEDA, Nicolás (2022): “Hackeo a correos del Ministerio de Justicia expone datos sensibles de menores del Sename y de casos de familia”. Disponible en www.ciperchile.cl/2022/09/30/hackeo-a-correos-del-ministerio-de-justicia-expone-datos-sensibles-de-menores-del-sename-y-de-casos-de-familia/ [fecha de consulta: 10 de febrero de 2024].
- SOLON, Olivia and FARIVAR, Cyrus (2019): “Mark Zuckerberg aprovechó los datos de los usuarios de Facebook para luchar contra rivales y ayudar a sus amigos, según muestran documentos filtrados”. Disponible en www.nbcnews.com/tech/social-media/mark-zuckerberg-leveraged-facebook-user-data-fight-rivals-help-friends-n994706 [fecha de consulta: 10 de febrero de 2024].
- UNESCO (2023): *Comentario de Volker Türk, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre avances en inteligencia artificial*. Disponible en www.ohchr.org/es/statements/2023/02/comment-un-high-commissioner-human-rights-volker-turk-advances-artificial [fecha de consulta: 7 de marzo de 2024].
- UNESCO (2024): *Systematic Prejudices. An Investigation into Bias Against Women and Girls in Large Language Models*. Disponible en <https://ircai.org/project/challenging-systematic-prejudices/> [fecha de consulta: 10 de febrero de 2024].
- VERA V., Vicente (2019): “Estudio asegura que Chile recibió más de 23.500 millones de intentos de ciberataques en un trimestre”. Disponible en www.df.cl/mercados/banca-fintech/estudio-asegura-que-chile-recibio-mas-de-23-500-millones-de-intentos-de [fecha de consulta: 10 de febrero de 2024].

LA LEY DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL DE LA UE: UN HITO NORMATIVO EN LA ESCENA GLOBAL

EU ARTIFICIAL INTELLIGENCE ACT: A REGULATORY MILESTONE ON THE GLOBAL STAGE

*Raúl F. Campusano Droguett**
*Josefa B. Giesen Espejo***

RESUMEN: Este texto presenta una sistematización de los principales aspectos de la Ley de Inteligencia Artificial aprobada recientemente en la Unión Europea, en especial en lo relativo a su ámbito de aplicación, prácticas prohibidas, sistemas de alto riesgo, institucionalidad y el régimen sancionatorio aplicable. Tras lo cual expondremos cinco consideraciones y reflexiones finales que permitirán al lector analizar su contenido en profundidad más allá de los requisitos formales. Dicho análisis resulta fundamental considerando no solo los efectos extraterritoriales que tendrá la ley una vez que entre en vigencia, sino que, además, porque esta regulación se convertirá en un hito normativo que influenciará las regulaciones que surjan en otros países.

PALABRAS CLAVE: Ley de Inteligencia Artificial, IA, UE, prácticas prohibidas, sistemas de IA de alto riesgo, institucionalidad, sanciones, extraterritorialidad de la ley.

* Profesor titular de la Universidad del Desarrollo. Director Posgrados Derecho UDD. Director académico del programa de Magíster en Derecho Ambiental UDD. Abogado de la Universidad de Chile. Máster en Derecho, Universidad de Leiden, Países Bajos. Master of Arts en Estudios sobre la Paz Internacional, Universidad de Notre Dame, Estados Unidos. Correo electrónico: rcampusano@udd.cl

** Abogada. Licenciada en Derecho por la Universidad del Desarrollo. Magíster en Derecho Ambiental de la Universidad del Desarrollo y Master of Arts en Medical Ethics & Law, King's College London, Reino Unido. Profesora colaboradora de la Universidad del Desarrollo. Asociada en Kehr Abuid Abogados. Correo electrónico: josefa.giesen@udd.cl

ABSTRACT: This article aims to systematise the main aspects of the AI Act recently approved in the European Union, in particular with regard to its scope, prohibited practices, high-risk systems, the institutional framework and the applicable sanctions regime. This is followed by five considerations and final reflections that will allow the reader to do an in-depth analysis of the content of the Act beyond the formal requirements. This analysis is essential, not only because of the extraterritorial effects that the law will have once it enters into force, but also because this regulation will become a milestone that will influence the regulations that will emerge in other countries.

KEYWORDS: Artificial Intelligence Act, AI, EU, prohibited practices, high-risk AI systems, institutionality, sanctions, extraterritoriality of the law.

INTRODUCCIÓN

El 13 de marzo de 2024 fue aprobado por el Parlamento Europeo la Ley de Inteligencia Artificial (en adelante La Ley o El Reglamento), cuyo objetivo es:

“es mejorar el funcionamiento del mercado interior y promover la adopción de una inteligencia artificial (IA) centrada en el ser humano y fiable, garantizando al mismo tiempo un elevado nivel de protección de la salud, la seguridad y los derechos fundamentales consagrados en la Carta de los Derechos Fundamentales, en particular la democracia, el Estado de Derecho y la protección del medio ambiente, frente a los efectos perjudiciales de los sistemas de inteligencia artificial (‘sistemas de IA’) en la Unión, así como brindar apoyo a la innovación”¹.

La importancia de su estudio y análisis reside no solo porque se trata de un instrumento normativo, único e innovador sobre una materia contingente, sino que, además, por el impacto que tendrá y la influencia que generará a escala global. En concreto, tal como veremos, su ámbito de aplicación tendrá efectos extraterritoriales fuera de la Unión Europea, teniendo el potencial de convertirse en el *global standard* de la regulación de la inteligencia artificial a nivel global². En otras palabras, esta regulación implica, entonces, que no solo es valioso *per se* regular los sistemas de IA, sino que al ser pioneros en hacerlo tendrá un amplio impacto más allá de sus fronteras en beneficio de la UE, lo cual se conoce como el “Efecto Bruselas”³.

¹ PARLAMENTO EUROPEO (2024) artículo 1.1.

² THELISSON, VERMA (2024).

³ ENGLER (2022).

El texto aprobado establece normas armonizadas para el ingreso al mercado, implementación y uso de sistemas de IA en la UE; prácticas de IA prohibidas; requisitos y obligaciones para los operadores de sistemas de IA de alto riesgo; normas de transparencia aplicables a sistemas de IA que no sean de alto riesgo; normas aplicables a modelos de IA de uso general para su introducción en el mercado; normas de seguimiento y vigilancia del mercado, institucionalidad y un régimen sancionatorio; finalmente, establece medidas en apoyo de la innovación.

La Ley entrará en vigencia veinte días después de su publicación en el *Diario Oficial de la Unión Europea*⁴, no obstante, se establecen distintos plazos de vacancia legal para que comience a regir. En general, La Ley será aplicable veinticuatro meses después de su entrada en vigencia, con las siguientes excepciones: los capítulos referentes a las disposiciones generales y prácticas de IA prohibidas comenzarán a regir seis meses después de la entrada en vigencia de esta regulación jurídica; los capítulos que versan sobre autoridades notificantes y organismos notificados, modelos de IA de uso general, gobernanza y sanciones, serán aplicables doce meses después de la fecha de entrada en vigencia de La Ley con excepción del art. 101, que se refiere a las multas a proveedores de modelos de IA de uso general. Finalmente, el art. 6 apartado 1 sobre las reglas de clasificación de los sistemas de IA de alto riesgo, y las obligaciones respectivas establecidas en la regulación analizada regirán treinta y seis meses después de la entrada en vigencia de La Ley. Si bien esta forma para su entrada en vigencia resulta bastante particular, es una práctica que la UE ha utilizado en materias relacionadas como en la Protección de Datos⁵.

En este trabajo revisaremos el contexto en el cual La Ley fue dictada, a quienes aplica, los sistemas de riesgo, la institucionalidad respectiva, el régimen sancionatorio, y analizaremos cinco aspectos críticos de La Ley para concluir que, si bien esta ley es un claro avance en materia de la regulación de la IA, su contenido está desequilibrado, propendiendo en mayor medida la promoción del mercado interno de la UE más que el resguardo y protección de los derechos fundamentales de las personas, lo cual debe mirarse con especial preocupación dada la influencia que tendrá en los diferentes países.

I. ANTECEDENTES PREVIOS

En los últimos años, la IA ha sido considerada como una de las fuerzas más transformadoras de nuestro tiempo⁶ convirtiéndose en un foco estratégico para los

⁴ PARLAMENTO EUROPEO (2024) artículo 113.

⁵ GARCÍA (2022).

⁶ SMUHA (2021).

gobiernos de todo el mundo, lo que ha dado lugar a una “carrera hacia la regulación de la IA”⁷. En este contexto, debemos destacar que la propuesta de regulación de la Comisión Europea (órgano ejecutivo de la UE), sobre IA de 21 de abril de 2021⁸, no fue un proyecto que surgió de forma repentina, por el contrario, obedeció a una serie de actos, documentos, estudios y reflexiones previas.

Remontándonos a los antecedentes previos más relevantes, en octubre de 2017 el Consejo Europeo instó a la Comisión Europea para que a principios de 2018 propusiera un planteamiento europeo de la inteligencia artificial con miras de que la UE buscara nuevos mercados⁹. Así, en la comunicación de 25 abril de 2018 sobre inteligencia artificial para Europa, la Comisión Europea definió la postura de la UE sobre la IA; junto con definir la IA y explicar sus beneficios, usos y futuras aplicaciones, desarrolló una visión proclive a su investigación y desarrollo, dado que se trataba de una oportunidad de mercado que la industria europea debía liderar. La UE proyectaba “convertirse en líder de la revolución de la IA, de acuerdo con su propia visión y basándose en sus valores”¹⁰. En dicha comunicación se anunció el encargo a un grupo de expertos elaborar directrices éticas sobre IA. En línea con esas definiciones, en la comunicación de 7 de diciembre de 2018, la Comisión Europea definió un plan coordinado sobre el desarrollo y uso de la inteligencia artificial *Made in Europe* en el cual se establecieron estrategias para acelerar su implementación¹¹.

Luego, en abril de 2019 el grupo de expertos de alto nivel sobre inteligencia artificial publicó las directrices éticas para una IA fiable, la cual se fundamenta en tres elementos que deben concurrir de forma simultánea durante todo el ciclo de vida de los sistemas de IA; la IA debe ser lícita, ética y robusta tanto técnica como socialmente¹². Desde una perspectiva basada en los derechos fundamentales, desarrolló cuatro principios éticos: el respeto a la autonomía humana, la prevención del daño, la equidad y la explicabilidad. Para concretar los principios éticos estableció una lista de siete requisitos sistémicos, individuales y sociales que debe tener una IA fiable: acción y supervisión humanas, solidez técnica y seguridad, gestión de la privacidad y de los datos, transparencia, diversidad, bienestar social y ambiental, y rendición de cuentas¹³.

⁷ SMUHA (2021).

⁸ COMISIÓN EUROPEA (2021).

⁹ CONSEJO EUROPEO (2017).

¹⁰ COMISIÓN EUROPEA (2018a) p. 22.

¹¹ COMISIÓN EUROPEA (2018b).

¹² GRUPO DE EXPERTOS DE ALTO NIVEL SOBRE INTELIGENCIA ARTIFICIAL (2019).

¹³ *Ibid.*

Asimismo, para cumplir con dichos requisitos, definió métodos técnicos y no técnicos que garanticen la fiabilidad de la IA. Dentro de los métodos técnicos, reconoce que deben existir conjuntos de normas que denomina “lista blanca” referente a comportamientos que los sistemas de IA deben cumplir en todo momento, y “listas negras” referentes a prohibiciones que se deben establecer; y destaca el cumplimiento normativo como favor clave para garantizar determinados valores. Por su parte, dentro de los métodos no técnicos, considera necesario revisar la normativa existente o adoptar normas específicas sobre la materia; recomienda la adopción de sistemas de acreditación, códigos éticos o normas que garanticen que el diseño de los sistemas de IA respeten los derechos fundamentales; reconoce que, si bien las certificaciones pueden acreditar que los sistemas de IA son transparentes, responsables y equitativos, estas no pueden sustituir la responsabilidad, por lo cual, deben existir métodos de rendición de cuentas¹⁴. En la misma dirección que los principios y requisitos establecidos por el grupo de expertos, en mayo de 2019, los países miembros de la OCDE adoptaron cinco principios para una gestión responsable de la IA: crecimiento inclusivo, desarrollo sostenible y bienestar; valores humanos y equidad; transparencia y aplicabilidad; solidez, seguridad y protección; y rendición de cuentas¹⁵.

En junio de 2019 el grupo de expertos de alto nivel sobre inteligencia artificial emitió un segundo informe sobre recomendaciones políticas y de inversión de una IA fiable en el cual se proponen treinta y tres recomendaciones que guíen la regulación, hacia la sostenibilidad, crecimiento y competitividad y, al mismo tiempo, proteja a los seres humanos. Resulta interesante el reconocimiento que hace respecto a la dificultad que tiene esta tarea y la falta de evidencia disponible para informar la política pública¹⁶.

Posteriormente, en febrero de 2020 la Comisión Europea publicó el *Libro Blanco sobre inteligencia artificial: un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza*¹⁷ en el cual:

“ofrece alternativas políticas para facilitar un desarrollo de la inteligencia artificial seguro y fiable en Europa, que respete plenamente los valores y los derechos de los ciudadanos de la UE”¹⁸.

En esta misma línea, analiza los efectos que tendrá la IA en materia de seguridad y responsabilidad civil.

¹⁴ GRUPO DE EXPERTOS DE ALTO NIVEL SOBRE INTELIGENCIA ARTIFICIAL (2019) n. 14.

¹⁵ ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (2019).

¹⁶ HIGH-LEVEL EXPERT GROUP ON ARTIFICIAL INTELLIGENCE (2019).

¹⁷ COMISIÓN EUROPEA (2020).

¹⁸ *Ibid.*

Tras todos documentos, decisiones y reflexiones, la propuesta de regulación de la Comisión Europea sobre IA se presentó el 21 abril de 2021, exponiendo como fundamento jurídico de su regulación el art. 114 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea referente a las medidas que tienen por objetivo el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior. Asimismo, se fundamenta en los principios de subsidiariedad y proporcionalidad para evitar potenciales ambigüedades que pudieran surgir entre regulaciones nacionales de los Estados miembros.

Este texto fue sometido a consulta pública en agosto de 2021, periodo en el cual se recibieron trescientos tres comentarios válidos, constituyendo más del 50 % opiniones provenientes del gremio empresarial¹⁹. En mayo de 2023 el Parlamento Europeo presentó un informe con más de setecientas modificaciones al texto de La Ley en aras de garantizar la protección de los derechos humanos, los valores de la UE, un mercado digital integrado y la promoción del emprendimiento y la innovación²⁰.

Finalmente, en diciembre de 2023 se alcanzó un acuerdo político entre el Parlamento Europeo y el Consejo Europeo sobre La Ley, la cual fue aprobada en marzo de 2024, cuyos principales aspectos revisaremos en los siguientes apartados.

II. ÁMBITO DE APLICACIÓN

Uno de los aspectos interesantes de La Ley se refiere a quienes se sujetarán a la normativa. Atendida la naturaleza propia de la IA y de la innovación digital en general, la cual permite que desarrolladores de *softwares* que se vayan a introducir al mercado de la UE se encuentren en cualquier país del mundo, hace que su ámbito de aplicación produzca efectos extraterritoriales, pudiendo afectar, por ejemplo, a empresas chilenas desarrolladoras de sistemas de IA que se comercialicen en la Unión Europea.

En particular, el art. 2 de La Ley refiere quienes están sujetos a la regulación:

“El presente Reglamento se aplicará a:

- a) los proveedores que introduzcan en el mercado o pongan en servicio sistemas de IA o que introduzcan en el mercado modelos de IA de uso general en la Unión, con independencia de si dichos

¹⁹ Para revisar el detalle de los comentarios y las estadísticas, véase https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12527-Artificial-intelligence-ethical-and-legal-requirements/feedback_es?p_id=242120_03 [fecha de consulta: 14 de abril de 2024].

²⁰ PARLAMENTO EUROPEO (2023).

- proveedores están establecidos o ubicados en la Unión o en un tercer país;
- b) los responsables del despliegue de sistemas de IA que estén establecidos o ubicados en la Unión;
 - c) los proveedores y responsables del despliegue de sistemas de IA que estén establecidos o ubicados en un tercer país, cuando la información de salida generada por el sistema de IA se utilice en la Unión.
 - d) los importadores y distribuidores de sistemas de IA;
 - e) los fabricantes de productos que introduzcan en el mercado o pongan en servicio un sistema de IA junto con su producto y con su propio nombre o marca comercial;
 - f) los representantes autorizados de los proveedores que no estén establecidos en la Unión;
 - g) las personas afectadas que estén ubicadas en la Unión”²¹.

Por su parte, regula, también, los actos y ámbitos excluidos, entre ellos:

- 1) los actos “que queden fuera del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión”²²;
- 2) los sistemas de IA “con fines militares, de defensa o seguridad nacionalidad”²³;
- 3) los sistemas de IA utilizados por autoridades de terceros países o a las organizaciones internacionales cuando sean utilizados en el marco de acuerdos internacionales de cooperación,

“siempre que el tercer país o la organización internacional ofrezca garantías suficientes con respecto a la protección de los derechos y libertades fundamentales de las personas”²⁴.

4) sistemas IA:

“incluida su información de salida, desarrollados y puestos en servicio específicamente con la investigación y el desarrollo científicos como única finalidad”²⁵;

5) “actividades de investigación, prueba o desarrollo relativa a sistemas o modelos de IA antes de su introducción en el mercado o puesta en servicio”²⁶;

²¹ PARLAMENTO EUROPEO (2024) artículo 2.1.

²² *Op. cit.* artículo 2.3.

²³ *Ibid*

²⁴ *Op. cit.* artículo 2.4

²⁵ *Op. cit.* artículo 2.6.

²⁶ *Op. cit.* artículo 2.8.

6) “los responsables del despliegue que sean personas físicas que utilicen sistemas de IA en el ejercicio de una actividad puramente personal de carácter no profesional”²⁷.

Así, teniendo claro el marco general de aplicación de La Ley y sus respectivas exclusiones, es importante revisar con una mirada crítica y analítica cada uno de estos aspectos, para identificar los posibles *loopholes* que puedan surgir cuando La Ley entre en vigencia.

III. EL SISTEMA DE RIESGOS Y PRÁCTICAS PROHIBIDAS

Para establecer los requisitos y obligaciones a los distintos sistemas de inteligencia artificial, La Ley se sustenta en un enfoque basado en riesgos²⁸, así dependiendo de si el sistema supone mayores riesgos, del mismo modo mayores exigencias y obligaciones que deben cumplir los diferentes operadores. Si bien este modelo de regulación para aplicarlo a la IA ha sido criticado por la falta de criterios revisables externamente y por la arbitrariedad con la cual se categoriza el riesgo²⁹, otros reconocen que este modelo ha sido efectivo en otros ámbitos como la banca y la lucha contra el blanqueo de capitales³⁰.

De esta manera, La Ley distingue entre los sistemas de IA de riesgo inaceptable, cuyas prácticas prohíbe; los sistemas de IA de alto riesgo, estableciendo requisitos y obligaciones para sus operadores y obligaciones menos restrictivas a sistemas de IA, que no son de alto riesgo. En esta sección, junto con mencionar estas últimas, nos centraremos en la sistematización de las prácticas prohibidas y los sistemas de alto riesgo, foco esencial de regulación de La Ley.

1. Prácticas de IA prohibidas

Teniendo en consideración que la IA es una potencial amenaza a los derechos fundamentales, y que

²⁷ PARLAMENTO EUROPEO (2024) artículo 2.10.

²⁸ A diferencia de un enfoque basado en normas, un enfoque basado en riesgo implica adaptar la supervisión según los riesgos evaluados. Un enfoque sólido sustentado en el riesgo incluye estrategias apropiadas para hacer frente a toda la gama de riesgos, desde los más graves hasta los más graves. Aunque un enfoque establecido en el riesgo exige que los supervisores centren su atención en las áreas de mayor riesgo, las áreas de menor riesgo siguen requiriendo atención. FATF (2021).

²⁹ EDWARDS (2022).

³⁰ PAVLIDIS (2024).

“puede utilizarse indebidamente y proporcionar nuevas y poderosas herramientas para llevar a cabo prácticas de manipulación, explotación y control social”³¹,

La Ley determina ciertas conductas de IA que estarán derechamente prohibidas, pues atentan:

“contra de los valores de la Unión de respeto de la dignidad humana, la libertad, la igualdad, la democracia y el Estado de Derecho y de los derechos fundamentales consagrados en la Carta, como el derecho a la no discriminación, a la protección de datos y a la intimidad y los derechos del niño”³².

En síntesis, el art. 5 establece el listado de prácticas de IA prohibidas:

- 1) Sistemas de IA que utilicen técnicas subliminales o deliberadamente manipuladoras con el objetivo de alterar el comportamiento de una persona o un grupo, mermando su capacidad para tomar una decisión informada, provocando que una persona tome una decisión que de otro modo no habría tomado, de manera que provoque o sea probable que provoque perjuicios significativos³³.
- 2) Sistemas de IA que exploten alguna de las vulnerabilidades de una persona o un grupo específico de personas derivadas de su edad, discapacidad, situación social o económica, con el objetivo de alterar de manera sustancial su comportamiento de manera que provoque o sea probable que provoque perjuicios significativos³⁴.
- 3) Sistemas de IA que evalúen o clasifiquen personas o a grupos de personas durante un periodo determinado de tiempo atendiendo a su comportamiento social o a características personales, de forma que la puntuación ciudadana resultante provoque un trato desfavorable a determinadas personas en contextos que no tengan relación con los contextos donde se recabaron los datos; o un trato desfavorable que sea injustificado o desproporcionado con respecto a su comportamiento social o la gravedad de este³⁵.
- 4) Sistemas de IA que evalúen los riesgos de personas para evaluar o predecir la probabilidad de que una persona cometa una infracción penal basándose únicamente en la elaboración del perfil de una per-

³¹ PARLAMENTO EUROPEO (2024) considerando 28.

³² *Ibid*

³³ *Op. cit.* artículo 5.1 letra a).

³⁴ *Op. cit.* letra b).

³⁵ *Op. cit.* letra c).

- sona o en la evaluación de los rasgos y características de su personalidad. La prohibición anterior no se aplicará a los sistemas de IA que apoyen la evaluación humana de la implicación de una persona en una actividad delictiva que se base en hechos objetivos y verificables³⁶.
- 5) Sistemas de IA que creen o amplíen bases de datos de reconocimiento facial mediante la extracción no selectiva de imágenes faciales de internet o de circuitos cerrados de televisión³⁷.
 - 6) Sistemas de IA para inferir las emociones de una persona en los lugares de trabajo y en los centros educativos, excepto cuando el sistema de IA se instale o introduzca en el mercado por motivos médicos o de seguridad³⁸.
 - 7) Sistemas de categorización biométrica que clasifiquen de manera individual a las personas sobre la base de sus datos biométricos para deducir o inferir su raza, opiniones políticas, afiliación sindical, convicciones religiosas o filosóficas, vida sexual u orientación sexual; esta prohibición no abarca el etiquetado o filtrado de conjuntos de datos biométricos adquiridos legalmente, como imágenes, basado en datos biométricos ni la categorización de datos biométricos en el ámbito de la aplicación de la ley³⁹.
 - 8) El uso de sistemas de identificación biométrica remota “en tiempo real” en espacios de acceso público con fines, salvo cuando se trate de:
 - i) la búsqueda de víctimas de secuestro, trata de personas o explotación sexual, o la búsqueda de personas desaparecidas;
 - ii) la prevención de una amenaza inminente para la vida o la seguridad física de las personas o de una amenaza real de un atentado terrorista;
 - iii) la localización o identificación de una persona sospechosa de haber cometido un delito con el objetivo de realizar una investigación o un juicio penal o de hacer efectiva una sanción penal⁴⁰.

2. Los sistemas de IA de alto riesgo

Aquí revisaremos el aspecto más exhaustivo de la regulación de la UE, los sistemas de IA de alto riesgo. Con el objetivo de garantizar la armonía entre la protección de los derechos fundamentales, la salud y la seguridad con los com-

³⁶ PARLAMENTO EUROPEO (2024) artículo 5.1 letra d).

³⁷ *Op. cit.* letra e).

³⁸ *Op. cit.* letra f).

³⁹ *Op. cit.* letra g).

⁴⁰ *Op. cit.* letra h).

promisos de la UE en materia de comercio internacional⁴¹, La Ley se encarga de detallar qué sistemas serán considerados de alto riesgo, así como las respectivas obligaciones que tendrán los desarrolladores durante el ciclo de operación del sistema.

Es importante destacar que, en el preámbulo de La Ley, se considera:

“La clasificación de un sistema de IA como ‘de alto riesgo’ debe limitarse a aquellos sistemas de IA que tengan un efecto perjudicial importante en la salud, la seguridad y los derechos fundamentales de las personas de la Unión, y dicha limitación reduce al mínimo cualquier posible restricción del comercio internacional”⁴².

Con esta declaración, podemos vislumbrar que, a pesar de la extensa regulación sobre este tema, la mirada del legislador es dar un alcance excepcional a la calificación de un sistema como de alto riesgo.

1. Calificación de un sistema de IA de alto riesgo

El art. 6.1 y el anexo III de La Ley establece un catálogo reglas de clasificación de sistemas de IA de alto riesgo.

1.1. Reglas generales

El art. 6.1 dispone:

“Con independencia de si se ha introducido en el mercado o se ha puesto en servicio sin estar integrado en los productos que se mencionan en las letras a) y b), un sistema de IA se considerará de alto riesgo cuando reúna las dos condiciones que se indican a continuación:

- a) Que el sistema de IA esté destinado a ser utilizado como componente de seguridad de un producto que entre en el ámbito de aplicación de los actos legislativos de armonización de la Unión enumerados en el anexo I, o que el propio sistema de IA sea uno de dichos productos; y
- b) Que el producto del que el sistema de IA sea componente de seguridad con arreglo a la letra a), o el propio sistema de IA como producto, deba someterse a una evaluación de la conformidad realizada por un organismo independiente para su introducción en el mercado o puesta en servicio con arreglo a los actos legislativos de armonización de la Unión enumerados en el anexo I”⁴³.

⁴¹ PARLAMENTO EUROPEO (2024) considerando 7.

⁴² *Op. cit.* considerando 46 parte final.

⁴³ *Op. cit.* artículo 6.1

Por su parte, el anexo III de La Ley se refiere a ocho diferentes ámbitos en los cuales se considerará a los sistemas de IA como de alto riesgo:

- 1) En lo referente a los sistemas biométricos (que no estén incluidos dentro de las conductas prohibidas), en aquellos casos en que su uso esté permitido por el derecho de la UE o por las normas nacionales de los Estados miembros, serán considerados de alto riesgo los siguientes sistemas de IA:
 - a) Los sistemas de identificación biométrica remota, salvo cuando tengan por única finalidad confirmar la identidad que la persona concreta afirma ser.
 - b) Aquellos que se utilicen para la categorización biométrica basada en atributos sensibles cuando se basen en la inferencia de dichos atributos.
 - c) Aquellos que se utilicen para la identificación de emociones⁴⁴.
- 2) Infraestructura crítica: son de alto riesgo los sistemas de IA diseñados para desempeñar funciones de seguridad en la operación y gestión de infraestructuras digitales críticas, así como en el tráfico vehicular y en la provisión de servicios de agua, gas, calefacción o electricidad⁴⁵.
- 3) Educación: los sistemas de IA que tengan por finalidad:
 - a) Determinar el acceso de personas a centros educativos y distribuir a las personas entre ellos.
 - b) Evaluar los resultados del aprendizaje y guíen el proceso de aprendizaje.
 - c) Los que determinen el nivel educativo adecuado para una persona o al nivel que puede acceder.
 - d) Aquellos que monitoreen y detecten comportamientos prohibidos durante los exámenes en centros educativos⁴⁶.
- 4) Empleo: sistemas de IA que se utilicen con las siguientes finalidades:
 - a) Para la contratación o selección de personal, lo cual abarca desde la publicación de anuncios de empleo hasta el análisis y filtro de solicitudes, así como la evaluación de candidatos.
 - b) Para la toma de decisiones que afectan las condiciones de la relación laboral, la promoción o terminación de contratos laborales, la asignación de tareas basadas en comportamientos o características personales, o cuando se refieran a la supervisión y evaluación del rendimiento y comportamiento laboral⁴⁷.

⁴⁴ PARLAMENTO EUROPEO (2024) anexo III n.º 1.

⁴⁵ *Op. cit.* anexo III n.º 2.

⁴⁶ *Op. cit.* anexo III n.º 3.

⁴⁷ *Op. cit.* anexo III n.º 4.

- 5) Acceso a servicios y prestaciones públicas esenciales: en este caso son considerados sistemas de IA de alto riesgo:
 - a) Aquellos que sean utilizados por autoridades públicas que tengan por finalidad evaluar la admisibilidad, concesión, reducción o retiro de servicios y prestaciones esenciales de asistencia pública.
 - b) Aquellos que se utilicen para evaluar la solvencia o calificación crediticia de las personas, salvo cuando tengan por objetivo detectar fraudes financieros.
 - c) Los que evalúen riesgos y fijen precios de los seguros de vida o de salud.
 - d) Los que evalúen y categoricen las llamadas de emergencia hechas por personas o para la priorización de envío de servicios de emergencia como policía, bomberos y atención médica, así como en sistemas de triaje de pacientes en el contexto de una emergencia médica⁴⁸.
- 6) Aplicación de La Ley: en aquellos casos en que el uso de sistemas de AI esté permitido por el derecho de la UE o por la normativa de algún Estado miembro, serán considerados de alto riesgo los siguientes sistemas de IA:
 - a) Aquellos que se utilicen por autoridades para evaluar el riesgo de que una persona sea víctima de delito.
 - b) Aquellos que se utilicen como polígrafos o mecanismos análogos.
 - c) Aquellos que se utilicen para evaluar pruebas durante una investigación o juicio penal.
 - d) Aquellos que evalúen las probabilidades de que una persona cometa un delito o reincida o cuando se utilicen para la evaluación de rasgos, características o comportamientos delictivos pasados de una persona.
 - e) Aquellos que elaboren perfiles de personas durante la detección, investigación o juicios penal⁴⁹.
- 7) Migración: en aquellos casos en que el derecho de la UE o la normativa de algún Estado miembro permita a las autoridades públicas competentes el uso de sistemas de inteligencia artificial, serán considerados de alto riesgo los siguientes:
 - a) Aquellos que se utilicen como polígrafos o mecanismos análogos.
 - b) Aquellos que evalúen riesgos para la seguridad, la salud o migración irregular de una persona que intente entrar o que haya entrado a un Estado de la UE.

⁴⁸ PARLAMENTO EUROPEO (2024) anexo III n.º 5.

⁴⁹ *Op. cit.* anexo III n.º 6.

- c) Aquellos que ayuden a examinar si las solicitudes de asilo, visado o permisos de residencias presentadas por una persona cumplen con los requisitos para que se otorgue dicha solicitud.
 - d) Aquellos se utilicen en situaciones relacionadas con migración, asilo o control fronterizo, con el objetivo de identificar personas, salvo cuando se trate de la revisión de documentos de viaje⁵⁰.
- 8) Justicia y democracia: se distinguen dos situaciones:
- a) Sistemas de IA que se utilicen por una autoridad judicial (o por un tercero) para ayudar a dicha autoridad en su labor de investigar e interpretar los hechos y aplicar la ley al caso concreto. Lo anterior también aplica a los casos de resolución alternativa de conflictos.
 - b) Sistemas de IA que se utilicen con la finalidad de influir en el resultado de una elección o en el comportamiento electoral de los votantes. Se excluyen, en este caso, los sistemas de IA cuya información de salida no sea expuesta directamente al público, como ocurre con aquellas herramientas que organicen o estructuren campañas políticas⁵¹.

Respecto de estos ocho ámbitos, es importante destacar que, dado el vertiginoso cambio y avance que experimentan las nuevas tecnologías, el art. 7 de La Ley permite a la Comisión adicionar, modificar o suprimir los sistemas de IA de alto riesgo contemplados en el anexo III mediante actos delegados⁵² (es decir, actos no legislativos) permitiendo que la Comisión pueda revisarlos de forma periódica. Lo cual puede resultar beneficioso o perjudicial –dependiendo de la mirada– para los ciudadanos y operadores de sistemas de IA.

1.2. Excepción

En principio, entonces, pareciera amplio el espectro de situaciones en que los sistemas de IA serán considerados de alto riesgo, sin embargo, el art. 6.3 de La Ley restringe dicho ámbito de aplicación, estableciendo la siguiente excepción:

“un sistema de IA no se considerará de alto riesgo si no plantea un riesgo importante de causar un perjuicio a la salud, la seguridad o los derechos fundamentales de las personas físicas, en particular al no influir sustancialmente en el resultado de la toma de decisiones”⁵³.

Establece, además, ciertas condiciones (bastante amplias) que eximen al sistema de IA ser considerado como de alto riesgo.

⁵⁰ PARLAMENTO EUROPEO (2024) anexo III n.º 7.

⁵¹ *Op. cit.* anexo III n.º 8.

⁵² *Op. cit.* artículo 7.

⁵³ *Op. cit.* artículo 6.3

“[...] Así será cuando se cumplan una o varias de las condiciones siguientes:

- a) que el sistema de IA tenga por objeto llevar a cabo una tarea de procedimiento limitada;
- b) que el sistema de IA tenga por objeto mejorar el resultado de una actividad humana previamente realizada;
- c) que el sistema de IA tenga por objeto detectar patrones de toma de decisiones o desviaciones con respecto a patrones de toma de decisiones anteriores y no esté destinado a sustituir la evaluación humana previamente realizada sin una revisión humana adecuada, ni a influir en ella; o
- d) que el sistema de IA tenga por objeto llevar a cabo una tarea preparatoria para una evaluación pertinente a efectos de los casos de uso enumerados en el anexo III”⁵⁴.

1.3 Contraexcepción

El art. 6.3 parte final, establece:

“No obstante lo dispuesto en el párrafo primero, los sistemas de IA a que se refiere el anexo III siempre se considerarán de alto riesgo cuando el sistema de IA lleve a cabo la elaboración de perfiles de personas físicas”⁵⁵.

2. Requisitos y obligaciones de los operadores de sistemas de IA de alto riesgo

Uno de los aspectos medulares de La Ley se refiere a los requisitos y obligaciones que deben cumplir los operadores de sistemas de IA de alto riesgo.

Así, entre los requisitos (regulados entre los arts. 8 y 15) La Ley exige a los operadores tener un “sistema de gestión de riesgos” el cual se debe extender durante todo su ciclo de funcionamiento, por el cual deberán determinar y analizar los riesgos conocidos y previsibles que puedan impactar los derechos fundamentales de las personas, su salud o seguridad⁵⁶, debiendo adoptar medidas específicas para abordar dichos riesgos⁵⁷. Estas medidas deben procurar eliminar o reducir los riesgos evaluados⁵⁸ e implementar medidas de control en caso de riesgos que no puedan eliminarse⁵⁹. Para cumplir con dicha fina-

⁵⁴ PARLAMENTO EUROPEO (2024) artículo 6.3.

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ *Op. cit.* artículo 9.2 letra a).

⁵⁷ *Op. cit.* artículo 9.2 letra d).

⁵⁸ *Op. cit.* artículo 9.5 letra a).

⁵⁹ *Op. cit.* artículo 9.5 letra b).

lidad, estos sistemas de IA deberán ser sometidos a pruebas antes de su introducción al mercado y durante su desarrollo⁶⁰.

Antes de ingresar al mercado deberán contar con documentación técnica (cuyo contenido está descrito en el anexo IV de La Ley) que demuestre el cumplimiento de los requisitos para que las autoridades competentes puedan evaluar su conformidad⁶¹. Asimismo, deberán registrar los archivos que genere durante todo su ciclo de operación⁶². Para garantizar la transparencia del sistema, deben contener instrucciones de uso (cuya descripción de contenido se encuentra en el art. 13). La Ley exige la adopción de medidas que permitan que los sistemas de IA sean debidamente vigilados por humanos⁶³ y que se garantice su ciberseguridad con el fin de que terceros no autorizados puedan alterar su uso u obtener la información que de ellos provenga⁶⁴.

Respecto a las obligaciones, estas se encuentran recogidas en los arts. 16 a 27. Entre ellas: exige a los proveedores la evaluación de impacto que los sistemas de IA puedan tener en los derechos fundamentales⁶⁵; la adopción de sistemas de que garanticen el cumplimiento normativo⁶⁶; la conservación de la documentación exigida para su operación⁶⁷ y de los archivos de información que genere el sistema⁶⁸; la adopción de medidas correctivas relativas al retiro, desactivación o recuperación del sistema de IA cuando este no cumpla con las disposiciones previstas en La Ley⁶⁹; la entrega de información de forma confidencial a las autoridades competentes cuando esta sea requerida⁷⁰; el nombramiento de un oficial de cumplimiento establecido en la UE quien tendrá como misión, en general, verificar que el sistema de IA se encuentra en regla y cooperar con las autoridades competentes⁷¹.

3 *Sistemas de IA que no son de alto riesgo*

Fuera de los sistemas de alto riesgo, La Ley contempla normas de transparencia a determinados modelos de IA que estén destinados a interactuar con perso-

⁶⁰ PARLAMENTO EUROPEO (2024) artículo 9.8.

⁶¹ *Op. cit.* artículo 11.1.

⁶² *Op. cit.* artículo 12.

⁶³ *Op. cit.* artículo 14.

⁶⁴ *Op. cit.* artículo 15.

⁶⁵ *Op. cit.* artículo 27.

⁶⁶ *Op. cit.* artículo 17.

⁶⁷ *Op. cit.* artículo 18.

⁶⁸ *Op. cit.* artículo 19.

⁶⁹ *Op. cit.* artículo 20.1.

⁷⁰ *Op. cit.* artículo 21.

⁷¹ *Op. cit.* artículo 22.

nas⁷² y obligaciones de documentación, transparencia y registro de los modelos de IA de uso general⁷³. Es relevante mencionar que, al igual que a propósito de los sistemas de IA de alto riesgo, La Ley indica que la Comisión deberá elaborar una lista detallada de ejemplos prácticos de sistemas de IA que no sean considerados de alto riesgo, el cual deberá ser dictado en el plazo de dieciocho meses desde la entrada en vigencia de La Ley⁷⁴.

IV. INSTITUCIONALIDAD

Al igual que en el caso del Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea en el cual se creó el Comité Europeo de Protección de Datos y el Supervisor Europeo de Protección de Datos, la Ley de IA estableció una institucionalidad específica para su correcta gobernanza. Dichas instituciones una vez que entren en funcionamiento, serán supervisadas por el Supervisor Europeo de Protección de Datos⁷⁵.

1. Comité Europeo de Inteligencia Artificial

El Comité Europeo de Inteligencia Artificial (en adelante El Comité) tendrá como principal función asesorar y asistir tanto a la Comisión Europea como a cada uno de los Estados miembros “para facilitar la aplicación coherente y eficaz de la ley”⁷⁶. Estará integrado:

“por un representante de cada Estado miembro, y por el Supervisor Europeo de Protección de Datos, quien tendrá la calidad de observador”⁷⁷.

Sus funciones están definidas en el art. 66 de La Ley, el cual establece –de forma facultativa–, entre otras, las siguientes:

- 1) Contribuir a la coordinación entre las autoridades nacionales responsables de la aplicación de La Ley con las autoridades de vigilancia del mercado.
- 2) Recopilar y compartir conocimientos técnicos, reglamentarios y las buenas prácticas entre los Estados miembros.

⁷² PARLAMENTO EUROPEO (2024) artículo 50.

⁷³ *Op. cit.* artículo 53.

⁷⁴ *Op. cit.* artículo 6.5.

⁷⁵ *Op. cit.* artículo 70.9.

⁷⁶ *Op. cit.* artículo 66.

⁷⁷ *Op. cit.* artículo 65.2.

- 3) Asesorar sobre la aplicación de La Ley respecto al cumplimiento normativo de modelos de IA de uso general.
- 4) Contribuir a la armonización de las prácticas administrativas en los Estados miembros.
- 5) Emitir recomendaciones o dictámenes por escrito relativos a la aplicación y ejecución de La Ley.
- 6) Promover, junto con la Comisión, a la alfabetización de la IA del público respecto a sus beneficios y riesgos, así como los mecanismos de protección y los deberes y derechos relacionados con el uso de sistemas de IA.
- 7) Facilitar el desarrollo de criterios comunes entre los operadores del mercado y las autoridades competentes de los conceptos previstos en La Ley.
- 8) Cooperar con otras instituciones de la UE, grupos de expertos y otras redes de la EU en ámbitos de ciberseguridad, servicios digitales y financieros, la protección de datos y derechos fundamentales, entre otros.
- 9) Brindar apoyo a la Oficina de Inteligencia Artificial para establecer y desarrollar espacios controlados de pruebas, así como facilitar la cooperación y el intercambio de información entre estos entornos.
- 10) Emitir dictámenes para la Comisión y recibir dictámenes de los Estados miembros sobre alertas cualificadas relativas a modelos de IA de uso general⁷⁸.

2 La Oficina de Inteligencia Artificial

La Oficina de Inteligencia Artificial (en adelante Oficina de IA o la Oficina) se encuentra regulada en la Decisión de la Comisión Europea de 24 de enero de 2024 (C/2024/1459), la cual entró en vigencia el 21 de febrero de 2024, es decir, previo a la aprobación de La Ley ocurrida en marzo de 2024. Lo anterior:

“A fin de que pueda iniciarse lo antes posible la preparación de la aplicación del próximo Reglamento por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial, la presente Decisión debe entrar en vigor con carácter de urgencia antes de la adopción de dicho Reglamento”⁷⁹.

El capítulo VII de La Ley relativo a la gobernanza menciona la Oficina de IA en el art. 64 y en el art. 56 hace referencia a algunas de sus funciones, en lo fundamental, se encuentra regulada en la decisión C/2024/1459. La Ofi-

⁷⁸ PARLAMENTO EUROPEO (2024) artículo 66.

⁷⁹ *Op. cit.* considerando 8.

cina tendrá un papel central en lo que respecta a la aplicación, ejecución y supervisión de La Ley.

Entre las funciones que desarrollará destacamos las siguientes:

- a) desarrollar herramientas, metodologías e índices de referencia para evaluar las capacidades de los modelos de IA de uso general, en particular los modelos muy grandes con riesgos sistémicos;
- b) supervisar la ejecución y la aplicación de las normas relativas a los modelos y sistemas de IA de uso general, en particular cuando el modelo y el sistema sean desarrollados por el mismo proveedor;
- c) supervisar la aparición de riesgos imprevistos derivados de modelos de IA de uso general, en particular respondiendo a las alertas del grupo de expertos científicos;
- d) investigar posibles infracciones de las normas sobre modelos y sistemas de IA de uso general, en particular mediante la recopilación de reclamaciones y alertas, la asistencia en la preparación de las decisiones de la Comisión y la realización de evaluaciones de conformidad con el próximo Reglamento;
- e) garantizar que, cuando un sistema de IA entre en el ámbito de aplicación de la legislación pertinente de la Unión para que la Comisión tenga competencias de supervisión y ejecución, como el Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo (7) o el Reglamento (UE) 2022/1925 del Parlamento Europeo y del Consejo (8), la supervisión y la ejecución de dicha legislación estén plenamente coordinadas con la supervisión y la ejecución del próximo Reglamento;
- f) apoyar la aplicación de normas sobre prácticas de IA prohibidas y sistemas de IA de alto riesgo en coordinación con los organismos responsables en virtud de la legislación sectorial, en particular mediante la facilitación del intercambio de información y la colaboración entre las autoridades nacionales, la recopilación de notificaciones y la creación de plataformas y bases de datos de información, especialmente cuando un modelo o sistema de IA de uso general esté integrado en un sistema de IA de alto riesgo”⁸⁰.

De la misma forma, tendrá un papel de cooperación entre los distintos actores en materia de IA (partes interesadas⁸¹, intersectorial⁸², interinstitucional⁸³ e internacional⁸⁴).

⁸⁰ COMISIÓN EUROPEA (2024b) artículo 3.1.

⁸¹ *Op. cit.* artículo 4.

⁸² *Op. cit.* artículo 5.

⁸³ *Op. cit.* artículo 6.

⁸⁴ *Op. cit.* artículo 7.

3 Foro Consultivo

El Foro Consultivo, regulado en el art. 67 de La Ley, se trata de un organismo multisectorial integrado por distintos *stakeholders*, incluyendo empresas, sociedad civil y academia, quienes tendrán como misión general proporcionar conocimientos técnicos y asesoramiento al Comité y la Comisión.

Por su parte, la composición del Foro deberá ser equilibrada entre quienes representan intereses comerciales y no comerciales. En la misma línea, entre quienes representen intereses comerciales, deberá existir un equilibrio entre pymes y otras empresas⁸⁵.

Sus miembros serán nombrados por la Comisión, quienes deberán tener conocimientos reconocidos en materia de IA⁸⁶. Durarán en sus cargos dos años, prorrogables por una sola vez⁸⁷. Junto con estos miembros de mandato transitorio, se prevé en la integración del Foro a los miembros permanentes:

“La Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, la Agencia de la Unión Europea para la Ciberseguridad, el Comité Europeo de Normalización (CEN), el Comité Europeo de Normalización Electrotécnica (Cenelec) y el Instituto Europeo de Normas de Telecomunicaciones (ETSI)”⁸⁸.

4 El grupo de expertos de científicos independientes

La Ley contempla en el art. 68 que la Comisión Europea deberá adoptar, mediante un acto de ejecución, las disposiciones relativas sobre la creación de un grupo de expertos científicos. En este sentido, deberá seleccionar a sus miembros, quienes deberán poseer conocimientos actualizados en el ámbito de la IA. Este organismo tendrá como función asesorar y apoyar a la Oficina de IA en el ejercicio de ciertas funciones específicas (establecidas en el art. 68.3). Se detalla, además, que dichos expertos deberán ejercer sus funciones con imparcialidad y objetividad, debiendo publicar una declaración de intereses⁸⁹. Por su parte, se establece que los Estados miembros podrán recurrir a estos expertos, quienes deberán apoyar las actividades relativas al cumplimiento de las obligaciones que establece La Ley⁹⁰.

⁸⁵ PARLAMENTO EUROPEO (2024) artículo 67.

⁸⁶ *Op. cit.* artículo 67.3.

⁸⁷ *Op. cit.* artículo 67.4.

⁸⁸ *Op. cit.* artículo 67.5.

⁸⁹ *Op. cit.* artículo 68.

⁹⁰ *Op. cit.* artículo 69.

5 Autoridades nacionales competentes

El art. 70 de La Ley establece como obligación a cada Estado miembro el designar al menos una autoridad notificante y una autoridad de vigilancia del mercado.

Las autoridades notificantes serán las responsables de:

“establecer y llevar a cabo los procedimientos necesarios para la evaluación, designación y notificación de los organismos de evaluación de la conformidad, así como de su supervisión”^{91, 92}.

Para evitar los conflictos de intereses que puedan surgir, y para garantizar que las autoridades notificantes ejerzan sus funciones con imparcialidad y objetividad, La Ley establece:

“Las autoridades notificantes no ofrecerán ni ejercerán ninguna actividad que efectúen los organismos de evaluación de la conformidad, ni ningún servicio de consultoría de carácter comercial o competitivo”⁹³.

El concepto de autoridades de vigilancia del mercado, se refiere a aquella “autoridad nacional que lleva a cabo las actividades y adopta las medidas previstas en el Reglamento (UE) 2019/1020”⁹⁴. Este reglamento es encargado de regular las normas sobre la vigilancia del mercado y la conformidad de los productos, el cual tiene por objetivo garantizar el cumplimiento normativo de los productos que son comercializados en la UE⁹⁵.

Atendido este panorama institucional, la gobernanza prevista en La Ley, si bien es integral y multisectorial e incluye, incluso, un foro consultivo con las partes interesadas, su plena efectividad solo estará garantizada en la medida que los órganos y autoridades con facultades resolutivas tengan plena independencia de las partes interesadas.

⁹¹ PARLAMENTO EUROPEO (2024) artículo 28.

⁹² Los organismos de evaluación de la conformidad están definidos en el art. 3 n.º 21) como: “un organismo independiente que desempeña actividades de evaluación de la conformidad, como el ensayo, la certificación y la inspección”. Por su parte, la evaluación de la conformidad se refiere a ‘el proceso por el que se demuestra si se han cumplido los requisitos establecidos en el capítulo II, sección 2, en relación con un sistema de IA de alto riesgo”.

⁹³ PARLAMENTO EUROPEO (2024) artículo 28.5.

⁹⁴ *Op. cit.* artículo 3 n.º 26.

⁹⁵ PARLAMENTO EUROPEO Y CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA (2019).

V. RÉGIMEN SANCIONATORIO

El capítulo XII de La Ley (arts. 99 a 101) establece un régimen sancionatorio en caso de que operadores de sistemas de IA infrinjan la normativa aplicable. Para lo cual, hace un reenvío al derecho interno de cada Estado miembro, estableciendo ciertos criterios de aplicación general. Las instituciones y órganos de la UE también podrán ser sujeto de multas administrativas, así como los proveedores de modelos de IA de uso general.

El art. 99 contempla las sanciones en caso de infracción:

“los Estados miembros establecerán el régimen de sanciones y otras medidas de ejecución, como advertencias o medidas no pecuniarias, aplicable a las infracciones del presente Reglamento que cometan los operadores y adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar que se aplican de forma adecuada y efectiva y teniendo en cuenta las directrices emitidas por la Comisión con arreglo al artículo 96. Tales sanciones serán efectivas, proporcionadas y disuasorias. Tendrán en cuenta los intereses de las pymes, incluidas las empresas emergentes, así como su viabilidad económica”⁹⁶.

Los Estados miembros deberán informar a la Comisión las normas relativas a las sanciones y sus eventuales modificaciones⁹⁷.

En caso de que se infrinjan las normas relativas a las prácticas prohibidas de IA establecidas en el art. 5, La Ley contempla multas administrativas de hasta treinta y cinco millones de euros. En el caso de que el infractor sea una empresa, dicha multa puede elevarse hasta el 7 % del volumen de negocios mundial total (del ejercicio financiero anterior), si dicho monto fuera superior⁹⁸. En los otros casos, La Ley establece multas administrativas en caso de incumplimiento de las obligaciones de los distintos operadores de sistemas de IA y organismos notificados de hasta quince millones de euros, o si se trata de una empresa, hasta el 3 % del volumen de negocios mundial total (del ejercicio financiero anterior), si esta cuantía fuera superior⁹⁹.

También se prevén multas administrativas cuando los operadores de sistemas de IA presenten información inexacta, incompleta o engañosa en respuesta a una solicitud de los organismos notificados o las autoridades nacionales competentes. En dicho caso, la multa ascenderá hasta siete millones y medio de euros, y cuando se trate de una empresa la infractora, hasta el 1 % del volu-

⁹⁶ PARLAMENTO EUROPEO (2024) artículo 99.1.

⁹⁷ *Op. cit.* artículo 99.2.

⁹⁸ *Op. cit.* artículo 99.3.

⁹⁹ *Op. cit.* artículo 99.4.

men de negocios mundial total (del ejercicio financiero anterior), en caso de ser superior¹⁰⁰.

Ahora bien, La Ley precisa que, en el caso de las pymes o empresas emergentes, en el evento de incurrir en las conductas que dan lugar a las multas anteriores, se elegirá el monto que fuera inferior¹⁰¹. De la misma forma, La Ley regula algunos criterios para determinar la cuantía de la multa al caso concreto como, por ejemplo: la gravedad y duración de la infracción, la cantidad de personas afectadas y los daños sufridos por estas, la reincidencia del operador en la conducta, el volumen de negocios anual del operador, los beneficios financieros obtenidos a través de la infracción, la colaboración con las autoridades nacionales competentes, el grado de responsabilidad del operador, el dolo o culpa del operador, entre otras¹⁰².

Las multas administrativas deberán ser impuestas por los tribunales de justicia u otro organismo competente de cada Estado miembro¹⁰³, debiendo existir el debido respeto a las garantías procesales de cada Estado miembro y el derecho de la UE¹⁰⁴. Los Estados miembros deberán informar cada año a la Comisión sobre las multas impuestas y de los litigios relacionados¹⁰⁵.

En segundo lugar, también serán sujetos de multas administrativas las instituciones y organismos de la UE que tengan competencia conforme a La Ley en materias de IA, las cuales serán impuestas por el Supervisor Europeo de Protección de Datos. Al igual que en el caso anterior, también se fijan criterios para determinar la cuantía de la infracción, de similares características que los ya señalados¹⁰⁶. Ahora bien, la cuantía de las sanciones en este caso disminuye, siendo de un máximo de un millón y medio de euros en caso de las prácticas prohibidas de IA¹⁰⁷; y en los otros casos de hasta setecientos cincuenta mil euros¹⁰⁸. Los montos que sean recaudados en virtud de estas sanciones administrativas contribuirán al presupuesto general de la UE¹⁰⁹.

En tercer lugar, La Ley contempla la imposición de multas a los proveedores de modelos de IA de uso general, las cuales, en este caso, serán impuestas por la Comisión y cuya cuantía podrá ascender hasta el 3 % del volumen de negocios mundial total respecto al ejercicio financiero anterior o de quin-

¹⁰⁰ PARLAMENTO EUROPEO (2024) artículo 99.5.

¹⁰¹ *Op. cit.* artículo 99.6.

¹⁰² *Op. cit.* artículo 99.7.

¹⁰³ *Op. cit.* artículo 99.9.

¹⁰⁴ *Op. cit.* artículo 99.10.

¹⁰⁵ *Op. cit.* artículo 99.11.

¹⁰⁶ *Op. cit.* artículo 100.1.

¹⁰⁷ *Op. cit.* artículo 100.2.

¹⁰⁸ *Op. cit.* artículo 100.3.

¹⁰⁹ *Op. cit.* artículo 100.6.

ce millones de euros, si esta cifra es superior. Las conductas que la Comisión podrá sancionar son, en general, las infracciones a las normas de La Ley, particularmente a lo que se refiere a la no proporción de información o que la proporcionada sea inexacta, incompleta o engañosa; cuando no se hayan cumplido con las medidas solicitadas por la Comisión o cuando no se ha dado acceso a la Comisión al modelo de IA para su evaluación¹¹⁰. En este caso, los criterios para imponer la multa son más exiguos y no contemplan expresamente para su determinación, la afectación a las personas y el daño sufrido por estas. Así, teniendo en cuenta los principios de proporcionalidad y adecuación, deberá considerarse la naturaleza, gravedad y duración de la infracción¹¹¹. La disposición agrega: “Las multas impuestas de conformidad con el presente artículo serán efectivas, proporcionadas y disuasorias”¹¹². Estas multas podrán ser revisadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea¹¹³.

Es interesante el abordaje que hace La Ley respecto a las sanciones en el sentido de que, si bien se destaca la imposición de altas multas, en ningún caso contempla la prohibición de funcionamiento del operador del sistema de IA que incurrió en la infracción o la supresión del sistema, dejando a salvo, entonces, la posibilidad de que se siga incurriendo en las mismas prácticas si le resulta más conveniente pagar la multa que dejar de incurrir en la infracción.

VI. LOS ACIERTOS, DESACIERTOS Y DESAFÍOS DE LA LEY

Desde la publicación del proyecto de ley de IA hasta el hoy, habiendo sido aprobado el texto definitivo, han surgido múltiples opiniones, críticas y valoraciones éticas¹¹⁴ sobre los efectos que tendrá La Ley una vez que entre en vigencia. Por lo anterior, en esta sección mencionaremos algunos de sus aciertos, desaciertos y problemáticas que podrán suscitarse durante su implementación, lo cual tiene como objetivo dar lineamientos de análisis crítico al lector.

1. Los intereses detrás de la regulación

Durante la tramitación de La Ley de IA, distintos actores (pequeñas, grandes empresas, consumidores, y defensores de derechos humanos) interesados en

¹¹⁰ PARLAMENTO EUROPEO (2024) artículo 101.1.

¹¹¹ *Ibid.*

¹¹² *Op. cit.* artículo 101.3.

¹¹³ *Op. cit.* artículo 101.5.

¹¹⁴ En este sentido véase ANDERSON (2022).

la regulación, ejercieron presión para que sus intereses particulares fueran recogidos en la regulación. Sin embargo, como es posible advertir, existe una clara desigualdad entre los recursos económicos utilizados por cada uno de estos grupos para influenciar de manera efectiva a los miembros encargados de la regulación, impactando en un mejor acceso a los políticos por parte de las grandes empresas de tecnología¹¹⁵ quienes invierten cada año más de noventa y siete millones de euros para ejercer *lobby* en la Unión Europea, superando a las industrias farmacéuticas, de combustibles fósiles y de finanzas¹¹⁶. En este escenario, los grandes ausentes fueron los representantes de la sociedad civil y los grupos que abogan por los derechos digitales¹¹⁷.

Este contexto refleja con claridad que a pesar de que a simple vista La Ley pueda ser vista como exigente respecto a los operadores de sistemas de IA, en la práctica, con más o menos trámites burocráticos que hacer y documentos que llenar, siempre existirán formas que permitan a las grandes empresas desarrollar sistemas de IA, resultando como grandes afectados, en mayor medida, los ciudadanos y también, en menor medida, las empresas emergentes de tecnología quienes, con mayor dificultad que las grandes empresas, podrán hacer frente a los requisitos impuestos por La Ley. Resultando, así, que las grandes empresas, aprovechando sus posiciones arraigadas en el mercado, excluyan o absorban a los potenciales competidores, existiendo un daño a largo plazo para la innovación y los consumidores¹¹⁸.

2. *La calificación de sistema de alto riesgo en caso de las compañías de seguro*

En línea con el comentario anterior, podemos ver otro de los grandes beneficiados en La Ley: las compañías de seguro. Como veíamos, a propósito de la revisión de los sistemas de IA de alto riesgo, uno de los ocho ámbitos que regula el anexo III se refiere al acceso de servicios privados, catalogando de alto riesgo en el numeral 5 letra c):

“Sistemas de IA destinados a ser utilizados para la evaluación de riesgos y la fijación de precios en relación con las personas físicas en el caso de los seguros de vida y de salud”¹¹⁹,

¹¹⁵ JONES (2023).

¹¹⁶ KLOVIG (2021).

¹¹⁷ JONES n. 117.

¹¹⁸ FRANCK & PEITZ (2023).

¹¹⁹ PARLAMENTO EUROPEO (2024) anexo III, artículo 5 letra c).

Consideramos injustificada su calificación como de alto riesgo y no como práctica prohibida, ya que la permisión de sistemas de IA a las compañías de seguro para evaluar riesgos y fijar precios aumentará el desequilibrio contractual ya existente entre las partes contratantes y, en definitiva, sí podría constituir en un caso concreto una afectación grave a la salud de una persona, quien, producto de los algoritmos aplicados, podría verse en la situación de no poder acceder a seguro de salud quedando desprovisto de cobertura.

3. La categorización del daño en los sistemas de IA prohibidos

En cuanto al requisito del daño que debe concurrir para que un sistema de IA que utilice técnicas deliberadamente manipuladoras del comportamiento –en los términos del art. 5 letra a)– sea considerado de alto riesgo, consideramos –en parte– un acierto la modificación recogida en el texto aprobado respecto al proyecto de ley original.

Así, en el proyecto de ley se establecía la prohibición de sistemas de inteligencia artificial:

“[...] que se sirva de técnicas subliminales que trasciendan la conciencia de una persona para alterar de manera sustancial su comportamiento de un modo que provoque o sea probable que provoque perjuicios físicos o psicológicos a esa persona o a otra”¹²⁰.

En cambio, en el texto aprobado figura la siguiente redacción:

“[...] un sistema de IA que se sirva de técnicas subliminales que trasciendan la conciencia de una persona o de técnicas deliberadamente manipuladoras o engañosas con el objetivo o el efecto de alterar de manera sustancial el comportamiento de una persona o un grupo de personas, mermando de manera apreciable su capacidad para tomar una decisión informada y haciendo que una persona tome una decisión que de otro modo no habría tomado, de un modo que provoque, o sea probable que provoque, perjuicios considerables a esa persona, a otra persona o a un grupo de personas”¹²¹.

Centrándonos solo en el elemento “daño”, en el texto aprobado se establece como requisito que aquellas situaciones ocasionen un daño a una persona o a un grupo de personas, a diferencia del proyecto original, que se refería solo al daño que pudiera sufrir una persona individual, sin mencionar la proceden-

¹²⁰ COMISIÓN EUROPEA (2021) artículo 5 letra a).

¹²¹ PARLAMENTO EUROPEO (2024) artículo 5 letra a).

cia del daño colectivo. Esta exclusión al daño colectivo fue bastante criticada, ya que podía ocasionar lagunas legales¹²².

Sin embargo, esta modificación, a nuestro juicio, resulta problemática en el sentido de que el texto aprobado, a diferencia de su correlativo original, exige que el daño o perjuicio sea “considerable”, elevando bastante las exigencias para su procedencia. En el considerando 29.º encontramos ciertos criterios para su determinación, entendiendo por perjuicio considerable aquel que tenga: “[...] efectos adversos suficientemente importantes en la salud física o mental o en los intereses financieros”¹²³. Resulta claro que la calificación de “considerable” junto con restringir su procedencia, abre nuevas opciones de lagunas legales, permitiendo al operador eludir la normativa.

4 Sistemas biométricos

Bastante revuelo han generado los sistemas de identificación biométricos, estando en algunos casos prohibidos y en otros casos considerados como sistemas de alto riesgo, como ya revisamos en las secciones anteriores. En este sentido, resulta interesante el análisis realizado por Michael Veale y Frederik Zuiderveen quienes critican que la prohibición respecto a estos sistemas biométricos no impide que vendedores establecidos en la UE distribuyan esos sistemas en países fuera de la UE como de facto ocurre con empresas de la UE que venden *softwares* de reconocimiento facial a China. Por otro lado, la prohibición o consideración de alto riesgo de sistemas biométricos solo se refiere a aquellos que sean “en tiempo real”, excluyendo aquellos “en tiempo diferido”, lo que permitirá la utilización cuando sea *ex post*¹²⁴,

En definitiva, la prohibición o calificación de alto riesgo respectiva recae en una cuestión temporal, no considera que estos sistemas, en la práctica (sea en tiempo real o diferido), podrían constituir una vulneración a los derechos fundamentales, especialmente en lo relativo al resguardo de la intimidad y la libertad de las personas. Permitiendo, así, su uso legítimo –en tiempo diferido– lo que también es una forma de control social por parte de la autoridad.

5. La exclusión del ámbito de aplicación de La Ley a los sistemas de IA con fines científicos y actividades personales no profesionales

Tal como veíamos en la sección II, el art. 2 excluye del ámbito de aplicación de La Ley en los numerales 6 y 10 a los sistemas de IA que sean desarrollados con

¹²² VEALE & ZUIDERVEEN (2021).

¹²³ PARLAMENTO EUROPEO (2024) considerando 29.

¹²⁴ VEALE & ZUIDERVEEN (2021) n. 124.

la finalidad de investigación y desarrollo científicos; y aquellos que se utilicen en el ejercicio de una actividad personal de carácter no profesional, respectivamente. Esto llama la atención, ya que ni en el articulado ni en los considerandos de La Ley ofrece una mayor justificación de por qué estos actos quedan excluidos.

En cuanto a las investigaciones científicas, si bien el preámbulo de La Ley hace alusión a que deben “llevarse a cabo de conformidad con normas éticas y profesionales reconocidas para la investigación científica y con el Derecho aplicable de la Unión”¹²⁵ creemos que dada la potencial afectación a la salud o a los derechos fundamentales de las personas que podrían surgir a partir de la utilización de sistemas de IA en este ámbito, no debieran encontrarse excluidos del ámbito de aplicación de La Ley y, al menos, debieran contemplarse obligaciones de registro y transparencia. De lo contrario, por ejemplo, una industria farmacéutica aduciendo fines científicos bien podría utilizar sistemas de IA –de mayor o menor riesgo– de los cuales ni si quiera tendríamos conocimiento, pudiendo resultar en ciertos casos una transgresión a los derechos fundamentales.

Más curioso aún resulta la exclusión de un operador de un sistema de IA cuando lo realiza con fines personales, no profesionales, porque esto abre una discrecionalidad absoluta al operador, quien estaría legítimamente autorizado para desarrollar y utilizar sistemas de IA para su uso personal, sin tener que cumplir obligación alguna, pudiendo en forma válida en el ejercicio de dichos fines afectar la salud, seguridad o derechos fundamentales.

Se podría cuestionar la exclusión de los fines puramente militares, al menos dicha excepción se encuentra justificada tal como lo indica La Ley en:

“el artículo 4, apartado 2, del TUE como por las especificidades de la política de defensa de los Estados miembros y de la política común de defensa de la Unión a que se refiere el título v, capítulo 2, del TUE, que están sujetas al Derecho internacional público que, por lo tanto, es el marco jurídico más adecuado para la regulación de los sistemas de IA en el contexto del uso de la fuerza letal y de otros sistemas de IA en el contexto de las actividades militares y de defensa”¹²⁶.

Sin embargo, respecto a los dos criterios anteriores, La Ley omite mayor justificación.

Estos cinco aspectos como muchos otros son elementos relevantes de discusión en los cuales hay que poner especial atención en La Ley, de cuya redacción se visualizan y es posible identificar distintos vacíos legales que permi-

¹²⁵ PARLAMENTO EUROPEO (2024) considerando 15.

¹²⁶ *Op. cit.* considerando 24.

tirán a los operadores de sistemas de IA “saltarse” La Ley, pudiendo ocasionar al margen de las autoridades infracciones que afecten los derechos fundamentales, la salud y la seguridad de las personas.

REFLEXIONES FINALES

Este artículo propuso sistematizar algunos de los principales aspectos regulatorios de La Ley de IA de la UE y dar algunos elementos de análisis al lector para que cuestione y profundice su contenido.

La Ley de IA, sin duda, impactará e influenciará las futuras regulaciones que adopten distintos países que se encuentran fuera de la Unión Europea cuando decidan regular sobre la materia. Por lo anterior, es trascendental que esta Ley sea revisada, estudiada y analizada reflexivamente, para que a la hora de aprobar una ley nacional sobre inteligencia artificial no se decida simplemente implementar un *copy paste* sin mirar las externalidades negativas que podrían surgir.

Muestra de lo anterior es que en nuestro país el *Boletín* 15869-19 de 24 de abril de 2023, que “Regula los sistemas de inteligencia artificial, la robótica y las tecnologías conexas, en sus distintos ámbitos de aplicación” lamentablemente es un proyecto que resume y copia sucintamente, sin mayor reflexión, el proyecto de Ley de IA de la UE, con la única particularidad que contempla en ciertos casos penas privativas de libertad. Si bien el objetivo de este artículo no recayó en su análisis, precisamente este tipo de iniciativas hace efectivo el temor de estos autores de que, en definitiva, para entrar a la carrera de la regulación de la IA se busque implementar en un país la legislación extranjera sin efectuar de forma previa un análisis propio, de riesgos y beneficios en la materia.

Ahora bien, en cuanto al contenido de La Ley de IA de la UE, si bien el legislador es insistente en indicar que tiene como finalidad, entre otras, proteger la salud, seguridad y derechos fundamentales de las personas, si consideramos ciertas aplicaciones prácticas de La Ley, en definitiva, esta motivación y fundamentación se reduce a una declaración de principios más que a un límite real y efectivo.

A estas alturas, es difícil anticipar los efectos prácticos que tendrá La Ley una vez que esta entre en vigencia. Si bien no se puede desconocer que detrás del texto aprobado existió una serie de declaraciones, reflexiones, consultas y estudios previos, tampoco se puede olvidar que, por naturaleza, la Unión Europea es una asociación no solo política, sino que, también, económica, cuya motivación para iniciar todo el proceso de regulación fue precisamente la búsqueda de nuevos mercados, y que los intereses de las grandes empresas fueron recogidos de una u otra manera en La Ley.

En ese contexto y siendo la inteligencia artificial una industria millonaria, los ciudadanos, quienes somos el sujeto pasivo de las nuevas tecnologías y en muchas ocasiones no hay otra alternativa más que “aceptar los términos y condiciones” (aun cuando no esté muy claro lo que ello significa) quedamos a la merced de una industria que, legítimamente, no tiene su foco en la protección de los derechos fundamentales, la cual, al amparo de una legislación vigente, podrá desarrollar con mayor o menores exigencias, sistemas de IA que transformarán en forma irreversible la sociedad, potencialmente afectando nuestras garantías constitucionales.

Finalmente, creemos relevante el papel que la academia puede cumplir en el análisis crítico de esta Ley. Así, desde una perspectiva técnica, alejada de intereses económicos, se puede ofrecer una visión más objetiva, planteando cuestionamientos y problemáticas específicas que puedan surgir, identificando los potenciales conflictos entre la protección de la innovación y desarrollo de nuevas tecnologías con el resguardo y garantía de derechos fundamentales.

BIBLIOGRAFÍA

- ANDERSON, Marc (2022): “Some ethical reflections on the UE AI Act. Available in https://ceur-ws.org/Vol-3221/IAIL_paper5.pdf [fecha de consulta: 18 de abril de 2024].
- ENGLER, Alex (2022): “The EU AI Act Will Have Global Impact, but a Limited Brussels Effect”. Available in www.brookings.edu/research/the-eu-ai-act-will-have-global-impact-but-a-limited-brussels-effect/ [fecha de consulta: 18 de abril de 2024].
- EDWARDS, Lilian (2022): *Regulating AI in Europe: four problems and four solutions*. Available in www.adalovelaceinstitute.org/wp-content/uploads/2022/03/Expert-opinion-Lilian-Edwards-Regulating-AI-in-Europe.pdf [fecha de consulta: 13 de abril de 2024].
- FATF (2021): “Guidance on Risk-Based Supervision”. Available in www.fatf-gafi.org/publications/documents/Guidance-RBA-Supervision.html [fecha de consulta: 14 de abril de 2024].
- FRANCK, Jens-Uwe & PEITZ, Martin (2023): “Market power of digital platforms”, *Oxford Review of Economic Policy* vol. 39 Issue 1 (Spring): pp. 34-46.
- GARCÍA, SARA (2022): “Una aproximación a la futura regulación de la inteligencia artificial en la Unión Europea”, *Revista de Estudios Europeos* vol. 79.
- GRUPO DE EXPERTOS DE ALTO NIVEL SOBRE INTELIGENCIA ARTIFICIAL (2019): “Directrices éticas para una IA fiable”. Disponible en <https://data.europa.eu/doi/10.2759/14078> [fecha de consulta: 15 de abril de 2024].
- HIGH-LEVEL EXPERT GROUP ON ARTIFICIAL INTELLIGENCE (2019): “Policy and investment recommendations for trustworthy AI”. Available in *Policy and investment recom*

- mendations for trustworthy Artificial Intelligence | Shaping Europe's digital future (europa.eu) [fecha de consulta: 15 de abril de 2024].
- JONES, EMILY (2023): "Digital disruption: artificial intelligence and international trade policy", *Oxford Review of Economic Policy*, vol. 39: pp. 70-84.
- KLOVIG SKELTON, Sebastian (2021): "Tech Sector Spends Nearly €100m a Year Lobbying the EU". Available in www.computerweekly.com/news/252506086/Tech-sector-spends-nearly-100m-a-year-lobbying-the-EU [fecha de consulta: 18 de abril de 2024].
- PAVLIDIS, Georgios (2024): "Unlocking the black box: analysing the EU artificial intelligence act's framework for explainability in AI", *Law, Innovation and Technology*, vol. 16 Issue 1: pp. 293-308.
- SMUHA, NATHALI (2021): "From a 'race to ai' to a 'race to ai regulation': regulatory competition for artificial intelligence", *Law, Innovation & Technology* vol. 13 Issue 1.
- THELISSON, Eva; VERMA, Himanshu (2024): "Conformity assessment under the EU AI act general approach", *AI Ethics* 4: pp. 113-121.
- VEALE, Michael & ZUIDERVEEN, Frederik (2021): "Demystifying the Draft EU Artificial Intelligence Act", *Computer Law Review International* vol. 22 No. 4: pp. 97-112.

Documentos

- Boletín* 15869-19 de 24 de abril de 2023, Proyecto de Ley que 'Regula los sistemas de inteligencia artificial, la robótica y las tecnologías conexas, en sus distintos ámbitos de aplicación' Disponible en www.camara.cl/verDOC.aspx?prmID=72777&prmTipo=FICHAPARLAMENTARIA&prmFICHATIPO=DIP&prmLOCAL=0 [fecha de consulta: 19 de abril de 2024].
- COMISIÓN EUROPEA (2018a): "Comunicación de la Comisión. Inteligencia artificial para Europa". COM (2018) 237 final. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=COM%3A2018%3A237%3AFIN> [fecha de consulta: 14 de abril de 2024].
- COMISIÓN EUROPEA (2018b): "Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Plan coordinado sobre la inteligencia artificial". COM(2018) 795. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52018DC0795> [fecha de consulta: 14 de abril de 2024].
- COMISIÓN EUROPEA (2020): *Libro Blanco sobre la inteligencia artificial - un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza*. Disponible en https://commission.europa.eu/document/download/d2ec4039-c5be-423a-81ef-b9e44e79825b_es?filename=commission-white-paper-artificial-intelligence-feb2020_es.pdf [fecha de consulta: 31 de marzo de 2024].
- COMISIÓN EUROPEA (2021): "Propuesta de reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia

- artificial (*Ley de Inteligencia Artificial*) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión”. COM (2021) 206 final. 2021/0106 (COD). Disponible en https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:e0649735-a372-11eb-9585-01aa75ed71a1.0008.02/DOC_1&format=PDF [fecha de consulta: 31 de marzo de 2024].
- COMISIÓN EUROPEA (2024a): Ley sobre Inteligencia Artificial. Disponible en <https://artificialintelligenceact.eu/es/ai-act-explorer/> [fecha de consulta: 25 de marzo de 2024].
- COMISIÓN EUROPEA (2024b): Decisión de la Comisión, por la que se crea la Oficina Europea de Inteligencia Artificial (C/2024/1459). Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/eli/C/2024/1459/oj> [fecha de consulta: 13 de abril de 2024].
- CONSEJO EUROPEO (2017) “Reunión del Consejo Europeo (19 de octubre de 2017)” Disponible en www.consilium.europa.eu/media/21604/19-euco-final-conclusions-es.pdf [fecha de consulta: 14 de abril de 2024].
- ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (2019) “Recommendation of the Council on Artificial Intelligence” Disponible en <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/oecd-legal-0449> [fecha de consulta: 13 de abril de 2024]
- PARLAMENTO EUROPEO (2023): “INFORME sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión”. Disponible en www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2023-0188_ES.html [fecha de consulta: 13 de abril de 2024].
- PARLAMENTO EUROPEO (2024): Reglamento de Inteligencia Artificial. P9_TA(2024)0138. Disponible en www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2024-0138_ES.pdf [fecha de consulta: 31 de marzo de 2024].
- PARLAMENTO EUROPEO Y CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA (2019): “Reglamento (UE) 2019/1020 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019 relativo a la vigilancia del mercado y la conformidad de los productos y por el que se modifican la Directiva 2004/42/CE y los Reglamentos (CE) n.º 765/2008 y (UE) n.º 305/2011”. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32019R1020> [fecha de consulta: 25 de marzo de 2024].

ALGUNAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL CONSIDERADA COMO PERSONA

SOME LEGAL CONSEQUENCES OF THE ARTIFICIAL INTELLIGENCE CONSIDERED AS A PERSON

*Juan Cristóbal Jaramillo Charles**
*Francisco Micheli Basualto***
*Luis Zurita Torres****

RESUMEN: En virtud del avance sustancial de los distintos sistemas de inteligencia artificial y el impacto de estos en la vida de las personas, se hace imperativo abordar las consecuencias jurídicas que estos avances pueden representar. Así, este trabajo analiza, entre otras cosas, si estos nuevos sistemas dotados de capacidad para aprender o crear pueden ser considerados en la actualidad –o en el futuro– como personas en el sentido jurídico y, en cualquier caso, si los mismos podrían responder por los daños que estos ocasionen o si, por el contrario, dicha responsabilidad debe seguir recayendo sobre sus creadores.

PALABRAS CLAVE: inteligencia artificial, persona, responsabilidad civil.

ABSTRACT: Given the significant advancement of various Artificial Intelligence Systems and their impact on people's lives, it is imperative to evaluate the legal consequences that these advancements may entail. With that in mind,

*Abogado de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Diplomado por la Pontificia Universidad Católica de Chile en Planificación y Gestión Tributaria (2007). Diplomado en curso sobre nueva Justicia Tributaria, por la misma universidad (2008). Posgrado en Derecho Tributario por la Universidad de Salamanca España. Magister en Filosofía e Inteligencia Artificial por la Northeastern University London. Correo electrónico: jjaramillo@vla.cl

** Abogado de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Diplomado en Tributación Internacional por la Universidad de Chile (2018). Correo electrónico: fmicheli@vla.cl

*** Abogado de la Universidad de Chile. Diplomado en Legislación Tributaria por la Universidad de Chile (2022). Correo electrónico: lzurita@vla.cl

this paper aims to analyze, among other things, whether these new systems, endowed with the ability to learn and/or create, can currently or in the future be considered individuals in a legal sense. Additionally, it will explore whether these systems could be held liable for any damages they cause, or if the responsibility should continue to lie with their creators.

KEYWORDS: artificial intelligence, person, civil liability.

INTRODUCCIÓN

En el mundo de hoy es posible advertir la dificultad creciente de aplicar la legislación tradicional a situaciones de hecho que parecen ser cada vez más complejas y que exigen considerar elementos que el legislador, al momento de generar las actuales normas, no solo no tuvo en cuenta, sino que no podría haber imaginado.

La tecnología ha significado una revolución de tal magnitud, que es probable que el ordenamiento jurídico, para no distanciarse de la realidad que intenta regular, deba sufrir profundos cambios. Estos deben suceder lo antes posible. Esto no es un llamado histérico a mayor regulación, sino a considerar que la velocidad de los legisladores jamás podrá alcanzar la velocidad del desarrollo exponencial de los sistemas. Sin embargo, la demora en dar un ordenamiento jurídico suficiente puede significar resultados calamitosos para la sociedad.

Sin perjuicio de que el tema de lo que será el futuro de la sociedad tiene ramificaciones imposibles de prever, en esta oportunidad solo nos enfocamos en el desarrollo de las inteligencias artificiales y en el desafío que ella supone para conceptos o principios básicos del ordenamiento jurídico tales como la persona y la responsabilidad.

Así, un aspecto notable del desarrollo de las inteligencias artificiales es que, tal como el mismo uso de una palabra tan propia de los humanos como ‘inteligencia’ lo evidencia, constituyen una tecnología que nos lleva a cuestionar el concepto mismo de persona natural, con el fin de precisar qué es lo que caracteriza al ser humano. Esto jamás ocurrió en los siglos de existencia de las personas jurídicas conocidas hasta ahora, ya que nunca a alguien se le ocurrió que una sociedad, una corporación o una fundación pudiesen llegar a ser “humanos” en algún sentido o siquiera asimilarse a sus características.

Así las cosas, partiremos analizando someramente la definición de persona –en términos jurídicos– y luego en forma más extensa lo que es un ser humano. De la misma manera, nos referiremos a una característica propia según la comunidad filosófica del ser humano, esto es, la creatividad y la posibilidad de que los sistemas computacionales puedan llegar a ostentar esta característica.

I. CONCEPTO JURÍDICO DE PERSONA

Para el derecho romano, se consideraba como persona al ser humano que gozaba de libertad, de nacionalidad romana, *sui iuris* y tenía total capacidad de goce sobre su propio patrimonio¹.

Por su parte, el *Código Civil* de Chile, luego de distinguir entre personas naturales y jurídicas en el artículo 54, dispone en el artículo siguiente que son personas “todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición”. Esta definición atendía a que Andrés Bello –autor del *Código Civil*– fue un convencido liberal, y en tanto tal repudió la herencia española, que establecía estatutos jurídicos diferenciados, abrazando de forma radical el principio de igualdad. A diferencia de lo que acontecía en la época colonial, el *Código* no admitía ni admite discriminación alguna basada en la edad, género o estrato socioeconómico, atribuyendo personalidad a todo individuo por el solo hecho de pertenecer a la especie humana². Luego, en el artículo 545 se hace cargo de precisar que:

“se llama persona jurídica una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial o extrajudicialmente”.

En la legislación extranjera podemos encontrar definiciones un poco más ambiguas, pero en la misma línea. Así, el *Código Civil* de la República Argentina dispone en su artículo 30 que: “Son personas todos los entes susceptibles de adquirir derechos, o contraer obligaciones”³. Nótese que la referencia de la norma es a un “ente”, y no a un individuo de la especie humana como lo hace nuestro *Código*.

El artículo 31 del mismo cuerpo legal establece:

“Las personas son de una existencia ideal o de una existencia visible. Pueden adquirir los derechos, o contraer las obligaciones que este código regla en los casos, por el modo y en la forma que él determina. Su capacidad o incapacidad nace de esa facultad que, en los casos dados, les conceden o niegan las leyes”.

En ese orden, el artículo 32 prescribe:

“Todos los entes susceptibles de adquirir derechos, o contraer obligaciones, que no son personas de existencia visible, son personas de existencia ideal, o personas jurídicas”⁴.

¹ UTEL UNIVERSITY (s.f.) p. 3.

² MORALES (2018) p. 364.

³ *Código Civil y Comercial de la Nación* (2015).

⁴ *Ibid.*

Por último, el artículo 51 del *Código Civil* argentino dispone:

“Todos los entes que presentasen signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes, son personas de existencia visible”.

Esta disposición resulta notable, pues sin imaginar los alcances que podría tener su interpretación, el legislador radicó la calidad de persona visibles a los entes que presenten “signos característicos de humanidad”⁵, lo que permitiría a algún intérprete extender o ampliar la aplicación de este concepto a otro tipo de ser corpóreo que presentase ciertos signos de humanidad, como sería, por ejemplo, un robot humanoide con inteligencia artificial. Sin embargo, no podemos ignorar que esta redacción atiende al espíritu de antiguas disposiciones del derecho romano y de las *Partidas*, que buscaba excluir, en especial para efectos sucesorios, a los que nacieren con caracteres de monstruo o prodigio⁶.

En el caso español, la situación es más simple, pues el *Código Civil* del reino de España prescribe en sus artículos 29 y 30 que es el nacimiento lo que determina la personalidad y que esta se adquiere desde el nacimiento con vida, una vez se ha producido el entero desprendimiento del seno materno⁷. En este sentido, es evidente que, para la regulación española, una persona es un ser humano que nace con vida y que ha sido desprendido del seno materno.

Observando estas definiciones sobre el concepto de persona, podemos extraer un primer elemento común en cada una de ellas. Si nos fijamos bien, en las definiciones antes señaladas se menciona la existencia de la persona física o natural –aquella que puede ser percibida por los sentidos– y la persona ideal o jurídica –aquella que no es visible o es meramente ficticia–. Es decir, todas ellas se fundamentan en la presencia de un ser corpóreo.

Quizá esta corporeidad era lo que siempre permitió distinguir fácilmente a una persona natural o visible de una persona jurídica, ya que esta última jamás estaría materializada en una entidad corpórea. Sin embargo, un sistema de inteligencia artificial sí suele tener una entidad corpórea o visible, que es lo que en la jerga técnica, ya bastante masificada, suele llamarse un *hardware*.

Cosa diferente es que esta exigencia de un ser corpóreo se refiera a un cuerpo humano. ¿Un cuerpo humano es lo que nos hace ser humanos? Qué ocurriría, por ejemplo, si una persona perdiera todo su cuerpo y solo pudiera salvarse su cerebro. Luego, su cuerpo se reemplaza por medio de la tecnología

⁵ *Código Civil y Comercial de la Nación* (2015).

⁶ LAFERRIÈRE (s.f.).

⁷ *Código Civil* (2015). En ese sentido, resulta relevante la Ley 20/2011 de 21 de julio del Registro Civil de España que modificó el artículo 30 del *Código Civil*, eliminando la exigencia de “figura humana” y vivir veinticuatro horas para ser considerado persona.

a través de extremidades artificiales ¿seguiría siendo persona? ¿Y si fuese el caso contrario? Una persona sufre muerte cerebral y este órgano fuese reemplazado por un órgano desarrollado por la inteligencia artificial, ¿cuál sería la clasificación si este ser tuviese un corazón y un cerebro artificial, pero su cuerpo fuese natural u original? ¿Cuál será el límite de reemplazo de la corporeidad del ser humano por prótesis para que siga siendo considerado como tal? Probablemente todas estas preguntas hace algunas décadas hubieran sonado absurdas, pero en el mundo de hoy y en el futuro cercano, estos asuntos ya son de discusión pública y, por consiguiente, sujetos de regulación.

Otro elemento común en estas definiciones de persona natural o visible es la pertenencia a la especie humana. Eso obliga a preguntarnos, ¿qué significa ser humano?

Para muchos el ser humano es:

“el Homo sapiens perteneciente al orden de los primates y a la familia de los homínidos, creadores de la civilización que hoy en día domina y transforma el planeta Tierra”⁸.

Al separar los distintos elementos presentes en la aludida definición de ser humano y aquellas características que la comunidad científica suele considerar propias de este, podríamos concluir que las características esenciales de ser humano son: tener conciencia, lenguaje, memoria avanzada y relacional, imaginación, creatividad y la capacidad de socializar.

La inteligencia artificial aún está lejos de replicar un cerebro humano con todas sus capacidades y expresiones, con el grado de desarrollo de nuestra especie. Pero está cada vez más cerca. Todas estas características que parecían claras y privativas del ser humano hace algunos años, están en vías de no serlo por el desarrollo de la inteligencia artificial. En efecto, si es que se considera que las características antes mencionadas son representativas de lo que es un humano, podemos comentar que, probablemente, durante la vida de la mayoría de los lectores de este ensayo, los sistemas computacionales logren emular o, incluso, superar todas y cada una de estas funciones indicadas.

Es evidente que analizar el concepto mismo de humanidad, y determinar si podría llegar a ser humana una tecnología que emule todas o la gran mayoría de nuestras funciones intelectuales supone abrir un dilema moral en el cual la filosofía y psicología tendrán que proporcionar la mirada inicial, anterior al derecho, la cual terminará influenciando el tratamiento legal que los distintos ordenamientos jurídicos le darán a estas materias. Por lo mismo, lo que más adelante discutiremos lo haremos desde un punto de vista filosófico y moral.

⁸ EQUIPO EDITORIAL, ETECÉ (2021).

II. UNA CARACTERÍSTICA PROPIA DEL SER HUMANO: LA CREATIVIDAD

En esta oportunidad solo nos enfocaremos en una de las características o capacidades que aparecen como propias del ser humano, esto es, la creatividad, respondiendo a la pregunta de si tienen la capacidad los sistemas computacionales de ser creativos. Para estos efectos entenderemos por creatividad la definición de este concepto dado por Margaret Boden, quien define la creatividad como “la habilidad de hallar ideas que son nuevas, sorprendentes y valiosas”⁹.

Quienes rechazan la existencia de creatividad de los sistemas computacionales sostienen que las computadoras carecen de potencial creativo debido a su naturaleza programada y a la falta de comprensión, emociones y otros elementos. Solo pueden ejecutar tareas que sus programadores han diseñado y autorizado de forma expresa y, por lo tanto, carecen de autonomía, lo cual es esencial para estar en presencia de la creatividad.

Esta afirmación es discutible, ya que el comportamiento de un sistema computacional, especialmente en sistemas diseñados para el aprendizaje, pueden ser impredecibles para el programador¹⁰. Un ejemplo de esto son los algoritmos de aprendizaje automático. Estos consisten en aquellos que se mejoran automáticamente a sí mismos sobre la base de la experiencia, no por un programador que escribe uno mejor. El algoritmo gana experiencia al procesar más y más datos, para luego modificarse basado en las propiedades de los datos¹¹.

Otro ejemplo de estos sistemas que refutan la supuesta imposibilidad de ser creativos son los llamados algoritmos genéticos. Estos replican el mecanismo de la selección natural, por el cual las especies que logren adaptarse a las alteraciones de su entorno pueden progresar a las generaciones posteriores, simulando el concepto de “supervivencia del más apto” entre los individuos en generaciones sucesivas para encontrar una solución a un problema específico. Estos se usan para los más diversos fines, desde la optimización de funciones hasta el diseño de redes neuronales.

En nuestra opinión, los sistemas informáticos tienen una especie de creatividad, pues su capacidad de aprendizaje los lleva a tener “ideas nuevas” tal como indica Margaret Boden. Otra cosa es que dichas ideas sean “sorprendentes y valiosas”, pero estas calificaciones parecen ser una apreciación discutible, y de hecho lo mismo ocurre con los seres humanos, si consideramos que la creatividad de cualquier artista puede ser objeto de cuestionamiento. Hay que

⁹ BODEN (2004) p. 1.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ KHAN ACADEMY (s.f.).

tener en cuenta que los sistemas computacionales pueden alcanzar cierto grado de creatividad mezclando ingeniosamente elementos existentes o creando tipos de autonomía que les permitan tomar decisiones y generar ideas de forma autónoma. Con el progreso de la tecnología y la creciente complejidad de los algoritmos, las computadoras pueden lograr avances sustanciales en su capacidad para demostrar formas de creatividad que se asemejan mucho a la creatividad humana.

Debemos considerar, por último, que la definición de lo que entendemos por creatividad y todas sus consideraciones ha sido cuestionada muchas veces y, probablemente, seguirá siendo cuestionada. Creemos que la verdadera importancia de esta discusión radica en si las máquinas son o no creativas y autónomas, y en todas las consecuencias legales que esto conllevará para la discusión pública, considerando que tradicionalmente se sostenía que la creatividad era privativa de los seres humanos.

En nuestra opinión, los principales motivos para concluir que los sistemas computacionales sí pueden ser creativos son:

1. Pueden participar en la resolución creativa de problemas mediante la exploración de soluciones alternativas, la adaptación a las restricciones cambiantes y la generación de estrategias no convencionales. Esta capacidad es particularmente evidente en dominios como la ingeniería, el diseño y la investigación científica¹².
2. Tienen la capacidad de combinar ideas, conceptos o fragmentos de contenidos preexistentes para generar creaciones novedosas e inventivas. La utilización de pensamientos o ideas preexistentes, un aspecto fundamental del proceso creativo de la inteligencia artificial, es un factor presente en la mayoría, si no en todos, los avances del aprendizaje automático.
3. Son capaces de replicar procesos evolutivos para mejorar diseños o soluciones de acuerdo con criterios predeterminados. Los algoritmos evolutivos pueden producir varias versiones de una solución y luego elegir las más prometedoras, generando resultados innovadores e imprevistos. La gama de dominios en los que se pueden emplear algoritmos de simulación es extensa, incluyendo ingeniería, electrónica eléctrica, aplicaciones interdisciplinarias de ciencias de la computación, sistemas de control de automatización y gestión de operaciones.
4. Las propiedades emergentes de la inteligencia artificial, entendiéndose por tales: "Los comportamientos y habilidades complejas que surgen de forma simultánea a partir de un programa o algoritmo más

¹² ZHIHUI y RUIXING (2022).

simple”¹³ tienen el potencial de capacitar a los sistemas computacionales para producir creaciones novedosas e imaginativas que superen la imaginación y la aptitud humanas.

Algunos ejemplos de propiedades emergentes en el desarrollo de la inteligencia artificial (IA) son:

- Los modelos de IA, que han recibido un amplio entrenamiento en grandes cantidades de música y arte, han comenzado a generar sus composiciones y obras de arte. Estos resultados no son arbitrarios, con frecuencia exhiben una naturaleza profunda e intrincada que cuestiona nuestras nociones convencionales de creatividad.
- Los *chatbots* modernos pueden participar en discusiones que se asemejan mucho a las interacciones humanas. Pueden adaptarse, demostrar empatía e, incluso, emplear el humor.
- Los automóviles autónomos, que consisten en una combinación de sensores, *software* y algoritmos de IA, adquieren conocimientos de su entorno y pueden navegar a través de situaciones intrincadas más allá de las capacidades de los sistemas anteriores y menos sofisticados.
- Sistemas de IA se han desarrollado para que funcionen de forma colectiva, inspirándose en agrupaciones naturales como las bandadas de pájaros. Esto les permite exhibir comportamientos que las unidades individuales que operan solas no podrían producir¹⁴.

Consideramos que, conforme a lo anterior, los sistemas computacionales tienen una especie de creatividad, pues pueden simular procesos creativos y generar resultados que exhiben características de creatividad. Ahora, si estos comportamientos son imitaciones o creatividad propiamente tal, es un debate filosófico que dejamos a los eruditos en estas discusiones. Sin embargo, de lo que no queda duda es que la creatividad –o imitación– computacional ha supuesto una revolución en numerosos campos y áreas, incluyendo la del derecho.

Esta discusión sobre la posibilidad de que los sistemas computacionales sean o no creativos es muy relevante en términos jurídicos. Lo anterior por cuanto, si el consenso es que la creatividad es una expresión humana y que esta es, a su vez, una manifestación de la libertad y autonomía, es lícito preguntarse cuál es la forma de tratar jurídicamente a aquel desarrollo computacional que la alcance. Esto no es baladí, pues la autonomía en los desarrollos computacionales podría tener un efecto muy importante en la responsabilidad, ya que si la autonomía de la máquina es total respecto a su creador, programador o usuario, ¿quién será responsable por los daños que genere?

¹³ TOOLIFY AI (2024).

¹⁴ INSTITUTO DE ANALÍTICAS (2023).

A modo de ejemplo, en estos tiempos de guerra que vive el mundo, muchos desarrollos militares están siendo construidos con inteligencia artificial y el grado de autonomía que alcanzan es sorprendente. En algunos años, cuando sean totalmente autónomos. ¿Quién responderá por el daño causado por una máquina de guerra autónoma, consciente, creativa, imaginativa y que sea capaz de replicar sentimientos? ¿Y si la máquina de guerra destruye un granero pensando que había un depósito de armas cuando en realidad había una familia dentro resguardándose?

III. ATRIBUTOS DE LA PERSONALIDAD

Analizado el concepto de persona y su posible aplicación a esta nueva realidad que constituye la inteligencia artificial, estimamos que una primera aproximación deberá comenzar por analizar de qué forma son aplicables a ella los atributos de la personalidad, tradicionalmente entendidos como “las propiedades o características inherentes a toda persona”¹⁵.

Naturalmente, el análisis de los atributos de la personalidad en las inteligencias artificiales exige descartar algunos solo compatibles con una persona natural, como el estado civil, orientado a la existencia de relaciones de familia ajenas a la artificialidad que caracteriza a estos sistemas. Es por esto que un análisis de los atributos de la personalidad que se podrían otorgar a una inteligencia artificial se asemeja a aquellos que se atribuyen a las personas jurídicas y que se reducen a la capacidad de goce, el nombre, el domicilio, la nacionalidad y el patrimonio.

En lo que tiene relación con el *nombre, domicilio y nacionalidad*, no existe obstáculo para que el ordenamiento jurídico otorgue estos elementos de individualización a los sistemas. De hecho, el registro de sistemas tecnológicos con un nombre que los identifique de otros sistemas e, incluso, con un código que los individualice frente a otros sistemas idénticos, ya existe. Por su parte, la asignación de ese sistema a un domicilio tampoco es una realidad ajena a diversos bienes muebles objeto de registro en nuestros días. Por último, no se visualiza problema tampoco en que la ley establezca un criterio de asignación de nacionalidad a este sistema, ya sea en relación con el país de su activación o, bien, al país en que funcione.

Diferente es el caso de otro atributo de la personalidad, correspondiente a la capacidad, que tradicionalmente se ha definido como “la aptitud de una

¹⁵ ALESSANDRI y SOMMARIVA (1971) p. 199.

persona para adquirir derechos y poderlos ejercer por sí misma”¹⁶, a partir de cuyo concepto se clasifica en capacidad de goce correspondiente a “la aptitud de una persona para adquirir derechos”¹⁷ y en capacidad de ejercicio, es decir, “la aptitud para ejercer los derechos por sí mismo”¹⁸.

A diferencia de los atributos nombre, domicilio y nacionalidad, el otorgamiento de capacidad—cualquiera de ellas— a un ente, exige la existencia previa de ciertas características intrínsecas.

En efecto, la capacidad de ejercicio presupone necesariamente la habilidad de manifestar una voluntad propia, para que la ley pueda dar efectos jurídicos a dicha manifestación. Este elemento de la capacidad de ejercicio, esto es, la habilidad de manifestar una voluntad propia distinta de la de un tercero, está indudablemente presente en la inteligencia artificial. En efecto, lo que distingue a un sistema que funciona bajo esta modalidad, en comparación a uno programado, es que la inteligencia artificial puede abarcar de forma intelectual una situación, procesarla y tomar una decisión propia. Esta habilidad para tomar decisiones sobre la base de las circunstancias, con independencia de cómo esa decisión se exteriorice en forma de manifestación de voluntad, es un prerequisite para que la ley pueda dar efectos jurídicos a dicha manifestación.

Es por esto que estimamos que la capacidad de ejercicio que pueda tener un sistema de inteligencia artificial solo dependerá de la decisión del legislador de dar a sus manifestaciones un efecto jurídico.

De hecho, no es difícil pensar que uno de los primeros papeles que tendrá la inteligencia artificial en el mundo jurídico será en la celebración de contratos, decidiendo los términos de los mismos y decidiendo si llegar o no al acuerdo. En efecto, en materias complejas que requieran un análisis de gran cantidad de información para efectos de determinar las condiciones de contratación, muchos contratantes preferirán que la decisión sobre si contratar o no, o qué términos ofrecer a su cocontratante, sea tomada por una inteligencia artificial. Esto ocurrirá, si no ocurre ya, mucho antes de que esos contratos que estén celebrando puedan generar derechos y obligaciones para el mismo sistema.

Es interesante advertir, además, que el desarrollo de estas tecnologías por empresas privadas ha tenido como objetivo evidente ofrecer sistemas inteligentes al mercado, esto es al usuario común, poco familiarizado con el funcionamiento técnico de los dispositivos de que se sirve cada día. Este hecho supone que quienes interactuarán con la inteligencia artificial no serán solo los técnicos especializados y es dable esperar que su uso en la práctica no se ceñirá

¹⁶ ALESSANDRI y SOMMARIVA (1971) p. 200.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ *Ibid.*

estrictamente a los protocolos de funcionamiento, tal como lo demuestran los casos analizados a los que haremos referencia más adelante.

Sin embargo, los efectos que generen los actos y contratos en que intervinieran estos sistemas, se generarán en todo caso para el propietario o usuario del sistema, mientras estos sistemas no tengan capacidad de goce.

Como indicamos, la capacidad de goce consiste en la aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones. Se ha entendido, por tanto, que se confunde con la personalidad misma, pues “ser persona, en realidad, es tener capacidad de goce; todo individuo susceptible de ser sujeto de derecho es persona”¹⁹.

La calificación de persona para efectos jurídicos de una inteligencia artificial puede llegar a tener enorme trascendencia en la vida jurídica en un mundo en que, como pretendemos, la inteligencia artificial llegará a estar presente en nuestro día a día, en los servicios que contrataremos, en los equipos que utilizaremos, etcétera.

En el caso de la responsabilidad civil extracontractual, y en particular para efectos de la imputación subjetiva y el nacimiento de la obligación de indemnizar, esta capacidad adquiere una trascendencia particular, toda vez que

“la imputabilidad subjetiva del hecho supone que el autor tenga algún grado mínimo de aptitud de deliberación para discernir lo que es correcto y lo que es riesgoso. Por eso, la capacidad constituye la más básica condición subjetiva de imputabilidad en la responsabilidad civil”²⁰.

La capacidad de goce, puesto que exige poder adquirir derechos, es, por tanto, inseparable de otro de los atributos tradicionales de la personalidad como es el patrimonio. Nos referimos en este punto al concepto tradicional de patrimonio como atributo de la personalidad, es decir, como:

“un conjunto de relaciones, derechos y obligaciones (por consiguiente de elementos variables, activos, aun fuera de realización, y pasivos), que tienen como titular a un determinado sujeto y que están vinculados entre sí”²¹.

Pero resulta aún más aplicable si consideramos un concepto moderno de patrimonio de afectación o finalidad, o destino, concebido como “un conjunto de derechos y obligaciones de valor pecuniario unido por su afectación a la realización de un fin común”²².

¹⁹ ALESSANDRI y SOMMARIVA (1971).

²⁰ BARROS (2013) p. 65.

²¹ MESSINEO (1954) p. 261.

²² ABELIUK (2014) p. 20.

Las personas jurídicas, como sujetos de derecho, tienen un *patrimonio*, propio e independiente del de sus miembros o administradores, que les permite sufragar la actividad necesaria para alcanzar los fines que justifican su existencia. Del mismo modo, si el legislador así lo dispone, podría permitirse a las inteligencias artificiales mantener un patrimonio en relación con el cual adquirir derechos y obligaciones con terceros.

Si bien no es del todo desconocida la figura de que se pueda tener propiedad sobre una entidad que a su vez tiene un patrimonio, pues ello ocurre con todas las personas jurídicas que reconocen un propietario, que ello ocurra con las inteligencias artificiales no parece un escenario próximo, toda vez que es difícil que el legislador deje de ver el sistema como un objeto de derecho para convertirse en un sujeto de derechos. En efecto, con independencia de que el sistema pueda adoptar sus propias decisiones, es difícil que los derechos y obligaciones que se derivan de su actuar, dejen de radicarse en el patrimonio de su fabricante o del usuario que adquirió la tecnología.

Estas circunstancias abren la puerta a diversas interrogantes en materias legales y quisiéramos referirnos en esta ocasión a las relativas a responsabilidad civil extracontractual.

IV. RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL

En materia de responsabilidad civil extracontractual, el análisis de la inteligencia artificial radicará en determinar si una eventual indemnización derivada de un hecho o comportamiento de esta debería ser asumida por la misma inteligencia, lo cual hace necesario reconocer una capacidad y patrimonio al referido sistema o, bien, por algún tercero, como ocurre hoy.

V. SITUACIÓN ACTUAL:

RESPONSABILIDAD DE FABRICANTES O USUARIOS

El punto de partida de este desarrollo es la situación actual, en el cual independientemente de la autonomía que logre el sistema en la evaluación de la realidad y la toma de decisiones, cualquier responsabilidad recaerá o en el fabricante del sistema que estableció sus características técnicas, o en el usuario, que es el encargado de controlar el funcionamiento de la autonomía y en muchos casos determinar si se dan las condiciones para que el sistema pueda operar en modo autónomo.

Esta responsabilidad, que puede recaer en el fabricante o en el usuario del sistema, será, en principio, una de carácter propia, a la vez que subjetiva o por culpa.

Será una responsabilidad propia, en el sentido de que no será una por el hecho del sistema, que requiera configurarse respecto del sistema para luego reflejarla al fabricante o usuario. Será en este sentido, al menos con la legislación chilena actual, más similar a la responsabilidad por el hecho de las cosas.

Por otro lado, será una responsabilidad subjetiva, toda vez que en nuestro ordenamiento jurídico los estatutos de responsabilidad objetiva están reservados a los casos en que la ley los dispone. Es por ello que para hacer efectiva la responsabilidad será necesario acreditar la concurrencia de culpa o dolo del fabricante o el usuario.

Respecto del análisis de la imputación subjetiva del hecho, esto es, la concurrencia de culpa o dolo del fabricante o el usuario, habrá ciertos casos que presentan mayor claridad, como es el caso de un sistema diseñado para aplicar inteligencia artificial con el fin de dañar a terceros, ya sea mediante daño físico o, en lo que resulta más probable, el daño a sistemas informáticos ajenos. En tal caso, a pesar de que el sistema aplique inteligencia artificial resulta difícil no considerar que el sistema ha sido un arma, una herramienta de su autor para dañar a terceros y, por tanto, la configuración de responsabilidad en la persona de quien lo diseñó o utilizó, resulta clara²³.

Sin embargo, fuera de tales casos, la posible imputación de responsabilidad al fabricante tiene ciertas particularidades que los tribunales deberán analizar en profundidad.

En primer lugar, la responsabilidad del fabricante sería evidente si las decisiones que tomara el sistema inteligente se siguieran de forma directa de la programación que se le ha dado, sin embargo, es necesario considerar que la creación de una inteligencia artificial no es lo mismo que programar un sistema. Lo que distingue a una inteligencia artificial será su capacidad de aprender de su entorno y adecuar sus respuestas a ese aprendizaje. La primera interrogante será entonces, ¿hasta qué punto podemos hacer al fabricante responsable de las decisiones “creativas” que aprenda a tomar el sistema durante su funcionamiento?

En segundo lugar, resulta interesante evaluar si resultan aplicables al fabricante las regulaciones que en materia de consumo puedan establecerse para productos defectuosos. Esto es interesante, toda vez que un sistema inteligente que ha tomado una decisión lesiva no necesariamente será un producto defectuoso. Un sistema inteligente funcionando de manera correcta y de acuerdo con su diseño, puede tomar decisiones que dañen a terceros y esa es la particularidad que impide aplicar a los fabricantes una responsabilidad basada en tratarse de un producto defectuoso²⁴.

²³ En el mismo sentido, ARAYA (2020) p. 268.

²⁴ En el mismo sentido, *op. cit.* p. 279.

Finalmente, otro tema relevante a la hora de considerar la responsabilidad del fabricante será el de los resguardos que él mismo tome para efectos de liberarse de responsabilidad en caso de que el usuario del sistema haga un uso inadecuado del mismo. Por ejemplo, los manuales de usuario e instructivos que el fabricante proporcione al usuario para evitar que el uso del sistema cause perjuicios a terceros. En los escasos fallos que se han dictado al respecto, y que revisaremos posteriormente, este ha sido un tema trascendental para efectos de liberar de responsabilidad al fabricante. En efecto, veremos como en ellos la responsabilidad termina recayendo en el usuario por no haber seguido las instrucciones de uso del fabricante, y utilizar los sistemas (en este caso sistemas de conducción automática) sin proporcionar la adecuada vigilancia o en lugares en que no era recomendable utilizar la inteligencia artificial.

Por su parte, respecto de la posible responsabilidad del usuario, también existen particularidades que los tribunales tendrán que resolver.

La primera de ellas radica en el hecho de que los usuarios también pueden ser las víctimas de los daños patrimoniales o extrapatrimoniales que ocasione el sistema. La particularidad que tendrá esta responsabilidad es que, dado que habrá existido un contrato previo entre el proveedor de la tecnología y el usuario, sin lugar a dudas esta estará regulada por las partes de antemano, mediante pactos limitadores de la responsabilidad del fabricante²⁵. En estos el usuario seguramente será obligado a asumir sobre sí el riesgo de perjuicios ocasionados por esta nueva tecnología en términos generales o, bien, se establecerá un manual de comportamiento para el adecuado uso del equipo, haciéndose responsable el usuario de cualquier perjuicio en caso de un uso fuera de tales instrucciones. Estos pactos de limitación de responsabilidad tienen sus propios desafíos, especialmente relacionados con la notable asimetría de conocimiento en el funcionamiento de estos sistemas complejos entre fabricante y usuario, que podría suponer un cuestionamiento a que el usuario asuma sobre sí un riesgo que difícilmente podrá comprender²⁶.

Como podemos advertir en los fallos que analizamos al final, los tribunales estadounidenses han estado más inclinados a hacer responsable al usuario que a los fabricantes, dando relevancia a los manuales que proporciona el fabricante y que fijan para el usuario el comportamiento que debe tener respecto de la inteligencia artificial, en particular la vigilancia y control permanente que tiene que mantener y en qué momentos o lugares se puede activar la conducción automática.

Finalmente, será interesante ver los criterios que formularán los tribunales para distinguir en qué casos debe responder el fabricante y en qué casos deberá indemnizar el usuario.

²⁵ Véase ARAYA (2020) p. 271.

²⁶ En tal sentido, *op. cit.* p. 272.

Un primer análisis podrá estar radicado naturalmente en la causalidad que la intervención de cada parte pueda tener en el resultado lesivo. En efecto, si mediante el método tradicional de supresión mental hipotética se llega a la conclusión de que el daño se deriva no de las características del sistema, sino que, de un mal uso por parte del usuario, la responsabilidad será imputada a este último.

Sin embargo, podrán existir otros criterios que siga el tribunal para efectos de asignar responsabilidad entre fabricante y usuario en litigios en que, sin duda, la víctima demandará a ambos. Uno de ellos podrá ser determinar si es el fabricante o el usuario quien se encuentra en mejores condiciones para evitar el daño. Otro, menos jurídico, pero inevitable, podrá ser la disponibilidad de recursos económicos o seguros para indemnizar al demandante.

VI. POSIBLE DESARROLLO FUTURO:

RESPONSABILIDAD DEL SISTEMA

Todo lo indicado hasta ahora se refiere a los criterios que la jurisprudencia deberá afinar para efectos de imputar responsabilidad al fabricante o al usuario de los sistemas que utilicen inteligencia artificial.

Un desarrollo posterior, y más vinculado con el análisis de personalidad de la inteligencia artificial que se viene planteando, se refiere a la posibilidad de que sea la misma inteligencia la que pueda, en el futuro, ser condenada a indemnizar perjuicios de terceros.

No parece probable que el legislador tenga en sus prioridades avanzar en la imputación de la responsabilidad a los mismos sistemas, por el contrario, lo más probable es que el legislador decida reforzar y facilitar la imputación de esta respecto del fabricante o usuario, por ejemplo, incluyendo estas tecnologías entre aquellos rubros que generan responsabilidad objetiva o sin culpa. Sin embargo, en materia comparada ya se está hablando de una “personalidad electrónica” que pueda ser responsable por sus propios actos²⁷.

²⁷ Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de derecho civil sobre robótica. Art 59 letra f) “59. Pide a la Comisión que, cuando realice una evaluación de impacto de su futuro instrumento legislativo, explore, analice y considere las implicaciones de todas las posibles soluciones jurídicas, tales como: f) crear a largo plazo una personalidad jurídica específica para los robots, de forma que como mínimo los robots autónomos más complejos *puedan ser considerados personas electrónicas responsables de reparar los daños que puedan causar*, y posiblemente aplicar la personalidad electrónica a aquellos supuestos en los que los robots tomen decisiones autónomas inteligentes o interactúen con terceros de forma independiente” (énfasis agregado).

Esta posibilidad se ve remota, pues repugna a nuestras concepciones que un sistema fabricado y operado por terceros conocidos, aun siendo “inteligente”, pueda ser en sí responsable de indemnizar perjuicios por sus actos. Pero al igual que lo que ocurría en materia de atributos de la personalidad, no parece del todo descabellado. Si una sociedad o fundación puede ser condenada a indemnizar por las decisiones que tomen sus órganos, bien se podría condenar a un sistema inteligente que ha decidido por sí adoptar un comportamiento lesivo. Esta posibilidad tiene como prerequisite evidentemente que la inteligencia artificial sea, primero, dotada de una capacidad para dar efectos jurídicos a sus actos y un patrimonio en el cual pueda hacerse valer la indemnización, pero nos remitimos para ello al análisis efectuado en materia de atributos de la personalidad.

A continuación, analizaremos cada uno de los elementos tradicionales de la responsabilidad extracontractual para determinar las particularidades que advertimos para efectos de imputar al mismo sistema aquellos daños que sean producidos por el comportamiento de una inteligencia artificial.

Los elementos de la responsabilidad extracontractual han sido tradicionalmente enumerados como los siguientes: el hecho voluntario y la capacidad del autor, el nexo causal, la culpa o dolo del autor y, por último, el daño. Analizaremos los tres primeros, considerando que el daño que produzca un sistema inteligente no debería diferir de las categorías ya conocidas de perjuicios.

a) Respecto de la capacidad

El hecho voluntario de una persona capaz es el antecedente fundamental de la responsabilidad civil. Esta tiene siempre por antecedente un daño atribuible a la conducta libre del demandado, y que este autor del daño tenga una aptitud elemental para discernir lo que es correcto y lo que es riesgoso²⁸.

Si bien un sistema inteligente avanzado podría, sin dificultad alguna, determinar qué conductas son riesgosas e, incluso, discernir qué conductas son correctas o incorrectas; la falta de capacidad de los sistemas que apliquen inteligencia artificial es, quizá, la mayor limitación a la hora de aplicar directamente a ellos la responsabilidad por culpa. Como indicamos, otorgar capacidad a los sistemas supone en muchos aspectos otorgarles calidad de persona y, por ello, creemos que será el último de los pasos en la adopción de la inteligencia artificial en la vida jurídica.

²⁸ BARROS (2013) p. 63.

b) Respecto de la causalidad

La causalidad que se pueda establecer entre el comportamiento del sistema inteligente y el daño no debería seguir criterios distintos a los ya existentes, toda vez que la causa de un daño actualmente puede ser tanto el acto de una persona como un ente inanimado, un animal, una cosa, etcétera. Así, un análisis sencillo de supresión mental hipotética nos permitiría determinar si lo realizado por la inteligencia artificial fue causa o no del efecto lesivo.

Sin embargo, el análisis de causalidad busca unir el daño a la conducta del posible responsable. Este último podrá ser el mismo sistema inteligente, en el escenario que estamos comentando o, bien, la conducta de un tercero como sería el fabricante o el usuario si el actuar de ellos puede ser considerada como la causa fundamental del daño.

Respecto de este elemento de causalidad, algunos autores han advertido la dificultad que tendría para el demandante probar la causalidad de un tercero respecto del actuar del sistema inteligente, desde el momento que el sistema aprende por su cuenta y modifica con ello su comportamiento²⁹. En efecto, dado que el sistema no fue programado por terceros para actuar de tal o cual forma, sino que toma sus propias decisiones, se podría dificultar el imputar causalmente a esos terceros el actuar de la inteligencia artificial.

c) Respecto de la culpabilidad

En relación con el elemento de culpabilidad, nos parece necesario distinguir dos elementos:

- En primer lugar, la imputación subjetiva que supone la culpa, en tanto relacionada con el reproche que supone el no haber actuado de acuerdo con un estándar de comportamiento. Este criterio parece estar íntimamente ligado con la condición de persona.
- En segundo lugar, el análisis mismo de la culpa, entendido como la comparación de una determinada conducta con un estándar de comportamiento esperable.

Algunos autores han estimado que resultaría difícil probar la culpa de estos sistemas, ya que no existe un parámetro de comportamiento esperable por parte de este tipo de sistemas³⁰, y que el alto estándar que sería dable imponer a estos sistemas artificiales, hace inútil el elemento y sería entrar en los hechos a un estatuto de responsabilidad objetiva.

En efecto, debemos advertir que la razón de ser de las inteligencias artificiales es tomar decisiones en caso en los cuales los factores a considerar son

²⁹ En tal sentido, ARAYA (2020) p. 274.

³⁰ *Op. cit.* p. 276.

tantos y tan complejos que se vuelven inabarcables para la mente humana. Es por esto que, tratándose de un sistema diseñado para considerar y procesar decenas o cientos de factores, y adoptar la decisión más adecuada, resulta extremadamente difícil cuestionar ese actuar y sostener que dada las circunstancias debió haber actuado de forma diferente. De partida, solo otra inteligencia artificial podría evaluar si la consideración de los factores que efectuó el sistema artifice del daño fue incorrecta.

Seguir el “razonamiento” de la inteligencia artificial es imposible no solo para las mentes humanas que los elaboraron, sino que lo será, además, para los jueces que tendrán que fallar, aunque se trate de jueces especializados, y evidentemente para el usuario o tercero que se vio afectado por el sistema.

Sin embargo, la legislación civil tiene ciertos mecanismos para liberar a la víctima de acreditar la culpabilidad del autor, como son el estatuto de responsabilidad objetiva y las diversas presunciones de culpa.

Respecto de la responsabilidad objetiva, ello supondría hacer responsable al sistema por cualquier daño que cause, con independencia de que haya actuado de forma correcta de acuerdo con los factores que tuvo en consideración. No parece ser una solución que estimule la creación y utilización de la inteligencia artificial, e indudablemente supondría un encarecimiento de esta tecnología para todos los usuarios con el fin de internalizar el riesgo de indemnizar a todo evento.

Por su parte, en lo que se refiere a las presunciones de culpa, existen en nuestro ordenamiento jurídico diversas presunciones de culpa: por hecho de las cosas, por hecho ajeno y por hecho propio.

Atendido que el objeto de análisis en esta ocasión es la responsabilidad que en un futuro podría hacerse valer respecto del mismo sistema que opera con inteligencia artificial, no tiene sentido referirse a las presunciones por hecho de las cosas o por el hecho ajeno, dado que ambos buscan imputar a un tercero la responsabilidad por el comportamiento de una cosa o de un dependiente, cuestión que no tiene mayor relevancia en este análisis, pues el punto de partida de este desarrollo es justamente que ya hay un tercero que está respondiendo por el sistema, que es el fabricante o usuario, según analizamos.

Es por esto que la única presunción relevante para el análisis que nos convoca es la presunción por el hecho propio, que se traduce en la práctica en que no sea la víctima la que tenga que probar la culpabilidad, sino que el sistema –o sus representantes– deban probar que el sistema cumplió con el estándar esperado de cuidado, cualquiera que este sea.

VII. LA RESPONSABILIDAD DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL (IA) EN LA JURISPRUDENCIA

En Chile, a diferencia de otros países como Estados Unidos, China o los estados de la Unión Europea³¹, aún no se produce la discusión acerca de los límites de la responsabilidad por los daños que produce una cosa que se encuentra siendo controlada por sistemas de inteligencia artificial (IA), sin embargo, no nos encontramos tan lejos, pues se trata de discusiones que ya se están dando en instancias académicas y gubernamentales, y es solo cuestión de tiempo para que estos debates empiecen a radicarse en nuestros tribunales.

En ese sentido, es importante destacar que Chile desde el año 2021 cuenta con una política nacional de inteligencia artificial³², que, si bien no aborda de manera profunda y sistematizada los ámbitos de la responsabilidad por el uso de esta herramienta, sí dedica un capítulo entero a aspectos legales, regulatorios y el impacto socioeconómico de su uso, especialmente en el área del trabajo, que es una de las pocas sedes jurisdiccionales en Chile –y tal vez la única– donde se ha discutido el papel de la inteligencia artificial en la vida de las personas³³.

Asimismo, es preciso indicar que Chile adhirió a las recomendaciones del Consejo de IA de la OCDE, que es el primer estándar en el ámbito internacional en la materia, y la que plantea dentro de sus principios la responsabilidad y rendición de cuentas –*accountability*–. En dicho instrumento se establece que todos los actores involucrados en la creación, implementación u operación de sistemas de IA deben ser responsable por su correcto funcionamiento³⁴.

No obstante, en la actualidad no existe algún fallo que desarrolle los instrumentos antes señalados, por lo que para establecer la responsabilidad ante hechos dañosos en los que se encuentran involucrados sistemas de AI, debemos recurrir a casos acaecidos en el exterior.

En ese orden, hasta la fecha se han dictado dos fallos en Estados Unidos, en los que se ha analizado la responsabilidad de las empresas que ofrecen productos con sistemas de AI ante hechos en que, como consecuencia del uso de dichos programas, se genera un daño.

Ambos casos involucran a la empresa Tesla, la cual ha lanzado al mercado desde hace varios años diversos modelos de vehículos que vienen equi-

³¹ PARLAMENTO EUROPEO (2024).

³² MINISTERIO DE CIENCIA, TECNOLOGÍA, CONOCIMIENTO E INNOVACIÓN (2021).

³³ SEGUNDO JUZGADO DEL TRABAJO DE SANTIAGO (2021): RIT n.º O-5591-2020, c. 9. Sentencia dictada a propósito de una demanda por despido injustificado de trabajadores que habían sido desvinculados por haberse automatizado sus labores mediante el uso de la IA. El tribunal tuvo por justificado el despido.

³⁴ ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y DESARROLLO ECONÓMICO (2019).

pados con un *software* denominado *Autopilot*³⁵, que permitiría la conducción automática del automóvil. Sin embargo, debido a la numerosa cantidad de accidentes en los que se ha visto involucrado este sistema de pilotaje automático, la Administración Nacional de Seguridad del Tráfico en las carreteras de Estados Unidos y el Departamento de Justicia de dicho país, han abierto una investigación en contra de Tesla a fin de determinar eventuales responsabilidades por las ventas de estos vehículos³⁶.

Dicho lo anterior, estos comentarios buscan analizar los dos últimos fallos dictados por tribunales en el estado de California, que absolvieron a la empresa de las demandas civiles incoadas en su contra, determinándose en ambos casos que lo ocurrido atendía a un error humano del conductor involucrado.

Lee vs Tesla

La controversia bajo análisis tiene su origen en un accidente de tránsito acaecido durante el año 2019 en el estado de California, Estados Unidos, en el cual el conductor, Micah Lee, quien conducía su vehículo marca Tesla bajo el famoso sistema Autopilot, se estrelló contra una palmera después de que su vehículo se saliera de la carretera, ocasionando que el mismo se incendiara en cuestión de segundos. El accidente tuvo como consecuencia el fallecimiento de Micah Lee e hirió gravemente a otros dos pasajeros, incluido un niño de ocho años.

En razón de lo anterior, los pasajeros heridos interpusieron una demanda civil en contra de Tesla ante un tribunal en California, alegando que el sistema de piloto automático se encontraba defectuoso y que, como causa de ello, el vehículo autónomamente se desvió de la carretera a más de cien kilómetros por hora, lo que en definitiva ocasionó el siniestro.

Además, la familia del fallecido conductor alegó que Tesla se encontraba en conocimiento de que el sistema de piloto automático se encontraba con defectos al momento de venderse el vehículo, exhibiendo en los respectivos alegatos de clausura una serie de documentos internos de la demandada en la que se evidenciaría que esta identificó en el año 2017 un comando de dirección incorrecto como un defecto que podía ocasionar que el vehículo virara de forma repentina. Incluso, se habría creado un protocolo para tratar con los clientes que experimentaban este error³⁷.

³⁵ TESLA (s.f.): El *Autopilot* es un sistema de conducción asistida que presta ayuda al conductor. "El piloto automático permite que su auto gire, acelere y frene automáticamente dentro del carril. Las características actuales del piloto automático necesitan una supervisión activa del conductor y no permiten que el coche sea autónomo".

³⁶ SPECTOR and LEVINE (2022).

³⁷ ÁNGEL (2023).

Como defensa, la demandada arguyó que el accidente siempre se trató de un error humano. Así, para fundamentar lo anterior, indicaron que el conductor se encontraba bajo los efectos del alcohol al momento de producirse el accidente—aunque se acreditó que el resultado de la alcoholemia no excedía los límites legales— y que, además, el *software* del vehículo no sería capaz de hacer que este virara de la forma en que lo hizo en el accidente³⁸.

Finalizado el juicio, y tras una larga deliberación, en una votación de 9 a 3, el jurado determinó que el vehículo no tenía defectos en su fabricación, por lo que el sistema de piloto automático de Tesla no sería responsable del accidente y que este se habría producido a causa de un error humano³⁹.

Hsu vs Tesla

Un caso similar, pero sin resultado fatal, ocurrió en la ciudad de Los Ángeles en julio de 2019, cuando la ciudadana Justine Hsu, quien conducía su vehículo marca Tesla, también bajo el sistema Autopilot, sufrió un aparatoso accidente de tránsito después de que el automóvil se desviara de la carretera hacia un sardinel central, provocando una colisión.

Posteriormente, Justine Hsu demandó a Tesla por la suma de tres millones de dólares. Además de acusar al sistema Autopilot, la demandante indicó que la bolsa de aire tampoco funcionó como debía, con lo que el siniestro acabó con múltiples daños para ella, según su libelo: la mandíbula fracturada, dientes rotos y múltiples lesiones en las manos, las piernas y el rostro, donde se habrían visto afectados nervios.

La empresa demandada arguyó que la responsabilidad total del accidente era de la conductora, a la que acusó de utilizar de forma inadecuada el *software*, ya que se habría usado el sistema de piloto automático en calles en las cuales el manual del usuario del vehículo señala de forma expresa que no debe utilizarse. Adicionalmente, se indicó por Tesla que el sistema de piloto automático no es de conducción automática, por lo que el conductor siempre debía permanecer activo para tomar el control en cualquier momento.

En este caso, al igual que en el anterior, el resultado fue el mismo: el jurado determinó que no hubo fallas en el sistema de piloto automático, pues tras valorar los hechos concluyeron que la empresa advirtió con claridad de que el *software* de conducción parcialmente automatizada no era un sistema autopilotado, de forma tal que lo acaecido era responsabilidad exclusiva de la conductora, la que debió estar siempre atenta para reaccionar ante cualquier eventualidad.

³⁸ ÁNGEL (2023).

³⁹ LEVINE and JIN (2023).

CONSIDERACIONES FINALES

Se pueden obtener varias conclusiones y tendencias de los dos casos indicados:

- a) En primer lugar, que los tribunales no consideran todavía como una opción plausible el que la responsabilidad por los accidentes pueda recaer en el mismo sistema. Por el contrario, la discusión radica en determinar la responsabilidad del fabricante –Tesla– o, bien, del usuario.
- b) En segundo lugar, parece ser suficiente defensa para el fabricante la existencia de un manual de uso, al punto que se libera de la obligación de indemnizar si se acredita que los daños fueron causados por un uso inadecuado, es decir, una infracción de dichas instrucciones por parte del usuario.
- c) Sin perjuicio de lo anterior, es importante señalar que en ambos casos Tesla fue absuelto de responsabilidad por acreditar, por una parte, una infracción o negligencia del usuario al utilizar el Autopilot y, por otra, por las advertencias que la empresa realiza en sus sitios web y al momento de la venta del producto, esto es, que el conductor debe siempre estar activo para tomar el control en cualquier momento, ya que no se trata de un sistema completamente automatizado. No obstante, ¿cuál sería la situación si el sistema de IA fuera, en su totalidad, autónomo? Es decir, que no requiriese de ninguna forma o grado de control del usuario, y que a este último le baste solo poner en marcha el dispositivo para que el mismo funcione a plenitud.
- d) Lo anterior no es baladí, pues como señalamos, los sistemas de inteligencia artificial funcionan –generalmente– con algoritmos que permiten identificar cada uno de los riesgos o factores que se deben tener en consideración al momento de tomar una decisión, por lo que si el mismo pudo analizar toda esta información, es decir, funcionó como se esperaba que funcionase, y aun así se ocasiona el daño: ¿por qué deberíamos sostener como responsable al creador si su máquina o sistema funcionó de forma adecuada? Recordemos que en nuestro sistema la regla general de responsabilidad es la de naturaleza subjetiva, por lo que, si no se puede acreditar dolo o culpa del fabricante, difícilmente puede hacerse a este responsable de los daños ocasionados por la máquina o programa.
- e) La solución a lo anterior pareciera ser, por el momento, el establecimiento de un estatuto de responsabilidad objetiva respecto de los daños generados por sistemas que operan con IA, pues de otra manera, la víctima no podría ver resarcidos sus perjuicios por cuanto una IA que carece de personalidad y, por tanto, de patrimonio, no tendría como responder de los daños que ocasione. Sin embargo, cabe recordar que

el establecimiento de este estatuto sin duda alguna que desincentivaría el desarrollo de estas tecnologías, lo que en la actualidad tampoco parece plausible dado que los avances en esta materia parecen tender hacia la creación de cada vez más sistemas o productos que operen con IA.

- f) Por lo anterior, deberemos estar a la expectativa de la forma en que avanzan las creaciones de estos sistemas, pues en la medida de que estos sean cada vez más creativos, aprendan con mayor facilidad y sean capaces de tomar decisiones con completa autonomía, al punto de no requerir intervención de sus creadores, resultaría cada vez más forzada la solución de insistir en atribuir responsabilidad a un fabricante o un usuario que no ha incidido en la toma de decisión del sistema de IA al momento de generar un daño.

BIBLIOGRAFÍA

- ABELIUK MANASEVICH, René (2014): *Las obligaciones* (Santiago, Thomson Reuters).
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo y SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel (1971): *Curso de derecho civil. Parte general y los sujetos de derecho* (Santiago, Nascimento).
- ÁNGEL, Leyda (/2023): “Tesla ganó el primer caso que acusó a su Autopilot de haber provocado la muerte de una persona”. Disponible en www.xataka.com.mx/automovil/tesla-gano-primer-caso-que-acuso-a-su-autopilot-haber-provocado-muerte-persona [fecha de consulta: 19 de abril de 2024].
- ARAYA PAZ, Carlos (2020): “Desafíos legales de la inteligencia artificial en Chile”, en *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, vol. 9, n.º 2.
- BARROS BOURIE, Enrique (2013): *Tratado de responsabilidad extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- BODEN, Margaret A. (2004): *La mente creativa: mitos y mecanismos* (Londres/Nueva York, Routledge).
- KHAN ACADEMY (s.f.): “Algoritmos de aprendizaje automático”. Disponible en <https://es.khanacademy.org/computing/ap-computer-science-principles/data-analysis-101/x2d2f703b37b450a3:machine-learning-and-bias/a/machine-learning-algorithms> [fecha de consulta: 19 de abril de 2024].
- LAFERRIÈRE, Jorge Nicolás (s.f.): “La persona humana en el nuevo Código Civil y Comercial. Consideraciones generales”. Disponible en https://repositorio.uca.edu.ar/bitstream/1234_56789/8998/1/persona-humana-nuevo-codigo.pdf [fecha de consulta: 19 de abril de 2024].
- LEVINE, Dan and JIN, Hyunjoo (2023): “Tesla gana juicio de Autopilot que involucra un choque fatal”. Traducción de Juan Cristóbal Jaramillo Charles. Disponible en www.

reuters.com/business/autos-transportation/tesla-wins-autopilot-trial-involving-fatal-crash-2023-10-31 [fecha de consulta: 19 de abril de 2024].

MESSINEO, FRANCISCO (1954): *Manual de derecho civil y comercial*, tomo II (traducción de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires EJEA).

MORALES, Héctor A. (2018): "El concepto de persona en el Código Civil: criterios, fundamentos y consecuencias normativas". Disponible en www.scielo.cl/pdf/iusetp/v24n1/0718-0012-iusetp-24-01-00361.pdf [fecha de consulta: 19 de abril de 2024].

SPECTOR, Mike and LEVINE, Dan: (2022): "Exclusiva: Tesla enfrenta investigación penal en EE. UU. por afirmaciones sobre conducción autónoma". Traducción de Juan Cristóbal Jaramillo Charles. Disponible en www.reuters.com/legal/exclusive-tesla-faces-us-criminal-probe-over-self-driving-claims-sources-2022-10-26 [fecha de consulta: 19 de abril de 2024].

ZHIHUI, Chen, Z. y RUIXING, Ye. (2022): "Principios de la solución creativa de problemas en los sistemas de inteligencia artificial". Traducción de Juan Cristóbal Jaramillo Charles. Disponible en <https://doi.org/10.1007/s11191-021-00270-7> [fecha de consulta: 19 de abril de 2024].

Normas

Código Civil.

Código Civil y Comercial de la Nación (2015). Argentina.

Código Civil (2015). España.

MINISTERIO DE CIENCIA, TECNOLOGÍA, CONOCIMIENTO E INNOVACIÓN (2021): decreto n.º 20.

UNIÓN EUROPEA (2024): Proyecto de Reglamento de Inteligencia Artificial.

ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y DESARROLLO ECONÓMICO (2019): Recomendaciones del Consejo de Inteligencia Artificial.

Jurisprudencia

SEGUNDO JUZGADO DEL TRABAJO DE SANTIAGO (2021): RIT n.º O-5591-2020.

Otros documentos

EQUIPO EDITORIAL, ETECÉ (2021): "Ser humano". Disponible en <https://concepto.de/ser-humano/> [fecha de consulta: 12 de abril de 2024].

INSTITUTO DE ANALÍTICAS (2023): "Propiedades emergentes en la Inteligencia Artificial: ¿Una señal del futuro?". Traducción de Juan Cristóbal Jaramillo Charles. Disponible en <https://ioaglobal.org/blog/emergent-properties-in-ai-a-sign-of-the-future/#:~:text=Emergent%20properties%20in%20AI%20refer%20to%20these>

%20unexpected,behaviours% 20and%20skills%20that%20we%20did%20not%20expect [fecha de consulta: 19 de abril de 2024].

PARLAMENTO EUROPEO (2024): “Reglamento de inteligencia artificial”. Disponible en www.diarioconstitucional.cl/wp-content/uploads/2024/03/Vea-texto-aprobado.pdf [fecha de consulta: 19 de abril de 2024].

TESLA (s.f.): Definición de Autopilot. Disponible en www.tesla.com/es_PR/autopilot#:~:text=El%20piloto%20autom%C3%A1tico%20permite%20que,frene%20autom%C3%A1ticamente%20dentro%20del%20carril [fecha de consultado: 19 de abril de 2024].

TOOLIFY AI (2024): “Propiedades emergentes de la IA: Más allá de la inteligencia programada”. Traducción de Juan Cristóbal Jaramillo Charles. Disponible en www.toolify.ai/es/ai-news-es/propiedades-emergentes-de-la-ia-ms-all-de-la-inteligencia-programada-2447990 [fecha de consulta: 19 de abril de 2024].

UTEL UNIVERSITY (s.f.): “Las personas. Instituciones del derecho romano”. Disponible en <https://gc.scalahed.com/recursos/files/r161r/w23952w/Clase%202.pdf> [fecha de consulta: 19 de abril de 2024].

ORDOLIBERALISMO Y SUBSIDIARIEDAD COMO PRINCIPIOS PARA REGULAR LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL

ORDOLIBERALISM AND SUBSIDIARITY AS PRINCIPLES TO REGULATE ARTIFICIAL INTELLIGENCE

*María Francisca Labbé Figueroa**

RESUMEN: En el presente artículo se explora la relevancia del ordoliberalismo y el principio de subsidiariedad en la regulación de la inteligencia artificial (IA). Desde tiempos antiguos, la intervención del Estado en la economía ha sido una constante, y con el surgimiento del liberalismo económico, se enfatizó la idea de una mínima intervención estatal. Sin embargo, la irrupción de la IA en el siglo XXI ha presentado desafíos, los que requieren una nueva mirada a la regulación. El ordoliberalismo, con sus raíces en Alemania, propone un marco legal fuerte para asegurar mercados justos y eficientes, mientras que el principio de subsidiariedad promueve la autonomía de las sociedades intermedias, solo interviniendo el Estado cuando es más eficaz. En este artículo se argumenta que la combinación de ambos enfoques proporciona un marco adecuado para la regulación de la IA, promoviendo la innovación y protegiendo los derechos fundamentales, en línea con políticas como la reciente ley de IA de la Unión Europea. Al finalizar, se concluye que estos principios tradicionales son adaptativos y pertinentes para abordar los desafíos modernos que la IA plantea al derecho y la sociedad.

PALABRAS CLAVE: inteligencia artificial, regulación, ordoliberalismo, subsidiariedad.

* 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

ABSTRACT: This article explores the relevance of ordoliberalism and the principle of subsidiarity in the regulation of artificial intelligence. Since ancient times, state intervention in the economy has been a constant, and with the emergence of economic liberalism, the idea of minimal state intervention was emphasized. However, the emergence of artificial intelligence in the 21st century has presented challenges, which require a new look at regulation. Ordoliberalism, with its roots in the Freiburg School, proposes a strong legal framework to ensure fair and efficient markets, while the principle of subsidiarity promotes the autonomy of intermediate societies, with the State only intervening when it is most effective. This article argues that the combination of both approaches provides an appropriate framework for the regulation of artificial intelligence, promoting innovation and protecting fundamental rights, in line with policies such as the recent law of artificial intelligence, from the European Union. It is concluded that these traditional principles are adaptive and relevant to address the modern challenges that artificial intelligence poses to law and society.

KEYWORDS: artificial intelligence, regulation, ordoliberalism, subsidiarity.

INTRODUCCIÓN

Durante toda la historia de la humanidad ha existido actividad económica. Por esto, la cuestión sobre la intervención del Estado en economía data de la Antigüedad misma. Por ejemplo, a través de las normas contenidas en el *Código de Hammurabi* (1760 a.C.), en Mesopotamia se controlaban los precios del ganado y la agricultura; en Grecia, la actividad económica estaba muy vinculada al Estado; en Roma se regulaban las actividades económicas tanto públicas como privadas y los Estados feudales de la Edad Media fueron símbolo de dirección de la sociedad en todos los aspectos posibles: jurídicos, económicos, sociales, administrativos, militares. Así, a mayor control del Estado, surge y se consolida el concepto de Estado-nación.

Una vez que la humanidad dejó atrás la economía de subsistencia, propia de la antigüedad y del feudalismo, y luego de pasar por el mercantilismo, a mediados del siglo XVIII comienza a evidenciarse y a consolidarse el pensamiento económico liberal. De esta manera, las ideas de Adam Smith fueron tomando fuerza, especialmente luego de la publicación, en 1776, de su obra *La riqueza de las naciones*. Así, su famosa mano invisible no es más que la revelación de que el ser humano contribuye al bienestar de la sociedad toda a través de la persecución y alcance de sus propios intereses¹, poniendo al individuo en el centro, y al Estado a su servicio.

¹ VARGAS (2018) p. 49.

De acuerdo con lo anterior, se elevan a la categoría de principios motores del crecimiento económico las ideas de libertad, igualdad y propiedad privada. Además, la economía no necesitaría ser regulada por el Estado, porque las fuerzas del mercado cumplirían de manera satisfactoria con esa función.

Siguiendo las ideas de Adam Smith, el concepto de libre mercado no es una creación teórica, sino que, más bien, es la evolución natural de la economía de subsistencia al sistema económico predominante en el mundo en la actualidad, donde el mercado, libre y competitivo, se ha ido consolidando como el motor del progreso económico².

Por otra parte, con la irrupción del mundo digital, la humanidad ha debido enfrentar importantes desafíos en materia económica. Así aparecen nuevas necesidades, como el acceso a internet. Además, se hace necesario producir recursos para satisfacerlas.

En este sentido, una de las actividades que ha llamado la atención de autoridades y legisladores en el mundo, en las últimas décadas, es la IA, la que, para efectos de este artículo, se entiende como una rama de la informática que se enfoca en crear sistemas capaces de realizar tareas que son propias de la inteligencia humana, tales como: el reconocimiento de patrones, aprendizaje, razonamiento y percepción³. Como todo avance técnico, la IA genera beneficios, pero no está exenta de riesgos.

Por otra parte, el ordoliberalismo es una escuela de pensamiento económico que surgió en Alemania, en la primera mitad del siglo XX, la que se encuentra asociada a la Escuela de Friburgo⁴. Esta corriente enfatiza la importancia de un marco legal sólido y de instituciones estatales fuertes para asegurar el funcionamiento del mercado y la competencia, mientras que también destaca el papel del Estado en la prevención de monopolios y en la promoción del bienestar social. A diferencia del *laissez-faire*, el ordoliberalismo acepta y justifica una intervención estatal más activa para garantizar que los mercados funcionen correctamente y sean justos. De acuerdo con Roberto Casanova⁵, la idea central de los ordoliberales es intentar combinar la libertad y el bienestar personal con un orden institucional que evite la concentración de cualquier tipo de poder.

Como se ha señalado, la escuela ordoliberal surge en la Alemania de la posguerra, donde la sociedad debió hacer frente a los cambios de manera rá-

² VARGAS (2018) p. 49.

³ El concepto de IA ha sido desarrollado en un trabajo anterior. Véase LABBÉ (2022) pp. 457-460.

⁴ Para SAN EMETERIO, DI CAPUA y ROMERO (2023) pp. 1133-1135, no hay una sola forma de ser ordoliberal. Es decir, entre los exponentes del ordoliberalismo existen matices, los cuales no son tratados en este artículo por exceder el objetivo.

⁵ CASANOVA (2021) p. 15.

pida. Por ello, es interesante explorar las posibles similitudes entre la disrupción causada en los seres humanos por la IA y la originada por los eventos de la Segunda Guerra Mundial. No obstante, es importante tener en cuenta que esta guerra fue un evento único en la historia, con consecuencias devastadoras y complejas, las que no pueden compararse con la disrupción causada por la IA. En este trabajo no se pretende hacer tal comparación. Solo se busca señalar las similitudes a fin de introducir la posibilidad de regular la IA desde la perspectiva de los principios de la escuela ordoliberal.

De esta forma, se ha establecido como objetivo de este artículo explorar cómo los principios ordoliberales podrían influir en la formulación de políticas y regulaciones relacionadas con la IA. Para el fin expuesto, el presente trabajo se encuentra estructurado en tres partes. En la primera de ellas se tratan los fundamentos y principios del ordoliberalismo. La segunda parte se refiere al ordoliberalismo y el principio de subsidiariedad. La tercera parte está dedicada a la aplicación de estos principios a los desafíos jurídicos en materia de IA. Se concluye con la exposición de los aspectos más relevantes de este trabajo.

I. FUNDAMENTOS

Y PRINCIPIOS DEL ORDOLIBERALISMO

En la actualidad, algunos académicos han argumentado a favor de que los principios ordoliberales se utilicen para llenar vacíos que existen en algunos aspectos de la legislación respecto de la irrupción de la IA^{6, 7}.

Lo anterior tiene como base los efectos transformadores semejantes producidos en la sociedad por fenómenos como las guerras mundiales⁸ y también el de la IA. Al comparar ambos fenómenos, se observa que tanto la IA como las guerras, en especial la Segunda Guerra Mundial, han tenido un impacto significativo en la sociedad. Por ejemplo, esta guerra transformó estructuras políticas, económicas y sociales, y, por su parte, la IA está cambiando

⁶ WÖRSDÖRFER (2022), hace un análisis con el objetivo de aplicar los principios ordoliberales a los casos de competencia llevados en Estados Unidos y la Unión Europea en contra de las big tech, esto es: Amazon, Apple, Facebook y Google. Sin embargo, su análisis trasciende a estas compañías, y se enmarca dentro de la economía de la información, la economía digital. Es aquí donde se vincula su trabajo con la IA.

⁷ IA WÖRSDÖRFER (2022) p. 1.

⁸ Como se indicó precedentemente, el pensamiento ordoliberal tiene su origen en la Alemania de la posguerra, por lo que son efectos en la sociedad de los hechos de ese periodo los que se analizan y comparan con los efectos de la irrupción de la IA.

la forma en que las personas trabajan, se comunican y viven en sociedad. En otras palabras, ambos fenómenos están caracterizados por una rápida disrupción y cambio. Así como la guerra modificó el orden global existente en un corto periodo, la IA está cambiando de manera muy veloz la forma en que la humanidad interactúa con la tecnología y, en consecuencia, también se modifican la economía global y el mercado laboral.

También se puede observar otra semejanza entre ambos, la que consiste en que tanto la Segunda Guerra Mundial como la IA han implicado avances tecnológicos muy significativos para la humanidad. Así, durante la guerra hubo avances en áreas como la aviación, la comunicación y la medicina, impulsados por la necesidad de mejorar la eficiencia en el conflicto. Por otra parte, gracias a la IA se observan avances en áreas como el procesamiento de datos, el aprendizaje automático y la robótica. En ambos casos, tanto industrias como vida diaria se ven afectadas.

A mayor abundamiento, en virtud de ambos fenómenos se han planteado importantes cuestiones éticas con consecuencias imprevistas. Durante las guerras, se plantearon dilemas éticos sobre la moralidad de ciertas acciones militares y el uso de tecnología para causar daño. A su vez, con la IA surgen preocupaciones sobre la privacidad, la seguridad, el desplazamiento laboral y el sesgo algorítmico, entre otros problemas éticos y sociales actuales.

Ahora bien, vincular la IA con el ordoliberalismo implica considerar cómo los principios ordoliberales pueden aplicarse o influir en el desarrollo, implementación y regulación de la. Por esta razón, es fundamental definir, aun cuando brevemente, el pensamiento ordoliberal y su relevancia en el contexto de la regulación económica y social.

Es sabido que la palabra ordoliberalismo deriva del latín ‘*ordo*’ (orden), y se refiere a una escuela de pensamiento económico que enfatiza la importancia del orden y las reglas en la economía de mercado. Este enfoque sostiene que el Estado debe desempeñar un papel activo en la creación y mantenimiento de un marco ordenado en el que los mercados puedan funcionar de manera eficiente y justa. De esta manera, para los ordoliberales la economía de mercado funciona de manera óptima cuando existe un marco legal y regulatorio fuerte que asegure la competencia, prevenga las concentraciones de poder económico y proteja el derecho de propiedad⁹.

La escuela ordoliberal pretendió encontrar una tercera vía entre el socialismo y el liberalismo¹⁰. Su principal expositor fue Walter Eucken, quien en 1950, en su libro *Foundations of Economics* introdujo la idea de sistema económico como orden y, luego, en 1956, en su obra llamada *Fundamentos de políti-*

⁹ WÖRSDÖRFER (2022) pp. 3-5.

¹⁰ SAN EMETERIO, ROMERO y DI CAPUA (2021) p. 111.

ca económica, estableció como pilar del pensamiento ordoliberal la economía de mercado regulada, en la que conviven un sistema de precios de mercado, la apertura de mercados, la propiedad privada, y la libertad y responsabilidad económica, con la continuidad de la política económica, la defensa de la competencia y la corrección de las externalidades, entre otros¹¹.

Así, el ordoliberalismo destaca por su enfoque en el establecimiento de un orden económico que balancee la libertad y la justicia social, mediante una fuerte legislación de competencia, políticas de bienestar social y una moneda estable, entre otros. Este enfoque fue fundamental para el desarrollo del modelo de la economía social de mercado en Alemania después de la Segunda Guerra Mundial y en la política económica europea en general.

II. ORDOLIBERALISMO

Y PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD

Se observa en lo expuesto que el pensamiento ordoliberal y el principio de subsidiariedad comparten una base conceptual importante¹², lo que permite hacer una interesante intersección de ideas en el ámbito de las políticas económica y social¹³.

Ahora bien, el ordoliberalismo, centrado en la necesidad de contar con un marco legal fuerte, que asegure el funcionamiento del mercado y prevenga las concentraciones de poder, y el principio de subsidiariedad, que sostiene que las decisiones deben tomarse lo más cerca posible del ciudadano y por la autoridad más inmediata a menos que una gestión más centralizada demuestre ser más eficaz, pueden vincularse de manera que complementen la estructura de un sistema económico y político.

Un primer vínculo entre ambos enfoques se encuentra en el hecho de que tanto el ordoliberalismo como el principio de subsidiariedad valoran un marco regulatorio que promueva la eficiencia y la justicia, reconociendo, también, la autonomía de las sociedades intermedias. En el contexto ordoliberal, esto sig-

¹¹ WÖRSDÖRFER (2022) pp. 5-7.

¹² Según CASANOVA (2021) p. 25, el ordoliberalismo tiene influencia de la visión cristiana del ser humano.

¹³ El principio de subsidiariedad tiene aplicación en el ámbito económico, social y político, especialmente enraizado en la doctrina social de la Iglesia católica y luego adoptado por algunos países. Como es sabido, en el caso de Chile, fue incorporado en la Constitución de 1980, y en virtud de su inclusión se sostiene que las decisiones económicas deben ser tomadas por los particulares, interviniendo el Estado solo cuando los objetivos que los particulares se han propuesto no puedan ser alcanzados de manera adecuada. Sobre la utilidad del principio de subsidiariedad en Chile, véase QUINTANA (2014).

nifica establecer reglas que aseguren la competencia y prevengan el abuso de mercado, mientras que, en el ámbito de la subsidiariedad, se enfatiza la capacidad de las comunidades locales para gestionar sus asuntos, en la medida de lo posible.

Ambas perspectivas también se relacionan entre sí, ya que tanto el ordoliberalismo como el principio de subsidiariedad aceptan la intervención del Estado en la economía, pero solo bajo ciertas condiciones. Así, los ordoliberales abogan por la intervención para corregir fallos de mercado y asegurar la competencia, mientras que el principio de subsidiariedad sugiere que la autoridad solo debe intervenir cuando los objetivos no pueden ser alcanzados de manera más eficiente por los particulares.

Por su parte, la promoción del bienestar social es también una preocupación de ambos enfoques. Aunque el ordoliberalismo se centra en la estructura económica, también reconoce la importancia del bienestar social, lo cual es compatible con el principio de subsidiariedad que busca decisiones efectivas y cercanas a las necesidades de los ciudadanos, promoviendo el bienestar desde una perspectiva más cercana y adaptada a las realidades locales.

De esta manera, la vinculación del ordoliberalismo con el principio de subsidiariedad puede manifestarse en políticas públicas que busquen un equilibrio entre la regulación económica necesaria para asegurar mercados justos y competitivos y la autonomía local para gestionar asuntos que pueden ser mejor atendidos por los particulares.

A pesar de que el pensamiento de la escuela ordoliberal se centra principalmente en la estructura de la economía de mercado y el papel del Estado en garantizar su funcionamiento justo y eficiente, el principio de subsidiariedad busca promover la participación de los particulares en la toma de decisiones económicas, a nuestro juicio, la interacción entre estas dos filosofías ofrece un marco para desarrollar un sistema político y económico que equilibre la eficiencia del mercado, la justicia social y la autonomía de las sociedades intermedias, esto aplicado a los mercados en general, pero de manera especial a la regulación de la IA.

III. DESAFÍOS JURÍDICOS EN MATERIA DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL: UNA PERSPECTIVA ORDOLIBERAL

La IA presenta múltiples y variados desafíos para el derecho. Ámbitos como: la propiedad intelectual, la responsabilidad, la transparencia, los sesgos, la discriminación y la privacidad, se encuentran constantemente a prueba¹⁴. De acuer-

¹⁴ ARAYA (2020) pp. 262-266.

do con Stefan Goecke y María Hamilton¹⁵, por los riesgos que implica, la IA debe ser regulada.

Chile cuenta con la Política Nacional de Inteligencia Artificial (PNIA)¹⁶ desde el año 2021. Sin embargo, a la fecha no se ha trabajado en una regulación integral de la materia¹⁷.

Un ordenamiento jurídico basado en principios ordoliberales, conectados con la subsidiariedad en los términos planteados en los párrafos anteriores, implicaría algunos aspectos claves, los que se comentan a continuación.

En primer lugar, es fundamental contar con un marco legal robusto para la economía de mercado, esto es, un sistema legal que defina de forma clara los derechos de propiedad, las reglas de competencia y la responsabilidad tanto contractual como extracontractual. Esto debe estar diseñado de manera tal que permita que los mercados operen de forma eficiente y justa, protegiendo a las personas contra los abusos y promoviendo la competencia.

De lo anterior deriva que las normas de libre competencia sean un pilar fundamental del ordoliberalismo, pues han sido diseñadas para prevenir las distorsiones de mercado causadas por concentración de poder económico o abusos de tal poder.

Por otra parte, en virtud de que el mercado por sí solo no siempre es capaz de asegurar la igualdad y la estabilidad económica, la intervención del Estado, ahí donde falla el mercado, es, también, un elemento relevante en un sistema jurídico basado en principios ordoliberales. Así, la regulación es fundamental para lograr el bienestar social y la estabilidad monetaria y fiscal.

Cabe hacer presente que el ordoliberalismo, en su esencia, no es una doctrina proteccionista en el sentido estricto de buscar proteger a las industrias locales de la competencia extranjera mediante aranceles elevados, cuotas de importación o subsidios significativos a productores nacionales. De hecho, los principios ordoliberales tienden a enfatizar la importancia de la competencia como un mecanismo para asegurar la eficiencia y la innovación dentro de la economía, tanto en el ámbito nacional como internacional.

Sin embargo, el pensamiento ordoliberal aboga por un rol más bien activo del Estado en la creación de un marco regulatorio que asegure el funcionamiento justo y eficiente de los mercados. Esto incluye medidas para prevenir monopolios y oligopolios, proteger los derechos de propiedad y mantener la estabilidad financiera.

En la práctica, es posible sostener que el ordoliberalismo implica la implementación de políticas y regulaciones diseñadas para asegurar que el mer-

¹⁵ GOECKE y HAMILTON (2024) p. 5.

¹⁶ La PNIA ha sido tratada en un trabajo anterior. Véase LABBÉ (2022).

¹⁷ WEIDENSLAUFER y ROBERTS (2023) p. 3.

cado funcione de manera eficiente y justa, bajo la supervisión activa del Estado. En el caso de Chile, el marco fundamental en este sentido son las normas constitucionales del Orden Público Económico¹⁸, el decreto ley que fija las normas para la defensa de la libre competencia¹⁹, la Ley Orgánica Constitucional del Banco Central (LOC del BC)²⁰ y la Ley General de Bancos (LGB)²¹.

En materia de libre competencia, una política de competencia efectiva es central para el ordoliberalismo. Esto implica la vigilancia y regulación de las concentraciones de mercado y la prohibición de prácticas anticompetitivas como la colusión y el abuso de posición dominante, tal como lo establece el DL 211.

Además, la escuela ordoliberal también considera crucial la estabilidad financiera, para el buen funcionamiento de la economía. Esto puede incluir regulaciones bancarias para prevenir el riesgo sistémico, políticas monetarias dirigidas a mantener la estabilidad de precios, y regulaciones financieras que promuevan la transparencia y la justicia en los mercados de capitales, tal como lo establecen la LOC del BC y la LGB.

Así, a pesar de que para el ordoliberalismo la libertad económica es un valor fundamental, también es un pilar central el reconocimiento de que el mercado por sí solo no siempre puede proporcionar bienes públicos ni solucionar problemas de externalidades negativas. En estos casos, el ordoliberalismo ve como legítima la intervención estatal para proporcionar dichos bienes o corregir dichas externalidades, siempre buscando hacerlo de manera que se distorsione lo menos posible el mercado.

Ahora bien, desde la perspectiva la escuela ordoliberal, la IA en sí misma no es, al menos no de manera automática, una falla de mercado. Sin embargo, el desarrollo, implementación y uso de la IA pueden presentar situaciones que los ordoliberales identificarían como necesitadas de regulación estatal para asegurar que el mercado funcione de manera justa y eficiente, y así proteger el bienestar social. En consecuencia, la necesidad de regular la IA se justificaría en razón de varios aspectos clave, como se señala en los párrafos siguientes.

Del mismo modo, la IA, y la economía digital en general, tiende hacia la concentración de mercado debido a efectos de red y a las economías de escala. Esto puede llevar a posiciones dominantes o monopolísticas, donde unas pocas grandes empresas controlan porciones relevantes del mercado. En este sentido, es posible sostener que los ordoliberales argumentarían que tal concentración puede distorsionar la competencia y perjudicar tanto a los consu-

¹⁸ Art. 19 n.º 20, 21, 22, 23, 24 y 25 de la Constitución Política de la República de Chile.

¹⁹ Decreto ley 211 (1973).

²⁰ Ley n.º 18840 (1989).

²¹ Decreto con fuerza de ley n.º 3 (1997).

midores como a la innovación, justificando la regulación para prevenir o limitar estas concentraciones de poder.

Por su parte, la IA puede operar de maneras que no son del todo transparentes para los usuarios, siendo afectados por sus decisiones. El ordoliberalismo justificaría la regulación para asegurar la transparencia y la responsabilidad en los sistemas de IA, para proteger los derechos de los individuos y asegurar que se puedan atribuir responsabilidades legales de manera apropiada.

En la misma línea, los sistemas de IA pueden presentar riesgos para los consumidores, incluyendo problemas de privacidad, sesgos y discriminación, y errores en la toma de decisiones automatizada que pueden tener consecuencias significativas para la vida de las personas. Desde una perspectiva ordoliberal, el Estado tiene el deber de intervenir para proteger a los consumidores de estos riesgos, estableciendo estándares y regulaciones que garanticen la seguridad y la justicia de los sistemas de IA.

Cabe agregar que la implementación de la IA puede producir externalidades negativas, como la desestabilización del mercado laboral debido a la automatización de empleos. Mientras que el mercado por sí solo podría no corregir estos desequilibrios de manera rápida o justa, el ordoliberalismo vería legítima la intervención estatal para mitigar estas externalidades, por ejemplo, a través de políticas de reentrenamiento laboral o de soporte a las transiciones laborales.

En realidad, aunque el ordoliberalismo no consideraría la IA como una falla de mercado *per se*, si identificaría varias áreas en las que la intervención estatal estaría justificada para asegurar que la integración de la IA en la sociedad y la economía se haga de una manera tal que se promueva la libre competencia, se proteja a los consumidores y se mitiguen los riesgos de la concentración de poder, los sesgos y otros potenciales efectos negativos o no deseados de la IA. Así, una adecuada regulación de la IA, desde la perspectiva desarrollada, buscaría equilibrar la promoción de la innovación con la protección del orden social y económico, con la ética de la IA como principio rector.

En concreto, la ley de IA de la Unión Europea (AI Act), aprobada por el Parlamento Europeo en marzo de 2024 y que entrará en vigor en mayo de 2025, es un ejemplo de la conexión entre el enfoque ordoliberal y principio de subsidiariedad, aplicada a la regulación de la IA. Según lo declarado por el Parlamento Europeo, el principal objetivo de esta ley es garantizar que los sistemas de IA utilizados en la Unión Europea sean seguros, transparentes, trazables, no discriminatorios y respetuosos con el ambiente²², promoviendo, también, la innovación.

²² UNIÓN EUROPEA (2024) artículo 1.

Analizar de manera profunda la AI Act excede el objetivo propuesto. Sin embargo, se indican sus aspectos más relevantes, entre los que destaca el establecimiento de conductas prohibidas²³. Además, en la AI Act se establecen distintas obligaciones de acuerdo con los niveles de riesgo de la IA²⁴, riesgo que puede ser alto o inaceptable²⁵. Por último, de acuerdo con la AI Act, para los casos de la IA no considerada de alto riesgo, como ChatGPT, se establecen requisitos de transparencia y la obligación de respetar los derechos de autor²⁶.

CONCLUSIONES

En virtud de lo expuesto es posible concluir que el ordoliberalismo ofrece un marco teórico valioso para abordar los desafíos que la IA plantea para el derecho, toda vez que los principios ordoliberales comparten su base conceptual con el principio de subsidiariedad, lo que permite hacer conexiones relevantes en el plano económico y social.

Así, la combinación del enfoque ordoliberal con el principio de subsidiariedad sugiere caminos para una regulación de la IA orientada hacia un adecuado equilibrio entre innovación tecnológica, libre competencia y protección de los derechos fundamentales.

En consecuencia, los principios tradicionales de regulación económica y protección social pueden adaptarse y aplicarse al desafío moderno de regular la IA, con el objetivo de que su desarrollo beneficie a la sociedad en su conjunto.

Por último, se considera que la ley de IA de la Unión Europea es un ejemplo de la conexión entre el enfoque ordoliberal y principio de subsidiariedad, aplicada a la regulación de la IA.

BIBLIOGRAFÍA

- ARAYA, Carlos (2020): "Desafíos legales de la inteligencia artificial en Chile", *Revista Chilena de Derecho y Tecnología* vol. 9 n.º 2.
- CASANOVA, Roberto (2021): *Dignidad y desarrollo. Breve tratado sobre ordoliberalismo y economía social de mercado* (Honduras, Editorial Konrad Adenauer Stiftung).

²³ UNIÓN EUROPEA (2024) artículo 5.

²⁴ *Op. cit.* capítulo III.

²⁵ Sobre este punto, véase WEIDENSLAUFER y ROBERTS (2023) pp. 11-13.

²⁶ UNIÓN EUROPEA (2024) capítulo IV.

- GOECKE, Stefan y HAMILTON, María (2024): *Inteligencia artificial y libre competencia: necesidad y desafíos de la colaboración en Chile*. Disponible en <https://centro-competencia.com/wp-content/uploads/2024/02/Inteligencia-artificial-y-libre-competencia-necesidad-y-desafios-de-la-colaboracion-en-Chile.pdf> [fecha de consulta: 1 de julio de 2024].
- LABBÉ FIGUEROA, María Francisca (2022): “Política Nacional de Inteligencia Artificial: Desafíos para la libertad”, *Actualidad Jurídica* n.º 46. Disponible en <https://derecho.udd.cl/actualidad-juridica/articulos/politica-nacional-de-inteligencia-artificial-desafios-para-la-libertad/> [fecha de consulta: 1 de julio de 2024].
- QUINTANA, Augusto (2014): “El principio de subsidiariedad”, *Revista de Derecho Público* edición especial: pp. 125-136. Disponible en <https://revistaderechopublico.uchile.cl/index.php/RDPU/article/view/31682/33454> [fecha de consulta: 1 de julio de 2024].
- SAN EMETERIO, Nieves; ROMERO, Victoria y DI CAPUA, Giuseppina (2021): “La *ordnungs-politik* de la nueva economía institucional”, *Revista de Economía Institucional* vol. 23 n.º 44. Disponible en www.scielo.org.co/pdf/rei/v23n45/0124-5996-rei-23-45-109.pdf [fecha de consulta: 1 de julio de 2024].
- SAN EMETERIO, Nieves; DI CAPUA, Giuseppina y ROMERO, Victoria (2023): “La transmisión de las ideas ordoliberales en la España franquista. La influencia de la economía social de mercado de Müller-Armack”, en Fillol Mazo, Adriana y Pérez Calle, Ricardo (coords.), *Un mundo en aceleración: las ciencias jurídicas, económicas y sociales ante los retos del siglo XXI* (Madrid, Dykinson). Disponible en www.dykinson.com/media/pdf/978-84-1122-923-4.pdf [fecha de consulta: 1 de julio de 2024].
- VARGAS LLOSA, Mario (2018): *El llamado de la tribu* (Madrid, Alfaguara).
- WEINDESLAUFER, Christine y ROBERTS, Raimundo (2023): “Regulación de la IA en la experiencia comparada. Unión Europea, Estados Unidos y China”. Disponible en https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/34470/2/BCN_regulacion_glo_bal_IA_2023_jul.pdf [fecha de consulta: 1 de julio de 2024].
- WÖRSDÖRFER, Manuel (2022): “Big Tech and Antitrust: An Ordoliberal Analysis”, *Philosophy & Technology* vol. 35 article number 65. Available in <https://doi.org/10.1007/s13347-022-00556-w> [fecha de consulta: 1 de julio de 2024].

Normas

- Decreto 10 (2005). Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile. Disponible en www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=242302 [fecha de consulta: 1 de julio de 2024].
- Decreto 20 (2021). Aprueba Política Nacional de Inteligencia Artificial. Chile. Disponible en www.bcn.cl/leychile/navegar?i=1169399&f=2021-12-03 [fecha de consulta: 1 de julio de 2024].
- Decreto con fuerza de ley n.º 3 (1997). Fija texto refundido, sistematizado y concordado de la Ley General de Bancos y otros cuerpos. Disponible en www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=83135 [fecha de consulta: 1 de julio de 2024].

Decreto Ley 211 (1973), fija las normas para la defensa de la libre competencia. Disponible en www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=5872 [fecha de consulta: 1 de julio de 2024].

Ley n.º 18840 (1989). Ley Orgánica Constitucional del Banco Central de Chile. Disponible en www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=30216 [fecha de consulta: 1 de julio de 2024].

UNIÓN EUROPEA (2024): Ley de Inteligencia Artificial. Disponible en <https://artificialintelligenceact.eu/es/ai-act-explorer/> [fecha de consulta: 1 de julio de 2024].

EL MARCO DE SEGURIDAD EUROPEO Y LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR PRODUCTOS DIGITALES

CIVIL LIABILITY FOR DIGITAL PRODUCTS: THE ROL OF THE EUROPEAN SECURITY FRAMEWORK

*José Carlos Hernández-Zuluaga**

RESUMEN: Cada vez más productos incorporan tecnologías digitales. La mayoría de las veces ello aumenta su seguridad, eficacia y funcionalidades. El problema es que la fusión entre productos tradicionales y sistemas de información tiene consecuencias jurídicas derivadas de los aspectos técnicos involucrados en su uso y desarrollo. El *software*, las redes de información y los dispositivos informáticos requeridos para recibir, almacenar, recuperar y analizar los datos con los que estos bienes funcionan, crean riesgos adicionales y afectan la capacidad de las víctimas para reclamar una indemnización. Las nuevas circunstancias han motivado la adecuación de las normas europeas sobre responsabilidad civil a las necesidades de la era digital. Esta adaptación se ha llevado a cabo considerando la estrecha relación que existe entre aquellas y las normas de seguridad aplicable a los productos. La Unión Europea cuenta con un robusto marco de seguridad que es consecuencia de una tradición proteccionista de los derechos y el mercado, el cual establece exigentes estándares que los actores económicos deben cumplir antes y después de la comercialización de sus mercancías. La nueva Directiva de Responsabilidad por Productos Defectuosos reconoce de manera expresa el papel que cumplen estos estándares de seguridad para la atribución de responsabilidad, dictando algunas consecuencias que están asociadas con su incumplimiento. En otros casos estas consecuencias no figuran de forma expresa, pero es posible identificar como la interacción entre ambos grupos de normas contribuye a superar algunos de los desafíos propuestos por las características de los productos digitales para la adecuada atribución de los perjuicios.

* Investigador. Instituto de Derecho Privado Europeo y Comparado. Universidad de Girona. Correo electrónico: josecarlos.hernandez@udg.edu

PALABRAS CLAVE: responsabilidad por productos, normas de seguridad, responsabilidad civil, IA, defecto.

ABSTRACT: The integration of digital technologies into products is becoming increasingly prevalent. In most cases, this enhances their safety, effectiveness, and functionalities. However, the fusion between traditional products and information systems has legal consequences stemming from the technical aspects involved in their use and development. The software, information networks, and computing devices required to receive, store, retrieve, and analyze the data with which these goods operate create additional risks and affect the ability of victims to claim compensation. In light of the evolving landscape, there has been a call for the adaptation of European civil liability regulations to align with the demands of the digital era. This adaptation process has considered the intertwined nature between these regulations and product safety standards. The European Union (EU) has a robust safety framework that has developed over time through a combination of protective traditions, including a strong rights-based tradition and a market-driven approach to regulation. This framework sets high standards that economic actors must meet before and after the marketing of their goods. The new Product Liability Directive explicitly recognizes the role that these safety standards play in attributing liability, dictating some consequences associated with non-compliance. In other cases, these consequences are not explicitly stated, but it is possible to identify how the interaction between both sets of norms helps to overcome some of the challenges posed by the characteristics of digital products for the proper attribution of damages.

KEYWORDS: products liability, safety legislation, torts liability, AI, defectiveness.

INTRODUCCIÓN

Los sistemas digitales han modificado los productos del mercado. El empleo de información para su funcionamiento los ha dotado de un nuevo carácter que se expresa con mejoras sustanciales en el desempeño de las tareas que con ellos se ejecutan. Automatización, autonomía y eficiencia energética son algunas de las cualidades que se evidencian al analizar esta nueva generación de dispositivos.

En los últimos años esta evolución ha trascendido de la esfera industrial a la jurídica. Así se confirma con una lectura superficial de la definición de producto que plantea la directiva 85/374/EC sobre responsabilidad por productos

defectuosos¹ (la anterior directiva de productos) y la que trae la nueva Directiva sobre Responsabilidad por Productos Defectuosos (DRPD)². La primera lo define como un bien mueble (art. 2): sus referencias a productos agrarios u objetos tangibles descubren su perfil más primitivo de una época industrial y mecánica. Por su parte, la DRPD toma esta base y le suma los elementos que han dado lugar a la revolución digital: *software*, archivos de fabricación digital y componentes intangibles como la información y los datos adecúan la norma a la realidad social y económica.

Un enfoque de este tipo amplía de forma considerable la responsabilidad del fabricante. Ahora, este es responsable por las conexiones automáticas o los cálculos abstractos que el dispositivo puede hacer sin haber sido determinado para ello. Los productos ya no funcionan como objetos aislados ni responden solo a órdenes humanas. El fabricante hoy responde por las condiciones del entorno donde se utiliza su producto y por los servicios que este requiere para funcionar. En síntesis, la responsabilidad por defecto adquiere una nueva dimensión cuando se le suman otros elementos que dotan a los dispositivos de inteligencia o autonomía.

Puesto en esta situación, el fabricante espera contar con normas que orienten sus esfuerzos hacia la prevención de los daños. Guías de este tipo repercuten no solo en el proceso de fabricación sino en la seguridad del usuario, quien espera contar con instrucciones apropiadas. Con la formulación de reglas de juego claras para el diseño, producción y uso de los productos digitales, las autoridades ejercen un mejor control y se aumenta la percepción general de seguridad en beneficio de la confianza en el mercado. En este sentido, las normas de seguridad constituyen un valioso instrumento para favorecer el desarrollo tecnológico, proteger los derechos y optimizar las actuaciones públicas.

A pesar de todo, el análisis de la responsabilidad civil por productos defectuosos puede pasar por alto el impacto que allí tienen las normas de seguridad. El objetivo de este artículo es presentar los vínculos entre ambos grupos normativos en el ámbito de los *productos digitales*, *i.e.*, aquellos que utilizan sistemas de información para su funcionamiento. En un entorno de creciente complejidad como el digital, la responsabilidad se apoya en las normas de seguridad, generando múltiples efectos por el incumplimiento de sus disposiciones.

Para desarrollar esta idea estimo conveniente comenzar por las nuevas normas de responsabilidad civil europeas, *i.e.*, la Propuesta de Directiva sobre

¹ CONSEJO EUROPEO (1985).

² A la fecha de presentación de este escrito, el Parlamento Europeo había aprobado, en sesión del 12 de marzo de 2024, el texto de la Propuesta de Directiva sobre Responsabilidad por Productos Defectuosos. Aquí se tiene en cuenta el texto de la propuesta aprobada que está pendiente de trámite legislativo. COMISIÓN EUROPEA (2022a).

Responsabilidad en Materia de Inteligencia Artificial (PD-RCIA)³ y la nueva DRPD, así como las remisiones que estas hacen al marco europeo de seguridad. Allí queda en evidencia la relevancia del marco de seguridad de los productos para la responsabilidad por los daños que estos causan. Un ejemplo de ello son las presunciones *iuris tantum* que surgen por el incumplimiento de normas de seguridad tendientes a proteger contra el daño que se ha causado.

Establecido lo anterior, presentaré una panorámica del marco legislativo de seguridad europeo: sus antecedentes, política y elementos que permiten controlar la seguridad de los productos. La idea es que, al comprender su compleja arquitectura, se facilita el examen de los efectos en la responsabilidad por el incumplimiento de las normas de seguridad. Esta presentación incluye la transición desde el “antiguo” al “nuevo enfoque”; el Nuevo Marco Legislativo de Seguridad (NML) y algunas de sus principales instituciones *e.g.* la vigilancia del mercado, los operadores económicos o los organismos europeos de normalización.

En la tercera parte describiré los desafíos que ha enfrentado el legislador europeo para adecuar el marco de seguridad a las circunstancias digitales. Esta nueva generación de productos incorpora componentes y posee funcionalidades que el marco de seguridad no habría podido prever. La descripción tendrá en cuenta los tres elementos que componen un producto digital: programa informático, equipo informático y procesos de información. Cada uno de ellos posee características técnicas que pueden afectar el nivel de riesgo o la capacidad de los perjudicados para obtener compensación.

Para finalizar presentaré algunas conclusiones del análisis efectuado.

I. LAS RELACIONES ENTRE LAS DISPOSICIONES

SOBRE RESPONSABILIDAD CIVIL Y LAS NORMAS DE SEGURIDAD

1. Aspectos generales de las normas de responsabilidad

La PD-RCIA y la nueva DRPD son la respuesta de la Unión Europea (UE) a las demandas de actualización legislativa por la irrupción tecnológica.

A. PD-RCIA

La PD-RCIA armoniza las reglas probatorias cuando un sistema de inteligencia artificial (IA) de *alto riesgo* causa daño (art. 1). La armonización consiste, por

³ COMISIÓN EUROPEA (2022b).

un lado, en desarrollar flexibilizaciones probatorias dirigidas a la exhibición de información de parte del demandado y, por el otro, a la aplicación de presunciones *iuris tantum* sobre la culpa del demandado y la relación causal de su negligencia con el hecho de la máquina que causó el daño. Estas flexibilizaciones se justifican en las dificultades que afronta la víctima de IA para demostrar que el demandado le causó daño por su negligencia, en comparación con las víctimas en otros casos. En esencia, la propuesta se propone superar los obstáculos que proponen algunas características de la IA como: la opacidad, la autonomía o la complejidad del sistema, todas las cuales empañan el vínculo entre la conducta del demandado y el hecho de la máquina.

Según veremos, por tratarse de una directiva de mínima armonización, el objetivo de la PD-RCIA es que, por lo menos, cuando de IA de alto riesgo se trate, los países acojan los auxilios probatorios allí descritos. Lo anterior no quiere decir, ni que los países no apliquen tales remedios, ni que se les prohíba adoptar mejores garantías para las víctimas. De acuerdo con el texto, se trata de alcanzar una base común europea para promover las garantías mínimas pretendidas.

B. La DRPD

Por su parte, la DRPD es un régimen mucho más amplio, que armoniza la responsabilidad por *todo tipo de productos* –incluida IA– cuando ciertos intereses protegidos, reclamados por *personas físicas* (art. 1), resulten afectados a consecuencia de un defecto del producto.

Sobre la eficacia de la anterior directiva se ha discutido mucho. La posición oficial es que ha sido un instrumento que ha favorecido la armonización de las normas y la protección del consumidor⁴. Por el contrario, algún sector de la doctrina ha señalado su inutilidad práctica; pidiendo, incluso, su erradicación del ordenamiento europeo⁵. Lo cierto es que han transcurrido casi cuarenta años desde su emisión y durante este tiempo se ha publicado una gran cantidad de artículos doctrinales, cuyo número contrasta con un escaso desarrollo jurisprudencial. Debido a la amplitud de su objeto y la tendencia hacia la automatización de las actividades humanas, parece que la nueva DRPD le podría dar un nuevo aire a este régimen.

2. La PD-RCIA y su relación con las normas de seguridad

Al analizar su objetivo y alcance es posible concluir que lo pretendido con la PD-RCIA es permear los sistemas jurídicos de todos los países de la UE. Su

⁴ COMISIÓN EUROPEA (2018).

⁵ BORGHETTI (2023) pp. 136-181.

finalidad es nada menos que la culpa, que es el régimen de fondo de cualquier sistema jurídico de tradición europea. Así, la propuesta llenaría el vacío que dejan otros regímenes de responsabilidad, en especial la DRPD, en ámbitos como el tipo de víctima o el daño causado. Contrario a esta, que insiste en proteger solo a las personas naturales y se cierra ante la protección de algunos intereses protegidos, la PD-RCIA permite que personas jurídicas, no consumidores y los daños patrimoniales puros puedan ser exigidos por la vía de la negligencia.

En ese esfuerzo, la PD-RCIA se plantea reglas probatorias sin inmiscuirse en las concepciones nacionales de la culpa. Se trata de una norma con efectos prácticos que evade las discusiones que suscitaría una decisión legislativa sobre el significado de la culpa en Europa⁶.

A. La definición del deber de diligencia

Para entrar en materia, debe decirse que, a pesar de no tomar partido por un concepto de culpa, la norma sí define en qué consiste el *deber de diligencia* que ha de cumplir el demandado. Según el texto, la diligencia se relaciona con: “aquella norma de conducta establecida por el Derecho nacional o de la Unión con el fin de evitar daños [...]”. De entrada, parece que esta definición adscribe la culpa al incumplimiento de un deber que puede estar contenido en una norma de seguridad, al señalar como estándar una norma de protección. Se debe advertir que con ello no le señala al tribunal nacional que tal incumplimiento es *per se* culpa; puede ser que la concepción nacional requiera un juicio adicional, por ejemplo, de la condición del infractor.

B. El deber de exhibición y su relación con la Ley de IA

Pasando al aspecto central de la norma, la PD-RCIA señala dos tipos de flexibilizaciones probatorias cuando la IA de *alto riesgo* causa daño⁷:

- i) los deberes de exhibición de información (art. 3)⁸ y
- ii) las presunciones, *iuris tantum*, de culpa o causalidad.

⁶ Para un importante análisis de las diferencias conceptuales de la culpa en distintos países de Europa y Estados Unidos, véase INSTITUTE FOR EUROPEAN TORT LAW, WINIGER, KARNER & OLPHANT (2018).

⁷ Como excepción, el art. 4-5 de la PD-RCIA deja abierta la posibilidad de aplicar la *presunción de causalidad* en sistemas de IA de riesgo no elevado cuando: “el órgano jurisdiccional considere excesivamente difícil para el demandante demostrar el nexo causal mencionado en el apartado 1”. Sin embargo, la ventaja no se extiende a la exhibición de información del art. 3.

⁸ Este artículo señala el deber condicionado de exhibición, cuyo incumplimiento desemboca en una presunción de culpa: “Los Estados miembros velarán por que los órganos jurisdiccionales nacionales estén facultados, ya sea a petición de un demandante potencial que haya solicitado

Sobre el deber de exhibición, considerado en algunos países como un derecho al acceso y conservación de la prueba, la PD-RCIA señala que a ello están obligados los usuarios y quienes de acuerdo con la Ley de IA⁹ deban cumplir *deberes del proveedor*¹⁰ en los sistemas de IA de alto riesgo¹¹ (art. 3-1). Es decir, no es necesario hacer profundas reflexiones para notar que la PD-RCIA depende, en gran medida, de normas de seguridad, en especial de la Ley de IA. Así se advierte de la remisión que a ella hace para descubrir quién es el sujeto obligado a los deberes del proveedor y cuáles son los tipos de IA de alto riesgo. Todo esto conduce a revisar en una acción de responsabilidad, por ejemplo, si la Comisión ha modificado el listado¹² de la IA considerada como de alto riesgo¹³.

previamente a un proveedor [...], o a un usuario, que exhiba las pruebas pertinentes que obran en su poder sobre un determinado sistema de IA de alto riesgo que se sospeche que ha causado daños [...].”

⁹ El 12 de junio de 2024 el documento final del Reglamento de Inteligencia Artificial había sido aprobado y firmado por los presidentes del Parlamento Europeo y del Consejo. Al momento de la aceptación de este artículo el texto final del reglamento estaba pendiente de publicación en el *Diario Oficial*. COMISIÓN EUROPEA. Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen Normas Armonizadas en materia de Inteligencia Artificial (Ley de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados Actos Legislativos de la Unión. 2021/0106 (COD)., Pub. L. No. COM (2021) 206 final (2021). En adelante Ley de IA.

¹⁰ El art. 25 de la Ley de IA dispone que también: “cualquier distribuidor, importador, responsable del despliegue o tercero será considerado proveedor de un sistema de alto riesgo a los efectos del presente Reglamento y estará sujeto a las obligaciones del proveedor [...]” bajo ciertas condiciones. Con intención enunciativa es posible citar tres condiciones: i. si pone su nombre o marca; ii. si modifica sustancialmente un sistema de IA de alto riesgo o iii. si modifica la finalidad prevista.

¹¹ El art. 3 de la PD-RCIA señala en todo caso que el potencial demandante deberá presentar hechos y pruebas suficientes para sustentar la viabilidad de una demanda de indemnización. Por tanto, debe existir una causa probable en favor del demandante para proteger a los obligados de asumir el costo de peticiones abusivas.

¹² Nótese que de acuerdo con el art. 7 de la Ley de IA, la categoría de sistemas de alto riesgo está abierta a ajustes. En otros casos se establecen remisiones, por ejemplo, en el art. 10 sobre la gobernanza y gestión de los datos utilizados por IA que implica el estudio de normas como el Reglamento (UE) 2016/679 sobre Protección de Datos Personales (RGPD). Lo anterior sugiere un deber de evaluación permanente de las normas de seguridad a efectos de una demanda de responsabilidad.

¹³ La versión final (16 de junio de 2024) de la Ley de IA la define como: “un sistema basado en una máquina que está diseñado para funcionar con distintos niveles de autonomía y que puede mostrar capacidad de adaptación tras el despliegue, y que, para objetivos explícitos o implícitos, infiere de la información de entrada que recibe la manera de generar resultados de salida, como predicciones, contenidos, recomendaciones o decisiones, que pueden influir en entornos físicos o virtuales” (art. 3-1). Por su parte, el art. 6 plantea dos grupos de sistemas de IA que se pueden clasificar como de alto riesgo: i. la IA utilizada como componente de seguridad de un

Una vez definido el obligado, es preciso advertir que la finalidad de la exhibición es disminuir la asimetría de los involucrados en el acceso a la información. La norma parte del hecho de que la víctima está a merced del profesional, quien sí está sometido a expectativas normativas. La PD-RCIA, incluso, especifica que el sentido de la exhibición es verificar que el demandado ha cumplido las normas de seguridad a su cargo, en cuestiones como la documentación, información y registro de la información (C. 16)¹⁴. Lo anterior ha permitido sugerir que la relación entre normas de seguridad y responsabilidad civil puede incentivar el cumplimiento de los deberes legales¹⁵. Visto desde otra perspectiva, la exhibición también le permitiría a la víctima determinar si el demandado cumplió con su deber y, por tanto, con la norma dirigida a proteger el interés jurídico que reclama. La prueba del incumplimiento, en el contexto de la PD-RCIA, constituye el primer escalón para configurar su responsabilidad. De allí que el conocimiento, cumplimiento y documentación de las medidas de seguridad sean un aspecto crucial en la actividad del fabricante o usuario de IA de alto riesgo¹⁶.

C. Las presunciones *iuris tantum* y los deberes de diligencia

El segundo bloque de flexibilizaciones probatorias está compuesto por presunciones *iuris tantum* de culpa y causalidad. La primera presunción emerge cuando el demandando desatiende la orden judicial de exhibición de las pruebas (art. 3-5). Sin embargo, la presunción no llega hasta la culpa; lo que ordena presumir la PD-RCIA es el incumplimiento de un “deber de diligencia pertinente” (art. 3-5), que, a su vez, puede constituir culpa según la concepción que sobre esta tenga el tribunal correspondiente. Si, por el contrario, se da cumplimiento a la orden, el demandante retiene la carga de la prueba.

La presunción de causalidad, por su parte, opera en la relación culpa del demandado y hecho de la IA. Es decir, no procede la presunción de causalidad entre el hecho de la IA y el daño; la prueba de que la IA lesionó a la víctima si-

producto regulado por las normas descritas en el Anexo I y ii. el sistema incluido en el anexo III por considerarse un riesgo para la salud, la seguridad o los derechos fundamentales de las personas físicas.

¹⁴ Art. 11 y ss. de la Ley de IA.

¹⁵ MARTIN-CASALS (2023) p. 72.

¹⁶ El art. 4-3 de la PD-RCIA señala: “En caso de demandas por daños y perjuicios contra usuarios de sistemas de IA de alto riesgo sujetos a los requisitos establecidos en los capítulos 2 y 3 del título III de la Ley de IA, la condición del apartado 1, letra a) [se debe demostrar una culpa del demandado, el incumplimiento de un deber de diligencia] se cumplirá cuando el demandante demuestre que el usuario [...] no cumplió con los deberes impuestos por la Ley de IA (a), o expuso el sistema a datos de entrada bajo su control.

gue a cargo del demandante. Si este pretende beneficiarse de la antedicha presunción, el primer requisito que le exige la propuesta es que demuestre que el demandado incurrió en negligencia. Pero no cualquier culpa, una que se justifique en la infracción de un deber de diligencia que tenía por finalidad *directa* prevenir el daño que la IA ha causado (art. 4-1a). Según esto, el interesado debe constatar la infracción del deber calificado como condición necesaria para configurar la culpa¹⁷. Como resultado, la propuesta vincula el desarrollo legislativo en seguridad a la configuración de las presunciones¹⁸.

Más específico resulta el numeral 2 del art. 4 sobre sistemas de alto riesgo. Allí, la presunción de causalidad requiere que la culpa verse sobre una infracción a las prescripciones de la Ley de IA¹⁹. A pesar de la remisión casi taxativa, un análisis desde el marco de seguridad señalará un universo normativo paralelo a cuestiones como la gobernanza de los datos, la documentación o la ciberseguridad. Sin lugar a duda, en la presunción de causalidad de los sistemas de alto riesgo se aprecia mejor la relación entre marco de seguridad y la responsabilidad civil.

3. *La Propuesta de Directiva de Responsabilidad por Productos Defectuosos*

A. Las definiciones adoptadas: el caso de los operadores económicos

La relación de la DRPD con las disposiciones de seguridad es igual o más estrecha que la anterior. De entrada, la norma señala que su objetivo es plantear normas comunes sobre la responsabilidad de los *operadores económicos*, por los daños sufridos por personas físicas y causados con productos defectuosos (art. 1). Allí, la norma no se refiere al *productor*, como lo hacía en la anterior directiva

¹⁷ Esta técnica regulatoria se aproxima al concepto de *Schutzgesetz* del derecho alemán. Así, Ulrich Magnus, en una explicación del § 823-2 del *Código Civil* alemán (*BGB*), indica que allí la atribución: “no requiere de la vulneración de un derecho subjetivo absoluto de la víctima, sino de la violación de un interés estatutario diseñado para proteger a la víctima de los daños que ocurrieron (*Schutznorm* o *Schutzgesetz*)” DANNEMAN & SCHULZE (2020) vol. 1 p. 1609.

¹⁸ De ello no se infiere que la única forma de probar la infracción del deber es demostrar la vulneración de una norma de seguridad. La intención es señalar que, con la vinculación de este marco, muchas de ellas servirán para establecer el vínculo entre incumplimiento y culpa. Perspectiva que apuntaría a disminuir la discrecionalidad judicial en países con cláusula general de responsabilidad.

¹⁹ La norma señala que la culpa, que es condición necesaria para presumir la causalidad (art. 4-1), *solo se cumplirá*, si el demandante demuestra la infracción de cualquiera de los requisitos listados en el art. 4-2. Este “solo se cumplirá” parece determinante para señalar el incumplimiento relevante a efectos del daño causado.

(art. 3), sino a los *operadores económicos*; concepto que se originó en la decisión n.º 768/2008/CE (anexo I, art. R1-7), que es uno de los pilares del NML. En el concepto de operadores económicos está agrupado: el *fabricante*²⁰, el importador, el representante autorizado, el distribuidor y el proveedor de servicios logísticos –llamado por la DRPD prestador de servicios de tramitación de pedidos a distancia– (art. 4-15).

De la participación de estos sujetos en la responsabilidad por productos se resalta el nuevo papel del prestador de servicios de tramitación de pedidos a distancia (art. 4-13), que es quien ejecuta algunas actividades comerciales como el embalaje, el almacenamiento o el envío de los productos al consumidor. La DRPD lo hace responsable en ausencia de fabricante, importador o representante autorizado en la Unión (art. 8-1c). En la práctica, esta figura se asocia con plataformas virtuales que, aunque presta tales servicios, al mismo tiempo puede ser el fabricante o distribuidor del producto; todo depende del modelo económico que adopte.

B. La defectuosidad y las normas de seguridad

La DRPD también se vincula con las normas de seguridad al enunciar que la defectuosidad del producto equivale a la *falta de seguridad* que una persona tiene derecho a esperar y “que se *exige asimismo en virtud del Derecho de la Unión o nacional*” (art. 7-1). Una novedad de este tipo para definir la defectuosidad, más que una simple aclaración, sugiere la decisión política de poner al servicio de la responsabilidad la maquinaria administrativa empleada para la seguridad de los productos. Estos esfuerzos legislativos, en principio encaminados a la prevención de los daños, se convierten en estándares de seguridad que ayudan a definir la defectuosidad de los productos.

Las nuevas referencias al marco de seguridad van más allá. A diferencia de su antecesora²¹, la DRPD especifica que al evaluar el carácter defectuoso de un producto también se deben constatar los *requisitos de seguridad pertinentes* (art. 7f), entendidos estos como las exigencias impuestas por el marco de seguridad. Incluso, ordena valorar *cualquier intervención pertinente* de una autoridad o de algún otro operador económico. Esto, según se verá, señala a las actuaciones oficiales que derivan de las competencias otorgadas por el reglamento 2008/768/CE en materia de vigilancia del mercado.

²⁰ Nótese que el *productor* de la DRPD es llamado ahora *fabricante*.

²¹ En el art. 6 la anterior directiva señalaba: 1. Un producto es defectuoso cuando no ofrece la seguridad a la que una persona tiene legítimamente Derecho, teniendo en cuenta todas las circunstancias, incluso: a) la presentación del producto; b) el uso que razonablemente pudiera esperarse del producto; c) el momento en que el producto se puso en circulación.

C. Las remisiones normativas: la modificación sustancial del producto

Una situación que ilustra como las normas de seguridad definen responsabilidades en el campo de los productos es el de su modificación sustancial. De acuerdo con la DRPD, una vez puesto en circulación no se podrá alterar el diseño del producto; quien así lo haga, con el objetivo de comercializarlo o ponerlo en funcionamiento, responderá como si se tratara del fabricante (art. 8-2). Conocer cuándo ha ocurrido un cambio de este tipo exige conocer la legislación aplicable al producto correspondiente, la DRPD señala:

“El carácter sustancial de una modificación debe determinarse de acuerdo con los criterios establecidos en la legislación pertinente de la Unión y nacional en materia de seguridad de los productos” (C. 39).

D. Las flexibilizaciones probatorias y las normas de seguridad

En lo referente a las pruebas, la DRPD incorpora un deber de exhibición en doble vía, que también compromete al usuario-víctima cuando incumpla normas de seguridad a su cargo. Al igual que se explicó para la PD-RCIA, la petición de información obliga al *demandado* a divulgar, aquí sí de forma *accesible* y *comprensible*, las pruebas pertinentes de que disponga (art. 9). Sin embargo, a diferencia de aquella, la exhibición opera, también, en contra del demandante-víctima, quien deberá hacer lo propio. Pues bien, si se trata de un usuario sometido a expectativas legales, por ejemplo, quien utiliza un producto que informe la necesidad de contar con algún nivel de formación para operarlo, la infracción de esta expectativa posibilitaría que el *demandado* refute las presunciones a su cargo (art. 10-5) o que demuestre la culpa exclusiva de la víctima. Como resultado, el conocimiento y cumplimiento de las normas de seguridad, tanto de parte del operador económico como del usuario, resultan fundamentales para atender a los efectos de las presunciones.

La DRPD consagra, también, una *presunción de defectuosidad* que opera cuando el demandante demuestre que el producto:

“no cumple los requisitos obligatorios de seguridad del producto establecidos por el Derecho de la Unión o en el Derecho nacional que tienen por objeto proteger contra el riesgo del daño sufrido por la persona perjudicada” (art. 10-2).

Esta disposición, de similar contenido a la analizada en la PD-RCIA, permite al tribunal “basar la existencia de un defecto o de un nexo causal en la presencia de otro hecho probado” (C. 46). Como se advierte, también en el ámbito de la presunción de defectuosidad, el marco de seguridad cumple un papel fundamental.

Finalmente, el texto de la DRPD señala que el tribunal puede presumir la defectuosidad y el nexo causal cuando: “[...] considere que el demandante se enfrenta a dificultades excesivas, debido a una complejidad técnica o científica [...]”. La naturaleza de tales “dificultades” se pueden identificar apelando al contenido de ciertas normas de seguridad. Es el caso de la Ley de IA, que explica muchas de las características de estos sistemas, su nivel de riesgo o los métodos que emplean. Así, también se verifica, por ejemplo, de la base europea de productos sanitarios “Eudamed” creada por el reglamento (UE) 2016/745 sobre productos sanitarios (art. 33), cuyo contenido debe relacionar cuestiones como las investigaciones clínicas o el registro de los dispositivos.

4. Conclusiones preliminares

De todo lo anterior se concluye que existe una íntima relación entre normas de seguridad y las disposiciones que rigen la responsabilidad civil por los productos. Así lo evidencia el análisis de la PD-RCIA y la DRPD, que entre otras cosas plantea:

“Se han adoptado numerosos requisitos de seguridad obligatorios para proteger [...] [y que tienen] el fin de reforzar la estrecha relación existente entre las normas de seguridad de los productos y las normas de responsabilidad [...]” (C. 46).

Relación que, por lo antes sostenido, exige el análisis de las normas de seguridad en varios niveles. Así se evidencia de la relación entre deberes de exhibición y normas de seguridad y de los requisitos con que se configuran las presunciones. En síntesis, tanto la DRPD como la PD-RCIA son normas que comparten muchos criterios, uno de los principales: su interés por vincular el marco de seguridad a la responsabilidad civil.

Establecida la relación entre ambos grupos de normas, describiré la naturaleza de las normas de seguridad, los antecedentes de la estrategia europea con la transición del antiguo al nuevo enfoque y, por último, el NML.

II. EL CONCEPTO DE NORMA DE SEGURIDAD Y LOS MODELOS REGULATORIOS DE MERCADO

1. Concepto y características de las normas de seguridad sobre productos

Como cualquier otra norma jurídica, las de seguridad prescriben comportamientos y sanciones y se relacionan con otras normas para establecer parámetros de

conducta²². Con todo, las normas de seguridad en el contexto europeo tienen ciertas particularidades que definen su carácter y determinan sus especiales efectos.

A. Son normas formuladas en interés general:
persiguen la protección de la salud,
vida y seguridad de las personas

Las normas de seguridad protegen intereses de carácter general, o lo que es lo mismo, no están diseñadas con fines particulares. Tal interés público las relaciona con políticas de mercado de igual naturaleza que, para el caso de los productos, definen estándares de protección para intereses supremos como la vida o la salud. Por esto, es preciso descartar la idea de que las normas de seguridad pueden o deben intervenir en la protección de la mayor cantidad de derechos posibles. Dado que, por lo general, contemplan mandatos o prohibiciones dirigidos a la industria, deben atender a un diseño cuidadoso para no generar restricciones, burocracia y cargas excesivas que desincentivan la inversión y la innovación.

En el caso europeo, el legislador ha optado por buscar un equilibrio entre la protección de intereses jurídicos de especial relevancia y las restricciones injustificadas al libre comercio. La idea es promover altas expectativas en el cuidado de los intereses individuales y públicos *escogidos*, al tiempo que se otorgan libertades en los demás campos. En específico, los países miembros están comprometidos a proteger la vida, la salud y el ambiente de los ciudadanos, entre otros intereses²³, debiéndose abstener de intervenir en otros ámbitos con el potencial para afectar libertades de mercado. Así, un país no puede denegar la importación de mercancías bajo el pretexto de la protección de la industria local.

Cuando la idea de los intereses protegidos se traslada al ámbito de la responsabilidad, por ejemplo, para sustentar la aplicación de presunciones por infracciones normativas, se advierte como estos *deberes de diligencia* consagrados en normas nacionales o de la Unión deben tener por finalidad la protección de intereses como la vida, integridad y propiedad de las personas físicas. Otros intereses más difusos, *e.g.* los derechos fundamentales a la dignidad o a los datos personales, exigirán un mayor grado de especificación legal para concluir que su incumplimiento generó el daño que se reclama.

El interés público implícito en estas normas es el que faculta a las autoridades competentes para perseguir su infracción. Por ende, las autoridades

²² VON BAR (1998) p. 26.

²³ La jurisprudencia del TJUE ha dejado abierto el listado de intereses protegidos. Al respecto véase la sentencia Cassis de Dijon explicada en el numeral 3.1(A). TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (1979).

actúan a petición de cualquier interesado, pero también de oficio. Esto es posible cuando obtienen los medios económicos e institucionales que les permitan ser eficaces. En los últimos años la UE ha promovido la creación de agencias de control en varios ámbitos relacionados con los productos. Muestra de ello son el Comité Europeo de Protección de Datos, la Agencia para la Ciberseguridad (ENISA) y la Oficina Europea de IA.

B. La eficacia del control depende del proceso administrativo sancionador

Las normas de seguridad tienen una finalidad preventiva, que es tan efectiva como el control que sus autoridades ejercen. La promoción de la seguridad exige la aplicación de sanciones disuasorias y en tiempos razonables: los infractores deben percibir la amenaza que deriva del incumplimiento de sus deberes. Esta eficacia, en sociedades democráticas, depende de garantías fundamentales que validen las sanciones. El proceso administrativo sancionador, como vehículo para la eficacia de las normas de seguridad, debe garantizar mínimos fundamentales a los disciplinables.

Estas garantías operan en varios niveles. En un primer nivel, la sanción se debe proyectar sobre el principio de legalidad. Este principio supone la existencia previa de una norma válida y pertinente a la infracción que se imputa. Se trata de una garantía básica que en parte se justifica en la función disuasiva que debe acompañar las normas de seguridad: el infractor debe tener la posibilidad de ajustar su conducta a la expectativa legal. Por consiguiente, la existencia, claridad y correspondencia de la conducta reprochada y la norma son requisitos fundamentales de cualquier control administrativo. La falta de alguno de estos elementos es fuente de conflictos e incertidumbre para los operadores económicos y las autoridades de control. Ello justifica e ilustra algunas razones que motivan los esfuerzos emprendidos por la UE para ir construyendo un marco de seguridad detallado y complejo alrededor de la regulación de los productos. En un segundo nivel, el proceso sancionador debe ser rápido, pero sin lesionar garantías como la presunción de inocencia o la aplicación de sanciones bajo criterios de proporcionalidad, efectividad y equidad. Así, por ejemplo, cuando en 2001 la Directiva General de Seguridad de Productos²⁴ (DGSP) dispuso por primera vez como sanción el retiro provisional de las mercancías, surgió una controversia alrededor de los derechos que los actores económicos tenían si no se verificaban las infracciones²⁵. En tal sentido, la aplicación de sanciones debe ponderar la conveniencia entre protección de *intereses legítimos* y

²⁴ PARLAMENTO EUROPEO Y EL CONSEJO (2001).

²⁵ FAIRGRIEVE & HOWELLS (2006) pp. 59-69.

libertades de mercado. Por último, la responsabilidad sancionatoria es personal, lo cual incluye, por supuesto, el hecho de terceros por cuya conducta se responde. Tal responsabilidad individual se relaciona con el principio de legalidad, en el sentido de que la norma debe asignar el titular de la infracción investigada. Tal asignación resulta bastante útil a efectos de la responsabilidad civil, gracias a que la descripción detallada del deber de conducta facilita la atribución del daño. De allí que los estatutos de seguridad permitan construir presunciones a partir del indicio que señala a quien le correspondería, por ley, prevenir el daño que se ha causado. Sin embargo, contrario al ámbito sancionatorio, la responsabilidad civil no exige una conducta personal del demandado. De allí que la responsabilidad por productos canalice al fabricante los efectos del daño, aun si existen dudas sobre el origen del defecto²⁶.

2. *Las opciones regulatorias: extremos de los modelos de mercado y la búsqueda del equilibrio*

El planteamiento de la estrategia europea de mercado demanda un breve análisis de las alternativas disponibles. Para ello es posible partir de los modelos tradicionales, que aquí denomino “extremos”, los cuales permitirán concluir que cualquier estrategia moderna implica la utilización de elementos de uno y otro. Estos extremos serían: el modelo de corte liberal y el intervencionista²⁷.

A. Modelo de mercado de corte liberal

El primero es un modelo regulatorio de mercado que protege las libertades individuales y confía en que sus dinámicas, sumadas a puntuales interferencias artificiales, generen un equilibrio entre seguridad y desarrollo científico y tecnológico. Se caracteriza por la confianza que el Estado deposita en los operadores económicos como fuentes de seguridad y bienestar. Esta confianza tiene origen en la creencia de que el interés egoísta de los particulares redundará en provecho de la innovación y el desarrollo social.

El modelo se justifica, en gran parte, en los incentivos económicos que generan las libertades. Por un lado, los actores económicos perciben que la in-

²⁶ En la anterior directiva, art. 8: “1. Sin perjuicio de las disposiciones de Derecho interno relativas al Derecho a repetir, la responsabilidad del productor no disminuirá cuando el daño haya sido causado conjuntamente por un defecto del producto y por la intervención de un tercero”.

²⁷ Intervencionismo entendido como “sistema intermedio entre el individualismo y el colectivismo, que confía a la acción del Estado el dirigir y suplir la iniciativa privada”, véase TRIVIUM (1998) p. 369.

versión en seguridad puede ser fuente de ventaja competitiva en el mercado y llega a ser indispensable para mantener la reputación empresarial. Por el otro, anticipa que la falta de seguridad tiene efectos directos sobre el patrimonio a través de costos de aseguranza, indemnizaciones y multas.

Un paradigma de este modelo es el sistema estadounidense. Allí, las normas federales de seguridad y las intervenciones oficiales son la excepción. Cuando se manifiestan lo hacen en sectores de alto riesgo como los vehículos a motor, los alimentos o los productos farmacéuticos²⁸. Por lo demás, las medidas preventivas son voluntarias o provienen de sectores privados especializados; como el Instituto Nacional Estadounidense de Estándares²⁹; una entidad privada fundada en 1918, sin ánimo de lucro y cuya principal misión es identificar y desarrollar estándares de calidad y seguridad³⁰. Los estándares del ANSI son aplicados por la industria, pero también pueden ser reconocidos por los tribunales en procesos de responsabilidad³¹.

La toma de medidas voluntarias en seguridad bajo el modelo estadounidense se explica también en los incentivos que produce la amenaza de costosas indemnizaciones: daños punitivos, carencia de sistemas de seguridad social, altos costos sanitarios y cuantiosos reconocimientos por perjuicios extrapatrimoniales³². De allí que se pueda criticar su trasposición a entornos económicos o culturales que no cuenten con las mismas condiciones. Estos incentivos económicos se complementan con altos niveles de competitividad empresarial,

²⁸ SHAPO (2007) pp. 329-353.

²⁹ Véase www.ansi.org/about/introduction [fecha de consulta: 2 de julio de 2024].

³⁰ Es importante tener en cuenta que el reglamento (UE) 1025/2012 sobre normalización europea traduce la palabra '*standard*' como 'norma'. Por consiguiente, en el ámbito de la regulación en seguridad de los productos, una norma *-standard-*: "es una especificación técnica adoptada por un organismo de normalización reconocido, de aplicación repetida o continua, cuya observancia no es obligatoria" (art. 2-1). En la misma línea, un *organismo de normalización* –Organization for Standardization– es una entidad privada o agremiación que a petición de la Comisión presenta *especificaciones técnicas* para productos, *i.e.*, las características o métodos de producción aplicables para garantizar la calidad o seguridad de un producto. Cumplido un trámite legal que el reglamento dispone, el estándar se puede convertir en *norma armonizada*. Para evitar la confusión terminológica utilizaré el término "estándar o estándares" de seguridad.

³¹ Así lo explican Marc Franklin *et al.* en el asunto Robinson contra G.G.C., Inc., 808 P.2d 522 (Nev. 1991) donde una máquina trituradora lesionó un trabajador. La máquina tenía un dispositivo para evitar este tipo de accidentes, uno que, sin embargo, podía ser removido. ANSI recomendaba que en estos casos se incorporara un bloqueo; cosa que no ocurrió y que sirvió para que el tribunal fallara en favor del lesionado. FRANKLIN (2016) p. 603.

³² "En algunas jurisdicciones como en EE.UU o Nueva Zelanda, las normas de responsabilidad juegan un rol mayor para complementar las normas de seguridad de carácter público y privado [...] En China, las licencias públicas (llámense certificaciones, licencias, registros o permisos individuales) se requieren para muchos productos o grupos de productos antes de ser introducidos en el mercado". Véase COMISIÓN EUROPEA (2021) p. 7. Amending Regulation (EU).

disponibilidad de servicios jurídicos y sistemas judiciales eficientes³³ que motivan la toma de medidas privadas.

B. Modelo de mercado de corte intervencionista

El otro extremo lo ocupan modelos de corte intervencionista. Sus características son altos niveles de actividad burocrática y sanciones oficiales como incentivo para la seguridad del mercado. El intervencionismo, contrario al modelo liberal, desconfía de la iniciativa privada y se enfoca en la capacidad oficial para controlar la seguridad del mercado. Esta desconfianza genera barreras y produce tensiones con la industria; no obstante, y según las circunstancias, el intervencionismo puede también constituir un buen instrumento de control frente a los excesos de los particulares.

Un modelo de corte intervencionista plantea varios desafíos. En primer lugar, se encuentran los costos asociados a la actividad legislativa y el control oficial. La protección pública demanda grandes cantidades de recursos que se invierten en legisladores especializados, autoridades de control preparadas y medios técnicos.

Por otro lado, la intervención oficial que no es calibrada de forma adecuada puede incidir de forma negativa en las dinámicas del mercado y el ritmo del progreso tecnológico. Es lógico pensar que, a mayores requisitos, autorizaciones y, en general, intervenciones en la actividad privada, menores serán los riesgos que asuman los particulares.

Por último, hay que tener en cuenta que un Estado interventor requiere de un flujo constante de medidas legislativas que reflejen los niveles de control deseados. Además de los recursos económicos que dicha actualización demanda, las dinámicas tecnológicas y del mercado impactan la eficacia normativa, haciendo las leyes obsoletas en poco tiempo. Dado que es imposible anticiparse a los efectos que tendrá el progreso tecnológico, el costo de las actualizaciones normativas se traslada al consumidor en forma de impuestos y costos de producción que encarecen el producto y afectan la oferta y en general el mercado³⁴.

En suma, el modelo intervencionista es costoso, requiere de una sólida base institucional y supone la permanente actualización y capacitación del legislador y las autoridades de control.

De este breve análisis se concluye que el diseño de una estrategia de seguridad equilibrada constituye un serio desafío social, administrativo, político

³³ HOWELLS (1999; 2000) pp. 305-46.

³⁴ CORONES & CLARKE (1997).

co y económico. El nivel de intervención oficial escogido impacta el desarrollo tecnológico y los intereses jurídicos que se pretenden proteger. Lo ideal es encontrar un equilibrio entre protección y libertades económicas. Un equilibrio que evite abusos particulares, pero que genere las condiciones para la innovación.

Este ideal supone, entonces, ciertas renunciaciones. En parte, las correspondientes elecciones se pueden centrar en definir cuáles intereses jurídicos se pretenden proteger con mayor ahínco, así como en la intensidad con que se realizarán las actividades de control. Estas elecciones, se insiste, deben ponderar la influencia positiva del desarrollo tecnológico³⁵: en ocasiones estos emprendimientos son socialmente deseables, en especial, porque su finalidad puede contribuir a la protección de los intereses jurídicos que con la intervención se pretenden proteger.

Como se verá a continuación, la UE ha encontrado su propio modelo y ahora se lo está mostrando al mundo.

III. LA ESTRATEGIA EUROPEA DE SEGURIDAD PARA LOS PRODUCTOS: ANTECEDENTES Y CARACTERÍSTICAS

1. Antecedentes del marco legislativo de seguridad: del antiguo al nuevo enfoque

El actual marco legislativo de seguridad de la UE es producto de la experiencia y el aprendizaje de varias décadas. Un buen punto de referencia para ilustrar tal evolución es el cambio que en la década de 1980 se dio desde el antiguo hacia el nuevo enfoque.

La UE nació y evolucionó sobre el eje de la integración económica. Primero, con la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA); luego, con el compromiso político y económico del *mercado común*³⁶ y la Comunidad Económica Europea (CEE) descrito en el Tratado de Roma (1957). Después, con la introducción, en 1992, de la unión económica y monetaria que

³⁵ FAURE, GOODWIN & WEBER (2014) pp. 283-364.

³⁶ Se advierte una transición terminológica asociada al grado de integración del mercado. Desde la eliminación de las barreras arancelarias, hasta el tratamiento del mercado europeo como uno solo. De allí que el término “mercado común” consagrado en el Tratado de Roma (1958) se haya modificado después por el de “mercado interior” o “mercado Único”. Este cambio se hizo oficial, primero, con el Acta Única Europea y, luego, con el Tratado de Lisboa (2009) donde ya se eliminaron las referencias al mercado común. Véase CARAVACA y CARRASCOSA (2003) y WEATHERILL (2017).

originó el euro con el Tratado de Maastricht y, últimamente, mediante la estrategia de mercado único digital europeo (2015). La UE es una empresa en constante evolución.

Aunque los primeros tratados demostraron el potencial de la integración económica, en la década de 1970 se perdió el impulso. Diferencias políticas, ideológicas y económicas entre los países; medidas proteccionistas, y recesión económica derivada de la crisis del petróleo fueron algunos factores que afectaron las dinámicas originales. La integración económica requeriría un nuevo impulso que se apoyaría en medidas legislativas para dinamizar el mercado y sus libertades.

A. El antiguo enfoque legislativo en la seguridad de los productos

En la década de 1960, la integración económica del mercado europeo pasaba por su mejor momento. La unificación de la aduana europea, la eliminación de requisitos aduaneros y la reducción de formalidades en el tráfico transfronterizo favorecieron el nacimiento del mercado común europeo³⁷. Sin embargo, con el paso de los años algunas circunstancias políticas y económicas fueron generando fricción entre los países. Se cita, por ejemplo, la influencia que en ello tuvieron dos recesiones económicas, la lentitud legislativa para reaccionar frente al proteccionismo estatal, la unanimidad requerida para las decisiones del Consejo y la proliferación de normas técnicas y requisitos nacionales que frenaban el intercambio de mercancías y creaban desconfianza entre los países³⁸. Esto último habría generado un ambiente de litigiosidad entre actores económicos y agentes estatales que se debatían por la legitimidad de las normas. Esto no solo suponía disputas interpretativas, sino que incrementaba los costos de producción, desincentivaba las exportaciones y disminuía los beneficios de las economías de escala de la industria³⁹.

Tales conflictos derivaban del Tratado de Roma que, si bien impedía las restricciones injustificadas al intercambio de mercancías (art. 30), dotaba de autonomía a los países para regular la protección de intereses legítimos. Esto dabalugarainterpretacionesobre la validez de las normas emitidas cuando confluían sujetos de distintos países. En este escenario, los actores económicos debían cumplir las normas europeas, pero también las nacionales. En este último caso, tanto las de su país de origen como las del país receptor de las mercancías. Este modelo sería conocido como “el viejo enfoque”.

³⁷ GORMLEY (2006) p. 17.

³⁸ *Op. cit.*

³⁹ FARR (1992).

El viejo enfoque estuvo vigente durante algunos años, pero ya se advertía la necesidad de su abandono como vehículo para la integración económica. Tal cambio se empezó a materializar a fines de la década de 1970. El asunto Rewe-Zentral AG contra Bundesmonopolverwaltung⁴⁰ evidenció cómo se vivían estas dificultades en la práctica y cuáles debían ser las soluciones. Allí, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) analizó la legitimidad de una norma exigida para la importación en Alemania de la bebida francesa Cassis de Dijon. Según la norma, Cassis no podía ser comercializada porque su baja graduación alcohólica impedía su comercialización como licor. Esta *restricción* se justificaba por las autoridades en la protección de los consumidores.

Al analizar el conflicto, el TJCE concluyó que la norma era ilegítima a la luz del Tratado de Roma. El fallo tuvo en cuenta que la norma constituía una restricción cuantitativa o una medida con efecto equivalente⁴¹, *i.e.* una ley que no tenía por finalidad la protección de un interés legítimo. En su argumentación, el TJCE invocó el principio de reconocimiento mutuo según el cual los países deben aceptar las condiciones legales en que producen los fabricantes comunitarios. El principio tiene en cuenta que, si todos los países persiguen la protección de los mismos intereses, no deben coexistir diferentes niveles de protección.

Cassis de Dijon hizo explícitos algunos intereses legítimos: “la supervisión fiscal, la protección de la salud pública, la justicia en las transacciones comerciales o la defensa del consumidor” (C. 8). Para evitar leyes restrictivas, la CEE debía adquirir el compromiso de armonizar las normas que los Estados miembros exigirían. Estos requisitos se deberían limitar a los esenciales para la protección de *intereses legítimos*, prohibiendo la emisión de normas adicionales. Tal iniciativa demandaba “una obra constructiva”⁴² de la legislación armonizada y una comunicación interestatal eficiente⁴³. Esta estructura luego se conocería como el “nuevo enfoque” legislativo en seguridad.

⁴⁰ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD EUROPEA (1979).

⁴¹ Las restricciones cuantitativas son medidas proteccionistas para controlar la cantidad de bienes que se importan. En la práctica son cuotas que se establecen para ciertos productos. Las medidas de efecto equivalente, por su parte, señalan cualquier otra disposición cuya finalidad sea restringir el libre tráfico.

⁴² GASÓLIBA (1989) p. 55.

⁴³ La directiva 83/189/CEE sobre procedimientos de información dispuso: “Las reglamentos técnicos relativos a los productos sólo pueden admitirse si son necesarios para satisfacer exigencias imperativas y persiguen un fin de interés general” (C. 2). Para estar al tanto de las medidas emitidas por cada Estado miembro, esta directiva estableció su derecho a “estar informados de las reglamentaciones técnicas previstas por uno de ellos” (C. 4). Ello, con el fin de plantear objeciones o modificaciones que evitaran restricciones injustificadas. CONSEJO DE LAS COMUNIDADES EUROPEA (1983) pp. 8-12.

B. El nuevo enfoque legislativo en seguridad de los productos

La resolución del Consejo Europeo del 7 de mayo de 1985 relativa a una nueva aproximación en materia de armonización y normalización⁴⁴ planteó los principios del “nuevo enfoque”, los cuales se pueden resumir así:

- la aplicación del principio de reconocimiento mutuo en las normas de seguridad,
- armonización europea de las normas de seguridad de los productos,
- autorización para que los Estados miembros regulen la seguridad en ausencia de norma armonizada y
- en caso de conflicto entre normas nacionales, las autoridades solo pueden exigir aquellas que protejan *intereses legítimos*, por tanto,
- los países miembros deben garantizar que sus normas sean adecuadas, necesarias y proporcionadas para cumplir el fin de protección sin restringir injustificadamente el mercado interior.

Los principios descritos descubrían varias líneas de acción. Era necesario acelerar el proceso de armonización legislativa en el ámbito europeo y complementar este marco superior con normas ágiles que se adaptaran a las dinámicas del desarrollo tecnológico. La fórmula que el “nuevo enfoque” propuso consistió en completar las directivas armonizadas con estándares técnicos emanados de organismos de normalización.

C. La armonización y los organismos de normalización (estandarización)

La resolución del Consejo del 7 de mayo dispuso que los instrumentos legislativos comunitarios solo se ocuparían de los *requisitos esenciales* de los productos; es decir, las normas encargadas de proteger los intereses legítimos⁴⁵. Las especificidades técnicas, *i.e.*, las condiciones particulares de seguridad aplicables en cada caso, debían emitirse por *organismos de normalización* (C. 2)⁴⁶. Esta perspectiva conduciría a que los requisitos se armonizaran con normas más flexibles para luego desarrollar las particularidades técnicas.

El anterior proceso se denomina *normalización* y consiste en una política de delegación reglamentaria a organismos de normalización, para que emitan

⁴⁴ CONSEJO DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (1985).

⁴⁵ El anexo II lo plantea así: “la armonización legislativa se limitará a la adopción, mediante directivas basadas en el artículo 100 del Tratado CEE, de las exigencias esenciales de seguridad (o de otras exigencias de interés colectivo) [...]”.

⁴⁶ “a los organismos competentes en materia de normalización industrial se confiará la tarea, teniendo en cuenta el estado de la tecnología, de elaborar las especificaciones técnicas que necesitan los profesionales para producir y poner en el mercado”.

estándares o normas armonizadas que son aceptadas como soluciones expertas en determinados campos⁴⁷. En Europa existen tres organismos de normalización que están habilitados para realizar este proceso; cada uno con una especialidad⁴⁸. Si la Comisión se los solicita y se cumple un procedimiento de socialización, los estándares publicados se aceptan como medio para atender los requisitos de seguridad.

La normalización es un aspecto central de la estrategia de seguridad europea. Por una parte, porque pretende eliminar los desacuerdos interpretativos y técnicos alrededor de las medidas necesarias para cumplir con las normas de seguridad. Por el otro, porque es una importante fuente de ventaja competitiva para las empresas europeas al:

- i) disminuir los costos de producción al uniformizar los procesos de producción;
- ii) ser fuente de seguridad jurídica;
- iii) profesionalizar la industria y
- iv) si los estándares se afianzan, se convierten en referentes globales que atraen inversión y beneficios colectivos.

De allí que la armonización y la normalización constituyan pilares regulatorios para la UE en su búsqueda de equilibrio entre protección y libertades.

D. La conformidad de los productos y su declaración por el operador económico

Otro principio estructural del nuevo enfoque es la *declaración de conformidad*, i.e. la manifestación del fabricante de que el producto cumple con la seguridad jurídicamente esperada⁴⁹. Los instrumentos legislativos desarrollan los parámetros de seguridad, su cumplimiento corresponde a los operadores económicos. Por regla general estos no requieren de autorización alguna para producir y comercializar sus productos. El control que impone la ley consiste en que los operadores económicos declaren que este es conforme con los requisitos esenciales regulados en la norma armonizada o nacional.

La declaración de conformidad surge luego del análisis de los riesgos que el fabricante hace de su producto. Es su responsabilidad identificar y tomar medidas para evitar que dichos riesgos vulneren intereses protegidos. Por los

⁴⁷ Véase nota al pie n.º 30.

⁴⁸ Incluidos en el anexo I del reglamento (UE) 1025/2012; Comité Europeo de Normalización (CEN); Comité Europeo de Normalización Electrotécnica (CENELEC) y el Instituto Europeo de Normas de Telecomunicación (ETSI).

⁴⁹ En otras palabras, que es compatible a las exigencias que las normas le imponen al producto. En ocasiones, la declaración de conformidad requiere una certificación proveniente de un organismo independiente.

altos estándares que promueve la Unión, en algunos productos de especial peligro, la tolerancia a los riesgos es cercana a cero⁵⁰. Esta declaración es una referencia pública tanto de los riesgos analizados como de las medidas de seguridad adoptadas al momento de su fabricación.

El momento en que se debe declarar la conformidad del producto es importante porque refleja las medidas de seguridad disponibles al tiempo de su comercialización. Cualquier sanción basada en la infracción de una norma debe analizar estas condiciones. Esta misma idea es acogida por la DRPD al exonerar al fabricante si “es probable que el defecto que causó el daño no existiera en el momento en que el producto fue introducido en el mercado [...]” o si “el estado objetivo de los conocimientos científicos y técnicos [...] no permitía descubrir el carácter defectuoso [del producto]” (art. 11, lits. c y e).

En su momento la resolución de 1985 se refería a normas específicas del producto, vigentes en el acervo comunitario. En aquel momento no existía, como ahora, una cláusula general que estableciera el deber de comercializar solo mercancías seguras. Esto cambiaría en 1992 con la primera Directiva General de Seguridad de los Productos (DGSP)⁵¹ que dispuso una cláusula general de este tipo⁵².

La conformidad del producto no depende del estricto cumplimiento de las normas o estándares *armonizados* por parte del fabricante. Este queda en libertad de escoger los medios con los que satisface las expectativas públicas. No obstante, si opta por cumplir los estándares armonizados lo beneficiará una *presunción de conformidad* de seguridad, *i.e.*, una presunción desvirtuable de que su producto cumple con las expectativas europeas. De lo contrario, debe demostrar que las medidas tomadas son suficientes y adecuadas para los riesgos que su producto refleja.

En síntesis, el fabricante tiene libertad para escoger los medios con que garantiza la seguridad de sus productos; lo cual resulta conveniente para la innovación. Le está permitido, así, al fabricante apartarse del consenso técnico descrito en el estándar armonizado. Incluso, cuando por el riesgo se dispone la intervención de *organismos notificados* que certifican su conformidad, y sin perjuicio de normas tan específicas que su cumplimiento no da lugar a alternativas, *e.g.*, el empleo de un material ignífugo.

⁵⁰ Así se analizó en el asunto Boston Scientific contra AOK por unos marcapasos y unos desfibriladores cuya extracción había sido necesaria para evitar daños ante una posible defectuosidad no corroborada del producto. Véase TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (2015).

⁵¹ CONSEJO DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (1992).

⁵² La DGSP: “buscó llenar cualquier vacío relativo a productos de consumo, estableciendo un requisito general de seguridad dirigido a productores y distribuidores”, véase FAIRGRIEVE & HOWELLS (2006) p. 59.

Este enfoque es importante a efectos de lo antes planteado, debido a que para verificar el incumplimiento de normas de seguridad no basta constatar la directiva europea o la norma armonizada. Puede ser necesario estudiar la declaración de conformidad emitida y evaluar las medidas adoptadas para conocer si la infracción existió.

Lo que sigue es identificar cómo los principios del nuevo enfoque se convirtieron en un marco jurídico. El NML constituye la materialización de tal política.

IV. LA SISTEMATIZACIÓN DEL NUEVO ENFOQUE: EL NUEVO MARCO LEGISLATIVO DE SEGURIDAD PARA LOS PRODUCTOS

Con el paso de los años y la experiencia adquirida se hizo evidente la necesidad de un marco armonizador del nuevo enfoque legislativo. En palabras de la Comisión:

“la negociación de los primeros textos de armonización de la Unión en virtud del nuevo enfoque destacó inmediatamente el hecho de que la determinación de los requisitos esenciales y las normas armonizadas no eran suficientes para crear el grado necesario de confianza entre los Estados miembros y que debían desarrollarse instrumentos y una política de evaluación de la conformidad horizontales”⁵³.

El NML recogió la armonización y la normalización, y le añadió nuevos ingredientes para complementar el ciclo de control de seguridad sobre los productos. En un principio, estaba compuesto por el reglamento 765/2008/CE, sobre requisitos de acreditación y vigilancia del mercado para la comercialización de productos⁵⁴ y la decisión 768/2008/CE, sobre un marco común para la comercialización de los productos.

1. La decisión 768/2008/CE, sobre comercialización de productos

La decisión 768/2008/CE (la decisión) es un modelo legislativo, un patrón que deben seguir las normas armonizadas. Plantea definiciones, procedimientos

⁵³ COMISIÓN EUROPEA (2022c) p. 8.

⁵⁴ PARLAMENTO EUROPEO Y EL CONSEJO (2008). <http://data.europa.eu/eli/reg/2008/765/oj/spa>., "plainCitation": Parlamento Europeo y el Consejo, Reglamento (CE Reglamento derogado de forma parcial en sus arts. 15 a 29 en aspectos relacionados con la vigilancia del mercado y el control *ex post* de las autoridades. Véase PARLAMENTO EUROPEO Y EL CONSEJO (2019).

y deberes dirigidos a operadores económicos y autoridades; sin embargo, no es de obligatorio cumplimiento. Es una norma sui géneris y un compromiso político asumido por el Parlamento Europeo, la Comisión y el Consejo⁵⁵. Su objetivo principal es que las eventuales directivas de armonización tengan una plantilla coherente que dé continuidad a la política de nuevo enfoque.

Es una herramienta para acoplar las normas armonizadas a la estrategia de seguridad. Por una parte, permite que en lo sucesivo se adopte una terminología uniforme, por ejemplo, acogiendo definiciones como “evaluación de conformidad” u “organismo de evaluación”. Por otra parte, permite que las normas de seguridad se ajusten al objetivo estratégico de equilibrar la protección y las libertades económicas. Con ese fin, establece mecanismos como los “módulos” de análisis de la conformidad, los cuales son criterios agrupados que sugieren requisitos cuya complejidad aumenta en proporción a los riesgos del producto. Esto permite que los instrumentos armonizadores establezcan requisitos con un enfoque diferenciado, en el que los fabricantes de artículos menos peligrosos son exonerados de cumplir los requisitos más gravosos. Entre otras ventajas, brinda una plantilla que agiliza los procesos legislativos y estandariza, hasta cierto punto, los derechos y deberes de los operadores económicos.

A. El nivel de riesgo y la evaluación de la conformidad

Según se ha mencionado, el fabricante debe evaluar la conformidad de su producto haciendo un análisis de sus riesgos. La decisión 768/2008/CE propone un *menú de módulos, i.e.*, requisitos y procedimientos de seguridad que la norma europea –directiva o reglamento– puede adoptar. Los procedimientos más estrictos están reservados para los productos de mayor riesgo. Siguiendo este patrón, las directivas europeas establecen requisitos que van desde la evaluación independiente del fabricante hasta la intervención de un *organismo de evaluación de la conformidad*. Estos organismos descentralizados verifican que esté conforme con la legislación europea en seguridad.

B. Los organismos de evaluación de la conformidad y los organismos notificados

La confianza en la declaración autónoma del fabricante disminuye cuanto más riesgoso es su producto. En ciertos casos es necesario restringir la libertad del fabricante a efectos de aumentar la protección. Para ello, la decisión introduce una entidad ajena a este que se encarga de verificar su seguridad. Estas entida-

⁵⁵ COMISIÓN EUROPEA (2022c).

des reciben el nombre de *organismos notificados* y su competencia la adquieren luego de cumplir con una *designación* a cargo de las autoridades nacionales⁵⁶.

Para ser un organismo notificado, el reglamento 765/2008 establece un procedimiento de acreditación que versa sobre su competencia técnica⁵⁷. Entre las funciones de verificación encomendadas está la calibración, certificación, pruebas de laboratorio o inspección de los productos. Por la naturaleza de sus funciones, sus actuaciones responden a principios de imparcialidad, eficiencia, especialidad e interés público. Quien que acuda a un organismo notificado no habilitado para el producto de que se trate, u obtenga una certificación emitida por fuera de su competencia, podría estar incumpliendo el marco de seguridad.

C. Los operadores económicos y su definición

Uno de los aspectos más importantes de la decisión 768/2008/CE fueron sus definiciones. Ya se había visto cómo el concepto de operador económico, aquí “agentes económicos” (art. R1-7) irriga la normativa europea de mercado. El valor de la decisión está en haber incluido los sujetos que la componen y sus obligaciones: fabricante, representante autorizado, importador y distribuidor son actores que, a pesar de algunas variaciones, han sido fuente de armonización y coherencia legislativa⁵⁸.

2. El reglamento (UE) 765/2008, sobre vigilancia del mercado

El otro componente del NML es el reglamento 765/2008/CE. Contrario a la decisión, es una norma de aplicación directa y de obligatorio cumplimiento, *i.e.*, no requiere de transposición en leyes nacionales⁵⁹. El reglamento se ocupa de la base jurídica del *proceso de acreditación* de los organismos notificados, aunque

⁵⁶ Comisión Europea.

⁵⁷ El usuario selecciona entre la lista vigente en la Web NANDO. En esta se informa sobre la competencia de cada organismo notificado. Así se evita, por ejemplo, el pago por “certificaciones voluntarias” que son ineficaces frente al cumplimiento de normas de seguridad. Véase <https://webgate.ec.europa.eu/single-market-compliance-space/#/home> [fecha de consulta: 2 de julio de 2024].

⁵⁸ De la intención de coherencia legislativa a partir de las definiciones da cuenta la DRPD, que descartó el término ‘productor’ que traía la anterior directiva y adoptó el de ‘fabricante’.

⁵⁹ En el sistema jurídico de la UE, la transposición es un proceso de incorporación legislativa nacional de las normas comunitarias. Por su naturaleza, los reglamentos, a diferencia de las directivas comunitarias, son de aplicación directa en los términos que la legislación indique. Al contrario, las directivas requieren de una ley nacional que las incorpore y su grado de obligatoriedad varía de acuerdo con el tipo de directiva: de máxima o mínima armonización.

su aspecto más relevante es el marco de vigilancia del mercado. A efectos de la responsabilidad, según se mencionó, su importancia radica en que una intervención administrativa de la autoridad de mercado –*e.g.* mediante el retiro o recuperación de las mercancías– permite calificar el producto de defectuoso; por supuesto, atendiendo a todas las demás circunstancias (art. 7g de la DRPD).

A. La vigilancia del mercado

El comercio de productos representa el 25 % del PIB europeo y equivale a la sexta parte del mercado mundial: una suma aproximada de tres mil sesenta millones de euros a 2015⁶⁰. Estas cifras hacen en extremo atractiva la importación de productos inseguros y la fabricación sin el cumplimiento de los requisitos legales. Dado que los controles de seguridad son, por regla general, posteriores a la comercialización de los productos y que las aduanas se ven desbordadas por el flujo de mercancías, la UE requería un marco legislativo para ejecutar controles adecuados de seguridad.

En su origen desarrollado por el reglamento 765/2008 y luego modificado por el reglamento (UE) 2019/1020, la vigilancia del mercado estructura el marco administrativo para prevenir y sancionar por infracciones en la seguridad de los productos. Se trata de otro de los pilares del marco de seguridad, esta vez a cargo de las autoridades y sus funciones principales son las siguientes:

- exigir que los operadores económicos aporten la documentación técnica del producto, así como los detalles de la red de distribución empleada,
- realizar inspecciones *in situ* y sin previo aviso al investigado, así como revisar los productos,
- realizar intervenciones por motivos de seguridad. Las más notorias son la prohibición de comercializar las mercancías, su retiro, su recuperación –del consumidor– o la imposición de sanciones “efectivas, proporcionadas y disuasorias”.

Las medidas disuasorias han servido para generar una percepción pública de seguridad y de control institucional; algunas de ellas con un considerable impacto mediático. Así ocurrió, por ejemplo, con la sanción impuesta a Google LLC y su matriz Alphabet, Inc. con ocasión de los abusos identificados en su plataforma Android. Con más de cuatro mil cien millones de euros⁶¹ ha sido la multa más cuantiosa impuesta a un operador económico en la historia de la UE.

⁶⁰ COMISIÓN EUROPEA (2017) p. 1.

⁶¹ Si bien se trata de una sanción administrativa impuesta por abuso de posición dominante, responde a los mismos criterios establecidos en el reglamento (UE) 2019/1020. Véase TRIBUNAL GENERAL DE LA UNIÓN EUROPEA (2022) C. 1082 y ss.

Luego de una década, el marco de vigilancia del mercado debió ser actualizado. El reglamento (UE) 2019/1020 adaptó esta institución a las necesidades del comercio moderno. En cumplimiento de la actualización:

- incrementó la coordinación europea de las autoridades de vigilancia nacionales, tanto aduaneras como de mercado,
- fortaleció el uso de los sistemas de información de seguridad de los productos, los eventos de riesgo y las sanciones impuestas⁶²,
- prescribió deberes de seguridad e incluyó a los prestadores de servicios logísticos en la categoría de operadores económicos.

B. El mercado “CE”

Por último, el Reglamento (UE) 765/2008 incorporó los principios generales del mercado “CE”⁶³. Se trata de un símbolo que indica la conformidad del producto con la seguridad esperada. Ello no es una señal inequívoca de que este ha sido fabricado en la UE; pero sí distingue aquellos que cumplen con sus estándares de seguridad. El marcado “CE” facilita el control de seguridad a los operadores económicos que adquieren o modifican productos, dado que también pueden ser declarados responsables en desarrollo de sus actividades de importación o distribución.

3. Conclusión preliminar

En síntesis, el NML es la formalización legislativa de la política de nuevo enfoque. Esta se ocupó de introducir definiciones, deberes, procedimientos e instituciones relativas a la estrategia de seguridad europea⁶⁴. Sin embargo, con todo y

⁶² Así, por ejemplo, el art. 8 del reglamento establece que el portal “Tu Europa” debe informar sobre la seguridad de los productos. Allí se encuentra información especializada sobre los requisitos, normas y autoridades que intervienen en el control de seguridad de los productos. Véase https://europa.eu/youreurope/business/product-requirements/compliance/identifying-product-requirements/index_es.htm [fecha de consulta: 2 de julio de 2024].

⁶³ La función del sello CE se describe así por las autoridades: “Para poder venderse en la UE, muchos productos deben llevar obligatoriamente el marcado CE, que demuestra que el fabricante ha evaluado el producto y se considera que este cumple los requisitos de seguridad, sanidad y protección del medio ambiente exigidos por la UE. El marcado CE es obligatorio para los productos fabricados en cualquier lugar del mundo que vayan a comercializarse en la UE”. UNIÓN EUROPEA (2024).

⁶⁴ Sobre la función que cumplen cada uno de estos elementos, ha dicho la Comisión Europea: “todos estos elementos diferentes están interrelacionados, funcionan juntos y son complementarios, formando una cadena de calidad de la UE. La calidad del producto depende de la calidad de fabricación, que en muchos casos se ve afectada por la calidad de los ensayos, internos o llevados a cabo por organismos externos, que depende de la calidad de los procesos de evaluación de la conformidad, que está influenciada por la calidad de los organismos, que a su vez depende de la calidad de sus controles, dependiente de la calidad de la notificación o la acreditación. El sistema

su complejidad, el NML responde a un contexto histórico donde las mercancías físicas y las cadenas logísticas no habían sido impactadas por la transformación digital. Por el contrario, los esfuerzos legislativos en los últimos años se han concentrado en proporcionar un marco de seguridad adecuado para las características que exhiben los nuevos productos digitales.

V. EL MERCADO ÚNICO DIGITAL:

LOS DESAFÍOS DE LOS NUEVOS PRODUCTOS DIGITALES

Quizá uno de los principales desafíos que ha afrontado la UE en este siglo ha sido el de promover condiciones políticas para el desarrollo tecnológico. La UE despertó tarde a la cuarta revolución industrial: solo hasta 2010 formuló una agenda digital⁶⁵ y tardó cinco años más para presentar su estrategia de Mercado Único Digital (MUD)⁶⁶. Una vez admitió su letargo, se ocupó de producir una impresionante colección de normas y propuestas para promover las libertades del mercado. De allí que se diga que Estados Unidos diseña, China produce y la UE legisla.

1. Las tecnologías digitales y los nuevos retos en seguridad

Las tecnologías digitales han cambiado algunas de las percepciones tradicionales sobre los riesgos de los productos. Esto es consecuencia de la desmaterialización que genera la digitalización; la creciente interacción producto-servicio; la incorporación de novedosas funcionalidades que dependen de procesos de información y la complejidad técnico-científica que resulta de la mezcla de los anteriores elementos, entre otros motivos.

2. Los problemas identificados

En 2020 la Comisión Europea publicó un informe en el que analizaba el impacto de la IA, internet de las cosas y la robótica en el marco de seguridad y la

en su conjunto depende de la calidad de la vigilancia del mercado y de los controles de los productos procedentes de terceros países [...] Si un elemento se perdiera o mostrara debilidad, la solidez y la efectividad de toda la 'cadena de calidad' quedarían en entredicho". COMISIÓN EUROPEA (2022c) p. 12.

⁶⁵ COMISIÓN EUROPEA (2010).

⁶⁶ COMISIÓN EUROPEA (2015).

responsabilidad civil europea⁶⁷. En su análisis, la Comisión concluyó que las normas de seguridad vigentes podían hacer frente a los cambios tecnológicos. Esto, en primer lugar, por el carácter tecnológicamente neutro de sus disposiciones y, en segundo, porque ya algunas normas habían incorporado disposiciones relativas a estos productos, *e.g.*, el Reglamento de Productos Sanitarios (UE) 2017/745 o la directiva 2014/32/UE sobre instrumentos de medida.

Con todo, la Comisión reconoció que algunas características de la nueva generación de productos, o no estaban reguladas, o las normas vigentes carecían de claridad. A continuación, presentaré cómo dichas características impactan el marco de seguridad vigente y cuáles son algunos de los remedios adoptados. Para el efecto describiré los riesgos partiendo de los tres elementos que integran todo producto digital: programa informático, equipo informático y datos o información⁶⁸. Aunque en la práctica los tres conforman un sistema y, como tal operan de forma conjunta, trataré de explicar sus desafíos de manera individual.

3. *El programa informático o software*

A. Los elementos esenciales de una definición de *software*

El programa informático o *software* se ha definido como la “parte de un sistema electrónico de información consistente en un código informático”⁶⁹. Como *parte*, el *software* se complementa con equipos informáticos y con información. Cuando se aísla de su componente material y del flujo de datos que alimenta su funcionamiento, el *software* adquiere una forma inmaterial que la definición legal citada designa “código informático”⁷⁰.

⁶⁷ Señala que: “Una gran parte del marco de la Unión en materia de seguridad de los productos se redactó antes de la aparición de tecnologías digitales tales como la IA, el internet de las cosas o la robótica [lo cual] [...] no implica que no pueda aplicarse a los productos que incorporan estas tecnologías”. COMISIÓN EUROPEA (2020) p. 5.

⁶⁸ Se podría señalar que los datos son los símbolos y la información es el fin de utilizar los datos. Esta última requiere un sujeto analice su sentido.

⁶⁹ Así, en el art. 3-6 de la propuesta de Reglamento sobre Ciberseguridad, véase COMISIÓN EUROPEA (2022d).

⁷⁰ La directiva 2009/24/CE sobre programas de ordenador no define con claridad en qué consiste el *software* (programa de ordenador). Se adopta mejor la definición de la propuesta del Reglamento sobre Ciberseguridad. No obstante, menciona que el programa de ordenador son expresiones del intelecto y su protección legal versa sobre “la expresión del programa de ordenador y [...] las ideas y principios implícitos en los elementos del programa [no está protegida] [...]” (C. 11). Lo anterior da cuenta de la naturaleza abstracta del concepto y su origen humano. Véase PARLAMENTO EUROPEO Y EL CONSEJO (2009).

El código es lenguaje, instrucciones transmitidas en lenguaje de máquina –*Machine code*– que el equipo informático interpreta con el objetivo de desempeñar una tarea. Como lenguaje e idea se podría afirmar que el código informático tiene dos características esenciales: intangibilidad y racionalidad.

Por *intangibilidad* me refiero a la forma inmaterial del *software*. Un programa informático contiene instrucciones; código en lenguaje de máquina que guía la actuación del producto. De su naturaleza intangible da cuenta la ley: el código está protegido por la directiva 2009/24/CE sobre protección a programas de ordenador, ya que es una “creación intelectual propia de su autor” (art. 1-3)⁷¹.

Por *racionalidad* se señala la cualidad de ser un objeto que responde a determinada lógica, a un orden implícito con sentido para las personas. Por su naturaleza intelectual, la protección legal del *software* incluye los “trabajo[s] preparatorio[s] de concepción que conduce[n] al desarrollo” (C. 7)⁷². De allí que se diga:

“La programación es un oficio. En su forma más elemental, es hacer que una computadora haga lo que tú quieres que haga (o lo que el usuario quiera que haga)”⁷³.

B. Los riesgos de la intangibilidad y la racionalidad implícita en el *software*

Contemplando los elementos anteriores, el *software* genera riesgos que el marco de seguridad no habría podido prever. En primer lugar, la *intangibilidad* es ajena a la regulación tradicional de la seguridad en productos, la cual se había ocupado de riesgos asociados a la producción industrial en masa⁷⁴, a la fuerza mecánica o la complejidad intrínseca de los productos *tangibles*⁷⁵. En este escenario, la seguridad se ocupa del proceso productivo y de la información de uso ofrecida al usuario. Este trasfondo llevó a que la regulación de productos se enfocara en objetos muebles *tangibles*, excluyendo al *software* independiente (*stand alone software*) y a cualquier otra manifestación intangible como los servicios.

⁷¹ PARLAMENTO EUROPEO Y EL CONSEJO (2009).

⁷² *Ibid.*

⁷³ HUNT & THOMAS (2020) p. xix.

⁷⁴ Primero, alimentos y productos de consumo o artículos de aplicación humana como venenos, talcos o bebidas; luego, con vehículos y maquinaria. Para una perspectiva histórica de las garantías de calidad y seguridad alrededor de los bienes, véase JAEGER (1963) pp. 501-556.

⁷⁵ Muestra de ello es la catástrofe de la Talidomida, que provocó la creación de un régimen de responsabilidad objetiva en Alemania, *i.e.*, la Ley de Productos Medicinales o Arzneimittelgesetz. Este escándalo también motivó la expedición de la directiva 85/374/CEE sobre responsabilidad por productos defectuosos. Véase MAGNUS (2018) pp. 103-114.

Tal enfoque parece haber seguido la división de las libertades del mercado que trae el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), *i.e.*, mercancías, personas, servicios y capitales⁷⁶. Antes de la vigente definición de producto se entendía que el *software* independiente, *i.e.*, aquel no incorporado en un continente material, era un servicio. Esta concepción seguía el TFUE, que define los servicios como prestaciones ejecutadas en actividades de carácter industrial o de profesiones liberales⁷⁷. Como resultado, con excepción de la electricidad, las definiciones de producto adoptadas por normas como la DGSP de 2001 descontaban cualquier objeto intangible⁷⁸.

Esto fue cambiando a medida que se dimensionó el impacto del *software* en el mercado. Además de otras normas sectoriales, el RGSP incluyó al *software* en la definición de productos en 2023. En adelante se entiende que son productos, tanto el *software*-componente como el *software*-independiente⁷⁹.

Otro riesgo relacionado con la intangibilidad, cuya regulación ha requerido de un intenso debate –sobre todo en la Ley de IA–, es el de las afectaciones silenciosas del *software* a la salud mental y a otros derechos fundamentales. La seguridad ya no solo gravita alrededor de productos en los que “la percepción del usuario [es] de una amenaza de daño físico”⁸⁰. Efectos imperceptibles como el estrés, la discriminación o la afectación a la dignidad humana son ahora objeto de una amplia regulación en el ámbito de los productos.

Por su parte, lo que aquí he llamado *racionalidad*, lógica u orden del *software* ha ocasionado importantes reacciones legislativas en materia de seguridad. Una de las causas de la popularidad del *software* es su capacidad para utilizar información. El nivel de sofisticación con que se emplee esta capacidad depende de diferentes factores como la información de que se disponga o el equipo informático. Para lo que tiene que ver con el *código* es preciso analizar las *técnicas* empleadas para utilizar la información. Dependiendo de la elección del desarrollador, el *software* será más o menos transparente, autónomo o complejo. Las técnicas escogidas también han sido objeto de amplias consideraciones legislativas en materia de seguridad.

⁷⁶ Art. 26-2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) señala: “El mercado interior implicará un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada de acuerdo con las disposiciones de los Tratados”. UNIÓN EUROPEA (2016).

⁷⁷ Art 57 del TFUE.

⁷⁸ Sobre discusiones anteriores de si el *software* podría ser considerado producto, por ejemplo, interpretando sus similitudes con la electricidad, véase MACHNIKOWSKI (2016).

⁷⁹ No siempre será un producto. El *software* también se puede prestar como servicio (SaaS). Un ejemplo de ello es la suscripción a una plataforma de vídeos.

⁸⁰ Aunque se mencionó que el concepto de salud como interés protegido comprendía la salud mental. COMISIÓN EUROPEA (2020) p. 9.

El ejemplo paradigmático de los riesgos que produce una técnica específica es la IA: no todo *software* es IA, aunque toda IA es *software*. Ello se explica, según la Ley de IA, en que esta difiere de “planteamientos de programación tradicionales y más sencillos” (C. 12) que dependen de reglas exhaustivas y deterministas previamente transmitidas por personas físicas. En la actualidad, la IA se identifica con ciertas técnicas de programación asociadas al aprendizaje automático o *Machine Learning* (ML), y a los sistemas lógicos basados en conocimiento (C. 12).

El ML es una técnica donde, entre otros acercamientos, el programa *aprende* realizando inferencias a partir de patrones obtenidos de grandes cantidades de datos⁸¹. Por los elementos que intervienen en su aprendizaje –entrenamiento– y operación, el ML exhibe sus propios riesgos.

Uno de ellos es el que deriva de los datos. Por motivos relacionados con su desempeño o *aprendizaje*, la calidad de los datos y su adecuada gestión inciden en la precisión, transparencia, explicabilidad y legalidad del sistema. Algunos problemas identificados son:

- i) datos sesgados o insuficientes que se traducen en modelos imprecisos y peligrosos;
- ii) la inadecuada gestión de los datos o la utilización de algoritmos complejos que afectan la transparencia del sistema o
- iii) el empleo indebido de datos personales para el entrenamiento de sistemas.

Hasta la formulación de la Ley de IA no existían normas de seguridad que introdujeran parámetros de calidad para la gobernanza y la gestión de los datos (art. 10) o que desarrollaran deberes de transparencia (art. 13) y supervisión humana (art. 14).

El ML y otras técnicas de programación son, también, fuente de opacidad y de complejidad. Esto implica desafíos tanto para la prevención como para la responsabilidad civil. Los fabricantes deben poder entender y explicar el funcionamiento del producto, pero, además, facilitar herramientas al usuario para que entiendan la causa de una decisión de la IA. En un entorno donde los vehículos son autónomos, se diagnostican enfermedades con ayuda de IA y las personas utilizan asistentes virtuales para todo tipo de tareas, es indispensable permitir ciertos niveles de control y comprensión sobre su funcionamiento. Lo contrario conduce a declinar libertades, impactando la auditabilidad del sistema, las reclamaciones de las víctimas y el control de las autoridades. Para corregir lo anterior se han desarrollado deberes de documentación, su-

⁸¹ El *Big Data* se explica como una base de datos cuya complejidad o cantidad impiden su tratamiento mediante tecnologías convencionales. JOINT RESEARCH CENTRE, ESTÉVEZ, FERNÁNDEZ, GÓMEZ & MARTÍNEZ (2022) p. 17.

pervisión humana, transparencia, conservación de registros y de trazabilidad, que se deben cumplir durante todo el ciclo de vida del sistema (art. 9).

Debe decirse, no obstante, que la opacidad y la complejidad de los sistemas pueden ser una cualidad inherente: un tómallo o déjalo. Una técnica que ejemplifica este dilema son las redes neuronales profundas⁸², *i.e.*, algoritmos que replican las conexiones nerviosas –sinapsis– del cerebro humano. Al imitar los principios del cerebro para procesar información, la cantidad de capas y conexiones que se utilizan pueden ser tan complejas que sus resultados son incomprensibles. Este efecto de caja negra sustenta, en parte, los clamores de la industria para limitar su responsabilidad civil y las sanciones por falta de seguridad. Ello, por los riesgos que se deben tomar si se pretende generar un entorno de desarrollo técnico y científico⁸³.

Para finalizar, otra característica asociada al ML es la *autonomía*, *i.e.*, la capacidad del producto de ejecutar tareas con poca o ninguna influencia externa⁸⁴. Se trata de una característica que ha concentrado la atención pública. La autonomía es, quizá, una de las más notorias funcionalidades de los productos modernos. El riesgo que comporta consiste en la imprevisibilidad inherente a su capacidad de aprendizaje, que dificulta al fabricante el análisis *ex ante* de sus riesgos. Si el fabricante no puede anticipar cómo se comportará el producto, su capacidad para evitar o reaccionar frente al daño se ve afectada⁸⁵.

Además del control que le proporciona la conectividad al fabricante, la autonomía ha contribuido a otro cambio sustancial en la estrategia de segu-

⁸² Se explica como una rama del ML basada en redes neuronales artificiales de múltiple nivel, *op. cit.* p. 26.

⁸³ El art. 11-1(e) de la DRPD señala: “Los operadores económicos [...] no serán responsables [...] si demuestran que: [...] e) que el Estado objetivo de los conocimientos científicos y técnicos en el momento en que fue introducido en el mercado, puesto en servicio, o durante el período en el que el producto estaba bajo el control del fabricante no permitía descubrir el carácter defectuoso”.

⁸⁴ JOINT RESEARCH CENTRE, ESTÉVEZ, FERNÁNDEZ, GÓMEZ & MARTÍNEZ (2022) p. 15.

⁸⁵ Además de la Ley de IA, otra norma que regula los efectos de la autonomía es el reglamento (UE) 2023/1230 relativo a las máquinas. Su considerando 12 lo explica así: “Recientemente se han introducido en el mercado máquinas más avanzadas, que no dependen tanto de los operadores humanos. Estas máquinas trabajan en tareas definidas y en entornos estructurados, pero pueden aprender a realizar nuevas acciones en este contexto y hacerse más autónomas. Otras mejoras que ya se han incorporado o cabe esperar que se incorporen a las máquinas tienen que ver con el tratamiento de la información en tiempo real, la resolución de problemas, la movilidad, los sistemas de sensores, el aprendizaje, la adaptabilidad, y la capacidad de operar en entornos no estructurados (por ejemplo, obras de construcción). El informe de la Comisión sobre las repercusiones en materia de seguridad y responsabilidad civil de la inteligencia artificial, el internet de las cosas y la robótica, de 19 de febrero de 2020, establece que la aparición de nuevas tecnologías digitales, como la inteligencia artificial, el internet de las cosas y la robótica, entraña nuevos retos para la seguridad de los productos”. PARLAMENTO EUROPEO Y EL CONSEJO (2023).

riedad: el monitoreo poscomercialización. Según se vio, el fabricante debía garantizar la conformidad *antes* de su introducción en el mercado. Aunque la evaluación tenía en cuenta el periodo de uso, descartaba el deber de ejercer vigilancia sobre el desempeño del producto. La nueva generación de productos digitales exige tal monitoreo, tanto por el control que ejerce el fabricante como por su autonomía característica. De allí que la responsabilidad del productor dependa, también, del control ejercido durante el periodo de uso, así como de la capacidad del producto para “seguir aprendiendo o adquirir nuevas características” (art. 7-2, lits. c y e de la DRPD). De acuerdo con el RGSP y la Ley de IA, los fabricantes deben velar por la seguridad del producto durante todo su ciclo de vida; en especial, cuando sus características pueden conducir a cambios sustanciales del producto con efectos en su seguridad.

4. El equipo informático o hardware

El *hardware* se ha definido como un: “sistema electrónico de información físico, o partes de este, capaz de tratar, almacenar o transmitir datos digitales”⁸⁶. El concepto incluye cualquier dispositivo físico cuya función sea el tratamiento de información. Gracias a su condición física, es el componente del sistema que más se aproxima a la definición tradicional de producto. Esto ha permitido que las adecuaciones legales en seguridad en su mayoría apunten al *software* o al tratamiento de la información.

Debe decirse, no obstante, que el fabricante debe anticipar que el éxito de otras medidas de seguridad depende del equipo informático. Así ocurre, por ejemplo, con los deberes de registro o almacenamiento de la información, que exigen contar con equipos apropiados y cuyos resultados luego pueden ser objeto de exhibición en procesos sancionatorios o de responsabilidad.

Asimismo, los equipos informáticos deben contar con medidas apropiadas de seguridad electrónica. Así lo señala el reglamento (UE) 2023/1230 relativo a las máquinas que impone la instalación de medios para recabar “pruebas de toda intervención legítima o ilegítima” en el producto (anexo III, num. 1. 1.9). De forma similar se regulan los equipos radioeléctricos en la directiva (UE) 2014/53 (RED)⁸⁷, que exige la instalación de instrumentos para proteger los sistemas de información, la privacidad y el riesgo de fraude al usuario (art. 3-3). Un equipo radioeléctrico es cualquier producto que utilice ondas de radio para transmitir información, *e.g.*, dispositivos con Bluetooth o Wi-Fi, lo cual implica que tales medidas se tomen en un importante rango de equipos. En conclusión, ahora se exige que los equipos informáticos cuenten con

⁸⁶ COMISIÓN EUROPEA (2022d) arts. 3-7.

⁸⁷ PARLAMENTO EUROPEO Y EL CONSEJO (2014).

los medios apropiados para el desempeño seguro de las funciones del *software* y el tratamiento de los datos.

5. La conectividad o el carácter “sistémico” de los productos digitales

El último elemento por revisar es la conectividad. Los sistemas digitales funcionan en constante interacción. El equipo recibe y emite señales de datos con información destinada a personas o cosas. Según la Directiva de Protección de Programas de Ordenador, su función “es comunicarse y trabajar con otros componentes del sistema de ordenador y con sus usuarios” (C. 10). Este trabajo conjunto va más allá del entorno tecnológico del usuario. Con el nivel actual de integración de los sistemas digitales, la conectividad se debe entender en un sentido más amplio. En el caso de los productos digitales, la finalidad de tal comunicación es “[interactuar] con el entorno físico o [administrar] dispositivos que interactúan con el entorno físico”⁸⁸ o virtual.

La comunicación entre equipos es consecuencia de tecnologías como internet. Los equipos informáticos incorporan puertos físicos o lógicos que envían y reciben datos a través de redes públicas y privadas. La información transmitida puede servir para que el producto exhiba un comportamiento, proyecte un contenido audiovisual o se comunique con otro dispositivo. Todas estas interacciones han generado una cadena de suministro compleja cuya seguridad también ha tenido que ser regulada.

La manifestación más evidente de tales riesgos es la de la seguridad electrónica o *ciberseguridad*. Al ser transmitida por redes públicas, la información puede ser alterada, destruida o explotada por personas sin autorización. Tales alteraciones amenazan derechos fundamentales como la libertad de expresión o la intimidad; asimismo, pueden generar daños físicos a pequeña y gran escala. Una de las principales preocupaciones legislativas en esta materia ha sido la de regular los sistemas críticos, *i.e.*, la infraestructura sensible que emplea sistemas digitales para actividades de gran importancia: infraestructura eléctrica, sanitaria o fiscal⁸⁹.

Una visión clásica de la ciberseguridad señala que su objetivo es la confidencialidad, integridad y disponibilidad de la información⁹⁰. La confidencialidad se refiere al secreto de la información. Nadie más que las personas auto-

⁸⁸ COMISIÓN EUROPEA (2022d) arts. 3-5.

⁸⁹ SRI1 y ahora SRI2 han constituido el marco principal de protección a la infraestructura crítica de la UE. PARLAMENTO EUROPEO Y EL CONSEJO (2022).

⁹⁰ CHIARA (2022) pp. 118-137. Una visión moderna incluye, además, la seguridad electrónica de las personas y sus derechos, véase GONZÁLEZ & JASMONTAITE (2020) pp. 97-115.

rizadas deben tener acceso a los datos almacenados, transmitidos o recibidos por un producto. Por su parte, la integridad se refiere a la originalidad y exactitud de la información que este utiliza en su funcionamiento. Por último, la referencia a la disponibilidad sugiere tener en cuenta dos facetas: como la posibilidad de acceder a la información con fines de exhibición o como el uso que de ella hace un sistema. Para que un producto opere de forma segura debe tener acceso a la información pertinente. Piense en un sistema de información biométrico que sufra un ataque de denegación de servicio (DoS) que impida el acceso a su base de datos o en una aplicación bancaria cuyos servidores colapsen. En síntesis, la seguridad electrónica conduce a valorar que: “la mayoría de productos digitales incorporan una multitud de componentes de diferentes proveedores de hardware y software”⁹¹ cuya corrupción o ataque puede afectar a los demás.

Esta red de participantes genera otro desafío: la complejidad operativa del producto. Ya se había mencionado la complejidad de ciertas técnicas de programación como las redes neuronales; aquí nos referimos a la complejidad que deriva de la interacción de múltiples productos, servicios y componentes que se influyen mutuamente a través de datos. Si bien el fabricante siempre ha tenido que evaluar la forma en que su producto afecta los demás, la interacción moderna de los sistemas de información eleva las exigencias en seguridad para atender a eventos virtuales cuya previsibilidad es casi nula.

Lo anterior genera dos situaciones de riesgo. Por un lado, el fabricante debe garantizar la seguridad de su dispositivo a través de medidas dirigidas a los servicios o componentes que emplee. En otras palabras, debe tener el control de todo su entorno operativo. Este control es determinante para la responsabilidad por productos, ya que amplía la expectativa de seguridad de una manera que no tiene antecedentes (art. 7-1 de la DRPD). La ampliación es además interesante en lo que allí define como “servicios conexos”, *i.e.*, un servicio digital integrado o interconectado, cuya ausencia impediría que el producto funcionara. Este interés surge de la variedad y frecuencia de las interacciones que produce el servicio, así como de la dificultad práctica para distinguirlo del producto.

La otra cara de la moneda es el cuidado que debe tener el fabricante frente a los demás dispositivos. Es necesario contar con políticas claras en materia de ciberseguridad y uso adecuado del producto, informando a los usuarios acerca de las medidas de prevención y las amenazas del entorno operativo. El mismo deber pesa sobre las autoridades cuando conozcan un evento de riesgo. Los fabricantes, entre otras medidas, deben diseñar los productos y adop-

⁹¹ CHIARA (2022) p. 129.

tar las actualizaciones de seguridad de forma que permitan un control adecuado de su seguridad.

En conclusión, la triada programa informático, equipo e interconexión constituye el núcleo de las actualizaciones legislativas en seguridad. Cada uno de ellos es fuente de situaciones de riesgo que aquí solo es posible enunciar. En la medida que la integración continúe, las autoridades se verán obligadas a desarrollar más normas y a acelerar la emisión de estándares armonizados que atiendan las necesidades específicas de las cada vez más complejas tecnologías que inundan el mercado.

CONCLUSIONES

Las propuestas de responsabilidad civil con disposiciones sobre productos digitales han optado por incorporar múltiples remisiones a las normas de seguridad. Ambos grupos de normas son el resultado de la política de actualización y adecuación europea a los retos de la era digital.

Al analizarlas en conjunto se advierte una estrecha relación que parece hacer parte de una estrategia. Tal estrategia sugiere que el modelo proteccionista europeo regula cada vez más la seguridad de los productos y, al hacerlo, define estándares que son empleados para los fines de las directivas de responsabilidad. Este uso puede consistir en la configuración de un indicio que luego se convierte, por orden legal, en presunciones *iuris tantum* en contra de quien incumple. En otros casos, el conocimiento y cumplimiento de las normas de seguridad son medidas fundamentales para satisfacer el deber de exhibición a cargo del demandado.

Desde otra perspectiva, las normas de seguridad pretenden servir de guía a los operadores económicos quienes, para no someterse al albur de la decisión judicial *ad hoc*, identifican sus deberes en relación con los productos que fabrican o utilizan. Sin embargo, la cantidad de instrumentos legislativos involucrados en la seguridad, sobre todo en el ámbito digital, hacen de este un escenario cada vez más técnico y complejo. De hecho, parece que la nutrida legislación de seguridad puede hacer más sencillo para la víctima demostrar un incumplimiento a fines de solicitar una presunción, que probar la culpa del demandado o el defecto del producto.

Lo anterior demuestra el interés que tiene la comprensión del marco de seguridad europeo: sus principios, estructura y componentes. Este ha transitado por varias etapas que han generado un modelo que ahora muchos países siguen. Con este marco, la UE apuesta a la seguridad como ventaja competitiva en el mercado tecnológico; por lo menos mientras adquiere las condiciones para asumir el liderazgo que allí pretende asumir.

BIBLIOGRAFÍA

- BORGHETTI, Jean-Sébastien (2023): "Taking EU Product Liability Law Seriously: How Can the Product Liability Directive Effectively Contribute to Consumer Protection?", *French Journal of Legal Policy* No. 1.
- CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier (2003): *Mercado único y libre competencia en la Unión Europea* (Madrid, Colex).
- CHIARA, Pier Giorgio (2022): "The IoT and the new EU cybersecurity regulatory landscape", *International Review of Law, Computers & Technology* vol. 36 No. 2. Disponible en <https://doi.org/10.1080/13600869.2022.2060468> [fecha de consulta: 4 de mayo de 2022].
- CORONES, Stephen. G. & CLARKE, Philip H. (1997): *Consumer Protection and Product Liability Law: Commentary and Materials*. LBC Casebooks (Sydney: LBC Information Services).
- DANNEMAN, Gerhard & SCHULZE, Reiner (2020): *German Civil Code. Bürgerliches Gesetzbuch. Article-by-article Commentary. Books 1-3: §§1-1296* vol. I (Baden-Baden, Beck & Nomos).
- FAIRGRIEVE, Duncan & HOWELLS, Geraint (2006): "General Product Safety: A Revolution through Reform?", *The Modern Law Review* vol. 69 No. 1.
- FARR, Sebastian (1992): *Harmonisation of Technical Standards in the EC*. European Practice Library (London, Chancery Law Pub).
- FAURE, Michael; GOODWIN, Morag & WEBER, Franziska (2014): "The Regulator's Dilemma: Caught between the Need for Flexibility & the Demands for Foreseeability. Reassessing the Lex Certa Principle", *Albany Law Journal of Science & Technology* vol. 24 No. 2.
- FRANKLIN, Marc A. (2016): *Cases and Materials on Tort Law and Alternatives* (New York, The Foundation Press, 10th. ed. University Casebook Series).
- GONZÁLEZ FUSTER, Gloria & JASMONTAITE, Lina (2020): "Cybersecurity Regulation in the European Union: The Digital, the Critical and Fundamental Rights", in Christen, Markus; Gordijn, Bert & Loi, Michele (eds.), *The Ethics of Cybersecurity*. The International Library of Ethics, Law and Technology (Cham, Springer International Publishing). Disponible en https://doi.org/10.1007/978-3-030-29053-5_5 [fecha de consulta: 2 de julio de 2024].
- GASÓLIBA, Carles A. (1989): *L'Acta Única Europea*. Col·lecció Europa (Barcelona, Tibidabo).
- GORMLEY, Laurence (2006): "The Internal Market: History and Evolution", in Nic Shuibhne, Niamh, *Regulating the Internal Market* (Cheltenham, Edward Elgar).
- HOWELLS, Geraint G. (1999; 2000): "The Relationship between Product Liability and Product Safety - Understanding a Necessary Element in European Product Liability through a Comparison with the U.S. Position International Torts: A Comparative Study", *Washburn Law Journal* vol. 39 No. 3.

- HUNT, Andrew & THOMAS David (2020): *The Pragmatic Programmer: Your Journey to Mastery*. 20th Anniversary Edition (Glasgow: Pearson, 2nd Edition).
- INSTITUTE FOR EUROPEAN TORT LAW; WINIGER, Bénédict; KARNER, Ernst & OLIPHANT, Ken (2018): *Digest of European Tort Law Volume 3: Essential Cases on Misconduct* (Berlin/Boston, De Gruyter).
- JAEGER, Walter H. E. (1963): "Product Liability: The Constructive Warranty", *Notre Dame Lawyer* vol. 39 No. 5.
- JOINT RESEARCH CENTRE (EUROPEAN COMMISSION); ESTÉVEZ ALMENZAR, Marina; FERNÁNDEZ LLORCA, David; GÓMEZ, Emilia & MARTÍNEZ PLUMED, Fernando (2022): *Glossary of Human-Centric Artificial Intelligence* (LU: Publications Office of the European Union). Disponible en <https://data.europa.eu/doi/10.2760/860665> [fecha de consulta: 2 de julio de 2024].
- MACHNIKOWSKI, Piotr (ed.) 2016: *European Product Liability: An Analysis of the State of the Art in the Era of New Technologies*.
- MAGNUS, Ulrich (2018): "Product Liability for Medicinal Pharmaceutical in Germany", in Martín-Casals, Miquel & Valverde, J. L. (eds.), *Towards the Harmonisation of the Pharmaceuticals Liability Systems*, , Pharmaceuticals Policy and Law 20 (Amsterdam, IOS Press).
- MARTÍN-CASALS, Miquel (2023): "Las propuestas de la Unión Europea para regular la responsabilidad civil por los daños causados por sistemas de inteligencia artificial", *InDret* n.º 3. Disponible en <https://doi.org/10.31009/InDret.2023.i3.02> [fecha de consulta: 2 de julio de 2024].
- SHAPO, Marshall (2007): "Tort and Regulatory Law in the United States of America", in Van Boom, Willem H.; Lukas, Meinhard & Kisslin, Christa (eds.), *Tort and Regulatory Law*. Tort and Insurance Law vol. 19 (Wien, Springer).
- TRIVIUM (1998): *Diccionario Trivium - Derecho y Economía* (Madrid, Trivium).
- VON BAR, Christian (1998): *The Common European Law of Torts* vol. 2 (New York, Clarendon Press/Oxford).
- WEATHERILL, Stephen (2017): *The Internal Market as a Legal Concept*. The Collected Courses of the Academy of European Law XXV/1 (Oxford, University Press, First Edition).

Normas

- COMISIÓN EUROPEA (2010): "Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones Una Agenda Digital para Europa". Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/ALL/?uri=CELEX:52010DC0245> [fecha de consulta: 2 de julio de 2024].
- COMISIÓN EUROPEA (2015): "Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Una

Estrategia para el Mercado Único Digital de Europa”. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:52015DC0192> [fecha de consulta: 2 de julio de 2024].

COMISIÓN EUROPEA (2017): “Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo que establece normas y procedimientos para el cumplimiento y la garantía de cumplimiento de la legislación de armonización de la Unión sobre productos y modifica los Reglamentos (UE) N° 305/2011, (UE) N° 528/2012, (UE) 2016/424, (UE) 2016/425, (UE) 2016/426 y (UE) 2017/1369 del Parlamento Europeo y del Consejo y las Directivas 2004/42/CE, 2009/48/CE, 2010/35/UE, 2013/29/UE, 2013/53/UE, 2014/28/UE, 2014/29/UE, 2014/30/UE, 2014/31/UE, 2014/32/UE, 2014/33/UE, 2014/34/UE, 2014/35/UE, 2014/53/UE, 2014/68/UE y 2014/90/UE del Parlamento Europeo y del Consejo. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52017PC0795> [fecha de consulta: 2 de julio de 2024].

COMISIÓN EUROPEA (2018): “Commission Staff Working Document. Evaluation of Council Directive 85/374/EEC of 25 July 1985 on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the member states concerning liability for defective products”. Available in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52018SC0157&qid=1664878769484> [fecha de consulta: 2 de julio de 2024].

COMISIÓN EUROPEA (2020): “Informe de la Comisión al Parlamento, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo. Informe sobre las repercusiones en materia de seguridad y responsabilidad civil de la inteligencia artificial, el internet de las cosas y la robótica”. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:52020DC0064> [fecha de consulta: 2 de julio de 2024].

COMISIÓN EUROPEA (2021): “Commission Staff Working Document. Impact Assessment Accompanying the Document Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on General Product Safety, Amending Regulation (EU) No 1025/2012 of the European Parliament and of the Council, and Repealing Council Directive 87/357/EEC and Directive 2001/95/EC of the European Parliament and of the Council”. Available in <https://doi.org/10.5040/9781782258674> [fecha de consulta: 2 de julio de 2024].

COMISIÓN EUROPEA (2021): “Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen Normas Armonizadas en materia de Inteligencia Artificial (Ley de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados Actos Legislativos de la Unión. 2021/0106 (COD)., Pub.L.No.COM(2021)206 final (2021). Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52021PC0206> [fecha de consulta: 2 de julio de 2024].

COMISIÓN EUROPEA (2022a): “Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos”. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52022PC0495&qid=1709810593012> [fecha de consulta: 2 de julio de 2024].

- COMISIÓN EUROPEA (2022b): “Propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la adaptación de las normas de responsabilidad civil extracontractual a la inteligencia artificial (Directiva sobre responsabilidad en materia de IA)”. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52022PC0496> [fecha de consulta: 2 de julio de 2024].
- COMISIÓN EUROPEA (2022c): “Comunicación de la Comisión ‘Guía azul’ sobre la aplicación de la normativa europea relativa a los productos”. Disponible en [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52022XC0629\(04\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52022XC0629(04)) [fecha de consulta: 2 de julio de 2024].
- COMISIÓN EUROPEA (2022d): “Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a los requisitos horizontales de ciberseguridad para los productos con elementos digitales y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2019/1020”. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52022PC0454> [fecha de consulta: 2 de julio de 2024].
- CONSEJO DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (1983): “Directiva 83/189/CEE del Consejo, de 28 de marzo de 1983, por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas”. Disponible en <http://data.europa.eu/eli/dir/1983/189/oj/spa> [fecha de consulta: 2 de julio de 2024].
- CONSEJO DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (1985): “Resolución del Consejo, de 7 de mayo de 1985, relativa a una nueva aproximación en materia de armonización y de normalización”. Disponible en [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:31985Y0604\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:31985Y0604(01)) [fecha de consulta: 2 de julio de 2024].
- CONSEJO DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (1992): “Directiva 92/59/CEE del Consejo, de 29 de junio de 1992, relativa a la seguridad general de los productos”. Disponible en <http://data.europa.eu/eli/dir/1992/59/oj/spa> [fecha de consulta: 2 de julio de 2024].
- CONSEJO EUROPEO (1985): “Directiva del Consejo de 25 de junio de 1985 relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos”. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:31985L0374> [fecha de consulta: 2 de julio de 2024].
- PARLAMENTO EUROPEO Y EL CONSEJO (2001): “Directiva 2001/95/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 3 de diciembre de 2001 relativa a la seguridad general de los productos. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32001L0095&qid=1668076395961&from=EN> [fecha de consulta: 02 de julio de 2024].
- PARLAMENTO EUROPEO Y EL CONSEJO (2008): “Reglamento (CE) No. 765/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de julio de 2008, por el que se establecen los requisitos de acreditación y vigilancia del mercado relativos a la comercialización de los productos y por el que se deroga el Reglamento (CEE) No. 339/93”. Disponible en <http://data.europa.eu/eli/reg/2008/765/oj/spa> [fecha de consulta: 2 de julio de 2024].

PARLAMENTO EUROPEO Y EL CONSEJO (2009): “Directiva 2009/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, sobre la protección jurídica de programas de ordenador. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:32009L0024> [fecha de consulta: 2 de julio de 2024].

PARLAMENTO EUROPEO Y EL CONSEJO (2014): “Directiva 2014/53/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, relativa a la armonización de las legislaciones de los Estados miembros sobre la comercialización de equipos radioeléctricos, y por la que se deroga la Directiva 1999/5/CE”. Disponible en <http://data.europa.eu/eli/dir/2014/53/oj/spa> [fecha de consulta: 2 de julio de 2024].

PARLAMENTO EUROPEO Y EL CONSEJO (2019): “Reglamento (UE) 2019/1020 del Parlamento Europeo y del Consejo –de 20 de junio de 2019– relativo a la vigilancia del mercado y la conformidad de los productos y por el que se modifican la Directiva 2004/42/CE y los Reglamentos (CE) No. 765/2008 y (UE) No. 305/2011”. Disponible en www.boe.es/doue/2019/169/L00001-00044.pdf [fecha de consulta: 2 de julio de 2024].

PARLAMENTO EUROPEO Y EL CONSEJO (2022): “Directiva (UE) 2022/2555 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de diciembre de 2022 relativa a las medidas destinadas a garantizar un elevado nivel común de ciberseguridad en toda la Unión, por la que se modifican el Reglamento (UE) No. 910/2014 y la Directiva (UE) 2018/1972 y por la que se deroga la Directiva (UE) 2016/1148 (Directiva SRI 2)”. Disponible en <http://data.europa.eu/eli/dir/2022/2555/oj/spa> [fecha de consulta: 2 de julio de 2024].

PARLAMENTO EUROPEO Y EL CONSEJO (2023): “Reglamento (UE) 2023/1230 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2023, relativo a las máquinas, y por el que se derogan la Directiva 2006/42/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva 73/361/CEE del Consejo”. Disponible en <http://data.europa.eu/eli/reg/2023/1230/oj/spa> [fecha de consulta: 2 de julio de 2024].

UNIÓN EUROPEA (2016): “Versiones consolidadas del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea”. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A12016ME%2FTXT> [fecha de consulta: 2 de julio de 2024].

UNIÓN EUROPEA (2024): “Mercado CE: obtención del certificado, requisitos de la UE”. Disponible en https://europa.eu/youreurope/business/product-requirements/la-bels-markings/ce-marking/index_es.htm [fecha de consulta: 29 de abril de 2024].

Jurisprudencia

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (1979): sentencia del 20 de febrero de 1979, *Rewe-Zentral AG* contra *Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, No. asunto 120/78, ECLI:EU: C:1979:42, (1979). Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61978CJ0120&qid=1696245206286> [fecha de consulta: 2 de julio de 2024].

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (2015): sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 5 de marzo de 2015. Asuntos C-503/13 y C-504/13. *Boston Scientific Medizintechnik GmbH v. AOK Sachsen-Anhalt - Die Gesundheitskasse y Betriebskrankenkasse RWE* - ECLI:EU:C:2015:148, (2015). Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62013CJ0503&qid=1663677324293&from=ES>. [fecha de consulta: 2 de julio de 2024].

TRIBUNAL GENERAL DE LA UNIÓN EUROPEA (2022): sentencia del Tribunal General (Sala sexta ampliada) del 14 de septiembre de 2022. Google LLC y Alphabet, Inc contra Comisión Europea, No. Asunto T-604/18, ECLI:EU:T:2022:541, (2022). Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:62018TJ0604&qid=1712832601736> [fecha de consulta: 2 de julio de 2024].

EXPLORANDO LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y EL RIESGO EN EL PROYECTO DE LEY CHILENO SOBRE INTELIGENCIA ARTIFICIAL

EXPLORING CIVIL LIABILITY AND RISK IN THE CHILEAN DRAFT LAW ON ARTIFICIAL INTELLIGENCE

*Felipe Diez Ringeles**

RESUMEN: El presente trabajo pretende abordar el tratamiento de la responsabilidad civil y el riesgo en el proyecto de ley chileno sobre inteligencia artificial (IA) presentado por el Ejecutivo el 7 de mayo de 2024¹. Para dicho propósito, se expone y explora la regulación general del proyecto en la materia, efectuando un análisis crítico del mismo.

PALABRAS CLAVE: responsabilidad civil, riesgo, inteligencia artificial, sistemas de inteligencia artificial, legitimación pasiva.

ABSTRACTS: This work aims to address the treatment of civil liability and risk in the Chilean bill on Artificial Intelligence (AI) presented by the Executive on May 7, 2024. For this purpose, the general regulation of the project on the matter is exposed and explored, carrying out a critical analysis of it.

KEYWORDS: civil liability, risk, artificial intelligence, artificial intelligence systems, passive legitimation.

* Abogado. Magister en Derecho de la Empresa por la Universidad del Desarrollo y doctorando en Derecho por la misma universidad. Profesor de Derecho Civil, Universidad del Desarrollo. Correo electrónico: f.diez@udd.cl

¹ *Boletín* n.º 16821-19.

NOTAS PRELIMINARES

La inteligencia artificial, por la automatización de procesos que conlleva², importa el elemento central de la denominada “cuarta revolución industrial”³, especialmente por haber producido un efecto disruptivo en la sociedad y economía⁴, generando importantes desafíos para las ciencias, y en especial para el derecho. Entre los diferentes retos jurídicos, se encuentra el de la responsabilidad civil, especialmente por las características propias de los sistemas inteligentes, en que destaca su autonomía, es decir, que el sistema pueda tomar una “decisión” entre dos o más acciones posibles, basándose en sus propios datos⁵; su opacidad, vale decir, la dificultad de comprender y explicar cómo han tomado esas decisiones⁶; la interconexión, que dificulta identificar a los muchos otros actores que pueden haber intervenido en la producción del daño⁷ y, por último, su carácter abierto, lo que significa que requieren constantemente actualizaciones y mejoras⁸. Conforme a lo dicho, parece relevante explorar cómo este proyecto pretende incidir en la materia⁹ a través de:

- I. una regla general de responsabilidad por daños ocasionados por sistemas inteligentes;
- II. la clasificación de los sistemas de IA según el riesgo que entrañan y
- III. la llamada responsabilidad generada a partir de espacios controlados de pruebas para la IA.

² Véase SCHWAB (2016) pp. 19-28.

³ LLANO (2021) p. 26; MARTÍN-CASALS (2022) p. 102. Para una visión panorámica y elocuente sobre qué es la inteligencia artificial y su historia, véase el eminente trabajo de AMUNÁTEGUI (2021) pp. 13-51.

⁴ MARTÍN-CASALS (2022) p. 102; NAVAS (2022) p. 2.

⁵ AMUNÁTEGUI (2021) p. 54; ATIENZA (2022) p. 60; MARTÍN-CASALS (2022) pp. 115-116.

⁶ ATIENZA (2022) p. 58; MARTÍN-CASALS (2022) pp. 115-116.

⁷ ATIENZA (2022) pp. 57-58; MARTÍN CASALS (2022) pp. 115-116.

⁸ ATIENZA (2022) p. 62; MARTÍN CASALS (2022) p. 117.

⁹ Existen antecedentes de propuestas legislativas sobre inteligencia artificial en Chile. Así, la ley n.º 21383, publicada el 25 de octubre de 2021, modificó el numeral 1.º del art. 19 de la Constitución Política de la República, en el sentido de agregar lo que sigue: “El desarrollo científico y tecnológico estará al servicio de las personas y se llevará a cabo con respeto a la vida y a la integridad física y psíquica. La ley regulará los requisitos, condiciones y restricciones para su utilización en las personas, debiendo resguardar especialmente la actividad cerebral, así como la información proveniente de ella”. Asimismo, y en cumplimiento de dicha norma constitucional, actualmente existe otro proyecto de ley, *Boletín* n.º 15869-19, en primer trámite constitucional, que: “regula los sistemas de inteligencia artificial, la robótica y las tecnologías conexas, en sus distintos ámbitos de aplicación”. A la fecha de este trabajo, el referido proyecto, sigue en primer trámite constitucional.

I. REGLA GENERAL DE RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑOS OCASIONADOS POR SISTEMAS INTELIGENTES (ART. 28)

El proyecto de ley, en el art. 28, dispone:

“La persona que sufra un daño como consecuencia de la utilización de un sistema de IA, podrá demandar civilmente y de forma conjunta respecto del operador:

- a) La cesación de los actos generadores de daño.
- b) La indemnización de los daños y perjuicios.
- c) La adopción de las medidas necesarias para evitar que prosiga la infracción.
- d) La publicación de la sentencia a costa del condenado, mediante anuncios en un diario a elección del demandante. Esta medida será aplicable cuando la sentencia así lo señale expresamente”.

Conforme a la disposición, los presupuestos de responsabilidad, son los siguientes:

- a) que una persona sufra un daño;
- b) que el daño sea consecuencia de la utilización de un sistema de inteligencia artificial;
- c) que la acción se dirija contra el operador.

En cuanto al daño, la ley no lo ha limitado en su clasificación o extensión, por lo que, en principio, conviene entender que se refiere a todo daño, cualquiera sea su naturaleza y cuantía, sin perjuicio que, naturalmente se trate de perjuicios directos, pues la disposición exige que este *sea consecuencia de la utilización de un sistema de IA*.

En cuanto a la utilización de un sistema de IA, es relevante precisar que se exige o basta “la utilización”, sin que sea necesario, por ejemplo, ser propietario del sistema, o tener alguno derecho sobre el mismo. En cuanto a los sistemas de IA, el proyecto lo define, en su art. 3 n.º 1, como aquel:

“Sistema basado en máquinas que, por objetivos explícitos o implícitos infiere, a partir de la entrada que recibe, cómo generar salidas tales como predicciones, contenidos, recomendaciones o decisiones que pueden influir en entornos físicos o virtuales. Los distintos sistemas de IA pueden variar en sus niveles de autonomía y adaptabilidad tras su implementación”.

Luego, según la definición, para estar frente a un sistema inteligente, se requiere:

- a) que exista un sistema basado en máquinas;
- b) que el sistema, por objetivos explícitos o implícitos, infiera, a partir de la entrada que recibe¹⁰, cómo generar salidas (tales como: predicciones, contenidos, recomendaciones o decisiones);
- c) que las “salidas”, influyan en entornos físicos o virtuales.

Respecto a la definición de sistema inteligente, llama la atención que el proyecto defina los “sistemas de inteligencia artificial”, y no a la “inteligencia artificial”, propiamente tal (sin perjuicio que se haga referencia a esta en los antecedentes del proyecto¹¹), lo que puede responder, a que, en la actualidad, más que aludir simplemente a “inteligencia artificial”, se haga referencia a “sistemas de IA”¹², los que pueden ser comercializados o puestos en servicio, y que pueden ser concebidos como un producto, un servicio o, incluso, un híbrido entre ambos¹³. Asimismo, la definición no hace referencia al hecho de que los sistemas de IA son diseñados por seres humanos, prevención que si hace, por ejemplo, la Resolución del Parlamento Europeo sobre el régimen de responsabilidad civil en materia de inteligencia artificial¹⁴; por último, nos parece curioso que la definición haga referencia a las “entradas” y “salidas”, pero omita la referencia a los datos, materia prima de la IA¹⁵, ya sea respecto a su percepción, adquisición o interpretación de los mismos, lo que, si bien se puede “deducir” de los conceptos de “entrada” y “salida”, su omisión hace que la definición devenga en imprecisa. Sin perjuicio de lo anterior, lo que, si nos parece

¹⁰ La información o datos de entrada, ha sido definida en el art. 3 numeral 32 de la Propuesta de Reglamento de la Unión Europea por la se establecen normas armonizadas en materia de IA como: “aquellos datos proporcionados a un sistema de IA u obtenidos directamente por él a partir de los cuales se produce la información de salida”.

¹¹ En los antecedentes del proyecto, se define como: “un conjunto de sistemas basados en máquinas que infieren, a partir de información de entrada, determinada información de salida, que puede consistir en predicciones, contenidos, recomendaciones o decisiones capaces de influenciar espacios físicos o virtuales”: *Boletín* n.º 16821-19 p. 1.

¹² La precisión se efectúa en la Resolución del Parlamento Europeo acerca de un régimen de responsabilidad civil en materia de IA, de 20 de octubre de 2020, la cual, en su art. 3 letra a, advierte: “Todo sistema basado en programas informáticos o incorporado en dispositivos físicos que muestra un comportamiento que simula la inteligencia, entre otras cosas, mediante la recopilación y el tratamiento de datos, el análisis y la interpretación de su entorno y la actuación con cierto grado de autonomía, para lograr objetivos específicos”: PARLAMENTO EUROPEO (2020).

¹³ NAVAS (2022) p. 10.

¹⁴ En su art. 3, la define como, “el *software* que se desarrolla empleando una o varias de las técnicas y estrategias que figuran en el anexo I y que puede, para un conjunto determinado de *objetivos definidos por seres humanos, generar información de salida* como contenidos, predicciones, recomendaciones o decisiones que influyan en los entornos en los que interactúan”.

¹⁵ Los principales elementos que integran la inteligencia artificial son los “datos” y “algoritmos”: COMISIÓN EUROPEA (2020a) p. 20.

prudente, es que la definición pretende ser amplia, lo que permite, hipotéticamente, resistir el desarrollo tecnológico y de mercado, pues, la IA es un concepto abierto cuya definición es difícil de lograr, dada su oscuridad¹⁶, indeterminación¹⁷ y constante evolución¹⁸.

Por último, para ejercer la acción, se exige que la demanda se dirija contra el operador. Esta precisión legislativa es relevante, pues uno de los grandes problemas de los daños ocasionados por sistemas inteligentes ha sido el poder determinar el sujeto o legitimado pasivo de la acción de responsabilidad, dado que el sistema inteligente es una cosa, y como enseña Georges Ripert: “Las cosas, puesto que carecen de vida, salvo que se trate de un animal, no pueden ser causa sino instrumento del daño”¹⁹, por lo que resulta fundamental determinar quién es el agente responsable en una cadena compleja y extremadamente técnica. En cuanto al operador, este es definido por el proyecto como “el proveedor, el implementador, el representante autorizado, el importador y el distribuidor” (art. 3 n.º 10). Asimismo, se define cada uno de los sujetos que lo comprenden; así, el proveedor es

“toda persona natural o jurídica u organismo del Estado *que desarrolle un sistema de IA* con miras a introducirlo en el mercado o ponerlo en servicio, a título gratuito u oneroso” (art. 3 n.º 4);

el implementador “toda persona natural o jurídica u organismo del Estado que utilice un sistema de IA [...]” (art. 3 n.º 5); el representante autorizado como:

“toda persona natural o jurídica domiciliada en Chile que haya recibido y aceptado el mandato por escrito de un proveedor de un sistema de IA para cumplir con las obligaciones establecidas en la presente ley en representación de dicho proveedor” (art. 3 n.º 7);

el importador:

“toda persona natural o jurídica domiciliada en Chile que introduzca en el mercado o ponga en servicio un sistema de IA que lleve el nombre o la marca comercial de una persona natural o jurídica establecida fuera del territorio nacional” (art. 3 n.º 8)

y distribuidor:

“toda persona natural o jurídica que forme parte de la cadena de suministro, distinta del proveedor o el importador, que comercialice

¹⁶ AMUNÁTEGUI (2021) pp. 13-14.

¹⁷ OROZCO (2022) p. 863.

¹⁸ ATIENZA (2022) p. 37.

¹⁹ RIPERT (2013) p. 213.

un sistema de IA en el mercado nacional sin influir sobre sus propiedades” (art. 3 n.º 9).

No obstante, que el “operador” comprenda distintos sujetos en la cadena de suministro (proveedor, representante, importador y distribuidor), y a quien lo utilice (implementador), genera un grave problema para la víctima, pues es claro que el legislador, con esta extensión de sujetos bajo el título común de “operador”, pretende ampliar la gama de legitimados pasivos para favorecer a la víctima, pero el efecto que en realidad produce es absolutamente el contrario, pues según los antecedentes del proyecto, el art: 28 regula:

“la acción de responsabilidad civil por culpa que podría derivarse de la generación de un daño provocado por la utilización de un sistema de IA”²⁰;

en dicho escenario, considerando que los sistemas inteligentes se caracterizan, como dijimos, por ser autónomos, en muchas oportunidades toman decisiones a partir de los datos de su entorno y, en ocasiones, en forma inexplicable, especialmente en tareas complejas, siendo difícil atribuir la culpa o negligencia a los sujetos que operan con ellos²¹, lo que importa entender que el actuar de dichos sistemas pueda ser imprevisible²². Así, la víctima, ante daños ocasionados por un sistema inteligente, podrá concluir, dado el tenor de la disposición, que el agente responsable (legitimado pasivo) es el “operador”, pero tendrá la enorme dificultad o imposibilidad²³ procesal y económica de precisar qué sujeto del “grupo”, reducido bajo el título de “operador”, fue el causante culpable del daño que ha sufrido.

Esta preocupación, que fue omitida por la deficiente técnica legislativa expuesta, sí fue tomada en cuenta, por ejemplo, por la Propuesta de Directiva Responsabilidad Extracontractual, en los términos que siguen:

“Las normas [...] que se basan en la culpa, no son adecuadas para tramitar las denuncias de responsabilidad civil por daños causados por productos y servicios en los que se recurre a la IA. Con arreglo a

²⁰ *Boletín* n.º 16821-19 p. 27.

²¹ ATIENZA (2022) pp. 60-61.

²² ARAYA (2020) pp. 261-262.

²³ Así como enseña Susana Navas, existen situaciones en que no puede acreditarse el proceso en virtud del cual recogiendo unos *in-puts* se obtienen otros *out-puts* concretos; de ahí que se aluda a la *black box* o a la “falta de transparencia de la IA”, refiriéndose a esta en dos sentidos: a) como la *black box*, que tienen las máquinas autónomas donde se recogen todos los datos relativos a su movimiento, actuación y decisión y b) a la *black box* como aquello que no se puede explicar del funcionamiento de la IA (opacidad), la cual puede tener incidencia en la formación del nexo causal y consiguientemente en la prueba por parte de la víctima: NAVAS (2022) pp. 21-22.

dichas normas, las víctimas deben demostrar que ha habido una acción u omisión ilícita por parte de una persona que ha causado el daño. Las características específicas de la IA, incluidas su complejidad, su autonomía y su opacidad (el denominado efecto de ‘caja negra’), pueden dificultar o hacer excesivamente costoso para las víctimas determinar cuál es la persona responsable y probar que se cumplen los requisitos para una demanda de responsabilidad civil admisible. En particular, al reclamar una indemnización, las víctimas podrían tener que soportar unos costes iniciales muy elevados y enfrentarse a procedimientos judiciales mucho más largos, en comparación con los casos sin relación alguna con la inteligencia artificial. Por lo tanto, las víctimas pueden verse disuadidas de intentar siquiera obtener una indemnización”²⁴.

El defecto legislativo, nos parece, se produce porque lo que hace el proyecto para solucionar el problema de la legitimidad pasiva es recurrir, erróneamente, a la regulación de la Propuesta por productos defectuosos, cuya responsabilidad es objetiva²⁵, y cuya acción puede dirigirse contra el “fabricante y otros operadores económicos” en la cadena de suministro, es decir:

“los diversos operadores económicos responden en cascada, es decir, unos en defecto de otros, con el objeto de garantizar que el perjudicado pueda reclamar a la persona más cercana en la cadena de suministro y, en todo caso, que no tenga que hacerlo con sujetos responsables situados fuera del territorio” (art. 4 de la Propuesta)²⁶

y a la Resolución del Parlamento Europeo sobre el régimen de responsabilidad civil en materia de inteligencia artificial, que propuso un régimen mixto, por un lado de responsabilidad objetiva para SIA autónomos de alto riesgo (art. 4²⁷) y, por otro de responsabilidad subjetiva, para los SIA que no sean de alto riesgo, aunque con la posibilidad de aplicar una presunción de culpa del operador en caso de incidentes repetidos graves, señalando como sujeto pasivo de la acción, al operador de un sistema de IA, que se justifica por el solo hecho de que “controla el riesgo asociado al sistema de IA”²⁸. Así, y como podremos concluir, la

²⁴ COMISIÓN EUROPEA (2022a) pp. 1-2.

²⁵ COMISIÓN EUROPEA (2022b) art: 9: “Los Estados miembros garantizarán que se exija al demandante que demuestre el carácter defectuoso del producto, los daños sufridos y el nexo causal entre el defecto y el daño”.

²⁶ MARTÍN-CASALS (2023) p. 81.

²⁷ La disposición reza: “El operador de un sistema de IA de alto riesgo será objetivamente responsable de cualquier daño o perjuicio causado por una actividad física o virtual, un dispositivo o un proceso gobernado por dicho sistema de IA”.

²⁸ PARLAMENTO EUROPEO (2020) p. 4.

lógica de extender al “operador” a distintos sujetos en la cadena de suministro, no parece lógica en un sistema de responsabilidad fundado en la culpa, más aún si se considera que el proyecto no contiene reglas que permitan presumir la culpa o causalidad de los sujetos que utilizan u operan con sistemas inteligentes.

En la misma línea, la problemática incrementa su intensidad si consideramos que el proyecto de ley no establece una responsabilidad solidaria o proporcional para los daños cometidos por los sujetos que comprenden al denominado “operador”, como ocurre con la Propuesta de Directiva sobre Productos Defectuosos, que, en su art. 11²⁹ contempla la posibilidad de que los sujetos que comprenden los diversos operadores económicos puedan, en caso de tener que responder de forma conjunta, ser obligados solidariamente a la reparación. En consecuencia, si dicha hipótesis se presentara en nuestro país (daño ocasionado por uno o más de los sujetos que comprenden el denominado “operador”), se tendría que recurrir a la regla del art. 2317 del *Código Civil*, pero con la dificultad de acreditar que el delito o cuasidelito fue cometido por dos o más de los sujetos mencionados, lo que importa volver al problema primitivo, es decir, que la víctima deba individualizar a los agentes, su acción conjunta y su “participación” culpable y causal en el daño.

Por lo anterior, nos parece cuestionable que el proyecto de ley se haya presentado, en la materia indicada, en los términos antes referidos, siendo una alternativa con miras a mejorar el mismo y procurar la efectiva indemnización de la víctima, mantener la responsabilidad fundada en la culpa, pero recurriendo a soluciones como las indicadas en la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre Responsabilidad Civil Extracontractual a la Inteligencia Artificial, que contempla una responsabilidad por culpa para daños causados por sistemas de IA (art. 1), abandonando la Propuesta de Resolución del Parlamento Europea adoptada en octubre de 2020 antes indicada (que establecía un régimen de responsabilidad objetiva para los sistemas de IA de alto riesgo (capítulo II)) y que establece, en favor de las víctimas, un derecho de acceso a la información que esté en poder de empresas y proveedores, y que resulta necesaria para su reclamación (art. 3: “exhibición de pruebas”)³⁰ y una “presunción iuris tantum de la relación de causalidad” en caso

²⁹ La disposición reza: “Los Estados miembros garantizarán que, cuando dos o más operadores económicos sean responsables de los mismos daños con arreglo a la presente Directiva, puedan ser considerados responsables conjunta y solidariamente”.

³⁰ Cabe señalar que la Propuesta de Directiva establece este mecanismo solo para los sistemas inteligentes de alto riesgo. Sin embargo, esto ha sido criticado por Miquel Martin-Casals, quien ha sostenido: “los retos que los sistemas de IA plantean a la prueba de los presupuestos de la responsabilidad son inherentes a la IA y dependen de la complejidad de la tecnología utilizada

de culpa (art. 4), la que, si bien debe ser probada (culpa), también puede ser presumida mediante el mecanismo que dispone el art. 3 de la Propuesta para el caso de que se incumpla la referida exhibición de pruebas³¹, lo que podría ser razonable y útil para afrontar la dificultad antes expuesta.

Por último, el art. 29 del proyecto, determina que el procedimiento aplicable en materia civil, es decir, para ejercer la acción de responsabilidad contemplada en el art. 28, será el procedimiento sumario, de conformidad con las disposiciones del título XI del libro III del *Código de Procedimiento Civil*.

II. SISTEMAS INTELIGENTES Y CLASIFICACIÓN SEGÚN SU RIESGO

La idea de clasificar a los sistemas inteligentes según su riesgo no es nueva. Así, por ejemplo, el día 19 de febrero de 2020, la Comisión Europea publicó el denominado *Libro Blanco sobre la inteligencia artificial –un enfoque europeo orientado en la excelencia y la confianza*³², en que estableció directrices políticas para enfrentar los diversos desafíos de la inteligencia artificial y analizó de qué forma. Europa evolucionaría en la materia:

“desde la repercusión de las nuevas tecnologías en la sociedad y el empleo, a las dudas que suscita la globalización, los problemas en materia de seguridad [...]”³³,

distinguiendo, para dichos objetivos, entre sistemas de bajo y alto riesgo³⁴. Asimismo, la Resolución del Parlamento Europeo de 2020 distinguió entre distintos sistemas, y definió el sistema inteligente de alto riesgo como:

“aquel cuyo potencial significativo en un sistema de IA que funciona de forma autónoma puede causar daños o perjuicios a una o más per-

por el sistema de IA y no, necesariamente, al riesgo que comportan, por lo que cabe preguntarse cuál puede ser la razón por la que la Propuesta limita tales normas de exhibición de pruebas a los sistemas de IA de alto riesgo”: MARTÍN-CASALS (2023) p. 73.

³¹ Para un estudio pormenorizado y elocuente de la Propuesta, véase MARTÍN-CASALS (2023).

³² La finalidad del *Libro Blanco*, según su propio texto, es formular alternativas políticas para alcanzar un doble objetivo: promover la adopción de la inteligencia artificial y de abordar los riesgos vinculados a determinados usos de esta nueva tecnología: COMISIÓN EUROPEA (2020a) p. 1.

³³ COMISIÓN EUROPEA (2017).

³⁴ El texto señaló que se busca generar un ecosistema de confianza exclusivo, velando por el cumplimiento de normas de la UE, especialmente las normas de protección de derechos fundamentales y los derechos de los consumidores, y en concreto con relación a los SIA que operan en la UE y presentan un riesgo elevado (p. 3).

sonas de manera aleatoria y que excede lo que cabe esperar razonablemente; la magnitud del potencial depende de la relación entre la gravedad del posible daño o perjuicio, el grado de autonomía de la toma de decisiones, la probabilidad de que el riesgo se materialice y el modo y el contexto en que se utiliza el sistema de IA”³⁵.

Asimismo, en la Propuesta de Reglamento por el que se establecen normas armonizadas en materia de IA (llamada Ley de Inteligencia Artificial), distingue, según las prácticas de inteligencia artificial, y los riesgos que los usos de la IA generan, en sistemas de riesgo inaceptable (art. 5), alto y bajo o mínimo³⁶.

En lo que respecta al proyecto de ley chileno, en su art. 5, clasifica los sistemas de inteligencia artificial según su riesgo en sistemas de:

- A) “riesgo inaceptable”
- B) “alto riesgo”
- C) “riesgo limitado” y
- D) “sin riesgo evidente”

En cuanto a los sistemas de riesgo inaceptable.

“Agrupa a sistemas de IA incompatibles con el respeto y garantía de los derechos fundamentales de las personas, por lo que su introducción en el mercado o puesta en servicio se encuentra prohibida” (art. 5 letra a.)

y se considera que estos son, conforme al art. 6 del Proyecto:

- a) los sistemas de manipulación subliminal;
- b) los que explotan vulnerabilidades de personas para generar comportamientos dañinos;
- c) sistemas de organización biométrica de personas basadas en datos personales sensibles;
- d) sistemas de calificación social genérica;
- e) sistemas de identificación biométrica remota en espacios de acceso público real;
- f) sistemas de extracción no selectiva de imágenes faciales;
- g) sistemas de evaluación de los estados emocionales de una persona.

En cuanto a los sistemas inteligentes de alto riesgo, son definidos en el art. 7 inc. 1 del proyecto de ley, bajo el siguiente tenor:

“Un sistema de IA se considerará de alto riesgo cuando presente un riesgo significativo de causar perjuicios para la salud, la seguridad, los derechos fundamentales protegidos por la Constitución Política de

³⁵ PARLAMENTO EUROPEO (2020) art. 3 letra c).

³⁶ COMISIÓN EUROPEA (2020b) arts. 6-7.

la República o el medioambiente, así como los derechos de los consumidores, con independencia de si se ha introducido en el mercado o se ha puesto en servicio, ya sea que el sistema de IA esté destinado a ser utilizado como componente de seguridad de un producto, o bien que sea en sí mismo dicho producto”.

Por su parte, el art. 3 n.º 2, define el riesgo como:

“la combinación de la probabilidad de que se produzca un daño a las personas naturales, su salud, seguridad o derechos fundamentales y la gravedad de dicho daño”

y, el art. 3 n.º 3, precisa que es riesgo significativo:

“[...] aquel riesgo que resulta como consecuencia de la combinación de su gravedad, intensidad, probabilidad de ocurrencia y duración de sus efectos y su capacidad de afectar a una o varias personas naturales”,

cuyas reglas aplicables, son, conforme al art. 8 del proyecto:

- A) aquellas relativas al establecimiento de sistemas de gestión de riesgos;
- B) gobernanza de datos;
- C) documentación técnica;
- D) sistema de registros;
- E) mecanismos de transparencia;
- F) mecanismos de supervisión humana;
- G) precisión, solidez y ciberseguridad.

Asimismo, se comprenden medidas frente a contingencias (art. 9), y la obligación de un sistema de seguimiento posterior a la comercialización de IA de alto riesgo (art. 10).

Por otro lado, el art. 30, establece:

“un reglamento dictado por intermedio del Ministerio de Ciencia, Tecnología, Conocimiento e Innovación establecerá el listado de sistemas de IA de alto riesgo y de sistemas de IA de riesgo limitado respecto de los cuales serán aplicables las reglas de los artículos 8 y 11, respectivamente”,

lo que parece pertinente, pues otorga flexibilidad y permite compatibilizar la regulación de los sistemas con el rápido avance tecnológico en la materia.

En cuanto a la definición indicada del proyecto chileno y la necesidad de precisar los sistemas de inteligencia artificial de alto riesgo mediante reglamentos, cabe señalar que el mecanismo es similar a la del art. 6 letra a) de la Propuesta, que establece normas armonizadas en materia de IA (Ley de Inteligencia Arti-

ficial), que define los sistemas de inteligencia artificial, y que recurre a los denominados “anexos”. Así, la Propuesta dispone:

“Un sistema de IA se considerará de alto riesgo cuando reúna las dos condiciones que se indican a continuación, con independencia de si se ha introducido en el mercado o se ha puesto en servicio sin estar integrado en los productos que se mencionan en las letras a) y b): a) el sistema de IA está destinado a ser utilizado como componente de seguridad de uno de los productos contemplados en la legislación de armonización de la Unión que se indica en el anexo II, o es en sí mismo uno de dichos productos; b) conforme a la legislación de armonización de la Unión que se indica en el anexo II, el producto del que el sistema de IA es componente de seguridad, o el propio sistema de IA como producto, debe someterse a una evaluación de la conformidad realizada por un organismo independiente para su introducción en el mercado o puesta en servicio. También se considerarán de alto riesgo los sistemas de IA que figuran en el anexo III”.

En cuanto a los anexos referidos por la Propuesta Europea, *el anexo II* se divide en dos secciones: la “A”, hace referencia a la lista de legislación de armonización de la Unión basada en el nuevo marco legislativo y la “B”, contempla una lista de otra legislación de armonización de la Unión. En lo que respecta al *anexo III*, este dispone:

“Los sistemas de IA de alto riesgo con arreglo al artículo 6, apartado 2, son los sistemas de IA mencionados en cualquiera de los ámbitos siguientes: 1. Identificación biométrica y categorización de personas físicas; 2. Gestión y funcionamiento de infraestructuras esenciales; 3. Educación y formación profesional; 4. Empleo, gestión de los trabajadores y acceso al autoempleo; 5. Acceso y disfrute de servicios públicos y privados esenciales y sus beneficios; 6. Asuntos relacionados con la aplicación de la ley; 7. Gestión de la migración, el asilo y el control fronterizo; 8. Administración de justicia y procesos democráticos”.

Además, para otorgar las necesarias actualizaciones en la materia, propias del avance tecnológico, el referido anexo (III) se puede modificar, conforme lo prescribe expresamente el art. 7 de la Propuesta, si se reúnen las dos condiciones siguientes:

- a) Los sistemas de IA estén destinados a utilizarse en cualquiera de los ámbitos que figuran en los puntos 1 a 8 del anexo III.
- b) Los sistemas de IA conlleven el riesgo de causar un perjuicio a la salud y seguridad, o el riesgo de tener repercusiones negativas *para los derechos fundamentales, cuya gravedad y probabilidad sean equivalentes o*

*mayores a las de los riesgos de perjuicio o de repercusiones negativos asociados a los sistemas de alto riesgo que ya se mencionan en el anexo III*³⁷.

Respecto a los sistemas de IA de riesgo limitado, el proyecto de ley chileno entiende que un sistema de IA es de riesgo limitado cuando “su uso presente un riesgo no significativo de manipulación, engaño o error, producto de su interacción con personas naturales” (art. 11), estableciéndose reglas de transparencia que obligan al proveedor o el usuario a que informen a las personas naturales expuestas a un sistema de IA, que están interactuando con este, salvo las excepciones indicadas en la disposición (art. 12). Por último, el art. 30 de la ley dispone que un reglamento dictado por intermedio del Ministerio de Ciencia, Tecnología, Conocimiento e Innovación establecerá el listado de sistemas de IA de alto riesgo y de sistemas de IA de riesgo limitado respecto de los cuales serán aplicables las reglas de los arts. 8 y 11, respectivamente.

En cuanto a los sistemas inteligentes sin riesgo evidente. Agrupa a todos los demás sistemas de IA que no entran en las categorías mencionadas en los literales precedentes.

Proyecto de ley chileno, y la importancia de la clasificación sistemas inteligentes según el riesgo que entrañen

Dicho lo anterior, la distinción según el riesgo del sistema inteligente, importa, en principio, para definir que grupos de sistemas inteligentes requieren cier-

³⁷ Para dicha evaluación (indicada en la letra b) el art. 7 sostiene que se tendrá en cuenta los criterios siguientes: a) la finalidad prevista del sistema de IA; b) la medida en que se haya utilizado o sea probable que se utilice un sistema de IA; c) la medida en que la utilización de un sistema de IA ya haya causado un perjuicio a la salud y la seguridad, haya tenido repercusiones negativas para los derechos fundamentales o haya dado lugar a problemas importantes en relación con la materialización de dicho perjuicio o dichas repercusiones negativas, según demuestren los informes o las alegaciones documentadas que se presenten a las autoridades nacionales competentes; d) el posible alcance de dicho perjuicio o dichas repercusiones negativas, en particular en lo que respecta a su intensidad y su capacidad para afectar a una gran variedad de personas; e) la medida en que las personas que podrían sufrir dicho perjuicio o dichas repercusiones negativas dependan de la información de salida generada con un sistema de IA, en particular porque, por motivos prácticos o jurídicos, no sea razonablemente posible renunciar a dicha información; f) la medida en que las personas que podrían sufrir dicho perjuicio o dichas repercusiones negativas se encuentren en una posición de vulnerabilidad respecto del usuario de un sistema de IA, en particular debido a un desequilibrio en cuanto al poder o los conocimientos que ambos poseen, sus circunstancias económicas o sociales, o su edad; g) la medida en que sea fácil revertir la información de salida generada con un sistema de IA, habida cuenta de que no se debe considerar que la información de salida que afecta a la salud o la seguridad de las personas es fácil de revertir; h) la medida en que la legislación vigente en la Unión establezca: i) medidas de compensación efectivas en relación con los riesgos que conlleva un sistema de IA, con exclusión de las acciones por daños y perjuicios; ii) medidas efectivas para prevenir o reducir notablemente esos riesgos.

tas medidas o reglas que determina el proyecto, deben ser adoptadas por los operadores, con mayor o menor intensidad según fuere el caso, salvo que se trate de sistemas de riesgo inaceptable, cuyo uso está prohibido. No obstante, y desde la perspectiva de la responsabilidad civil, dicha distinción parece muy relevante, especialmente si consideramos que el art. 28 del mismo, según sus antecedentes, somete la responsabilidad civil a las reglas de la culpa probada. En este sentido, cobra relevancia, según hemos advertido en otro trabajo³⁸ que, si bien el *Código Civil* establece, en general, el sistema de la culpa probada, debiendo acreditar la culpa (o el dolo) al que alega la obligación de indemnizar³⁹, aquello importa dejar a la víctima en desventaja estratégica frente al demandado, pues esta puede carecer de instrumentos probatorios que están en poder del demandado, y en casos más complejos –como ocurre con los daños ocasionados por sistemas inteligentes– por la dificultad de estar en condiciones de probar la culpa del agente⁴⁰. Luego, cuando el perjudicado solicita la indemnización, las reglas de la responsabilidad subjetiva exigen acreditar que ha existido un acto u omisión culpable por parte de la persona potencialmente responsable del daño, así como el nexo causal entre dicho acto culposo y el daño. Por tanto, el problema resulta evidente, pues:

“[...] cuando la IA se interpone entre el acto u omisión de una persona y el daño, las características específicas de determinados sistemas de IA, como la opacidad, el comportamiento autónomo y la complejidad, pueden hacer excesivamente difícil, si no imposible, que el perjudicado satisfaga la carga de la prueba. En particular, puede resultar excesivamente difícil demostrar que un dato de entrada concreto del que es responsable la persona potencialmente responsable ha dado lugar a una información de salida específica de un sistema de IA que, a su vez, ha provocado el daño en cuestión”⁴¹.

Así, ante este tipo de dificultades, y considerando especialmente que el proyecto de ley no entrega solución a la problemática, debemos recordar que el derecho sustantivo de la responsabilidad civil contempla presunciones de culpabilidad, cuyo efecto es invertir el riesgo probatorio en favor de la víctima⁴², las que pueden ser agrupadas en tres categorías⁴³:

³⁸ DIEZ (2024).

³⁹ BARROS (2020) p. 147; DUCCI (1971) p. 84; VODANOVIC (2021) p. 906; Así se ha resuelto en CORTE SUPREMA (2020) rol 3579-1999, c. 3.

⁴⁰ VODANOVIC (2021) p. 952.

⁴¹ PARLAMENTO EUROPEO (2020) p. 19.

⁴² BARROS (2020) p. 149; DUCCI (1937) p. 90.

⁴³ RAMOS (2009) p. 56.

a) por hecho propio (art. 2329);
b) por hecho ajeno (arts. 2320, 2321 y 2322) y
c) por el hecho de las cosas (arts. 2323, 2324, 2326, 2327 y 2328), todas ellas, con el fin de “[...] favorecer a la víctima, de atenuar en parte los inconvenientes de este sistema y de hacer más expedita la acción”⁴⁴.

En este sentido, y para los llamados sistemas inteligentes de alto riesgo, que son aquellos que presentan “riesgos significativos”, y que, por tanto, merecen mayor preocupación, es posible recurrir a la presunción por el hecho propio del art. 2329⁴⁵, que parece una alternativa adecuada⁴⁶, si entendemos dicha disposición como una regla de presunción de culpabilidad referida a las llamadas actividades peligrosas⁴⁷. Para lo que proponemos, lo primero que se debe precisar es que nuestro *Código Civil* no entrega elementos para una definición de actividad peligrosa, resultandos inútiles los intentos por encontrar su significado en los antecedentes históricos del mismo⁴⁸, por lo que la expresión ha debido ser acuñada por la doctrina y jurisprudencia. Así se ha entendido por Carlos DUCCI:

“[...] se trata de actividades o actuaciones cuya peligrosidad implica culpa por sí sola, sin necesidad de prueba al efecto, porque ella va implícita en el daño”⁴⁹;

en el mismo sentido, Mauricio Tapia ha sostenido que una actividad tiene esta calificación en aquellos casos en que:

⁴⁴ VODANOVIC (2021) p. 952.

⁴⁵ Para una visión general de la disposición y las distintas doctrinas sobre la misma véase, por todos: POLIT (2015) pp. 827-846.

⁴⁶ Especialmente en contraste con la del hecho ajeno, que requiere que el guardián y subordinado o dependiente sean capaces de delito y cuasidelito, y que la víctima pruebe la culpa de estos; y, más conveniente que la presunción por el hecho de las cosas, toda vez que, en nuestro derecho, a diferencia del francés, dichas reglas se encuentran restringidas para los casos antes enunciados: ALESSANDRI (2020) p. 283; DUCCI (1937) p. 96; No obstante, Carlos Amunátegui ha sostenido la posibilidad por hecho de los animales que recoge, en esencia, la vieja doctrina romana de la *actio de pauperiem*: AMUNATEGUI (2021) pp. 88-89.

⁴⁷ En este sentido: AEDO (2018) pp. 389-392; AEDO (2023) pp. 221-222, nota pie de página n.º 80; DUCCI (1937) pp. 45-46; DUCCI (1971) pp. 99-100; TAPIA (2009) p. 700; Con matices adhieren a esta interpretación Carolina Schielle y Josefina Tocornal, quienes sostienen: “esta presunción [entendidos ambos incisos del artículo 2329] debe operar solo en [...] actividades en donde el agente causante del daño le es exigible una diligencia especial por la naturaleza de las actividades que desempeña”: SCHIELLE y TOCORNAL (2010) p. 139. Así se ha resuelto en CORTE SUPREMA (2017) rol 41095-2016, c. 4; CORTE SUPREMA (2021) rol 18949-2018, c. 7.

⁴⁸ PIZARRO y MANTILLA (2013) p. 40.

⁴⁹ DUCCI (1971) p. 99.

“[...] involucra una elevada probabilidad de daños a terceros que puede ser estimada peligrosa o aquellas cuya probabilidad de causar daños a terceros es baja, pero que, de producirse su magnitud es considerable o afectan a un gran número de personas”⁵⁰.

En la misma línea, la Corte Suprema ha resuelto que una actividad es peligrosa, cuando:

“hay una peligrosidad desproporcionada derivada de la acción u omisión del agente, en términos tales que genere una probabilidad cierta de que ocurra un daño derivado de su actividad peligrosa [...]”⁵¹,

conceptos y definiciones que han sido similares en la doctrina y jurisprudencia comparada⁵².

En el referido sentido, es posible concluir que una actividad es peligrosa cuando existe una elevada probabilidad de que el riesgo se materialice o cuando la magnitud del daño puede ser de gran envergadura. En este sentido, podemos precisar que no existe “un común denominador para todas las actividades peligrosas, no hay una esencia de peligrosidad”⁵³, lo que

“[...] presenta una ventaja evidente frente a un sistema como el francés que consagra un régimen objetivo de responsabilidad por el hecho de las cosas [...]”⁵⁴,

⁵⁰ TAPIA (2009) p. 455.

⁵¹ CORTE SUPREMA (2021) rol 18949-2018.

⁵² Así se ha entendido por actividad peligrosa aquella “[...] que, una vez desplegada, su estructura o su comportamiento generan más probabilidades de daño de las que normalmente está en capacidad de soportar por sí solo un hombre común y corriente: TAMAYO (2007) p. 395; en Colombia, cuyo art. 2356 es idéntico a nuestro art. 2329, la jurisprudencia ha entendido por actividad peligrosa: “aquella que [...] aunque lícita, es de las que implican riesgos de tal naturaleza que hacen inminente la ocurrencia de daños”: PIZARRO y MANTILLA (2013) pp. 43-44); y en Francia, aquella susceptible: “[...] de causar un daño, inmediato o diferido, de fuerte intensidad a las personas, al medioambiente, o a los bienes, en razón netamente de la complejidad de su organización, de los instrumentos o elementos utilizados, o por su naturaleza misma”: MAZEAU (2010) p. 444.

⁵³ PIZARRO y MANTILLA (2013) pp. 44-46; no obstante, se ha criticado esta flexibilidad por dejar el asunto “[...] a la prudencia de los tribunales, los cuales, careciendo de una normativa adecuada, pueden dirimir los asuntos haciendo uso de una peligrosa libertad [...]”: MUNITA (2019) p. 146.

⁵⁴ PIZARRO y MANTILLA (2013) pp. 47-48; la crítica se funda en que su campo de aplicación se extiende a cualquier daño causado por cualquier cosa. Por esta razón, precisamente, la jurisprudencia francesa ha buscado expedientes para excluir ciertos daños que, en su entender, no merecen ser sometidos a un régimen tan estricto. Dentro de esta perspectiva se han excluido ciertos daños causados por cosas que se encontraban estáticas (...) o que no tuvieron contacto físico con la persona o bien que sufrió el daño.

permitiendo: “[...] aplicarse a los contenciosos [...] cuya órbita se active frente a situaciones no cubiertas por normas especiales”⁵⁵, como sucede con la responsabilidad civil derivada del uso de sistemas inteligentes de alto riesgo.

En este contexto, y teniendo presente la definición de sistema de alto riesgo entregado por el proyecto de ley, que atiende al “riesgo significativo” (art. 7 inc. 1), que, a su vez, responde a la “gravedad, intensidad, y probabilidad” (art. 3 n.º 3), es posible concluir que el uso de los sistemas de alto riesgo cumplen con los elementos necesarios para ser calificados como actividades peligrosas y, por tanto, recurrir a la regla del art. 2329 del *Código Civil* que, como hemos sostenido, comprende la presunción de culpa por el hecho propio ante las llamadas “actividades peligrosas”. Dicho concepto, que importa un concepto jurídico indeterminado, nos parece

“suficiente para que las nuevas circunstancias –como los daños ocasionados por sistemas inteligentes de alto riesgo– queden cubiertas legalmente, aunque no fueran las previstas en el momento en que se adoptaron tales normas”⁵⁶.

Por lo demás, la solución es útil, pues mantiene la culpa en la base de la responsabilidad –como lo sostiene el art. 28 del proyecto–, pero en el sentido de disponer la inversión de la carga probatoria de la culpa del autor y de ampliar el contenido del deber de diligencia⁵⁷, poniendo a cargo del demandado:

“[...] un riesgo mayor de asumir los costos de las posibles indemnizaciones, lo cual podría inducirlo a tomar medidas preventivas específicas y a trasladar y distribuir el riesgo a través de la contratación de seguros”⁵⁸.

Además, se debe tener presente que la calificación de una actividad como peligrosa no implica un juicio de valor y no está llamada a inhibir las conductas ni desincentivar actividades, pues es solo decidir que los daños que se generen en su desarrollo estarán regulados por un régimen de responsabilidad más severo⁵⁹.

Por último, y en cuanto a los efectos del art. 2329 entendido como presunción de culpabilidad por el hecho propio ante actividades peligrosas, se ha sostenido que este permite presumir tanto la culpa como la causalidad⁶⁰; en

⁵⁵ MUNTA (2019) p. 146.

⁵⁶ NAVAS (2022) p. 3.

⁵⁷ VISINTINI (1999) p. 415.

⁵⁸ PIZARRO y MANTILLA (2013) p. 48.

⁵⁹ *Op. cit.* p. 49.

⁶⁰ BARROS (2020) pp. 439-441; en contra, se ha sostenido, que la tiene por objetivo presumir únicamente la relación de causalidad: CORRAL (2013) pp. 226-227; p. 242.

este escenario, la víctima de un daño ocasionado por un sistema inteligente de alto riesgo bajo el tenor del art. 28 del proyecto de ley, podrá demandar indistintamente al “proveedor, el implementador, el representante autorizado, el importador y el distribuidor” (art. 3 n.º 10), presumiéndose la culpa y causalidad respecto de dicho sujeto pasivo.

Es más, para el caso que se atribuya responsabilidad al operador bajo el tenor del art. 2329, entendida como una regla relativa a las actividades peligrosas, y la víctima tenga la calidad de consumidor, resulta procedente, como ya ha advertido Carlos Amunátegui, la aplicación del art. 47 de la Ley n.º 19496⁶¹, que permite que quien ha resultado condenado (el operador) bajo condición de que tenga la calidad de consumidor, disponga de acción solidaria para repetir en contra del productor, importador y primer distribuidor o prestador del servicio, en su caso⁶².

Respecto a la ventaja para la víctima, en el caso de daños ocasionados por sistemas inteligentes de alto riesgo, esta se traduce básicamente en que la víctima no necesita probar la culpa del autor del daño –operador, en los términos del proyecto– ni la relación causal entre este y aquella; de forma que le bastará probar la existencia del hecho perjudicial y el daño, siendo el demandado quien deba acreditar su irresponsabilidad, ya sea porque no existió culpa, o porque hubo caso fortuito, imprudencia exclusiva de la víctima o de un tercero. En defecto de esta prueba debe ser condenado a la reparación⁶³.

⁶¹ AMUNÁTEGUI (2021) pp. 90-91; para una visión panorámica sobre los desafíos de la IA en materia de consumo, véase WALKER (2023).

⁶² Conforme sostienen en un elocuente trabajo Lilian San Martín y Jorge Larroucau, el juez cuenta con dos estrategias para el razonamiento probatorio en el análisis de la causalidad en la responsabilidad civil; el primero, es tener por acreditado el nexos causal mediante la prueba de la culpa y, el segundo, para los casos en que no sea posible efectuar esa conexión funcional entre la culpa y la causalidad –como puede ocurrir con los sistemas inteligentes– recurrir a otros criterios jurídicos como las presunciones; así, en la práctica judicial, lo normal será que la causalidad se acredite mediante la prueba de la negligencia, lo que resulta coherente con la conexión funcional entre la culpa y la causalidad; pero ante problema probatorios y epistémicos –como los indicados– esto se puede solucionar con criterios jurídicos diferentes a la culpa, como el referido: SAN MARTÍN y LARROUCAU (2021) p. 347; lo dicho, resulta coherente con lo sostenido por Enrique Barros, quien distingue entre casos en que es difícil probar con exactitud el hecho que desencadenó el vínculo causal de aquellos en que es en extremo difícil acreditarlo. Para los casos difíciles, la prueba se construirá sobre la base de presunciones, porque su demostración será necesariamente hipotética (por ejemplo, *causas múltiples* o *tecnológicas complejas*); sin embargo, en casos de extrema dificultad, el autor sostiene que se flexibiliza la exigencia probatoria, si el daño se produce por un hecho ocurrido con ocasión de la actividad del demandado, por lo que tendrá importancia la prueba basada en indicios probatorios que permitan construir una presunción *prima facie* de la relación causal entre la culpa y el daño, ya sea por la gravedad de la culpa o por el *aumento del riesgo* (basado en probabilidades); así, agrega el autor, las razones para asumir una presunción legal de culpa por el hecho propio (art. 2329) rigen también respecto de la causalidad: BARROS (2020) pp. 439-441.

⁶³ ALESSANDRI (2020) p. 216.

III. RESPONSABILIDAD GENERADA

A PARTIR DE ESPACIOS CONTROLADOS DE PRUEBAS PARA LA IA (ART. 21)

Por último, el art. 21 inc. 1, regula la llamada responsabilidad generada a partir de espacios controlados de prueba para la IA, bajo el siguiente tenor:

“Responsabilidad generada a partir de espacios controlados de pruebas para la IA. Los proveedores potenciales en los espacios controlados de pruebas para la IA responderán de cualquier perjuicio causado a terceros como resultado de la experimentación realizada en el espacio controlado de pruebas”.

De esta forma, para que se genere esta responsabilidad, es necesario:

- a.1) que el agente sea un “proveedor potencial”.
- a.2) que el daño se produzca a partir de un espacio controlado de prueba para la IA. En cuanto al espacio controlado, del art. 20, se puede desprender:

“es aquel, que la administración del Estado proporciona para fomentar la innovación y facilitar el desarrollo, la prueba y la validación de sistemas innovadores de IA en la esfera de sus competencias, durante un período limitado antes de su introducción en el mercado o su puesta en servicio, con arreglo a un plan específico acordado entre los proveedores potenciales y las autoridades creadoras de tales espacios”.

- a.3) que el perjuicio causado a terceros sea consecuencia del resultado de la experimentación realizada en el espacio controlado de pruebas.

Por último, cabe señalar que el origen de la disposición (art. 21 inc. 1) tiene su origen en el art. 53 de la llamada Ley de Inteligencia Artificial⁶⁴, que fue aprobada por la Eurocámara de la Unión Europea con fecha 13 de marzo de 2024⁶⁵, y que sostiene, en lo pertinente:

“Los participantes en los espacios controlados de pruebas para la IA responderán de cualquier perjuicio infligido a terceros como resultado de la experimentación realizada en el espacio controlado de pruebas [...]”⁶⁶

⁶⁴ COMISIÓN EUROPEA (2020b).

⁶⁵ La propuesta fue respaldada por la Eurocámara con 523 votos a favor, 46 en contra y 49 abstenciones. Disponible en www.europarl.europa.eu/news/es/press-oom/20240308IPR19015/la-eurocamara-aprueba-una-ley-historica-para-regular-la-inteligencia-artificial [fecha de consulta: 21 de mayo de 2024].

⁶⁶ COMISIÓN EUROPEA (2020b) p. 78.

y que el alcance de la responsabilidad en cuanto a la referencia de “cualquier perjuicio” tiene por objetivo:

“observar un estándar de diligencia suficiente en la utilización del espacio controlado de pruebas para la IA, se establecerá que los proveedores potenciales responderán de cualquier perjuicio causado a terceros como resultado de la experimentación realizada dentro del mismo”⁶⁷.

CONCLUSIONES

1. El proyecto de ley regula, entre otras materias, aspectos relativos a la responsabilidad, estableciendo una regla general de responsabilidad por daños ocasionados por sistemas inteligentes; clasificando a los mismos según el riesgo que entrañan y regulando la llamada responsabilidad generada a partir de espacios controlados de pruebas para la IA.
2. Acerca de la acción de responsabilidad que se contiene en el art. 28, se cuestiona que, estando la norma, según los antecedentes del proyecto, fundada en la culpa, esta señale como legitimado pasivo de la acción al “operador”, que cubre una amplia gama de potenciales sujetos responsables como: el proveedor, implementador, representante autorizado, importador y distribuidor, pues aquello resulta enormemente sensible a la hora de que la víctima deba acreditar la negligencia de los sujetos que operan con los sistemas inteligentes dadas las características propias de estos, más aún, considerando que el proyecto no contiene reglas relativas a presunciones de culpa o causalidad, ni reglas que permitan sostener que exista una responsabilidad solidaria o proporcional.
3. No obstante, y referente a la clasificación de los sistemas inteligentes según el riesgo que entrañan, el proyecto de ley los clasifica en sistemas de riesgo inaceptable, alto, limitado y sin riesgo evidente. En este sentido, precisamos que dicha clasificación, es pertinente para la responsabilidad civil, especialmente si consideramos que, en nuestro entender, el art. 2329 del *Código Civil* contempla una presunción de culpa y causalidad ante daños ocasionados por las actividades peligrosas, las que comparten sus elementos calificadores, es decir, la probabilidad de daño o la magnitud del mismo, con los sistemas inteligentes de alto riesgos, definidos bajo esos mismos parámetros en el pro-

⁶⁷ *Boletín* n.º 16821-19 p. 14.

yecto (art. 7), lo que permitiría, bajo dicha lógica, presumir la culpa (y causalidad) de los daños originados por sistemas inteligentes que sean operados por cualquiera de los sujetos que indica el proyecto, quien tendrá la carga de acreditar su irresponsabilidad.

4. Por último, se contempla la responsabilidad generada a partir de espacios controlados de pruebas para la IA (art. 21), en que el proyecto, según sus propios antecedentes, para “observar un estándar de diligencia suficiente”, estableció que los participantes en estos espacios respondan de “cualquier perjuicio infligido a terceros”.

BIBLIOGRAFÍA

- AEDO BARRENA, Cristián (2018): *Culpa aquiliana. Una conjunción de aspectos históricos y dogmáticos* (Santiago, Thomson Reuters).
- AEDO BARRENA, Cristián (2023): “Título xxxv. De los delitos y cuasidelitos” en Amunátegui Perelló, Carlos (ed.), *Comentario histórico-dogmático al libro IV del Código Civil de Chile* (Santiago, Tirant lo Blanch).
- ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo (2020): *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- AMUNÁTEGUI PERELLÓ, CARLOS (2021): *Arcana Technicae, El derecho y la inteligencia artificial* (Valencia, Tirant lo Blanch).
- ARAYA PAZ, Carlos (2020): “Desafíos legales de la inteligencia artificial en Chile”, *Revista Chilena de Derecho y Tecnología* vol. 9 núm. 2: pp. 257-290.
- ATIENZA NAVARRO, María (2022): *Daños causados por inteligencia artificial y responsabilidad civil* (Barcelona, Atelier Libros Jurídicos).
- BARROS BOURIE, Enrique (2020): *Tratado de responsabilidad extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición actualizada).
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2013): *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual* (Santiago, Thomson Reuters).
- DIEZ RINGELE, Felipe (2024): “Daños ocasionados por sistemas inteligentes complejos y de alto riesgo ante la responsabilidad civil extracontractual ¿Quién responde? Dos propuestas desde la legislación civil vigente”, *XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil* (en prensa).
- DUCCI CLARO, Carlos (1937): *Responsabilidad civil extracontractual* (Santiago, Empresa Periodística El Imparcial).
- DUCCI CLARO, Carlos (1971): *Responsabilidad civil. Actividades peligrosas - Hechos de las cosas - circulación de vehículos* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- LLANO ALONSO, Fernando (2021): “Inteligencia artificial y derecho. El jurista ante los retos de la era digital”, en Llano, Fernando y Garrido, Joaquín (eds.), *Inteligencia artificial*

- y el derecho. *El jurista ante los retos de la era digital* (Navarra, Thomson Reuters Aranzadi).
- MARTÍN-CASALS, Miquel (2022): “Desarrollo tecnológico y responsabilidad extracontractual. A propósito de los sistemas de inteligencia artificial (IA)”, en Pérez Collados, José (coord.), *La cultura jurídica en la era digital. Cuadernos Digitales, Derecho y Nuevas Tecnologías* n.º 8 (Navarra, Editorial Aranzadi).
- MARTÍN-CASALS, Miquel (2023): “Las propuestas de la Unión Europea para regular la responsabilidad civil por los daños causados por sistemas de inteligencia artificial”, *InDret* 3.2023: pp. 55-100. Disponible en <https://indret.com/wp-content/uploads/2023/07/1806.pdf> [fecha de consulta: 9 de mayo de 2024].
- MAZEAU, Laurene (2010): *La responsabilité des professionnels exploitants une activité a risque*, Thèse (Toulouse, Université Toulouse Capitole).
- MUNITA MARAMBIO, Renzo (2019): “Sobre el recurso a máximas generales aplicables a la indemnización por daños derivados de actividades peligrosas o de objetos (peligrosos o no)”, en Céspedes Muñoz, Carlos (coord.), *Estudios de derecho privado en memoria del profesor Nelson Vera Moraga* (Santiago, Thomson Reuters).
- NAVAS NAVARRO, Susana (2022): *Daños ocasionados por sistemas de inteligencia artificial. Especial atención a su futura regulación* (Granada: Editorial Comares).
- OROZCO GONZÁLEZ, Margarita (2022): “Reflexiones acerca de la relación entre Inteligencia artificial y robótica”, en Ataz López, Joaquín y Cobacho Gómez, José (coords.), *Cuestiones clásicas y actuales del derecho de daños* (Navarra, Thomson Reuters Aranzadi).
- PIZARRO, Carlos y MANTILLA, Fabricio (2013): “La responsabilidad civil por actividades peligrosas: aplique primero y explique después”, *Revista de Derecho - Escuela de Postgrado* n.º 4: pp. 7-56.
- POLIT CORVALÁN, Joaquín (2015): “¿Qué ha dicho realmente la jurisprudencia sobre la presunción general de culpa por el hecho propio?”, en Vidal, Álvaro (coord.), *Estudios de derecho civil X* (Santiago, Thomson Reuters) pp. 827-845.
- RAMOS PAZOS, René (2009): *De la responsabilidad extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 5ª edición actualizada).
- RIPERT, Georges (2013): *La règle morale dans les obligations civiles* (Paris, LGDJ).
- SAN MARTÍN, Lilian y LARROUCAU, Jorge (2021): “El razonamiento probatorio para el análisis de la causalidad en la responsabilidad civil: estudio de la jurisprudencia chilena”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 40 (Universidad Externado de Colombia): pp. 329-359.
- SCHIELE, Carolina y TOCORNAL, Josefina (2010): “Artículo 2329 del Código Civil: la interpretación por presunción por hechos propios existe en la jurisprudencia”, *Revista Chilena de Derecho* vol. 37 n.º 1: pp. 123-139.
- SCHWAB, Klaus (2016): *La cuarta revolución industrial* (Bogotá, El Tiempo Casa Editorial, S.A.).

- TAMAYO JARAMILLO, Javier (2007). *Tratado de responsabilidad civil*, tomo I (Bogotá: Legis).
- TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio (2009): “Contra una presunción general de culpa por el hecho propio”, en Pizarro Wilson, Carlos (coord.), *Estudios de Derecho Civil IV. Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Olmué (Santiago, Legal Publishing) pp. 689-705.
- VODANOVIC HAKLICKA, Antonio (2021): *Tratado de derecho civil. Fuente de las obligaciones. Parte especial: de las fuentes de origen no convencional* [basado en las explicaciones de clases de Arturo Alessandri y Manuel Somarriva], tomo III (Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago, segunda edición actualizada).
- VISINTINI, Giovanna (1999): *Tratado de la responsabilidad civil* (trad. Aída Kemelmajer de Carlucci, Buenos Aires, Editorial Astrea).
- WALKER SILVA, Nathalie (2023): “Algunos desafíos en materia de consumo”, en Walker Silva, Nathalie y Schiele, Carolina (eds.), *Estudios de Derecho del Consumidor IV, X Jornadas Nacionales de Derecho del Consumo. Facultad de Derecho, Universidad Andrés Bello* (Valencia, Tirant lo Blanch).
- ZURITA MARTÍN, Isabel (2021): Gestión de riesgos y responsabilidad civil de los robots, en Ataz, Joaquín y Cobacho, José (coords.), *Cuestiones clásicas y actuales del derecho de daños* (Navarra, Thomson Reuters Aranzadi).

Normas

Boletín n.° 16821-19, que “Regula los sistemas de inteligencia artificial”. Disponible en www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/# [fecha de consulta: 9 de mayo de 2024].

Boletín n.° 15869-19, que “Regula los sistemas de inteligencia artificial, la robótica y las tecnologías conexas, en sus distintos ámbitos de aplicación” Disponible en www.camara.cl/verDOC.aspx?prmID=72777&prmTipo=FICHAPARLAMENTARIA&prmFICHATIPO=DIP&prmLOCAL=0 [fecha de consulta: 9 de mayo de 2024].

Código Civil Chile.

COMISIÓN EUROPEA (2017): “La Comisión presenta el Libro Blanco sobre el futuro de Europa: Vías para la unidad de la UE de 27 Estados miembros”. Disponible en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/IP_17_385 [fecha de consulta: 9 de mayo de 2024].

COMISIÓN EUROPEA (2020a): *Libro blanco sobre la inteligencia artificial – un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza*. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0065> [fecha de consulta: 9 de mayo de 2024].

COMISIÓN EUROPEA (2020b): *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la unión*. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/resource.tml?uri=cellar:e0649735-a372->

11eb-958501aa75ed71a1.0008.02/DOC_1&format=PDF [fecha de consulta: 9 de mayo de 2024].

COMISIÓN EUROPEA (2022a): *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la adaptación de las normas de responsabilidad civil extracontractual a la inteligencia artificial (Directiva sobre responsabilidad en materia de IA)*. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022PC0496&from=ES> [fecha de consulta: 9 de mayo de 2024].

COMISIÓN EUROPEA (2022b): *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos*. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022PC0495&from=ES> [fecha de consulta: 9 de mayo de 2024].

Ley n.º 19496, “Establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores”. Disponible en www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=61438 [fecha de consulta: 10 de mayo de 2024].

Ley n.º 21383, “Modifica la Carta Fundamental, para establecer el desarrollo científico y tecnológico al servicio de las personas”. Disponible en www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1166983 [fecha de consulta: 10 de mayo de 2024].

PARLAMENTO EUROPEO (2020): Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2020, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre un régimen de responsabilidad civil en materia de inteligencia (2020/2014(INL)). Disponible en www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2020-0178_ES.html [fecha de consulta: 9 de mayo de 2024].

Jurisprudencia

CORTE SUPREMA (2017): rol 41095-2016, 15 de junio de 2017.

CORTE SUPREMA (2000): rol 3579-1999, 16 de octubre de 2000.

CORTE SUPREMA (2021): rol 18949-2018, 22 de febrero de 2021.

PANORAMA DEL FENÓMENO DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN RELACIÓN CON LA RESPONSABILIDAD CIVIL

OVERVIEW OF THE PHENOMENON OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE IN RELATION TO CIVIL LIABILITY

*Isabel Wigg Sotomayor**

RESUMEN: Para abordar los desafíos que la inteligencia artificial (IA) plantea en el ámbito del derecho de daños, es fundamental analizar la posible aplicación de las reglas de responsabilidad civil existentes ante los perjuicios ocasionados por los sistemas operados con IA. Este artículo examina las limitaciones de los conceptos legales tradicionales frente a la autonomía y las capacidades de autoaprendizaje de estas tecnologías, cuestionando si las normativas actuales son suficientes para manejar las complejidades introducidas por los sistemas inteligentes.

PALABRAS CLAVE: inteligencia artificial, responsabilidad civil, daños por IA, legislación robótica, personalidad jurídica de la IA.

ABSTRACT: To address the challenges that artificial intelligence (AI) poses in the field of tort law, it is essential to analyze the applicability of existing civil liability frameworks to the damages caused by AI-operated systems. This article examines the limitations of traditional legal concepts in the face of the autonomy and self-learning capabilities of these technologies, questioning whether current regulations are sufficient to manage the complexities introduced by intelligent systems.

* Abogada. Magíster en Derecho con mención en Derecho Privado, Universidad de Chile. Doctorando en Derecho, Universidad Nacional de Cuyo. Profesora de Derecho Civil, Universidad del Desarrollo. Correo electrónico: maria.wigg@udd.cl

KEYWORDS: artificial intelligence, civil liability, ai-induced damages, robotics legislation, AI legal personality.

INTRODUCCIÓN

La revolución tecnológica, o “industria 4.0”, ha marcado un antes y un después en la sociedad contemporánea, transformando de forma radical como interactuamos con nuestro entorno y otras personas. Aunque no siempre estemos conscientes de ello, la IA ha trascendido el ámbito industrial para influir en otras esferas: la militar, judicial y lo doméstico.

A su vez, la interacción creciente entre humanos y sistemas autónomos basados en IA presenta un incremento exponencial de riesgos, en especial, los de los potenciales daños que podrían sufrir los seres humanos, ya sea en su persona o en sus bienes. En este contexto, dado el carácter particular de la IA, es discutible que los modelos tradicionales de atribución de responsabilidad civil, basados en la culpa del agente causante¹, sean suficientes para abordar estos desafíos. Por ejemplo, en accidentes causados por vehículos autónomos, surge la interrogante de quién deberá responder: ¿debería indemnizar los perjuicios el fabricante, el empresario, el usuario o, hipotéticamente, el robot operado con IA?

Frente a este panorama, la doctrina ha propuesto diversas soluciones jurídicas. Una iniciativa innovadora es la creación de una personalidad jurídica electrónica para robots, permitiendo que se consideren sujetos de derecho y, por tanto, responsables de los daños que causen². Otra solución que se ha planteado es atribuir responsabilidad de forma directa a los fabricantes de estos sistemas, fundamentándolo en las reglas actuales que existen hoy en la Unión Europea sobre productos defectuosos. Por otro lado, se ha sugerido adaptar los regímenes de responsabilidad civil actuales, ajustando la responsabilidad por el hecho propio, por el hecho ajeno o el hecho de los animales o las cosas a la nueva realidad de la autonomía artificial. También hay quienes creen que sería posible que se responda por los daños causados, basado en la introducción de un riesgo no tolerado por el ordenamiento jurídico. Finalmente, me parece oportuno destacar que la Unión Europea ha articulado una estrategia que incluye normas horizontales sobre sistemas de IA y legislación sobre seguridad y responsabilidad civil derivada, buscando adaptar las normas de responsabilidad civil extracontractual³.

¹ ARAYA (2020).

² HERNÁNDEZ (2020).

³ ITURMENDI (2020).

Así las cosas, en este trabajo me propongo explorar el panorama actual que enfrentamos con el uso de la IA en relación con la responsabilidad civil, analizando la posibilidad de aplicar los regímenes actuales para enfrentar el desafío de quien responde por los daños provocados por un ente que no es una persona, pero que tampoco actúa como una cosa. Específicamente, me centraré en la adaptación de la normativa vigente. No pretendo abordar la propuesta de la creación de una personalidad electrónica, ni tampoco me haré cargo de la discusión en torno a la necesidad de varios regímenes, dependiendo de la actividad en la que se utilicen estos sistemas. En este escenario, considero crucial determinar si nuestro marco legal actual es suficiente o si es necesario adaptarlo para reconocer las singularidades de la IA para garantizar una protección equitativa y eficaz.

I. ASPECTOS GENERALES

1. Fundamentos conceptuales de la inteligencia artificial

La ambición de desarrollar sistemas inteligentes que permitan a la humanidad superar ciertos desafíos no es un concepto moderno. La génesis puede remontarse a la Segunda Guerra Mundial, durante la cual Inglaterra se esforzaba por descifrar los códigos nazis. Alan Turing, un matemático que lideró el equipo británico con la misión de salvaguardar al mundo de la amenaza alemana, creó un programa capaz de determinar la posición inicial de los rotores de la máquina Enigma. Aunque rudimentario, este programa puede ser considerado como los orígenes de la IA⁴. Este hecho evidencia que en aquel entonces ya existía la visión de crear máquinas que pudieran emular la inteligencia, una característica que normalmente se ha considerado exclusiva de los humanos. Pero, en la actualidad, el intelecto ya no es patrimonio excluyente de las personas.

La IA en términos generales, es un campo de la ciencia de la computación que se centra en la creación de sistemas capaces de realizar tareas que normalmente requieren inteligencia humana, tales como: el aprendizaje, la resolución de problemas y la creatividad. Mediante circuitos electrónicos y programas avanzados de computadora, busca imitar procedimientos similares a los procesos inductivo y deductivo del cerebro humano, basándose en la investigación de las redes neuronales humanas⁵.

Estos sistemas tecnológicos están diseñados para percibir su entorno, interactuar con él y actuar con un propósito específico⁶. Desde su concepción ini-

⁴ Véase SECRETARÍA DE CULTURA DE LA NACIÓN (2020).

⁵ GÓMEZ (1999).

⁶ En este sentido KAPLAN & HAENLEIN (2019) p. 17.

cial en 1956, por los académicos John McCarthy, Marvin Minsky, Nathaniel Rochester y Claude Shannon que la definieron como “la ciencia e ingenio de hacer máquinas inteligentes, especialmente programas de cálculo inteligentes”⁷, la IA ha experimentado una evolución significativa.

Si bien en la actualidad, no existe un concepto unánimemente aceptado, el *Diccionario de la lengua española*, la define como:

“aquella disciplina científica que se ocupa de crear programas informáticos que ejecutan operaciones comparables a las que realiza la mente humana, como el aprendizaje o el razonamiento lógico”⁸.

Por su parte, el Parlamento Europeo la describe como:

“un sistema basado en programas informáticos o incorporado en dispositivos físicos que manifiesta un comportamiento inteligente al ser capaz, entre otras cosas, de recopilar y tratar datos, analizar e interpretar su entorno y pasar a la acción, con cierto grado de autonomía, con el fin de alcanzar objetivos específicos”⁹.

Estas definiciones reflejan la complejidad y la capacidad de adaptación que caracteriza a la IA moderna.

La dificultad de consensuar en una definición radica en las características esenciales que poseen los sistemas para poder ser considerados inteligentes. Por lo mismo, más que circunscribirlo a una definición restrictiva, creo importante destacar su rasgo más distintivo y revolucionario: la autonomía basada en el autoaprendizaje. Este atributo destaca la capacidad de las máquinas de aprender y mejorar a partir de la experiencia, sin estar explícitamente programadas para ello, lo que las dota de una autonomía cada vez mayor en la realización de tareas complejas.

A partir del autoaprendizaje, las máquinas no solo ejecutan tareas para las que fueron programadas, sino que, también, mejoran y aprenden de experiencias pasadas. Esto se realiza a través de técnicas como el aprendizaje automático (*machine learning*)¹⁰, en que algoritmos avanzados permiten a las computadoras reconocer patrones en grandes volúmenes de datos y, a partir de estos, realizar predicciones o tomar decisiones informadas.

La IA se clasifica en dos categorías principales: fuerte y débil. La primera –también conocida como IA estrecha– está diseñada y entrenada para realizar tareas específicas. Estos sistemas no poseen una comprensión real del mun-

⁷ MCCARTHY *et al.* (1956).

⁸ RAE (2023).

⁹ UNIÓN EUROPEA (2020) art. 4.a).

¹⁰ GARCÍA (2020) p. 1.

do, y su capacidad de aprendizaje y adaptación es limitada. Por otro lado, la IA fuerte –o inteligencia general artificial– es un sistema con habilidades cognitivas humanas generalizadas, capaz de encontrar soluciones a tareas desconocidas y de aprender de forma autónoma. Aunque la dimensión fuerte tiene el potencial de realizar cualquier tarea intelectual que un ser humano es capaz de hacer, su existencia en la actualidad es objeto de debate y escepticismo en la comunidad científica, especialmente por la pérdida de control de estos sistemas. En estos sistemas el papel de la llamada “caja negra” pierde virtualidad, ya que, dada la opacidad en el funcionamiento del sistema experto, será difícil determinar cuáles fueron las causas del daño¹¹. Se dice gráficamente que “cuanto mayor es la autonomía del sistema, más negra es la caja”¹².

Esta diferencia entre la IA fuerte y débil, es la que ha llevado a cuestionar si es necesario crear nuevas normas que regulen cómo han de indemnizarse los daños que causan los sistemas inteligentes. La resolución del Parlamento Europeo de 2017, entendió que las normas de responsabilidad civil existentes solo podían servir para los sistemas de IA tradicionales, pero no para los que gozan de autonomía y capacidad de autoaprendizaje.

2. *Los robots inteligentes*

Desde la primera vez que se acuñó el término ‘robot’, su significado ha evolucionado. Desde su primera aparición en la literatura que fue obra del escritor checo Karel Čapek a inicios del siglo XX¹³ (originario del vocablo checo ‘*robota*’, que significa ‘trabajador’ o ‘siervo’), el concepto de robot es muy diferente, en especial con la llegada de la nueva generación de máquinas. Estas no solo poseen autonomía e inteligencia, sino, también, la capacidad de tomar decisiones independientes, aunque no este programada para ello.

En la búsqueda de una definición más precisa y actualizada, la Unión Europea, mediante la resolución del Parlamento Europeo de 2017, propone en su anexo “definición y clasificación de los robots inteligentes”¹⁴, las siguientes características distintivas: autonomía a través de sensores y el intercambio de datos, capacidad de aprendizaje por experiencia e interacción con otros robots, un soporte físico mínimo y la adaptación al entorno. Además, se destaca que no poseen vida en el sentido biológico. De todas estas características, la corporalidad es un aspecto debatido, pues, si bien se tiende a pensar que en su sentido más genuino el robot es un objeto corpóreo con la capacidad de actuar

¹¹ NAVAS (2019).

¹² KARNER, KOCH & GEISTFELD (2021) p. 13.

¹³ HERRERA DE LAS HERAS (2022) p. 18.

¹⁴ UNIÓN EUROPEA (2020).

físicamente, es importante advertir que no es necesario que esté dotado de forma física, sino que bastaría con un *software* virtual.

De hecho, como lo advierte Joaquín Atas López, los daños físicos seguramente son los que están detrás de la reciente preocupación por la cuestión de la responsabilidad civil derivada de la robótica. No obstante, un daño consistente, por ejemplo, en la pérdida de datos, podría ser de una cuantía económica superior a una lesión física moderada, pero desde un punto de vista del inconsciente colectivo, resulta menos importante¹⁵.

Los avances de la tecnología han conducido a sistemas robóticos cada vez más autónomos y capaces de operar de manera independiente en entornos complejos. Esta autonomía, que facilita la adaptación y el autoaprendizaje, introduce un grado de imprevisibilidad en su comportamiento, presentando desafíos significativos en términos de control y responsabilidad legal. La complejidad de estos sistemas, su capacidad de aprendizaje continuo, la opacidad de los procesos internos y su naturaleza dinámica y abierta, complican aún más la atribución de responsabilidad en casos de daños¹⁶.

Dada esta autonomía y las características mencionadas, como la vulnerabilidad a ciberataques y la interacción con datos externos, los robots plantean diversas preocupaciones en seguridad y responsabilidad civil. En todo caso, para efectos de la responsabilidad, distinguir entre robots e IA, parece irrelevante, toda vez que ambos conllevan una pérdida de control por parte de sus fabricantes, propietarios o programadores, lo que dificulta determinar quién debe ser considerado responsable por los daños causados dentro de ese margen de autonomía¹⁷. Este problema es uno de los principales retos que enfrenta el actual sistema de responsabilidad civil¹⁸.

II. LA ADAPTACIÓN DE LAS REGLAS DE RESPONSABILIDAD, POR LOS DAÑOS DERIVADOS DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL

En el marco normativo actual, la doctrina ha planteado diversas soluciones relacionadas con los daños producidos por la IA. Entre ellas, destacan la aplicación del estatuto de productos defectuosos; la adaptación de las presunciones de culpa por el hecho propio, ajeno, de los animales o las cosas y la posibilidad de atribuir responsabilidad basada en un criterio de imputación objetiva. Analizaré cada uno de estos supuestos.

¹⁵ ATAS (2020) p. 23.

¹⁶ COMISIÓN EUROPEA (2019).

¹⁷ NÚÑEZ (2019).

¹⁸ *Ibid.*

1. La aplicación del estatuto de productos defectuosos.

La responsabilidad del fabricante

La responsabilidad civil del fabricante ante daños causados por sistemas de IA se aborda frecuentemente bajo el estatuto de productos defectuosos. La naturaleza imprevisible y adaptativa de los robots, que aprenden y modifican su comportamiento sin supervisión, crea una situación de riesgo y vulnerabilidad creciente. Por tanto, es crucial aplicar el “principio de precaución”¹⁹, exigiendo a los fabricantes y propietarios que adopten medidas exhaustivas para mitigar posibles daños. Esta precaución es necesaria no solo para proteger al público, sino para alinear la legislación existente con los desafíos únicos que presenta la IA, asegurando que los fabricantes asuman la responsabilidad adecuada ante la evolución tecnológica y sus consecuencias imprevistas.

Desde la óptica de la experiencia europea, resulta factible aplicar la directiva 85/374/CEE²⁰, que regula la responsabilidad civil por productos defectuosos, a estos casos. Diversos documentos de la Unión Europea respaldan esta posibilidad, incluyendo la resolución del Parlamento Europeo de 2017, el Informe del Grupo Experto de 2019 y el documento que acompaña al *Libro blanco* de 2020. Estos instrumentos enfatizan la viabilidad de extender esta directiva para abordar numerosos aspectos de la responsabilidad civil derivados de daños ocasionados por sistemas inteligentes. En todo caso, esta responsabilidad tiene importantes limitaciones, en especial respecto de la cuantía en las indemnizaciones.

Esta opción no ha estado exenta de críticas. Un desafío clave consiste en determinar si la IA puede ser considerada como un producto, bajo la normativa existente, que define, para los efectos del ámbito de aplicación de la norma, los productos como “todo tipo de bienes muebles”²¹. Bajo esta premisa, los sistemas de IA que incluyen un componente físico, como algunos electrodomésticos o vehículos inteligentes²², no presentan problemas de clasificación. Sin embargo, las dudas surgen con aquellos sistemas que carecen de soporte físico. A pesar de ello, la mayoría de los autores europeos acepta que estos pueden ser consi-

¹⁹ ERCILLA (2018) pp. 77 y 92.

²⁰ Esta directiva ha sido adaptada por los países miembros a través de leyes internas.

²¹ Con independencia de su naturaleza, finalidad, destino o utilización, en la medida que sean susceptibles de apropiación y puedan ser transportadas de un punto a otro, sin menoscabo del inmueble al que pudieran estar unidos. En otras palabras, pueden ser considerados productos, todos aquellos bienes que tienen la consideración de muebles. En este sentido: PARRA (2014) p. 1467.

²² Aun cuando, en el último caso, se ha discutido si realmente se trata de un producto. En estos casos, se ha cuestionado si la instalación del *software* en el vehículo es un producto o si, por el contrario, es un servicio sin más. Véase ELIZALDE (2022) pp. 204-205.

derados productos²³. Argumentan que para ser clasificados como bien mueble, lo crucial es la capacidad de apropiación, no la movilidad del bien²⁴. Además, por exclusión, el *software* se considera bien mueble, al no ser inmueble²⁵. Esta interpretación está respaldada por la jurisprudencia española²⁶. Asimismo, el Grupo de Expertos de 2019 ha indicado que el régimen de productos defectuosos es aplicable a los sistemas de IA, ya sean tangibles o digitales. No obstante, existe un sector de la doctrina que sugiere sería prudente modificar la definición de producto en la directiva para incluirlos explícitamente²⁷. Por otro lado, se plantea una cuestión especial relacionada con los datos, elementos clave en el funcionamiento de los sistemas inteligentes. Un problema central es que los datos que alimentan estos sistemas suelen provenir de fuentes externas. En este contexto, ¿debería el fabricante responder por los daños que no fueron causados directamente por la IA, sino por datos defectuosos suministrados por terceros, sobre los cuales no era razonable esperar que la IA pudiera filtrar y excluir?

Más allá de estas discusiones, al aplicar el régimen de responsabilidad para productos defectuosos, el fabricante sería identificado como el responsable en el contexto de los algoritmos inteligentes. Pero ello, conlleva otro reto, pues, determinar con precisión quién debe asumir la responsabilidad puede ser complicado, dado el número de actores involucrados en el desarrollo de sistemas basados en inteligencia. Para mitigar las complicaciones derivadas de la multiplicidad de agentes participantes en su creación, el informe del Grupo de Expertos de 2019 sugiere que la víctima solo necesita demostrar el defecto del producto, responsabilizándose de manera solidaria a todos aquellos que aportaron en su desarrollo.

Por otro lado, es igual de importante determinar qué es un producto defectuoso, lo que se relaciona con su seguridad. En concreto, se considera defectuoso cuando no ofrece la seguridad que razonablemente se puede esperar y, como resultado, provoca daños a una persona o bienes²⁸. Pero evaluar las expectativas legítimas de seguridad en productos de alta complejidad tecnológica es un desafío. Se ha llegado a sostener que los fabricantes no podrían garantizar la seguridad que es esperable, pues, “el comportamiento del robot

²³ En este sentido: ORTIZ (2021) p. 343.

²⁴ ATAZ (2020) p. 35.

²⁵ *Ibid.*

²⁶ TRIBUNAL SUPREMO (2015): sentencia (civil) 649/2014, se pronunció sobre un accidente de dos aviones con *software* dotado de inteligencia artificial, considerándolo producto a los efectos de la aplicación de la directiva 85-374-CEE. (649/2014).

²⁷ ORTIZ (2021) p. 64.

²⁸ CORRAL (2019) p. 73.

es intrínsecamente incierto e inseguro”²⁹. Para abordar estas complicaciones, en Estados Unidos se ha adoptado el *risk-utility test*, según el cual la responsabilidad del fabricante se activa solo por defectos que causen daños que podrían haberse minimizado o prevenido mediante el uso de un diseño alternativo que sea razonable y de bajo costo³⁰. Este criterio introduce un elemento subjetivo en un marco de responsabilidad que es fundamentalmente objetivo³¹. Además, la responsabilidad se modula en función del uso que de forma razonable se pueda prever del producto, siendo vital la información proporcionada a los usuarios sobre sus limitaciones operativas³².

De todas formas, lo atractivo de este estatuto de responsabilidad es que se basa en un criterio objetivo, donde al demandante se le exige demostrar el daño y la relación causal entre aquel y el comportamiento del robot. La carga de probar cualquier causa de exoneración recaerá sobre el fabricante. Estas causas pueden incluir: la actuación adecuada del robot, fuerza mayor, culpa del damnificado³³, el hecho de que el robot no haya sido puesto en circulación³⁴ y que el robot no se haya fabricado para la venta o cualquier otra forma de distribución con propósitos económicos, ni manufacturado, importado, suministrado o distribuido en el marco de una actividad profesional o empresarial³⁵, o podría invocarse la “culpa de la víctima”, en aquellos casos en que:

“el daño no proviene de un defecto del producto sino de un manejo descuidado o contrario a las mismas instrucciones del fabricante. En este punto tienen especial importancia las advertencias e informaciones proporcionadas por el fabricante al usuario o consumidor”³⁶.

Además, al hacer responsable al fabricante por daños derivados de riesgos desconocidos para la ciencia actual, es decir, por comportamientos imprevisibles de sistemas inteligentes, se fomenta un mayor esfuerzo por parte de los fabricantes en implementar todas las medidas preventivas posibles. Esta asignación de responsabilidad se justifica no solo por los considerables beneficios eco-

²⁹ NÚÑEZ (2019) p. 23.

³⁰ CORRAL (2019) p. 74.

³¹ ELIZALDE (2022) pp. 222-223.

³² *Op. cit.* pp. 242-244.

³³ Conforme con el art. 145 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU).

³⁴ De conformidad con el art. 140.1.º a) de la LGDCU.

³⁵ NÚÑEZ (2019) p. 70.

³⁶ CORRAL (2019) p. 82. El autor señala: “En la jurisprudencia estadounidense se distinguen tres tipos de situaciones: el uso inadecuado del producto (*misuse*), la contribución culpable de la víctima (*contributory negligence*) y la aceptación voluntaria de los riesgos (*assumption of the risks*)”.

nómicos que la distribución de esta tecnología avanzada genera, sino, también, porque es razonable que el fabricante asuma las pérdidas que son inherentes a su actividad. Estas pérdidas están representadas por la obligación de indemnizar los daños causados por sus productos³⁷.

A pesar de lo anterior, en el contexto de la IA, donde los riesgos inherentes no pueden ser completamente eliminados o reducidos debido a las limitaciones del conocimiento científico y técnico existente, me parece razonable permitir que el fabricante se exima de responsabilidad al informar de forma clara sobre los usos específicos que deben evitarse. En estos casos, limitar las expectativas de seguridad mediante advertencias e instrucciones es justo y puede actuar como una cláusula de exoneración. La responsabilidad del fabricante destaca la importancia de proporcionar información adecuada, incluyendo advertencias sobre usos potencialmente peligrosos que son razonablemente previsibles. Así, si un daño resulta de un uso prohibido que ha sido comunicado, el fabricante puede eximirse de responsabilidad. Sin embargo, esta exoneración se reduce o no opera si el daño deriva de información proporcionada por el fabricante, que resulta deficiente. Es decir, la provisión efectiva de información es fundamental para prevenir daños y representa una medida viable para que el fabricante se exima en casos de mal uso del producto por parte del usuario³⁸.

2. Las presunciones de responsabilidad

La responsabilidad que puede derivar de los daños que generan los sistemas inteligentes, no solo puede imputarse a los fabricantes desde la aplicación del estatuto de productos defectuosos, sino que es posible atribuir responsabilidad basada en la culpa, aplicando, para estos efectos, las presunciones de culpa por hecho propio, por el hecho ajeno, por hecho de los animales o las cosas. A continuación desarrollaré brevemente cada una de estas posibilidades.

i. Aplicación de responsabilidad civil por hecho propio basado en la culpa

Una corriente doctrinaria considera que la asignación de responsabilidad civil por los perjuicios ocasionados por sistemas de IA se fundamenta de forma predominante en el criterio de la culpa. Pero este criterio adquiere una dimensionalidad compleja debido a las propiedades inherentes de dichos sistemas.

³⁷ En este sentido: CORRAL (2019) p. 74: “La teoría estadounidense del *deep pocket*, es decir, de que el costo de los accidentes debe ser soportado por los agentes del mercado que estén en mejor situación para asumirlos y distribuirlos en la población, induce a rechazar la exoneración de responsabilidad por la causal denominada ‘*state of the art*’”.

³⁸ NÚÑEZ (2019) pp. 72-73.

La multiplicidad de agentes involucrados y la interconectividad característica de estas tecnologías introducen variaciones en la imputación de la culpa, generando un espectro más amplio de posibles responsables. Ello conlleva que convivan culpas tradicionales, típicas del derecho de daño, con otras nuevas³⁹.

En el desarrollo de esta corriente doctrinaria, se identifican diversas formas de culpa asociadas con los daños causados por sistemas inteligentes. Por ejemplo, la culpa *in faciendo* puede ser aplicada al proceso de fabricación del robot, implicando la responsabilidad del fabricante. Asimismo, la culpa *in curando* se refiere a la negligencia en el mantenimiento y cuidado adecuados del robot, responsabilidad que recae sobre los propietarios o poseedores de estos sistemas. Por otro lado, la culpa *in codificando* emerge de errores en el código de la programación algorítmica, lo cual hace responsables a los programadores del sistema inteligente⁴⁰.

Sin embargo, la principal problemática de esta corriente radica en las dificultades probatorias que enfrentan las víctimas al intentar obtener resarcimiento por los daños sufridos. Esta complejidad se magnifica al considerar que los propios creadores de sistemas de basados en inteligencia pueden enfrentar retos significativos para explicar las decisiones tomadas por estos sistemas autónomos. Dado que está diseñada para autoaprender, a menudo resulta complicado esclarecer los procesos de decisión subyacentes, complicando así el proceso de atribución de responsabilidades.

Por lo mismo, para salvaguardar estos desafíos probatorios, hay quienes proponen que, en caso de que se pueda prever que estos sistemas aprenderán de manera autónoma formas de actuar que podrían causar daños, entonces debería imputarse responsabilidad a los fabricantes, volviendo a la hipótesis desarrollada en el caso anterior. Existiría un tipo de negligencia en la fase inicial de activación del robot, al poner en funcionamiento un sistema con potencial para llevar a cabo acciones imprevisibles, y sin un método científico viable para impedir tales conductas.

En otros términos, es plausible que el creador de uno de estos sistemas confíe de manera optimista que un evento dañoso, aunque teóricamente posible, no se materialice. Esta actitud se adentra en el dominio de la culpa consciente, donde se reconoce la posibilidad de daño, pero se decide proceder, escalando a un caso de imprudencia. El problema surge con tecnologías que están legalmente comercializadas. Bajo este contexto, sería desafiante sostener que el mero hecho de poseer y operar un dispositivo que toma decisiones autónomas e impredecibles constituye por sí mismo una negligencia⁴¹.

³⁹ ERCILLA (2018) p. 19.

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ ATAZ (2020) p. 32.

Ante la dificultad de probar negligencia en el contexto de la IA, se ha sugerido aplicar la regla *res ipsa loquitur*, que infiere negligencia del mero hecho del daño. Pero la complejidad de los sistemas autónomos complica demostrar el nexo causal, lo que puede dejar a las víctimas sin indemnización a pesar de la presunción de culpa⁴².

ii. Aplicación de las reglas de responsabilidad por el hecho ajeno

Otra alternativa discutida es aplicar la presunción de culpa por el hecho ajeno, contemplada en nuestro ordenamiento jurídico en el art. 2320, referente a la responsabilidad extracontractual, y en relación con la responsabilidad contractual en el art. 1679. Esta iniciativa resulta interesante porque, aunque se establece una “presunción de culpa”, la jurisprudencia ha tendido a objetivar la responsabilidad de los empresarios. En la práctica, resulta complicado para los empresarios exonerarse, demostrando que emplearon toda la diligencia necesaria para evitar la causación del daño por parte del dependiente.

Aunque la responsabilidad derivada del uso de robots autónomos inteligentes tiene paralelismos con la responsabilidad empresarial por actos de dependientes, existe un desafío interpretativo significativo al aplicar las normas existentes, las cuales presuponen que el daño ha sido causado por una persona, no por un objeto. Aceptando que estas reglas podrían extenderse a situaciones no contempladas de forma expresa por la ley, sigue siendo crucial reconocer que, en su estado actual, parece que no pueden aplicarse a casos donde el dependiente es una máquina con capacidad de toma de decisiones, salvo que se reconozca al robot una personalidad jurídica.

A pesar de lo anterior, la aplicación analógica de las normas de responsabilidad civil, por hecho ajeno a los daños causados por sistemas inteligentes, se apoya en el principio de equivalencia funcional⁴³. Este principio dicta que las víctimas deben ser tratadas como si la actividad dañosa hubiera sido realizada por un humano, argumentando que existen fundamentos similares para responsabilizar a una persona por daños causados tanto por sus dependientes humanos como por automatización avanzada. Sin embargo, ¿es realmente posible considerar que un robot pueda actuar con culpa o negligencia, al igual que un ser humano? Creo que no, ya que un robot, al carecer de voluntad y discernimiento, no puede ejercer la autodeterminación requerida para que exista culpa en el sentido tradicional del término.

⁴² ATIENZA (2022) p. 211

⁴³ GÓMEZ-RIESCO (2018) p. 117.

iii. ¿Un caso de responsabilidad por el hecho de los animales o las cosas?

Hay quienes propone que los sistemas inteligentes deben ser considerados análogos a animales o cosas, aplicando las normas de responsabilidad civil objetiva destinadas a los daños causados en estos casos. Esta posición adquiere particular relevancia en el contexto de la IA fuerte, pues dadas sus características avanzadas, la responsabilidad objetiva es el enfoque más adecuado para imputar daños, en especial ante las dificultades de probar la culpa de los sujetos responsables.

La responsabilidad por los daños causados por los animales recae en su dueño o poseedor, fundamentado en el riesgo inherente que implica su tenencia. De manera análoga, hay quienes consideran que esta lógica se podría extender a los robots inteligentes. Así, quien posea o controle un robot, debe responder por los daños que este genere, pues el uso de tecnología inteligente involucra riesgos similares. De igual manera, si el robot opera de forma autónoma y se desvía de sus instrucciones originales o adapta su comportamiento por aprendizaje autónomo, es justo que el propietario asuma la responsabilidad, dado que con su utilización ha generado beneficios, y, por lo tanto, es solo justo que asuma los riesgos.

Empero, asemejar un robot inteligente con un animal presenta retos, en especial por la distinción entre animales domésticos, que poseen un grado de previsibilidad, y animales feroces, cuya conducta es totalmente impredecible. Aun cuando entre ellos, existe similitud, como que ambos actúan según sus impulsos, por lo que el comportamiento de ambos es inesperado para los humanos. Pero aun cuando ambos entrañan un peligro incontrolable por su dueño o poseedor, los robots operan bajo parámetros de programación y algoritmos definidos por humanos, incluyendo los modelos avanzados de autoaprendizaje. Sus “acciones” derivan de códigos y datos, no de un instinto o voluntad propia como en los animales. Los animales actúan con base en instintos, necesidades y respuestas a su entorno, que pueden ser predecibles hasta cierto punto, pero no están preprogramadas. En resumen, aunque máquinas y animales pueden comportarse de maneras imprevisibles, no es por la misma causa. En animales, la imprevisibilidad puede estar relacionada con su naturaleza y es influenciada por su biología y entorno. En robots, la imprevisibilidad puede surgir de errores de programación, fallos en el *hardware*, o comportamientos emergentes no anticipados por los diseñadores. En teoría (y solo en teoría), el comportamiento de un robot es más controlable y ajustable que el de un animal.

Por otro lado, la asimilación de robots con cosas inanimadas es también problemática, dado que las reglas de responsabilidad por hechos de las cosas son específicas y no se adecúan fácilmente a los robots, a menos que estos arro-

jen objetos o caigan desde alturas, situaciones poco probables en la operación típica de sistemas inteligentes⁴⁴.

3. *Criterio de imputación objetiva:
la creación de un riesgo no tolerado*

Desde el momento en que se decide fabricar o incorporar un robot en la vida diaria o en un entorno de trabajo, se reciben ciertos beneficios derivados de su uso, como mayor eficiencia, automatización de tareas repetitivas, hasta compañía, en el caso de robots con capacidades sociales avanzadas. No obstante, además de estos beneficios surge un deber inherente de supervisar y utilizarlo para asegurar que su funcionamiento se mantenga dentro de los márgenes de seguridad establecidos.

Desde el plano de la causalidad, la utilización de estos dispositivos podría relacionarse con el criterio de imputación objetiva de la “creación de riesgos no permitido”. Esto significa que, si el robot causa daños, la responsabilidad recaerá en el usuario. Esta atribución de responsabilidad se basa en el principio de que quien se beneficia del uso de tecnologías potencialmente peligrosas debe asumir las consecuencias negativas asociadas a su operación. Si bien el derecho chileno no consagra expresamente la “teoría del riesgo”, en el ámbito de la responsabilidad civil por el uso de robots, sería posible sostener que este principio es aplicable, dado el carácter potencialmente peligroso y autónomo de estos dispositivos.

Pero esta idea, si bien lógica, no ha estado exenta de críticas, ya que, ¿se puede considerar, como regla general, que la utilización de sistemas inteligentes en determinadas actividades, constituyen una actividad peligrosa? No creo que sea posible de forma absoluta y abstracta que se incrementa el riesgo de producción de daños, por el solo uso de estos sistemas. En algunos casos hasta puede afirmarse que existe un riesgo menor de producción de daños. Por ejemplo, aunque los vehículos autónomos pueden causar accidentes, en ningún caso serán más accidentes que los que se producen por la conducción “tradicional”. En este escenario, pareciera ser que basarse en la creación de un riesgo por el solo uso de un sistema inteligente no sería posible.

Por lo mismo, solo se podrá imputar al usuario una responsabilidad cuando se pruebe el mal funcionamiento o una supervisión deficiente por parte de él, es decir, negligencia y que esta conducta se encuentra adecuadamente anexada, desde una perspectiva causal, al daño producido.

⁴⁴ ATIENZA (2022) p. 240.

CONCLUSIONES

En este trabajo, he intentado demostrar cómo la IA está transformando el campo del derecho de daños. Su naturaleza autónoma y autoaprendizaje presenta desafíos que los marcos jurídicos actuales no están equipados para manejar. Esta transformación tecnológica exige una revisión de los principios jurídicos que han regido hasta ahora la responsabilidad por daños.

Dentro de las alternativas, se encuentra la asignación de responsabilidad directa a los fabricantes de los sistemas inteligentes, mediante la adaptación del estatuto de productos defectuosos a la nueva realidad. En este contexto, es esencial adaptar la legislación de productos defectuosos para abarcar los sistemas de IA. Esta adaptación debe cubrir tanto los componentes tangibles como digitales, reflejando los riesgos únicos asociados con estas tecnologías. Sin embargo, la adaptación del estatuto de productos defectuosos para incluir sistemas inteligentes presenta complejidades significativas. Su naturaleza evolutiva y autónoma, combinada con la interacción de componentes tanto tangibles como digitales, complica la definición de “defecto” y la asignación de responsabilidad. Además, la causalidad en los daños causados puede ser difícil de determinar debido a la influencia de factores externos y el autodesarrollo de los sistemas.

Resulta evidente que se debe tomar en consideración los riesgos asociados con su uso y la limitada capacidad de previsión y control sobre estos sistemas. La Unión Europea ha tomado pasos importantes hacia esta dirección, pero persisten desafíos prácticos significativos que necesitan ser abordados, como la definición precisa de la IA y la compleja atribución de responsabilidades cuando los sistemas actúan de manera autónoma.

Por otro lado, la responsabilidad podría derivarse bajo el concepto de culpa, aplicando tanto la responsabilidad civil por hecho propio como por el hecho ajeno. Este enfoque propone que se debe responder por los daños causados por el robot en el ejercicio de sus funciones, asumiendo un papel activo en la supervisión y control de la tecnología que utiliza. Dicha responsabilidad destaca la necesidad de un manejo cuidadoso y consciente de las herramientas autónomas, enfatizando que la introducción de sistemas inteligentes lleva consigo no solo beneficios operativos, sino obligaciones legales. Pero aplicar el concepto de culpa a daños causados por sistemas inteligentes es problemático debido a su autonomía y capacidad de autoaprendizaje, lo que dificulta determinar la causalidad y la responsabilidad directa. De igual manera, la involucración de múltiples actores en la cadena de producción y operación de la IA complica aún más la atribución de culpa. Por otro lado, las leyes actuales no siempre están adaptadas para manejar estas tecnologías avanzadas, lo que plantea desafíos tanto prácticos como éticos en la imposición de responsabilidades legales, en especial cuando el control humano sobre estas tecnologías es limitado.

Existe la posibilidad de asimilar los robots inteligentes a las reglas aplicables a los daños causados por animales o cosas, sugiriendo que el poseedor o controlador de un robot debería responder por los actos de este, fundamentando dicha responsabilidad en el riesgo inherente asociado con su uso. Al igual que en el caso de los empresarios, los usuarios deben estar conscientes de las implicaciones de implementar tecnologías que, aunque diseñadas para mejorar la vida de las personas, puede conllevar riesgos importantes. Empero, asimilar los robots inteligentes a las reglas aplicables a los daños causados por animales o cosas es problemático debido a su capacidad de evolución y autonomía, que pueden generar comportamientos impredecibles y decisiones autónomas difíciles de prever para los poseedores o controladores.

Otra posibilidad es que la responsabilidad por daños podría configurarse bajo el criterio de imputación objetiva de la creación de un riesgo no tolerado, en especial cuando se trata de tecnología avanzada que opera de manera autónoma. Pero aplicar el criterio de imputación objetiva por la creación de un riesgo no tolerado a los daños causados por la IA es complicado, dado que muchas aplicaciones están diseñadas para mejorar la seguridad y eficiencia, lo que reduce, en lugar de aumentar, los riesgos existentes. Por otro lado, la definición de un riesgo “no tolerado” es ambigua y varía según el contexto, y la mayoría de los sistemas incluyen mecanismos de control y supervisión que mitigan potenciales riesgos. Imponer una responsabilidad objetiva en estos casos podría ser injusto y desincentivar la innovación, especialmente cuando sus beneficios superan los riesgos potenciales.

A modo de conclusión, la aplicación de la regla de responsabilidad por culpa en casos que involucran IA es posible cuando se pueda demostrar que un daño fue resultado directo de una negligencia o falta de diligencia adecuada por parte de quienes diseñan, programan, operan o mantienen estos sistemas. Este enfoque asegura que solo aquellos que han fallado en cumplir con un estándar de cuidado razonable sean responsables por los daños resultantes, lo que promueve la seguridad y la responsabilidad, sin desincentivar la innovación tecnológica. La responsabilidad por culpa permite un análisis más matizado de los casos, considerando las especificidades de cada situación y el comportamiento de los involucrados, algo crucial en el contexto de tecnologías complejas en que los daños pueden no ser previsibles ni intencionales, pero sí evitables con las precauciones adecuadas. En todo caso, me parece crucial reconocer que el marco legal vigente puede requerir modificaciones para incorporar las peculiaridades de la IA. Estas adaptaciones deben ser lo suficientemente flexibles para acomodar el rápido avance tecnológico y sus efectos a menudo imprevisibles en la sociedad. La legislación futura debe, por tanto, ser diseñada con una visión que anticipe y se adapte a las dinámicas cambiantes de la tecnología y la responsabilidad civil.

BIBLIOGRAFÍA

- ARAYA PAZ, Carlos (2020): "Desafíos legales de la inteligencia artificial en Chile", *Revista Chilena de Derecho y Tecnología* vol. 9 n.º 2: pp. 257-290. Disponible en <https://rcht.uchile.cl/index.php/RCHDT/article/view/54489> [fecha de consulta: 9 de mayo de 2024].
- ATAZ LÓPEZ, Joaquín (2020): *Daños causados por las cosas: una nueva visión a raíz de la robótica y de la inteligencia artificial* (Barcelona, Càtedra Jean Monnet de Dret Privat Europeu). Disponible en <http://hdl.handle.net/2445/169850> [fecha de consulta: 20 de abril de 2024].
- ATIENZA NAVARRO, María Luisa (2022): *Daños causados por inteligencia artificial y responsabilidad civil* (Barcelona: Atelier).
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2019): "La relación de causalidad en la responsabilidad por productos defectuosos", *Revista Chilena de Derecho Privado* n.º 2.
- ELIZALDE SALAZAR, Idoia (2022): *Vehículos autónomos. Responsabilidad civil y seguro* n.º 1359 (Cizur Menor, Navarra, Aranzadi/Civitas).
- GARCÍA MEXÍA, Pablo Luis (2020): "Inteligencia artificial: Una mirada desde el derecho", *Anales de la Academia Matritense del Notariado* n.º 60: pp. 117-157.
- GÓMEZ HERRERA, Renato (1999): "La inteligencia artificial. ¿Hacia dónde nos lleva?", *Revista ¿Cómo ves?* n.º 2. Disponible en www.comoves.unam.mx/numeros/articulo/2/la-inteligencia-artificial-hacia-donde-nos-lleva [fecha de consulta: 7 de abril de 2024].
- GÓMEZ-RIESCO TABERENERO DE PAZ, Juan (2018): "Los robots y la responsabilidad civil extracontractual", en Barrio Andrés, Mario (dir.), *Derecho de los robots* (Madrid, Wolters Kluwer).
- ERCILLA GARCÍA, Javier (2018): *Normas de derecho civil y robótica: robots inteligentes, personalidad jurídica, responsabilidad civil y regulación* (Pamplona, Aranzadi).
- HERNÁNDEZ ZULUAGA, José Carlos (2020): "Can machines think? Inteligencia artificial y Derecho de Daños", *Revista e-mercatoria* vol. 19 Issue 1. Disponible en <https://openurl.ebsco.com/EPDB%3Aagcd%3A1%3A1400945/detailv2?sid=ebsco%3Aplink%3Ascholar&id=ebsco%3Aagcd%3A150883260&crl=c> [fecha de consulta: 5 de mayo de 2024].
- HERRERA DE LAS HERAS, Ramón (2022): *Aspectos legales de la inteligencia artificial: personalidad jurídica de los robots, protección de datos y responsabilidad civil* (Madrid, Editorial Dykinson).
- ITURMENDI, Gonzalo (2020): "Responsabilidad civil por el uso de sistemas de inteligencia artificial", *Actualidad Civil* vol. 11 n.º 2.
- KAPLAN, Andreas & HAENLEIN, Michael (2019): "Siri, Siri, in my hand: Who's the fairest in the land? On the interpretations, illustrations, and implications of artificial intelligence" *Business Horizons* vol. 62 Issue 1.

- KARNER, Ernst; KOCH, Bernhard & GEISTFELD, Mark (2021): *Comparative Law Study on Civil liability for Artificial Intelligence* (Brussels, European Commission).
- MCCARTHY, John; MINSKY, Marvin; ROCHESTER, Nathaniel; SHANNON, Claude (1956): "A proposal for the dartmouth summer research project on artificial intelligence, august 31, 1955", *AI Magazine*, vol. 27 number 4.
- NAVAS NAVARRO, Susana (2016): "Smart robots y otras máquinas inteligentes en nuestra vida cotidiana", *Revista CESCO de Derecho de Consumo* vol. 20: pp. 82-109. Disponible en <https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/1249> [fecha de consulta: 31 de marzo de 2024].
- NAVAS NAVARRO, Susana (2019): "Sistemas expertos basados en inteligencia artificial y responsabilidad civil", *Diario La Ley*, Madrid/Valencia, 13 de diciembre de 2019 pp. 1-11.
- NÚÑEZ ZORRILLA, María Carmen (2019): *Inteligencia artificial y responsabilidad civil: régimen jurídico de los daños causados por robots autónomos con inteligencia artificial* (Madrid, Reus Editorial).
- ORTIZ FERNÁNDEZ, Manuel (2021): *La responsabilidad civil derivada de los daños causados por sistemas inteligentes y su aseguramiento: análisis del tratamiento ofrecido por la Unión Europea* (Madrid, Dykinson).
- PARRA LUCAN, María Ángeles (2014): "Responsabilidad civil por productos defectuosos", en Reglero Campos, Luis Fernando y Busto Lago, José Manuel (coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, vol. 2 (Pamplona, Aranzadi, 4.ª edición).
- RAMÓN FERNÁNDEZ, Francisca (2021): "Inteligencia artificial en la relación médico-paciente: algunas cuestiones y propuestas de mejora", *Revista Chilena de Derecho y Tecnología* vol. 10 n.º 1: pp. 329-351.
- RAE (2023): *Diccionario de la lengua española*. Disponible en <https://dle.rae.es/inteligencia?m=form#2DxmhCT> [fecha de consulta: 8 de abril de 2024].
- SECRETARÍA DE CULTURA DE LA NACIÓN (2020): "Alan Turing, el padre de la inteligencia artificial": Disponible en www.cultura.gob.ar/alan-turing-el-padre-de-la-inteligencia-artificial-9162/ [fecha de consulta: 9 de mayo de 2024].

Normas

- COMISIÓN EUROPEA (2019): "Directrices éticas para una IA fiable". Disponible en <https://digital-strategy.ec.europa.eu/es/library/ethics-guidelines-trustworthy-ai> [fecha de consulta: 6 de marzo de 2024].
- Real decreto legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. Disponible en www.boe.es/eli/es/rdlg/2007/11/16/1 [fecha de consulta: 3 de abril de 2024].
- UNIÓN EUROPEA (2020): "Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2020, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre un marco de los aspectos éti-

cos de la inteligencia artificial, la robótica y las tecnologías conexas (2020/2012 (INL))”. Disponible en www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0275_ES.html#title2 [fecha de consulta: 6 de marzo de 2024].

Jurisprudencia

TRIBUNAL SUPREMO (2015): Sentencia (civil) 649/2014 13 de enero de 2015.

INTELIGENCIA ARTIFICIAL: UN DESAFÍO A NUESTRA EXISTENCIA HUMANA

ARTIFICIAL INTELLIGENCE: A CHALLENGE TO OUR HUMAN EXISTENCE

*Laura Nahabetián Brunet**

RESUMEN: La inteligencia artificial puede definirse como una innovación tecnológica disruptiva que se relaciona en forma directa con el reconocimiento de patrones.

Estapone en coordinación una serie de técnicas y procedimientos diferentes para el procesamiento de datos, computadores y algoritmos, los que deciden y resuelven distintas problemáticas que, hasta hace poco tiempo, solo era factible de ser realizado por personas humanas y su capacidad intelectual.

Siendo así, la reflexión acerca de su significado en clave ética informática y ética de la dignidad, sumado a los significados de la democracia en clave algorítmica y sus vínculos con la libertad humana, se entienden fundamentales al tiempo que un desafío existencial.

Se presentan, en consecuencia, reflexiones para sumar al ineludible debate en construcción.

PALABRAS CLAVE: inteligencia artificial, algocracia, dignidad humana, algoritmos, ética.

* Doctora en Ciencias Jurídicas por la Universidad Católica Argentina. Magister en Ciencias de la Legislación y Gobernanza Política por la Universidad de Pisa. Doctora en Derecho y Ciencias Sociales egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad Mayor de la República Oriental del Uruguay. Profesora adscripta efectiva en Derecho Informático e Informática Jurídica, así como Protección Jurídica de los Bienes Informáticos e integrante del Instituto de Derecho Informático de la misma Facultad. Asesora en el Parlamento Nacional de la República desde 2005. Responsable de la Dirección General Jurídico-Notarial de la Intendencia Departamental de Lavalleja. Correo electrónico.: lnahabetian@gmail.com

ABSTRACT: Artificial intelligence can be defined as a disruptive technological innovation that is directly related to pattern recognition.

This artificial intelligence coordinates a series of different techniques and procedures for data processing, computers and algorithms, which decide and solve different problems that, until recently, were only feasible to be carried out by humans and their intellectual capacity.

Thus, the reflection on its meaning in terms of computer ethics and dignity ethics', added to the meanings of democracy in algorithmic terms and consequently its links with human freedom, are understood to be fundamental as well as an existential challenge.

Consequently, these reflections are presented to add to the unavoidable debate under construction.

KEYWORDS: artificial intelligence, algocracy, human dignity, algorithms, ethics.

I. INTRODUCCIÓN:

EN ESTO CREO

1. *Individuo y persona humana*

La conceptualización de la persona humana surge inevitablemente unida al ámbito religioso cristiano, sin perjuicio de tratarse de una noción de carácter filosófico.

En este sentido, varios autores como san Agustín, san Anselmo, san Alberto Magno entre otros y especialmente santo Tomás, desarrollaron la temática de la persona humana haciendo hincapié en elementos que la determinan, tal el caso de su carácter singular, su racionalidad y su eminente dignidad.

Santo Tomás considera que la persona es lo más singular, individual y, por tanto, no común en cada individuo, es decir, que la individualidad que la caracteriza es única e intransmisible, dado que no responde a la naturaleza humana, sino que es propia y particular de cada persona. Indicaba:

“el hombre engendra seres iguales a sí específicamente, pero no numéricamente. Por tanto, las notas que pertenecen a un individuo en cuanto singular, como los aetas personales y las casas que le son propias, no se transmiten de los padres a los hijos. No hay gramático que engendre hijos conocedores de la gramática que él aprendió. En cambio, los elementos que pertenecen a la naturaleza, pasan de los padres a los hijos, a no ser que la naturaleza esté defectuosa. Por ejemplo, el hombre de buena vista no engendra hijos ciegos si no es por defecto

especial de la naturaleza. Y si la naturaleza es fuerte, incluso se comunican a los hijos algunos accidentes individuales que pertenecen a la disposición de la naturaleza, como son la velocidad de cuerpo, agudeza de ingenio y otros semejantes. Pero no las cosas puramente personales”¹.

Así se comprende que la persona y el individuo no son sinónimos, ya que es imprescindible la determinación de la individualidad. Y “sólo el ser humano tiene esa dignidad ontológica y moral que lo lleva a buscar su perfección”².

En el hombre hay una subsistencia especial que en razón de su dignidad merece una determinación diferente y lo aproxima a la subsistencia de los seres incorpóreos. Subsistencia intrínsecamente independiente de la materia y que recibe el nombre de persona. “La persona es el ser racional y libre, dueño de sus actos, independiente, ‘*sui juris*’ por oposición al animal, a la planta, al mineral”³.

“Lo que constituye la dignidad de la persona es el hecho de existir separadamente, por sí, ‘per se separatim existere’, de ser independiente en su existencia y, por consiguiente, no proceder sino por sí en el orden de la acción”⁴.

A lo que Réginald Garrigou agrega:

“Lo que caracteriza, pues a la persona, a los ojos del sentido común, es, por cierto, la libertad, el dominio de sí; pero la libertad, según este mismo sentido común, supone la inteligencia que delibera y la conciencia de sí; y la conciencia del ‘yo’, a su vez, supone, precisamente, el ‘yo’, el cual, para hablar con propiedad, es la persona.

Esta independencia de la materia en el orden del querer supone una independencia de la materia en el orden del conocimiento, y esta última, a su vez, supone una independencia de la materia en el mismo ser, ‘operari sequitur esse’; ésta es la verdadera subsistencia, la que no es alcanzada por la corrupción del cuerpo, la que fundamenta metafísicamente nuestro deseo natural de vivir siempre”⁵.

Así, la ley física y determinante se verifica reemplazada por la ley de la razón y de la libertad personal:

¹ SANTO TOMÁS DE AQUINO (1225).

² LAFFERRIERE (2017).

³ GARRIGOU (1945) p. 285.

⁴ SANTO TOMÁS DE AQUINO (1225).

⁵ GARRIGOU (1945) p. 291.

“Por nuestra individualidad, somos, esencialmente, dependientes de tal ambiente, de tal clima, de tal herencia; griegos, latinos o sajones. Cristo era judío. La personalidad, por el contrario, proviene del alma; es la misma subsistencia del alma, independientemente del cuerpo.

Y en cuanto somos una persona, dejamos de estar sometidos a los astros; cada uno de nosotros subsiste, todo entero, por la subsistencia misma del alma espiritual, y ésta es, en cada uno, un principio de unidad creadora, de independencia y libertad.

Ser persona es ser, pues, independiente de la materia”⁶.

Entonces bien, el hombre está ordenado a la sociedad, la busca y la necesita en forma instintiva desde su nacimiento.

De ahí que el hombre dada su condición de individuo, es parte de la sociedad, y verifica pertenencia para con ella.

Y es en esa pertenencia que la persona necesita de la comunicación del conocimiento y del amor de otras personas, motivo por el cual la sociedad y el Estado se verifican exigidos por la precariedad del ser individual y por la denominada ley de la sobreabundancia que se encuentra ínsita en lo profundo del ser y de la vida.

2. *La dignidad humana como valor esencial*

La dignidad de la persona humana es –desde el punto de vista de quien estas líneas escribe– el valor básico esencial y fundante del que es posible deducir todos los valores los que se desarrollan, explicitan y concretan para el adecuado funcionamiento de la vida en comunidad.

Por lo tanto, la dignidad humana es el valor que otorga fundamento a los derechos humanos, en la medida que permite afirmar, por su intermedio, el desarrollo de las personas en su individualidad y en su carácter colectivo. Asimismo, permite en una consideración de carácter de garantía negativa, la protección de las personas contra ofensas de todo tipo.

En efecto, si se desarrollan análisis a partir de lo que se establece en los diferentes textos normativos internacionales, es posible afirmar que la dignidad humana tiene una ubicación de privilegio, en tanto, el preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos, la señala como la base de los valores superiores en ella contemplados. Igual situación se produce en el ámbito de los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y en general en múltiples constituciones a lo largo del mundo.

⁶ GARRIGOU (1945) p. 285.

Según establece Hannah Arendt la dignidad humana

“está dada por la posibilidad de aparecer ante otros y de ser reconocidos por éstos como ‘quiénes’, es decir, como seres únicos y singulares, cuya identidad se despliega al hablar y al actuar entre sí”⁷.

Es decir, que de alguna manera consiste en la existencia político-lingüística de las personas en su hablar, juzgar y actuar, como capacidades que tienen por medio de terceros, con y en relación con ellos.

Así es que ser persona es una posibilidad que solo tienen los individuos de la especie humana.

3. *Ética de la dignidad humana*

La determinación de una ética de la dignidad implica la consideración de pautas de conducta que de no ser continuadas vulneran de alguna manera a la propia noción de tal.

Así es que, santo Tomás ubica a la persona, al mismo tiempo en calidad de centro del universo y de centro de imputación de valores morales, y la comprensión de esto implica entender la dimensión ética de la persona.

Es para él, la dignidad humana un elemento sustantivo en la medida que su fundamento se encuentra ubicado en la condición de imagen de Dios, que se expresa a través del principio de actuación responsable y obtención del fin último, cual es la trascendencia.

Afirma que Dios ha dotado a las personas de un instrumento que les habilita el discernimiento y les permite el seguimiento y cumplimiento de las leyes naturales y universales, que es la razón. Agrega que, en razón de esto, ostenta una condición de superioridad en relación con los animales.

A partir de lo anterior, es sustantivo considerar que estas afirmaciones de santo Tomás han sido fundamentales dado que permiten sustentar la dignidad de la persona en la comunicación existente que vincula a la razón con la fe. Y esto es así, en mérito a que la persona es considerada como lo más perfecto existente, en mérito a una serie de criterios sustentados en las características particulares de la propia naturaleza humana. Estas afirmaciones se fundamentan en la concepción de que la persona es imagen y semejanza de Dios y que, por lo tanto, ocupa un lugar privilegiado, desde el punto de vista ontológico y axiológico, en el conjunto de la creación⁸.

La “ética de la dignidad” observa una doble consideración, por un lado, de un nivel individual y, por otro, de un nivel relacionado con los demás; siendo así, es posible tanto ampliar su propio alcance como limitarlo.

⁷ ARENDT (1958) p. 181.

⁸ SANTO TOMÁS DE AQUINO (1225).

a. Consideración de tipo individual

A partir de los estudios y desarrollos de Immanuel Kant es posible diferenciar dos tipos de deberes: “perfectos” e “imperfectos”.

Los deberes perfectos valen para todas las personas en todas sus acciones tanto personales cuanto en relación con terceros y exigen el respeto de la humanidad en cuanto fin en sí misma.

Los deberes imperfectos implican un carácter más meritocrático tanto en relación personal, cuanto en relación con terceros, siendo su transgresión de carácter moral.

b. En relación consigo mismo

Immanuel Kant efectuó una división de carácter objetivo en relación con los deberes que la persona tiene consigo misma, en una doble consideración formal y material. Así, algunos deberes serán restrictivos, en el sentido de imposibilidad de actuar contra la naturaleza, mientras que otros deberes serán extensivos procurando la perfección personal.

En los dos casos, sea que se determine una visión positiva o negativa, los dos tipos de deberes pertenecen a la virtud que determina una serie de principios sustantivos:

- “vive de acuerdo con la naturaleza (*naturae convenienter vive*)”⁹, por tanto, la pretensión es la conservación de la esencia misma, procurando la perfección superior.
- deber formal “de la concordancia de las máximas de su voluntad con la dignidad del Hombre en su persona”¹⁰, siendo esencial no desprenderse de la libertad interna y someter los vicios e inclinaciones insanas a la voluntad personal de la conciencia moral. El honor surge como la virtud que permite la conservación de la “libertad innata y la dignidad innata del Hombre”¹¹.
- el deber necesario en relación personal de la persona consigo misma lo que determina la indisponibilidad de su persona.
- “no te conviertas en un simple medio para los demás, sino sé para ellos a la vez un fin”¹². “Este deber funciona como una suerte de obligación nacida del derecho de la humanidad a la propia persona (*Lex iusti*)”¹³.

⁹ KANT (2004) pp. 277-278.

¹⁰ *Op. cit.* pp. 278-279.

¹¹ *Ibid.*

¹² *Op. cit.* p. 47.

¹³ *Ibid.*

Es, asimismo, interesante considerar que el filósofo prusiano menciona el concepto de persona, en relación con los deberes para con terceros y reserva personalidad para referirse a aquello que afecta a los deberes de las personas para consigo mismas, para así representar una dimensión moral de su dignidad “dignidad que debía por lo tanto conquistar”¹⁴, en tanto refiere al ideal de dignidad de la naturaleza humana, que en la ética kantiana debe verse como modelo moral de desarrollo de la autonomía individual.

En efecto, el hombre atendiendo:

“su dignidad como Hombre racional [...] no debía renunciar a la autoestima moral; es decir no debe intentar alcanzar su fin, que es en sí mismo un deber, humillándose y de un modo servil [...]; no debe renunciar a su dignidad, sino mantener siempre en sí la conciencia de la sublimidad de su disposición moral, y esta autoestima es un deber del Hombre hacia sí mismo”¹⁵.

De hecho, entiende que la posibilidad de conciencia vinculada con su dignidad, es la premisa esencial para la operatividad de los deberes.

Intentó la concreción de su concepción acerca de la dignidad, a los efectos de facilitar su aplicación a los paradigmas éticos en los que se pretendían estructurar las conciencias de su época. Indicaba:

“para llegar a ser un hombre moralmente bueno no es bastante dejar que simplemente se desarrolle sin impedimentos el germen del bien que reside en nuestra especie, sino que también hay que combatir una causa del mal que se encuentra en nosotros y opera en contra, lo han dado a conocer, entre todos los moralistas antiguos, en particular los estoicos mediante su lema virtud palabra que significa denuedo y valentía, y, por lo tanto supone un enemigo. A este respecto virtud es un nombre magnífico y no puede dañarle el hecho de que con frecuencia jactanciosamente se abuse y se haga mofa de él”¹⁶.

“[...] aquellos hombres esforzados desconocieron a su enemigo, el cual no ha de ser buscado en las inclinaciones naturales, meramente indisciplinadas pero que se presentan abiertamente y sin disfraz a la conciencia de todos, sino que es un enemigo en cierto modo invisible, que se esconde tras la Razón y es por ello más pelagroso”¹⁷.

¹⁴ PÉREZ (1998) p. 476.

¹⁵ KANT (2004) p. 299.

¹⁶ KANT (1981).

¹⁷ *Ibid.*

En definitiva, para Immanuel Kant lo trascendente es la protección de la conciencia individual y la lucha contra la “maldad del corazón humano que, con principios que corrompen el alma, mina secretamente la intención”¹⁸.

La dignidad humana es concebida mediante el concepto de deber que se vincula con aquel de autonomía de la persona en un trasfondo de carácter moral que implica, a su vez, un fin tendente a la transformación de la persona, a los efectos de obtener la concreción del ideal de perfección por acción y por omisión, hacia los demás y hacia sí, mediante el cumplimiento de los deberes de justicia y benevolencia.

c. En relación con los demás

Immanuel Kant considera un deber necesario –que implica el rechazo de la mentira y la promesa falsa– y otro meritorio –que implica la finalidad perseguida por los hombres– en relación con los demás.

Distingue, además, dos tipos de deberes en relación con las otras personas: “Los deberes de afecto o de la benevolencia” –persiguen una acción buena cuyo fundamento es el amor y los “deberes de la obligación o de la justicia”¹⁹–, tiene por origen un derecho de las demás personas e insiste en que el más trascendente de los deberes es “el respeto por el derecho de los demás” porque no existía “nada más sacrosanto” que este derecho²⁰.

Efectuó una ampliación de la consideración de los deberes de las personas en su vínculo con los terceros y habla de deberes de amor por un lado y de deberes de respeto por otro, insistiendo en que las personas tienen un derecho legítimo a ser respetados por sus pares, en la medida que la “humanidad toda es una dignidad”²¹, lo que implica, a su vez, reconocer la “dignidad de humanidad en todos los demás Hombres” esto es, evitando menospreciar la autoestima moral de los demás²².

Definió a las personas en tanto seres racionales y dotados de sensibilidad, características estas que derivan de sus dos pertenencias al mundo inteligible y al mundo sensible, encontrándose ambos caracteres en el concepto de libertad.

Defendió la preeminencia de un deber de benevolencia al mismo tiempo que participó de la denominada compasión activa²³.

Pretendía que las personas articularan sus acciones a partir de la ley de la universalidad y construyó una suerte de puente entre el mundo de los fi-

¹⁸ KANT (1981).

¹⁹ KANT (2001).

²⁰ *Ibid.*

²¹ KANT (2004) p. 335.

²² *Op. cit.* pp. 335-336.

²³ *Op. cit.* pp. 59-60.

nes y el mundo de la sensibilidad. Ahora bien, con la construcción del puente no es suficiente. Y no puede sostenerse que pretendiera la imposición de un ideal a las personas, sino que procura la ilustración y la clarificación de su dignidad y los deberes que se generan. Por otra parte, los intentos de ilustrar las conductas asociadas a la dignidad humana, demuestran que Immanuel Kant no visualizaba una concepción estricta de la dignidad de la persona dado que la naturaleza humana implica ideales morales que la persona debía lograr si pretendía sostener su dignidad.

I. INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN TRES PALABRAS

La inteligencia artificial puede definirse como una innovación tecnológica disruptiva que se relaciona en forma directa con el reconocimiento de patrones.

Esta pone en coordinación una serie de técnicas y procedimientos diferentes para el procesamiento de datos, computadores y algoritmos, los que deciden y resuelven distintas problemáticas que, hasta hace poco tiempo, solo era factible de ser realizado por personas humanas y su capacidad intelectual.

Desde el punto de vista informático, debe considerarse que estas técnicas tienen como fundamento a la codificación técnico-informática, desarrollada por personas y su habilidad se encuentra en la ejecución de instrucciones que traducen datos en decisiones de diferente índole.

De esta forma, la inteligencia artificial toma información, la procesa, la ordena y la hace disponible a través de diferentes mecanismos a una velocidad mucho más ágil que las mismas operaciones realizadas por la inteligencia humana.

Las técnicas automatizadas de procesamiento de datos, como son los algoritmos, no solo permiten a los usuarios de internet buscar y acceder a la información, sino que cada vez más se utilizan en los diferentes procesos de toma de decisiones, que antes estaban por completo en manos de seres humanos.

Los algoritmos pueden ser utilizados para preparar decisiones de carácter humanas o para tomarlas en forma inmediata a través de medios automatizados. De hecho, los límites entre la toma de decisiones humana y la automática se difuminan, lo que da como resultado la noción de “toma de decisiones cuasi o semiautomática”.

La utilización de algoritmos plantea desafíos enormes no solo para el área de política específica en la que se operan, sino, también, para la sociedad en general. La pregunta inmediata es: ¿cómo salvaguardar los derechos humanos y la dignidad humana frente a las tecnologías que cambian rápidamente?

El derecho a la vida, el derecho a un juicio justo y la presunción de inocencia, el derecho a la privacidad y la libertad de expresión, los derechos de

los trabajadores, el derecho a elecciones libres, incluso el propio Estado de Derecho se ven afectados. Responder a los desafíos asociados con los “algoritmos” utilizados tanto por el sector público cuanto por el sector privado, en particular por las plataformas de internet, es hoy una de las preguntas más debatidas, en la medida que tiene implicancias en las bases mismas de los derechos que constituyen las bases de la propia identidad nacional: la personalidad humana y la forma republicana de gobierno.

Existe una percepción cada vez mayor de que “el software se está comiendo el mundo”²⁴, ya que los seres humanos sienten que no tienen control sobre los sistemas técnicos que los rodean; y no los comprenden. Y esto es desconcertante, aunque no es *a priori* negativo, siempre que las personas sean capaces de aquilatar en forma adecuada sus implicancias.

Se trata, en definitiva, de un subproducto de esta era de la vida moderna en la que los desarrollos económicos y tecnológicos globalizados producen una gran cantidad de artefactos técnicos impulsados por *software* y “objetos codificados”²⁵ que incorporan capacidades clave de toma de decisiones relevantes para los derechos humanos.

Las ya trilladas preguntas de: ¿qué opciones de fracción de segundo debe tomar un vehículo impulsado por *software* si sabe que se va a estrellar? ¿Es el sesgo racial, étnico o de género más probable o menos probable en un sistema automatizado? ¿Las desigualdades sociales se replican o amplifican a través de técnicas automatizadas de procesamiento de datos?

Históricamente, las compañías privadas decidieron cómo desarrollar *software* en línea con los marcos económicos, legales y éticos que consideraron apropiados. Si bien existen marcos emergentes para el desarrollo de sistemas y procesos que conducen a la toma de decisiones algorítmica o para su implementación, todavía se encuentran en una etapa temprana y, por lo general, no abordan de manera explícita los problemas de derechos humanos. De hecho, no se tiene respuesta cabal, y mucho menos, en qué medida, los conceptos jurídicos existentes pueden subsumir en forma adecuada los desafíos éticos planteados por los algoritmos. Además, no está claro si un marco normativo con respecto a su uso o una regulación efectiva de las técnicas de procesamiento de datos automatizados son incluso factibles, ya que muchas tecnologías basadas en algoritmos aún están en sus primeros desarrollos y se necesita una mayor comprensión de sus implicaciones sociales.

Los problemas que surgen del uso de algoritmos como parte del proceso de toma de decisiones son múltiples y complejos. Al mismo tiempo, el debate sobre los algoritmos y sus posibles consecuencias para las personas, los grupos

²⁴ ANDRESSEN (2011).

²⁵ KITCHIN & DODGE (2011).

y las sociedades se encuentra en una etapa temprana. Sin embargo, esto no debería impedir los esfuerzos para comprender qué hacen realmente los algoritmos, qué consecuencias para la sociedad se derivan de ellos y cómo podrían abordarse las posibles implicaciones y preocupaciones en materia de derechos humanos.

En términos de pluralismo democrático, es fundamental identificar una serie de preocupaciones de derechos humanos provocadas por el creciente papel de los algoritmos en la toma de decisiones. Dependiendo de los tipos de funciones realizadas por estos y el nivel de abstracción y complejidad del procesamiento automatizado que se utiliza, su impacto en el ejercicio de los derechos humanos variará.

¿Quién es responsable cuando se infringen los derechos humanos sobre la base de decisiones preparadas algorítmicamente? ¿La persona que programó el algoritmo, el operador del algoritmo o la persona que implementó la decisión? ¿Hay una diferencia entre tal decisión y una decisión tomada por las personas? ¿Qué efectos tiene sobre la forma en que se ejercen y garantizan los derechos humanos, incluidos los principios vinculados con el Estado de derecho y los procesos jurisdiccionales?

Los desafíos relacionados con el impacto de los algoritmos en la vida cotidiana de las personas y en sus derechos junto con las técnicas automatizadas de procesamiento de datos crecerán; y las dificultades se incrementan a medida que los sistemas relacionados se vuelven cada vez más complejos e interactúan con los resultados de otros en formas que se vuelven progresivamente impenetrables para la mente humana.

A partir de la afirmación anterior, se considera importante entender y aprehender cuáles son las tres características fundamentales que reviste la inteligencia artificial y que hacen a las personas internalizar su imposibilidad de penetración intelectual humana en el funcionamiento algorítmico.

1. Automatización

La automatización es una de las características principales asociadas con la toma de decisiones algorítmica. La capacidad de los sistemas informáticos automatizados para reemplazar a los seres humanos en un número creciente de situaciones es una característica clave de su implementación práctica.

Las razones para reemplazar a los seres humanos con sistemas de computación automatizados en general se pueden remontar a problemas de procesamiento de datos a gran escala, velocidad, volumen y escala de la toma de decisiones, y en muchos casos a expectativas de tasas de error más bajas en comparación con estos. Los algoritmos automatizados de toma de decisiones se utilizan en una variedad de dominios, desde modelos simplistas que ayu-

dan a los proveedores de servicios en línea a realizar operaciones en nombre de sus usuarios²⁶ hasta algoritmos de creación de perfiles más complejos²⁷ que filtran sistemas para contenidos personalizados. La toma de decisiones automatizada y algorítmica suele ser difícil de predecir para un ser humano y su lógica es difícil, de hecho, casi imposible en la mayoría de los casos, de explicar.

2. *Análisis de datos*

Los algoritmos de análisis de datos se aplican a grandes cantidades de datos para encontrar patrones de correlación dentro de conjuntos de datos sin hacer una declaración sobre la causalidad²⁸. Su uso en la minería de datos y el reconocimiento de patrones sin “entender” su correlación o relaciones causales puede llevar a errores y aumentar la preocupación sobre la calidad de los datos. Estos algoritmos replican las funciones realizadas con anterioridad por los seres humanos, pero implican una lógica de toma de decisiones cuantitativa y cualitativamente diferente para cantidades de entrada de datos, mucho mayores.

Cabe destacar que los efectos de la toma de decisiones automatizada es importante tener en consideración, la interacción de los análisis aplicados (basados en algoritmos) y los conjuntos de datos utilizados. Una evaluación de los impactos en los derechos humanos debe tener en cuenta ambos elementos, ya que, para tomar un ejemplo, el sesgo puede estar oculto en el conjunto de datos y, en consecuencia, no se encuentra al analizar el algoritmo en sí.

Al evaluar los impactos de los algoritmos en los derechos humanos, se debe considerar, además, que los diseñadores de sistemas algorítmicos tienen distintos niveles de discreción para tomar las decisiones, esto es, qué datos de capacitación utilizan o qué respuestas dan a falsos positivos, o el poder del operador del algoritmo puede estar en el conocimiento de la estructura del conjunto de datos, más que en la comprensión del funcionamiento exacto de los algoritmos.

3. *Adaptabilidad*

La adaptabilidad se demuestra en los algoritmos de autoaprendizaje que utilizan datos para desarrollar patrones y conocimientos novedosos, así como para generar nuevas reglas de toma de decisiones a través de técnicas de aprendizaje

²⁶ KIM, GIACOMIN & MACREDIE (2014).

²⁷ HILDEBRANDT & GUTWIRTH (2008).

²⁸ GRINDROD (2014).

automático²⁹. Al adoptar varios estilos de aprendizaje, los algoritmos modelan problemas basados en conjuntos de datos y producen nuevas soluciones que pueden ser imposibles de comprender para un ser humano. A través de técnicas de prueba y error constantes, los algoritmos detectan patrones en datos existentes, identifican patrones similares en datos futuros y hacen predicciones basadas en datos.

Las técnicas de aprendizaje automático se utilizan, entre otros, en los motores de búsqueda que corrigen errores de ortografía, en campos más complejos, como la prevención de fraudes, el análisis de riesgos, el avance en la comprensión del comportamiento de los clientes y la mejora de la ciencia médica.

La previsibilidad del resultado de un algoritmo por parte del operador es importante cuando se considera su responsabilidad y el diseño de estructuras de gobierno adecuadas.

De hecho, el progreso de las tecnologías de “aprendizaje profundo” puede llevar a más sistemas que no se pueden entender mediante el uso del modelo mental de máquinas mecánicas.

Existe un debate considerable en la comunidad académica sobre el grado en que dichos sistemas pueden hacerse inteligibles para las personas y las consecuencias que podría tener dicha inteligibilidad.

II. ALGORITMOS

“Es notable como una palabra que nace de los trabajos de un matemático y astrónomo de la Edad Media se convirtió con los años en uno de los pilares de la Ciencia Informática. En efecto el nombre se relaciona con el matemático árabe Al-Khwarizmi, quien desarrolló gran parte de su carrera en Bagdad, alrededor del año 800 DC. Allí creó un Centro Superior de Investigaciones Científicas y se dedicó especialmente al Algebra y la Astronomía. Sus procedimientos para resolución de ecuaciones y el tratado traducido al latín sobre números ‘*Algoritmi de numero Indorum*’ lo han dejado como el referente más antiguo de la palabra ‘Algoritmo’ ”³⁰.

Se entiende por algoritmo un número finito de pasos lógicos y ordenados, dirigidos a la solución de un problema, que conllevan a la realización de acciones concretas para el procesamiento de un conjunto de datos de entrada a partir de un estado inicial y la obtención de una solución para dicho problema³¹.

²⁹ WILLIAMSON (2016).

³⁰ UNIVERSIDAD DE LA PLATA (2016).

³¹ FONDEN, STUART y RODRÍGUEZ (2018).

Se los define como el conjunto de reglas, disposiciones, normas, orientaciones o un conjunto metódico de instrucciones para la resolución de problemas o la determinación de un resultado.

Suelen utilizarse para el desarrollo de código informático motivo por el cual sus resultados son obtenidos en lenguaje de ceros y unos.

“La definición ‘genérica’ de Algoritmo remite al ‘conjunto ordenado de operaciones que tienen como objetivo resolver un problema’. Esta definición excede la Informática e incluso las Ciencias duras y nos transmite un par de atributos conceptuales importantes: el conjunto de operaciones puede no ser único y las soluciones pueden tener mayor o menor calidad, en función de diferentes métricas”³².

Hoy, los algoritmos son el basamento de la inteligencia artificial por lo que ponen en funcionamiento un caudal de conocimientos adquiridos por diferentes procedimientos y transforman datos en patrones de información para elaborar, a partir de ahí, sus decisiones.

Tal como establece la ONU, la vida de alguna forma se maneja desde una perspectiva algorítmica.

Estos han devenido en un componente sustantivo de las diversas sociedades en el marco de aquellas desarrolladas al influjo de la convergencia tecnológica, y de a poco se han convertido en los grandes “gobernantes” de las diversas decisiones que se toman a diario en todas estas y que tradicionalmente estaban puestas a consideración de la inteligencia humana.

1. Clasificaciones

La inteligencia artificial puede clasificarse de diversas formas, siendo la adecuada a efectos de estas líneas la que la diferencia entre inteligencia artificial débil, restringida o blanda e inteligencia artificial dura o fuerte.

En el primer caso –inteligencia artificial débil–, la referencia debe considerarse efectuada al procesamiento de datos para la resolución de problemas y la toma de decisiones utilizando algoritmos calificables como inteligentes, a partir de la aplicación de diversos procesos informáticos. La pretensión es la obtención de resultados concretos en determinadas actividades específicas, tradicionalmente obtenibles a partir de la inteligencia humana.

Una diferencia sustantiva entre la persona humana y el desenvolvimiento de la inteligencia artificial, tiene relación con el desenvolvimiento de un camino evolutivo asociado al aprendizaje natural efectuado en el primer caso y un basamento específico en la utilización de algoritmos basados en desarrollos técni-

³² WILLIAMSON (2016).

cos humanos. A esto deben adicionarse tres características de esta última, que sin duda superan las posibilidades cognitivas humanas:

- Posibilidades de conexión y articulación con diversos sistemas de manera instantánea.
- Velocidad de procesamiento de datos e información.
- Capacidad prácticamente sin límite de almacenamiento para la información y los datos considerados.

Lo señalado determinará la existencia de dos grandes áreas de desarrollo, a saber:

Aprendizaje profundo o *deep learning*: tiene por base un tipo de redes neuronales artificiales las que implican una combinación masiva de unidades de procesamiento simple, que aprenden del entorno a través de un proceso de aprendizaje y almacenan el conocimiento en sus conexiones.

Para su desarrollo necesita de importantes cantidades de datos para su entrenamiento, debiendo determinarse que para su funcionamiento se aproxima a una “caja negra”, lo que implica que no es factible la determinación lógica del procesamiento de datos que se produce en el interior del sistema.

Lo anterior genera que desde el punto de vista jurídico esto implique consecuencias muy importantes que remiten a una serie de déficits:

- a) Déficit de motivación
- b) Déficit de fundamentación
- c) Déficit de explicabilidad

Sistemas de caja blanca o *machine learning*: tiene por base al conjunto de técnicas que se emplean para la obtención de predicciones o detecciones inteligentes.

Estos sistemas son los más beneficios para la actividad jurídica, particularmente la judicial y colaboran con los mecanismos de transformación digital en las diferentes entidades públicas y privadas, sin estar frente al peligro de la inexistencia de explicación de un razonamiento como sucede con los sistemas de “caja negra”.

En el caso de los sistemas de caja blanca los resultados que se obtienen son susceptibles de trazabilidad, explicabilidad al tiempo que su interpretación, argumentación y motivación son posibles. Esto es útil a efectos de la comprensión y posterior aprehensión de los procesos, siempre dinámicos, de la automatización.

De esta forma, es posible generar diversos mecanismos para construir alternativas de entrenamiento de los sistemas, y de esta forma dominar el proceso por parte de las personas. Es así factible conocer los mecanismos de colecta, incorporación, procesamiento, tratamiento y revisión de los resultados.

En el segundo caso –inteligencia artificial fuerte o dura– la referencia es a la posibilidad de reproducción por parte de estos sistemas de dos características

que presenta el cerebro humano, que son la habilidad para articular información diferente proveniente de diferentes áreas del conocimiento al mismo tiempo y el sentido común.

Según John Searle:

“la inteligencia artificial fuerte implicaría que una computadora convenientemente diseñada no simula una mente, sino que *es una mente* y por consiguiente debería ser capaz de tener una inteligencia igual o incluso superior a la humana”³³.

Según se ha indicado:

“el propósito de esta tecnología es producir ‘máquinas de pensantes’ que podría llegar a adquirir una capacidad con una inteligencia comparable a la del espíritu humano”³⁴.

En definitiva, estos sistemas serían capaces de ejecutar un comportamiento que simula a aquel humano o, dicho de otra forma, tendrían capacidades como para la simulación de la inteligencia humana contemplando todos sus aspectos; sin embargo, puede afirmarse que estos sistemas aún no han sido concretados.

III. UNA “RACIONALIDAD INHERENTE”:

LOS VÍNCULOS CON *BIG DATA*

En lugar de subsumir datos en categorías preestablecidas –como categorías estadísticas que requieren un proceso convencional potencialmente largo para su configuración–, el procesamiento de tipo *big data* produce categorías a partir de grandes volúmenes de ellos mismos, prácticamente en tiempo real. Estas categorías algorítmicas, también denominadas modelos o perfiles –cuando se refieren al comportamiento humano– son patrones dinámicos formados a partir de correlaciones observadas no en el mundo físico, sino entre los datos digitales recopilados en diversos contextos, con independencia de cualquier explicación causal. En otras palabras, a diferencia del procesamiento estadístico convencional, en el que las hipótesis o categorías estadísticas preceden y gobiernan la recopilación de datos, en *big data* el procesamiento de los datos, ocurre en sentido contrario: la recopilación y el procesamiento de datos vienen primero y dan lugar a hipótesis o categorías entre la masa de datos.

³³ SEARLE (1980).

³⁴ HOCHÉL y MILÁN (2000).

En consecuencia, las categorías algorítmicas, modelos o perfiles tienen un aura de objetividad que es mucho mayor que la de las categorías estadísticas.

El procesamiento estadístico inherente al análisis de *big data* busca prescindir de todas las operaciones convencionales, políticas e ideológicas, y de todas las discusiones sobre las categorías a través de las cuales se percibe el mundo desde categorías producidas de forma espontánea, gracias a algoritmos capaces de detectar correlaciones estadísticamente significativas.

Mientras tanto, cuando sirven como referencias para el debate público, las estadísticas tradicionales pueden siempre estar abiertas a preguntas tales como: ¿se han tenido en cuenta suficientes datos? ¿Se han considerado muchos datos?

El modelado algorítmico –patrones o perfiles– parece, en principio, escapar de cualquier forma de desafío, ya que estos modelos no son producidos ni construidos, pero, en contraste, parecen derivar en forma directa del mundo digitalizado, con los grupos de datos que se han seleccionado sobre la base de su compatibilidad técnica a partir de los sistemas de análisis de tipo *big data*.

La extensión tanto de la base estadística como de la realidad digital es una incorporación de lo que las prácticas estadísticas tradicionales no podrían manejar. Esto es, puntos que estaban demasiado lejos de la media –lo que podría dar lugar a reclamaciones vinculadas a que las estadísticas solo se utilizaron para grandes cantidades de información sin particularizar casos individuales– y resultados que no encajaban en ninguna categoría –con respecto a los objetos estadísticos de las fuentes convencionales siempre fue posible argumentar que no se habían tenido en cuenta datos suficientes o se habían tenido en cuenta demasiados–.

Todas estas áreas fueron excluidas para un enfoque estadístico que buscaba representar al mundo en ciertos aspectos, pero no reemplazarlo. La naturaleza incompleta y selectiva de las estadísticas tradicionales frente a los elementos constitutivos del mundo no debe entenderse como una debilidad de las estadísticas, pero sí como una condición previa esencial para el pensamiento estadístico.

En el mundo de la analítica jurídica, el aura de objetividad y exhaustividad de los datos digitales avanza a partir de la idea generalizada de que gobernar por datos sería un medio de gobernar de manera objetiva.

Esta percepción determina que el significado producido por el análisis de datos, concebido como las señales puras que provienen de forma directa del mundo en tiempo real ya no se construirían social, política y culturalmente, sino que serían el equivalente de una revelación automática, más allá del lenguaje, sin interpretación, sin simbolizar, sin representación e independiente de cualquier perspectiva ideológica.

Tal vez esta es una de las razones epistémicas para la aceptación o tolerancia de las personas a la digitalización del mundo.

La ideología de los datos es la utopía del acceso inmediato al mundo, fuera de las limitaciones de idioma. La digitalización del mundo ofrece una respuesta radical a la crisis de representatividad: ya no habría nada que representar, y no quedaría nada por desafiar, ya que los datos hablan por sí mismos. Sin embargo, es conocido que los datos nunca son solo datos, sino que son invariablemente el resultado de un proceso sofisticado de transcribir la realidad en forma metabolizable por las computadoras.

En consecuencia, pareciera que la gran emoción producida por los avances de *big data* está llevando a una especie de pérdida de distinción entre el mundo y sus representaciones digitales, así como una pérdida de distinción, también, entre tecnología y cultura y, de esta forma, hacia una despolitización.

Sin embargo, la inherencia no es sinónimo de verdad. Los criterios de validación utilizados para el modelado algorítmico de ninguna manera son comparables a los criterios de validación científica. Por ejemplo, es casi imposible replicar las operaciones algorítmicas en un contexto en el que los grupos de datos en cuestión se expanden en forma constante. Además, el objetivo de este modelado, que se produce en el ámbito del mundo digital en lugar de en el mundo físico, no es en absoluto describir la verdad, sino ser operacional.

La validez ya no es una cuestión de verdad sino de fiabilidad –fiabilidad sin verdad en el decir de Eric Winsberg³⁵–, una confiabilidad aún mayor desde que los procesos son automáticos y evitan la intervención humana, así como la obstrucción de la búsqueda de la verdad, de la historicidad y la causalidad. Estas son, algunas de las fuerzas impulsoras de la nueva racionalidad algorítmica.

Esta es la idea de la “caja negra”: se sabe lo que sucede por un lado y se ve lo que sale por el otro, pero no se sabe qué sucede entre los dos.

El hecho de que el mundo tal como funciona no cumple con el modelo producido algorítmicamente, esto es, con la realidad algorítmica, es decir, cuando aparece lo que aparece en el mundo desmiente el perfil que se había llevado a cabo, de ninguna manera es un fracaso. Estos conceptos de fracaso no tienen sentido en una realidad digital en la que cualquier desviación del modelo estadístico se asimila inmediatamente en la base estadística para refinar el modelo.

Este es el principio mismo del aprendizaje automático, supervisado o no supervisado. El aprendizaje está supervisado cuando el algoritmo está entrenado en datos de aprendizaje proporcionado por el supervisor humano, que contiene tanto los datos como los resultados anticipados (por ejemplo: parámetros y diagnósticos médicos) para permitirle funcionar independientemente en conjuntos de datos para los que se desconocen los resultados, esto es, en una

³⁵ WINSBERG (2006).

generalización de proceso. La supervisión sirve para validar y recalibrar el modelo seleccionado por el algoritmo (que habrá identificado una solución como aquella correcta) para ayudar al sistema a enfocar su modelado en la dirección deseada. El aprendizaje no es supervisado, o de abajo hacia arriba cuando el sistema no recibe del modelo anterior algo para aprender. No se proporciona ningún conjunto de datos de entrenamiento y no aparece una solución correcta para servir de modelo. El algoritmo se deja para analizar los datos e identificar correlaciones entre ellos con la esperanza de mostrar modelos subyacentes. Un ejemplo de tal algoritmo es el de agrupamiento, que puede identificar personas similares dentro de un grupo poblacional.

El algoritmo de autoaprendizaje es capaz de producir soluciones inesperadas, patrones o modelos nuevos, imperceptibles para los sentidos humanos ordinarios y, en particular, para el ojo humano. Por supuesto, el algoritmo debe estar entrenado para eliminar correlaciones espurias o irrelevantes.

La fe en la objetividad, efectividad y operatividad de predicciones algorítmicas a menudo, entre quienes las adoptan para diversos fines (prevención de la inseguridad y el terrorismo, detección de propensiones al fraude, predicción de comportamientos de compra, optimización de recursos humanos), anula el proceso de evaluación crítica de lo que con mayor frecuencia se presenta como una recomendación o sistema automatizado de soporte de decisiones. En la medida en que estas instalaciones automáticas son adquiridas y puestas en funcionamiento para acelerar y objetivar procesos de toma de decisiones, sus predicciones se convierten en forma casi sistemática en acciones e intervenciones que, su vez, modifican el estado de cosas de una manera que hace que ya no sea posible identificar, de hecho, lo que habría sucedido si la recomendación automática no se hubiera aplicado.

La predicción hace no solo que se describa el futuro, sino que lo transforma de modo que se vuelve difícil la ausencia de verdades básicas, para probar los algoritmos de autoaprendizaje o para evaluar su validez epistemológica.

Así el éxito de un algoritmo se mide menos en términos de la verdad de los modelos que produce que en términos de la velocidad con la que la información operacional se logra a un costo mínimo.

El hecho de que los criterios de diferenciación entre las personas no puedan ser criticados significa, tanto para las personas que están sujetas a la elaboración de perfiles cuanto para las que usan estos perfiles para tomar decisiones que afectan a las personas, una disminución de la responsabilidad, ya que habrá menos oportunidades para responder.

Frente a esto hay dos posibles soluciones: la primera, basada en la suposición de una superposición perfecta entre objetividad, verdad y justicia que implicará asegurar, por medios técnicos, la objetividad y naturaleza imparcial del modelado algorítmico (auditoría de algoritmos) y la segunda, basada en el

supuesto de la irreductibilidad de la justicia a la mera objetividad, consistente en exigir la posibilidad de impugnar decisiones que impactan a las personas, si estas decisiones se basan en el procesamiento automático de datos.

Aquí ya no se trata de rendir cuentas por la objetividad del proceso del algoritmo, sino, también, por la naturaleza justa, equitativa y legítima de las decisiones tomadas de acuerdo con estos procesos. En otras palabras, es necesario enfocarse una vez más sobre la necesidad, sin la cual no puede haber una decisión. La verdadera toma de decisiones presupone que no se impone ninguna solución por necesidad, sino, simplemente, obediencia o conformismo, para hacer espacio para lo que es incalculable e indecible por cálculo.

Otro aspecto del procesamiento de tipo *big data* está vinculado a la no selectividad (relativa) en la recopilación y el almacenamiento de datos.

Mientras que las prácticas estadísticas tradicionales eliminan del grupo de datos todos los puntos de datos que están demasiado lejos de la media para evitar dar lugar a errores y confusión, en contraste, *big data* considera todo, incluido lo más excepcional.

Esto es lo que hace posible los procesos de personalización, es decir, la diferenciación en línea con cada vez más numerosos y precisos perfiles (de posibles delincuentes o estafadores, consumidores, usuarios) e interacciones de seguridad, comerciales, educativas, médicas, entre otras. Esto significa en la práctica que, mientras que, en el contexto del procesamiento estadístico tradicional, es posible afirmar que las estadísticas se aplican a grandes números, pero no a casos individuales, en el enfoque de *big data* se busca asegurar la relevancia de las categorías para los casos más excepcionales o, en términos más simples, se busca reemplazar la categorización por personalización o individualización.

Ahora bien, la hiperfragmentación y el crecimiento exponencial del mundo digital, ofrece nuevas posibilidades de modelado simultáneo a diferencia de las situaciones anteriores de procesamiento de datos, que están reemplazando los sistemas de percepción e interpretación del mundo previamente fundado en fenómenos representacionales (estadística representativa, testimonios orales, simbolización, institucionalización) y para reconocer estructuras preconfiguradas, formas, categorías (política, normativa y culturalmente).

IV. PRINCIPIOS ÉTICOS PARA UN MUNDO TECNOLÓGICO

En función de lo señalado y a efectos de poder enfrentar los problemas éticos y políticos del mundo tecnológico es que se entiende preciso deliberar desde un marco de principios y reglas mínimos que cualquiera de los diferentes grupos sociales pueda reconocer como garante de sus propios intereses y aceptarlo como base de un amplio consenso.

Se entiende que un marco ético compuesto en principio, por cuatro principios sería el contexto en que pueden alcanzarse acuerdos sobre las controversias tecnocientíficas que interpelan.

Estos principios son: responsabilidad, precaución, autonomía y justicia.

La ética que se postula es un sistema interrelacionado entre estos principios donde la regla general determina que deben estar equilibrados y trasladados.

Estos mínimos éticos no deben considerarse tal si fueran reglas rígidas aplicables bajo criterios deductivos o como algoritmos decisorios.

En consecuencia, se constituyen en un marco de racionalidad para facilitar y concretar la toma de decisiones cuya base y fundamento sea el consenso. Sin embargo, eso no significa que se trate de procesos automáticos ni de certezas concretas, y de hecho de manera alguna implican una sustitución de las capacidades humanas, muy por el contrario, verifican una dependencia concreta de las capacidades deliberativas presentes en la sociedad y que fundamentan la asunción de decisiones cuyos caracteres relevantes son la prudencia, la razonabilidad y la justicia.

El principio de responsabilidad determina qué está sujeto a una obligación de cuidado y preservación. En perspectiva humana, la integridad y dignidad humanas se encuentran en primer lugar, esto es, la finalidad principal será que las personas tengan una vida que les permita conservar una conciencia ética y de acción libre, de finitud, de unidad y de comunidad biológico-genética. La obligación moral primaria será el aseguramiento de la existencia de seres morales con capacidad de responsabilidad.

La responsabilidad implica que el desarrollo del conocimiento científico deberá focalizarse en la prevención y la anticipación de los efectos negativos de la intervención tecnológica.

“Si el mundo tecnológico es sistémico y global, la respuesta ético-política debe ser también sistémica y globalizada”³⁶.

El principio de precaución determina que, ante la posibilidad de un peligro cuyo fundamento está en supuestos razonables, aun ante la inexistencia de pruebas científicas contundentes, es requerida una revisión de las decisiones de índole tecnológica planificadas y suspender su aplicación. Los riesgos y sus potenciales daños, deben mantenerse en un nivel de razonable aceptabilidad, si esto no determina una distribución injusta entre la sociedad.

El principio de autonomía implica que cada acción tecnológica tiene que tener asociada el consentimiento informado de las personas y comunidades que potencialmente serán beneficiadas o perjudicadas. En el mundo tecnológico es sustantivo que las personas sean consideradas en su derecho a conocer todas

³⁶ LINARES (2018).

las aristas vinculadas con el significado y afectación de las innovaciones tecnológicas y a tomar opciones con toda la información imprescindible acerca de los riesgos para decidir si se está en condiciones de aceptarlos y asumirlos, a partir de las consideraciones de la ética de su propia dignidad que implicará valores y patrones culturales particulares.

En este sentido, la autonomía personal y la libertad de terceros son de fundamental consideración.

El principio de justicia distributiva implica una equitativa e imparcial distribución de los beneficios tecnológicos, al mismo tiempo que considera y distribuye los riesgos. Esto implica, sin duda, que la mayor cantidad de personas sean beneficiarias del desarrollo tecnológico, pero, al mismo tiempo, es requerido que las brechas se reduzcan y los riesgos sean razonables y compartidos socialmente.

1. La dignidad como centro de la ética digital

Un marco ético debe sostener los cimientos de la construcción de un ecosistema digital como el señalado, partiendo del respeto y la salvaguardia de la dignidad, en tanto contrapeso fundamental a la vigilancia omnipresente y a la notoria asimetría de poder que ahora confronta a las personas.

De hecho, algunos derechos fundamentales clásicos establecidos en los instrumentos de derechos humanos –el derecho a la privacidad, el derecho a la libertad de expresión, el derecho a la no discriminación– fueron concebidos en su origen como protecciones contra la interferencia del Estado.

Sin embargo, hoy está claro que, en la era digital, las salvaguardias son necesarias contra posibles interferencias por entidades no estatales y por personas.

Los efectos de red son una característica de los mercados digitales. El carácter social que reviste y los costos profesionales de optar por servicios basados en la web han aumentado, con las posibilidades de interoperabilidad y las opciones disponibles, ofreciendo, a menudo, protecciones de privacidad al tiempo que, facilitando explosiones de expresión, muchas veces inconducentes, descontroladas y atentatorias contra la propia dignidad.

La aparente fragmentación de la web de acuerdo con las fronteras estatales y la segregación de la experiencia en línea de las personas en un número limitado de “jardines amurallados”, amenaza la privacidad, la información personal, la libertad de expresión y la libertad de innovar en medio de la concentración de ganancias y poder de mercado.

Se vuelve a la algocracia. No se trata de la consideración de un tema problema vinculado con la codificación, sino de la propia existencia personal.

El discurso generalizado a favor del código, el lenguaje y la información deberá mutar a un espacio discursivo diferente en el que se puedan inscribir la vida, las personas y sus derechos.

La gobernabilidad democrática legítima requiere procedimientos de toma de decisiones que protejan la libertad y la autonomía, y que permitan la participación individual y la comprensión de esos procedimientos de toma de decisiones.

La dependencia de los algoritmos de minería de datos socava la libertad y la autonomía y evita la participación activa y la comprensión de los procedimientos de toma de decisiones.

Así es que debe sostenerse la concluyente afirmación de Antoinette Rouvroy la que se comparte y se entiende de alguna manera manifiesta una síntesis sustantiva de lo planteado:

“la relación entre personas y máquinas tiene que liberarse de esta abstracción reductora y seguir manteniendo en el centro de la reflexión y de la proyección institucional los derechos fundamentales, que es además el único camino para salir de las contraposiciones, también abstractas, entre utopía y distopía, entre exaltación y rechazo de la dimensión tecnológica. Las implicaciones normativas de las innovaciones tecnológicas obviamente no pueden relegarse pero deben ser valoradas según los principios que fundamentan el respecto a las personas y a los protocolos de un sistema democrático, que no pueden confiarse a un creciente gobierno estadístico de lo real”³⁷.

2. *Transparencia y explicabilidad:*

principio de exigencia imprescindible a la inteligencia artificial

El principio de transparencia y explicabilidad algorítmicas es considerado como inescindible de la propia existencia de la inteligencia artificial y debe tener implantación legal, según lo indicado por Alessandro Mantelero³⁸.

La Declaración del Parlamento de la Unión Europea sobre robótica³⁹ refiere en el numeral 12 al “principio de transparencia” indicando:

“12. Pone de relieve el principio de transparencia, que consiste en que siempre ha de ser posible justificar cualquier decisión que se haya adoptado con ayuda de la inteligencia artificial y que pueda tener un impacto significativo sobre la vida de una o varias personas; considera

³⁷ ROUVROY (2008).

³⁸ MANTELERO (2022) p. 98.

³⁹ PARLAMENTO EUROPEO (2017).

que siempre debe ser posible reducir los cálculos del sistema de inteligencia artificial a una forma comprensible para los humanos; estima que los robots avanzados deberían estar equipados con una 'caja negra' que registre los datos de todas las operaciones efectuadas por la máquina, incluidos, en su caso, los pasos lógicos que han conducido a la formulación de sus decisiones”

en consecuencia es factible señalar que verifica orientaciones de índole ético que deben basarse en los principios de beneficencia, no maleficencia, autonomía y justicia.

De esta forma se comprende el porqué de la recurrente afirmación vinculada a que sin transparencia no es factible comprender el bien o el mal que es susceptible de ser causado por la inteligencia artificial. De hecho, en su ausencia no es posible analizar cuál sería la actuación de esta si se pretendiera la sustitución humana, dando existencia a la inteligencia artificial fuerte. Es dable preguntarse, ¿podrá la inteligencia artificial actuar con autonomía? Esta condición humana, si fuera replicable, requiere, en la base, de una condición elemental de transparencia para su concreción efectiva. En caso contrario, no será factible la determinación de la señalada autonomía, ni la determinación de las condiciones de generación de responsabilidad y mucho menos de la justicia.

Ahora bien, a qué debe considerarse efectuada la referencia, cuando se habla de transparencia y explicabilidad.

La transparencia se configura, en consecuencia, como el elemento sustantivo, es decir, la premisa de base de los principios éticos y de las garantías no solo técnicas, sino fundamentalmente jurídicas de la utilización de la inteligencia artificial.

En este sentido, entonces, es necesario considerarla en doble sentido: por un lado, la transparencia externa –también denominada explicabilidad pública– y, por otro, la transparencia interna.

Así, en el primer caso, las personas en su conjunto serán las susceptibles de afectación por la utilización de la inteligencia artificial. De esta forma, la transparencia algorítmica es fundamental como herramienta para la rendición de cuentas y esto obliga, en consecuencia, a que las acciones de todos quienes funcionan en el circuito tecnológico –programadores, analistas, funcionarios, entre otros– deban estar sujetos a control, ya que la lectura e interpretación de las disposiciones normativas para su traducción a código, es fundamental y muchas veces se carece de las capacidades jurídicas y técnicas para su des-
envolvimiento.

Al mismo tiempo, las obligaciones emanadas de las disposiciones vinculadas con las legislaciones de protección de datos personales tienen obligaciones muy concretas vinculadas con la transparencia, el derecho de acceso y

la posibilidad de la impugnación de las valoraciones personales, frente a decisiones tomadas netamente en forma electrónica, a partir de algoritmos tomadores de criterio, que pueden ser perjudiciales para las personas.

Asimismo, es imperativa la transparencia para evitar el leviatán algorítmico signado por decisiones de habilitación o negativa a la obtención o no de prestaciones estatales, únicamente a partir de decisiones basadas en código, lo que puede generar perjuicios asociados a la discriminación o los denominados sesgos algorítmicos.

Si se considera la Recomendación sobre Ética de la Inteligencia Artificial de la UNESCO, en los apartados 37, 38 y 40 se incluye una serie de referencias específicas a la transparencia y la explicabilidad de los sistemas de inteligencia artificial. En efecto, se establece:

- “37. La transparencia de los sistemas de IA suele ser una condición previa fundamental para garantizar el respeto, la protección y la promoción de los derechos humanos fundamentales y los principios éticos. La transparencia es necesaria para que la legislación nacional e internacional pertinente en materia de responsabilidad funcione eficazmente.
38. Si bien hay que hacer todo lo posible por aumentar la transparencia y la explicabilidad de los sistemas de IA a lo largo de su ciclo de vida para respaldar la gobernanza democrática, el grado de transparencia y explicabilidad debería ser siempre adecuado al contexto, ya que es preciso encontrar el equilibrio justo entre la transparencia y la explicabilidad y otros principios como la seguridad y la protección. Las personas tienen derecho a saber cuándo se toma una decisión sobre la base de algoritmos de IA y, en esas circunstancias, exigir o solicitar explicaciones e información a empresas del sector privado o instituciones del sector público.
40. La explicabilidad supone hacer inteligibles los resultados de los sistemas de IA y facilitar información sobre ellos. La explicabilidad de los sistemas de IA también se refiere a la inteligibilidad de la entrada, salida y comportamiento de cada componente algorítmico y la forma en que contribuye a los resultados de los sistemas. Así pues, la explicabilidad está estrechamente relacionada con la transparencia, ya que los resultados y los subprocesos que conducen a ellos deberían ser comprensibles y trazables, apropiados al contexto de utilización”⁴⁰.

⁴⁰ UNESCO (2021).

Establecido lo anterior, se comprende que estos elementos son sustantivos para garantizar la autodeterminación personal y colectiva. Y esto es así, y se constituye en la transparencia interna –esto es la que se desarrolla al interior de las diferentes entidades y en favor de quienes deben ejecutar las acciones para su concreción: supervisores, auditores, tomadores de decisiones, interesados– en mérito a que esta es un elemento definitivo para la salvaguarda de otros principios y de diversos intereses reconocibles como de índole general y el ejercicio de derechos fundamentales. Sumado a esto, la transparencia se constituye en un instrumento sustantivo para el conocimiento y para la constatación del adecuado funcionamiento de los sistemas de inteligencia artificial. Además, habrá que considerar a los diferentes actores que forman parte del circuito de estos sistemas, quienes utilizan el sistema, quienes los importan, los distribuyen, los evalúan, los auditan, entre una multiplicidad de acciones posibles.

Esto deriva del hecho de que estos principios facilitan la comprensión de los problemas técnicos a resolver, al tiempo que permiten comprender el funcionamiento del sistema y cuál es el funcionamiento óptimo y cuáles son las distorsiones.

En algunas oportunidades, los mecanismos para solucionar los problemas técnicos del sistema se desarrollan a través del conocimiento de los datos que han sido incluidos en el sistema, el conocimiento del algoritmo gestor del sistema y el conocimiento de los pasos integradores del proceso, al tiempo que la trazabilidad del proceso y los componentes del sistema son también fundamentales.

En conclusión, todo esto permite sostener que lo requerido para estos sistemas es la obtención de una inteligencia artificial confiable basada en una ética de la responsabilidad desde el diseño.

V. ALGOCRACIA

Hoy la vida se desarrolla en el marco de la “era de las decisiones algorítmicas”.

Los hay para todo, algoritmos que colaboran en el desenvolvimiento de descubrimientos de carácter científico, que colaboran en conocer quién es más factible que evada impuestos, que colaboran en la formación de parejas, y un largo etcétera, hasta hace poco impensados.

A partir de la gigantesca evolución y revolución en el tratamiento de datos, sumado al internet de las cosas, la tendencia a la colaboración de los algoritmos y aun más, a la toma de decisiones por su parte, solo pareciera que tenderá a crecer en el futuro cercano.

En función de lo anterior, es fundamental realizar algunos análisis vinculados con la utilización de los algoritmos con base en la toma de decisiones

en la órbita pública y política, en tanto, *a priori*, y como conclusión anticipada, esta se presenta como problemática.

De hecho, el elemento sustantivo que está presente en esta consideración tiene relación con la legitimidad en la toma de las decisiones; ¿es aceptable desde el punto de vista de la legitimidad que la toma de decisiones esté basada en algoritmos? ¿Es aceptable que la libertad de expresión en su concepción más profunda imbricada con la defensa de la democracia y, por ende, de la república, esté de alguna forma basada en algoritmos?

Stefano Rodotà afirmaba que la utilización de la tecnología puede contribuir a establecer una política que rechaza los problemas difíciles, se aísla de la sociedad y cambia la naturaleza de la relación entre el ciudadano y el Estado. Y una política prisionera de la tecnología puede dar la impresión de mayor eficiencia, pero hace más débil la democracia⁴¹.

Esta afirmación remite al actual y creciente fenómeno de la denominada algocracia.

1. ¿Qué es la algocracia?

Se trata de un concepto con un importante potencial de engaño por lo que es necesario especificarlo concretamente.

De hecho –y, si bien tal vez en un futuro sea posible–, la construcción que aquí se considera, no es la vinculada con la descripción de sistemas en los que las computadoras o agentes artificiales toman el control gubernamental y ejercen el poder al servicio de necesidades e intereses que les son particulares. Por el contrario, lo que se pretende poner de manifiesto es un fenómeno más mundano y a la fecha presente y creciente.

Algocracia implica un particular sistema de gobernanza, organizado y estructurado sobre la base de algoritmos programados por una computadora. Es decir, que se trata de un sistema, en el que estos se utilizan para recopilar, clasificar y organizar datos a partir de los que normalmente se toman las decisiones y, de esta forma, ayudar en su procesamiento y comunicación a través de sistemas de gobierno determinados.

Así, los algoritmos estructuran y limitan las formas en que las personas dentro de esos sistemas interactúan entre sí, con los datos pertinentes y la comunidad afectada por ellos.

Puede afirmarse que la algocracia es un sistema en el que los algoritmos pueden estructurar y restringir las formas en que las personas actúan. Los límites entre estos sistemas no son precisos y, a menudo, se integran y superpo-

⁴¹ RODOTÀ (2010).

nen, lo que es sustantivo si se considera en contexto, que los sistemas algorítmicos de toma de decisiones pueden integrarse con los sistemas de toma de decisiones jurídico-burocráticos preexistentes.

En definitiva, es el fenómeno por el cual los algoritmos se apoderan de los sistemas públicos de toma de decisiones. Más precisamente, el término ‘algorocracia’ puede usarse para describir sistemas de toma de decisiones en los que algoritmos codificados por computadora estructuran y restringen la forma en que los seres humanos interactúan con estos procesos de toma de decisiones.

Ahora bien, es imprescindible concentrarse en los sistemas algorítmicos que son posibles gracias al aumento del *big data*, el internet de las cosas, la vigilancia, la extracción de datos y el análisis predictivo.

Se trata de una inquietante realidad, a partir del incremento de su utilización, cuya base se ubica en datos predictivos o datos descriptivos, siendo, además, que las personas pueden revisar y analizar las recomendaciones que efectúan los algoritmos o pueden dejar a las máquinas actuar y transformarse en ejecutoras de juicios basados en ellos.

Si esto es así, entonces, su creciente utilización de determina una situación en que los sistemas cuya base son estos, estructuran y limitan las oportunidades para la participación humana y la comprensión de la toma de decisiones públicas.

2. *El problema del alambre de púas invisible*

La tecnología actual hace posible que casi todos los movimientos de las personas, particularmente aquellos que se desenvuelven “en línea”, sean monitoreados, rastreados y procesados.

De hecho, es posible que las personas, autoutilicen esta información como un mecanismo de autoexperimentación, generando diversas métricas y utilizando esa información para mejorar sus dietas, aumentar su productividad y un largo etcétera. Y para muchas personas este es un esfuerzo muy valioso.

Pero, al mismo tiempo que la información es factible de ser utilizada por las personas, también lo es por parte de los gobiernos y las empresas que pueden aprovechar estas tecnologías de seguimiento y procesamiento de datos y utilizarlas para lograr sus fines particulares, entre otros, la manipulación de las expresiones públicas de las personas o en caso de regímenes no democráticos, el perfilamiento de los opositores con sus consecuentes violaciones a los derechos humanos fundamentales.

Lo terrible es que a veces, incluso las personas podrían pensar que esto es positivo.

¿Quién no quiere detener el terrorismo, acabar con la evasión tributaria y tener experiencias de compra satisfactorias? Sin embargo, esto tiene un lado no tan positivo.

Es imprescindible analizar el papel de la minería de datos en la creación de un sistema de regulación algorítmica, en el que las decisiones personales son “empujadas” en direcciones particulares por potentes algoritmos de procesamiento de datos. Esto es preocupante porque la base racional de estos algoritmos no es transparente.

Gracias a los teléfonos inteligentes es posible conocer cada vez que se pretende realizar alguna acción incorrecta por lo que no sería necesario efectuar el cálculo moral por cuenta propia, sino que los algoritmos del sistema podrían realizar el cálculo moral por sí mismos. Las personas asumen el papel de máquinas de información que alimentan el complejo tecnoburocrático con sus propios datos. ¿Y por qué no, si se promete aire más limpio o vidas más largas y más seguras a cambio de un poco de información?

Es decir, que los algoritmos relevan los desordenados procesos de toma de decisiones humana. Los ciudadanos se sienten comprometidos con los algoritmos que les aseguran eficiencia, efectividad, ahorro de tiempo, y a pesar de no estar seguros de cómo funcionan, como de alguna manera sienten temor de descuidar su guía, los mantienen y alimentan. Esto crea una especie de prisión de “alambre de púas invisible” que limita el alcance de desarrollo intelectual y moral, así como las propias vidas en general.

El alambre de púas invisible de *big data* limita las vidas a un espacio que puede parecer tranquilo y atractivo, pero que no es de elección propia y que no es de factible reconstrucción ni ampliación. Y la peor parte es que en general las personas no se dan cuenta de esto porque se piensan y sienten libres, pero, en realidad, el alambre de púas las sigue de forma invisible.

El resultado de lo anterior es que el *big data* está socavando la democracia al privar a las personas de su capacidad de pensar por sí mismas, determinando su propio camino individual y vital y de participar en forma crítica en la toma de decisiones gubernamentales.

Y esto es así porque se están socavando las bases mismas de la libertad de expresión, ya que esta se ve transformada en una expresión de programación algorítmica.

COLOFÓN:

¿ES LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL, INTELIGENTE?

La persona humana en razón de la libertad y racionalidad que en su condición de rasgos connaturales a su esencia, les son intrínsecas, está facultada para cum-

plimentar o no hacerlo, su orden natural. Y este no es otra cosa que el orden moral, esto es, la determinación del conjunto de actuaciones de la persona, en tanto ente libre, en relación con lo que puede establecerse es su destino y orientación final –para quienes profesan la fe–, es decir, Dios.

Esto equivale a afirmar que la existencia de un determinado orden moral, existe, en la medida que existe persona y, además, es libre y con potencialidad de disponer de su propio destino para la verificación de su exigencia vital fundamental.

Jacques Maritain sostiene que el bien moral es –de alguna manera– un sinónimo del bien ontológico, dado que este está en la recta de las acciones de carácter voluntario⁴².

Así, la dignidad humana esencial, es decir, la dignidad de que toda persona está compuesta, se verifica por el simple y concreto hecho de ser persona, es decir, por la existencia de una naturaleza de carácter racional.

Entonces bien, las mentes y la racionalidad conocidas se encuentran ubicadas en individuos vivos. Por tanto, es factible sostener que la mente implica como condición previa de existencia e inescindible la vida.

Partiendo de esta afirmación para que la inteligencia artificial tenga inteligencia de verdad, debería tener vida real, para lo que sería requerido considerar la factibilidad de ese suceso, lo que desde quien estas líneas escribe, no es ni será factible.

Si bien no existe una definición unívoca de qué significa vida, de todas formas, hay una suerte de aceptación generalizada de que esta implica necesariamente una serie de rasgos que la caracterizan, a saber: autoorganización, autonomía, surgimiento, desarrollo, adaptación, capacidad de reacción, reproducción, evolución y metabolismo.

Y analizados estos, la conclusión es que los ocho primeros, en términos generales, pueden entenderse comprensibles dentro de los sistemas de inteligencia artificial, de hecho, en todos estos, es factible su identificación.

Sin embargo, lo que hace al metabolismo es distinto; los sistemas eventualmente lo podrán ejemplificar, incluso emular, pero lo cierto es que estos no metabolizan de verdad.

El metabolismo es el uso de sustancias bioquímicas e intercambio de energía para ensamblar y mantener el organismo, por lo que es inescindiblemente una determinación de carácter física.

Simplificando en un juego de hipótesis y palabras, si el metabolismo es necesario para la existencia de vida, entonces la inteligencia artificial fuerte es imposible. Y si la vida es imprescindible para la mente, entonces la inteligencia artificial fuerte es, asimismo, imposible.

⁴² MARITAIN (1966).

En conclusión, y establecido lo anterior, se entenderá como sustantivo, entonces, que la persona de alguna forma incrementa su dignidad al fortalecer y actualizar sus potencialidades en función del bien moral, ya que aumenta su personalización. Sin embargo, y esto es esencial, la persona, aunque no eleve sus niveles de desarrollo, nunca perderá su esencialidad de tal, desde el momento mismo de su concepción, lo que de manera alguna es sostenible para los sistemas.

Finalmente se comparte la afirmación de Juan XXIII –profundo defensor de la dignidad humana– al establecer:

“En toda humana convivencia bien organizada y fecunda hay que colocar como fundamento el principio de que todo ser humano es persona, es decir, una naturaleza dotada de inteligencia y de voluntad libre, y que, por tanto, de esa misma naturaleza directamente nacen al mismo tiempo derechos y deberes que, al ser universales e inviolables, son también absolutamente inalienables”⁴³.

Y esta referencia es a las personas, a estos seres humanos imperfectos y perfectibles, dotados de vida, de inteligencia, de alma y, al mismo tiempo, de proyectos vitales.

La inteligencia artificial entonces, seguirá siendo un concepto atractivo, interesante y con mucho componente de análisis y de artificial, pero carente de lo que ha sido es y será en la realidad de la vida: la inteligencia.

BIBLIOGRAFÍA

- ANDRESSEN, Marc (2011): “Why Software Is Eating The World”, *Wall Street Journal*, August 11, 2011 edition. Available in www.wsj.com/articles/SB10001424053111903480904576512250915629460 [fecha de consulta: 30 de marzo de 2024].
- ARENDT, Hannah (1958): *The human condition* (Chicago, Chicago University Press).
- FONDEN CALZADILLA, Juan Carlos, STUART CARDENAS, Mavis Lis y RODRÍGUEZ MATOS, Lianne (2018): “La algoritmización: requisito necesario para la solución de problemas con el empleo de un lenguaje de programación”, *Luz* vol. 17 núm. 3. Disponible en www.redalyc.org/journal/5891/589167671004/589167671004.pdf [fecha de consulta: 30 de marzo de 2024].
- GARRIGOU-LAGRANGE, Réginald (1945): *El sentido común. La filosofía del ser y las fórmulas dogmáticas*. Traducción y prólogo Octavio Derisi (Buenos Aires, Ediciones Desclee de Brouwer).

⁴³ JUAN XXIII (1963).

- GRINDROD, Peter (2014): *Mathematical Underpinnings of Analytics: Theory and Applications for Data Science*, Customer-Facing Industries (Oxford: Oxford University Press).
- HILDEBRANDT, Mireille & GUTWIRTH, Serge (2008): "General Introduction and Overview", *Profiling the European Citizen*. Available in https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-1-4020-6914-7_1 [fecha de consulta: 30 de marzo de 2024].
- HOCHÉL, Matej y MILÁN, Emilio (2000): "La inteligencia artificial", *La Conciencia*. Disponible en www.ugr.es/~setchift/docs/conciencia_capitulo_2.pdf [fecha de consulta: 30 de marzo de 2024].
- JUAN XXIII (1963): *Carta encíclica Pacem in Terris*, 11 de abril de 1963. Disponible en http://w2.vatican.va/content/john-xxiii/es/encyclicals/documents/hf_j-xxiii_enc_110419_63_pacem.html [fecha de consulta: 30 de marzo de 2024].
- KANT, Immanuel (1981): *La religión dentro de los límites de la mera razón*. Traducción de Felipe Martínez Marzoa (Madrid, Alianza Editorial).
- KANT, Emanuel (2001): *Lecciones de ética*. Traducción de Roberto Rodríguez Aramayo y Concha Roldan Panadero (Barcelona, Editorial Crítica).
- KANT, Emanuel (2004): *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Traducción de Manuel García Morente (Ciudad de México, Porrúa).
- KITCHIN, Rob & DODGE, Martin (2011): *Code/Space Software and Everyday Life* (Massachusetts: MIT Press).
- KIM, Hojung, GIACOMIN, Josep & MACREDIE, Robert (2014): "A qualitative study of stakeholders' perspectives on the social network service environment", *International Journal of Human-Computer Interaction* vol. 60 Issue 12.
- LAFFERRIERE, Nicolás (2017): "¿Los seres humanos somos meros 'algoritmos'? Una reflexión crítica sobre el libro 'Homo Deus. Breve historia del mañana'. Disponible en <https://repositorio.uca.edu.ar/bitstream/123456789/8948/1/seres-humanos-somos-meros.pdf> [fecha de consulta: 30 de marzo de 2024].
- LINARES, Jorge (2018): "Hacia una ética para el mundo tecnológico", *ArtefaCToS Revista de Estudios de la Ciencia y la Tecnología* vol. 7, n.º 1, 2ª época. Disponible en <https://revistas.usal.es/index.php/artefactos/article/view/art20187199120/18544> [fecha de consulta: 30 de marzo de 2024].
- MANTELERO, Alessandro (2022): *Beyond Data. Human Rights, Ethical and Social Impact Assessment in AI* (The Hague: Asser Press, Information Technology and Law Series, IT&LAW 36).
- MARITAIN, Jacques (1966): *Lecciones fundamentales de la filosofía moral*. Traducción de María Mercedes Bergadá (Buenos Aires, Club de Lectores), Lección 2ª.
- PARLAMENTO EUROPEO (2017): "Normas de derecho civil sobre robótica. Resolución del Parlamento Europeo", de 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de derecho civil sobre robótica (2015/2103(INL)). Disponible en www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT

- +TA+P8-TA-2017-0051+0+DOC+XML+V0//ES [fecha de consulta: 30 de marzo de 2024].
- PÉREZ LUÑO, Enrique (1998): “El papel de Kant en la formación histórica de los derechos humanos”, en Ansuátegui, Francisco y otros (coords.), *Historia de los derechos fundamentales*, vol. II tomo II (Madrid, Dykinson).
- RODOTÁ, Stefano (2010): “Democracia y protección de datos”. Disponible en http://pensieriworld.blogspot.com/2010/12/stefano-rodota_4105.html [fecha de consulta: 30 de marzo de 2024].
- ROUVROY, Antoinette (2008): “Privacy, Data protection and the unprecedented Challenges of the Ambient Intelligence”, *Studies in Ethics, Law and Technology*. Available in https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1013984 [fecha de consulta: 30 de marzo de 2024].
- SANTO TOMAS DE AQUINO (1225): *Suma de Teología*. Disponible en <http://hjh.com.ar/sumat/> [fecha de consulta: 30 de marzo de 2024].
- SEARLE, John. (1980): “Minds, brains, and programs”, *Behavioral and Brain Science* vol. 3.
- UNESCO (2021): *Recomendación sobre ética de la inteligencia artificial de 23 de noviembre de 2021*. Disponible en www.unesco.org/es/articulos/recomendacion-sobre-la-etica-de-la-inteligencia-artificial [fecha de consulta: 30 de marzo de 2024].
- UNIVERSIDAD DE LA PLATA (2016): “¿Por qué pensar algoritmos es tan importante en informática?”, *Revista Institucional de la Facultad de Informática* n.º 4. Disponible en <https://core.ac.uk/download/pdf/76496451.pdf> [fecha de consulta: 30 de marzo de 2024].
- WILLIAMSON, Ben (2016): “Computing Brains: Learning Algorithms and Neurocomputation in the Smart City”, *Information, Communication & Society* vol 20 Issue 1.
- WINSBERG, Eric (2006): “Models of success versus the success of models: Reliability without truth”, *Synthese* vol. 152.

CIBERRASTREO ANALÍTICO:
WEB SCRAPING Y BIG DATA
COMO TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN
EN EL DERECHO PROCESAL PENAL
CHILENO

ANALITICAL CYBER HARVESTING:
WEB SCRAPING AND BIG DATA
AS CRIMINAL INVESTIGATIVE TECHNIQUES
IN CHILEAN CRIMINAL PROCEDURAL LAW

*Roberto Navarro-Dolmestch**

RESUMEN: Este artículo analiza la aplicación de las técnicas de *web scraping* a la investigación de delitos y a su juzgamiento. Se sostiene que esta es una técnica intrusiva porque su uso es una injerencia sobre el derecho a la intimidad y tensiona el debido proceso. Considerando este carácter, y que carece de regulación legal expresa en el derecho procesal penal chileno, la admisibilidad de su uso se encuentra sometido a un control jurisdiccional sobre la calidad de la información recogida y tratada, la explicabilidad de sus resultados y el cumplimiento de otros deberes jurídicos.

PALABRAS CLAVE: *web scraping*, *web crawling*, derecho procesal penal chileno, inteligencia artificial, investigación criminal.

ABSTRACT: An analysis of the application of web scraping techniques to crime investigation and adjudication is presented in this paper. It asserts that web

* Doctor en Derecho. Profesor adjunto de Derecho Penal, Universidad Católica del Maule. Correo electrónico: ronavaroro@ucm.cl <https://orcid.org/0000-0003-0907-5714>

Este artículo se ha elaborado en el marco del proyecto de investigación "La responsabilidad de la inteligencia artificial: un desafío para las ciencias penales" (PID2020-112637RB-I00), financiado por el Programa Estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia, Subprograma Estatal de Generación de Conocimiento, del Ministerio de Economía y Competitividad, España.

scraping is an intrusive technique because it interferes with privacy rights and undermines due process of law. Considering its intrusive nature and the absence of explicit legal regulation in Chilean criminal procedural law, its admissibility has been argued to be subject to judicial control regarding the quality and explainability of the collected and processed information, as well as compliance with other legal obligations.

KEYWORDS: Web scraping, web crawling, Chilean criminal procedural law, artificial intelligence, criminal investigation.

INTRODUCCIÓN

Este artículo parte de la premisa, cada vez más aceptada¹, que la

“inteligencia artificial es una tecnología disruptiva que está [...] haciendo surgir problemas fundamentales y desafiantes a considerar por el derecho”².

El derecho procesal y los sistemas de justicia no escapan ni a esta nueva realidad tecnológica³ ni a los desafíos que la inteligencia artificial (IA) les plantea.

En ese sentido, y como lo ha sintetizado John Danaher⁴, el desarrollo de la IA ha hecho surgir, al menos, tres debates:

- a) el de los sus efectos en la intimidad y el vigilantismo,
- b) el de los sesgos y la discriminación y
- c) el de la transparencia y el procedimiento.

En la aplicación de la IA a la investigación penal y al proceso penal, esos tres debates se muestran especialmente incidentes. El primero de esos debates conduce a la necesidad de evaluar de qué forma las regulaciones y concepciones sobre la intimidad protegen de modo efectivo al imputado en un contexto en el que el Estado-investigador dispone, ahora, de herramientas de búsqueda de información basadas en IA más sofisticadas y poderosas, y de ingentes volúmenes de datos en los sistemas informáticos y en la web. El segundo de los debates, sobre la forma en la que los sesgos pueden llevar al desarrollo y aplicación de herramientas inteligentes que produzcan efectos arbitrariamente discriminatorios, concediendo tratamientos perjudiciales o beneficiosos, cons-

¹ A modo de ejemplo: YEUNG (2019) p. 28; SCHIRMER (2020) p. 128; MCGINNIS & PEARCE (2014).

² BARFIELD (2018) p. 22.

³ LUIS (2023) p. 2.

⁴ DANAHER (2022) pp. 250-251.

titucionalmente inadmisibles, a determinadas categorías de imputados. El tercero, por su parte, al problema del impacto de la inexplicabilidad sobre la construcción de las conclusiones a que puede arribar una herramienta de IA sobre el ejercicio efectivo del derecho a la defensa en lo que se refiere a la contradicción del material incriminatorio generado por ese tipo de herramientas y, en consecuencia, su aptitud para contribuir a formar la convicción en el tribunal.

La relación de la IA con el sistema de persecución penal es también compleja. La complejidad consiste en que, como lo ha explicado Valentina Faggiani, la IA tiene una naturaleza contradictoria: por un lado, puede ofrecer nuevas herramientas más eficaces para la investigación y el juzgamiento de delitos; por otro:

“puede afectar a la comunidad en su conjunto, vulnerando no solo los derechos fundamentales y las garantías procesales de un número indeterminado e indeterminable de personas, que pueden verse mermados por la opacidad (‘efecto caja negra’), la complejidad, la imprevisibilidad”⁵.

Este artículo se construye sobre la base de esos debates y el problema que aborda puede ser expresado como sigue. El mundo tecnológico en el que nos desenvolvemos ha permitido la generación de abrumadores volúmenes de información digital apta para ser tratada o procesada de manera automatizada a través de técnicas y procedimientos informáticos. Adicionalmente, la IA ha permitido desarrollar herramientas informáticas cada vez más poderosas para el procesamiento automatizado de esa información, con el potencial de transformar la actividad policial tradicional, tanto en la investigación de delitos como en la inteligencia policial⁶. Esto produce una doble consecuencia: hay más información disponible a la que se puede acceder que nunca antes en nuestra historia, por un lado, y, por otro, contamos con herramientas y técnicas que permiten hacer cada vez más eficiente el procesamiento de esa información de forma automatizada, es decir, sin intervención humana directa. El procesamiento de esa información inicial permite generar nueva información que surge, por ejemplo, de los patrones que las máquinas inteligentes pueden establecer con un rendimiento muy superior al que tendría un operador humano haciendo esa tarea (la distinción entre dato e información que se analizará en el §III). Tanto los datos como la información pueden ser especialmente relevantes en la investigación de delitos y en su juzgamiento, ya que pueden orientar las indagaciones de hechos que revisten los caracteres de delito, contribuyendo a la cons-

⁵ FAGGIANI (2022) p. 520.

⁶ ROWE & MUIR (2021) p. 256. Por ejemplo, puede consultarse el estudio de NUSSBAUM & UDOH (2020) sobre la vigilancia digital en la investigación de ciberdelitos y delitos cometidos en contextos informáticos y digitales.

trucción de una teoría del caso; pueden justificar el ejercicio de la acción penal actuando como elementos de respaldo para deducir acusación y pueden, por último, fundar una sentencia condenatoria porque esas informaciones pueden actuar como elementos inculpativos capaces de generar convicción en el tribunal sobre la existencia del delito y la participación del acusado.

Ese estado de cosas es de reciente surgimiento, y las tecnologías basadas en IA lentamente están comenzando a ser usadas con esas finalidades. El debido proceso (o, en términos de la Constitución chilena en vigor, un procedimiento y una investigación racionales y justos) y las normas que lo desarrollan, actúan como un conjunto de criterios de legitimidad de la actividad del Estado en sus facetas de investigador y juzgador. En síntesis, la legitimidad se fundamenta en la expectativa de “proteger a los individuos, miembros de una comunidad determinada, contra la utilización arbitraria del poder penal del Estado”⁷ o, en otras palabras:

“un conjunto de parámetros o estándares básicos que deben ser cumplidos por todo proceso para asegurar que la discusión y la determinación de derechos que están en cuestión se haya realizado en un entorno de razonabilidad y justicia para las personas que intervienen en su desarrollo”⁸.

Tanto los derechos fundamentales generales (como la intimidad y la igualdad) como las garantías procesales (como el debido proceso o el derecho de defensa) cobran relevancia para este estudio porque su objetivo es determinar en qué medida las regulaciones procesales que pretenden garantizarlos son efectivas, considerando las tecnologías informáticas. En concreto, la pregunta es si a la aplicación de herramientas de búsqueda y procesamiento de información digital en la investigación y al proceso penal debería aplicársele el estatuto previsto para las medidas intrusivas y, en caso afirmativo, si ese estatuto es o no adecuado para la protección de derechos.

El problema surge porque en los escenarios muy conectados en línea en los que nos desenvolvemos, se genera mucha información digital o informática; una parte de ella es la que producimos con cada una de nuestras acciones en el ciberespacio y en el mundo físico. Cada vez que hacemos una compra electrónica, enviamos un correo electrónico, nos conectamos a una red social o, simplemente, llevamos nuestro teléfono inteligente, estamos dejando una traza de información que se conoce como huella digital o digital *footprint*⁹; el “anonimato” digital requiere que la persona interesada utilice procedimientos espe-

⁷ MAIER (2016) pp. 442-443.

⁸ DUCE, MARÍN y RIEGO (2008) p. 17.

⁹ ROWE & MUIR (2021) p. 254.

ciales para evitar dejar esa huella¹⁰. Las agencias gubernamentales disponen de datos e información de personas y actividades producidos por el ejercicio de sus propias funciones, mientras que el sector privado expande el ámbito de la huella digital en ámbitos como las transacciones financieras y la comunicación electrónica¹¹.

Este artículo comienza:

- §I con una descripción sobre lo que denominaremos el ciberrastreo analítico, esto es, una herramienta de búsqueda y procesamiento de información digital;
- §II un análisis de ella como técnica de investigación utilizable por el sistema de persecución penal;
- §III se adopta una posición sobre el carácter intrusivo del ciberrastreo, fundada en dos elementos:
 - §III.1 la relación de conflicto que ella posee con la vigencia de derechos fundamentales
 - §III.2 su naturaleza disruptiva en el concierto de la actividad investigativa y jurisdiccional;
- §IV destina a analizar la ausencia de una autorización legal expresa del ciberrastreo y, por consiguiente, la inexistencia de regulación legal de sus aspectos operativos;
- §V analiza la admisibilidad del ciberrastreo en el sistema de persecución penal chilena.

El artículo finaliza con la propuesta, a modo de conclusión, de una fórmula que toma partido por la admisibilidad del ciberrastreo como técnica de investigación, pero sometido a un test jurisdiccional.

I. *WEB SCRAPING*, *BIG DATA* E *IA*

El desarrollo de las tecnologías de la información y la comunicación, su relativo bajo costo de adquisición y acceso, y la gran penetración de internet han permitido la generación de ingentes volúmenes de información digital almacenada en el ciberespacio o datosfera. Se estima que en 2025 se habrán acumulado 163 zettabytes de información digital¹². Tomando como referencia ordenadores personales estándar en el mercado, dotados de discos duros con una capacidad de un terabyte, se necesitarían alrededor de ciento sesenta y tres mil millones de ordenadores para almacenar toda la información digital que se espera esté disponible en la datosfera en 2025 (163 zettabytes = 1,63 x 10¹¹ terabytes).

¹⁰ GUINCHARD (2021) p. 48.

¹¹ SACHOULIDOU (2023).

¹² REINSEL, GANTZ & RYDNING (2017) p. 3.

La información digital ofrece enormes potencialidades en variadas áreas: en actividades comerciales o crediticias¹³, en mercadotecnia¹⁴, en la política, o en la investigación científica¹⁵ o criminológica¹⁶, por nombrar algunas¹⁷. Y también tanto para la prevención delictiva (dando origen a la denominada *predictive policing*¹⁸) o la investigación de delitos.

La variedad y el alto volumen de información que se ha generado condujo al desarrollo de técnicas y tecnologías de búsqueda, ordenación y procesamiento de esa información. Es en ese contexto en el que el *web scraping* adquiere relevancia. Es una

“técnica para extraer información desde la World Wide Web (www) y guardarla en un sistema de archivos o base de datos para su posterior consulta o análisis”¹⁹.

permite la transformación de la información desestructurada –tal como se presenta en la red– en información estructurada²⁰, y que tiene múltiples usos. Por ejemplo, hace posible el funcionamiento de los motores de búsqueda, como Google o MS Bing, sin los cuales no sería posible encontrar información en la web²¹. De hecho, se estima que entre un 25 %²² al 40 %²³ del tráfico total en internet corresponde a

¹³ Como lo destacan, por ejemplo: CONG, LI & ZHANG (2021) pp. 225-226; REGMI, RAI & KHANAL (2021) pp. 77-78; MATOUSEK & XIANG (2021) pp. 89-90.

¹⁴ FLEISHER (2008).

¹⁵ LUSCOMBE, DUNCAN & WALBY (2022); ACKERMAN & PINSON (2016).

¹⁶ BREWER, WESTLAKE, HART & ARAUZA (2021) pp. 437-438; GUNDUR, BERRY & TAODANG (2021) p. 150; LEUKFELDT & KLEEMANS (2021) p. 128; MIRÓ (2019) pp. 99-100; HAYWARD & MAAS (2020). A modo de ejemplo, consúltese el estudio realizado, usando triangulación de información proveniente de redes sociales, foros y otros recursos en línea, sobre delitos informáticos y sus actores: HOLT, SMIRNOVA, STRUMSKY and KILGER. (2014).

¹⁷ A modo de ejemplo, consúltese el estudio realizado usando triangulación de información proveniente de redes sociales, foros y otros recursos en línea sobre delitos informáticos y sus actores: HOLT, SMIRNOVA, STRUMSKY and KILGER. (2014).

¹⁸ Al respecto, véase: ASARO (2019); ERDOĞAN (2022); SLOBOGIN (2022); DÜLGER (2024) p. 106 ss; UTSET (2021).

¹⁹ BREWER, WESTLAKE, HART & ARAUZA (2021); GOLD & LATONERO (2018); GORRO, SABELLANO, MADERAZO, CENIZA & GORRO (2017); KHDER (2021); ZHAO (2022) p. 951. Se suele encontrar también la denominación de *web crawling*, aunque su distinción del *web scraping* no es determinante. La diferencia consistiría en que el primero es la misma acción de rastreo, pero ejecutada en forma masiva en muchos sitios web, mientras que el último, se concentraría en la búsqueda dentro de un sitio específico.

²⁰ SIRISURIYA (2015).

²¹ RAHMAN & TOMAR (2020) p. 1; THELWALL & STUART (2006) p. 1771.

²² SELLARS (2018) p. 375.

²³ RAHMAN & TOMAR (2020).

bots ejecutando acciones de *scraping* o *crawling* en la red²⁴ con fines lícitos o ilícitos²⁵.

En el ciberespacio puede hallarse información conducente o relevante para la averiguación de la existencia de un delito o para la imputación personal de un hecho que reviste tales caracteres. La búsqueda de esa información –el *web scraping*– y su procesamiento para hallar en ella patrones o relaciones –el *big data*–, potenciadas por tecnologías de inteligencia artificial, pueden configurarse como una poderosa técnica de investigación de hechos que revisten los caracteres de delito²⁶, parte de la “radical metamorfosis que ha sufrido la investigación criminal debido al continuo progreso de la tecnología”²⁷.

Se propone denominar a esta técnica “ciberrastreo analítico” y, en su forma abreviada, “ciberrastreo”. Esta expresión no solo tiene la ventaja de estar en castellano, sino que, también, recoge los dos elementos que son relevantes en su conceptualización: “ciberrastreo” por que se refiere a la búsqueda (“rastreo”) de información digital almacenada en el ciberespacio (de ahí, “ciber”) y “analítico” que se refiere al procesamiento de los datos.

Los datos que puedan recogerse mediante el ciberrastreo solo tienen, en principio, un valor investigativo de carácter potencial, por la dispersión y desintegración iniciales de ellos. El rastreo de datos en la red o en bases de datos no presta, necesariamente, utilidad porque ellos no son significativos *per se*: solo representan información potencial²⁸. Esos datos deben ser analizados: según

²⁴ Como sinónimos, en KHDER (2021).

²⁵ Un *bot* “es una aplicación, software o proceso que ha sido creado expresamente con el propósito de automatizar tareas repetitivas”: LUKINGS & LASHKARI (2022) p. 74). Gráficamente, a juicio de DUNHAM & MELNICK (2009) p. 1: los *bots* “son abejas obreras altamente adaptables que cumplen las órdenes de su amo en una amplia ‘red’”. Aunque inicialmente estuvieron destinados a la ejecución de tareas lícitas –o, al menos, inocuas en términos de dañosidad–, han ido adquiriendo relevancia como una de las principales formas que pueden adoptar las amenazas informáticas, sobre todo cuando se usan en red, llamados *botnets*: ALEXANDROU (2022) p. 66; BANDLER & MERZON (2020) p. 11; CLOUGH (2015) p. 41; LUKINGS & LASHKARI (2022) p. 74.

²⁶ Como la aplicación *Voyager*, diseñada y comercializada por la empresa Web IQ HQ (<https://web-iq.com>) y que es utilizada por SafeLine, canal digital de denuncias de usuarios que funciona en Grecia (www.safeline.gr/en/make-a-report/), cuyo objetivo es la detección de material abusivo y pornográfico infantil en la red internet: KOKOLAKI, DASKALAKI, PSAROUDAKI, CHRISTODOULAKI & FRAGOPOULOU (2020). CSAM (Child Sexual Abuse Materials) es la denominación genérica que se ha difundido para referirse a “cualquier representación visual que muestre la participación de un menor en conductas sexuales explícitas, incluidos, sin limitaciones, fotos, videos e imágenes generadas por computadora” (<https://support.google.com/transparencyreport/answer/10330933?hl=es-419#zippy=%2Cqué-es-csam>).

Otros ejemplos de programas y aplicaciones que se utilizan en el ciberrastreo pueden encontrarse en GUNDUR, BERRY & TAODANG (2021) pp. 151-152.

²⁷ CENTORAME (2021) p. 124.

²⁸ ALBERS (2014) p. 222.

la analogía propuesta por Aurelien Portuese, los datos recogidos son petróleo crudo; después de su análisis, llegan a ser combustible²⁹; y de ahí lo ‘analítico’ el concepto propuesto. Es el tratamiento de los datos recopilados lo que genera indicios e informaciones útiles y conducentes para la investigación de un hecho que reviste los caracteres de delito. Esa es la razón por la que el ciberrastreo necesita, adicionalmente, el recurso a técnicas de procesamiento que son las que brinda el *big data*³⁰, un conjunto de tecnologías de entorno digital basadas en algoritmos por lo general de aprendizaje automático (*machine learning*), que hacen posible analizar grandes volúmenes de datos³¹

“destinado a descubrir patrones (regularidades estadísticas entre variables) en conjuntos masivos de datos, reconciliar la variedad en diversas fuentes de datos y administrar datos generados a alta velocidad”³².

El *big data* y las capacidades de procesamiento que ofrece la inteligencia artificial, ha generado una intensa discusión dogmática³³.

En el ámbito penal, el ciberrastreo puede ser usado en términos preventivos (por ejemplo, PredPol³⁴) anticipando la probabilidad de ocurrencia de hechos delictivos³⁵ (en el modelo alemán, con la *Schleppnetzfangdung*³⁶), sobre todo en materia de terrorismo o tráfico de drogas (el llamado *Smart law enforcement*³⁷); como una técnica de investigación de delitos ya cometidos³⁸ o en el proceso de adopción de decisiones judiciales³⁹.

El ciberrastreo puede ser una técnica especialmente útil en delitos que, por su propia naturaleza o su dinámica delictual, generan abundante información, como ocurre de manera paradigmática con los fenómenos que tradicionalmente se denominan “crimen organizado”, pero que, cuando se ejecutan a través de medios informáticos, adoptan formas descentralizadas y distribuidas, lo que ha llevado a la doctrina a hablar de criminalidad “desorganizada”^{40, 41}.

²⁹ PORTUESE (2022) p. 2.

³⁰ ZAVRŠNIK (2018b); KOKOLAKI, DASKALAKI, PSAROUDAKI, CHRISTODOULAKI & FRAGOPOULOU (2020).

³¹ HYLTON (2019) p. 273.

³² MAASS, PARSONS, PURAO, ROSALES, STOREY & WOO (2022) p. 75.

³³ BOYD & CRAWFORD (2012); BREWER, WESTLAKE, HART & ARAUZA (2021); CARRERO (2020); GOLD & LATONERO (2018); KHDER (2021); KROTOV, JOHNSON & SILVA (2020); MACAPINLAC (2019); PARKS (2022).

³⁴ ZAVRŠNIK (2018a).

³⁵ ANDREJEVIC (2018); WILSON (2018).

³⁶ FRISCH (2014).

³⁷ RADEMACHER (2020).

³⁸ CANO (2003); FRISCH (2014) p. 29.

³⁹ ZAVRŠNIK (2019).

⁴⁰ WALL (2014), (2015).

⁴¹ Por ejemplo, la IA puede ser en especial útil en el reconocimiento de intentos de ataques informáticos. Como lo explica Ishaq Azhar Mohammed, las huellas digitales que dejan los ata-

La inteligencia artificial no es de la esencia del *web scraping*, ya que esta técnica puede ser ejecutada, también, manualmente o con herramientas informáticas basadas en programación tradicional. En este último caso, los *scripts* o las API usadas para “rastrear” la web ejecutan las funciones de acuerdo con los parámetros predefinidos en la programación de la herramienta. El uso de la inteligencia artificial –que puede ser una abundante fuente de nuevas técnicas de investigación delictual⁴²– en algunos o en todos los pasos del ciberrastreo produce como efecto la potenciación de su alcance y de sus resultados. El uso de aprendizaje automático de máquinas en arquitecturas conexionistas (*machine learning*, *deep learning*), de algoritmia genética o, en general de tecnologías de inteligencia artificial, permite:

- a) construir herramientas informáticas más robustas y rápidas, limitadas solo por los anchos de banda de conexión a la red de que se trate y las capacidades de procedimiento informático de que se disponga, aumentando, en consecuencia, la capacidad de rastreo⁴³ y
- b) diseñar aplicaciones que, sin necesidad de una programación previa específica, sean capaces de aprender a seleccionar la información a rastrear, de superar las defensas que los administradores de sitios web habitualmente implementan para impedir el *scraping*⁴⁴ y con la posibilidad de adaptarse a los entornos en los que operan.

II. CIBERRASTREO COMO TÉCNICA DE INVESTIGACIÓN

El sistema de persecución penal chileno considera una primera fase de carácter no-jurisdiccional distinta del proceso penal propiamente tal⁴⁵, en la que los fiscales del Ministerio Público, por sí mismos o a través de las policías, llevan a cabo “diligencias de investigación que consideraren conducentes al esclarecimiento de los hechos” (art. 180 del *Código Procesal Penal* (en adelante *CPP*)).

cantes pueden ser recopiladas y ordenadas en base de datos. Estos datos pueden permitir el entrenamiento de aplicaciones de IA para reconocer y detectar intrusiones en tiempo real. Asimismo, el *scraping* asistido por IA es capaz de escanear toda la red en busca de vulnerabilidades, evitando así la mayoría de los tipos típicos de ataques: MOHAMMED (2020) p. 174.

⁴² MIDDLETON (2021) p. 213.

⁴³ DIOUF, SARR, SALL, BIRREGAH, BOUSSO, & MBAYE (2019); FARLEY & PIEROTTE (2017); LUSCOMBE, DICK & WALBY (2022).

⁴⁴ Una descripción de tales medidas de defensa en THELWALL & STUART (2006).

⁴⁵ En este sentido, NAVARRO-DOLMESTCH (2018) pp. 63-64. En contra, CASTRO (2023) p. 101, para quien la extensión por la Constitución chilena de las garantías a la investigación junto con el proceso “da la impresión que la investigación no forma parte del procedimiento penal”.

El conjunto de tales diligencias o actuaciones conforma la “investigación penal”. De acuerdo con el diseño legal, la investigación penal tiene, entre otras, la función de “consignar y asegurar todo cuanto condujere a la comprobación del hecho y a la identificación de los partícipes en el mismo” (art. 181 del CPP).

De esta forma, se puede comprender la investigación penal como el proceso de búsqueda y recogida de información relevante sobre la existencia o inexistencia de un delito y sobre la identidad de la persona a la que puede imputársele ese delito⁴⁶. La información recogida debe tener respaldo en sus respectivas fuentes (*v.gr.*: testigos, informes policiales, registros audiovisuales, etc.), ya que son ellas las que se desempeñarán como medios de prueba, aportando información en la audiencia de juicio oral si esta llega a producirse⁴⁷. Si la investigación no es capaz de reunir suficiente información que respalde la imputación, la información reunida no está respaldada de manera adecuada en fuentes que puedan actuar como medios de prueba (por ejemplo, los testigos no están disponibles) o las fuentes de respaldo no son aptas para generar convicción en un tribunal (como cuando los testigos no son fiables porque tienen estímulos para mentir), el Ministerio Público tiene la facultad de decidir no ejercer la acción penal y, en consecuencia, el caso no llegará a juicio.

Para comprender adecuadamente la lógica del ciberrastreo como técnica investigativa, es necesario distinguir entre “dato” e “información”, como ya se adelantó. Esta distinción también será relevante para comprender la posición que se adoptará sobre el carácter intrusivo del ciberrastreo.

Un “dato” es un elemento de hecho del que se tiene noticia, una unidad básica de conocimiento, como cuando el ciberrastreo permite saber que una persona estuvo un día determinado en un lugar específico. En la lógica del ciberrastreo, los datos se recogen del ciberespacio o de bases de datos digitales. En el ejemplo, se supo la ubicación de esa persona rastreando los lugares que visitó y de los que dejó registro, por ejemplo, en sus redes sociales. La “información”, por su parte, es más que la suma agregada de varios datos, es un conocimiento nuevo que se puede adquirir sobre la base del análisis de uno más datos. Si usando con el ejemplo, supóngase que el ciberrastreo permitió determinar que una determinada persona ha estado tres veces en los últimos nueve meses en un determinado centro médico según los registros de sus redes sociales; que según la web de ese centro médico, este se especializa en el diagnóstico y tratamiento de enfermedades oncológicas; que la persona investigada es un activista por la defensa de los derechos de los enfermos de cáncer, ya que así lo muestran sus publicaciones en redes sociales; y que esa persona recibió su vacuna contra la COVID-19 al comienzo del proceso de inmunización, en el periodo reservado

⁴⁶ NÚÑEZ y CORREA (2017) p. 199.

⁴⁷ DUCE y RIEGO (2007) pp. 120-121.

para personas inmunodeprimidas, lo que se sabe, nuevamente, porque la persona lo divulgó en una red social. Cada una de esas unidades representan datos. A partir de ellos, se puede concluir que esa persona padece cáncer. Tal conclusión sobre el diagnóstico de la persona será, en el concepto sostenido aquí, una información. Como lo expone Marion Albers, explicando la diferencia entre dato e información:

“las unidades de información pueden basarse en datos (o en observaciones o comunicaciones), pero los datos solo adquieren significado si son explicados e interpretados por el destinatario o usuario de los datos que los utiliza para obtener información”⁴⁸.

Los datos, considerados como unidades básicas, no necesariamente son útiles para la investigación penal. La interrelación de varios datos entre sí y la capacidad de ellos para generar información es lo que en realidad presta utilidad a la investigación. El ciberrastreo analítico, como se dijo, cubre todas las fases: desde la recogida de los datos, el proceso de estructuración de esos datos y su análisis, esto es, el proceso que permite inferir de ellos información.

El paso desde los datos a la información puede ser explicado con ayuda de la argumentación. Unos determinados datos son las premisas iniciales; la información obtenida, la conclusión y el proceso para generar esa nueva información, una inferencia⁴⁹. Si la veracidad de la conclusión (esto es, de la información producida) no está completamente garantizada, aun cuando las premisas sean todas verdaderas, debe dejarse establecido que la relación de inferencia tiene un carácter inductivo, esto es:

“es que es probable (en un grado mayor o menor) que si los enunciados fácticos son verdaderos (o las normas, válidas o correctas), entonces lo sea también la conclusión”⁵⁰.

Este esquema es aplicable a los seres humanos que argumentan en sentido propio, pero no necesariamente a las máquinas. Los algoritmos que permiten que estas ejecuten las funciones les permitirán llegar a esa misma conclusión o a otra diversa. El paso de un dato a una información expresada en una conclusión, un pronóstico o un contenido queda entregada al funcionamiento del propio algoritmo, de acuerdo con su programación inicial o con la forma en la que la máquina “aprendió” a razonar. Qué hay en ese proceso que permita confiar en esa conclusión no es del todo claro, aspecto sobre el que se volverá más adelante.

⁴⁸ ALBERS (2014) p. 222. En el mismo sentido, BETKIER (2019) p. 9.

⁴⁹ ATIENZA (2013) p. 173.

⁵⁰ *Op. cit.* p. 177.

Como la información generada se refiere a hechos en el marco de una investigación, el carácter inductivo de ella está normativamente determinado: la veracidad de una información solo podrá predicarse cuando ella sea declarada en la sentencia firme dictada por un tribunal competente. Una cuestión distinta es la del grado de confiabilidad de una inferencia, conclusión o información así generada, que apunta a cómo esa información va a influir en el proceso de adopción de una decisión por un tribunal. En otras palabras, en qué medida y bajo qué condiciones una información va a ser suficiente para formar “convicción más allá de toda duda razonable” en el tribunal llamado a enjuiciar el caso.

La recogida de los datos es un proceso que si se realiza de forma manual puede ser fatigoso, en extremo caro y poco efectivo. Si se realiza en forma automatizada, todas esas variables comienzan a mejorar: salvo por un inicial costo de instalación (adquisición de *software*, entrenamiento y, eventualmente, diseño de aplicaciones), el uso de mecanismos automatizados puede representar grandes ahorros de recursos para la investigación; la recogida automatizada de datos solo puede producir fatiga de *software* o *hardware*, pero no necesariamente de personas que estén frente a la pantalla de un computador visitando extensas listas de sitios web y registrando de ellas los datos que pueden ser relevantes; y la automatización amplía las posibilidades de efectividad, al permitir una recogida mucho mayor de datos en el mismo tiempo que tomaría hacerlo en forma manual. El proceso de estructuración, por su parte, consiste en uniformar los datos de manera que puedan ser entendidos por máquinas y comparados entre ellos. Se requiere uniformar las distintas formas y soportes en las que pueden presentarse los datos: un registro fotográfico podrá requerir reconocimiento visual por máquinas que interprete la imagen, un registro de audio va a requerir reconocimiento de lenguaje natural para obtener una transcripción y así obtener el dato desde ese registro, etc. Por último, el proceso de análisis es el que permite estructurar conclusiones sobre la base de los datos, esto es, obtener información que, hasta ese momento, era desconocida. El proceso de inferencia que concluye con la obtención de información puede hacerse por medio de aplicaciones de inteligencia artificial, caso en el que estaremos en presencia de un análisis automatizado de la información. Aquí, los procesos lógicos de vincular un dato con otro y extraer de ellos conclusiones quedan entregados a una aplicación sin una intervención humana directa. Pero también puede hacerse de modo manual o con ayuda de aplicaciones, pero con una intervención directa de operadores humanos. Cada una de estas formas de análisis será especialmente incidente en la oportunidad procesal en la que la información generada por el ciberrastreo deba ser objeto de control jurisdiccional para determinar su pertinencia y admisibilidad como prueba a ser rendida en el juicio.

La información, esto es, las conclusiones obtenidas de los datos, puede cumplir varias funciones en una investigación penal. En primer lugar, puede

orientar (o contribuir) la propia investigación, mostrando otras líneas alternativas de indagación o sugiriendo abandonar una ya iniciada, o mostrar la necesidad o la conveniencia de realizar otras diligencias de investigación. En segundo lugar, la información generada por el ciberrastreo puede ser aplicada de manera directa en la construcción del hecho delictual, que es la base de la imputación acusatoria o puede ser usada para simular cursos causales hipotéticos para la construcción de escenarios fácticos alternativos para establecer (y probar, eventualmente) la relación de causalidad como base de la imputación.

En síntesis, el ciberrastreo analítico permite la búsqueda y recolección masiva de datos provenientes de las interacciones de un investigado en el ciberespacio y su análisis por *big data* permite inferir informaciones, en principio, desconocidas. Sin el uso de tales tecnologías, la construcción inferencial de información sería imposible o extremadamente costosa⁵¹.

A mi juicio, hay dos elementos que, con referencia al ordenamiento jurídico chileno, describen al ciberrastreo como técnica de investigación: tanto su carácter intrusivo como desregulado. Estas características serán analizadas en este apartado.

III. CARÁCTER INTRUSIVO

La primera característica del ciberrastreo analítico es su naturaleza intrusiva, esto es, que es una técnica de investigación “limitativa de derechos”⁵². En consecuencia, el ciberrastreo expresa el conflicto propio de todas las técnicas intrusivas, esto es, la colisión entre el interés de dar cumplimiento a las reglas de convivencia expresadas democráticamente en la ley, por un lado, y la vigencia de los derechos fundamentales de las personas, por otro⁵³.

La relación de conflicto que le otorga a la técnica de ciberrastreo un carácter intrusivo puede construirse analíticamente por dos vías: la primera, con relación a la restricción que su ejecución implica directamente sobre el derecho a la intimidad; la segunda, a la naturaleza disruptiva que tiene dicha técnica que altera la necesaria simetría de las relaciones entre investigación/acusación y defensa, lo que representa un riesgo potencial inminente a la vigencia efectiva del debido proceso.

⁵¹ CUSTERS (2021) p. 65.

⁵² HORVITZ y LÓPEZ (2002) p. 507 ss.

⁵³ DUCE y RIEGO (2007) p. 218.

1. Relación de conflicto del ciberrastreo con la intimidad

Este primer aspecto del fundamento de la tesis del carácter intrusivo del ciberrastreo surge de la interrelación de tres dimensiones:

- a) la naturaleza del dato,
- b) su accesibilidad y disponibilidad y
- c) el escenario digital en el que esos datos son almacenados, distribuidos o accedidos.

Estos tres elementos conducen a la necesidad de reconstruir el contenido esencial del derecho a la intimidad para adaptarlo al mundo digitalizado en el que nos desenvolvemos, si lo que se quiere es proteger efectivamente tal derecho.

1.1. Naturaleza del dato

La dimensión de la naturaleza del dato tiene un carácter esencialmente normativo, cuya determinación se hace con referencia a las regulaciones contenidas en la Ley n.º 19628, sobre protección de la vida privada (1999)⁵⁴. Este cuerpo normativo prevé un concepto implícito de “dato” (dato genérico o “dato personal en general”⁵⁵) que correspondería al género y que consiste en cualquier registro sobre un hecho de la realidad. A partir de este género, la ley regula dos especies: “dato personal” y “dato sensible”. El primero, es el relativo “a cualquier información concerniente a personas naturales, identificadas o identificables”, mientras que el segundo, es aquel que se refiere a las

⁵⁴ JERVIS (2005) propone una taxonomía de los datos basada en la Ley n.º 19628, distinguiendo entre datos personales provenientes de fuentes accesibles al público, datos personales tratados por personas jurídicas privadas, datos personales relativos a obligaciones de carácter económico, financiero, bancario o comercial, datos personales sensibles y datos personales en general. Su autora construye esta taxonomía usando como “criterio basal distinguidor la mayor o menor exigencia de la autorización del titular de los datos, como elemento legitimante del tratamiento de datos personales”, p. 118. Aunque tal propuesta tiene, desde luego, un completo respaldo normativo, a mi juicio tiene una capacidad disminuida para describir la fenomenología en torno al tratamiento de los datos y a su difusión a través de las tecnologías de información y comunicación y, en particular, de las redes informáticas como internet. En efecto, el problema es que la taxonomía propuesta se construye desde la expectativa de pleno cumplimiento de la legislación o, en otras palabras, de un mundo real plenamente simétrico con las estructuras jurídicas. Sin embargo, tal simetría no existe en realidad (si existiera, no habría conflictos jurídicos) y es por ello que es posible encontrarse en la red con datos sensibles, aunque su tratamiento (y más aún su publicación) no está permitida por la ley por regla general. Esa es la razón por la que es preferible distinguir entre la naturaleza (jurídica) del dato y su disponibilidad, como se propone en este artículo.

⁵⁵ JERVIS (2005) p. 144.

“características físicas o morales de las personas o a hechos o circunstancias de su vida privada o intimidad, tales como los hábitos personales, el origen racial, las ideologías y opiniones políticas, las creencias o convicciones religiosas, los estados de salud físicos o psíquicos y la vida sexual” (art. 2.º, literales f y g de la Ley n.º 19628, respectivamente).

No cabe duda que la protección jurídica que dispensa el derecho a la intimidad está especialmente reforzada con relación a los datos sensibles, pues dicha ley prohíbe, por regla general, el tratamiento de tales datos⁵⁶. Los datos personales tienen un menor nivel de protección por parte del derecho a la intimidad, en la medida que, por ejemplo, a diferencia de los datos sensibles, el tratamiento de los datos personales sí está permitido, cumpliéndose determinados requisitos y supuestos. Debe concluirse, en consecuencia, que el dato genérico no tendría, *prima facie*, protección por el derecho a la intimidad.

Esta primera dimensión es insuficiente para construir un argumento en apoyo a la tesis del carácter intrusivo del ciberrastreo, porque ella tiene un carácter estático y desconoce la realidad fenomenológica del ciberespacio y el tratamiento digitalizado de los datos.

1.2. Accesibilidad y disponibilidad

Por eso es necesaria una segunda dimensión, que consiste en determinar la accesibilidad digital de los datos. Esta segunda dimensión no tiene carácter jurídico, sino que está determinada por aspectos técnicos de las aplicaciones que funcionan en entornos de redes de datos –en particular, de internet– y consiste en la variable de accesibilidad o disponibilidad de los datos. Independiente de su naturaleza jurídica, de acuerdo con su disponibilidad, un dato puede estar almacenado en una fuente abierta y ser de acceso público o en una fuente cerrada, caso en el que el dato será de acceso restringido. Aunque no existe unanimidad sobre el contenido exacto del concepto de dato de fuente abierta⁵⁷, existe cierto acuerdo en que él se compone de dos elementos centrales: un dato es de fuente abierta cuando está abierto al público y es una información secundaria, en el sentido que ella fue recopilada o registrada por otros⁵⁸. En consecuencia, un dato de acceso público –por estar registrado en una fuente abierta– puede ser un dato genérico, un dato personal o un dato sensible.

⁵⁶ JERVIS (2005) p. 137.

⁵⁷ BANDLER & MERZON (2020) p. 179 ss consideran como “fuentes abiertas” a motores de búsqueda, redes sociales, medios de comunicación, registros judiciales, registros públicos de propiedad, registros civiles (nacimiento, matrimonios, defunciones, etc.), mapas en línea, bases de datos para profesionales, the wayback machine (archive.org), etcétera.

⁵⁸ CHERMAK, FREILICH, PARKIN & LYNCH (2012) p. 194; GREENE-COLOZZI, FREILICH & CHERMAK (2021) p. 170.

Esta dimensión significa que en el mundo en línea el criterio tradicional, de que el acceso a información no disponible públicamente implica una restricción a la intimidad no sirve. En la datosfera es posible encontrar datos no protegidos por la intimidad, como aquellos que el titular ha decidido a propósito hacer públicos, pero también se puede hallar datos jurídicamente protegidos en atención a su contenido. Asimismo, la reunión de datos de acceso público puede producir información que, por su propia naturaleza, estaría protegida. En el ejemplo de la persona enferma de cáncer (§III), su diagnóstico es un dato protegido porque es sensible según la definición del literal g) del art. 2.º de la Ley n.º 19628.

1.3. Escenario digital

Por último, la tercera dimensión a considerar –conceptualmente vinculada con la anterior– es la del escenario digital en el que los datos son almacenados, se distribuyen o son accedidos. Esta también tiene un carácter técnico y consiste en la arquitectura que tiene internet. Según el nivel de accesibilidad a la información, más o menos restringido, se han descrito tres categorías en capa: *Surface Web*, *Deep Web* y *Dark Web*⁵⁹, expresiones que, a menudo, “se usan indistintamente para denotar un amplio espectro de conceptos un tanto exclusivos, con definiciones cambiantes”⁶⁰.

Un internauta común que visita distintos sitios web, sin necesidad de superar barreras tecnológicas de acceso ni de poseer conocimientos especiales, estará moviéndose en la primera de esas capas: la *Surface Web*. Esta es la que todas y todos conocemos como internet y en la que navegamos habitualmente.

Cuando ese internauta decide entrar a su cuenta en el banco, ver una película en plataformas de video *streaming* (como Netflix o Amazon Prime) o publicar información en redes sociales (como Facebook, Instagram o TikTok), está navegando en la *Deep Web*, porque el común denominador de los servicios antes mencionados es la exigencia de una clave de acceso, ya sea que ella esté o no asociada al pago del servicio. La *Deep Web*, término acuñado por Michael Bergman⁶¹, se refiere a aquel sector o sección de internet en el que reside la mayor parte de su información, que requiere que el usuario proporcione determinada información (como una clave de acceso) para obtener acceso a recursos específicos⁶². Las páginas de la *Deep Web* no pueden ser encontradas usando los motores de búsqueda debido a su legibilidad, su naturaleza dinámica o su contenido propietario:

⁵⁹ LUKINGS & LASHKARI (2022) p. 153.

⁶⁰ DALINS, WILSON & CARMAN (2018) p. 62.

⁶¹ BERGMAN (2001).

⁶² COLE (2017b) p. 80.

“el problema de la legibilidad tiene que ver con los tipos de archivos; el tema de la naturaleza dinámica tiene que ver con actualizaciones constantes de contenido; y el tema de los contenidos propietarios tiene que ver con la idea de sitios freemium o de pago por uso que requieren registro con usuario y contraseña”⁶³.

La capa oscura de internet es la *Dark Web*. Es una pequeña porción de la *Deep Web* en la que, gracias a distintas tecnologías⁶⁴, sus sitios web no pueden ser indexadas por los motores de búsqueda y, por tanto, no pueden ser encontrados por estos⁶⁵, y que permiten a sus usuarios interactuar en ellos de forma anónima⁶⁶ gracias a técnicas de encriptación y de ciberseguridad⁶⁷. No todo el material existente en la *Dark Web* es ilícito, aunque sus características técnicas y el anonimato que ella proporciona actúan como importantes elementos criminógenos⁶⁸.

En todas las capas de internet pueden encontrarse todos los tipos de datos, tanto de acuerdo con su naturaleza jurídica como de su accesibilidad; la única diferencia es que para consultar los datos de la *Dark Web* se requieren elementos tecnológicos específicos (un navegador especial como: Tor, Subgraph, I2P, Whonix, Tails o Waterfox) y conocimientos especiales, pero fáciles de obtener.

1.4. Reconstrucción del contenido de la intimidad

Las tres variables descritas en los subapartados previos llevan a la necesidad de reconstruir el contenido del derecho a la intimidad para dotarlo de efectiva fun-

⁶³ MEAD & AGARWAL (2022) p. 901.

⁶⁴ Como lo explican MEAD & AGARWAL (2022) p. 902, tales tecnologías son: “(1) El host de la red no utiliza la configuración de enrutador estándar (protocolo de puerta de enlace fronteriza); (2) la dirección IP del servidor host no tiene un punto de entrada DNS estándar porque no está asignado; (3) El servidor host se ha configurado para no responder a los ping del Administrador de contactos inteligente; y (4) se emplean técnicas de Fastfluxing DNS que permiten que la dirección IP del servidor host cambie continua y rápidamente”.

⁶⁵ EDWARDS (2020) p. 237.

⁶⁶ COLE (2017a) p. 79.

⁶⁷ LUKINGS & LASHKARI (2022) p. 150.

⁶⁸ Una descripción fenomenológica de los delitos cuya comisión se producen más comúnmente en la *Dark Web* puede encontrarse en LIGGETT, LEE, RODDY & WALLIN (2020), atrayendo el desarrollo de actividades criminales, LUKINGS & LASHKARI (2022) p. 150. Tal como lo pone de manifiesto MIRÓ (2019) p. 108, el desarrollo de actividades criminales o ilícitas no es patrimonio exclusivo de la *Dark Web*: “podemos encontrar patrones a nivel meso en el ciberespacio como tráfico de armas o drogas en la Dark web; radicalización en Telegram; odio en Twitter; pornografía infantil en foros; sexting en Snapchat etc.”.

cionalidad protectora en un mundo altamente digitalizado. En otras palabras, aunque muy lejos ha quedado ya la original concepción de la intimidad como secreto o confidencialidad⁶⁹, el surgimiento de las tecnologías de la información y el potenciamiento de las capacidades de tratamiento que permite la IA, requieren ahora analizar de qué forma debería protegerse la intimidad, es decir, cuál es su contenido esencial. La vigencia de ese derecho se enfrenta a nuevas realidades tecnológicas como la adopción de decisiones de forma automatizada, el reconocimiento facial, el procesamiento de imágenes de vídeo o las tecnologías de *blockchain*⁷⁰ y el *scraping* asistido por IA.

Tanto en la dogmática como en los desarrollos jurisprudenciales ha existido la tendencia a considerar una radical diferenciación entre las conductas ejecutadas en público y las ejecutadas en privado; y que el derecho a la intimidad solo protege a estas últimas, toda vez que solo de ellas puede desprenderse una expectativa razonable de privacidad. En el sistema estadounidense, esta distinción se conoce bajo la fórmula de la regla *no privacy in public*⁷¹. Una clara aplicación de estas ideas es la posición de John Bandler y Antonia Merzon, para quienes:

“cuando personas o entidades colocan información en el dominio público, consienten, si no buscan, el acceso público. Como resultado, no hay expectativas de privacidad que considerar ni barreras legales para recopilar esta evidencia”⁷².

De acuerdo con esta doctrina, deberían distinguirse tres formas en las que se encuentra la información en internet.

Una primera, es la información divulgada y que es accesible libremente por cualquier internauta. El ejemplo paradigmático serían las publicaciones en un blog, las fotografías difundidas en Instagram o las historias puestas en Facebook a las que se tiene acceso público. O aquella información que no es relativa o perteneciente a personas determinadas⁷³.

Una segunda forma sería aquella información publicada, pero protegida por algún mecanismo de acceso a ella, de pública obtención. Sería el caso de la información contenida en sitios, aplicaciones o redes sociales, pero a la que se puede acceder solo mediante una suscripción, gratuita o pagada, por lo general pensadas para convertir a un internauta en usuario de esa aplicación o plataforma.

Finalmente, una tercera forma sería el de la información contenida en bases de datos accesibles a través de la red, pero que está reservada y disponible

⁶⁹ ABDEL-BASSET, MOUSTAFA, HAWASH & DING (2022) p. 28.

⁷⁰ KIESOW (2021) p. 271 ss.

⁷¹ XIAO (2021) p. 703; PARKS (2022).

⁷² BANDLER & MERZON (2020) p. 114.

⁷³ PARKS (2022) p. 915.

solo para su titular o para quienes él decida. Historiales médicos, cuentas bancarias o archivos almacenados en nubes de datos serían ejemplos de esta tercera forma.

La distinción público/privado en la que se basa la regla *no privacy in public* no se ajusta propiamente a la realidad de la información digital. Tal distinción se creó, en realidad, para el mundo físico, donde es posible aplicarla, de todos modos, no exenta de complicaciones. Pero en el mundo digital en red, las cosas funcionan distinto. En el contexto del ciberespacio, se ha tendido a ampliar la esfera de lo público, de modo que se ha concluido que la información publicada en la red y accesible, con o sin membresía, no está protegida por la intimidad.

Aplicando esta premisa a la investigación penal efectuada por policías o fiscales, se puede concluir, *prima facie*, que la obtención de información desde ciberfuentes accesibles no restringe el derecho a la intimidad.

Sin embargo, creo que el asunto no puede ser tan fácilmente resuelto. Tal como lo ha propuesto Daniel Solove, la vigencia efectiva del derecho a la intimidad en un mundo digitalizado requiere que él sea escindido del “paradigma del secreto” en que se fundamenta la regla de *no privacy in public*. En este paradigma, solo:

“se produce una violación de la privacidad cuando se revelan datos ocultos a otros. Si la información no se oculta previamente, la recopilación o difusión de la información no implica ningún interés de privacidad”⁷⁴.

No obstante, esta visión restringida de la intimidad, afirma el autor, “ha limitado el reconocimiento de las violaciones de la privacidad”. La vigilancia, aun en ámbitos públicos, produce un desbalance del poder que hace aumentar el riesgo de un abuso de poder⁷⁵. David Wall sostiene que el desarrollo de internet y de las tecnologías conectadas en red han producido una reedición del modelo de vigilantismo en un doble sentido: por un lado, un panopticismo donde la masa (los “muchos”) no sabe que unos “pocos” los están vigilando y, con ello, moldeando sus comportamientos y, por el otro, un sinopticismo, donde “muchos” también pueden observar y vigilar a los “pocos” con el mismo efecto sobre sus comportamientos⁷⁶. Pamela Ugwudike advierte que el uso de tecnologías como la inteligencia artificial es capaz de fomentar una “dominación epistémica digitalizada”, esto es:

“el poder y la capacidad de actores estatales y no estatales influyentes para crear algoritmos basados en datos, cuyas inferencias a partir de

⁷⁴ SOLOVE (2006) p. 497.

⁷⁵ *Op. cit.* p. 487.

⁷⁶ WALL (2014) pp. 228-229.

patrones sobre conjuntos de datos, construyen discursos clave que evolucionan hacia el conocimiento sobre el riesgo y la gestión eficiente de grupos etiquetados como riesgosos”⁷⁷.

Siguiendo la tesis de Daniel Solove, estimo que los datos que pueden rastrearse en la red deben considerarse *prima facie* protegidos por la intimidad, en la medida que el ciberrastreo permite construir información sobre una persona que, de otra forma, sería desconocida. Se trata de una especie de puzzle que se va armando a partir de distintas unidades individuales de información. Por eso, una de las piedras angulares sobre las que se construyen los sistemas jurídicos de protección a la intimidad es el principio de limitación del propósito, según el cual los datos solo deben ser recolectados para propósitos específicos, explícitos y legítimos⁷⁸, al menos en el modelo europeo de la General Data Protection Regulation. Esto ocurre porque las personas y las organizaciones están permanentemente en contacto con el mundo digital, y esa relación se traduce en un aporte permanente de información que hacen de manera consciente o inconsciente, voluntaria e involuntaria. Las acciones deliberadas de interacción con el mundo digital, como hacer una compra en línea, enviar un correo electrónico, navegar por internet o publicar información en una red social, dejan huellas de esas actividades (huella digital activa)⁷⁹. Pero también dejan esas huellas las acciones no necesariamente conscientes, como la información sobre desplazamientos que recogen automatizadamente los *smartphones* o los datos que generan los dispositivos inmersos en el ecosistema de la Internet of Things (IoT) (huella digital pasiva)⁸⁰, aspectos propios de lo que se denomina Web 3.0⁸¹.

El conjunto de esas huellas es lo que se denomina huella digital o digital footprint. No por casualidad, el modelo de negocios de Gmail fue disruptivo respecto de su competencia al momento del lanzamiento de ese servicio de correo electrónico en 2004. Gmail ofreció gratuitamente a sus usuarios grandes cantidades de almacenamiento de datos en sus cuentas de correo, en un momento en el que los otros servicios estaban buscando cobrar a sus usuarios por ese almacenamiento⁸².

Por ejemplo, si para acreditar la existencia de un delito tributario debe probarse que el contribuyente pasó más de seis meses en el estado que reclama

⁷⁷ UGWUDIKE (2021) pp. 81-82.

⁷⁸ COLONNA (2014) p. 299; BUSSEY (2014) p. 103 ss; TERWANGUE (2022) p. 20 ss; PAAL (2022) pp. 294-295.

⁷⁹ RATHI, LATA, SONI, JAIN & TELANG. (2023) p. 277.

⁸⁰ *Op. cit.* p. 278.

⁸¹ GENLIN & BAKER (2021) p. 127.

⁸² ANDREJEVIC (2018) p. 93.

los impuestos evadidos, el ciberrastreo es una buena alternativa. A partir del rastreo de la información en la web, la permanencia del contribuyente en el territorio físico de un estado se puede inducir, esto es, afirmar, con una alta probabilidad de veracidad, a partir de elementos como las fotos que haya publicado en sus redes sociales en un periodo determinado, los puntos IP desde los que se haya conectado a la red (el *web scraping* puede acceder a metadatos normalmente ocultos al ojo de un internauta), las historias que haya publicado, etcétera.

Esta tesis es la que el Tribunal Constitucional federal alemán desarrolló a propósito de la sentencia del censo de 1983⁸³, dando origen a la autodeterminación informativa como concepción de la intimidad. Esta misma doctrina fue aplicada en la sentencia de 2006 sobre perfilamiento de potenciales terroristas⁸⁴.

En suma, un dato aislado obtenido desde la red no está, por sí mismo, protegido por la intimidad; pero sí lo está la información que se pueda conocer inductivamente a través del análisis de un conjunto de información. A través de la unión de varios datos recogidos de distintas fuentes, se puede conocer, por ejemplo, el estado de salud de una persona, su tendencia política, sus relaciones interpersonales, su orientación sexual, etc. De acuerdo con la taxonomía propuesta por Daniel Solove, el *web scraping* puede ser asimilado a la vigilancia. Ciertas formas de vigilancia están específicamente reguladas por los ordenamientos jurídicos. En el caso chileno, por ejemplo, la interceptación de comunicaciones postales, electrónicas o digitales, requiere de autorización judicial previa en el marco de una investigación penal⁸⁵. Con la misma exigencia está regulado el acceso a los registros que un proveedor de servicios de internet debe, por ley, mantener de las conexiones de sus clientes. Pero el ciberrastreo como tal, no está previsto por la legislación procesal penal.

2. Naturaleza disruptiva del ciberrastreo

Los beneficios *pro societatis*, generados por la utilización del ciberrastreo en contextos de inteligencia artificial en la investigación penal, producen externalidades que afectan el enfoque *pro libertatis* que se encuentra en la base de un proceso penal democrático.

Ciertas características de las tecnologías de IA que se comunican al ciberrastreo como técnica de investigación, constituyen el problema: complejidad por volumen, sesgos y opacidad algorítmica. Estos tres elementos, en conjun-

⁸³ BVerfGE 65, 1-71. BVerfG, Order of the First Senate of 15 December 1983 - 1 BvR 209/83 -, paras. 1-214 [http://www.bverfg.de/e/rs19831215_1bvr020983en.html].

⁸⁴ BVerfGE 115, 320-381. BVerfG, Order of the First Senate of 4 April 2006 - 1 BvR 518/02 -, paras. 1-182 [http://www.bverfg.de/e/rs20060404_1bvr051802en.html].

⁸⁵ ALVARADO (2014).

to, producen un sustancial aumento de los costos y cargas que debe soportar la defensa. Al respecto, la dogmática ya ha llamado la atención. Steven Wright estima que el avance continuo de la tecnología de IA y la recopilación de datos determina una transición tecnológica potencialmente disruptiva para la que espera se desarrollen

“colectivamente la ética de la información que necesitaremos para evaluar y guiar esta transformación tecnológica en beneficio de todos”⁸⁶.

La información proveniente del ciberrastreo puede llegar a ser extremadamente voluminosa, dificultando la tarea de la defensa de procesarla y confrontarla dentro del proceso de preparación de la estrategia de defensa y la construcción de la teoría del caso. De esta forma, el uso de tales tecnologías produce una complejización de la defensa, que, si no cuenta con los mismos recursos tecnológicos con los que contó la fiscalía para generar esa información, se verá impedida de controlarla.

La inexistencia de metodologías que permitan identificar y anular los sesgos de que puede adolecer la IA, principalmente aquella basada en aprendizaje de máquinas (*machine learning*), hace que tales sesgos puedan proyectarse hasta la sentencia definitiva y que puedan afectar la imparcialidad judicial. No debe olvidarse, como lo ha puesto de relieve la doctrina, la existencia de:

“suposiciones epistemológicas defectuosas que se basan en varios mitos, como la supuesta representatividad de los grandes datos, la idea de que tales conjuntos de datos carecen de sesgo humano y carecen de especificidad de contexto»⁸⁷.

Ya sea por protección de propiedad intelectual, por el propio funcionamiento del algoritmo que determina la impredecibilidad e inexplicabilidad de sus resultados o la necesidad de contar con recursos humanos muy capacitados para comprenderlos, la opacidad algorítmica dificulta el ejercicio de la defensa. Aunque se han hecho esfuerzos por avanzar hacia una IA explicable (XAI, eXplainable Artificial Intelligence)⁸⁸, una tecnología capaz de dar explicaciones de sus conclusiones o resultados⁸⁹, lo cierto es que la IA no ha logrado, al menos por el momento, desprenderse de su efecto de caja negra.

En consecuencia, el uso en la investigación penal del ciberrastreo y, en general de tecnologías de IA, puede producir dos efectos profundamente disruptivos.

⁸⁶ WRIGHT (2020) p. 2163.

⁸⁷ UGWUDIKE (2021) p. 82.

⁸⁸ BARREDO, DÍAZ-RODRÍGUEZ, DEL SER, BENNETOT, TABIK, BARBADO, GARCÍA (2020).

⁸⁹ BAUM, MANTEL, SCHMIDT & SPEITH (2022).

El primero, la instalación de una discriminación estructural en el proceso penal por la generación de un escenario en el que solo imputados adinerados puedan financiar una defensa efectiva frente a una persecución penal dotada de instrumentos de IA y, por lo que el derecho a la defensa efectiva pase a ser un privilegio de unos pocos.

El segundo efecto disruptivo, el uso masivo de IA opera como un incentivo para malas prácticas en el proceso penal, pues imputados que no pueden solventar una defensa efectiva buscarán medios alternativos, algunos de ellos, incluso, ilícitos, como la generación de pruebas falsas, para hacer frente a la imputación penal. Aunque este problema tiene un carácter metajurídico puede, sin embargo, tener una solución normativa que pasa por extender las reglas de exclusión de prueba por infracción de derechos fundamentales, con que cuentan los ordenamientos jurídicos, a una investigación inabordable para una defensa.

Un sistema de persecución penal democrático no debería estar dispuesto a tolerar una investigación que disponga de información que es imposible de confrontar por la defensa, ya sea por su volumen, su complejidad o su inexplicabilidad. Asimismo, esa información tampoco podría servir, razonablemente, para la formación de convicción por un tribunal. En la base del problema se encuentra el valor de igualdad de armas que encierra el debido proceso. Siguiendo la analogía de Macarena Vargas y Claudio Fuentes, una fiscalía dotada de herramientas de IA sería como un partido de fútbol en el que fiscalía cuenta con once jugadores y se enfrenta a una defensa que cuenta con solo seis de ellos⁹⁰.

IV. CARÁCTER DESREGULADO DEL CIBERRASTREO

La segunda característica del ciberrastro analítico como técnica de investigación penal consiste en que, como anticipamos, carece en el ordenamiento procesal penal chileno de una regulación legal específicamente diseñada de acuerdo con su propia naturaleza.

A pesar de las variadas modificaciones que la Ley n.º 21577, que fortalece la persecución de los delitos de delincuencia organizada, establece técnicas especiales para su investigación y robustece comiso de ganancias (2023), introdujo a las técnicas de investigación vinculadas con el secreto de las comunicaciones y los sistemas informáticos, no previó una disposición que regulara el rastreo de información en la web o en otras redes informáticas.

⁹⁰ VARGAS y FUENTES (2018) pp. 141-42, 147.

En el derecho comparado, una ley de 1992 introdujo los párrafos 98a y 98b a la ordenanza procesal alemana y que constituyen la regulación legal del *Rasterfahndung*⁹¹ que, en lo esencial, coincide con el ciberrastreo. En Alemania, el rastreo de información digital y su análisis (*Rasterfahndung*) como técnica de investigación se usó sin que ella tuviera reconocimiento legal expreso. La situación cambió con el dictado de la sentencia del Tribunal Constitucional federal de 1983 sobre el censo de población, que puso en evidencia la necesidad de que el *Rasterfahndung* tuviera un reconocimiento legal porque implicaba una restricción de la intimidad.

En todo caso, debe destacarse que la ausencia de una regulación del ciberrastreo como técnica de investigación no entrega información sobre su licitud o ilicitud en general y, en consecuencia, si ella puede o no utilizarse válidamente en Chile. La protección jurídica dispensada a los sistemas informáticos a través de delitos de acceso ilícito, medidas administrativas de control, el derecho de daños o las propias condiciones de uso de los sitios web y plataformas, pueden contener prohibiciones del ciberrastreo, más o menos extensas, tema que, por su amplitud, no es posible abordar en esta oportunidad⁹².

V. ADMISIBILIDAD DEL CIBERRASTREO

Partiendo de su carácter desregulado del ciberrastreo, pueden adoptarse, al menos, dos posiciones jurídicas. La primera, que negaría la posibilidad de utilizar tal técnica por los efectos contrarios que ella produce para la vigencia de derechos fundamentales en el marco de la actividad del Estado-investigador y Estado-juzgador. La segunda, que su utilización estaría permitida, aplicándole analógicamente las regulaciones existentes para otras técnicas de investigación de carácter intrusivo. Dentro de ellas, la candidata más próxima es la regulación de las interceptaciones de comunicaciones.

1. Prohibición de uso

El fundamento para esta primera posición, esto es, la prohibición de usar el ciberrastreo como técnica de investigación, no estaría solo en su carácter intrusivo, sino, además, en sus características y en las dificultades que conlleva para la lógica adversarial del proceso.

⁹¹ CANO (2003) pp. 2-3.

⁹² Para el entorno angloamericano, véase, por ejemplo, MACAPINLAC (2019); KROTOV, JOHNSON & SILVA (2020).

Sostener esta posición de prohibición de uso del ciberrastreo deberá lidiar con los discursos *pro societatis* basados en la maximización de la seguridad, poco afines a la vigencia de los derechos fundamentales de los delincuentes.

2. *Aplicación analógica de otras regulaciones*

Podríamos sostener que la ausencia de una autorización legal expresa de una técnica de investigación intrusiva no es obstáculo para su utilización, pues su admisibilidad puede fundarse en la regla genérica de autorización judicial previa prevista en el art. 9.º del *CPP*; y los aspectos operativos pueden ser suplidos recurriéndose analógicamente a la regulación de otras medidas intrusivas.

Con relación a los aspectos operativos, se puede contraargumentar que se espera una reglamentación sobre aspectos operativos particulares de una determinada técnica de investigación. Esa podría ser la razón por la que el legislador, a pesar de la regla genérica del art. 9.º del *CPP*, también ha regulado, en particular, actuaciones intrusivas, como los exámenes corporales, la entrada y registro en lugares cerrados, la incautación de documentos protegidos por la intimidad, la retención o incautación de correspondencia, la interceptación de comunicaciones, la interceptación y grabación de comunicaciones, de conversaciones o imágenes obtenidos en lugares cerrados o el registro remoto de equipos informáticos. En este plano operativo quedan sin solución legal cuestiones como, por ejemplo, el plazo dentro del cual se podría ejecutar el ciberrastreo, el periodo en el que puede recogerse información (¿desde hace seis meses o desde hace seis años, por ejemplo?), la forma de registro de la información rastreada o las aplicaciones que se usarán para su procesamiento.

De todos modos, y ahora fuera de los aspectos operativos, admitir sin más el ciberrastreo, aun aplicando analógicamente las regulaciones previstas para otras técnicas intrusivas, producirá como consecuencia una recarga de las funciones de control sobre la investigación que la legislación ha atribuido a los tribunales y a la defensa, con posibilidades inciertas de que tales controles lleguen a operar de manera eficaz.

A MODO DE CONCLUSIÓN:

UNA TERCERA ALTERNATIVA

El carácter disyuntivo y extremo de las dos posiciones jurídicas antes expuestas no es compatible, en todo caso, con la realidad. Una propuesta con posibilidades de poder ser aplicada debe considerar los elementos culturales de los actores del sistema de persecución penal y su efectividad, y las expectativas sociales,

por un lado; por el otro, con el imperativo democrático de vigencia de los derechos fundamentales.

Sobre la base de esas premisas, creo que la solución adecuada dentro del ordenamiento jurídico chileno es aceptar el uso del ciberrastreo, pero sometido a la condición de un riguroso control jurisdiccional sobre la admisibilidad de la prueba obtenida mediante dicha técnica en la audiencia de preparación de juicio oral, que es la etapa previa al juzgamiento propiamente tal.

En otras palabras, que la solución consiste en adoptar como criterios operativos que los antecedentes provenientes del ciberrastreo pueden ser admitidos para rendirse como prueba en la audiencia de juicio, solo si dichos antecedentes son capaces de superar un test de control que aborde, al menos, los siguientes aspectos:

- a) garantías suficientes sobre la completitud de la información registrada y utilizada en los análisis;
- b) que el órgano de persecución penal que ofrece esos antecedentes sea capaz de explicar, con fundamento técnico, la forma en la que los algoritmos usados buscaron la información, la recopilaron y la procesaron, de modo que sean capaz de despejar la opacidad que pueda existir sobre dicha información;
- c) que el mismo órgano de persecución penal sea capaz de demostrar que la búsqueda, recolección y análisis de la información se hizo con sujeción al deber legal de objetividad, investigando con igual celo los antecedentes que fundamentan la responsabilidad penal, como la que la eximen o atenúan; esto es, ausencia de sesgos.
- d) y, por último, demostrar que la búsqueda y recolección se hizo existiendo previamente una autorización judicial que, en su momento, hizo el test de ponderación y determinó que la intromisión en la intimidad del imputado estaba justificada.

Estos criterios no son más que expresión del test de proporcionalidad que el juez de garantía está obligado a hacer, no solo al momento de autorizar motivada y justificadamente una medida intrusiva⁹³, sino, también, al decidir la inclusión de una determinada información que restrinja derechos fundamentales en el auto de apertura de juicio oral⁹⁴.

Si la información proveniente del uso del ciberrastreo no es capaz de sortear de manera exitosa los aspectos previamente señalados, el tribunal de control debería declarar la imposibilidad de valerse de ellos como medios de prueba

⁹³ NÚÑEZ, BELTRÁN y SANTANDER (2019) p. 154.

⁹⁴ En el mismo sentido de la exigencia de un test de proporcionalidad, NÚÑEZ, BELTRÁN y SANTANDER (2019) p. 160.

en el juicio, recurriendo a las reglas de exclusión de prueba que, en el derecho chileno, se encuentra en el art. 276 del CPP⁹⁵.

BIBLIOGRAFÍA

- ABDEL-BASSET, Mohamed; MOUSTAFA, Nour; HAWASH, Hossam & DING, Weiping (2022): *Deep Learning Techniques for IoT Security and Privacy* (Cham: Springer). Available in <https://doi.org/https://doi.org/10.1007/978-3-030-89025-4> [fecha de consulta: 10 de abril de 2024].
- ACKERMAN, Gary A, & PINSON, Lauren E. (2016): "Speaking Truth to Sources: Introducing a Method for the Quantitative Evaluation of Open Sources in Event Data". *Studies in Conflict & Terrorism*, vol. 39, No. 7-8: pp. 617–640. Available in <https://doi.org/10.1080/1057610X.2016.1141000> [fecha de consulta: 10 de abril de 2024].
- ALBERS, Marion (2014). "Realizing the Complexity of Data Protection", in Gutwirth, Serge; Leenes Ronald & De Hert, Paul (eds.), *Reloading Data Protection. Multi-disciplinary Insights and Contemporary Challenges* (Dordrecht: Springer). Available in https://doi.org/https://doi.org/10.1007/978-94-007-7540-4_11 [fecha de consulta: 13 de abril de 2024].
- ALEXANDROU, Alex (2022): *Cybercrime and information technology. Theory and practice: The computer network infrastructure and computer security, cybersecurity laws, Internet of Things (IoT), and mobile devices* (Boca Raton: CRC Press).
- ALVARADO URIZAR, Agustina (2014): "El control de la resolución motivada que autoriza una interceptación telefónica en Chile y duración de la medida". *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* vol. XLIII: pp. 421-464.
- ANDREJEVIC, Mark (2018): "Data collection without limits. Automated policing and the politics of framelessness", in Završnik, Aleš (ed.), *Big Data, crime and social control* (Oxon: Routledge) pp. 93-107.
- ARISTEGUI SPIKIN, Juan (2020): "La prueba ilícita ante la bifurcación del tribunal penal". *Quaestio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio* vol. 1: pp. 177-198. Disponible en https://doi.org/10.33115/udg_bib/qf.i0.22369 [fecha de consulta: 10 de abril de 2024].
- ASARO, Peter M. (2019): "AI Ethics in predictive policing. From models of threat to an ethics of care". *IEEE Technology and Society Magazine* vol. 38 Issue 2 June: pp. 40–53. Available in <https://doi.org/https://doi.org/10.1109/mts.2019.2915154> [fecha de consulta: 10 de abril de 2024].
- ATIENZA, Manuel (2013): *Curso de argumentación jurídica* (Madrid: Trotta).
- BANDLER, John & MERZON, Antonia (2020): *Cybercrime investigations. A comprehensive resource for everyone* (Boca Raton: CRC Press).

⁹⁵ ARISTEGUI (2020); ECHEVERRÍA (2011); ZAPATA (2004).

- BARFIELD, Woodrow (2018): "Towards a law of artificial intelligence", in Barfield, Woodrow (ed.), *Research Handbook on the Law of Artificial Intelligence* (Cheltenham/Northampton: Edward Elgar Publishing). Available in <https://doi.org/https://doi.org/10.4337/9781786439055.00011> [fecha de consulta: 10 de abril de 2024].
- BARREDO ARRIETA, Alejandro; DÍAZ-RODRÍGUEZ, Natalia; DEL SER, Javier; BENNETOT, Adrien; TABIK, Siham; BARBADO, Alberto; GARCÍA, Salvador (2020): "Explainable Explainable Artificial Intelligence (XAI): Concepts, taxonomies, opportunities and challenges toward responsible AI". *Information Fusion* vol. 58: pp. 82-115.
- BAUM, Kevin; MANTEL, Susanne; SCHMIDT, Eva & SPEITH, Timo (2022): "From Responsibility to Reason-Giving Explainable Artificial Intelligence", *Philosophy & Technology* vol. 35. Available in <https://doi.org/10.1007/s13347-022-00510-w> [fecha de consulta: 10 de abril de 2024].
- BERGMAN, Michael K. (2001): "White paper: The Deep Web: Surfacing hidden value". *The Journal of Electronic Publishing* vol. 7, No. 1. Available in <https://doi.org/https://doi.org/10.3998/3336451.0007.104> [fecha de consulta: 10 de abril de 2024].
- BETKIER, Marcin (2019): *Privacy online, law and the effective regulation of online services* (Cambridge: Intersentia).
- BLOUNT, Kelly (2024): "Using artificial intelligence to prevent crime: implications for due process and criminal justice", *AI & Society* vol. 39: pp. 359-368. Available in <https://doi.org/10.1007/s00146-022-01513-z> [fecha de consulta: 10 de abril de 2024].
- BOYD, Danah & CRAWFORD, Kate (2012): "Critical questions for big data. Provocations for a cultural, technological, and scholarly phenomenon". *Information, Communication & Society* vol. 15 No. 5: pp. 662-679. Available in <https://doi.org/10.1080/1369118X.2012.678878> [fecha de consulta: 10 de abril de 2024].
- BREWER, Russell; WESTLAKE, Bryce; HART, Tahlia & ARAUZA, Omar (2021): "The ethics of web crawling and web scraping in cybercrime research: Navigating issues of consent, privacy, and other potential harms associated with automated data collection", in Lavorgna, Anita & Holt, Thomas J. (eds.), *Researching cybercrimes. Methodologies, ethics, and critical approaches* (Cham: Springer). Available in https://doi.org/10.1007/978-3-030-74837-1_22 [fecha de consulta: 10 de abril de 2024].
- BUSSER, Els de (2014): "Open Source Data and Criminal Investigations: Anything You Publish Can and Will Be Used Against You". *Groningen Journal of International Law* vol. 2 No. 2.
- CANO PAÑOS, Miguel Ángel (2003): "El Rasterfahndung en el Derecho Procesal Penal alemán y su aplicación práctica en la lucha antiterrorista". *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, vol. 5, n.º 6: pp. 1-14. Available in <http://criminnet.ugr.es/recpc/05/recpc05-06.pdf> [fecha de consulta: 10 de abril de 2024].
- CARRERO, Jacquellena (2020): "Access granted: A First Amendment theory of reform of the CFAA Access Provision". *Columbia Law Review* No. 120: pp. 131-172.
- CASTRO JOFRÉ, Javier (2023): *Manual de derecho procesal penal* (Valencia: Tirant lo Blanch).

- CENTORAME, Federica (2021): "Investigaciones criminales intrusivas y búsqueda de pruebas a través de 'software espías' en la experiencia procesal italiana", en Pereira Puigvert, Silvia y Ordóñez Ponz, Francesc, *Investigación y proceso penal en el siglo XXI: nuevas tecnologías y protección de datos* (Pamplona: Aranzadi).
- CERMAK, Steven M; FREILICH, Joshua D.; PARKIN, William S. & LYNCH, James P. (2012): "American Terrorism and Extremist Crime Data Sources and Selectivity Bias: An Investigation Focusing on Homicide Events Committed by Far-Right Extremists". *Journal of Quantitative Criminology* vol. 28 No. 1. Available in <https://doi.org/10.1007/s10940-011-9156-4> [fecha de consulta: 11 de abril de 2024].
- CLOUGH, Jonathan (2015): *Principles of cybercrime* (Cambridge: Cambridge University Press, 2nd edition).
- COLE, Jeremy (2017a): "Dark web", in Springer, Paul J. (ed.), *Encyclopedia of cyber warfare* (Santa Barbara: ABC-CLIO).
- COLE, Jeremy (2017b): "Deep web", in Springer, Paul J. (ed.), *Encyclopedia of cyber warfare* (Santa Barbara: ABC-CLIO).
- COLONNA, Liana (2014): "Data Mining and Its Paradoxical Relationship to the Purpose Limitation Principle", in Gutwirth, Serge; Leenes, Ronald & De Hert Paul, *Re-loading Data Protection. Multidisciplinary Insights and Contemporary Challenges* (Dordrecht: Springer). Available in https://doi.org/10.1007/978-94-007-7540-4_14 [fecha de consulta: 11 de abril de 2024].
- CONG, Lin William; LI Beibei & ZHANG, Qingquan Tony (2021): "Alternative Data in Fin-Tech and Business Intelligence", in Pompella, Maurizio & Matousek, Roman (eds.), *The Palgrave Handbook of FinTech and Blockchain* (Cham: Springer). Available in https://doi.org/10.1007/978-3-030-66433-6_9 [fecha de consulta: 11 de abril de 2024].
- CUSTERS, Bart (2021): "Profiling and predictions: Challenges in cybercrime research datafication", in Lavorgna, Anita & Holt, Thomas J. (eds.), *Researching cybercrimes. Methodologies, ethics, and critical approaches* (Cham: Springer) pp. 63-79. Available in https://doi.org/10.1007/978-3-030-74837-1_4 [fecha de consulta: 11 de abril de 2024].
- DALINS, Janis; WILSON, Campbell & CARMAN, Mark (2018): "Criminal motivation on the dark web: A categorisation model for law enforcement". *Digital Investigation*, No. 24. Available in <https://doi.org/10.1016/j.diin.2017.12.003> [fecha de consulta: 11 de abril de 2024].
- DANAHER, John (2022): "Freedom in an Age of Algocracy", in Vallor, Shannon (ed.), *The Oxford Handbook of Philosophy of Technology* (New York: Oxford University Press). Available in <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780190851187.013.16> [fecha de consulta: 11 de abril de 2024].
- DIOUF, Rabiyaou; SARR, Edouard Ngor; SALL, Ousmane; BIRREGAH, Babiga; BOUSSO, Mammadou & MBAYE, Sény Ndiaye (2019): "Web scraping: State-of-the-art and areas of application". 2019 *IEEE International Conference on Big Data (Big Data)* pp. 6040-

6042. Available in <https://doi.org/10.1109/BigData47090.2019.9005594> [fecha de consulta: 11 de abril de 2024].
- DUCE, Mauricio; MARÍN, Felipe y RIEGO, Cristián (2008): “Reforma a los procesos civiles: consideraciones desde el debido proceso y calidad de la información”, en CEJA (ed.), *Justicia civil: perspectivas para una reforma en América Latina* (Santiago: CEJA): pp. 13-94. https://cejamericas.org/wp-content/uploads/2020/09/41-Justiciacivil2008_ceja.pdf [fecha de consulta: 11 de abril de 2024].
- DUCE, Mauricio y RIEGO, Cristián (2007): *Proceso penal* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile).
- DÜLGER, Murat Volkan (2024): “Prevention of Discrimination in the Practices of Predictive Policing”, in Kılıç, Muharrem & Kahyaoğlu, Sezer B. (eds.), *Algorithmic Discrimination and Ethical Perspective of Artificial Intelligence* (Gateway East: Springer). Available in https://doi.org/10.1007/978-981-99-6327-0_7 [fecha de consulta: 11 de abril de 2024].
- DUNHAM, Ken & MELNICK, Jim (2009): *Malicious bots. An inside look into the cyber-criminal underground of the Internet* (Boca Raton: CRC Press).
- ECHEVERRÍA, Isabel (2011): *Los derechos fundamentales y la prueba ilícita. Con especial referencia a la prueba ilícita aportada por el querellante particular y por la defensa* (Santiago: Ediciones Jurídicas de Santiago).
- EDWARDS, Graeme (2020): *Cybercrime investigators handbook* (Hoboken: Wiley).
- ERDOĞAN, Irmak (2022): “Algorithmic Suspicion in the Era of Predictive Policing”, in Borges, Georges & Sorge, Christoph (eds.), *Law and Technology in a Global Digital Society* (Cham: Springer) pp. 89-102. Available in https://doi.org/10.1007/978-3-030-90513-2_5 [fecha de consulta: 11 de abril de 2024].
- FAGGIANI, Valentina (2022): “El derecho a un proceso con todas las garantías ante los cambios de paradigma de la inteligencia artificial”, *Teoría y Realidad Constitucional* n.º 50.
- FARLEY, Erin J. & PIEROTTE, Lisa (2017): “Web scraping. An emerging data collection method for criminal justice researchers”. *Justice Research and Statics Association* pp. 1-5. Available in <http://hdl.handle.net/20.500.11990/4026> [fecha de consulta: 11 de abril de 2024].
- FLEISHER, Craig S. (2008): “Using open source data in developing competitive and marketing intelligence”. *European Journal of Marketing*, vol. 42, No. 7-8: pp. 852-866.
- FRISCH, Wolfgang (2014): “Transformaciones del Derecho penal como consecuencia del cambio social”. *Revista de Estudios de la Justicia*, n.º 21: pp. 15-40.
- GENLIN, Liang & BAKER, Dennis J. (2021): “Criminalising cybercrime facilitation by omission and its remote harm form in China”, in Baker, Dennis J. & Robinson, Paul H. (eds.), *Artificial intelligence and the Law. Cybercrime and criminal liability* (Oxon: Routledge): pp. 126-155. Available in <https://doi.org/10.4324/9780429344015-6> [fecha de consulta: 11 de abril de 2024].

- GOLD, Zachary & LATONERO, Mark (2018): "Robots welcome? Ethical and legal considerations for web crawling and scraping". *Washington Journal of Law, Technology & Arts* vol. 13 No. 3: pp. 275-312. Available in <https://digitalcommons.law.uw.edu/wjlta/vol13/iss3/4/> [fecha de consulta: 12 de abril de 2024].
- GORRO, Ken D.; SABELLANO, Mary Jane G.; MADERAZO, Christian V.; CENIZA, Angie M. & GORRO, Kim (2017): "Exploring facebook for sharing crime experiences using selenium and support vector machine". *ACM International Conference Proceeding Series*: pp. 218-222. Available in <https://doi.org/10.1145/3176653.3176692> [fecha de consulta: 12 de abril de 2024].
- GREENE-COLOZZI, Emily Ann; FREILICH, Joshua D. & CHERMAK, Steven M. (2021): "Developing open-source databases from online sources to study online and offline phenomena", in Lavorgna, Anita & Holt, Thomas J., *Researching cybercrimes. Methodologies, ethics, and critical approaches* (Cham: Palgrave Macmillan). Available in https://doi.org/10.1007/978-3-030-74837-1_9 [fecha de consulta: 12 de abril de 2024].
- GUINCHARD, Audrey (2021): "The criminalisation of tools under the Computer Misuse Act 1990. The need to rethink cybercrime offences to effectively protect legitimate activities and deter cybercriminals", in Owen, Tim & Marshall Jessica (eds.), *Rethinking cybercrime. Critical debates* (Cham: Palgrave Macmillan). Available in https://doi.org/10.1007/978-3-030-55841-3_3 [fecha de consulta: 12 de abril de 2024].
- GUNDUR, Rajeev V.; BERRY, Mark & TAODANG, Dean (2021): "Using digital open source and crowdsourced data in studies of deviance and crime", in Lavorgna, Anita & Holt, Thomas J. (eds.), *Researching cybercrimes. Methodologies, ethics, and critical approaches* (Cham: Palgrave Macmillan). Available in https://doi.org/10.1007/978-3-030-74837-1_8 [fecha de consulta: 12 de abril de 2024].
- HAYWARD, Keith J. & MAAS, Matthijs M. (2020): "Artificial intelligence and crime: A primer for criminologists". *Crime, Media, Culture* vol. 17 No 2: pp. 209-233. Available in <https://doi.org/10.1177/1741659020917434> [fecha de consulta: 12 de abril de 2024].
- HOLT, Thomas J.; SMIRNOVA, Olga; STRUMSKY, Deborah and KILGER, Max (2014): "Case study. Advancing research on hackers through social network data", in Marcum, Catherine D. y Higgins, George E. (eds.), *Social networking as a criminal enterprise* (Boca Raton: CRC Press): pp. 145-163. Available in <https://doi.org/10.1201/b16912-14> [fecha de consulta: 12 de abril de 2024].
- HORVITZ LENNON, Ma. Inés y LÓPEZ MASLE, Julián (2002): *Derecho procesal penal chileno. Principios, sujetos procesales, medidas cautelares, etapa de investigación*, tomo I (Santiago: Editorial Jurídica de Chile).
- HYLTON, Keith N. (2019): "Digital platforms and antitrust law". *Nebraska Law Review* vol. 98 No. 2.
- JERVIS ORTIZ, Paula (2005): "Categorías de datos reconocidas en la Ley 19.628". *Revista Chilena de Derecho Informático*, n.º 6. Disponible en <https://doi.org/https://doi.org/10.5354/rchdi.v0i6.10727> [fecha de consulta: 12 de abril de 2024].

- KHDER, Moaiad Ahmad (2021): "Web scraping or web crawling: State of art, techniques, approaches and application". *International Journal of Advances in Soft Computing and its Applications*, vol. 13 No. 3: pp. 144-168. Available in <https://doi.org/10.15849/IJASCA.211128.11> [fecha de consulta: 12 de abril de 2024].
- KIESOW CORTEZ, Elif (2021): "Data Protection Around the World: Future Challenges", en Kiesow Cortez, Elif (ed.), *Data Protection Around the World. Privacy Laws in Action* (The Hague: Asser Press). Available in https://doi.org/https://doi.org/10.1007/978-94-6265-407-5_12 [fecha de consulta: 12 de abril de 2024].
- KOKOLAKI, Emmanouela; DASKALAKI, Evangelia; PSAROUDAKI, Katerina; CHRISTODOULAKI Meltini & FRAGOPOULOU, Paraskevi (2020): "Investigating the dynamics of illegal online activity: The power of reporting, dark web, and related legislation". *Computer Law & Security Review*, No. 38: pp. 105440. Available in <https://doi.org/https://doi.org/10.1016/j.clsr.2020.105440> [fecha de consulta: 10 de abril de 2024].
- KROTOV, Vlad; JOHNSON, Leigh & SILVA, Leiser (2020): "Tutorial: Legality and ethics of web scraping". *Communications of the Association for Information Systems* No. 47: pp. 539-563. Available in <https://doi.org/https://doi.org/10.17705/1CAIS.04724> [fecha de consulta: 10 de abril de 2024].
- LEUKFELDT, E. Rutger & KLEEMANS, Edward R. (2021): "Breaking the walls of silence: Analyzing criminal investigations to improve our understanding of cybercrime", in Lavorgna, Anita & Holt, Thomas J. (eds.), *Researching cybercrimes. Methodologies, ethics, and critical approaches* (Cham: Palgrave Macmillan). Available in https://doi.org/10.1007/978-3-030-74837-1_7 [fecha de consulta: 12 de abril de 2024].
- LIGGETT, Roberta; LEE, Jin R.; RODDY, Ariel L. & WALLIN, Mikaela A. (2020): "The Dark Web as a platform for crime: An exploration of illicit drug, firearm, CSAM, and cybercrime markets", in Holt, Thomas J. & Bossler, Adam M. (eds.), *The Palgrave Handbook of international cybercrime and cyberdeviance* (Cham: Palgrave Macmillan). Available in https://doi.org/10.1007/978-3-319-78440-3_17 [fecha de consulta: 10 de abril de 2024].
- LUIS GARCIA, Elena de (2023): "Justicia, inteligencia artificial y derecho de defensa". *Revista de Internet, Derecho y Política*, n.º 39. Disponible en <https://doi.org/http://dx.doi.org/10.7238/idp.v0i39.417164> [fecha de consulta: 11 de abril de 2024].
- LUKINGS, Melissa & LASHKARI, Arash Habibi (2022): *Understanding cybersecurity law and digital privacy. A Common Law Perspective* (Cham: Springer).
- LUSCOMBE, Alex; DICK, Kevin & WALBY, Kevin (2022): "Algorithmic thinking in the public interest: Navigating technical, legal, and ethical hurdles to web scraping in the social sciences". *Quality & Quantity* No. 56: pp. 1023-1044. Available in <https://doi.org/https://doi.org/10.1007/s11135-021-01164-0> [fecha de consulta: 11 de abril de 2024].
- LUSCOMBE, Alex; DUNCAN, Jamie & WALBY, Kevin (2022): "Jumpstarting the justice disciplines: A computational-qualitative approach to collecting and analyzing text and image data in criminology and criminal justice studies". *Journal of Criminal*

- Justice Education*, vol. 33, No. 2: pp. 151-71. Available in <https://doi.org/https://doi.org/10.1080/10511253.2022.2027477> [fecha de consulta: 12 de abril de 2024].
- MAASS, Wolfgang; PARSONS, Jeffrey; PURAO, Sandeep; ROSALES, Alirio; STOREY, Veda C. & WOO, Carson C. (2022): "Big data and theory", in Schintler, Laurie A. & McNeely, Connie L. (eds.), *Encyclopedia of Big Data* (Cham: Springer). Available in https://doi.org/10.1007/978-3-319-32010-6_508 [fecha de consulta: 12 de abril de 2024].
- MACAPINLAC, Tess (2019): "The legality of web scraping: A proposal". *Federal Communications Law Journal* vol. 71 No. 3: pp. 399-422.
- MAIER, Julio (2016): *Derecho procesal penal. I Fundamentos* (Buenos Aires: Ad-Hoc).
- MATOUSEK, Roman & XIANG, Dong (2021): "The Challenges and Competitiveness of Fintech Companies in Europe, UK and USA: An Overview", in Pompella, Maurizio y Matorusek, Roman (eds.), *The Palgrave Handbook of FinTech and Blockchain* (Cham: Springer). Available in https://doi.org/10.1007/978-3-030-66433-6_5 [fecha de consulta: 12 de abril de 2024].
- MCGINNIS, John O. & PEARCE Russell G. (2014): "The Great Disruption: How Machine Intelligence Will Transform The Great Disruption: How Machine Intelligence Will Transform the Role of Lawyers in the Delivery of Legal Services the Role of Lawyers in the Delivery of Legal Services", *Fordham Law Review* vol. 82, No 6: pp. 3041-3066. Available in <https://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5007&context=flr> [fecha de consulta: 12 de abril de 2024].
- MEAD, Esther & AGARWAL, Nitin (2022): "Surface Web vs Deep Web vs Dark Web", in Schintler, Laurie A. y McNeely, Connie L. (eds.), *Encyclopedia of Big Data* (Cham: Springer). Available in https://doi.org/10.1007/978-3-319-32001-4_461-1 [fecha de consulta: 11 de abril de 2024].
- MIDDLETON, Stuart E. (2021): "Use of Artificial Intelligence to support cybercrime research", in Lavorgna, Anita & Holt, Thomas J., *Researching cybercrimes. Methodologies, ethics, and critical approaches* (Cham: Springer). Available in https://doi.org/10.1007/978-3-030-74837-1_11 [fecha de consulta: 11 de abril de 2024].
- MIRÓ LLINARES, Fernando (2019): "El modelo policial que viene: mitos y realidades del impacto de la inteligencia artificial y la ciencia de datos en la prevención policial del crimen", en Martínez Espasa, José (coord.), *Libro blanco de la prevención y seguridad local valenciana. Conclusiones y propuestas del Congreso Valenciano de Seguridad Local: la prevención del siglo XXI* (Valencia: Generalitat Valenciana).
- MOHAMMED, Ishaq Azhar (2020). "Artificial Intelligence for Cybersecurity: A Systematic Mapping of Literature", *International Journal of Innovations in Engineering Research and Technology* vol. 7 No. 9.
- NAVARRO-DOLMESTCH, Roberto (2018): *Derecho procesal penal chileno I* (Santiago: Ediciones Jurídicas de Santiago).
- NUÑEZ OJEDA, Raúl; BELTRÁN CALFURRAPA, Ramón y SANTANDER AKKRASS, Nicolás (2019): "Los hallazgos casuales en las diligencias de incautación e intervención de las comunicaciones digitales en Chile. Algunos problemas". *Política Criminal* vol. 14 n.º 28.

- Disponible en <https://doi.org/10.4067/s0718-33992019000200152> [fecha de consulta: 12 de abril de 2024].
- NÚÑEZ OJEDA, Raúl y CORREA ZACARIAS, Claudio (2017): “La prueba ilícita en las diligencias limitativas de derechos fundamentales en el proceso penal chileno. Algunos problemas”. *Ius et Praxis* vol. 23 n.º 1. Available in <https://doi.org/10.4067/s0718-00122017000100007> [fecha de consulta: 12 de abril de 2024].
- NUSSBAUM, Brian & UDOH, Emmanuel Sebastian (2020): “Surveillance, Surveillance Studies, and Cyber Criminality”, in Holt, Thomas J. & Bossler, Adam M. (eds.), *The Palgrave Handbook of International Cybercrime and Cyberdeviance* (Cham: Springer) pp. 155-182. Available in https://doi.org/https://doi.org/10.1007/978-3-319-78440-3_16 [fecha de consulta: 10 de abril de 2024].
- PAAL, Boris P. (2022): “Artificial Intelligence as a Challenge for Data Protection Law”, in Voenekey, Silja; Kellmeyer, Philipp; Mueller, Oliver and Burgard, Wolfram (eds.), *The Cambridge Handbook of Responsible Artificial Intelligence* (Cambridge: Cambridge University Press). Available in <https://doi.org/https://doi.org/10.1017/9781009207898.023> [fecha de consulta: 10 de abril de 2024].
- PARKS, Andrew M. (2022): “Unfair collection: Reclaiming control of publicly available personal information from data scrapers”. *Michigan Law Review* vol. 120 No. 5: pp. 913-945. Available in <https://doi.org/https://doi.org/10.36644/mlr.120.5.unfair> [fecha de consulta: 10 de abril de 2024].
- PORTUESE, Aurelien (2022): “Prologue: Algorithmic Antitrust - A Primer”, en Portuese, Aureliuen (ed.), *Algorithmic Antitrust* (Cham: Springer). Available in https://doi.org/10.1007/978-3-030-85859-9_1 [fecha de consulta: 11 de abril de 2024].
- RADEMACHER, Timo (2020): “Artificial intelligence and law enforcement”, in Wischmeyer, Thomas y Rademacher, Timo (eds.), *Regulating artificial intelligence* (Cham: Springer): pp. 225-254 Available in https://doi.org/10.1007/978-3-030-32361-5_10 [fecha de consulta: 11 de abril de 2024].
- RAHMAN, Rizwan Ur & TOMAR, Deepak Singh (2020): “A new web forensic framework for bot crime investigation”. *Forensic Science International: Digital Investigation* vol. 33. Available in <https://doi.org/10.1016/j.fsidi.2020.300943> [fecha de consulta: 11 de abril de 2024].
- RATHI, Sudhir Kumar; LATA Pritam Prasad; SONI, Nitin; JAIN, Sanat & TELANG, Shrikant (2023): “Digital footprints: Opportunities and challenges for online robotics technologies”, in Rawat, Romil; Chakrawarti, Rajesh K.; Sarangi, Sanjaya K.; Choudhary, Rahul; Gadwal, Anand S. & Bhardwaj, Vivek (eds.), *Robotic Process Automation* (Hoboken: John Wiley & Sons). Available in <https://doi.org/10.1002/9781394166954.ch18> [fecha de consulta: 11 de abril de 2024].
- REGMI, Rupesh; RAI, Denesh & KHANAL, Shradha (2021): “Fintech and Blockchain: Contemporary Issues, New Paradigms, and Disruption”, in Pompella, Maurizio & Matousek, Roman (eds.), *The Palgrave Handbook of FinTech and Blockchain* (Cham: Springer). Available in https://doi.org/10.1007/978-3-030-66433-6_4 [fecha de consulta: 13 de abril de 2024].

- REINSEL, David, GANTZ, John & RYDNING, John (2017): "Data Age 2025: The Evolution of Data to Life-Critical". Available in www.seagate.com/files/www-content/our-story/trends/files/Seagate-WP-DataAge2025-March-2017.pdf [fecha de consulta: 13 de abril de 2024].
- ROWE, Michael & MUIR, Rick (2021): "Big data policing. Governing the machines?", in McDaniel, John & Pease, Ken (eds.), *Predictive Policing and Artificial Intelligence* (Oxon: Routledge). Available in <https://doi.org/10.4324/9780429265365-13> [fecha de consulta: 13 de abril de 2024].
- SACHOULIDOU, Athina (2023): "Going beyond the 'common suspects': to be presumed innocent in the era of algorithms, big data and artificial intelligence". *Artificial Intelligence and Law*. Available in <https://doi.org/10.1007/s10506-023-09347-w> [fecha de consulta: 13 de abril de 2024].
- SCHIRMER, Jan-Erik (2020): "Artificial Intelligence and Legal Personality: Introducing 'Teilrechtsfähigkeit': A Partial Legal Status Made in Germany", in Wischmeyer, Thomas & Rademacher, Timo (eds.), *Regulating Artificial Intelligence* (Cham: Springer). Available in https://doi.org/https://doi.org/10.1007/978-3-030-32361-5_6 [fecha de consulta: 13 de abril de 2024].
- SELLARS, Andrew (2018): "Twenty years of web scraping and the Computer Fraud and Abuse Act". *Boston University Journal of Science & Technology Law* No. 24.
- SIRISURIYA, S. (2015): "A Comparative Study on Web Scraping". *8th International Research Conference, KDU*, November: pp. 135-140. Available in <http://ir.kdu.ac.lk/bitstream/handle/345/1051/com-059.pdf> [fecha de consulta: 13 de abril de 2024].
- SLOBOGIN, Christopher (2022): "Predictive policing", en Pérez Juan, J. y Sanjuán Andrés, F. (eds.), *La transformación algorítmica del sistema de justicia penal* (Cizur Menor: Aranzadi) pp. 89-99.
- SOLOVE, Daniel J. (2006): "A taxonomy of privacy". *University of Pennsylvania Law Review* vol. 154 No. 3.
- TERWANGNE, Cécile de (2022): "Privacy and data protection in Europe: Council of Europe's Convention 108+ and the European Union's GDPR", in González Fuster, Gloria; Van Brakel, Rosamunde & De Hert, Paul (eds.), *Research Handbook on Privacy and Data Protection Law. Values, Norms and Global Politics* (Cheltenham: Edward Elgar Publishing). Available in <https://doi.org/https://doi.org/10.4337/9781786438515.00007> [fecha de consulta: 13 de abril de 2024].
- THELWALL, Mike & STUART, David (2006): "Web crawling ethics revisited: Cost, privacy, and denial of service". *Journal of the American Society for Information and Technology* vol. 57 No. 13. Available in <https://doi.org/https://doi.org/10.1002/asi.20388> [fecha de consulta: 13 de abril de 2024].
- UGWUDIKE, Pamela (2021): "Data-Driven Technologies in Justice Systems: Intersections of power, data configurations, and knowledge production", in Lavorgna, Anita & Holt, Thomas J. (eds.), *Researching cybercrimes. Methodologies, ethics, and critical approaches* (Cham: Springer). Available in https://doi.org/10.1007/978-3-030-74837-1_5 [fecha de consulta: 13 de abril de 2024].

- UTSET, Manuel A. (2021): "Predictive policing and criminal law", en McDaniel, John & Pease, Ken G., *Predictive Policing and Artificial Intelligence* (London/New York: Routledge) pp. 163-182. Available in <https://doi.org/10.4324/9780429265365-8> [fecha de consulta: 13 de abril de 2024].
- VANDEN BROUCKE, Seppe & BAESENS, Bart (2018): *Practical Web Scraping for Data Science* (Berkeley: Apress). Available in <https://doi.org/https://doi.org/10.1007/978-1-4842-3582-9> [fecha de consulta: 13 de abril de 2024].
- VARGAS PÁVEZ, Macarena y FUENTES MAUREIRA, Claudio (2018): *Introducción al derecho procesal. Nuevas aproximaciones* (Santiago: DER Ediciones).
- WALL, David S. (2014): "Internet mafias? The dis-organisation of crime on the Internet", in Caneppele, Stefano & Calderoni, Francesco (eds.), *Organized crime, corruption and crime prevention. Essays in honor of Ernesto U. Savona* (Cham: Springer) pp. 227-238. Available in https://doi.org/10.1007/978-3-319-01839-3_26 [fecha de consulta: 13 de abril de 2024].
- WALL, David S. (2015): "Dis-organised crime: Towards a distributed model of the organization of cybercrime". *The European Review of Organised Crime* vol. 2 No. 2: pp. 71-90.
- WILSON, Dean (2018): "Algorithmic patrol. The futures of predictive policing", in Završnik, Aleš (ed.), *Big Data, Crime and Social Control* (London/New York: Routledge): pp. 108-127. Available in <https://doi.org/https://doi.org/10.4324/9781315395784-6> [fecha de consulta: 13 de abril de 2024].
- WRIGHT, Steven A. (2020): "AI in the Law: Towards Assessing Ethical Risks", in IEEE, *2020 IEEE International Conference on Big Data (Big Data)*. Available in <https://doi.org/10.1109/BigData50022.2020.9377950> [fecha de consulta: 13 de abril de 2024].
- XIAO, Geoffrey (2021). "Bad Bots: Regulating the Scraping of Public Personal Information". *Harvard Journal of Law & Technology* vol. 34 No. 2. Available in <https://jolt.law.harvard.edu/assets/articlePDFs/v34/6.-Xiao-Bad-Bots-Regulating-the-Scraping-of-Public-Personal-Information-edit.pdf> [fecha de consulta: 13 de abril de 2024].
- YEUNG, Karen (2019): *Responsibility and AI*. Available in <https://rm.coe.int/responsability-and-ai-en/168097d9c5> [fecha de consulta: 13 de abril de 2024].
- ZAPATA, Francisca (2004): *La prueba ilícita* (Santiago: Lexisnexis).
- ZAVRŠNIK, Aleš (2018a): "Algorithmic crime control", in Završnik, Aleš (ed.), *Big Data, crime and social control* (London/New York: Routledge) pp. 131-153 Available in <https://doi.org/https://doi.org/10.4324/9781315395784-7> [fecha de consulta: 13 de abril de 2024].
- ZAVRŠNIK, Aleš (2018b): "Big data. What is it and why does it matter for crime and social control?", in Završnik, Aleš (ed.), *Big Data, crime and social control* (London/New York: Routledge) pp. 3-28.

ZAVRŠNIK, Aleš (2019): "Algorithmic justice: Algorithms and big data in criminal justice settings". *European Journal of Criminology* vol. 18 No. 5: pp. 623-642. Available in <https://doi.org/https://doi.org/10.1177/1477370819876762> [fecha de consulta: 13 de abril de 2024].

ZHAO, Bo (2022): "Web scraping", in Schintler, Laurie A. & McNeely, Connie L., *Encyclopedia of Big Data* (Cham: Springer) pp. 951-953. Available in <https://doi.org/10.1007/978-3-319-32010-6> [fecha de consulta: 13 de abril de 2024].

Normas

Ley n° 19628, sobre protección de la vida privada, 24 de agosto de 1999.

Ley n.° 21577, fortalece la persecución de los delitos de delincuencia organizada, establece técnicas especiales para su investigación y robustece comiso de ganancias, 15 de junio de 2023.

Jurisprudencia

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DE ALEMANIA, BVerfGE 65, 1-71 [www.bverfg.de/e/rs19831215_1bvr020983en.html] [fecha de consulta: 13 de abril de 2024].

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DE ALEMANIA, BVerfGE 115, 320-381 [www.bverfg.de/e/rs20060404_1bvr051802en.html] [fecha de consulta: 13 de abril de 2024].

INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y PRISIÓN PREVENTIVA

ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND PREVENTIVE DETENTION

*Cristian Ramírez Tagle**

RESUMEN: El uso de sistemas de inteligencia artificial (IA) en decisiones cautelares judiciales ofrece ventajas significativas, especialmente en la valoración del riesgo del *periculum in mora*, debido a su capacidad para procesar más datos de los que un juez podría manejar solo, lo que podría llevar a decisiones mejor fundamentadas. No obstante, estos sistemas no están exentos de sesgos y riesgos de discriminación, similares a los inherentes en el razonamiento humano, lo que puede resultar en decisiones injustas y difíciles de impugnar. La dependencia excesiva en resultados algorítmicos por parte de fiscales y jueces, especialmente en situaciones de incertidumbre y falta de evidencia suficiente, puede conducir a decisiones sesgadas. Es crucial implementar medidas que aseguren que la IA en el sistema judicial respete los derechos fundamentales de los imputados, incluyendo una legislación precisa, la transparencia de los algoritmos y datos utilizados, y limitar el papel de la IA a un complemento del juicio jurisdiccional. Además, se debe reconocer las limitaciones de la IA en la reconstrucción de hechos y valoración específica de casos, garantizando que las decisiones que afectan la libertad individual respeten el principio de legalidad y la transparencia del proceso, desarrollándose de manera individualizada y bajo la potestad del juez.

PALABRAS CLAVES: IA (inteligencia artificial), decisiones cautelares, discriminación, sesgos, algoritmos, principio de legalidad, facultades del juez.

ABSTRACT: The use of artificial intelligence (IA) systems in judicial interim decisions offers significant advantages, especially in assessing the risk of *periculum in mora*, due to their ability to process more data than a judge could handle alone, which could lead to better informed decisions. However, these

* Profesor de Derecho Procesal, Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo. Correo electrónico cristian.ramirez@udd.cl

systems are not free from biases and risks of discrimination, like those inherent in human reasoning, which can result in decisions that are unfair and difficult to challenge. Over-reliance on algorithmic results by prosecutors and judges, especially in situations of uncertainty and lack of sufficient evidence, can lead to biased decisions. It is crucial to implement measures that ensure that IA in the judicial system respects the fundamental rights of the accused, including precise legislation, transparency of the algorithms and data used, and limiting the role of IA to a complement to jurisdictional judgment. In addition, the limitations of the IA in the reconstruction of facts and specific assessment of cases must be recognized, ensuring that decisions affecting individual freedom respect the principle of legality and transparency of the process, developing in an individualized manner and under the power of the judge.

KEYWORDS: IA (artificial intelligence), precautionary decisions, discrimination, biases, algorithms, principle of legality, powers.

INTRODUCCIÓN

La utilización de algoritmos e inteligencia artificial (IA en adelante) en el ámbito judicial, en especial en la justicia penal es una realidad en auge. Las aplicaciones tecnológicas en el ámbito de la justicia penal son muchas y muy variadas, abarcando ámbitos tan diversos como el apoyo a la investigación policial, la prevención delictiva, la valoración de las pruebas o la evaluación de riesgos^{1,2}. Pero, de entre todas ellas, la denominada justicia predictiva³, sobre todo cuando se usa para apoyar decisiones judiciales restrictivas de derechos –tales como la adopción de medidas de seguridad, penas o medidas cautelares– resulta especialmente problemática por los riesgos que acarrea para los derechos fundamentales y las garantías procesales.

La investigación trata la aplicación de la IA en las decisiones de medidas cautelares, en particular en la prisión preventiva. Dado que dicha medida es

¹ Sobre las diversas aplicaciones de la IA, y más en general de los avances tecnológicos, al proceso penal, véase HERNÁNDEZ (2019) pp. 792-843.

² Se cuenta con diferentes sistemas de predicción de riesgo (*risk assessment instruments*, *Public Safety Assessment*, PSA) que se utilizan, tras la condena, en más de veinte jurisdicciones de Estados Unidos desde hace años (Jorge CASTELLANOS y MONTERO (2020) p. 73). En este contexto en Estados Unidos ya se han introducido de forma obligatoria distintos *softwares* para predecir la probabilidad de reincidencia de delincuentes y han sido cuestionados, teniendo en cuenta, sin ir más lejos, lo sucedido con el caso Wisconsin contra Loomis, en el que se empleó el programa informático COMPAS y MONTERO (2020), pp. 73, 77-78 y DE HOYOS (2020) p. 25.

³ Sobre este uso de la IA, véase KEHL, GUO and KESSLER (2017) y más reciente GUTIÉRREZ (2023).

la cautelar más restrictiva para los derechos del acusado, es crucial que esté protegida por garantías sólidas al momento de su implementación. En este contexto, se busca determinar hasta qué punto la implementación de la IA podría potenciar la efectividad en la toma de decisiones respecto al estado cautelar personal del imputado, evaluando las circunstancias que fundamentan la adecuación y necesidad de aplicar una medida de prisión preventiva.

En la fase cautelar del proceso judicial, donde predominan las incertidumbres, la valoración de riesgos es un componente crítico. En este entorno, las capacidades de la IA son particularmente valiosas, ofreciendo herramientas robustas para manejar y analizar los riesgos de manera eficiente y efectiva⁴. Sin embargo, el uso de estas herramientas tecnológicas puede resultar controvertido si se toma en cuenta, en primer lugar, que hablamos de medidas restrictivas del derecho a la libertad y, en segundo lugar, que tales medidas se aplican a un sujeto que debe de ser considerado inocente, en tanto que aún no ha sido enjuiciado y condenado. Se reflexiona sobre la forma en que la introducción de la IA como herramienta para la toma de decisiones cautelares privativas de libertad puede afectar a los derechos del justiciable, haciendo especial hincapié en las cautelas que deberían adoptarse para prevenir la vulneración o el menoscabo de tales derechos. En definitiva, se determinará en qué medida los sistemas son aptos y eficaces para valorar la concurrencia de los presupuestos de la prisión provisional y de qué forma su uso puede ser introducido de manera respetuosa con los derechos del encausado. A tal fin, se examina cómo son tomadas las decisiones cautelares por los jueces para, a continuación, determinar en qué medida sus procesos mentales son replicables y, en su caso, mejorables, por sistemas de IA, capaces de gestionar ingentes cantidades de datos.

El texto señala que se discutirán los principales riesgos asociados al uso de sistemas de IA en la justicia cautelar, así como las medidas de protección que deben implementarse para mitigar estos riesgos.

I. LA EVALUACIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES EN EL CONTEXTO JUDICIAL ESTUDIO DE HEURÍSTICOS Y SESGOS

Para evaluar hasta qué punto la IA puede contribuir en la toma de decisiones cautelares, en especial, en la determinación de la necesidad de prisión preven-

⁴ Sobre los sistemas de IA para la valoración de riesgos, véase SIMÓN (2021) pp. 130-148, quien explica de forma accesible cómo funcionan los sistemas de valoración de riesgo, en el ámbito del *compliance* empresarial. Sobre los retos y los problemas que plantea la justicia predictiva desde el punto de vista del principio de legalidad, la presunción de inocencia o el derecho de defensa, véanse las reflexiones de ZAVRŠNIK (2019) pp. 13-14.

tiva, es fundamental, primero, examinar cómo se llevan a cabo los procesos de decisión mental en este contexto judicial. En este aspecto, el primer factor crítico para la toma de decisiones cautelares es el ambiente de incertidumbre que caracteriza la imposición de medidas cautelares durante una etapa procesal donde las pruebas no se han realizado ni presentado, dado que esto ocurre en la etapa del juicio oral. Sin embargo, en esta fase aún se deben tomar decisiones significativas basadas en indicios o elementos de convicción no siempre sólidos⁵.

Pere Simón⁶ indica que en situaciones donde los jueces deben tomar decisiones rápidas con evidencia mínima o nula, como es común en las medidas cautelares, factores del entorno cercano al juez y variables emocionales influyen significativamente. Estos pueden incluir la apariencia del acusado o el lenguaje que utiliza, lo que puede afectar el juicio del juez de manera más pronunciada bajo estas circunstancias de presión y limitación probatoria. Y, en este sentido, una de las principales ventajas del uso de la IA en el ámbito judicial es su capacidad para evaluar riesgos de manera automatizada, utilizando datos y evidencias objetivas. Esto permite avanzar hacia la superación de los sesgos personales y subjetivos inherentes en los juzgadores humanos, ofreciendo un enfoque más imparcial y basado en hechos en la toma de decisiones cautelares⁷. Sin embargo, no se puede menospreciar el hecho de que tanto las bases de datos como los algoritmos son creaciones humanas y, como tal, los modelos matemáticos en que se sustentan reflejan objetivos e ideologías.

Tanto Pere Simón⁸ como Jordi Nieva⁹ se refieren a los heurísticos de pensamiento descritos por Amos Tversky y Daniel Kahneman¹⁰ para describir algunos de los procesos mentales que siguen los jueces para tomar sus decisiones. Se distinguen, en este sentido, el heurístico de la representatividad¹¹, el

⁵ NEIRA (2021) pp. 1897-1933.

⁶ SIMÓN (2021) p. 120.

⁷ Es lo que BORGES (2020) p. 57, denomina la “trampa de la neutralidad”, basada en la creencia de que la IA se alimenta única y exclusivamente de cifras y que los números solo pueden ser tratados de forma matemática, alimentando con esto el mito de su matematización.

⁸ SIMÓN (2021) pp. 116-120.

⁹ NIEVA (2018) pp. 45-60.

¹⁰ KAHNEMAN, SLOVIC and TVERSKY (1982).

¹¹ En KAHNEMAN, SLOVIC and TVERSKY (1982), pp. 84-98, esp. p. 97. Se afirma que una persona utiliza la heurística de disponibilidad cuando evalúa la frecuencia o probabilidad de eventos basándose en la facilidad con la que puede recordar ejemplos o asociaciones específicas /frontmatter/9780521284141_frontmatter.pdf. Según los estudios citados por estos autores, los hallazgos respaldan la teoría de que las personas estiman la probabilidad de eventos según cuán representativos son estos de un patrón o proceso relevante. Además, sugieren que la probabilidad percibida de un evento puede aumentar con su especificidad, por lo que un objetivo más detallado podría percibirse como más probable que uno de sus elementos individuales.

heurístico de accesibilidad o disponibilidad¹², heurístico de anclaje o ajuste¹³ y el de afección¹⁴.

Según el heurístico de representatividad, el juicio humano evalúa la probabilidad de una hipótesis basándose en experiencias pasadas y en el éxito de decisiones previas. Un evento es percibido como probable si se ajusta a las características típicas de su grupo de origen o del proceso que lo generó, según la experiencia del evaluador. En cuanto al heurístico de accesibilidad, este se refiere a cómo las personas tienden a considerar más probables aquellas hipótesis que recuerdan de manera más fácil, debido a que son más prominentes en su memoria. El heurístico de anclaje, relevante en el contexto judicial, implica que el juez forma una impresión inicial sobre un caso y luego interpreta la información de manera que se alinee con esta impresión inicial, a menudo influenciada por su perspectiva personal. Finalmente, el heurístico de afecto introduce un elemento emocional en la toma de decisiones, lo cual es difícil de replicar con sistemas de inteligencia artificial. Aquí surge un interrogante complejo sobre si es beneficioso o recomendable eliminar componentes como la empatía o la inteligencia emocional del proceso de decisión¹⁵.

La interacción de estos procesos psicológicos en la toma de decisiones conduce a que, de forma frecuente, las decisiones cautelares se tomen de manera casi automática, basadas en la experiencia reciente del juez. Este fenómeno lleva a que se dé una importancia especial, a veces excesiva, a ciertas variables, como la nacionalidad del imputado o la naturaleza del delito observado. Esto ocurre porque estas variables estuvieron presentes en casos recientes o en juicios pasados considerados emblemáticos, sin que se realice un balance adecuado con otras variables específicas y distintas del nuevo caso en cuestión¹⁶. Así, pues, tal y como advierte Pere Simón, en relación con las decisiones cautelares:

“se produce una suerte de automatismo en relación con casos parecidos o análogos que han sido resueltos con anterioridad, porque ante la falta de actividad probatoria difícilmente se pueden apoyar en algo más.

¹² De acuerdo con KAHNEMAN and TVERSKY (1982) pp. 163-178. Se afirma que una persona utiliza la heurística de disponibilidad cuando evalúa la frecuencia o probabilidad de eventos basándose en la facilidad con la que puede recordar ejemplos o asociaciones específicas.

¹³ El heurístico de anclaje o ajuste supone, en el ámbito de las decisiones judiciales, que el juzgador tiende a hacerse una idea inicial del asunto y, posteriormente, a reinterpretar los datos en relación con tal posicionamiento inicial, muchas veces tamizado por su personal forma de entender e interpretar la realidad.

¹⁴ La afección se refiere a la influencia que, en las decisiones judiciales, tienen las emociones.

¹⁵ Tal y como indica ZAVRŠNIK (2019) p. 12, la empatía u otras cualidades personales son tipos de sesgos que mejoran la equidad medible estadísticamente, por lo que quizá no deberían de eliminarse del ámbito judicial.

¹⁶ NEIRA (2021) p. 1903.

Se refuerza el anclaje basado en la comodidad y la necesaria reducción de la carga de trabajo, la accesibilidad y la disponibilidad en relación con aquellos argumentos que el juzgador tiene más cerca, esto es, los de quien solicita o interesa la medida, es decir, el Ministerio Fiscal, y la representatividad¹⁷.

Es importante advertir que los referidos procesos mentales, empleados por el juez cotidianamente en su toma de decisiones, no están exentos de sesgos¹⁸. La cuestión es determinar si tales formas de tomar decisiones pueden ser replicadas, y en su caso mejoradas, con sistema de IA que, manejando datos en mayor cantidad y de mejor calidad que los retenidos por la memoria humana, puedan servir de complemento eficaz a las decisiones judiciales, al nutrir la valoración judicial sobre los presupuestos de adopción de las medidas cautelares.

Aunque es cierto que la IA puede manejar grandes volúmenes de datos que exceden la capacidad de memoria y análisis humano, la construcción del algoritmo y la selección de los datos para su entrenamiento son decisiones humanas. Esto puede llevar a que los sesgos inherentes al pensamiento humano se transfieran y potencialmente se intensifiquen en los resultados generados por el algoritmo¹⁹.

II. PRISIÓN PREVENTIVA Y EL USO DE LA IA PARA VALORAR SUS PRESUPUESTOS

1. *Algunos conceptos previos.*

De todas las medidas coercitivas de carácter cautelar que se puedan verificar en el proceso penal, ninguna preocupa tanto y ha sido objeto de tanta atención

¹⁷ SIMÓN (2021) p. 122.

¹⁸ La existencia de estos sesgos ya fue advertida por KAHNEMAN, SLOVIC and TVERSKY (1982), p. 20, en cuya opinión estos heurísticos son muy económicos y suelen ser eficaces, pero conducen a errores sistemáticos y predecibles. Una mejor comprensión de estos heurísticos y de los sesgos a los que conducen podría mejorar los juicios y las decisiones en situaciones de incertidumbre. Así, por ejemplo, el heurístico de accesibilidad podría dar lugar al sesgo de correlación ilusoria, acuñado por CHAPMAN (1967) pp. 151-155.

Este sesgo lleva a una sobreestimación de la correlación entre dos eventos y actúa como un sesgo de confirmación, donde la persona toma decisiones basándose principalmente en información que confirma sus creencias o hipótesis previas, mientras omite aquella que las contradice.

¹⁹ En este sentido, tal y como indica MARTÍNEZ (2018) p. 496, “cuando se afirma que la información que proporcionan las herramientas de valoración de riesgos es objetiva, y por ello preferible a la valoración personal del juez, que puede estar sesgada por prejuicios inconscientes (raciales, de clase, de género, etc.), se olvida que los algoritmos son un mero reflejo de los datos con los que se los alimenta, de modo que si esos datos incorporan sesgos el algoritmo los reproducirá, o peor aún, los exacerbará”.

legal y jurisprudencial como la prisión preventiva. Ello, en todo caso, parece lógico, ya que ningún instrumento procesal afecta con tal magnitud los derechos fundamentales del imputado, que mientras pende el juicio se considera para todos los efectos legales como inocente. Sabido es que la regulación legal de la prisión preventiva en nuestro derecho no es algo reciente. En efecto, desde su instauración por la Ley n.º 1853²⁰, de 19 de enero de 1906, hasta su última modificación por la Ley n.º 21635, de 16 de diciembre de 2023, dicho instituto cautelar ha experimentado por vía legal más de treinta modificaciones a lo largo de su historia. Pueden ser muchos los argumentos utilizados para avalar tal postura, sin embargo, nada más que la valoración sostenida de inseguridad y la efervescencia política tienden a explicar su constante mutación²¹.

Es una medida cautelar personal que consiste en la privación temporal de la libertad ambulatoria de una persona mediante su ingreso a un centro penitenciario, durante la sustanciación de un proceso penal y con el fin de asegurar los fines del procedimiento. José Vicente Gimeno Sendra la define como la situación nacida de una resolución jurisdiccional, de carácter provisional y limitada, por la que se restringe el derecho a la libertad a un imputado de la comisión de un delito de especial gravedad y en quien concurra un peligro de fuga suficiente para presumir racionalmente que no acudirá a la llamada de la celebración del juicio oral, así como para conjurar los riesgos de reiteración delictiva, de ocultación o destrucción de las fuentes de prueba y la puesta en peligro de la víctima²².

Debe ser decretada por el tribunal a disposición del cual esté el imputado, por resolución fundada y siempre en audiencia, oyendo a todos los intervinientes (requisito de validez la presencia del imputado, salvo incomparecencia a juicio oral).

Se puede decretar en cualquier etapa del procedimiento (después de la formalización).

No existen delitos inexcusables, la Constitución Política de la República indica que la libertad del imputado procede siempre, salvo que el juez considere la medida como necesaria para las investigaciones o para la seguridad del ofendido o de la sociedad (art. 19 n.º 7 letra e).

Es una medida doblemente excepcional: afecta la libertad personal dentro del proceso y solo procede cuando las otras medidas son insuficientes para asegurar los fines del procedimiento.

No se considera como una anticipación de la prueba, dada la presunción de inocencia que caracteriza a la legislación procesal penal; solo se justifica para asegurar los fines del procedimiento.

²⁰ *Código de Procedimiento Penal*.

²¹ BELTRÁN (2012) art. 6, p. 466.

²² GIMENO (2020) p. 44.

No procederá ordenar prisión preventiva (art. 141 del *CPP*):

- a. Cuando el delito imputado estuviere sancionado únicamente con penas pecuniarias o privativas de derechos. En estos casos solo procede la citación.
- b. Cuando se tratare de delitos de acción penal privada.
- c. Cuando el imputado se encontrare cumpliendo una pena privativa de libertad. Si ésta terminare en un corto plazo, la privación de libertad se puede decretar como anticipada y para ejecutarse cuando termine de cumplir la pena; sin embargo, se puede decretar cuando el imputado no cumpla las cautelares en libertad, cuando pudiere considerarse que el imputado pudiere incumplir con su obligación de permanecer en el lugar del juicio o cuando no concurra a juicio oral.

La discusión respecto a decretar, sustituir o dejar sin efecto la prisión preventiva puede renovarse en cualquier momento del procedimiento. Sobre ello se volverá discutir el objetivo del presente trabajo.

La solicitud de revocar la prisión preventiva puede rechazarse de plano por el tribunal (aunque muchos órganos jurisdiccionales igualmente deciden citar a audiencia al efecto).

La revisión de la prisión preventiva es obligatoria cuando han transcurrido más de seis meses desde el último debate oral en relación con aquello, también cuando se alcanza la mitad de la pena a imponer o impuesta.

También será puesto en libertad en el supuesto de producirse sentencia absolutoria, aunque esta no sea firme.

Como en el resto de medidas cautelares, la adopción de la medida de prisión preventiva exige la concurrencia de determinados requisitos, los cuales son expresados en el art. 140 del *CPP*, desde ya se exige que la investigación esté formalizada²³ y que lo solicite el Ministerio Público o el querellante.

En la línea con lo apuntado para las medidas cautelares en general, es común aglutinar dichas condiciones en la concurrencia de dos supuestos: uno material y otro cautelar. Respecto al criterio material, de acuerdo con el art. 140 letras a) y b) del *Código Procesal Penal*, para que el juez pueda decretar la prisión preventiva, debe considerar que los antecedentes presentados por el fiscal demuestren la existencia del hecho punible y den cuenta de presunciones fundadas de participación del imputado. Con dicha exigencia, lo que se in-

²³ La formalización de la investigación es un acto fundamental dentro de la etapa de investigación, en el procedimiento ordinario por crimen o simple delito de acción penal pública. Ello, porque su finalidad es dar a conocer el contenido de la imputación, permitiendo contar con la información necesaria para articular la defensa. Además, porque el acto está dispuesto de modo que el ministerio público goza de bastante libertad para realizarlo, pero, una vez llevado a cabo, constituye un límite para dicho órgano –y para el querellante– a la hora de formular la acusación. Mayores antecedentes en FALCONE (2014) pp. 183-224.

tenta –mirado desde el punto de vista argumental– es sustentar la existencia de una imputación suficiente y seria sobre la base de antecedentes sólidos que permitan proyectar la realización del juicio y una eventual condena. Respecto al criterio cautelar, de acuerdo con la letra c) del citado artículo, la prisión preventiva se presenta como una medida cautelar personal²⁴ y, de este modo, como un medio o instrumento idóneo afecto a un fin determinado constitucionalmente legítimos y congruentes con la naturaleza de la medida.

2. La adopción de la medida de prisión preventiva

Los requerimientos esenciales de las medidas cautelares, y así la consistente en la privación temporal de libertad, están basados en la concurrencia de los requisitos *fumus bonnis iuris (o commisi delicti)* o apariencia de buen derecho, y *periculum in mora (o libertatis)* o peligro por la mora procesal. De este modo, se asegura que la adopción de la medida de prisión preventiva no quede, en modo alguno, al arbitrio del órgano jurisdiccional que viene conociendo del asunto, exigiéndose que la resolución que sirve para adoptarla sea fundada, asegurándose, por tanto, que el mismo contenga una suficiente y fundada motivación que justifique tan gravosa medida frente a la suspensión de derechos fundamentales de quien se encuentra sujeto a la misma. Resolución que será recurrible.

Por consiguiente, no se tratan de presupuestos meramente enunciativos, sino que debe producirse un juicio de razonabilidad y coherencia jurídica que justifiquen privar de libertad a quien todavía no ha sido declarado culpable por unos hechos que, hasta el momento, tan solo revisten apariencia delictiva.

El establecimiento del elemento material en la prisión preventiva, como ya se indicó en el número anterior, responde a la exigencia del solicitante de “acreditar” que existen antecedentes que justificaren la existencia del delito que se investigare y que existen antecedentes que permitieren presumir fundadamente que el imputado ha tenido participación en el delito como autor, cómplice o encubridor.

Así, cuando se analizan los fundamentos de esta decisión provisional hay que tener presente que ni el juez en el caso particular, ni el sistema en su conjunto, quieren abrir una discusión en profundidad sobre la prueba; hacerlo significaría anticipar el juicio oral y dar a la decisión jurisdiccional mayor consistencia y, con ello, potencialmente mayor permanencia. En este sentido Mauricio Duce y Cristian Riego²⁵, al igual que María Inés Horvitz y Julián López²⁶,

²⁴ BELTRÁN (2012) art. 6 p. 467.

²⁵ DUCE y RIEGO (2007a) p. 38.

²⁶ LÓPEZ y HORVITZ (2008) p. 401.

sostienen²⁷ que la norma chilena permitiría afirmar que la letra b) del art. 140 del *Código Procesal Penal* exigiría una probabilidad y la letra a) una certeza. En la misma senda, Rafael Blanco indica:

“al solicitar la prisión preventiva, el fiscal debe acreditar ante el juez ‘la plausibilidad del caso’. Se trata de una exigencia menor en términos probatorios que las que rigen para dictar sentencia en el juicio oral; y el tribunal debe limitarse a verificar si se cumplen o no los supuestos legales y si están demostrados los antecedentes concretos”²⁸.

Por otro lado, Mauricio Duce y Cristian Riego²⁹ postulan que, por ser una apreciación temprana, el juez frente a una solicitud de prisión preventiva debe verificar la seriedad de los cargos, esto es, que la información con que cuenta el fiscal:

“tenga los elementos necesarios que permitan fundamentar los cargos de un modo suficientemente convincente, en términos de prever que habrá de llevarse adelante un juicio en el que la prueba será examinada pormenorizadamente y que luego será valorada en la sentencia”³⁰.

Creo que la prisión preventiva debe limitarse a los casos de gran probabilidad de condena³¹.

²⁷ Siguiendo a Julio Maier, expresa: “Quien aprecia los elementos de prueba puede, sin embargo, adoptar decisiones diferentes respecto de la verdad: puede convencerse de que la ha alcanzado, tiene la certeza de que su reconstrucción es correcta; se inclina a admitir que ha alcanzado la verdad, pero en un grado menor al anterior, pues los elementos que lo afirman en esa posición superan a otros que la rechazan, hábiles sin embargo para evitar su convicción total de haber elaborado un juicio correcto, sin errores, afirma la probabilidad de que su reconstrucción es acertada; por último, comprende que no conoce la verdad, pues los elementos que afirman algo se balancean con los que lo niegan, la duda es absoluta”. MAIER (1989) p. 258.

²⁸ BLANCO (2005) pp. 68-69.

²⁹ DUCE y RIEGO (2007b) p. 259.

³⁰ Interesante es el análisis que hace Ramón Beltrán, respecto de lo que ocurre en el derecho comparado, expresando: “ahora bien, tampoco es muy decidor lo que en el Derecho comparado se ha establecido al respecto. Alemania, por ejemplo, en vez de usar ‘el carácter de seriedad’ exigido antiguamente por nuestro legislador, exige como elemento material que exista ‘una sospecha vehemente’ de que el imputado ha cometido el hecho punible. El sistema norteamericano, a su vez, habla de ‘causa probable’ de la ocurrencia del hecho delictivo y de participación del imputado en el mismo. El sistema colombiano, por último, acercándose más a la noción de seriedad de cargos, refiere al hecho de ‘inferir razonablemente’ que el imputado puede ser autor o participe de la conducta delictiva que se Investiga”. BELTRÁN (2012) art. 6 p. 469.

³¹ Defienden este estándar parecido autores tales como RAGUÉS (2023) p. 174 y NIEVA (2018) p. 72. Este último señala que para decretar medidas tan graves como la prisión, en el proceso penal se requiere prácticamente de terminar una certeza de culpabilidad.

Por último, dependerá mucho de los criterios político-criminales que estén detrás de la idea de culpabilidad e inocencia sostenida.

Con la expresión 'delito', la norma está haciendo referencia a todos los aspectos objetivos y subjetivos del tipo penal.

Por su parte, en cuanto a la letra b del art. 140, se exige la concurrencia de elementos probatorios que, al menos a primera vista, parezcan serios, en el sentido de que permitan estimar que, de ser efectivos, podrían terminar por inculpar al imputado, incluyendo conjeturas o especulaciones sin fundamento³².

De este modo, dicha resolución debe mencionar con claridad, por una parte, cuáles son los indicios o sospechas fundadas de la participación del imputado en los hechos objeto del proceso. Acerca de este extremo, debe producirse necesariamente en la existencia de razonables sospechas de la comisión de un delito por el eventual destinatario de la medida.

Pues bien, hay que advertir que, en este ámbito, la ayuda que los sistemas de IA podrían brindar es limitada, más allá de sus potencialidades como instrumento de apoyo a la investigación³³ o de apoyo a la valoración de las evidencias u otros elementos u otros elementos de convicción. Dado que la evaluación de este criterio requiere reconstruir hechos pasados, asignarles un nivel de credibilidad y valorarlos, las herramientas de justicia predictiva o evaluación de riesgos no deben influir, de ninguna manera, en este juicio. Este debe llevarse a cabo de manera independiente y autónoma, sin ser afectado por ningún factor externo al delito que se está investigando³⁴.

Por otro lado, aunque no se puede demandar certeza absoluta sobre la responsabilidad penal del investigado debido al momento procesal en que se determinan las medidas cautelares, para dictar una prisión provisional, el juez debe estar convencido de la comisión del delito con una alta probabilidad. Además, si bien los modelos de distribución de probabilidades permiten cuantificar el nivel de incertidumbre, esto no elimina la necesidad de establecer un umbral, es decir, de decidir cuánta importancia se debe otorgar a la certeza del riesgo previsto, traduciendo la probabilidad algorítmica al lenguaje judicial. En última instancia, será el juez quien, valorando conjuntamente los elementos de convicción disponibles, entre los que podría estar el resultado algorítmico directo o indirecto acerca de la probabilidad de comisión del hecho,

³² HADWA (2020) pp. 97-98.

³³ A este respecto pueden resultar útiles instrumentos como VALCRI (Visual Analytics for sense making in Criminal Intelligence Analysis, que sirve a los investigadores para relacionar evidencias obtenidas en la escena del crimen con datos contenidos en bases de datos policiales, con ayuda de técnicas biométricas y de reconocimiento facial. Sobre este sistema, véase ESTÉVEZ (2019) pp. 115-174.

³⁴ NEIRA (2021) p. 1907.

determine en qué medida considera suficientemente acreditado que el imputado ha cometido un delito de cierta gravedad³⁵.

Entonces, en este ámbito, la IA es más limitada, con dificultad puede sustituir al juicio jurisdiccional, que además ha de guiarse por principios como el *in dubio pro reo* o el favorecimiento de la libertad personal, que encierran auténticos valores, no siempre reducibles a una secuencia lógica o a un umbral estadístico³⁶.

En consecuencia, tal como lo sostiene Jordi Nieva³⁷, este requisito debe seguir siendo valorado por el juez y evitar que se confunda con peligrosidad de autoría, como consecuencia del uso de las herramientas de inteligencia artificial, como sostiene Ana María Neira hay que evitar que este análisis por el juzgador se distorsione con valoraciones sobre el riesgo de reincidencia, delictiva o con predicciones de comportamiento futuro, lo que llevan a confundir el juicio de imputación con el juicio de peligrosidad³⁸.

El riesgo de confusión aumenta si se considera que, en la etapa cautelar, por definición, existe un vacío probatorio. Esto obliga al juez a tomar decisiones basándose en información incompleta, lo cual podría incentivar al magistrado a apoyarse en los perfiles de riesgo producidos por el sistema de IA para fundamentar, incluso de forma inconsciente, el juicio de imputación. Como medida de precaución, sería esencial que la autoridad judicial evitara utilizar herramientas de IA para predecir el riesgo de fuga o la reiteración delictiva, hasta que haya evaluado de manera suficiente y autónoma el *fumus commissi delicti*³⁹.

La IA se muestra, sin embargo, más útil para valorar el otro presupuesto procesal de las medidas cautelares: *el periculum in mora* o los riesgos concretos que las medidas cautelares tratan de precaver. Aunque su uso en este ámbito en absoluto está exento de riesgos ni debe de estar desprovisto de cautelas, la potencialidad de la IA para fundamentar estas valoraciones resulta indudable⁴⁰.

En cuanto a los requisitos de necesidad de cautela, respecto de la protección de la investigación, considero que esta causal se corresponde de mejor manera con los fines que la doctrina señala como atendibles con la prisión preventiva⁴¹. Si asumimos que la averiguación de la verdad corresponde a un fin del procedimiento, no es problemático el sostener que tanto la alteración de prue-

³⁵ NEIRA (2021) p. 1908.

³⁶ *Ibid.*

³⁷ NIEVA (2018) p. 74.

³⁸ NEIRA (2021) p. 1908.

³⁹ *Op. cit.* p. 1909.

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ MARÍN (2004) p. 37.

bas como la inducción a terceros para que informen falsamente obstaculiza una finalidad procedimental. Julio Maier⁴² sostiene:

“la correcta averiguación de la verdad puede ser obstaculizada por [...] que el propio imputado destruye rastros del delito, se acuerda con sus cómplices, pretende influir sobre los testigos”.

El *Código* señala los casos en los que se entenderá que la prisión preventiva es indispensable para esta finalidad. Se hace presente que el solo desarrollo de la investigación no puede servir como excusa para la privación de libertad, sino que la ley exige antecedentes específicos que permitan sospechar al tribunal de una intención de impedir el normal desenvolvimiento del proceso⁴³. De la misma manera, los actos sospechados no pueden encontrarse abarcados dentro del derecho a defensa⁴⁴. Al respecto:

“Es inadmisibles deducir automáticamente la existencia de peligro de entorpecimiento a partir de la posibilidad de entorpecer que se presenta en el caso concreto; ese peligro debe estar fundado en circunstancias determinadas”.

Nuestro *Código* da algunos parámetros:

“cuando existiere sospecha grave y fundada de que el imputado pudiere obstaculizar la investigación mediante la destrucción, modificación, ocultación o falsificación de elementos de prueba; o cuando pudiere inducir a coimputados, testigos, peritos o terceros para que informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente”.

Para evaluar este riesgo, puede ser crucial la combinación de los datos específicos del caso –como el tipo de delito, la existencia de una estructura organizativa o de personas vinculadas al acusado capaces de manipular o alterar las pruebas, el tipo de pruebas manejadas, la recencia de los hechos y la actitud cooperativa u obstructiva del acusado durante la investigación– con datos análogos de casos anteriores. Esto permitirá una estimación estadística del nivel de riesgo, el cual siempre deberá ser interpretado por el juez, tomando en cuenta factores como la actitud, habilidades y la capacidad real del sujeto para concretar objetivamente los riesgos identificados⁴⁵.

Se debe enfatizar la imperiosa necesidad de que los operadores judiciales realicen una interpretación cuidadosa de los datos proporcionados por las

⁴² MAIER (1989) p. 279.

⁴³ SZCZARANSKI (2010) p. 54.

⁴⁴ DUCE y Riego (2007b) p. 257.

⁴⁵ NEIRA (2021) p. 1917.

herramientas de IA, considerando las circunstancias específicas de cada caso. Aunque estas herramientas pueden estimar de manera más o menos fiable la manipulación de pruebas, la disposición del sujeto investigado en un caso particular puede requerir una interpretación que abarque aspectos históricos, contextuales y emocionales, elementos que una inteligencia artificial difícilmente puede replicar con fidelidad.

Además, es crucial señalar la importancia de la variabilidad en las decisiones cautelares. Estas decisiones no solo deben ser susceptibles de recurso, sino, también, revisables si las circunstancias que motivaron su adopción cambian. En este contexto, los sistemas de IA, en su función de recolectores de datos, pueden contribuir a mantener actualizado el nivel de riesgo y funcionar como un sistema de alerta ante modificaciones en las circunstancias originales que llevaron a una decisión cautelar. No obstante, este beneficio solo se materializará si los datos que alimentan estos sistemas se mantienen actualizados y los algoritmos se aplican para reevaluar decisiones cautelares ante la aparición de nueva información. De lo contrario, si se utilizan para evaluar los riesgos de manera estática, como si fueran una instantánea del nivel de riesgo en un momento dado, se corre el riesgo de que estos resultados se vuelvan obsoletos, a pesar de que las circunstancias relevantes hayan cambiado. Por tanto, el potencial dinamismo que la adecuada implementación de la IA podría introducir en el ámbito de las medidas cautelares representa otra significativa ventaja de su uso⁴⁶.

El silencio o la negativa del imputado no pueden ser invocados para fundar el peligro de entorpecimiento⁴⁷. La razón de esto último no debe ser cuestionada: siendo la declaración un derecho del imputado, de ninguna manera el no ejercicio de ese derecho puede fundamentar una medida cautelar.

Por otra parte, en relación con el hecho de que la libertad del imputado sea peligrosa para la víctima, aun cuando la seguridad de aquella no parece enmarcarse dentro de las finalidades del procedimiento, la protección de la víctima constituye uno de los principios básicos del proceso penal. En el *Código Procesal Penal* existe una preocupación constante del ofendido por el delito, estableciendo el art. 6 del *Código* que el Ministerio Público, el juez y la policía deben proteger a la víctima durante todas las etapas del procedimiento, asegurar la vigencia de sus derechos y otorgar trato acorde con su condición, respectivamente. Más aún, en el art. 83 de la Constitución Política de la República se establece el deber del Ministerio Público de adoptar las medidas para proteger a la víctima.

Ahora bien, el reconocimiento de un deber de protección a la víctima no puede significar que se pueda adoptar cualquier medida que tenga como fina-

⁴⁶ ÁLVAREZ (2023) p. 201.

⁴⁷ ROXIN (2000) p. 261.

lidad la seguridad de esta, existe un alejamiento de los fines cautelares reconocidos a la prisión preventiva⁴⁸. La aplicación de esta causal debe ser extraordinariamente restringida en consideración a los demás medios de protección a la víctima⁴⁹. Solo resultaría admisible la privación de libertad por esta causal si acaso la seguridad de aquella no puede alcanzarse por ningún otro medio, considerando, además, que el legislador ha establecido una alta exigencia para la concesión de esta causal, al requerirse antecedentes calificados.

El uso de IA a propósito de este presupuesto de necesidad de cautela es, a mi juicio, el mismo que el de reiteración delictiva, que se tratará más adelante.

En relación con la causal de peligro para la seguridad de la sociedad, debo indicar que dicha expresión es bastante vaga⁵⁰. Por lo que se hace necesario determinar cuál es el riesgo que se pretende neutralizar. El *Código Procesal Penal* en su art. 140 incisos 3 y 4 hacen alusión al historial o frecuencia delictiva del sujeto formalizado, cuando se refiere al número de delitos, la existencia de procesos pendientes, las condenas anteriores o si se encontraba en libertad condicional o cumpliendo alguna de las penas alternativas. Lo que se intenta es evitar que el imputado pueda incurrir en delitos durante el transcurso del proceso penal.

Respecto de la valoración del peligro para la seguridad de la sociedad, el legislador ha señalado, como ya se indicó, ciertos factores o indicadores que el juez debe considerar al momento de evaluar la peligrosidad del imputado, estos se encuentran dividido en dos grupos unos en el inciso tercero del art. 140 letra C y los otros en el inciso cuarto. Se trata de casos en los cuales se establece una presunción de peligrosidad criminal del imputado, esto es, la posibilidad de que en el caso concreto puede afectar el bien jurídico en análisis. Sin embargo, creo que ello no constituye un elemento objetivo que deje al tribunal en la obligación de ordenar en forma mecánica esta cautelar. A pesar de ello, constituye una práctica jurisprudencial la mera constatación en el caso concreto de las circunstancias mencionadas en los incisos ya indicados, lo que ha contribuido, en gran medida, a que en la práctica se esté introduciendo la nefasta figura de delitos inexcusables, como también aquel peligro para la seguridad de la sociedad es el criterio más utilizado por los tribunales a la hora de justificar la aplicación la prisión preventiva⁵¹, sin que, a mi juicio, ello constituya una motivación de la resolución judicial puesto que en la práctica forense

⁴⁸ MARÍN (2004) p. 38.

⁴⁹ LÓPEZ y HORVITZ (2008) p. 417.

⁵⁰ Siguiendo los criterios utilizados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Norín Catrیمان con Chile, sentencia 29 de mayo de 2014.

⁵¹ HADWA (2020) p. 134.

se basan exclusivamente en la gravedad de la pena asignada al delito objeto de la formalización o en criterios tales como “la forma de comisión del delito”, “las circunstancias del hecho” u otras formas análogas. Solo el peligro de reiteración delictiva debería servir en aquellos casos en los que se vislumbren muy altas probabilidades de que el imputado puede incurrir, en un tiempo inmediato, en la comisión de hechos punibles que se refieran a bienes jurídicos de relevancia⁵².

La ley entrega los elementos para valorar el peligro para la seguridad de la sociedad o el peligro de reiteración delictiva los cuales son los siguientes⁵³:

- Cuando los delitos imputados tengan asignada pena de crimen en la ley que los consagra.
- Cuando el imputado hubiere sido condenado con anterioridad por delito al que la ley le señale igual o mayor pena, sea que la hubiere cumplido efectivamente o no.
- Cuando se encontrare sujeto a alguna medida cautelar personal.
- Cuando se encontrare en libertad condicional.
- Cuando se encontrare gozando de alguno de los beneficios alternativos a la ejecución de las penas privativas o restrictivas de libertad contemplados en la ley.

El tribunal, además, deberá considerar especialmente alguna de las siguientes circunstancias:

- La gravedad de la pena asignada al delito.
- El número de delitos que se imputare.

⁵²Así, por ejemplo, de muchas sentencias, la Corte Suprema señala la necesidad de la concurrencia de nuevos antecedentes para revisar la medida de prisión preventiva. Roles n.ºs 17502-2019, 2438-2018 y 312-2021 (en esta última existe un voto disidente que da cuenta la necesidad de ponderar las actuales circunstancias del proceso en orden a los fundamentos que se tuvieron a la vista al momento de decretar la prisión preventiva). Y muchísimos más de las Cortes de Alzada, también aquí van ejemplos: CORTE DE APELACIONES DE ARICA (2023) rol 717-2023; CORTE DE APELACIONES DE ANTOFAGASTA (2023), rol 1444-2023; CORTE DE APELACIONES DE IQUIQUE (2012) rol 39-2012; CORTE DE APELACIONES DE COPIAPÓ (2015) rol 224-2015; CORTE DE APELACIONES DE LA SERENA (2008) rol 316-2008; CORTE DE APELACIONES DE RANCAGUA (2004) rol 22-2004; CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (2015) rol 2269-2015; CORTE DE APELACIONES DE SAN MIGUEL (2016) rol: 731-2016; CORTE DE APELACIONES DE VALPARAÍSO (2020) rol 277-2020; CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN (2019) rol 144-2019; CORTE DE APELACIONES DE CHILLAN (2023) rol 581-2023; CORTE DE APELACIONES DE VALDIVIA (2015) rol 747-2015; CORTE DE APELACIONES DE PUERTO MONTT (2017) rol 243-2017 y CORTE DE APELACIONES DE PUNTA ARENAS (2020) rol 67-2020.

⁵³ Los parámetros que se indican no constituyen un sistema de números *clausus*, sino que, deben ser ponderados con otros factores o circunstancias propias del caso concreto que se vinculan a la prognosis de peligrosidad criminal del imputado. Marcelo Hadwa, por ejemplo, señala la mayor o menor capacidad y experiencia del sujeto para incurrir en la comisión de delitos y las características personales del imputado. HADWA (2020) p. 146.

- El carácter de delitos que se le imputare.
- La existencia de procesos pendientes (con o sin cautelares) y
- El hecho de haber actuado en grupo o pandilla.

Recientemente se publicó la Ley n.º 21635, que incorpora nuevos criterios de procedencia de la medida cautelar de prisión preventiva.

Agrega como circunstancia para estimar que la libertad del imputado resulta peligrosa para la seguridad de la sociedad, la “gravedad del hecho”. Se adiciona el hecho que el imputado haya actuado formando parte de una “organización o asociación”.

Por último, se incorpora por la señalada ley como criterio para entender que la libertad del imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad: “cuando haya actuado haciendo uso de arma de fuego o de las armas señaladas en el artículo 3 de la Ley 17.798”. Asimismo, con el mismo objetivo se incorporó la circunstancia:

“cuando, en los últimos dos años, ha sido reiteradamente sometido (el imputado) a las medidas cautelares personales de detención, prisión preventiva o las del artículo 155 del CPP, si estas se han decretado por delitos que tengan asignada pena aflictiva”.

El desafío que presenta el uso de la IA en la evaluación de este aspecto radica en que el propio concepto de peligro para la seguridad de la sociedad o de reiteración delictiva, que presupone la certeza de que se ha cometido un delito, mientras que, en el marco de la aplicación de la prisión preventiva u otras medidas cautelares penales, el imputado debe ser considerado inocente. Por consiguiente, la valoración de este riesgo implica, necesariamente, un juicio favorable sobre la existencia del *fumus commissi delicti*, no es un escenario adecuado para la aplicación de análisis predictivos, dado que se centra en la reconstrucción de hechos pasados⁵⁴.

Por esta razón, hay autores que argumentan que el uso de estas herramientas predictivas del riesgo de reincidencia delictiva debería restringirse a las decisiones durante la fase de ejecución de la condena, evitando su uso en el ámbito cautelar. En esta fase, existe el riesgo de que estas herramientas perpetúen o, incluso, intensifiquen los errores y sesgos ya presentes en el juicio humano, con el problema adicional de que el juicio sobre la peligrosidad –*periculum in mora*– pueda dominar sobre el juicio de autoría o culpabilidad –*fumus commissi*

⁵⁴ DE HOYOS (2020) p. 32 nota 60, sostiene que resulta complicado admitir juicios predictivos de peligrosidad de un sujeto cuando todavía tiene la presunción de inocencia a su favor; aunque, a renglón seguido, la autora reconoce que, dado que es generalmente admitido el uso de las medidas cautelares con la finalidad de prevenir la reiteración delictiva, restringir el uso de la IA para valorar tal riesgo no tiene mucho sentido.

*delicti*⁵⁵. No obstante, otros sostienen que, si se aceptan las máximas de la experiencia utilizadas en el razonamiento judicial para hacer juicios predictivos respecto a las medidas cautelares, que también se basan en la generalización de experiencias con otros sujetos, no sería lógico restringir el uso de la IA en este contexto, siempre y cuando se aplique con las debidas garantías⁵⁶.

Es fundamental reconocer que los sistemas de IA predictivos no están libres de sesgos y riesgos. En primer lugar, esto se debe a que el algoritmo o los datos utilizados para su entrenamiento pueden perpetuar las discriminaciones existentes en las actuaciones policiales y judiciales. En segundo lugar, porque la fiabilidad de estos sistemas, en algunas ocasiones, no ha probado ser significativamente superior a la de la intuición humana. Sin embargo, en este último caso, se presenta con un barniz de cientificismo que puede conferir a las decisiones una autoridad categórica que resulta, cuando menos, preocupante⁵⁷.

En relación con el potencial uso de la IA en materia cautelar, es crucial enfatizar que ambos criterios –*fumus commissi delicti* y *periculum in mora*– deben evaluarse de manera autónoma y secuencial, asegurándose de que el riesgo de reiteración delictiva solo se considere una vez que se haya establecido la solidez del juicio reforzado de imputación. Además, es importante recordar que la reiteración delictiva no debe evaluarse de manera abstracta, sino en relación con el delito específico atribuido al acusado. Y, sin duda, es esencial que los resultados del algoritmo sean considerados por el juez, junto con toda la información del caso y las circunstancias concurrentes, bajo los principios de excepcionalidad y proporcionalidad que deben regir el uso de la prisión provisional⁵⁸.

Para el final he dejado el análisis en relación con el peligro de fuga, el que, a mi juicio, es el principal argumento que puede sostener la prisión preventiva. La letra c del art. 140 del *Código Procesal Penal* señala que esta se podrá adoptar si se logra acreditar la existencia de antecedentes calificados que permitirán el tribunal considerar que existe peligro de que el imputado se da la fuga⁵⁹. Al no contemplar la norma un contenido de lo que hace entenderse por riesgo

⁵⁵ NIEVA (2018) pp. 73-74.

⁵⁶ DE HOYOS (2020) p. 32.

⁵⁷ Interesante resulta en este caso en análisis la herramienta de riesgo de reincidencia COMPAS, el que se utiliza en varios Estados de Estados Unidos tanto para presos provisionales como definitivos, con base en datos de presos previos, así como con datos del encausado o preso en cuestión, que ha de responder un cuestionario con más de cien ítems distintos. Para mayor análisis y críticas al mismo. ROA (2022) pp. 1-36.

⁵⁸ NEIRA (2021) p. 1917.

⁵⁹ Cabe señalar que el texto original del *Código Procesal Penal* no consideró de manera expresa el riesgo de fuga como uno de los supuestos habilitantes para la adopción de la prisión preventiva, aun cuando en la práctica y así también la doctrina los reconocía en un elemento o criterio a considerar.

de fuga y considerando que es lo que se pretende garantizar la ejecución de la sentencia condenatoria⁶⁰, la idea que hay detrás es asegurar la presencia física del imputado en aquellas actuaciones cuya inexistencia produce la nulidad de las mismas. Estimo que no es posible determinar el riesgo de fuga en forma abstracta, sino que debe considerarse en relación con los antecedentes del caso, debiendo ser estos de carácter grave y evidente⁶¹. Mas aún, es perfectamente posible sostener que debería quedar circunscrito a aquellos supuestos en los que la eventual fuga tenga una mayor capacidad de afectar de forma negativa el correcto cumplimiento de la función del sistema penal. Ello exige ponderar la probabilidad de que el sujeto huya, que puede ser más o menos elevada en función de las circunstancias y de la experiencia supuestos similares.

Ho se han identificado cinco factores que debieran ser considerados para analizar el peligro de fuga: el comportamiento del imputado durante el proceso penal, la gravedad de la pena asignar delito, la naturaleza del delito, las circunstancias personales del imputado y los antecedentes penales. En definitiva, tal como lo postula Francisco Málaga Diéguez la prisión debe quedar limitada a los supuestos de riesgo de fuga elevados⁶².

La valoración conjunta de los elementos señalados conlleva sesgos. Así, por ejemplo, la sistemática discriminación de los extranjeros en la valoración del riesgo de fuga como determinante de la adopción de la medida de prisión preventiva. Detrás de esta discriminación parece estar el sesgo de confirmación denominado correlación ilusoria⁶³, propio del heurístico de representatividad, que conduciría a sobreestimar la correlación entre la condición de extranjero y las probabilidades de fugarse o de sustraerse a la acción de la justicia, subestimando, al mismo tiempo, otras circunstancias del caso que podrían abogar por la imposición de medidas cautelares menos restrictivas que la prisión.

Según Pere Simón⁶⁴, la aplicación de sistemas de IA en este campo no solo podría replicar el proceso cognitivo humano en la evaluación de tal riesgo, sino, también, permitir la identificación de patrones a través de la recopilación masiva de datos, revelando estadísticas sobre la probabilidad de que el investigado, en un caso específico, evada la acción de la justicia. No obstante, esta metodología presenta el problema de que puede generar respuestas automáticas, perpetuando o, incluso, exacerbando los sesgos inherentes al razonamiento judicial en esta área, al basarse en patrones de decisión previos sin reevaluar el

⁶⁰ RAGUÉS (2023) p. 180.

⁶¹ NIEVA (2012) p. 185.

⁶² MÁLAGA (2002) p. 213.

⁶³ NEIRA (2021) p. 1911.

⁶⁴ SIMÓN (2021) p. 78.

nivel de riesgo y la proporcionalidad de la medida de forma verdaderamente individualizada y ajustada a las particularidades del caso en cuestión⁶⁵. Esto representa un claro ejemplo del heurístico de anclaje llevado a su máxima expresión: datos que muestran altas tasas de encarcelamiento para extranjeros pueden reforzar y consolidar esta tendencia discriminatoria⁶⁶.

Para que el empleo de sistemas de IA constituya un beneficio real en la evaluación del riesgo de fuga, es crucial, por un lado, intentar mitigar los sesgos mencionados, así como otros relacionados con género, edad, tipo de delito, etcétera, durante la creación del algoritmo, en la selección de datos y, particularmente, en la interpretación contextual de los resultados generados por el sistema. Por otro lado, es esencial que el sistema disponga y maneje datos que no solo sean suficientes en cantidad, sino que, también, sean de alta calidad, tanto de casos anteriores como del caso específico en cuestión⁶⁷. Así, un formulario que recolecte y sistematice de forma adecuada toda la información relevante del caso puede ser muy valioso para un proceso eficiente de toma de decisiones⁶⁸.

Todo cuanto precede y señalo se ha comentado en epígrafes anteriores, deberá ser tenido en cuenta a la hora de adoptar la medida de prisión preventiva.

III. EVENTUALES INFRACCIONES A GARANTÍAS DEL ORDEN PROCESAL POR EL USO DE IA

Es imperativo reconocer la relevancia de los principios básicos del proceso penal, como la presunción de inocencia, el derecho a la defensa y el principio *in dubio pro reo*, entre otros. Estos principios son esenciales y deben ser cuidadosamente considerados en relación con las funciones jurisdiccionales, que no pueden ser reemplazadas por tecnologías de IA. No obstante, cuando

⁶⁵ De hecho, en el conocido caso Loomis uno de los argumentos del recurrente fue, ; que se había vulnerado su derecho a obtener una sentencia individualizada. Sin embargo, la Corte Suprema de Wisconsin (sentencia 13 de julio de 2016: State v. Loomis, 881, N.W.2d 749, 7532 (Wis, 2016)) rechazó el argumento, señalando que el recurrente tendría razón si el sistema COMPAS hubiese sido el único elemento a considerar en la valoración del riesgo, dado que la herramienta valora el riesgo de reincidencia para grupos de personas y no para individuos concretos. Sin embargo, en tanto que la herramienta sea utilizada como un elemento más de la decisión judicial, y valorada junto con el resto de circunstancias particulares propias del caso y del concreto individuo, su uso es legítimo. Sobre esta resolución, véanse las acertadas críticas de MARTÍNEZ (2018) pp. 490-502.

⁶⁶ DE HOYOS (2020) p. 28.

⁶⁷ SIMÓN (2021) p. 151, propone la incorporación al sistema de todos los datos que el encausado aporte voluntariamente (datos de navegación, correo electrónico, etcétera).

⁶⁸ NEIRA (2021) p. 1913.

estos sistemas de IA están diseñados y utilizados de modo adecuado, pueden servir como herramientas de apoyo judicial de gran utilidad práctica.

La evaluación de los sistemas de IA en el contexto judicial requiere un enfoque meticuloso y cauteloso, teniendo en cuenta cómo han sido diseñados y las premisas que utilizan. Esta precaución es crucial para evitar comprometer el derecho a la tutela judicial efectiva, que abarca no solo el derecho de defensa y el derecho a un juicio justo, sino, también, la protección fundamental del principio de presunción de inocencia. La integración de los sistemas tecnológicos en los procesos judiciales debe, por lo tanto, realizarse de manera que complemente y no suplante las decisiones humanas, asegurando que todos los derechos procesales sean respetados y que la justicia se administre de manera justa y equitativa⁶⁹.

La aplicación de la IA debe ser considerada como un apoyo secundario, fundamentada en los principios de legalidad y proporcionalidad. Esto requiere que el proceso de evaluación y decisión sea transparente y personalizado, tomando en cuenta las condiciones específicas de cada caso y de los individuos afectados por restricciones de derechos, como la libertad. Es decir, los sistemas tecnológicos no pueden reemplazar la autoridad judicial ni las responsabilidades inherentes a esta, que pertenecen exclusivamente a los jueces y tribunales.

Siguiendo a María Victoria Álvarez⁷⁰, para implementar sistemas de IA en el sistema judicial sin comprometer los derechos a una tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia, sobre todo en contextos como la imposición de la prisión preventiva, es esencial establecer una normativa específica que regule su uso en estos ámbitos. Según Monserrat de Hoyos Sancho⁷¹, esta regulación debería incluir disposiciones que aseguren el cumplimiento del principio de legalidad. Adicionalmente, basándose en la misma autora⁷², es crucial incorporar medidas que cumplan con el principio de proporcionalidad, entre ellas:

- a. Realizar un control previo sobre la legalidad y admisibilidad del algoritmo específico y del procesamiento de datos por parte del sistema de IA, asegurando también la supervisión de su aplicación y funcionamiento.
- b. Mantener una indispensable intervención humana por parte del órgano judicial competente en la toma de decisiones finales, permitiendo que las decisiones judiciales basadas en sistemas de IA puedan ser impugnadas.

⁶⁹ ÁLVAREZ (2023) p. 202.

⁷⁰ *Op. cit.* p. 203.

⁷¹ DE HOYOS (2020) p. 32.

⁷² *Op. cit.* p. 33.

- c. Asegurar la transparencia y la trazabilidad de los sistemas de IA, proporcionando seguridad y verificabilidad a los datos utilizados, para prevenir problemas como los sesgos y discriminaciones.

Si los requisitos mencionados no se cumplen al utilizar sistemas de IA para evaluar la conveniencia de imponer prisión preventiva, nos enfrentaríamos a un uso desproporcionado e inadecuado de esta tecnología, que podría resultar en una infracción injustificada y excesiva de derechos fundamentales como la libertad, la autodeterminación informativa, el debido proceso y la tutela judicial efectiva. En este caso, su empleo sería contraproducente, manteniendo preferiblemente el sistema actual de análisis de los presupuestos por el juez correspondiente para la adopción de prisión preventiva sin aportar mejoras significativas o garantías procesales adicionales en el contexto del proceso penal.

Es esencial recordar que la valoración de los antecedentes de la investigación y la determinación de los requisitos fácticos y jurídicos necesarios para decretar la prisión preventiva son competencias exclusivas del Poder Judicial. El tribunal debe considerar cuidadosamente todos los hechos, el derecho aplicable y las especificidades del caso, evaluando todas las evidencias, indicios y pruebas disponibles. Por lo tanto, los sistemas de IA deberían utilizarse como herramientas complementarias que ayuden a prevenir decisiones inadecuadas, desproporcionadas o generalizadas sobre medidas cautelares, que podrían estar sesgadas o no considerar las particularidades del caso. El objetivo es que la IA contribuya a mejorar la calidad de las resoluciones judiciales y no a generar errores o decisiones injustas, como ha ocurrido en situaciones de mal uso, ejemplificado por el caso Loomis⁷³.

CONCLUSIÓN

El uso de sistemas de IA en decisiones cautelares judiciales ofrece grandes ventajas, especialmente en la valoración del riesgo que conlleva *el periculum in mora*, gracias a la capacidad de procesar más datos de los que un juez podría manejar solo. Esta mayor cantidad de datos puede, en teoría, llevar a decisiones mejor fundamentadas. Sin embargo, estos sistemas no están libres de sesgos y riesgos de discriminación, similares a los inherentes en el razonamiento humano, lo que podría resultar en decisiones injustas y difíciles de impugnar.

La dependencia excesiva en resultados algorítmicos por parte de fiscales y jueces, especialmente bajo incertidumbre y falta de evidencia suficiente,

⁷³ En España se ha propuesto la intervención de un asesor técnico para explicar cómo funciona el sistema de IA, cómo recoge y analiza los datos, una figura similar al *amicus curiae*. ÁLVAREZ (2023) p. 204. Mismo sentido NEIRA (2021) p. 1922.

puede llevar a decisiones sesgadas⁷⁴. Por ello, es crucial adoptar medidas que aseguren que la introducción de la IA en el sistema judicial respete los derechos fundamentales de los imputados. Estas medidas incluyen: una legislación precisa que regule el uso de la IA, garantizar la transparencia de los algoritmos y datos utilizados, y limitar el papel de los sistemas tecnológicos a un complemento del juicio jurisdiccional, sin sustituirlo.

Además, se debe ser consciente de las limitaciones de la IA para reconstruir hechos y realizar valoraciones específicas del caso, asegurando que las decisiones que afectan la libertad individual respeten el principio de legalidad y la transparencia del proceso, desarrollándose de manera individualizada y basada en la potestad del juez que resuelve.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ BUJÁN, María Victoria (2023): “Inteligencia artificial y medidas cautelares en el proceso penal: tutela judicial efectiva y autodeterminación informativa en potencial riesgo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Núm. 127. Disponible en <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.127.06> [fecha de consulta: 15 de abril de 2024].
- BELTRÁN CALFURRAPA, Ramón (2012): “Estándares de prueba y su aplicación sobre el elemento material de la prisión preventiva en Chile”, *Política Criminal* vol. 7 n.º 14. Disponible en www.politicacriminal.cl/Vol_07/n_14/Vol7N14A6.pdf [fecha de consulta: 20 de abril de 2024].
- BLANCO SUÁREZ, Rafael (2005): *Litigación estratégica en el nuevo proceso penal* (Santiago, LexisNexis).
- BORGES BLÁZQUEZ, Raquel (2020): “El sesgo de la máquina en la toma de decisiones en el proceso penal”. *Ius et Scientia* vol. 6 n.º 2. Disponible en <https://revistascientificas.us.es/index.php/ies/article/view/14328/12770> [fecha de consulta: 16 de abril de 2024].
- CASTELLANOS CLARAMUNT, Jorge y MONTERO CARO, María Dolores (2020): “Perspectiva constitucional de las garantías de aplicación de la inteligencia artificial: la ineludible protección de los derechos fundamentales”. *Ius et Scientia* vol. 6 n.º 2. Disponible en https://institucional.us.es/revistas/Ius_Et_Scientia/VOL6-2/Ius_et_Scientia_vol_6_n2_06_castellanos_claramunt-montero_caro.pdf [fecha de consulta: 25 de abril de 2024].

⁷⁴ Incluso, en el estadio actual de sistemas no vinculantes y semiautomáticos de toma de decisiones, el proceso de alcanzar una decisión se modifica. Se cambia también la percepción de responsabilidad por la decisión final. Y el decisor se ve inclinado a retorcer sus propias valoraciones para que coincidan con las del modelo, ZAVRŠNIK (2019) p. 13.

- CHAPMAN, Loren James (1967): "Illusory correlation in observational report", *Journal of Verbal Learning & Verbal Behavior* vol. 6 No. 1. Disponible en www.science-direct.com/science/article/abs/pii/S0022537167800665?via%3Dihub [fecha de consulta: 23 de abril de 2024].
- DE HOYOS SANCHO, Monserrat (2020). "El libro blanco sobre inteligencia artificial de la Comisión Europea: reflexiones desde las garantías esenciales del proceso penal como 'sector del riesgo'". *Revista Española de Derecho Europeo* núm. 76. Disponible en www.revistasmarcialpons.es/revistaespanoladerechoeuropeo/article/view/534/536 [fecha de consulta: 16 de abril de 2024].
- DUCE, Mauricio y RIEGO Cristián (2007a): *La prisión preventiva en Chile* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile). Disponible en <https://biblioteca.cejamericas.org/handle/2015/5447> [fecha de consulta: 29 de abril de 2024].
- DUCE, Mauricio y RIEGO, Cristian (2007b): *Proceso penal* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- ESTÉVEZ MENDOZA, Lucana (2019): "Algoritmos policiales basados en IA derechos fundamentales a la luz de Hart y Valcri", en Jiménez Conde, Fernando; Bellido Penadés, Rafael (coords.), *Justicia: garantías vs. Eficacia* (Valencia, Tirant lo Blanch).
- FALCONE SALAS, Diego (2014): "Apuntes sobre la formalización de la investigación desde la perspectiva del objeto del proceso penal", *Revista de Derecho (Coquimbo)* vol. 21 n.º 2. Disponible en <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532014000200006> [fecha de consulta: 10 de abril de 2024].
- GIMENO SENDRA, José Vicente (2020): "La prisión preventiva como medida cautelar y resolución provisional", en Abadías Selma, Alfredo y Simón Castellano, Pere (coords.), *La prisión provisional y su estudio a través de la casuística más relevante: un análisis ante la segunda revolución de la justicia penal* (Barcelona, Atelier).
- GUTIÉRREZ GÓMEZ, Íñigo (2023): *La justicia predictiva: límites y usos procesales*. Trabajo fin de máster, Universidad de Cantabria. Disponible en <https://repositorio.unican.es/xmlui/handle/10902/30246> [fecha de consulta: 2 de mayo de 2024].
- HADWA ISSA, Marcelo (2020): *La prisión preventiva y otras medidas cautelares* (Santiago, DER Ediciones).
- HERNÁNDEZ GIMÉNEZ, María (2019): "Inteligencia artificial y derecho penal". *Actualidad Jurídica Iberoamericana* n.º 10 bis. Disponible en www.revista-aji.com/wp-content/uploads/2019/06/792-843.pdf [fecha de consulta: 25 de abril de 2024].
- KAHNEMAN, Daniel; SLOVIC, Paul and TVERSKY, Amos (1982): *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases* (Cambridge, Cambridge University Press). Available in https://assets.cambridge.org/97805212/84141/frontmatter/9780521284141_frontmatter.pdf [fecha de consulta: 21 de abril de 2024].
- KAHNEMAN, Daniel and TVERSKY, Amos (1982): "Availability: A heuristic for judging frequency and probability", in Kahneman, Daniel; Slovic, Paul and Tversky, Amos, *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases* (Cambridge, Cambridge Uni-

- versity Press). Available in <https://assets.cambridge.org/97805212/84141> [fecha de consulta: 21 de abril de 2024].
- KEHL, Danielle; GUO, Priscilla and KESSLER, Samuel (2017): "Algorithms in the Criminal Justice System: assessing the use of risk assessment in sentencing". Available in https://dash.harvard.edu/bitstream/handle/1/33746041/2017-07_responsivecommunities_2.pdf?sequence=1&isAllowed=y [fecha de consulta: 22 de abril de 2024].
- LÓPEZ, Julián y HORVITZ, María Inés (2008): *Derecho procesal penal chileno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- MAIER, Julio (1989): *Derecho procesal penal* (Buenos Aires, Editores del Puerto).
- MÁLAGA DIÉGUEZ, FRANCISCO (2002): "El fundamento de la tutela provisional en el proceso penal", *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, n.º 1-2.
- MARÍN GONZÁLEZ, Juan Carlos (2004): *Las medidas cautelares en el proceso penal chileno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- MARTÍNEZ GARAY, Lucía (2018): "Peligrosidad, algoritmos y due process: el caso State V Loomis", *Revista de Derecho Penal y Criminología* 3ª época n.º 20. Disponible en <https://revistas.uned.es/index.php/RDPC/article/view/26484/20947> [fecha de consulta: 29 de abril de 2024].
- NEIRA PENA, Ana María (2021): "Inteligencia artificial y tutela cautelar. Especial referencia a la prisión provisional". *Revista Brasileira de Direito Processual Penal* vol. 7 núm. 3. Disponible en www.redalyc.org/journal/6739/673971150010/html/ [1 de abril de 2024].
- NEIVA FENOLL, Jordi (2012): *Fundamentos de derecho procesal penal* (Madrid/Buenos Aires/Montevidéo, Edisofer).
- NEIVA FENOLL, Jordi (2018): *Inteligencia artificial y proceso judicial* (Madrid, Marcial Pons).
- RAGUÉS I VALLES, Ramón (2023): *La prisión provisional como última ratio* (Madrid, Marcial Pons).
- ROA AVELLA Marcela y otros (2022): "Uso del algoritmo COMPAS en el proceso penal y los riesgos a los derechos humanos". Disponible en <https://www.redalyc.org/journal/6739/673971913008/html/> [fecha de consulta: 30 de abril de 2024].
- ROXIN, Claus (2000): *Derecho procesal penal* (Buenos Aires, Editores del Puerto).
- SIMÓN CASTELLANO, Pere (2021): *Justicia cautelar e inteligencia artificial. La alternativa a los atávicos heurísticos judiciales* (Barcelona, Bosch).
- SZCZARANSKI VARGAS, Federico (2010): *La prisión preventiva como manifestación del derecho penal del enemigo*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Disponible en https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/107053/de-szczaranski_f.pdf?sequence=3 [fecha de consulta: 19 de abril de 2024].
- ZAVRŠNIK, Aleš (2019): "Algorithmic justice: Algorithms and big data in criminal justice setting". *European Journal of Criminology* vol. 18(5). Available in <https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/1477370819876762> [fecha de consulta: 15 de abril de 2024].

Normas

Constitución Política de la República (1980).

Código Procesal Penal (2000).

Código de Procedimiento Penal (1906).

Código Penal (1874).

Ley n.º 17798, sobre Control de Armas, 21 de octubre de 1972.

Ley n.º 21635, modifica el Código Procesal Penal para incorporar nuevos criterios de procedencia de la medida cautelar de prisión preventiva

Jurisprudencia

CORTE DE APELACIONES DE ANTOFAGASTA (2023): rol 1444-2023, 12 de octubre de 2023.

CORTE DE APELACIONES DE ARICA (2023): rol 717-202. 4 de octubre de 2023-

CORTE DE APELACIONES DE CHILLAN (2023): rol 581-2023, 24 de octubre de 2023.

CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN (2019): rol 144-2019, 22 de febrero de 2019.

CORTE DE APELACIONES DE COPIAPÓ (2015): rol 224-2015, 31 de agosto de 2015.

CORTE DE APELACIONES DE IQUIQUE (2012): rol 39-2012, 12 de abril de 2012.

CORTE DE APELACIONES DE LA SERENA (2008): rol 316-2008, 12 de noviembre de 2008.

CORTE DE APELACIONES DE PUERTO MONTT (2017): rol 243-2017, 12 de mayo de 2017.

CORTE DE APELACIONES DE PUNTA ARENAS (2020): rol 67-2020, 9 de abril de 2020.

CORTE DE APELACIONES DE RANCAGUA (2004): rol 22-2004, 27 de mayo de 2004.

CORTE DE APELACIONES DE SAN MIGUEL (2016): rol 731-2016, 14 de abril de 2016.

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (2015): rol 2269-2015, 7 de agosto de 2015.

CORTE DE APELACIONES DE VALDIVIA (2015): rol 747-2015, 6 de octubre de 2015.

CORTE DE APELACIONES DE VALPARAISO (2020): rol 277-2020, 7 de febrero de 2020.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2014): caso de Norín Catriman con Chile, 29 de mayo de 2014.

CORTE SUPREMA (2018): rol 2438-2018, 7 de febrero de 2018.

CORTE SUPREMA (2019): rol 17502-2019, 26 de junio de 2019.

CORTE SUPREMA (2021): rol 312-2021, 11 de enero de 2021.

CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA (2022): *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, No. 19-1392, 597, U.S. 2022.

CORTE SUPREMA DE WISCONSIN (2016): *State v. Loomis*, 881, N.W.2d 749, 7532, Wis, 2016.

ARMAS AUTÓNOMAS,
INTELIGENCIA ARTIFICIAL
Y DESHUMANIZACIÓN DIGITAL:
UN CASO DE CONEXIÓN NECESARIA
Y ESENCIAL ENTRE EL DERECHO
DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL
Y LA CLÁUSULA MARTENS.

AUTONOMOUS WEAPONS,
ARTIFICIAL INTELLIGENCE
AND DIGITAL DEHUMANIZATION:
A CASE OF NECESSARY AND ESSENTIAL
CONNECTION BETWEEN
THE LAW OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE
AND THE MARTENS CLAUSE

*Marcos López Oneto**

RESUMEN: La inteligencia artificial (IA) tiene el poder de dotar de autonomía a las máquinas. Las armas autónomas (AA), gracias a la IA pueden, con mayor, menor o sin ninguna intervención humana, seleccionar blancos y destruirlos. Esta situación plantea la pregunta ético-jurídica sobre si la humanidad debería permitir la existencia de este tipo de armas, sobre todo, de las completamente autónomas. Mientras la humanidad, tensada por las fuerzas de la geopolítica, medita y discute el tema en función de lograr un instrumento internacional que

* Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Magister en Derecho con mención en Derecho Privado, Universidad de Chile. Doctor en Derecho, Universidad de Chile. Profesor de Introducción al Derecho de la Inteligencia Artificial, programa de posgrado Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo y profesor visitante en el Laboratorio de Inteligencia Artificial, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. Miembro del *team* de investigadores del Center for AI and Digital Policy, Washington D.C.-Boston, MA, USA. El autor agradece al comandante de grupo Juan Pablo Benavente Nitsche de la Fuerza Aérea de Chile, por la ayuda prestada para comprender militarmente las AAs. Por supuesto que todos los errores que pudiere contener en este artículo son de completa responsabilidad del autor.

las regule, las AA se están desarrollando sin un marco jurídico internacional. Frente a eso y ante la ausencia de normas internacionales expresas tipo reglas contenidas en instrumentos internacionales vinculantes, en este artículo se propone recurrir al derecho de la inteligencia artificial y a la Cláusula Martens como normas generales de solución de conflictos en la materia.

PALABRAS CLAVE: inteligencia artificial, sistemas de armas autónomas, derecho de la inteligencia artificial, cláusula Martens.

ABSTRACT: Artificial Intelligence (AI) holds the potential to confer autonomy upon machines. Through AI, Autonomous Weapons (AWs) can identify and engage targets with minimal human oversight. This development prompts ethical and legal inquiries into the permissibility of such weapons, particularly those with full autonomy. As global deliberations seek to establish an international regulatory framework, AWs are being developed outside of such guidelines. In the absence of explicit international regulations, this paper suggests leveraging the Artificial Intelligence Law and the Martens Clause as overarching principles for addressing these ethical and legal challenges.

KEYWORDS: artificial intelligence, autonomous weapons systems, artificial intelligence law, Martens clause.

INTRODUCCIÓN

La IA es una de las tecnologías más disruptivas del siglo XXI. Su desarrollo exponencial pone en el horizonte científico como una posibilidad real el surgimiento no solo de la inteligencia artificial general (IAG), sino que, una vez alcanzada aquella, abre la posibilidad del gran salto cualitativo hacia la denominada súper inteligencia artificial (SIA); que sería el estadio social donde emergerían los más diversos cibseres; seres meramente virtuales que, de humanos, como ha dicho un conocido transhumanista, solo tendría la tendencia inherente a expandir su alcance físico y mental más allá de sus limitaciones¹.

Pero no han sido las predicciones milenaristas poshumanistas las que, hasta el momento, han motivado la generación de proyectos legislativos en torno a su desarrollo, siendo el de la Unión Europea (UE) –sin duda alguna– el más importante hasta la fecha.

¹ KURZWEIL (2012) p. 25.

La política legislativa mundial no está enfocada en el riesgo existencial del advenimiento de la poshumanidad. La política legislativa, como no podría ser de otro modo, se está movilizandoyendo coyunturalmente por los temas más urgentes de solucionar; aquellos que hoy están afectando de forma grave los derechos fundamentales de las personas y que el proyecto de Ley de IA de la UE, en parte, está enfrentando, a saber: algoritmos discriminadores, reconocimiento biométrico facial remoto en lugares públicos, *scoring* social, falta de transparencia (el tema de la caja negra y de la intrazabilidad algorítmica), manipulación de la conciencia individual y de los grupos sociales, vehículos autónomos y, más en general, de toda clase de sistemas autónomos, exceptuando por razones geopolíticas y de posibilidad de consenso, por ahora, solo a las AA² que manifiestan una de las caras más distópicas de la IA.

Pues bien, en este artículo se presentarán algunos de los principales desafíos éticos y jurídicos que el desarrollo de las AA está presentando a la humanidad. Cabe señalar que, por el momento y como es geopolíticamente obvio, las grandes potencias no están interesadas en regular el desarrollo de las AA. De hecho, el proyecto de ley de IA de la UE, como ya se indicó, excluye la regulación de los sistemas de armas que usan IA³.

Ante esta falta de regulación explícita en la materia, cuestión que crea una serie de riesgos existenciales⁴, en este artículo se propone como normas generales de solución de disputas, la utilización copulativa del derecho de la inteligencia artificial y de la Cláusula Martens, esta última, la única provisión de derecho internacional humanitario que establece una línea base para la protección de los civiles y los combatientes, dado que no existe ningún tratado específico sobre este tema⁵.

El presente artículo se divide en cinco secciones. En la primera, y para los efectos de fijar posteriormente la particularidad de los sistemas de armas

² Una panorámica sobre los diversos tipos de armas autónomas actualmente existentes, en el Monitor de Armas Autónomas de la ONG Stop Killer Robots. Disponible en <https://automatedresearch.org/weapons-systems/> [fecha de consulta: 25 de abril de 2024] y también en Autonomous Weapons Watch. Disponible en <https://autonomousweaponswatch.org/> [fecha de consulta: 14 de abril de 24].

³ Véase art. 2 n.º 3, inciso tercero, del proyecto de ley de IA de la UE, del acuerdo provisional de 2 de febrero de 2024, Véase EUROPEAN PARLIAMENT (2024) p. 83.

⁴ El término riesgo existencial fue acuñado por el filósofo de la inteligencia artificial, Nick Bostrom, quien escribe: "[...] un riesgo existencial es el que amenaza con causar la extinción de la vida inteligente de origen terrestre o con destruir de forma permanente y drástica sus posibilidades de desarrollarse en el futuro". BOSTROM (2016) p. 115.

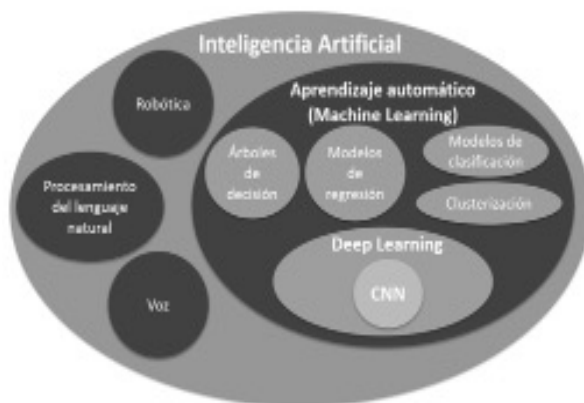
⁵ Para el desarrollo de este argumento, se sigue básicamente el razonamiento jurídico expuesto en HUMAN RIGHTS WATCH & INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS CLINIC HARVARD LAW SCHOOL (2020).

autónomas, se presentará un marco conceptual general sobre IA. En la segunda, se analizarán las principales categorías que definen los sistemas de armas autónomas. En la tercera, se discutirán los desafíos, riesgos y problemas que ese tipo de sistemas generan. En la cuarta, se fundamentará que, ante la ausencia de legislación explícita sobre la materia, el derecho de la inteligencia artificial y la Cláusula Martens, son las soluciones normativas que deberían emplearse. Finalmente, en la quinta, se propondrán algunas conclusiones.

I. UNA ELUCIDACIÓN CONCEPTUAL DE LA IA PARA FINES JURÍDICOS

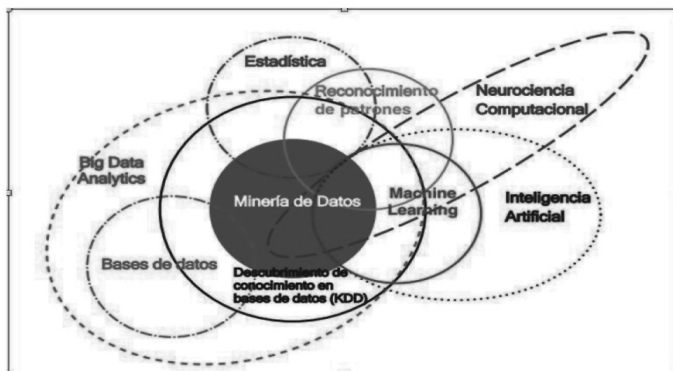
Una primera constatación empírica que emerge de la observación del estado del arte, es que no existe una definición única de IA que sea universalmente aceptada por los profesionales del campo. Algunos definen la IA como un sistema computarizado que exhibe un comportamiento que por lo común se considera que requiere inteligencia. Otros definen la IA como un sistema capaz de resolver de forma racional problemas complejos o tomar acciones apropiadas para lograr sus objetivos en cualquier circunstancia del mundo real que se encuentre. Dícese que este tipo de inteligencia es artificial, para diferenciarla de la inteligencia orgánica o biológica, siendo primariamente la de los humanos, el modelo de construcción a seguir.

Por otra parte, también debe tenerse presente que la IA es un campo científico-industrial en un estado de permanente desarrollo, complejización y diferenciación en múltiples áreas y subáreas⁶. Como consecuencia de lo anterior, la IA no es una sola tecnología: es una familia de tecnologías que buscan desarrollar máquinas o entes inteligentes.



⁶ Para una visión del campo de la IA al año 2024: HAI STANFORD UNIVERSITY. HUMAN CENTERED ARTIFICIAL INTELLIGENCE (2024).

Y al par, que es un campo integrado por diversas tecnologías o desarrollos, asimismo, es punto de intersección con muchos con otros campos científicos.



Por la variedad de las fuentes de las cuales se nutre, no es fácil definirla, ya que depende de la perspectiva o enfoque desde el cual se pretenda asir su esencia. Y es que la IA es una ciencia compleja construida con fundamentos extraídos principalmente de: la filosofía, las matemáticas, la economía, la teoría de la información, las neurociencias, la psicología, la ingeniería computacional (*hardware* y *software*), la teoría del control, la cibernética y la lingüística, entre otras disciplinas.

Sin perjuicio de las dificultades definitorias aludidas, en una primera aproximación, la IA podría ser comprendida como una disciplina científica que busca desarrollar métodos y algoritmos soportados en sustratos artificiales que permitan generar comportamientos inteligentes. En términos subjetivos, la IA sería aquella que exhiben ciertos sistemas o artefactos construidos por el hombre. Así es como se ha conjeturado que un sistema artificial poseería inteligencia cuando es capaz de llevar a cabo tareas que, si fuesen realizadas por un humano, se diría de este que es inteligente.

Uno de los libros más autorizados y reconocidos del campo de la IA, luego de analizar las definiciones de IA en ocho libros de texto, señala que es posible distinguir los siguientes enfoques en la materia⁷:

- 1) Comportamiento humano: el enfoque del test de Turing⁸: un sistema de IA es inteligente en la medida que para un observador realiza conductas humanas.

⁷ RUSSELL y NORVIG (2008) pp. 2-5.

⁸ El test de Turing tiene por objetivo determinar si un ordenador puede convencer que es humano a un observador que lo interroga durante el curso de una conversación experimental. El test debe su nombre a su creador, Alan Mathison Turing (1912-1954), matemático y lógico, considerado uno de los padres fundadores de las ciencias de la computación y la inteligencia artificial.

- 2) Pensar como humano: el enfoque del modelo cognitivo: un sistema de IA es inteligente en la medida que piense como un humano. Para esto se necesita tener una teoría del conocimiento humano y expresarla, además, algorítmicamente y llevarla al *software*. Este enfoque de IA está muy unido a las ciencias cognitivas. Ambos campos científicos se retroalimentan, sobre todo en las áreas de visión de colores y lenguaje natural.
- 3) Pensamiento racional: el enfoque de las “leyes del pensamiento”. Para esta concepción de la IA, un sistema es inteligente en la medida que resuelve problemas lógicos formales. Se trata de la llamada tradición logicista dentro del campo que intenta construir programas que puedan resolver problemas descritos en notación lógica. La gran dificultad de este enfoque deriva del hecho de que no es simple traducir el conocimiento informal a un sistema de notación lógica.
- 4) Actuar de forma racional (agente racional): sobre este enfoque, explican Stuart Russel y Peter Norvig que un agente es algo que razona. Indican que de los agentes informáticos se espera que tengan otros atributos que los distingan de los “programas” convencionales, como que estén dotados de controles autónomos, que perciban su entorno, que persistan durante un periodo prolongado, que se adapten a los cambios, y que sean capaces de alcanzar objetivos diferentes. Un agente racional es aquel que actúa con la intención de alcanzar el mejor resultado o, cuando hay incertidumbre, el mejor resultado esperado⁹. Las ventajas de este enfoque es que no descarta el razonamiento lógico formal, pero entiende que hay muchas conductas que no pueden inferirse lógicamente y que, sin embargo, pueden ser consideradas correctas, así como también hay situaciones donde no existe una salida correcta.

Otra forma de acercarse a la comprensión taxonómica conceptual de la IA, es a través de la distinción inteligencia artificial general (IAG) e inteligencia artificial especial, experta o estrecha (IAE). La primera, es aquella que puede realizar cualquier tarea cognoscitiva posible de observar en un ser humano. Es la gran meta de la IA, no alcanzada hasta hoy, de construir un sistema de inteligencia artificial que, poseyendo y desarrollando todas las funciones lógicas formales e informales del ser humano, además tenga sentido común, intuición, autonomía, capacidad de autoaprendizaje permanente e, incluso, hasta una especie de agencia moral.

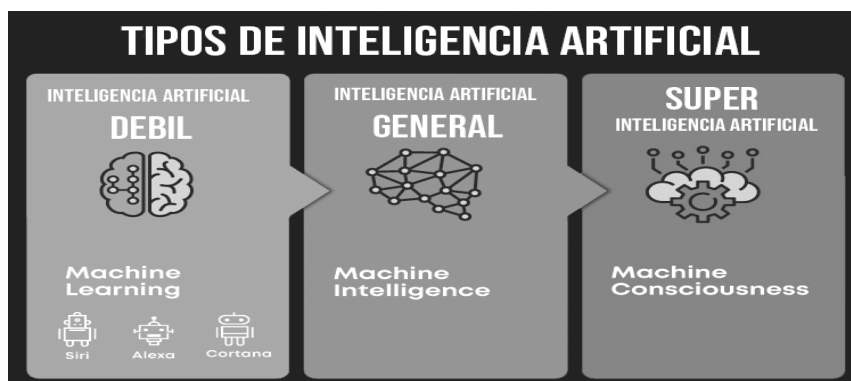
La IAE resuelve problemas y entrega resultados en áreas particulares, emulando y muchas veces superando las capacidades humanas, sobre todo por las predicciones y deducciones que se obtienen mediante el análisis de volú-

⁹ RUSSELL y NORVIG (2008) p. 5.

menes gigantes de información (*bigdata*) con aprendizaje automático (*machine learning*).

La IAE o experta solo puede abocarse a la realización de las tareas que el programa le permite. Así, por ejemplo, los programas que juegan al ajedrez a nivel de gran maestro son incapaces de jugar a las damas a pesar de ser un juego mucho más sencillo. Se requiere diseñar y ejecutar un programa distinto e independiente del que le permite jugar al ajedrez para que el mismo ordenador juegue, también, a las damas. En el caso de los seres humanos no es así, pues cualquier jugador de ajedrez puede aprovechar sus conocimientos sobre este juego para, en cuestión de segundos, jugar a las damas¹⁰. Cabe tener presente que en la actualidad la IAE ha logrado éxitos espectaculares en sistemas expertos, que son el estado actual de desarrollo de la IA. El mundo actual está sostenido sobre la IAE. ¿Cuál será el mundo que sostenga la IAG?

Se ha planteado, también, la posibilidad de una superinteligencia artificial (SIA), que sería el paso siguiente al desarrollo de la IAG. Puesto que la IAG tendría capacidad de autoaprendizaje, cada vez se haría más inteligente, llegando a un punto de desarrollo inalcanzable para el ser humano. Llegados a ese punto exponencial, se especula que la SIA se transformaría en una máquina con autoconciencia y objetivos propios. En ese estadio de desarrollo se verá nacer a una nueva especie. Un ser cibernético que no necesariamente tendría que estar alineado con objetivos humanos, lo cual propone un horizonte de riesgos existenciales para la humanidad.



En la actualidad la técnica dominante de IA es el aprendizaje automático, más conocida por su denominación en inglés *machine learning*¹¹.

¹⁰ LÓPEZ DE MÁNTARAS y MESEGUER (2017) pp. 67-74.

¹¹ Una forma de medir el liderazgo de la mencionada técnica de IA es por el registro del número de patentes en el ámbito mundial de ellas. Véase: WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION (2019) pp. 13-17.

Machine learning es una forma de IA que permite a un sistema aprender de los datos en lugar de aprender mediante la programación explícita. Conforme el algoritmo, ingiere datos de entrenamiento, es posible producir modelos más precisos basados en datos. Las IA construidas como *machine learning* aprenden automáticamente. Aprender en este contexto quiere decir identificar patrones complejos en millones de datos. Como ha precisado un ingeniero de *software*:

“La máquina que realmente aprende es un algoritmo que revisa los datos y es capaz de predecir comportamientos futuros. Automáticamente, también en este contexto, implica que estos sistemas se mejoran de forma autónoma con el tiempo, sin intervención humana”¹².

En efecto:

“una cosa es programar una máquina para que pueda moverse. Y otra muy distinta programarla para que aprenda a moverse. Igualmente, no es lo mismo programar qué elementos forman una cara, que automáticamente aprender qué es una cara”¹³.

Así, *machine learning* es el término general que se usa en el complejo campo de la IA, cuando los sistemas computacionales artificiales aprenden de los datos. En lugar de rutinas de *software* de codificación con instrucciones precisas para realizar una tarea particular, *machine learning* es una forma de entrenar un algoritmo para que pueda aprender cómo realizarla. El proceso de aprendizaje puede ser supervisado o no supervisado, dependiendo de la forma como se introducen los datos que se utilizan para alimentar el algoritmo.

Una especie de *machine learning* es la tecnología conocida como *deep learning* (aprendizaje profundo), que se caracteriza por el uso de múltiples capas de redes neuronales artificiales¹⁴. Las redes neuronales son modelos matemáticos simples del funcionamiento del sistema nervioso. Las unidades básicas son las neuronas artificiales que, generalmente, se organizan en capas.

Según IBM:

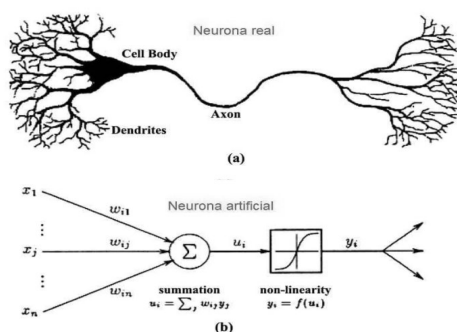
“una red neuronal es un modelo simplificado que emula el modo en que el cerebro humano procesa la información: Funciona simultáneamente un número elevado de unidades de procesamiento interconectadas que parecen versiones abstractas de neuronas”¹⁵.

¹² GUZMÁN (2018).

¹³ CÁCERES (2022) p. 26.

¹⁴ Sobre redes neuronales, un texto en español de muy fácil acceso y disponibilidad es BERZAL (2018).

¹⁵ Definición consultada en IBM, disponible en www.ibm.com/docs/es/spss-modeler/SaaS?topic=networks-neural-model [fecha de consulta: 29 de enero de 2022].



Para ir terminando esta elucidación, convengamos que, si la IA pudiera definirse en función de los objetivos, se podría señalar que se trata de una disciplina científica que tiene por misión construir sistemas (físicos o virtuales) capaces de deducir, razonar, resolver problemas, planificar, aprender; procesar lenguajes naturales, mostrar creatividad, inteligencia social y general, así como también tener capacidad de movimiento, autonomía, capacidad de decisión y percepción, física o virtual. Su fin es crear entes artificiales inteligentes sobre la base de un determinado modelo de inteligencia.

Toda esta complejidad conceptual descrita en los párrafos previos, ha estado presente en el debate legislativo de la UE. En efecto, la definición de inteligencia artificial fue, naturalmente, una parte primordial del debate. Originalmente el proyecto de ley de inteligencia artificial de la UE proponía una definición de IA (art. 3) con foco en la idea de “*software*”. Luego se avanzó hacia otra más general.

Comparemos:

El proyecto original disponía en su art. 3, lo siguiente:

“Definiciones. A los efectos del presente Reglamento, se aplican las siguientes definiciones:

(1) ‘sistema de inteligencia artificial’ (sistema de IA): software desarrollado con una o más de las técnicas y enfoques enumerados en el anexo I y que puede, para un conjunto dado de objetivos definidos por el ser humano, generar resultados como contenido, predicciones, recomendaciones o decisiones que influyen en los entornos con los que interactúan.

ANEXO I: TÉCNICAS Y ENFOQUES DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL a que se refiere el artículo 3, punto 1 a) Estrategias de aprendizaje automático, incluidos el aprendizaje supervisado, el no supervisado y el realizado por refuerzo, que emplean una amplia variedad de métodos, entre ellos el aprendizaje profundo. Estrategias basadas en la lógica y el conocimiento, especialmente la representación del conocimiento, la programación (lógica) inductiva, las bases de conocimiento, los motores

de inferencia y deducción, los sistemas expertos y de razonamiento (simbólico). Estrategias estadísticas, estimación bayesiana, métodos de búsqueda y optimización”¹⁶.

Posteriormente, el 25 de noviembre de 2022 el Comité de Representantes Permanentes del Consejo al Consejo de la UE, amplió la definición, huyendo de la noción de *software* hacia la siguiente conceptualización legal:

“Artículo 3 Definiciones. A los efectos del presente Reglamento, se aplican las siguientes definiciones. (1) ‘sistema de inteligencia artificial’ (sistema de IA): un sistema que está diseñado para funcionar con elementos de autonomía y que, basándose en datos e insumos proporcionados por máquinas y/o humanos, infiere cómo lograr un conjunto determinado de objetivos utilizando aprendizaje automático y/o enfoques basados en la lógica y el conocimiento, y produce resultados generados por el sistema, como contenido (sistemas generativos de IA), predicciones, recomendaciones o decisiones, que influyen en los entornos con los que interactúa el sistema de IA”¹⁷.

En el preámbulo del texto, el Comité de Representantes Permanentes del Consejo, explica las razones que tuvo para ampliar la definición:

“[...] para garantizar que la definición de un sistema de IA proporcione criterios suficientemente claros para distinguir la IA de los sistemas de software más clásicos, el texto transaccional reduce la definición del artículo 3, apartado 1, a los sistemas desarrollados mediante enfoques de aprendizaje automático y lógica y conocimiento [...] En cambio, se han añadido nuevos considerandos 6a y 6b para aclarar qué debe entenderse por enfoques de aprendizaje automático y enfoques basados en la lógica y el conocimiento. Para garantizar que la Ley sobre IA siga siendo flexible y preparada para el futuro, se ha añadido en el artículo 4 la posibilidad de adoptar actos de ejecución para especificar y actualizar técnicas en el marco de enfoques de aprendizaje automático y enfoques basados en la lógica y el conocimiento”¹⁸.

II. ARMAS AUTÓNOMAS (AA)

Autonomía es la cualidad que tiene un sistema para autogobernarse. El autogobierno del sistema se materializa mediante la toma de decisiones. Los sistemas

¹⁶ EUROPEAN COMMISSION (2021) p. 39.

¹⁷ COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION (2022) p. 71.

¹⁸ *Op. cit.* p. 4.

artificiales, es decir, los sistemas no orgánicos creados por el hombre, podrían tener ciertos niveles de autonomía. En el contexto de los sistemas de defensa, el término se utiliza normalmente para describir cómo las máquinas de guerra realizan ciertas funciones (en distintos grados) independientemente del control humano.

Hoy, la autonomía de los sistemas artificiales es posible gracias a los avances en IA. Y se espera que, a mayor desarrollo de la IA, mayores serán los niveles de autonomía que se podrán observar en los sistemas de armas. Si la IA algún día llegara al nivel de la IAG, la autonomía de los sistemas sería similar a la que se puede observar en los seres humanos.

En términos generales, las AA son sistemas que, dado que usan IA, pueden seleccionar y atacar objetivos con o sin un control humano significativo. Es decir, pueden, en alguna medida, autogobernarse y, por tanto, representan, según se ha dicho:

“un paso inaceptable, más allá de los drones armados existentes, porque un humano no tomaría la decisión final sobre el uso de la fuerza en ataques individuales”¹⁹.

La ONG Human Right Wacht, en un muy completo informe elaborado junto con la Escuela de Derecho de Harvard²⁰, señaló:

“las armas completamente autónomas, también conocidas como sistemas letales de armas autónomas o ‘robots asesinos’, oficialmente, aún no existirían, pero están en desarrollo y las inversiones militares en tecnología autónoma están aumentando a un ritmo alarmante”.

La definición de armas autónomas, por cierto que no es trivial. El Grupo de Expertos Gubernamentales (Group of Governmental Experts, GGE), luego de una amplia consulta, previene lógicamente que una definición de armas autónomas es un requisito previo importante para cualquier acción normativa firme²¹.

¹⁹ HUMAN RIGHTS WATCH/INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS CLINIC HARVARD LAW SCHOOL (2020) p. 6.

²⁰ *Op. cit.* p. 6.

²¹ GROUP OF GOVERNMENTAL EXPERTS ON EMERGING TECHNOLOGIES IN THE AREA OF LETHAL AUTONOMOUS WEAPONS SYSTEMS (2024). El GGE es una institución creada al amparo de la Convención sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Determinadas Armas Convencionales que Pueden Considerarse Excesivamente Nocivas o de Efectos Indiscriminado, también referida como Convención Sobre Ciertas Armas Convencionales, que fue adoptada el 10 de octubre de 1980 y entró en vigor en 1983. Al respecto, puede consultarse: <https://disarmament.unoda.org/the-convention-on-certain-conventional-weapons/> [fecha de consulta: 15 de abril de 2024].

En un muy reciente informe del Servicio de Investigación del Congreso de Estados Unidos de América, se indica que los debates internacionales no se utiliza ninguna definición única y universalmente aceptada de Sistemas Letales de Armas Autónomas (Lethal Autonomous Weapon Systems, LAWS). A su turno, señala que la directiva 3000.09 del Departamento de Defensa, que establece la política estadounidense sobre autonomía en los sistemas de armas, define los LAWS como “sistemas de armas que, una vez activados, pueden seleccionar y atacar objetivos sin mayor intervención de un operador”. La característica principal de esta definición es el papel del operador con respecto a la selección de objetivos y las decisiones de compromiso²².

Otros países, prosigue el citado informe, han basado su definición en diferentes características, en particular la sofisticación tecnológica del sistema de armas, de modo que se considera que los LAWS son sistemas de armas capaces de cognición en el ámbito humano. En fin, también hay quienes no creen que sea necesaria (o deseable) una definición de los LAWS para los debates internacionales. A pesar de estas diferencias, la mayoría de los incumbentes por lo general coinciden en que las características definitorias incluyen la autonomía total (sin control humano manual del sistema) o parcial y el potencial de producir efectos letales²³.

Tampoco hay que olvidar que la discusión normativa mundial sobre la materia está teniendo lugar en el contexto de la Convención sobre Ciertas Armas Convencionales. Cabe tener presente que desde el año 2018, las Naciones Unidas, a través de su secretario general António Guterres, ha sostenido en varias oportunidades:

“que, en ausencia de regulaciones multilaterales específicas, el diseño, desarrollo y uso de estos sistemas plantean preocupaciones humanitarias, legales, de seguridad y éticas y representan una amenaza directa a los derechos humanos y las libertades fundamentales”²⁴.

Sin embargo, no puede perderse de vista que las palabras del secretario general, parecen no tener mucho eco entre las grandes potencias, toda vez que el desarrollo de AA es una de las dimensiones de The Third Offset Strategy que guía las políticas y estrategias de defensa de Estados Unidos de América, la OTAN y sus aliados²⁵.

²² CONGRESSIONAL RESEARCH SERVICE (2023) p. 1. Un análisis comparativo también puede ser consultado en TADDEO & BLANCHARD (2021).

²³ CONGRESSIONAL RESEARCH SERVICE (2023) p. 1.

²⁴ UNITED NATIONS OFFICE FOR DISARMAMENT AFFAIRS (2018).

²⁵ OTAN (2022). Para un estudio en profundidad de The Third Offset Strategy, puede consultarse MARTINAGE (2014).

A continuación, y sin una pretensión de exhaustividad, se presentan las principales concepciones técnicas de armas autónomas

1. Definiciones técnicas de armas autónomas

Como se decía, en general, las definiciones se construyen a partir de la mayor o menor intervención humana en el ciclo de uso y activación arma. Una prueba de dicha aproximación taxonómica, es la revisión conceptual contenida en el marco de la convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que pueden considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados (1980), que grupo de expertos gubernamentales sobre tecnologías emergentes en el ámbito del sistema de armas letales autónomas, realizó el año 2023. En dicha reunión se propuso una recopilación no exhaustiva de definiciones y caracterizaciones, definiendo las AA (Autonomous Weapons Systems, AWS), básicamente, como sistemas que, tras la activación por parte de un usuario humano, utilizan el procesamiento de datos de sensores para seleccionar y atacar objetivos con fuerza sin intervención humana²⁶.

La mayor o menor intervención humana da origen a la clasificación que distingue entre armas autónomas y armas semiautónomas.

La fuente primaria institucional de dicha clasificación es la DoD Directive 3000.09 *Autonomy In Weapon Systems* del Department Of Defense de Estados Unidos de América, publicada el día 25 de enero de 2023²⁷. En dicha directiva, se adoptan las siguientes definiciones:

- Sistema de armas autónomo. Un sistema de armas que, una vez activado, puede seleccionar y atacar objetivos sin intervención adicional de un operador humano. Esto incluye sistemas de armas autónomos supervisados por humanos que están diseñados para permitir que los operadores humanos anulen el funcionamiento del sistema de armas, pero que pueden seleccionar y atacar objetivos sin más intervención humana después de la activación.
- Sistema de armas autónomo supervisado por un operador. Un sistema de armas autónomo que está diseñado para brindar a los operadores la capacidad de intervenir y finalizar enfrentamientos, incluso, en caso de falla del sistema de armas, antes de que ocurran niveles de daño inaceptables.
- Sistema de armas semiautónomo. Un sistema de armas que, una vez activado, está destinado a atacar únicamente objetivos individuales o

²⁶ UNITED NATIONS OFFICE FOR DISARMAMENT AFFAIRS (2018).

²⁷ DEPARTMENT OF DEFENSE (2023).

grupos de objetivos específicos que hayan sido seleccionados por un operador humano. Esto incluye:

- Sistemas de armas semiautónomos que emplean autonomía para funciones relacionadas con el combate, incluidas, entre otras, la adquisición, el seguimiento y la identificación de objetivos potenciales; indicar objetivos potenciales a operadores humanos; priorizar objetivos seleccionados; momento de cuándo disparar; o proporcionar guía terminal para localizar objetivos seleccionados, siempre que se mantenga el control humano sobre la decisión de seleccionar objetivos individuales y grupos objetivos específicos para el combate.
- “Disparar y olvidar” o municiones dirigidas con bloqueo después del lanzamiento que dependen de TTP²⁸ para maximizar la probabilidad de que los únicos objetivos dentro de la cesta de adquisición del buscador cuando el buscador se activa sean aquellos objetivos individuales o grupos de objetivos específicos que han sido seleccionados por un operador humano.

Las definiciones de la DoD Directive 3000.09 Autonomy In Weapon Systems del Department Of Defense, pueden ser graficadas del siguiente modo:

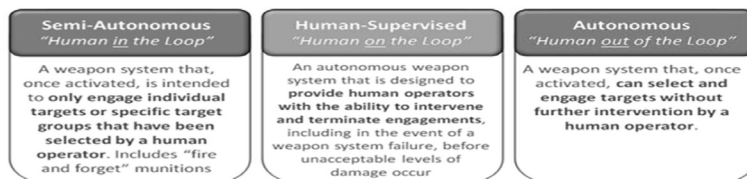


Figure 3-1. DoD 3000.09 Definitions of Top Levels of Autonomy (Source: Deputy Secretary of Defense [64]).

Fuente: CHAKOUR (2022) p. 3.

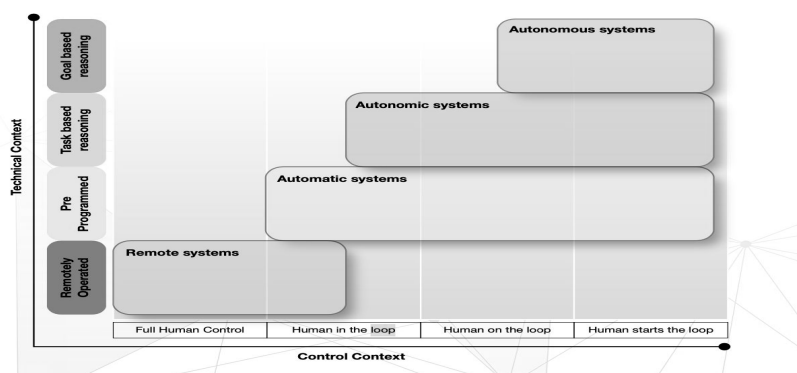
Otra aproximación taxonómica muy ilustrativa es la contenida en Robotic And Autonomous Systems de la Fuerza Australiana de Defensa, donde se propone una distinción escalonada entre: Sistemas de Control Remoto (Remote Control Systems), Sistema Automático (Automatic System), Sistemas Autónomos (Autonomic Systems) y Sistemas Autónomos (Autonomous Systems)²⁹, a saber:

- Sistemas de Control Remoto (full control humano). Un sistema que es operado por un humano a través de métodos remotos. Sin el elemento de control remoto, el sistema tiene poca capacidad para funcionar de forma independiente.

²⁸ Tácticas, técnicas y procedimientos.

²⁹ AUSTRALIAN DEFENCE FORCE (2020).

- Sistema Automático (humano en el *loop*). Un sistema que está pre-programado para responder a estímulos de una manera determinista y basada en reglas y que puede lograr su función sin más intervención humana.
- Sistemas Autónómicos (humano sobre el *loop*). Un sistema que logra tareas definidas por humanos operando con referencia a un conjunto de pautas predefinidas y responde a estímulos de manera probabilística. Los sistemas autónomos pueden requerir intervención humana para completar su función o pueden funcionar sin mayor supervisión.
- Sistemas Autónomos (humano fuera del *loop*). Un sistema que determina cómo realizar las tareas necesarias para lograr un objetivo definido. Un sistema autónomo responde a los estímulos de forma probabilística y puede alterar la forma en que realiza las tareas.



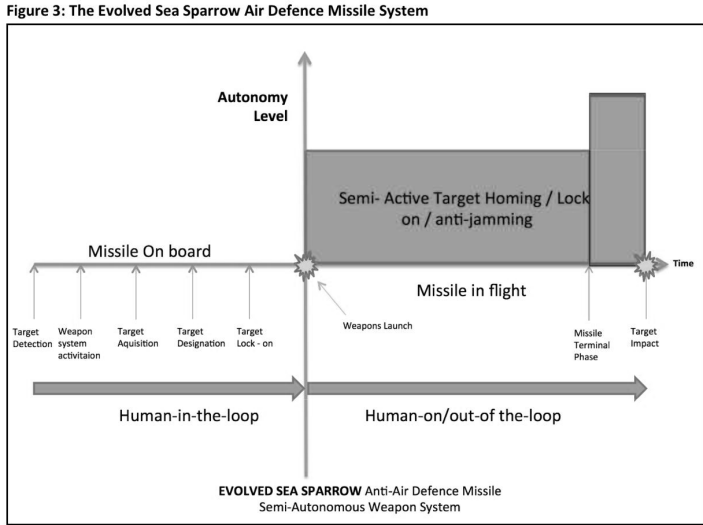
Control, Context/

Fuente: AUSTRALIAN DEFENCE FORCE (2020) p. 16.

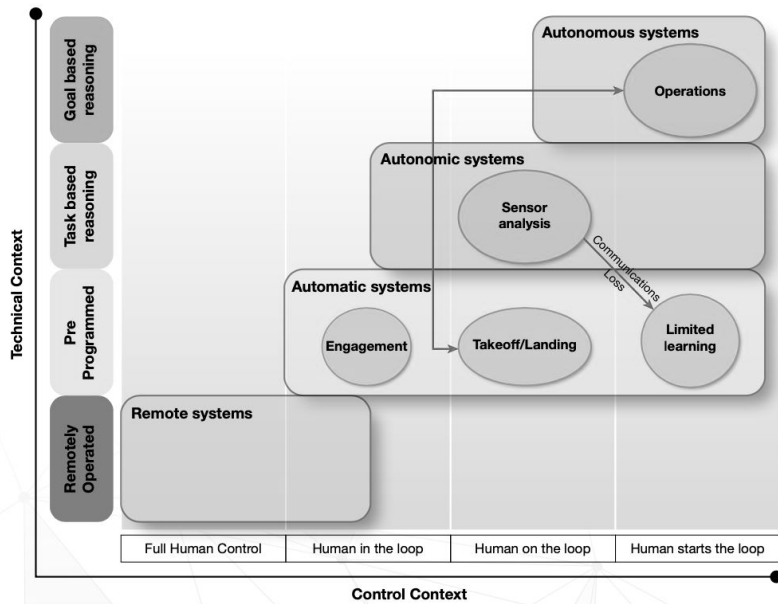
Debe tenerse presente que el método de control de cada sistema será el específico de la plataforma, la misión y el entorno. Y especifica el citado documento de la Fuerza Aérea de Australia, los siguientes niveles de control humano:

- a. Control humano total. Un humano controla todos los aspectos del funcionamiento del sistema, físicamente o mediante control remoto.
- b. Humano en el *loop*. El sistema realiza algunas funciones de forma independiente, pero requiere que un humano realice funciones que completen el ciclo de tareas del sistema.
- c. Humano sobre el *loop*. El sistema realiza todas las funciones de forma autónoma, pero un humano puede intervenir para detener o modificar el resultado antes de que se complete la tarea.
- d. El ser humano inicia el *loop*. Un humano establece los parámetros operativos e inicia la operación del sistema; la máquina no requiere más interacción humana para completar la tarea.

Este es un diagrama de un sistema de misiles anti-aéreos, donde se ejemplifican los niveles de control. Este ejemplo presenta el sistema como Sistema Semiautónomo.



Fuente: SCHAUB & WENZEL (2017) p. 16.



Control, Context,

Fuente: AUSTRALIAN DEFENCE FORCE (2020)

Figure 3- Categorisation On of a platform.

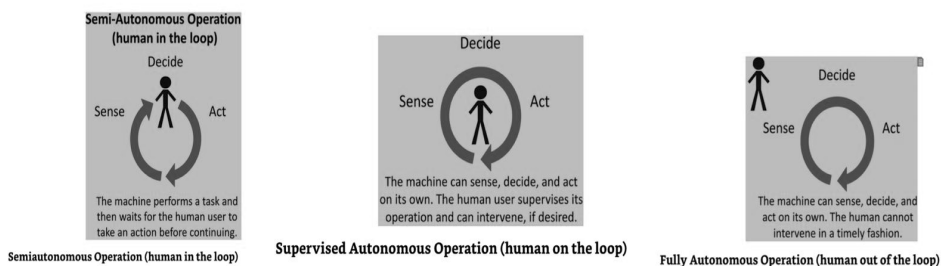
1.1. Una definición operacional de armas autónomas (AA) para los fines de este artículo³⁰.

Haciendo un ejercicio de abstracción, en general, las definiciones revisadas describen las AA como máquinas capaces de:

- 1) observar el entorno en el que existen,
- 2) orientarse a ese entorno basándose en las entradas de sus sensores,
- 3) evaluando posibles cursos de acción y decidiendo uno y
- 4) actuando para implementar esa elección³¹. Dependiendo de la mayor o menor autonomía de que gocen las AA, serán las posibilidades de distinción.

Sin descartar otras posibilidades taxonómicas, y dependiendo del nivel de intervención humana en el ciclo o *loop* de las AA, a continuación se propone distinguir entre:

- Semiautónomo (humano en el *loop-human in the loop*): sistemas de armas que una vez activados, solo se engancha con un blanco o con un grupo específico de blancos, los que han sido previamente seleccionados por un operador humano.
- Supervisado por operador (humano sobre el *loop-human on the loop*): sistema de armas diseñado para proveerle al operador la posibilidad de intervenir o terminar un enganche, incluyendo en el caso de fallas, antes que daños inaceptables ocurran.
- Completamente autónomo humano fuera del *Loop-Human out of the Loop*): un sistema de armas que, una vez activado, puede seleccionar y enganchar blancos sin intervención de un operador humano. Este nivel incluye las operaciones completamente autónomas de Sistemas de Armas Autónomos Aéreos como, por ejemplo, el de algunas municiones merodeadoras. Aparentemente estas AA aún no han sido desarrolladas.



³⁰ La síntesis conceptual de esta sección se ha valido de CHAKOUR (2022) y DEPARTMENT OF DEFENSE (2023) y (2012).

³¹ SCHAUB & WENZEL (2017) p. 7, llegan a la misma conclusión luego de revisar seis definiciones oficiales de armas autónomas.

1.1.1. Otras dos categorías posibles de AA

La categoría sistema completamente autónomo (hombre fuera del *loop*), como se ha descrito, puede seleccionar y enganchar blancos sin intervención de un operador humano, pero supone que el ser humano lo activa. Vale decir, aun cuando puede enganchar y seleccionar un blanco, para que ello ocurra, previamente ha debido ser activado por un humano.

Pues bien, es posible imaginar dos categorías más de AA que, por cierto, no existen en la actualidad, pero que, conforme la IA avance hacia la IAG o la SIA, la posibilidad de que surjan es muy alta.

En efecto, en un mundo donde exista la IAG y más aún en uno donde se esté en presencia de la SIA, existirá la factibilidad tecnológica de construir AA cuya activación no dependa del ser humano. Es decir, que se autoactiven en función de su propio operar interno o que sean activados por otras IA. Por consiguiente, en este artículo, se propone distinguir –futuristamente–, por cierto, entre AA autoactivadas y activadas por IA externas que, a su vez, pueden ser activadas o no activadas por humanos.

III. DESAFÍOS ÉTICOS Y JURÍDICOS DE LAS ARMAS AUTÓNOMAS

Entre otros desafíos y problemas que presentan las AA, se han listado los siguientes: deshumanización digital, sesgos algorítmicos, pérdida de control humano significativo, falta de juicio y comprensión humanos, falta de responsabilidad, incapacidad para explicar qué sucedió y por qué, reducir el umbral de la guerra y activar una carrera armamentística desestabilizadora³².

La deshumanización digital consiste en la reducción del ser humano a datos recolectados mediante tecnologías de la información, en virtud de los cuales, y mediante el uso de esas mismas tecnologías, se toman decisiones que los afectan. Las máquinas no tienen juicio moral, solo procesan datos y crean predicciones a través de diversas aplicaciones de IA.

Reducido el hombre a códigos de barras, números; en definitiva, a datos mediante los cuales se construyen imágenes o perfiles estandarizados de seres mediante procesos desprovistos de toda empatía, lo humano comienza a perder sustancia, corporeidad, biología. Lo humano entra en un proceso de desonto-

³² Listado por la ONG Stop Killer Robot, véase www.stopkillerrobots.org/es/detener-robots-asesinos/hechos-sobre-armas-aut%C3%B3nomas/ [fecha de consulta: 29 de abril de 2024]. Se revisan críticamente en este artículo.

logización moral, de vacuidad existencial. En ese estadio existencial, el hombre, deshumanizado digitalmente, podrá ser visto; pero el hombre, el de carne, sangre y huesos³³, no podrá ser tocado, palpado, sentido, porque habrá perdido su sustancia, su cuerpo, si se quiere, su identidad existencial.

En este orden de cosas, la utilización de AA emerge como la más radical forma de deshumanización digital, pues las máquinas ya no solo podrán, por ejemplo, denegar la concesión de un seguro de salud, sino que, incluso, matar a un ser humano. Sin duda que ese estado de cosas supone un refuerzo y desarrollo máximo de la tecnología de sesgos algorítmicos contra cuyos usos más benignos, diversas instituciones, organizaciones y gobiernos, ya están en guardia, alegando por mayor transparencia³⁴.

Asimismo, no debe perderse vista que, si los sesgos algorítmicos ya representan un peligro y ataque comprobado a derechos fundamentales como la privacidad, la igualdad y la libertad; peligro respecto del cual diversas sociedades que integran la sociedad mundial³⁵ han reaccionado comenzando a crear regulaciones protectoras; imagínese, entonces, cuán crítico desde el punto de vista ético y jurídico, resultaría los sesgos operacionales de las AA, que ponen en peligro, además de los anteriores, a los más fundamentales de los derechos fundamentales, a saber: el derecho a la integridad física y psíquica y el derecho a la vida.

Se ha propuesto, también, que la pérdida de control humano significativo de las AA significaría “que los usuarios de armas ya no están completamente comprometidos con las consecuencias de sus actos”³⁶, lo cual reduce el espacio para el razonamiento humano, pues las máquinas no podrían tomar decisiones éticas complejas y tampoco pueden comprender el valor de la vida humana y el contexto donde estas tienen lugar.

Sin embargo, de la pérdida de control humano significativo no se deduce necesariamente que los usuarios de las armas no estén comprometidos con los resultados de su operar. En efecto, los diseñadores, fabricantes y usuarios de AA saben perfectamente qué pueden hacer o no hacer los sistemas, incluido el error de blanco o la invención de blancos certeros mediante IA generativas. Luego, el problema, “no es que los usuarios de armas ya no están completamente comprometidos con las consecuencias de sus actos”, pues ellos siempre

³³ “Este armazón de huesos y pellejo”, dice el poeta sevillano Gustavo Adolfo Bécquer.

³⁴ La bibliografía es extensa, una buena introducción al tema en CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA (2020); COTINO y CASTELLANOS (2022). También puede consultarse en sitio web del Centro Europeo para la Transparencia Algorítmica: https://algorithmic-transparency.ec.europa.eu/index_en [fecha de consulta: 29 de abril de 2024].

³⁵ LUHMAN (2007).

³⁶ ONG Stop Killer Robot, *op. cit.*

están comprometidos, puesto que tienen conocimiento objetivo del operar de sus AA y, por tanto, no pueden desconocer sus capacidades y poder destructivos. Están absolutamente comprometidos porque saben exactamente lo que han diseñado, fabricado o puesto en servicio: AA y no videos juegos de entretenimiento.

La pregunta de fondo, por tanto, sería otra: ¿debe permitirse el diseño, fabricación y puesta en servicio AA? Si la respuesta es afirmativa, entonces surge una segunda pregunta: ¿qué clase de AA deben permitirse? *¿In, on u out the loop?* Y resuelta positivamente esa última pregunta, abriéndose el camino hacia la permisión de alguna clase SAA, entonces cabe preguntarse: ¿cuál sería el marco normativo de esa permisión, en caso que se estime que debe estar regulada de algún modo?

Se ha dicho también que la falta de juicio y comprensión humanos de las AA, son razones más que suficientes para someterlos a muy estrictas limitaciones de uso, y que las personas y no las máquinas son las que deben rendir cuentas en contextos donde este tipo de sistemas deciden entre la vida y la muerte³⁷.

Las objeciones precedentemente expuestas son razonables, pero, en esencia, se trata de la crítica ética predicable de todo tipo de sistema que sea gobernado con IA y que se relaciona, en última instancia analítica, con el tema de si la agencia moral solo debería o podría predicarse de los humanos. O planteado desde otra perspectiva, de si acaso sería éticamente permitido otorgarles algún tipo de personalidad jurídica a las máquinas inteligentes, desplazando así la responsabilidad resultante de las interacciones de esas máquinas con el ambiente, desde las personas humanas de sus diseñadores, fabricantes o usuarios, a las máquinas mismas, como centro de imputación, a lo menos patrimonialmente, bajo la lógica ficcional de las personas jurídicas³⁸.

Por otra parte, la incapacidad para explicar qué sucedió y por qué, no es una característica que se predique única y exclusivamente de las AA. Las AA poseen esas características en mayor o menor medida, en función del nivel o tipo de IA que usan. Se trata de una característica presente en todos los sistemas de IA que usan *machine learning*, el cual se ve aún más potenciado en los sistemas que usan un tipo de *machine learning* denominado *deep learning* que, básicamente, consiste en sistemas de IA que procesan información y producen predicciones mediante el operar de complejas arquitecturas de miles de capas de redes neuronales artificiales.

El problema aquí es que, por la estructura de funcionamiento de las redes neuronales artificiales, no es posible determinar si los *outputs* han sido pro-

³⁷ ONG Stop Killer Robot, *op. cit.*

³⁸ La Unión Europea ha estado explorando el tema, al menos, desde el año 2017, véase PARLAMENTO EUROPEO (2017).

ducidos por sesgos así como tampoco es posible trazar paso a paso el procedimiento o ruta del “razonamiento” que produjo la predicción (el actuar) del sistema, porque la arquitectura neuronal es inescrutable, intrazable, inexplicable. De ahí que uno de los principios éticos fundamentales propuestos para el desarrollo de la IA sea la trazabilidad o explicabilidad del funcionamiento de las IA. Las IA del tipo *deep learning* son verdaderas cajas negras. La crítica a las AA que operan con *machine learning*, en general, y con *deep learning*, en particular, es, por tanto, una crítica que se predica de todo sistema de IA que sea gobernado por dichas técnicas.

Pues bien, lo que se ha querido indicar hasta ahora, por tanto, es que las principales críticas que se hacen a las AA, en esencia, son las mismas críticas que se formulan con diversos énfasis y, en general, al desarrollo sin controles éticos de la IA. La IA es percibida como un riesgo existencial tecnológico similar a la energía atómica, cuestión que, por cierto, ha motivado que regiones geopolíticamente tan importantes como la Unión Europea, se hayan embarcado en su regulación, exceptuando, eso sí, a las AA (art 2 n.º 3 del reglamento).

Por todo lo anterior cabe preguntarse lo siguiente: ¿si los desafíos éticos que imponen las AA se predicen de los desafíos más generales que la IA propone a la humanidad, ¿cuáles serían, entonces, los desafíos o riesgos específicos que las AA pueden producir en el corto o mediano plazo?

Por cierto que las AAs deshumanizan radicalmente al ser humano. Se trata de un proceso de deconstrucción algorítmica de la imagen jurídico-cultural del hombre, que da como resultado la creación del ser humano digital que, poco a poco, irá reemplazando al ser humano real. El ser humano digital tiene una identidad digital generada y reconocida por el operar del algoritmo computacional gestionado con IA; algoritmo que, en definitiva, es la máquina de IA, que consume datos para construir y reconocer el mundo y tomar decisiones (que son predicciones). El hombre pierde, así, toda sustancia y conexión vital; es solo un conjunto de datos computacionales, ceros y unos que viajan a la velocidad de la luz en un chip compuesto por billones de microtransistores.

Pero como se decía, la deshumanización digital no solo es un problema específico de las AA. Es el gran problema ético que se predica del desarrollo de la IA. Por consiguiente, las regulaciones generales que deberían aplicarse le quedan dentro del campo de las regulaciones generales de la IA.

Ahora bien, sumados a los riesgos existenciales que toda IA genera, máxime en el hipotético estadio de la IAG y la SIA, los problemas específicos que las AA pueden generar con efectos catastróficos, digamos, los reales problemas de corto y mediano plazo, los cuales ciertamente requieren una discusión pragmática, son dos: el incentivo a reducir el umbral de la guerra y la repotenciación peligrosa de la carrera armamentística de las grandes potencias.

El presidente Vladímir Putin sin mayores adornos declaró en el año 2017: “quien domine la Inteligencia Artificial dominará al mundo”³⁹. Sin duda que estaba pensando en las aplicaciones de IA que producen más IA y que, puestas al servicio de objetivos geopolíticos, siempre acompañados de poder duro, léase militar, permiten la consecución de los objetivos descritos por el mandatario ruso.

Las AA permiten, y permitirán cada vez más, el uso de menos contingente humano en el campo de batalla y en el teatro general de las operaciones bélicas. Y, si bien es comprensible, como se ha dicho, que los Estados quieran reducir los riesgos de pérdida de vidas para sus propias tropas⁴⁰; mucho menos lo sería que producto del uso de AA disminuya la tasa de bajas militares y correlativamente aumente la de la población civil.

En ese sentido, una primera conversación normativa mundial sobre la regulación de las AA, como la que está promoviendo la ONU⁴¹, debería considerar ese tópico: asegurar que las AA, de ser usadas, no generen daño a la población civil o que, en caso de producirse, siempre estén entrenadas para producir el menor daño posible a la población civil, significativamente menos que el que de forma hipotética produciría un sistema controlado por humanos.

La paulatina disminución de elementos humanos en el campo de batalla y, más en general, en el teatro global de las operaciones militares del conflicto, como consecuencia de la introducción de AA, dado el caso también, y bajo ciertas circunstancias, podría ser una razón suficiente para decidir participar en un conflicto militar.

Bajo la óptica de la realidad actual, la promesa política de que no habrá soldados en el campo de batalla, por cierto que cambia la ecuación del manejo y manipulación de la opinión pública. Cuando lo que viene devuelta es chatarra electrónica y no cadáveres de jóvenes que tenían todo un futuro por delante, la guerra se hace más sostenible en la opinión pública. Todas estas consideraciones podrían contribuir a bajar el umbral de participación en conflictos armados, por efecto de la deshumanización del campo de batalla.

También debe considerarse como un riesgo de corto y mediano plazo para la humanidad, la escalada armamentística que las AA, necesariamente ge-

³⁹ Entre otras publicaciones que cubrieron esas declaraciones, puede consultarse: www.eltiempo.com/tecnosfera/novedades-tecnologia/putin-dice-que-quien-domine-la-inteligencia-artificial-gobernara-el-mundo-127256 [fecha de consulta: 5 de mayo de 2024].

⁴⁰ ONG Stop Killer Robot, *op. cit.*

⁴¹ El 1 de noviembre del año 2023, la Primera Comisión de la Asamblea General de la ONU, adoptó la primera resolución sobre armas autónomas, destacando la “necesidad urgente de que la comunidad internacional aborde los desafíos y preocupaciones que plantean los sistemas de armas autónomas”. El resultado de la votación en resolución L.56 fue ciento sesenta y cuatro Estados a favor, cinco en contra y ocho abstenciones.

neran y van a seguir generando en el futuro. La primera potencia que alcance la IAG, obtendrá una ventaja estratégica que puede provocar una ruptura singular en la historia de la humanidad. Por tal razón, las grandes potencias están hace décadas enfocadas en esa tecnología. Entienden que la paz y el equilibrio está en peligro si solo una potencia domina la IA. Y ciertamente que se oponen a la prohibición preventiva⁴².

Como es de público conocimiento, la estrategia de defensa nacional de la administración Biden-Harris, de octubre de 2022, considera a China y, en diferente medida a Rusia, sus principales competidores estratégicos⁴³. La Ley Chipsy Ciencia, promulgada durante el año 2023, que libera cincuenta y dos mil setecientos millones de dólares en subvenciones a la industria de los semiconductores radicada en Estados Unidos, es solo uno de los muchos pasos que dicho país está dando para ganar la carrera de la IA. Ayudará a Estados Unidos a ganar “la competencia económica del siglo XXI”, aseguró el presidente Joe Biden: “El futuro de la industria de los chips se hará en Estados Unidos”, sostuvo⁴⁴.

IV. CONEXIÓN NECESARIA Y ESENCIAL

ENTRE EL DERECHO DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y LA CLÁUSULA MARTENS

En un mundo como el actual; convulsionado, violento y tensado geopolíticamente con el más singular de los hechos de la historia humana, a saber, la existencia de armas nucleares que permiten a la humanidad autodestruirse, la pregunta por el desarrollo ético de la tecnología, como en su momento observara Hans Jonas⁴⁵, es trascendental.

Las AA potencian aún más estos problemas. ¿Es sostenible un mundo con sistemas de armas nucleares tácticas y estratégicas autónomas? ¿Sería un mundo más seguro que el actual? ¿Vale la pena correr el riesgo? Ante tal escenario y horizonte de eventos, el actuar de la humanidad debería estar presidido por una heurística del temor (Hans Jonas). En este artículo no se indaga específicamente en aquel asunto ético. Su alcance es más limitado y orientado

⁴² Véase CONGRESSIONAL RESEARCH SERVICE (2023).

⁴³ Puede ser consultada en www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2022/10/12/fact-sheet-the-biden-harris-administrations-national-security-strategy/ [fecha de consulta: 12 de mayo de 2024].

⁴⁴ En www.dw.com/es/biden-firma-ley-para-impulsar-chips-de-estados-unidos-y-competir-con-china/a-62761298 [fecha de consulta: 5 de mayo de 2024].

⁴⁵ JONAS (1995) p. 309.

a encontrar una solución normativa a la crítica situación actual de inexistencia de normativa expresa que regule el desarrollo y uso de AA, sobre todo de los completamente autónomos.

El marco de solución general a ese problema lo proporcionan los principios de lo que se ha denominado derecho de la inteligencia artificial⁴⁶ y la norma de derecho internacional humanitario conocida como Cláusula Martens.

1. Derecho de la inteligencia artificial (DIA)

El DIA, en las más diversas jurisdicciones, es un derecho en construcción⁴⁷. En esta etapa de su desarrollo consta básicamente de principios que tienen por objetivo orientar y conducir el desarrollo de la IA en función de objetivos humanistas. En efecto, frente a la posibilidad de que la IA, junto con otros desarrollos tecnológicos, pudiera inducir un cambio singular en la evolución de la humanidad, en términos de proyectarla hacia la poshumanidad, el DIA se alza como una respuesta preventiva, inspirado éticamente en el principio de responsabilidad que, básicamente, ordena al hombre abstenerse de actuar frente a la incertidumbre de las consecuencias de sus acciones tecnológicas, máxime cuando la humanidad ya tiene el poder de destruirse a sí misma con el operar de la ciencia y la tecnología fáustica⁴⁸.

Ante la ausencia de normas tipo reglas expresas que regulen el desarrollo de la IA en función de objetivos humanistas, el DIA, a escala de principios, puede ser inferido de los tratados internacionales de derechos humanos⁴⁹.

Es evidente que la Carta de las Naciones Unidas y la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), pilares fundacionales del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH), no pudieron haber previsto como una amenaza para los derechos humanos (y, en consecuencia, también para la humanidad), el desarrollo y uso de la IA sin controles éticos y en perspectiva transhumanista, pues en aquellos tiempos la IA solo estaba en la mente de genios como Alan Turing o John von Neumann.

La tecnología que sí rondaba como un fantasma en la Conferencia de San Francisco y en el mundo entero, era la energía atómica. Por primera vez en la

⁴⁶ Sobre esta construcción dogmática puede consultarse en detalle LÓPEZ (2020) y (2021).

⁴⁷ Un hito trascendental en su proceso de desarrollo lo constituirá la promulgación de la Ley de Inteligencia Artificial de la Unión Europea, prevista para el año 2025.

⁴⁸ Sobre la tradición fáustica y prometeica de la ciencia, véase BERMAN (2000), HALDANE y RUSSELL (2005), MARTINS (2012).

⁴⁹ Para una revisión del proceso de inducción de dichos principios, puede consultarse LÓPEZ (2020).

historia la humanidad tenía el poder de destruir apocalípticamente la vida sobre la faz de la tierra. Se inauguraba así la era de las tecnologías con poder de destrucción masiva. La arquitectura institucional de las Naciones Unidas fue concebida, también, por la urgencia de evitar el fin material de la especie humana producto de un conflicto bélico que desencadenare una conflagración nuclear suicida. Es tan cierto este antecedente, que la primera resolución que adoptó la Asamblea General de las Naciones Unidas (resolución 1 (I) de enero de 1946), no fue otra que la de crear la Comisión de Energía Atómica de las Naciones Unidas⁵⁰.

La energía nuclear es solo una especie dentro del género tecnologías de destrucción masiva. La IA, potencialmente, también es una especie del mencionado género de tecnologías. Entonces bien: si los Estados miembros de la ONU, todos los cuales son al menos suscriptores de la Carta Constitutiva, no actúan para evitar esas amenazas, comprometen su responsabilidad internacional, pues incumplen un deber asumido al suscribir la Carta de las Naciones: el deber de promover el respeto universal de los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades. Vale decir, si un Estado no hace nada frente a las amenazas y riesgos que para los derechos humanos representa el desarrollo y utilización de las tecnologías, incumple el deber de promocionar el respecto de tales derechos asumido expresamente en el art. 55 c. de la Carta. En efecto, la obligación de promocionar⁵¹ exige conductas activas. No hacer nada o no lo suficiente para enfrentar amenazas serias a los derechos humanos, conforman un arco de situaciones que van desde lo negligente hasta lo criminal.

Esos principios básicos que conforman los ejes del DIA, y que se denominan las tres leyes de la inteligencia artificial, se inferen de la Carta de las Naciones Unidas y de la Declaración Universal de Derechos Humanos⁵².

Las tres leyes de la inteligencia artificial consideran que el respeto de los derechos humanos es condición de existencia y continuidad de la especie humana y de la humanidad. Su protección, por tanto, constituye un deber.

⁵⁰ Véase Comisión de Energía Atómica de las Naciones Unidas: www.un.org/es/sections/issues-depth/atomic-energy/index.html [fecha de consulta: 3 de marzo de 2021].

⁵¹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (1992) p. 1676.

⁵² Se ha reducido el ejercicio dogmático solo a esos dos instrumentos por ser suficientes para la configuración de las tres leyes de la inteligencia artificial y porque, además, una revisión más extensa no resulta factible de exponer dados los límites formales que impone este artículo. Pero ciertamente que la ampliación del conjunto normativo de base de la inducción jurídica (por ejemplo, al conjunto de todos los tratados de derechos humanos), refuerza la configuración dogmática propuesta.

El poder transformador de la naturaleza humana que la IA posee, obliga a los Estados a actuar con cautela en la materia, evitando sus amenazas y también los atentados concretos y particulares a los derechos humanos. Es deber internacional de los Estados miembros de la ONU (todos suscriptores de su Carta Constitutiva y consecuentemente también de la Declaración), evitar que el desarrollo y los usos de la IA amenacen o vulneren los derechos humanos, en particular la vida, la libertad y la igualdad, que constituyen el núcleo seminal del cual nace toda la especiación de derechos humanos constitutivos del *ethos* de la humanidad. Así las cosas, estos principios elementales (o leyes como también son llamados, rememorando las leyes de la robótica de Isaac Asimov⁵³), son los siguientes:

- 1ª LEY de la IA: un sistema de IA no deberá hacer daño al ser humano individual o colectivamente considerado o a la humanidad, ya sea por acción, omisión o por cualquier otro tipo de conducta posible de ejecutarse por el sistema.
- 2ª LEY de la IA: un sistema de IA deberá siempre ceder el control de sus operaciones a los seres humanos, a excepción que dicha conducta condujere a una vulneración de la 1ª LEY.
- 3ª LEY de la IA: un sistema de IA debe proteger su propia existencia en la medida en que esta protección no vulnere la 1ª y 2ª LEY.

En efecto, si por acción u omisión los Estados permiten que el desarrollo de la IA afecte o dañe de algún modo a las personas o a la humanidad, se incurrirá, por cierto, en una vulneración de derechos humanos que, eventualmente, puede activar los sistemas de protección internacional.

Asimismo, en relación con la segunda ley de la IA, la autonomía de los sistemas de IA no puede llegar al punto que los seres humanos pierdan el control sobre ellos, pues, en tal caso, se queda a merced de sus decisiones y la humanidad pierde la conducción de su destino. Sin embargo, pueden darse ciertos casos en que sea teóricamente posible cederles el control a los sistemas de inteligencia artificial, pero ciertamente que bajo condiciones muy limitadas de tiempo y espacio. Las hipótesis fácticas de cesión de control deben encaminarse hacia todas aquellas circunstancias en que los seres humanos pretendan controlar los sistemas de inteligencia artificial para dañar al hombre y a la humanidad, pues el uso de la IA debe siempre ser democrático y en concordancia con los derechos humanos. Esta segunda ley se orienta también, por tanto, ha evitar los golpes de Estado y las tomas de control autoritario de las sociedades, pues esas acciones dañan al hombre y a la humanidad. Pero, aun así,

⁵³ Por cierto, que las leyes de la robótica de Isaac Asimov en ningún caso son una excentricidad, sino que el punto de partida de toda reflexión normativa sobre la inteligencia artificial, como consta en PARLAMENTO EUROPEO (2017).

su aplicación debe ser muy estricta, calculada y en casos específicos, pues cederle el control a una IA, es ceder humanidad.

Por último, la tercera ley de la IA es una ley de salvaguarda. Los sistemas de IA deben proteger su propia existencia, es decir, deben desarrollar instinto de supervivencia, pero también deben estar entrenados/programados para la autodesconexión altruista (suicidio cibernético), cuando la proyección de su actuar, eventualmente, representare, de algún modo, un riesgo vital al hombre o a la humanidad.

Estos principios, que operan como sistema de reconocimiento, están implícitos en el núcleo esencial del DIDH y configuran constitucionalmente la normatividad más general del derecho de la inteligencia artificial, a la cual debe someterse para adquirir juridicidad (y legitimidad) las reglamentaciones particulares de carácter nacional e internacional que, en materia de desarrollo de la IA, los Estados en la actualidad posean o promulguen en el futuro. Los Estados deben, por tanto, adecuar y ajustar sus conductas a dichas leyes o principios.

A la luz de los principios de DIA, las AA, no podrían diseñarse, fabricarse o usarse, puesto que tienen por objetivo destruir y dañar al ser humano. Pero si aún así no fuera posible evitar el desarrollo y uso de las AA, queda, también, siempre a disposición de las personas y los Estados, la Cláusula Martens para que, en combinación con el DIA, orienten del modo más benigno para la humanidad el desarrollo de las AA.

La Cláusula Martens es una pieza esencial del derecho internacional humanitario, que, por cierto, se conecta necesariamente con el DIA, cuya fuente primaria es el DIDH. La conexión necesaria se produce porque ambos derechos dimanen de un mismo corpus ético jurídico: el principio de humanidad⁵⁴, aunque, en el caso de la Cláusula Martens, trátase de un antecedente más antiguo que el DIDH, pues es considerada una de las piedras fundacionales del derecho internacional humanitario, que es anterior al DIDH y, además, codifica normas consuetudinarias sobre la guerra preexistentes a la codificación. En este sentido la Cláusula Martens refleja una:

“coexistencia entre el DIH consuetudinario y el DIH convencional que se soluciona a favor de la opción que mejor responda a la finalidad primaria del DIH, que no es otra que la protección de las víctimas de los conflictos armados”⁵⁵.

⁵⁴ SALMON (2004) p. 70.

⁵⁵ Una fundamentación al respecto puede consultarse en SALMON (2004) p. 49.

2. *Cláusula Martens*

Aparece por primera vez en el preámbulo del (II) Convenio de La Haya de 1899 relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre. Su formulación fue la siguiente:

“Mientras que se forma un Código más completo de las leyes de la guerra las Altas Partes Contratantes juzgan oportuno declarar que en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas las poblaciones y los beligerantes permanecen bajo la garantía y el régimen de los principios del Derecho de Gentes preconizados por los usos establecidos entre las naciones civilizadas, por las leyes de la humanidad y por las exigencias de la conciencia pública”⁵⁶.

Desde 1925 en adelante, un número significativo de tratados que regulan las prohibiciones de ciertas armas, también la incluyen. Así puede ser advertida en: los preámbulos del Protocolo de Gas de Ginebra de 1925, la Convención sobre las Armas Biológicas de 1972, Convención sobre Armas Convencionales de 1980, Convención sobre la Prohibición de Minas Antipersonales de 1997, Convención sobre Municiones en Racimo de 2008 y el Tratado sobre Prohibición de las Armas Nucleares de 2017⁵⁷.

La Cláusula Martens se ha incorporado también a los cuatro convenios de Ginebra en los artículos que regulan los efectos de las denuncias de los convenios por alguno de los Estados parte⁵⁸. En el Protocolo Adicional I de 1977 de los convenios de Ginebra, se plasmó en los siguientes términos:

“En los casos que no previstos en este Protocolo u otros acuerdos internacionales, civiles y combatientes permanecen bajo la protección y la autoridad del derecho internacional, derivado de la costumbre establecida, de los principios de la humanidad y de los dictados de conciencia pública”⁵⁹.

⁵⁶ Sobre los orígenes e historia de la cláusula, así como respecto de las diversas interpretaciones y aplicaciones de la misma, existe una abundante bibliografía. Entre otras, se ha tenido presente: TICEHURTS (1997); CANESSE (2000); SALMON (2004); BALITZKI (2009); BEN-NAFTALI (2011); RODRÍGUEZ-VILLASANTE y LÓPEZ (2017); MELZER (2019); HUMAN RIGHTS WATCH & INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS CLINIC HARVARD LAW SCHOOL (2020); IVANENKO (2022).

⁵⁷ HUMAN RIGHTS WATCH & INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS CLINIC HARVARD LAW SCHOOL (2020) p. 12.

⁵⁸ *Op. cit.* p. 20.

⁵⁹ Una versión del Protocolo puede consultarse en COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA (1977).

Elizabeth Salmon ha señalado que el carácter general o consuetudinario del DIH se manifiesta en sus orígenes mismos a través de la Cláusula Martens, pues el texto de la cláusula no admite duda que frente a la ausencia de normas expresamente positivizadas, los beligerantes permanecen bajo la salvaguardia y el régimen de los principios del derecho de gentes, tales como resultan de los usos establecidos entre las naciones civilizadas, de las leyes de humanidad y de las exigencias de la conciencia pública⁶⁰.

La Cláusula Martens evidenciaría así que los Estados codificaban normas consuetudinarias ya existentes, fundadas en principios generales que mantienen su validez fuera del contexto convencional. Contemporáneamente, agrega Elizabeth Salmon:

“esto se reafirma en que las normas del DIH son cada vez más consideradas como consuetudinarias y, en tanto tales, como normas que deben ser aplicadas por todos los estados en una base de universalidad. de armas emergentes, incluidas las armas completamente autónomas”⁶¹.

Pues bien, más allá de la discusión dogmática sobre el valor normativo de las declaraciones contenidas en los preámbulos de los instrumentos internacionales, donde consta la Cláusula Martens, o el valor normativo de la misma cuando está contenida en el articulado o cuerpo principal de los instrumentos internacionales, en este artículo se acepta el siguiente tópico argumentativo: la Cláusula Martens debe ser considerada, a lo menos, como elemento de interpretación del derecho internacional.

Aquella es la tesis de Antonio Canesse, quien, adoptando un enfoque intermedio, entre los que le restan todo valor normativo, por una parte, y los que la consideran fuente formal del DIH, propone tratar los principios de la humanidad y los dictados de la conciencia pública como una guía fundamental para la interpretación del derecho internacional⁶². De lo cual se deduce:

“la cláusula Martens proporciona los factores que los Estados deben tener en cuenta a medida que se acercan a la tecnología de armas emergentes, incluidas las armas completamente autónomas”⁶³.

Un importante precedente de invocación de aplicación de la Cláusula Martens en casos de tecnologías emergentes no reguladas lo constituyó, en la

⁶⁰ SALMON (2004) pp. 32-33.

⁶¹ *Op. cit.* p. 34.

⁶² HUMAN RIGHTS WATCH & INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS CLINIC HARVARD LAW SCHOOL (2020) p. 17. Fuente primaria en CANESSE (2000) p. 212.

⁶³ HUMAN RIGHTS WATCH & INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS CLINIC HARVARD LAW SCHOOL (2020) p. 17.

década de 1990, la discusión sobre la prohibición preventiva de los láseres cegadores. Dichas armas, como así lo señalaron sus críticos: “plantean preocupaciones bajo los principios de la humanidad y los dictados de la conciencia”⁶⁴. Fue así como en la Primera Conferencia de Revisión de la Convención sobre Ciertas Armas Convencionales (CCAC), sostenida en 1996, representantes de la ONU y de la sociedad civil caracterizaron los láseres cegadores como: “inhumanos, aborrecibles a la conciencia de la humanidad e inaceptables en el mundo moderno”⁶⁵. El representante de Chile en la referida Conferencia de Revisión, expresó su esperanza de que el organismo:

“podría establecer pautas de acción preventiva para prohibir el desarrollo de tecnologías inhumanas y, por tanto, evitar la necesidad de remediar la miseria que podrían causar”⁶⁶.

Como resultado de la aludida discusión normativa, el Protocolo sobre Armas Láseres Cegadoras del CCAC (Protocolo IV CCW), adoptado el 13 de octubre de 1995, que entró en vigor el 30 de julio de 1998, en su art. 1, expresamente prohíbe el uso de láseres cegadores:

“Queda prohibido emplear armas láser específicamente concebidas, como única o una más de sus funciones de combate, para causar ceguera permanente a la vista no amplificadas, es decir, al ojo descubierto o al ojo provisto de dispositivos correctores de IA vista. Las Altas Partes Contratantes no transferirán armas de esta índole a ningún Estado ni a ninguna entidad no estatal”⁶⁷.

Y si los láseres cegadores fueron prohibidos en virtud de los principios de humanidad y los dictados de la conciencia pública enarbolados por la Cláusula Martens, con mayor razón entonces, deberían prohibirse, al menos por el momento, las AA completamente autónomas, que son mucho más dañinas que los láseres cegadores.

Y es que las AA, imposible soslayarlo, no tienen juicio ni comprensión humana. Vale decir, son máquinas y, por tanto, carecen de agencia moral. Y al respecto, que duda podría haber: decidir sobre la vida y la muerte, no puede ser un acto algorítmico, desprovisto de un juicio ético, que permita evaluar situacionalmente todos los aspectos humanos involucrados en un conflicto bélico. Al carecer de agencia moral, difícilmente las AA podrán proteger a civiles y

⁶⁴ HUMAN RIGHTS WATCH & INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS CLINIC HARVARD LAW SCHOOL (2020) p. 18.

⁶⁵ *Op. cit.* p. 19.

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ Véase COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA (1977).

combatientes en función de los principios de la humanidad y de los dictados de conciencia pública. Es decir, no podrían cumplir con los mandatos de protección de la Cláusula Martens, derivados de los principios de la humanidad y los dictados de la conciencia.

2.1. Los principios de humanidad y las AA

Los principios de humanidad obligan a

- 1) tratar a los demás con humanidad y
- 2) mostrar respeto por la vida y la dignidad humanas⁶⁸.

Brevemente convengamos que los principios de humanidad son aquellas normas que orientan el actuar humano con sensibilidad y compasión de las desgracias y situaciones penosas de los congéneres⁶⁹. El derecho a ser tratado con humanidad es un pilar fundacional del DIH y del DIDH. El derecho y la obligación correlativa al trato humanitario está reconocida, por ejemplo, en los convenios de Ginebra, manuales militares, jurisprudencia internacional y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

El trato con humanidad supone, necesaria y forzosamente, el despliegue de la compasión y la ejecución de juicios éticos y legales.

El actuar compasivo debe orientar la conducta de los beligerantes en el sentido:

“que la captura es preferible a herir a un enemigo y herirlo es mejor que matarlo; que los no combatientes se salvarán en la medida de lo posible; que las heridas infringidas sean lo más livianas posible, para que los heridos puedan ser tratados y curados y que las heridas causen el menor dolor posible”⁷⁰.

Si la compasión impulsa casi de manera instintiva el actuar humano, el juicio ético y legal entrega las herramientas conceptuales para plasmar conductualmente el mandato normativo. El juicio ético o legal supone la puesta en marcha no solo del juicio lógico formal, sino que, también, informal que se obtiene a través de la experiencia y que puede ser englobado en términos como “sentido común” o “reglas de la experiencia”. Es la combinación de estos dos tipos de lógicas o razonamientos que el sujeto actúa y toma decisiones que ponderan y balancean de manera dinámica información pasada, presente-situacional y futura, todo, en función de no vulnerar el mandato de respetar los principios de humanidad.

⁶⁸ HUMAN RIGHTS WATCH & INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS CLINIC HARVARD LAW SCHOOL (2020) p. 21.

⁶⁹ ‘Humanidad’, acepción 5 en REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (1992).

⁷⁰ HUMAN RIGHTS WATCH & INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS CLINIC HARVARD LAW SCHOOL (2020) p. 22. Fuente primaria: PICTEC (1985) p. 62.

Entonces bien, si la compasión y la capacidad de hacer juicios éticos y legales, son características privativas del ser humano, las AA no estarían, ontológicamente, capacitadas para hacerlo. Luego, las posibilidades para que pudieran cumplir con la Cláusula Martens serían extremadamente complejas, por no decir, imposibles.

El dolor, el sufrimiento, las emociones o los sentimientos morales, hasta ahora, por lo que sabemos, solo son fenómenos humanos. Incluso, más esencialmente humanos, si hablamos de las emociones, sobre todo a la luz de las investigaciones del neurocientífico Antonio Damasio, quien, en *El error de Descartes*, propone un cambio de paradigma desde el “pienso, luego existo”, al “siento o me emociono, luego existo”⁷¹. Los seres humanos, en síntesis, somos seres fundamentalmente emocionales.

Pero la IA no se emociona ni siente. Es verdad que puede producir en muchos campos conductuales *outputs* similares a los humanos; pero un AA enfrentada a la decisión de dar o no de baja a un blanco humano, no lo hará inspirado en los principios de humanidad, pues no siente compasión, ni razona ética o legalmente como un humano.

No puede perderse de vista, asimismo, que, en etapas muy avanzadas de desarrollo de la IA, por ejemplo, cuando eventualmente ya se esté cerca de la IAG, las AA serán tan inteligentes que no puede descartarse *a priori* que, aunque no tengan agencia moral, sin embargo, podrían actuar estadísticamente de manera mucho más alineada a los principios de la humanidad, que los propios humanos.

La pregunta que surge entonces es: ¿en tal estado del desarrollo del arte de la IA, deberían prohibirse las armas por completo autónomas, aun cuando fuere indiscutible que podrían desempeñarse, comparadas estadísticamente con los humanos, con un mejor y más pleno respeto al principio de humanidad?

La pregunta pone en cuestión nuestras certezas ético-jurídicas más profundas. Porque, aun cuando las AA fueren más “compasivas” y “justas” que los humanos, juzgados estadísticamente por sus resultados, desde el momento que la humanidad le entrega el control de la vida y de la muerte a la IA, empieza a deslizarse hacia una especie de desintegración ética, ya que renuncia a ejercer lo que le es propio por naturaleza: ser un agente moral, es decir, un sujeto que es responsable de sus acciones porque tiene la capacidad para juzgar y distinguir entre lo correcto y lo incorrecto.

Desprovistos de agencia moral y en un contexto de IAG, los hombres, al entregarle el poder de decidir entre la vida y muerte a las AA, literalmente estarán renunciando a ser humanos. Y de ahí adelante, cualquier cosa puede

⁷¹ DAMASIO (2010), (2018).

sucedan. El juego podría cambiar aún más de forma más radical, cuando la IA en un futuro alcance la fase de IAG y, más aún, de SIA. No puede descartarse que en esa etapa emerja un nuevo tipo de inteligencia materializada en un ser ciber orgánico o virtual. Vale la pena preguntarse si la humanidad quiere eso. El debate ético-jurídico sobre las AA tiene la gran virtud de reactualizar el debate de fondo: ¿para qué queremos la IA?

2.2. Las exigencias de la conciencia pública y los SAA

La Cláusula Martens previene que ante la ausencia de normas expresas que regulen el uso de armas y el trato a los combatientes, estos permanecen bajo la protección del derecho internacional, derivados de la costumbre establecida, de los principios de humanidad y de las exigencias de la conciencia pública.

Las exigencias de la conciencia pública:

“se refieren a pautas morales que dan forma a las acciones de los Estados y los individuos. El uso del término ‘conciencia’ indica que los dictados se basan en un sentido de moralidad, un conocimiento de los que es correcto o incorrecto”⁷².

Una aproximación a estudio de las fuentes de la conciencia pública, basado en el trabajo que sobre el tema ha realizado Theodor Meron, puede realizarse a partir de la revisión de la opinión pública y las opiniones de los gobiernos⁷³.

La revisión de las principales fuentes de consulta de la opinión pública, tales como: encuestas, opiniones de los expertos, informes de centros de estudios especializados; de ONG y organizaciones internacionales, así como declaraciones de líderes mundiales, expertos en ciencia y tecnología y de las principales industrias tecnológicas, muestran que la sociedad mundial siente temor y no apoya la aparición de las AA completamente autónomas⁷⁴.

Por su parte, el discurso oficial de diversos gobiernos y países del mundo, con mayor o menor fuerza, han expresado su opinión en el sentido que el desarrollo de las AA completamente autónomas es inaceptable. Desde el año 2007 se vienen registrando los esfuerzos de la humanidad por regular las AA en fun-

⁷² HUMAN RIGHTS WATCH & INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS CLINIC HARVARD LAW SCHOOL (2020) p. 31.

⁷³ *Op. cit.* p. 31. Fuente primaria: MERON (2000).

⁷⁴ HUMAN RIGHTS WATCH & INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS CLINIC HARVARD LAW SCHOOL (2020) pp. 31-41. Para una revisión de las principales ONG y demás instituciones de la sociedad civil que apoyan la prohibición de los SAA completamente autónomas, puede consultarse Stop Killer Robots, cual es una de las principales organizaciones del campo: www.stopkillerrobots.org/es/ [fecha de consulta: 12 de mayo de 2024].

ción del lograr un tratado internacional en la materia. Los dos últimos hitos relevantes en la materia⁷⁵, fueron los siguientes:

- El 1 de noviembre de 2023, la Primera Comisión de la Asamblea General de la ONU adoptó el primera resolución sobre armas autónomas, destacando la “necesidad urgente de que la comunidad internacional aborde los desafíos y preocupaciones que plantean los sistemas de armas autónomas”. El resultado de la votación en resolución L.56 Hubo ciento sesenta y cuatro Estados a favor, cinco en contra y ocho abstenciones.
- 5 de octubre de 2023 el secretario general de las Naciones Unidas, António Guterres, y la presidenta del Comité Internacional de la Cruz Roja, Mirjana Spoljaric, pidieron a los Estados que inicien negociaciones sobre un nuevo instrumento jurídicamente vinculante para establecer prohibiciones y restricciones claras sobre sistemas de armas autónomos y concluir dichas negociaciones para 2026.

La lista de hitos es larga y permite afirmar, con bastante evidencia empírica, que, en general, los gobiernos y organismos internacionales están avanzando conversaciones sobre la regulación de este tipo de armas. En general, están conscientes de los peligros y desafíos que plantean. *Prima facie*, y en dominio de las declaraciones, se muestran contrarios a su desarrollo. Al menos respecto de las AA completamente autónomos.

CONCLUSIONES

El desarrollo de la IA sin controles éticos y jurídicos es un riesgo existencial para la humanidad. En el corto plazo, señales de estos riesgos pueden ser distinguidos en las continuas vulneraciones a ciertos derechos fundamentales que, mediante el uso de la IA, están aconteciendo alrededor del mundo. Sin duda alguna que la máxima vulneración a los derechos fundamentales mediante el uso de IA se produce cuando dicha tecnología se pone al servicio de los conflictos armados. Ya no se trata de que un sistema de IA discrimine a las personas en el proceso de otorgamiento de un crédito o en el de selección para un puesto de trabajo. En el caso de las AA, la IA se pone al servicio de destruir el más fundamental de los derechos fundamentales: el derecho a la vida.

El epítome de esta situación lo constituyen los sistemas de armas completamente autónomas, las cuales, una vez activadas, pueden seleccionar y eje-

⁷⁵ Un completo cronograma con la historia de discusión mundial sobre SAA, que arranca el año 2007, y que ha guiado esta sección del artículo, puede ser consultado Stop Killer Robots: www.stopkillerrobots.org/es/la-historia-hasta-ahora/ [fecha de consulta: 12 de mayo de 2024].

cutarse sin necesidad de intervención humana. Según información recogida de fuentes abiertas, estas clases de armas todavía no existirían, pero se sabe, a través de las mismas fuentes, que las grandes potencias están trabajando en esa dirección, preparándose para una situación de teoría de juego con hipótesis de “juicio final” o derrota estratégica.

Y relacionado con lo anterior, otro aspecto a considerar, por tanto, en el contexto de un mundo con armas atómicas, es el uso de la IA para gobernar esos instrumentos bélicos. ¿Sería compatible con el principio de responsabilidad, la construcción de esos sistemas atómicos?

El desarrollo de las AA, por cierto, está en directa relación con los avances de la IA. Las condiciones para que surjan las armas completamente autónomas dependerá de cuán cerca esté la humanidad de conquistar la IAG. Llegados a ese punto de la historia, la situación será muy crítica, pues como se proyecta, la IAG tendrá capacidad de autoaprendizaje ilimitado, lo cual podría conducirla a una curva exponencial que desemboque en el nacimiento de la SIA. Un mundo con SIA es un mundo de incertidumbre. No hay claridad respecto a cómo se comportaría esa SIA y si, por ejemplo, se alinearía necesariamente con los valores y objetivos humanos, como ha sido teorizado por Nick Bostrom.

El problema de fondo sigue siendo resolver éticamente la pregunta sobre el “para qué queremos la IA”. Tanto las Naciones Unidas, con su programa IA para el Bien, como la Unión Europea, han respondido esa pregunta apostando en términos generales por un desarrollo de la IA centrada en el ser humano, a saber: una IA puesta al servicio de los objetivos de desarrollo sustentable de la humanidad.

Sin embargo, las grandes potencias, y a juzgar por sus acciones, no estarían en la página de, por el momento, regular el desarrollo de las AA. Prueba de ello, es que el proyecto de ley de IA de la Unión Europea expresamente las excluye de sus regulaciones.

El escenario, así, es un tanto desalentador. Y ante los peligros e inminentes riesgos que las AA implican, sobre todo las completamente autónomas, la humanidad solo tiene como defensa el derecho de la inteligencia artificial (DIA) y, más en particular, la Cláusula Martens.

El DIA impone a los Estados la obligación de orientar el desarrollo de la IA en función de la reproducción material y cultural de la humanidad, lo cual resulta contradictorio con los fines de las AA, que están diseñados para dañar al ser humano en los conflictos armados. La Cláusula Martens, a su turno, como norma jurídica de derecho internacional humanitario, tiene un campo de aplicación más particular que el DIA, toda vez que está diseñada específicamente para los conflictos armados. Entre el DIA y la Cláusula Martens, por cierto, existe una conexión necesaria, signada por la circunstancia de derivar ambos *corpus* del principio de humanidad.

Si bien es cierto que abogar por la prohibición preventiva del desarrollo de las AA, especialmente las completamente autónomas, es una política ética correcta, también hay que tener una aproximación pragmática al problema y, si no es posible la prohibición preventiva, abogar por la regulación más humanitariamente posible de sus usos, también constituirá una decisión correcta.

BIBLIOGRAFÍA

- AUSTRALIAN DEFENCE FORCE (2020): *Concept for robotic and autonomous systems*. Version 1.0 Reference: DPN BN9939583 (Defence Publishing Services).
- BALITZKI, Anja (2009): *The Martens Clause. Origin of a new source on International Law?* (Bremen, Universidad de Bremen).
- BEN-NAFTALI, Oma (2011): *International Humanitarian Law and International Human Rights Law* (Oxford, Oxford University Press).
- BERMAN, Marshall (2000): *Todo lo sólido se desvanece en el aire. La experiencia de la modernidad* (Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores).
- BERZAL, Fernando (2018): *Redes neuronales & deep learning* (Granada, Independently published). Véase deep-learning.ikor.org/ [fecha de consulta: 12 de abril de 2024].
- BOSTROM, Nick (2016): *Superinteligencia. Caminos, peligros, estrategias*. Traducción Marcos Alonso (Madrid, Teal Editorial).
- BOULANIN, Vicent; DAVISON, Neil; GOUSSAC, Netta & PELDAN CARLSON, Moa (2020): *Limits on autonomy in weapon systems* (Geneva, International Committee of the Red Cross).
- CÁCERES ERRAEZ, Cristóbal Alejandro (2022): *Sistema de prueba de vida para login biométrico usando modelos de machine learning*. Trabajo de titulación, previo a la obtención del título de Ingeniero en Sistemas e Informática (Ecuador, Universidad de las Fuerzas Armadas).
- CANESSE, Antonio (2000): "The Martens Clause: Half a Loaf or Simply Pie in the Sky", *European Journal of International Law* vol. 11 Issue 1: pp 187-216.
- CHAKOUR, Sam (2022): *Artificial Intelligence (AI) For Weapons Systems* (Virginia/Maryland, Defense Systems Information Analysis Center-DSIAC).
- COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA (1977): Protocolo I adicional a los convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, 1977. Disponible en www.icrc.org/es/document/protocolo-i-adicional-convenios-ginebra-1949-proteccion-victimas-conflictos-armados-internacionales-1977 [fecha de consulta: 7 de mayo de 2024].
- CONGRESSIONAL RESEARCH SERVICE (2023): *International Discussions Concerning Lethal Autonomous Weapons Systems* (Washington D.C., CRC).

- CONGRESSIONAL RESEARCH SERVICE (2024): *Defense: U.S. Policy on Lethal Autonomous Weapon Systems* (Washington D.C., CRC).
- CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA (2020). *Cuaderno de Trabajo N° 17. Transparencia Algorítmica. Buenas prácticas y estándares de transparencia en el proceso de toma de decisiones automatizadas* (Santiago, Ediciones Consejo para la Transparencia).
- COTINO HUESO, Lorenzo y CASTELLANOS CLARAMUNT, Jorge (eds.) (2022): *Transparencia y explicabilidad de la inteligencia artificial* (Valencia, Tirant lo Blanch).
- COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION (2022).
- DAMASIO, Antonio (2010): *El error de descartes. La emoción, la razón y el cerebro humano*. Traducción Joandomènec Ros (Madrid, Editorial Crítica).
- DAMASIO, Antonio (2018): *En busca de Spinoza: neurobiología de la emoción y los sentimientos*. Traducción Joandomènec Ros (Barcelona, Editorial Booket).
- DEPARTMENT OF DEFENSE (2012).
- DEPARTMENT OF DEFENSE (2023): *DoD Directive 3000.09 Autonomy in Weapons Systems* (Washington DC.).
- EUROPEAN COMMISSION (2021): Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council Laying Down Harmonised Rules on Artificial Intelligence (Artificial Intelligent Act) and Amending Certain Legislative Acts.
- EUROPEAN PARLAMENT (2024): Provisional Agreement Resulting From Interinstitutional Negotiations (2024).
- EVANS, Tyler D. (2013): "At war with the robots: autonomous weapon systems and the Martens Clause", *Hofstra Law Review* vol. 41 Issue 3: pp. 697-733.
- EXECUTIVE OFFICE OF THE PRESIDENT & NATIONAL SCIENCE AND TECHNOLOGY COUNCIL COMMITTEE ON TECHNOLOGY (2016): *Preparing For The Future of Artificial Intelligence* (Washington DC.).
- GROUP OF GOVERNMENTAL EXPERTS ON EMERGING TECNOLOGIES IN THE AREA OF LETHAL AUUTONOMOUS WEAPONS SYSTEMS (2024). Disponible en <chrome-extension://efaidnbmninnibpcajpcglclefindmkaj/https://reachingcriticalwill.org/images/documents/Disar+mament-fora/ccw/2021/gge/documents/draft-report-final.pdf> [fecha de consulta: 15 de abril de 2024].
- GUZMÁN LUCIO, Vicente Gerardo (2019): "¿Por qué aprender Machine Learning?". Disponible en <https://medium.com/ia-latam/por-qu%C3%A9-aprender-machine-learning-d001b28c7361> [fecha de consulta: 13 de mayo de 2024].
- HAI STANFORD UNIVERSITY HUMAN-CENTERED ARTIFICIAL INTELLIGENCE (2024): *Artificial Intelligent Index Report 2024* (Stanford).
- HALDANE, John B.S. y RUSSELL, Bertrand (2005): *Dédalo e Ícaro: el futuro de la ciencia*, (Oviedo, KRK ediciones).
- HOLLAND, Arthur (2020): *The black box, unlocked. Predictability and undersdability in military AI* (Geneve, UNIDIR).

- HUMAN RIGHTS WATCH & INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS CLINIC HARVARD LAW SCHOOL (2015): *Precedent for Preemption: The Ban on Blinding Lasers as a Model for a Killer Robots Prohibition*. Disponible en www.hrw.org/news/2015/11/08/precedent-preemption-ban-blinding-lasers-model-killer-robots-prohibition [fecha de consulta: 12 de abril de 2024].
- HUMAN RIGHTS WATCH & INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS CLINIC HARVARD LAW SCHOOL (2020): *Atender la llamada. Un imperativo moral y legal para prohibir los robots asesinos*. Disponible en www.hrw.org/es/report/2018/08/21/atender-la-llamada/un-imperativo-moral-y-legal-prohibir-los-robots-asesinos [fecha de consulta: 12 de abril de 2024].
- IVANENKO, Vitaly (2022): "The origins, causes and enduring significance of the Martens Clause: A view from Russia", *International Review of the Red Cross* No. 104: pp. 1708-1724.
- JONAS, Hans (1995): *El principio de responsabilidad. Ensayo de una ética para la civilización tecnológica*. Traducción Javier Fernández Retenaga (Madrid, Herder).
- KURZWEIL, Ray (2012): *La singularidad está cerca. Cuando los humanos transcendamos la biología*. Traducción de Carlos García Hernández (Berlín, Lola Books GbR. Ebook).
- LÓPEZ DE MANTARAS BADÍA, Ramón y MESEGUER GONZÁLEZ, Pedro (2017): *Inteligencia artificial* (Madrid, Los Libros de la Catarata, ebook).
- LÓPEZ ONETO, Marcos (2020): *Fundamentos para un derecho de la inteligencia artificial. ¿Queremos seguir siendo humanos?* (Valencia, Tirant lo Blanch).
- LÓPEZ ONETO, Marcos (2021): *Derecho al futuro* (Valencia, Tirant lo Blanch).
- LUHMAN, Niklas (2007): *La sociedad de la sociedad*. Traducción Javier Torres Nafarrate (Ciudad de México, Herder).
- MARTINAGE, Robert (2014): *Toward a new offset strategy. Exploiting U.S. long-term advantages to restore U.S. global power projection capability* (Washington DC, CSBA).
- MARTINS, Herminio (2012): *Experimentum humanum: civilizacao tecnologica e condicao humana* (Belo Horizonte, Fino Traco).
- MELZER, Nils (2019): *Derecho internacional humanitario* (Ginebra, CIRC).
- OTAN (2022): "Summary of Nato's Autonomy Implementation Plan". Disponible en www.nato.int/cps/en/natohq/official_texts_208376.htm [fecha de consulta: 13 de mayo de 2024].
- PARLAMENTO EUROPEO (2017): P8_TA(2017)0051. Normas de derecho civil sobre robótica. Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica (2015/2013(INL)) (2015). Disponible en www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2017-0051+0+DOC+XML+V0//ES [fecha de consulta: 26 de junio de 2019].

- PICTET, Jean (1985): *Development and Principles of International Humanitarian Law* (Ginebra, Martinus Nijhoff and Henry Dunant Institute).
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (1992): *Diccionario de la lengua española* (Madrid, Editorial Espasa Calpe).
- RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, José Luis y LÓPEZ SÁNCHEZ Joaquín (coords.) (2017): *Derecho internacional humanitario* (Valencia, Tirant lo Blanch, 3ª edición).
- RUSSELL, Stuart y NORVIG, Peter (2008): *Inteligencia artificial. Un enfoque moderno. Madrid*. Traducción Juan Manuel Corchado Rodríguez *et al.* (Madrid, Pearson/Prentice Hall, 2ª edición).
- SALMON, Elizabeth (2004): *Introducción al derecho internacional humanitario* (Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú/CIRC).
- SHAUB, Gary Jr. & WENZEL KRISTOFFERSEN Jens (2017): *In, On, o Out of the Loop? Denmark and Autonomous Weapon Systems* (Copenhague, Centre for Military Studies University of Copenhagen).
- TADDEO, Mariarosaria & BLANCHARD Alexander (2021): "A comparative analysis of the definitions of autonomous weapons systems", *Science and Engineering Ethics* vol. 28 number 37. Disponible en <https://doi.org/10.1007/s11948-022-00392-3> [fecha de consulta: 14 de abril de 2024].
- TICEHURST, Rupert (1997): "The Martens Clause and the Laws of Armed Conflict", *International Review of the Red Cross*, No. 317.
- UNIDIR (2018): *The weaponization of increasingly autonomous technologies: concerns, characteristics and definitional approaches*. Disponible en <https://unidir.org/publication/the-weaponization-of-increasingly-autonomous-technologies-concerns-characteristics-and-definitional-approaches/> [fecha de consulta: 1 de mayo de 2024].
- UNIDIR (2022): *Proposals related to emerging technologies in the area of lethal autonomous weapons systems*. Disponible en <https://unidir.org/publication/proposals-related-to-emerging-technologies-in-the-area-of-lethal-autonomous-weapons-systems-a-resource-paper-updated/> [fecha de consulta: 7 de abril de 2024].
- UNITED NATIONS OFFICE FOR DISARMAMENT AFFAIRS (2018): "Lethal Autonomous Weapon Systems (LAWS)". Disponible en <https://disarmament.unoda.org/the-convention-on-certain-conventional-weapons/background-on-laws-in-the-ccw/> [fecha de consulta: 15 de abril de 2024].
- WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION (2019): *Artificial Intelligence*. Disponible en <https://tind.wipo.int/record/29084?v=pdf> [fecha de consulta: 12 de abril de 2024].

Normas

Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que pueden considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados

(1980), ratificado por Chile el día 18 de julio del año 2003 y promulgado el 8 de junio del año 2004.

MISCELÁNEOS



Universidad del Desarrollo
Facultad de Derecho

LA REVOCACIÓN DEL TESTAMENTO:
¿ES POSIBLE REVOCARLO MEDIANTE
ESCRITURA PÚBLICA OTORGADA
CON ESE PRECISO OBJETO
O ES NECESARIO QUE SU REVOCACIÓN
SE CONTENGA EN UN NUEVO TESTAMENTO?

THE REVOCATION OF THE WILL:
IS IT POSSIBLE TO REVOCATE
IT THROUGH A PUBLIC
DEED GRANTED FOR THAT
PRECISE PURPOSE OR IS IT NECESSARY
FOR ITS REVOCATION
TO BE CONTAINED IN A NEW WILL?

Hugo Rosende Álvarez (QEPD)
Isabel Warnier Readi***

RESUMEN: en el presente trabajo confrontaremos las dos posiciones que surgen a propósito de la revocabilidad de un testamento, donde una afirma que es posible revocarlo a través de una escritura pública sin mayores formalidades que las de esta clase de instrumentos y la otra que precisa que solo es posible su revocabilidad mediante otro testamento solemne o privilegiado.

PALABRAS CLAVE: testamento, escritura pública, solemnidades, revocación del testamento, testamento solemne y testamentos privilegiados.

* Profesor de Derecho Civil. Universidad del Desarrollo. (†).

** Profesora de Derecho Civil. Universidad del Desarrollo. Correo electrónico: mi.warnier@udd.cl

ABSTRACT: in this work we will confront the two positions that arise regarding the revocability of a will, where one affirms that it is possible to revoke it through a public deed without further formalities than those of this type of instruments and the other that requires that its revocability is only possible through another solemn or privileged will.

KEYWORDS: will, public deed, solemnities, revocation of will, solemn will and privileged wills.

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

EXISTEN DOS CORRIENTES DIVERGENTES

QUE PROCURAN DAR RESPUESTA

A LA PREGUNTA QUE SE FORMULA EN ESTE TRABAJO

*A. Una de ellas, minoritaria,
es defendida, entre otros,
por Carlos Peña y Carlos Pizarro¹*

Esta teoría postula, en resumen, lo siguiente:

1. El *Código Civil* consagra la libre revocabilidad del testamento, como facultad esencial, irrenunciable y de orden público, sin que se haya establecido por el legislador una forma imperativa de proceder a la revocación o prohibido hacerla mediante el otorgamiento de una escritura pública con tal preciso propósito.
2. De esta manera se crea un vacío o laguna legal que debe llenarse sobre la base de principios de interpretación como lo son el elemento sistemático, de la libre revocabilidad, el argumento *ad similitudinem* y la equidad natural (Carlos Peña).
3. Carlos Pizarro arguye que a lo menos dos son los principios aplicables en la especie, a saber: la libre revocabilidad del testamento y la última voluntad expresada por el causante.
4. En síntesis, esta teoría circunscribe todo el asunto a un tema interpretativo que debe resolver el juez mediante un raciocinio práctico.

¹ Informe en derecho evacuado en causa rol C-9331-22 seguida ante el 17.º Juzgado Civil de Santiago.

B. La doctrina mayoritaria rechaza la tesis de la admisibilidad de la revocación de un testamento mediante una escritura pública otorgada con ese preciso objeto.

Las razones que abonan esta teoría se resumen en lo siguiente:

1. No es efectivo que en virtud de la libre revocabilidad del testamento la voluntad pueda manifestarse de cualquier modo para dejar sin efecto el anterior acto de última voluntad.
2. El *Código Civil* ordena que tal acto revocatorio se haga por medio de un testamento.
3. Por la razón recién indicada no existe una laguna legal que deba llenarse mediante principios interpretativos.
4. No se trata de una materia de interpretación judicial.
5. Es un asunto que recae dentro de la competencia del orden legislativo y que se refiere a la facultad de testar.
6. La revocación tácita de un legado y la pretensión de que este sirva de criterio interpretativo para aplicar por analogía la revocación de un testamento por escritura pública carece de consistencia.

En esta materia hay que tener en cuenta que los efectos de la revocación tácita de un legado lo determinan las normas interpretativas contempladas expresamente en el *Código Civil* sobre los legados de especie o cuerpo cierto. Y no se refieren a la derogación o revocación expresa de un legado.

Por otro lado, existe una clara diferencia en la situación jurídica en que se encuentran los legados y la herencia. Porque los legados constituyen asignaciones particulares en las cuales el legatario no representa la persona del causante a diferencia de lo que acontece con las herencias que son asignaciones universales y en las que el heredero representa a la persona del causante para sucederle en todos sus derechos y obligaciones transmisibles.

7. Así, entonces, la pretensión de aplicar el principio sistemático o argumento *ad similibi* a la revocación de un testamento mediante una escritura pública otorgada con ese preciso objeto, altera sustancialmente el régimen sucesorio chileno, lo cual no puede resolverse a través de un proceso interpretativo, sino sobre la base de una modificación, lo que no ha ocurrido.
8. Lo esencial está en que, de contrario, se pretende modificar el sentido y alcance de la facultad de testar sin que medie una modificación legislativa. Y para eso se recurre a la revocación conforme a las reglas generales de la teoría del acto jurídico, lo que en este caso es improcedente.

II. RESPUESTA CRÍTICA A LA TEORÍA QUE PLANTEA LA ADMISIBILIDAD DE LA REVOCACIÓN DE UN TESTAMENTO MEDIANTE UNA ESCRITURA PÚBLICA QUE TENGA ESE PRECISO OBJETO

DOCTRINA

1. *Concepto de testamento*

El art. 999 del *Código Civil* define el testamento en los siguientes términos:

“El testamento es un acto más o menos solemne, en que una persona dispone del todo o parte de sus bienes para que tenga pleno efecto después de sus días, conservando la facultad de revocar las disposiciones contenidas en él, mientras viva”.

Al tiempo de la codificación civil la noción de testamento más corriente era aquella que se contenía en una ley de las *Siete Partidas* (6, 1, 1), en la que se decía:

“*Testatio, et mens'*, son dos palabras de latín, que quiere tanto decir en romance, como testimonio de la voluntad del hombre. De estas palabras fue tomado el nombre de testamento”².

2. *Noción de testamento y voluntad del testador*

La finalidad del acto, como expresión de la autonomía de la voluntad es, exactamente, que las pretensiones del disponente se cumplan a cabalidad luego de su muerte³.

Si se acepta que toda declaración de voluntad debe tener un objeto, es indudable que el testamento también ha de obedecer a esta exigencia. El objeto está constituido por los intereses jurídicos que el autor pretende regular con la declaración de última voluntad. Estos intereses se concretan en las disposiciones testamentarias, en cuanto por ellas el testador señala e impone una determinada suerte a sus bienes para después de sus días. En otros términos, el objeto es el conjunto de intereses que caen bajo la esfera del testador y que determinan una particular situación jurídica para el heredero o legatario⁴.

² BARRIENTOS (2014) tomo I p. 916.

³ CORTE SUPREMA (2011) rol n.º 2047-2010, considerando 20. Véase también en BARRIENTOS (2014) p. 917.

⁴ DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ (1990) n.º 359 p. 316.

3. *Carácter solemne del testamento*

Que el testamento sea “más o menos solemne” significa que es siempre solemne y exige solemnidades objetivas, o sea, dispuestas en atención al acto en sí mismo. El fundamento de la exigencia del legislador, de que la voluntad del testador se manifieste siempre en forma solemne radica en que de ese modo queda una prueba preconstituida de cuál fue la real voluntad del testador y ello porque el testamento es un acto de importancia en la vida jurídica, que da origen a la sucesión por causa de muerte, y el legislador siempre rodea de solemnidades los actos de trascendencia en el derecho⁵.

Víctor Vial del Río, al referirse a las formalidades propiamente tales o solemnidades recuerda que ellas constituyen un requisito esencial para la existencia del acto jurídico, al igual que lo es la voluntad, el objeto o la causa, y en tal carácter las mencionan la mayoría de los autores. Sin embargo, agrega, algunos observan que no constituyen, en verdad, un requisito de existencia independiente de la voluntad, ya que la solemnidad no es más que la manera de manifestar la voluntad en ciertos actos⁶.

4. *Solemnidad y prueba del testamento*

El testamento es un acto solemne que se prueba por sí mismo y, en consecuencia, la constancia o prueba de haberse cumplido o no las formalidades, deben encontrarse en el propio acto⁷.

Siendo un negocio solemne, toda voluntad testamentaria que no se contenga en las formas prescritas por la ley no tiene valor legal.

Así lo expresa el inciso 1.º del art. 1026 del *Código Civil*:

“El testamento solemne, abierto o cerrado, en que se omitiere cualquiera de las formalidades a que deba respectivamente sujetarse, según los artículos precedentes, no tendrá valor alguno”.

Sobre este particular, la teoría tradicional señala que un testamento al que le faltan las formalidades establecidas por la ley en relación con la natu-

⁵ CORTE SUPREMA (2009) rol n.º 2496-2008. Véase también en BARRIENTOS (2014) p. 917.

⁶ VIAL DEL RÍO (2003) pp. 215-216.

⁷ CORTE DE APELACIONES DE RANCAGUA (2002) rol n.º 18285. Véase también en BARRIENTOS (2014) p. 917.

raleza del acto o contrato es sancionado con la nulidad absoluta en conformidad con el art. 1682 del *Código Civil*⁸.

La doctrina civilista más reciente, postula que en el caso del art. 1026 del *Código Civil* se configura la denominada nulidad textual, en cuyo caso es el legislador que priva de valor al testamento que no cumple con las solemnidades propiamente tales establecidas por la ley⁹.

5. *Clases de testamentos y solemnidades*

El legislador los clasifica conforme con las mayores o menores solemnidades que exige en su otorgamiento. Se distinguen, así, los solemnes –que pueden ser abiertos o cerrados–, de los menos solemnes o privilegiados.

- a) DEL TESTAMENTO SOLEMNE ABIERTO OTORGADO EN CHILE. Ellos se distinguen esencialmente, por la circunstancia de que el testador hace sabedores de sus disposiciones al escribano, si lo hubiere, y a los testigos, de acuerdo con el art. 1015 del *Código Civil*.

Esta clase de acto testamentario exige, en primer término, ser otorgado por escrito y ante notario y tres testigos hábiles o, bien, por escrito y ante cinco testigos hábiles, conforme con lo dispuesto en el art. 1014 del mismo cuerpo legal.

En cuanto al acto de otorgamiento, el art. 1015 señalado agrega que el testamento será presenciado en todas sus partes por el testador, por un mismo escribano, si lo hubiere, y por unos mismos testigos. Asimismo, debe ser leído en alta voz, de acuerdo con el art. 1017. El acto termina con la firma del testador, de los testigos, y del escribano, si lo hubiere, todo ello en conformidad con lo dispuesto en el art. 1018.

- b) DEL TESTAMENTO SOLEMNE CERRADO OTORGADO EN CHILE. Esta clase de actos testamentarios se distingue esencialmente por la circunstancia de que el testador presenta al escribano y testigos una escritura cerrada, declarando de viva voz y de manera que el escribano y testigos le vean, oigan y entiendan, que en aquella escritura se contiene su testamento, según lo dispone el artículo 1023 del *Código Civil*.

⁸ Cfr., VIAL DEL RÍO (2003) n.º 147, p. 220, afirma que cuando la solemnidad se requiere para la existencia del acto y ella falta no hay voluntad, ya que dicha solemnidad es precisamente el medio establecido por la ley para que la voluntad se manifieste. Tal cosa ocurre, por ejemplo, si se omite la escritura pública en la compraventa de un bien raíz. Si la solemnidad se requiere para la validez del acto, dicho acto existe, pero con un vicio que hace posible la declaración de nulidad. Así acontece cuando se omite la insinuación de la donación en los casos en que debió recabarse.

⁹ RODRÍGUEZ (1995) p. 136, letra a).

El testamento solemne cerrado debe otorgarse por escrito, ante escribano y tres testigos hábiles, como mandata el art. 1021. Del mismo modo, debe haber sido escrito o, al menos, firmado por el testador.

El art. 1023 distingue, a este respecto, en primer término, la carátula o sobrescrito, en la que el notario debe dejar constancia de hallarse el testador en su sano juicio, el nombre, apellido y domicilio del testador y testigos, el lugar, día, mes y año y, en conformidad con el art. 414 del *Código Orgánico de Tribunales*, también la hora del otorgamiento. Y el testamento mismo consta dentro de esta carátula, la que deberá quedar cerrada exteriormente, de manera que no pueda extraerse el testamento sin romperla.

El acto de otorgamiento termina con la firma del testador y de los testigos, y con la firma y signo del escribano, sobre la cubierta.

- c) DE LOS TESTAMENTOS PRIVILEGIADOS. Pueden ser otorgados en las especiales circunstancias que en cada caso se indican en la ley. En general, el legislador relaja las inhabilidades de los testigos (art. 1031), y se exige que el testador exprese su intención de testar. El acto de otorgamiento deberá ser continuo, o solo interrumpido en los breves intervalos que algún accidente lo exigiere, y las personas cuya presencia es necesaria deberán ser las mismas desde el principio hasta el fin (art. 1032).

Se distinguen, a este respecto, las siguientes clases:

- i. *Verbal*: debe ser presenciado por tres testigos, todos los cuales deben ver, oír y entender al testador (art. 1034), y exige la amenaza de un peligro inminente a su vida.
- ii. *Marítimo*: se otorga por escrito a bordo de un buque chileno de guerra en alta mar, y será recibido por el comandante del barco o por su segundo, a presencia de tres testigos (art. 1048), pero en caso de peligro inminente se puede otorgar verbalmente (art. 1053).
- iii. *Militar*: debe otorgarse en tiempos de guerra, y ser recibido por un capitán o por un oficial de grado superior al de capitán, o por un intendente del ejército, comisario o auditor de guerra, aunque en caso de enfermedad o herida, puede ser recibido por el capellán, médico o cirujano que le asista. Debe ser otorgado por escrito y firmado por el testador, por el funcionario que lo recibe y por los testigos (art. 1041). En caso de peligro inminente para la vida, este puede ser verbal (art. 1046). Finalmente, al pie deberá consignarse el visto bueno del jefe superior de la expedición o del comandante de la plaza.

6. Revocación del testamento

a) ¿Participa la revocación de la misma naturaleza del testamento revocado?

En caso afirmativo, ¿qué solemnidades debe cumplir la revocación?

– Alfredo Barros Errázuriz sostiene:

*“La revocación debe hacerse por otro testamento. En cuanto a la forma en que debe hacerse la revocación la ley autoriza una sola forma, y esa es por medio de otro testamento”*¹⁰.

“Dice el artículo 1213:

‘El testamento solemne puede ser revocado expresamente, en todo o parte, por un testamento solemne o privilegiado. Pero la revocación que se hiciera en un testamento privilegiado caducará con el testamento que la contiene, y subsistirá el anterior’ ”.

“La revocación de un testamento no puede hacerse por medio de una escritura pública, como ocurre en otras legislaciones; en la nuestra, la única forma legal de revocar un testamento es por medio de otro testamento posterior”.

“Si el testamento que revoca un testamento anterior es revocado a su vez, no revive por esta revocación el primer testamento, a menos que el testador manifieste voluntad contraria (art. 1214)”.

– José Fabres¹¹ afirma:

“El testamento solemne otorgado válidamente sólo se invalida por la revocación del testador, o si siendo cerrado se abre sin los requisitos legales; pero el privilegiado caduca sin revocación en los casos previstos por la ley. Si la revocación y el testamento solemne se hace en un privilegiado, caducando éste caduca la revocación y subsiste el primer testamento. Pero si la revocación del testamento se hizo en otro solemne, la revocación de este último no hace subsistir el primero, a no ser que el testador lo disponga así”¹² (nota 38).

¹⁰ BARROS (1931) capítulo VI n.ºs 189 y 190 p. 297 y ss.

¹¹ FABRES (1912), Tomo noveno: Instituciones de derecho civil chileno, título VI: Revocación y reforma del testamento, n.ºs 84 y 85 p. 51.

¹² El texto de la nota 38 del libro de José Fabres es el siguiente: “Pudiera tal vez presentarse un caso en que la revocación del testamento posterior que revocaba otro anterior haga subsistir a este último, como sucedería si el testamento posterior fuese cerrado y el testador lo rompiera. He dicho al principio del núm. 84 que el testamento cerrado se invalida si se abre sin los requisitos legales, sólo por llamar la atención, pues esta agregación está comprendida en el art. 1212 porque los requisitos de apertura del testamento cerrado son esenciales para su valor: artículos 1023, incisos 3º y 4º -1025-1026”.

De lo recién transcrito se infiere que José Fabres razona sobre la base de que la revocación que hace el testador debe manifestarse a través de otro testamento y él se pone en distintas situaciones en virtud de las cuales la revocación no va a surtir efecto porque no se cumplieron las formalidades de apertura del testamento cerrado o porque caducó el testamento privilegiado que revocaba el anterior.

- Ramón Domínguez Benavente y Ramón Domínguez Águila¹³ indican:

“la revocación es solemne y debe hacerse en un testamento, salvo los casos en que resulta de una actividad del testador fuera del acto testamentario”¹⁴.

“El legislador se mantuvo en la revocación del testamento fiel al principio del *Ius Civile*, según el cual el testamento posterior era el único medio de revocar uno precedente. Todo cambio de voluntad, no revestida de la forma testamentaria, carecía de eficacia revocatoria”¹⁵.

- Manuel Somarriva señala:

“aunque no lo diga la ley expresamente y en términos lo suficientemente explícitos, no existe otra forma de revocar un testamento que otorgar otro testamento, porque todo el articulado de él discurre sobre la base de que la revocación debe efectuarse mediante el otorgamiento de otro acto testamentario”¹⁶.

- Luis Claro Solar afirma:

“Destinada la revocación de un testamento a producir pleno efecto después de la muerte del que la hace, la revocación es una disposición de última voluntad, una disposición *mortis causa*, un testamento; y por lo tanto debe hacerse en un testamento otorgado con las solemnidades que le corresponden según su clase. No tendría valor, por consiguiente, una revocación hecha de palabra por el testador, aun en presencia de las personas a quienes beneficiaba el testamento y

¹³ DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ (1990) n.º 644 p. 491.

¹⁴ Así acontece con los legados, que son revocados si el testador enajena la especie legada (art. 1135 inc. 2.º del *Código Civil*); o altera sustancialmente la cosa mueble legada (art. 1135, inc. final del *Código Civil*); o interviene el legado de terreno a edificar (art. 1119, inc. 3.º del *Código Civil*); o cobra o recibe el pago en el legado de liberación o en el legado de crédito (art. 1127 del *Código Civil*), el cual queda revocado si el testador cobra o recibe el pago del crédito.

¹⁵ *Op. cit.* n.º 644 p. 491.

¹⁶ SOMARRIVA (1988) n.º 591 p. 408.

debe perjudicar la revocación; o una revocación hecha por escrito en documento privado o por escritura pública en que el testador declara que su voluntad era revocar tal o cual disposición del testamento, aunque no la reemplazara por otra; la revocación tiene que ser hecha en testamento, sea solemne, sea privilegiado; pero en todo caso por testamento”¹⁷.

“Dice a este respecto el art. 1213, *‘el testamento solemne puede ser revocado expresamente en todo o parte, por un testamento solemne o privilegiado’*. No se pone la ley en el caso en que el testamento válidamente otorgado pudiera ser revocado expresamente por una declaración de voluntad del testador que no fuera hecha por otro testamento solemne o privilegiado. Limitándose al testamento la ley elimina los actos entre vivos; de modo que es la voluntad testamentaria la única que puede dejar sin efecto otra voluntad testamentaria antes expresada; queriendo si la ley que se encuentre revestida de todos los requisitos y formalidades que la ley le tiene señalados para su eficacia”.

“Por eso en el primer Proyecto de 1841, se expresaba, después de decir que *‘todo testamento podrá revocarse en todo o parte por un testamento posterior’*, que las donaciones revocables entre cónyuges no revocarán el testamento anterior en todo o parte, si no fueren otorgadas por un acto auténtico conforme a derecho; de modo que otorgadas por actos entre vivos como pueden serlo las donaciones entre cónyuges no podrían revocar el testamento anterior ni parte de él”.

Y agrega:

“Si el testamento que se revoca es un testamento solemne puede ser revocado no sólo en otro testamento solemne sino también en un testamento privilegiado, porque este último tiene como aquel el poder de expresar la voluntad del testador que es lo único que debe quedar establecido en el momento de su muerte; y la diferencia que existe entre una y otra clase de testamento se refiere únicamente a los menores requisitos externos que deben concurrir en su otorgamiento, siendo el mismo su valor jurídico en cuanto a la institución de herederos, asignaciones de bienes a título singular y demás disposiciones que pueden ser objeto de acto testamentario”.

– Ramón Meza Barros:

“Formalidad de la revocación. La revocación es un acto solemne como lo es el testamento mismo que se pretende dejar sin efecto”¹⁸.

¹⁷ CLARO (1979) n.ºs 1630 y 1631 pp. 540-541.

¹⁸ MEZA (2000) n.ºs 515-516 pp. 286-287.

“El artículo 1213, inc. 1° dispone: ‘El testamento solemne puede ser revocado expresamente en todo o parte, por un testamento solemne o privilegiado’ ”.

Este autor afirma que la revocación puede hacerse por medio de un testamento posterior solemne o privilegiado.

Pero el testamento privilegiado está expuesto a perder su eficacia por una causal típica: la caducidad.

“¿Qué suerte corre la revocación hecha en un testamento privilegiado que caduca? El art. 1213 contesta a esta interrogación: ‘La revocación que se hiciera con un testamento privilegiado caducará con el testamento que la contiene, y subsistirá el anterior’ ”.

– Pablo Rodríguez Grez señala:

“Esta facultad (la revocación) esencial, absoluta e irrenunciable debe ejercerse por medio de un nuevo testamento que puede o no contener disposición de bienes, ya que nada impide que él se limite a revocar un testamento anterior, situación en la cual será la ley la que entrará a distribuir los bienes del causante (sucesión intestada)¹⁹”.

Este tratadista agrega:

“Se ha planteado, también, la posibilidad de que un testamento solemne sea revocado por un instrumento diverso; por ejemplo, por medio de una escritura pública. La doctrina se inclina por negar todo valor a esta revocación, ya que ello implicaría desconocer lo previsto en el artículo 1213, que dispone que el testamento solemne puede ser revocado expresamente, en todo o en parte, por un testamento solemne o privilegiado. Esta norma se funda en el principio de que en derecho las cosas se deshacen de la misma manera en que se hacen. De modo que, si para testar deben reunirse ciertos requisitos, para dejar sin efecto lo testado deben reunirse los mismos requisitos”.

Sin embargo, la materia ha sido rebatida por algunos comentaristas: Fernando Rozas Vial y otros autores recuerdan:

“un libro que refunde las explicaciones de clases de antiguos y legendarios maestros –José Clemente Fabres, Leopoldo Urrutia y Tomás Ramírez Frías– dice: ‘Según el artículo 1213 inciso 1°, el testamento solemne puede ser revocado expresamente en todo o en parte por un

¹⁹ RODRÍGUEZ (2006) pp. 237, 239-240; cfr. ROZAS (1985) p. 240.

testamento solemne o privilegiado'. El tenor literal demuestra que, si la ley hubiese considerado que la revocación exigía necesariamente ser hecha en un verdadero testamento, no habría usado el vocablo 'puede' sino la palabra 'debe'".

"La interpretación propuesta –dice Pablo Rodríguez Grez– nos parece excesivamente exegética. Sostener, sobre la base de que es diverso expresar 'puede' que 'debe', que el testador podría revocar un testamento solemne por medio de una escritura pública, por ejemplo, equivale a esquivar el contexto general de los artículos 1001, 1213, 1214 y 1215 que demuestran que la revocación es un acto solemne como el testamento mismo. Además, la palabra 'puede' está referida a la alternativa de que el testamento sea revocado por un testamento solemne o privilegiado, de modo alguno por otro instrumento. Así se reconoce por Fernando Rozas Vial en la obra recién citada".

"En consecuencia, es principio fundamental de derecho que la revocación de un testamento solemne es también un acto testamentario solemne".

– Fabián Elorriaga de Bonis sostiene:

"El proyecto del año 1841 señalaba expresamente que todo testamento podía revocarse en todo o parte por un testamento posterior, lo que dejaba de suyo claro que resultaba inadmisibles una revocación que no estuviera contenida en un testamento. Sin embargo, tal frase no se mantuvo en la redacción final del Código".

"No obstante, y a pesar de que no lo diga categóricamente la ley, la revocación debe efectuarse por medio de otro testamento. Así se desprende de todo el articulado del párrafo 1 del Título VI del Libro III, que razona sobre la base de una revocación efectuada por un nuevo testamento del causante. Se desprende esta conclusión especialmente del artículo 1213.1, que dispone que 'el testamento solemne puede ser revocado expresamente en todo o parte, por un testamento solemne o privilegiado'. Nada dice el precepto de la posibilidad de revocar el testamento de una forma diversa. La doctrina nacional siempre lo ha entendido de la misma forma. También la Corte Suprema resolvió en su momento que 'la revocación de un testamento debe revestir las mismas solemnidades con que debe cumplir cualquier otro posterior que se suscriba. En consecuencia, carece de valor de revocación aquel que se practique por una escritura pública que no contenga las solemnidades exigidas'".

"El testamento revocatorio puede tener una naturaleza jurídica diferente del testamento revocado, Así, según el artículo 1213, un testamento solemne puede ser revocado expresamente en todo o en

parte, por otro testamento solemne o por uno privilegiado. Pero la revocación que se hiciera es un testamento privilegiado caducará con el testamento que la contiene y subsistirá el anterior”.

“El nuevo testamento que se otorgue puede contener disposiciones testamentarias que modifiquen o sustituyan las que se dejan sin efecto por la revocación, pero bien puede limitarse a revocar pura y simplemente el testamento anterior. En este último caso, si el causante se limita a señalar que revoca el testamento anterior, la sucesión quedará regida por las normas de la sucesión intestada”.

“Cualquiera que sea el caso, resulta evidente que el testamento revocatorio debe ser válido. Si acontece que el testamento revocatorio es anulado, pierde su valor la revocación en él contenida, y, como lógica consecuencia, la sucesión del causante se rige por el testamento que se pretendió, pero que no se logró revocar”.

“Se ha afirmado por algunos fallos que la circunstancia que los artículos 1212 y siguientes del Código Civil razonen sobre la base de una revocación efectuada por medio de testamento no impide que ésta pueda también hacerse a través de una escritura pública, y que en este tipo de situaciones debe privilegiarse la facultad revocatoria del testador”.

“La verdad es que el argumento no parece muy convincente. No puede perderse de vista que la revocación del testamento es un acto por causa de muerte. Mediante ella se deja sin efecto una disposición de los bienes que antes hizo el testador, lo que produce, como lógico efecto, que la distribución del patrimonio del causante se hará conforme las normas de sucesión intestada, a menos que junto con revocar el testador haga una nueva disposición de bienes”.

“Al revocarse un testamento anterior, sin sustituirlo por otro, se está declarando el deseo de que la sucesión quede gobernada por las reglas de la sucesión intestada. Desde este punto de vista, si lo que persiguen las solemnidades propias del testamento es la certeza de la voluntad del causante, no se comprende por qué prescindir de ellas en la revocación del testamento, ya que esta voluntad revocatoria también tiene el carácter de *mortis causa*”.

“Si la presencia de testigos, la lectura, la continuidad y unidad del acto y en general toda la ritualidad que la ley impone al testamento tienen por fin asegurar la integridad y autenticidad de la voluntad del causante, no tiene sentido prescindir de ellas en la revocación, la que, indiscutiblemente, implica la modificación de la voluntad expresada en acto testamentario”²⁰.

²⁰ ELORRIAGA (2005) n.ºs 307 308 pp. 255-258.

- b) El testamento y la escritura pública
¿son actos jurídicos distintos o son negocios jurídicos
de la misma naturaleza?

Ramón Domínguez Águila enseña que la forma –escritura pública, por ejemplo–, es el molde en que se contiene el negocio. Por eso bien puede ser que la escritura pública, si de ella se trata, esté perfectamente otorgada y, no obstante, el negocio ser nulo, pues ha intervenido dolo o falta el objeto, o la causa, etcétera.

Sobre este punto la Corte Suprema sostenía:

“la escritura pública es [...] un acto jurídico que da fe de un contrato, lo solemniza y crea relaciones jurídicas, y así lo entiende cierta doctrina: la escritura pública constituye en sí misma un acto jurídico especial, independiente del acto o contrato que solemniza o que prueba” (Arturo Alessandri Besa, *La nulidad y la rescisión en el derecho civil chileno*, n.º 320; Víctor Santa Cruz Serrano, “El instrumento público”, en revista tomo 39, primera parte, p. 28 y ss.; Margarita Moreno Z., *Unidad del acto en el otorgamiento de escritura pública*, memoria, Universidad de Concepción, 1967, n.º 7)²¹.

Pero, recientemente –dice Ramón Domínguez A.– el más alto tribunal ha sentado la doctrina, a nuestro entender correcta:

“La escritura pública no es en sí misma un negocio jurídico, sino que es el medio exigido para exteriorizar una voluntad. Se ha negado pues a aplicar a la escritura misma las reglas propias de los negocios”.

Es decir, la forma no se rige por las leyes propias al contenido” (sentencia de 13 de junio de 1964, con nota de Ramón Domínguez Benavente en *Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, n.º 130, p. 143)²².

Y esto es importante, pues para que una escritura sea pública se requiere cumplir con determinados requisitos, cuya falta la ley sanciona con la nulidad de la escritura, en ciertos casos muy precisos (arts. 411 y 412 del *Código Orgánico de Tribunales*). Fuera de ellos, no hay nulidad de la escritura. Pero no significa que no pueda ser nulo el negocio contenido en ella, sí, por otra parte, existe un vicio de la voluntad, una incapacidad, una ausencia de elementos de existencia o validez. Nadie celebra una “escritura pública”, sino una compraventa, un testamento, etcétera, que se contiene en el instrumento público²³.

Por último, diremos que si falta la solemnidad, cuando ella es requerida por la ley, de nada vale tratar de acreditar que no obstante existió el negocio ju-

²¹ DOMÍNGUEZ (1977) n.º 99 pp. 129-130.

²² *Op. cit.* n.º 99 p. 130.

²³ *Op. cit.* n.º 99 pp. 130-131.

rídico y hacerlo por otros medios de prueba. De ahí el aforismo: “el acto solemne se prueba por sí mismo” que inspira el art. 1701 del *Código Civil*, el cual dice:

“La falta de instrumento público no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en que la ley requiere esa solemnidad; y se mirarán como no ejecutados o celebrados aun cuando en ellos se prometa reducirlos a instrumento público dentro de cierto plazo, bajo una cláusula penal: esta cláusula no tendrá efecto alguno”²⁴ .

Y será, entonces todo, el negocio el que debe contenerse en la solemnidad exigida por la ley. No bastaría, pues que la mera voluntad o consentimiento se den por escritura pública –si ella es la exigida–, quedando los otros elementos del negocio fuera.

Por eso se ha fallado:

“La solemnidad en la escritura pública, cuando es requerida como indispensable por la ley, no puede fraccionarse y debe naturalmente referirse o ser extensiva a todos los elementos esenciales que constituyen o caracterizan el acto o contrato”²⁵.

c) Fuentes de los art. 999, que define el testamento, y 1001, ambos del *Código Civil*, este último que defiende la revocabilidad del testamento impidiendo que esta se coarte a través del establecimiento de ciertas exigencias que limiten la voluntad revocatoria

- En cuanto a las fuentes del art. 999 del *Código Civil*, Andrés Bello se inspiró en el Proyecto de 1841, pues en él se leía:

“El testamento es un acto revocable y solemne, por el cual una persona dispone del todo o parte de sus bienes, para el tiempo en que no existirá más” (II, p. 82),

cuya simple comparación con la versión del indicado proyecto de 1841 disipa toda duda sobre su influencia y, además, en dicho proyecto de 1841 Andrés Bello incluyó la siguiente nota: “Se puede testar de una parte sola de los bienes, y en lo restante se sucede con arreglo a las leyes de la sucesión intestada”²⁶ .

Asimismo, influyó en el jurista venezolano el *Cours de Code Civil de Delvincourt*, en el que se leía:

²⁴ DOMÍNGUEZ (1977) n.º 99 p. 131.

²⁵ *Op. cit.* n.º 99 p. 131 y CORTE SUPREMA (1920) p. 37.

²⁶ BARRIENTOS (2014) art. 999 p. 916.

“De todo o parte de los bienes: Porque el testador puede, si lo juzga conveniente, y aunque no tuviera herederos legítimos, disponer de una parte de sus bienes solamente, en cuyo caso, lo restante pertenece a sus herederos legítimos” (II, pp. 82-83).

- El art. 1001 del *Código Civil* tiene por fuentes y contexto lo siguiente. La revocabilidad era una nota característica del testamento, asentada en la jurisprudencia romana y consolidada en la cultura del derecho común, que se hallaba expresamente reconocida en el derecho vigente en Chile en tiempos de la codificación civil, pues en una de nuestras leyes de *Partidas* (6,1,21) se decía: “El primero testamento se puede desatar por otro, que fuese hecho después cumplidamente”, porque, la revocación siempre opera por medio de otro testamento, como lo reafirmara otra ley de *Partidas* (6,1, 25)²⁷.

Sin embargo, nuestro derecho vigente anterior a la codificación civil admitía ciertas limitaciones a la regla general de la revocabilidad del testamento, frente a las cuales Andrés Bello optó por eliminarlas:

Así, explicaba Florencio García Goyena en su edición de febrero de 1842 esta limitación:

“Últimamente, subsistirá el primer testamento a pesar de otro posterior que contenga revocación y sea acabado o perfecto, si aquel fue otorgado con cláusulas derogatorias, generales, o particulares, y no se hace mención de estas en el segundo.

Las cláusulas generales son diciendo, por ejemplo, el testador: ‘Quiero que este testamento sea válido y no otro que tenga hecho antes, ni formalice después de él, pues todos los revoco y anulo enteramente’.

Las particulares son, por ejemplo: ‘Quiero que este testamento, y no otro que haya otorgado antes ni otorgue después, sea válido, a no ser que el posterior contenga a la letra la oración del padre nuestro, o tal salmo, o tales palabras (que se expresarán); pues si todas conuviere, ha de valer el último, y no este ni los anteriores’.

Con estas prevenciones será ineficaz el último o posterior, si carece de la oración, salmo o palabras”.

Esta práctica es la que resultaba, y resulta, excluida por la regla del inciso 2.º de este art. 1001.

²⁷ BARRIENTOS (2014) art. 1001 p. 920. El texto de las *Partidas* decía: “La voluntad del ome es de tal natura, que se muda en muchas maneras: e por ende ningún ome non puede fazer testamento tan firme, que lo non pueda después mudar, quando quisiere, fasta el día que muera; solamente que sea en su memoria, quando lo camiare, o que faga otro acabadamente”

d) Crítica de Ramón Meza Barros
respecto de la redacción de los preceptos
que establecen la revocación del testamento

Este autor afirma que la revocación es un acto solemne como lo es el testamento mismo que se pretende dejar sin efecto.

El art. 1213, inciso 1.º, dispone: “El testamento solemne puede ser revocado expresamente en todo o parte, por un testamento solemne o privilegiado”.

El autor señala que la disposición no es afortunada en su redacción:

- 1.º Porque el testamento solemne puede ser también revocado “tácitamente” por otro testamento y
- 2.º porque es obvio que un testamento privilegiado puede ser revocado por un testamento solemne o privilegiado.

El *Código* debió decir más llanamente que todo testamento podrá revocarse, en todo o parte, por un testamento posterior²⁸. En estos términos estaba concebida la disposición en el proyecto de 1841.

e) Reglamentación de la revocación expresa del testamento
(arts. 999, 1212, 1213 y 1214 del *Código Civil*)

El art. 999 del *Código Civil*, al definir al testamento, dispone que el testador conserva “la facultad de revocar las disposiciones contenidas en él, mientras viva”. De ahí que el art. 1212 y siguientes regulen la revocación del testamento.

El art. 1212 establece que la única vía para dejar sin efecto un testamento válidamente otorgado, es la revocación del testador, con la excepción de que, tratándose de testamentos privilegiados, estos pueden caducar en los casos previstos en la ley, sin necesidad de revocación. Aclara la misma norma, que la revocación puede ser total o parcial.

El art. 1213 se refiere especialmente a la revocación expresa de un testamento solemne, indicando que puede ser revocado en todo o parte por un testamento solemne o privilegiado, pero si este último caducara, entonces caduca también la revocación y, por lo tanto, subsiste el testamento anterior.

El art. 1214, parte de la premisa de que la revocación debe hacerse por otro acto testamentario, en tanto se refiere a la revocación de un testamento que, a su turno, revocaba otro testamento anterior. En tal caso, ello no significa que reviva el testamento primitivo, a menos que el testador manifieste voluntad contraria.

Finalmente, el art. 1215 establece normas sobre la revocación tácita, aclarando que un testamento posterior deja subsistentes las disposiciones de uno anterior, en la medida que no haya incompatibilidad entre ellas.

²⁸ MEZA (2000) n.º 515 p. 125. Cfr. *RDJ* tomo 45 p. 258.

f) Aplicación del aforismo:

“Las cosas se deshacen de la misma manera en que se hacen”
en materia de revocación de testamento

- i) *Revocación de la designación de partidor por el causante*²⁹. En conformidad con lo dispuesto en el art. 1324 del *Código Civil*, el causante puede hacer el nombramiento de partidor por instrumento público entre vivos o por testamento. En opinión de Manuel Somarriva, en ambos casos el causante puede revocar el nombramiento de partidor que ha hecho, pero en el primero podrá hacerlo por escritura pública o en el testamento, y en el segundo deberá hacerlo por testamento únicamente.
- ii) *Revocación de la designación de albacea por el causante*. En nuestro *Código*, solo existen albaceas testamentarios, es decir, el albaceazgo solo puede arrancar su origen en el testamento del causante. Esta es la única oportunidad en que el testador puede designar albacea. Quiere decir, entonces, que, al igual que la revocación del testamento, la designación de albacea solo puede hacerse por testamento y no puede efectuarse por escritura pública³⁰. Si el testador quiere revocar la designación de albacea tendrá que hacerlo también por testamento, siguiendo el aforismo que dice: “Las cosas se deshacen de la misma manera en que se hacen”.

g) La sanción por el incumplimiento de las solemnidades establecidas por la ley para el otorgamiento del testamento y aquellas concernientes al acto jurídico revocatorio

El art. 1026 del *Código Civil* dispone:

“Artículo 1026. El testamento solemne, abierto o cerrado, en que se omitiere cualquiera de las formalidades a que deba respectivamente sujetarse, según los artículos precedentes, no tendrá valor alguno.

Con todo, cuando se omitiere una o más de las designaciones prescritas en el artículo 1016, en el inciso 5° del 1023 y en el inciso 2° del 1024, no será por eso nulo el testamento, siempre que no haya duda acerca de la identidad personal del testador, escribano o testigo”.

²⁹ SOMARRIVA (1988) n.º 789 p. 539

³⁰ *Op. cit.* n.º 718 p. 491.

h) Situación particular del testamento ológrafo y su aptitud para revocar un testamento anterior

En nota de Andrés Bello³¹ al art. 44 del proyecto de 1841, se pregunta: “¿No sería conveniente añadir al número de los testamentos privilegiados el ológrafo, reconocido por la ley 15, título 1, libro 2 del Fuero Juzgo?”

Más adelante agrega:

“En el Proyecto que se ha presentado a la Comisión, no se comprendió el testamento ológrafo, ni como solemne, ni como privilegiado, por haberlo desechado el consejo de estado en las discusiones que se tuvieron con el objeto de sentar ciertas bases para la reforma de nuestra legislación en lo tocante a la sucesión por causa de muerte. Pero las razones que se alegan por los que lo impugnan no han producido en nosotros una convicción completa”.

De esta manera queda de manifiesto que no cualquier testamento puede revocar uno anterior, sino solo un testamento solemne o privilegiado.

El testamento ológrafo otorgado en Chile no es idóneo para tal efecto, pero sí lo es si fuere otorgado en el extranjero en conformidad con las leyes del mismo país que lo contempla y sujeto al cumplimiento de las formalidades establecidas por el país extranjero.

Así, entonces, no es efectivo que la facultad de revocar un testamento quede sujeta al libre arbitrio del revocante en cuanto a la forma como debe expresar su voluntad. Así lo confirma, a mayor abundamiento el art. 1213 del *Código Civil*, que autoriza la revocación del testamento por testamento solemne o privilegiado, y cuando se omiten las solemnidades de estos se sancionan, según el art. 1026 del *Código Civil*, restándole todo valor.

Su texto es el siguiente:

“Artículo 1026. El testamento solemne, abierto o cerrado, en que se omitiere cualquiera de las formalidades a que deba respectivamente sujetarse, según los artículos precedentes, no tendrá valor alguno.

Con todo, cuando se omitiere una o más de las designaciones prescritas en el artículo 1016, en el inciso 5° del 1023 y en el inciso 2° del 1024, no será por eso nulo el testamento, siempre que no haya duda acerca de la identidad personal del testador, escribano o testigo”.

³¹ BELLO (1955) art. 1055 pp. 101-102.

JURISPRUDENCIA

La jurisprudencia nacional mayoritaria ha sostenido que un testamento debe ser revocado por otro testamento. Así se ha decidido desde antiguo: Corte de Santiago, 27 de septiembre 1864, *Gaceta de los Tribunales*, 1864, sentencia n.º 1906, p. 696; Corte de Concepción, 5 de diciembre de 1932, *Gaceta de los Tribunales*, n.º 1932, 2, sentencia n.º 133, p. 506; Corte de Santiago, 29 de diciembre de 1980, *RDJ*, tomo 77, sección segunda, p. 134; Corte Suprema, 27 de septiembre de 1916, *RDJ*, tomo 14, sección primera, p. 587.

La jurisprudencia minoritaria ha planteado que puede revocarse un testamento por escritura pública: Corte de Talca, 15 de noviembre de 1933, *Gaceta de los Tribunales*, 1933, 2ª, sentencia 87, p. 293. Igualmente, Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 22 de abril de 2002, recaída en los autos rol 2674-1999, caratulado “Carlos Alberto Alvear Iturrieta con Gutiérrez Vergara, Daniel”.

III. NUESTRA OPINIÓN

En nuestro parecer y teniendo presente los antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales, así como la reglamentación legal de los testamentos podemos decir que un testamento debe ser revocado por otro testamento solemne o privilegiado. Las razones para llegar a tal conclusión son:

UNO *Es un principio general de derecho que los actos de trascendencia jurídica son solemnes*, como, por ejemplo, la celebración del matrimonio, o la venta o permuta de bienes raíces o las limitaciones al dominio: usufructo, fideicomiso o servidumbres, o las garantías reales sobre inmuebles. Entre esos actos de trascendencia se encuentra el testamento, el cual es rodeado de solemnidades propiamente tales tanto en resguardo de la libertad del testador como de la facultad de disposición que este último tiene sobre su patrimonio como una proyección del derecho de propiedad. Cabe señalar que las formalidades propiamente tales tienen por objetivo resguardar la importancia de los actos jurídicos a que se ha hecho referencia en lo precedente, y en el caso de los testamentos en un doble sentido: por un lado, amparando la facultad de disposición, propia del dominio y, por la otra, en protección de la libertad o facultad de testar.

DOS *Es también un principio aplicable en la especie aquel que reza: “las cosas se deshacen de la misma manera en que se hacen”* y, es en este sentido que se aplica en la derogación expresa de la ley, pues para

ello es necesario dictar otra ley, lo mismo acontece con la posibilidad de dejar sin efecto entre las partes un contrato, porque el art. 1545 del *Código Civil* dice que los contratos son una ley para las partes y no pueden ser dejados sin efecto, sino por consentimiento mutuo o por causa legales. En el mismo orden de ideas, un testamento deberá ser revocado por otro testamento que cumpla, a su turno, las solemnidades legales, con la particularidad que un testamento solemne puede ser revocado por otro testamento solemne o por uno privilegiado. De igual manera, un testamento privilegiado puede ser revocado por otro testamento solemne.

TRES

La facultad de disposición es de orden público, porque si esta es privada a su titular se le niega en forma absoluta y perpetua el derecho de dominio, lo que no es admisible. El ejercicio de ese atributo del dominio por *actos mortis causa* debe sujetarse a las solemnidades de los testamentos, ya sea que la voluntad de disposición de sus bienes por el causante sea expresa o tácita. Hace excepción a lo recién expuesto la revocación tácita de los legados.

CUATRO

Para establecer la necesidad de que la revocación de los testamentos deba hacerse otorgando un nuevo testamento cumpliéndose las solemnidades legales, resulta preciso aplicar los elementos de interpretación de la ley contemplados en los arts. 19 a 24 del *Código Civil*.

1. El primer elemento de interpretación es el elemento gramatical y que el legislador lo considera como prioritario cuando el sentido de la ley es claro, y en tal evento señala que no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu.

Ahora bien, el art. 999 del *Código de Bello* define el testamento como un acto más o menos solemne, en que una persona dispone del todo o de una parte de sus bienes para que tenga pleno efecto después de sus días, conservando la facultad de revocar las disposiciones contenidas en él, mientras viva.

A su turno el inciso 1.º del art. 1212 del *Código Civil* dispone: “El testamento que ha sido otorgado válidamente no puede invalidarse sino por la revocación del testador”. Acto seguido el art. 1213 del mismo *Código* prescribe en su inciso 1.º: “el testamento solemne puede ser revocado expresamente en todo o parte, por un testamento solemne o privilegiado”. Con todo, la revocación que se hiciera en un testamento privilegiado caducará con el testamento que la contiene, y subsistirá el anterior (art. 1213 inciso 2.º del *Código Civil*).

De la trilogía recién citada, se desprende que el verdadero sentido y alcance de esas disposiciones consiste en que el testamento se revoca a través de otro testamento, bien sea solemne o privilegiado.

Finalmente, el art. 1026 dispone, en su inciso 1.º, en que el testamento solemne, abierto o cerrado, en que se omitiere cualquiera de las formalidades a que deba respectivamente sujetarse, según los artículos precedentes, no tendrá valor alguno. Esta misma razón es plenamente aplicable a la revocación de ese testamento por otro testamento solemne, abierto o cerrado.

2. Un segundo elemento por considerar en la interpretación de la ley es el denominado *elemento lógico*, al cual se refieren el inciso 2.º del art. 19 y el inciso 1.º del art. 22, ambos del *Código Civil*.

Andrés Bello tenía presente a estos respectos la obra de Friedrich Savigny, para quien la hermenéutica era la reconstrucción del pensamiento ínsito de la ley y para cuyo efecto existían cuatro elementos: gramatical, lógico, histórico y sistemático. Siendo el lógico el análisis estructural del pensamiento expresado por el legislador³².

Para saber el pensamiento ínsito de la ley, en nuestro derecho se resuelve con las palabras empleadas por el autor del *Código Civil* en cuanto a que hay que atenerse al “sentido de la ley”, que aparezca “claramente manifestado en ella misma”. Este sentido de la ley, según veremos, fluye naturalmente de la aplicación de los distintos elementos de interpretación de la ley.

3. *En efecto, en el elemento histórico*, que se confunde con la historia fidedigna del establecimiento de la ley, y en el caso de nuestro código sustantivo, con las fuentes, proyectos y notas de Andrés Bello que sirvieron de antecedentes para la redacción definitiva del cuerpo civil que nos rige, advertimos claramente que entre las fuentes tenidas en vista por el autor del *Código Civil* estuvo el derecho romano y la antigua legislación española, todo lo cual—como lo confirma el Proyecto de 1841—establece que un testamento se deroga por otro testamento.
4. *El elemento sistemático* tiene relación con la armonía que debe tener la preceptiva legal del *Código Civil* en su conjunto, lo cual es complementado en forma subsidiaria por el espíritu general de la legislación y la equidad natural. Si se revisan las

³² DUCCI (1977) p. 130.

disposiciones legales acerca de los testamentos, como lo son los arts. 999, 1026, 1212, 1213, 1214 y 1215, todos del *Código Civil*, queda patente el hecho de que un testamento se revoca mediante otro testamento.

CINCO *Adentrándonos en la doctrina más reciente acerca de la teoría de la interpretación jurídica*, es útil recurrir al pensamiento de Pablo Rodríguez Grez³³, según el cual corresponde distinguir la fase formal del proceso interpretativo y la fase sustancial de la interpretación³⁴.

En la parte formal se busca desentrañar el exacto significado de la norma y a estos respectos se plantean tres subfases de interpretación formal: la primera, alude al elemento gramatical, o sea, al significado de las palabras; la segunda, atiende al elemento histórico, al elemento lógico y al elemento sistemático; en la tercera subfase se aborda la conclusión o clausura de la interpretación, basado en el espíritu general de la legislación y en la equidad natural.

Concluida la fase formal se ingresa a la denominada fase sustancial que contiene distintos criterios o elementos, que son: uno, el criterio de coherencia lógica o genética; dos, el criterio de coherencia axiológica o teleológica, esto es, a los valores que la ley pretende proteger y a la finalidad que persigue satisfacer la ley, respectivamente; tres, el criterio de coherencia orgánica, según el cual, se procura armonizar normas generales con normas especiales, precisar que las excepciones son de derecho estricto; dejar establecido que cuando la ley no distingue no es lícito al intérprete distinguir, y que lo favorable u odioso de una disposición no influye en la determinación de su extensión interpretativa; reconocer que la irretroactividad es de derecho estricto; aceptar que el que está facultado por la norma para realizar lo más está facultado para realizar lo menos, debe excluirse la interpretación que conduce al absurdo; y cuatro, debe respetarse el criterio de coherencia jurisprudencial.

SEIS Aplicados los elementos de interpretación al caso materia de este trabajo, fluye lo siguiente:

1. El *sentido de la ley* al reglamentar el testamento y su revocación deja en evidencia que el uno y el otro deben canalizarse a través de un testamento, aceptando el legislador la distinta na-

³³ RODRÍGUEZ (1992).

³⁴ *Op. cit.* capítulo IV p. 71 y ss. y capítulo V, p. 97 y ss.

- turalidad que puedan revestir estos actos de última voluntad, porque pueden ser solemnes o privilegiados.
2. *En las fuentes* que se tuvieron en vista para la redacción de los preceptos relativos al testamento y a su revocación queda patente que el criterio a seguir es que un testamento se revoca por otro testamento. Así aparece claramente en la fuente de las *Partidas* que tuvo en vista el autor del *Código Civil* y que se incorporó al *Proyecto de Código* del año 1841. Si bien es cierto que no se mantuvo esa redacción en el texto definitivo, sí se reflejó ese pensamiento en el art. 1213 inciso 1.º del *Código Civil*. En consecuencia, los criterios lógico, histórico y sistemático contribuyen a ratificar que un testamento se modifica a través de otro testamento.
 3. *Los principios generales de derecho* confirman lo señalado por aplicación del aforismo según el cual las cosas se deshacen de la misma manera en que se hacen y la equidad natural conforme a la cual las solemnidades del testamento y de su revocación como actos de última voluntad resguardan y respetan la libertad del testador y la protección de los terceros, a fin de evitar fraudes y falta de publicidad que menoscaben a terceros.
 4. Por otro lado, *el pensamiento de la doctrina y los fallos mayoritarios* que postulan la revocación de testamentos por otro testamento constituye, también, un criterio de coherencia jurisprudencial que abona la interpretación desarrollada en lo precedente.
 5. *De no seguirse el criterio antes expuesto se producirían absurdos* que deben evitarse:
 - a) Si un testamento puede ser revocado por una escritura pública, a la cual no se le asigna la calidad de testamento, quiere decir que la revocación no se rige por las normas testamentarias y, por ende, queda gobernado el retracto por las normas generales de los actos jurídicos. En consecuencia, en este entendido no se aplicaría a una revocación no testamentaria el art. 1003, según el cual el testamento es un acto de una sola persona. Y, entonces, no sería pertinente lo expresado en el inciso 2.º de esa disposición, que dice:

“Serán nulas todas las disposiciones contenidas en el testamento otorgado por dos o más personas a un tiempo, ya sean en beneficio recíproco de los otorgantes, o de una tercera persona”.

- b) *Tampoco sería aplicable el carácter personalísimo que tiene el testamento y que hace que la facultad de testar sea indelegable* (art. 1004 del *Código Civil*), porque la teoría general del negocio jurídico permite actuar personalmente en su gestación o representado legal o convencionalmente.
- c) Asimismo, *la revocación del testamento por escritura pública no estaría regida por las solemnidades propias del testamento solemne*, abierto o cerrado, ni por aquellas que se aplican a los privilegiados, porque las solemnidades son de derecho estricto y no son aplicables a los actos jurídicos distintos del testamento.
- d) *La revocación por escritura pública no queda sujeta a la medida de publicidad* establecida por la Ley n.º 19903 y su reglamento, lo que significa que no está sujeta a su inscripción en el Registro Nacional de Testamentos. La razón es simple, es instrumento público no testamento.
- e) Por otro lado, se crea un vacío con la medida de publicidad del art. 688 del *Código Civil* en cuyo numeral 1 se exige inscribir el testamento en el Conservador de Bienes Raíces de la comuna o agrupación de comunas en que haya sido pronunciado el decreto judicial de concesión de la posesión efectiva de la herencia. Ello ocurre en el evento de que se admita que una escritura pública pueda revocar un testamento, porque el testamento debió inscribirse y no así la escritura pública revocatoria lo cual hace ininteligible la conducta a seguir en conformidad con el precepto citado del art. 688 del *Código* de Andrés Bello.
- f) La tesis que postula la revocación de un testamento mediante escritura pública crea consecuencias negativas graves en la estructura normativa de la sucesión por causa de muerte en el derecho chileno vigente, porque ataca los arts. 999, 1001, 1003, 1004, 1026, 1212, 1213, 1214 y 1215 del *Código Civil*. En esencia, ese vicio se produce al separar el concepto de testamento, de la revocación del mismo y de la facultad de testar.
- g) Al recordar Carlos Peña González el pensamiento de Joseph Adrién Rogron a propósito de la forma de revocación prevista en el art. 1035 del *Código Civil* francés, se hizo hincapié, a propósito de la sentencia de 8 de julio de 2015 de la Sala Primera en lo Civil del Tribunal de Casación galo, que: “El derecho a testar es un derecho absoluto y también implica el derecho a revocar la propia voluntad”.

- h) En la circunstancia descrita, plenamente aplicable en la legislación chilena resulta que la revocación del testamento debe hacerse imperativamente mediante otro testamento y respetando las normas relativas a la facultad de testar, entre las cuales destacan las siguientes: la solemnidad del testamento art. 999 del *Código Civil*; la revocabilidad como carácter esencial de las disposiciones testamentarias art. 1001 del *Código Civil*; el testamento como acto de una sola persona art. 1003; la facultad de testar como acto personalísimo e indelegable art. 1004; la prohibición de los testamentos mancomunados art. 1003, inciso 2.º del *Código Civil* y las disposiciones captatorias no valdrán art. 1059 del *Código Civil*.
- i) Por consiguiente, al sostener los defensores de la teoría de la revocación del testamento mediante escritura pública que esta última no es un testamento, se va a regir, en definitiva, por las normas de retracto del acto jurídico conforme con las cuales el retracto puede ser mancomunado, no es personalísimo, es delegable y admite disposiciones captatorias en cuanto que se puede decir: yo me retracto en la medida en que la otra parte se retracta, haciendo prevalecer así el principio de la autonomía de la voluntad así como el principio de la consensualidad.
- j) Todo lo expuesto en lo precedente es absolutamente contrario a la estructura del régimen sucesorio que es solemne, personalísimo, indelegable de una sola persona, que no admite disposiciones captatorias, todo lo cual aparece regido por normas de orden público que inciden en el derecho de dominio la disposición de los bienes y la transmisión del patrimonio hereditario o de bienes específicos. La destrucción de este orden jurídico resulta contrario a la razón y al texto normativo que nos rige. Para darle cabida a la teoría que defienden Carlos Peña y Carlos Pizarro no basta atenerse a la aplicación de principios jurídicos y a las reglas de la interpretación de la ley. Para tal propósito es menester subir en la escala de reglas y normas de la teoría de Hans Kelsen y entrar derechamente a la modificación legal respectiva, como aconteció en Francia. Ello no ha ocurrido en Chile, lo que no obliga a oponernos a que la revocación de un testamento se haga por escritura pública.
- k) Finalmente, esa manera de revocación hace que quede en la *incertidumbre sobre qué normas se aplican a la sucesión* cuando un testamento es revocado por escritura pública.

BIBLIOGRAFÍA

- BARRIENTOS GRANDÓN, Javier (2014): *Código Civil: edición concordada con observaciones históricas, críticas, dogmáticas y jurisprudenciales*, tomo I (Santiago: LegalPublishing-Thomson Reuters).
- BARROS ERRÁZURIZ, Alfredo (1931): *Curso derecho civil. Tercer año* (Santiago: Editorial Nascimento).
- BELLO, Andrés (1955): *Código Civil de la República de Chile*. Introducción y notas de Pedro Lira Urquieta, profesor de la Universidad de Chile y Católica de Santiago. Texto concordado con los distintos proyectos de Andrés Bello (Caracas: Ediciones de Educación).
- CLARO SOLAR, Luis (1979): *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, tomo décimo quinto (Santiago: Editorial Jurídica de Chile).
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón (1977): *Teoría general del negocio jurídico* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, colección Manuales Jurídicos vol. 70).
- DOMÍNGUEZ BENAVENTE, Ramón y DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón (1990): *Derecho sucesorio* tomo I (Santiago: Editorial Jurídica de Chile).
- DUCCI CLARO, Carlos (1977): *Interpretación jurídica* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile)
- ELORRIAGA DE BONIS, Fabián (2005): *Derecho sucesorio* (Santiago: Lexis Nexis).
- FABRES, José Clemente (1912): *Obras completas; recopiladas, anotadas y publicadas, de cuenta de la Universidad Católica de Santiago, por don Santiago Lazo* (Santiago: Imprenta y Encuadernación "La Ilustración").
- MEZA BARROS, Ramón (2000): *Manual de la sucesión por causa de muerte y donaciones entre vivos* (octava edición actualizada, por Pedro Pablo Vergara Varas, profesor de la cátedra de Derecho Civil de la Universidad del Desarrollo, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, colección Manuales Jurídicos, vol. 52).
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (1992): *Teoría de la interpretación jurídica* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile).
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (1995): *Inexistencia y nulidad en el Código Civil chileno. Teoría bimembre de la nulidad* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile).
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (2006): *Instituciones de derecho sucesorio*, volumen I (tercera edición actualizada, Santiago: Editorial Jurídica de Chile).
- ROZAS VIAL, Fernando (1985): *Sucesión por causa de muerte: historia, textos, jurisprudencia y comentarios* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile).
- SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel (1988): *Derecho sucesorio* (cuarta edición, Santiago: Editorial Jurídica de Chile).
- VIAL DEL RÍO, Víctor (2003): *Teoría general del acto jurídico* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile).

Jurisprudencia

CORTE DE APELACIONES DE RANCAGUA (2002): rol n.º 18285, 15 de mayo de 2002, n.º Legal Publishing 24585.

CORTE SUPREMA (2009): rol n.º 2496-2008, 21 de septiembre de 2009, n.º Legal Publishing 42.544.

CORTE SUPREMA (2011): rol n.º 2047-2010, 28 de junio de 2011, n.º Legal Publishing 50.161.

CLÁUSULA RESOLUTORIA Y CALIFICACIÓN CONTRACTUAL DE LA GRAVEDAD DEL INCUMPLIMIENTO*

RESOLUTION CLAUSE AND CONTRACTUAL QUALIFICATION OF THE SEVERITY OF THE NON-COMPLIANCE

*Mauro Grondona***

RESUMEN: El documento analiza el enfoque del *Código Civil* italiano sobre los remedios contractuales y el equilibrio de intereses desde su promulgación en 1942. Enfatiza la importancia de la gravedad del incumplimiento para determinar si un contrato puede resolverse bajo los arts. 1455 y 1456. El texto destaca que la evaluación del incumplimiento debe considerar el contexto económico del contrato y el principio de buena fe.

PALABRAS CLAVE: incumplimiento, remedios contractuales, buena fe, contexto económico, cláusula resolutoria.

ABSTRACT: The document discusses the Italian *Civil Code's* approach to contractual remedies and the balance of interests since its enactment in 1942. It emphasizes the importance of the severity of non-compliance in determining whether a contract can be resolved under Articles 1455 and 1456. The text highlights that the evaluation of non-compliance should consider the economic context of the contract and the principle of good faith.

* El texto reproduce fielmente lo que expuse en el seminario "Cláusulas contractuales delimitando la autonomía de la voluntad", celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo el 16 de noviembre de 2023. Agradezco nuevamente la invitación de mi colega y amiga, Lilian San Martín. El texto tiene el tono y el ritmo de una exposición oral, por lo que no hay referencias bibliográficas. La traducción al español del apéndice de la sentencia y la corrección de estilo de esta ponencia correspondieron a Seren Ataoglu Colonnello de la Universidad Alberto Hurtado.

** Profesor ordinario de Derecho Privado de la Universidad de Génova (Italia). Correo electrónico: mauro.grondona@unige.it

KEYWORDS: non-compliance, contractual remedies, good faith, economic context, resolution clause.

Desde su promulgación, en 1942, el *Código Civil* italiano estableció un enfoque rígido en lo que respecta a los remedios y el equilibrio contractual (sinalagma contractual) en línea con la perspectiva de la teoría general del derecho predominante de esa época. Por un lado, los remedios contractuales son típicos, *i.e.*, limitados en número y, por otro lado, ellos poseen un efecto destructivo, de caducidad, puesto que si en un contrato el equilibrio inicial falla (ya sea por una razón interna o externa a él) este último debe ser anulado, destruido¹.

Los arts. 1455 y 1456 del *Código Civil* italiano constituyen el núcleo de esta ponencia.

Estos artículos rezan:

“Artículo 1455: ‘No podrá anularse un contrato si el incumplimiento de una de las partes es de escasa importancia con respecto al interés de la otra’.

Artículo 1456: ‘Las partes podrán pactar expresamente la resolución del contrato en el caso de que una determinada obligación no se cumpla en la forma convenida.

En este caso, la resolución se produce de pleno derecho cuando la parte interesada declara a la otra parte su intención de acogerse a la cláusula de resolución”.

El art. 1455 expresa un principio general relativo a la resolución de un contrato por incumplimiento. En específico, el principio de la falta de importancia del incumplimiento o, incluso, de la gravedad suficiente del incumplimiento. En este sentido, la disposición expresa la siguiente norma (principio):

N₁: El incumplimiento del deudor no permite resolver el contrato, siempre y cuando, ese incumplimiento sea de escasa importancia en relación con los intereses de la otra parte.

Por razones de pertinencia, dejo de lado el análisis de las cuestiones interpretativas que suscita la disposición. Solo diré que, desde la perspectiva del derecho aplicado, el juicio sobre la falta de importancia del incumplimiento (y, por tanto, el juicio sobre su gravedad) se basa en aquello que se denomina ‘la economía del contrato’. Es decir, en aquella perspectiva que concibe al contrato

¹ Aunque en estos casos existe cierto margen para modificar el contrato, este es limitado por una obvia razón: el *Código Civil* italiano es más afín a la lógica de la teoría de la voluntad que al de la teoría de la declaración.

como una transacción económica. De acuerdo con esta concepción, los intereses y las correspondientes pretensiones de las partes deben ser analizadas, más allá del texto del contrato, con referencia a un sentido o programa económico. Este sentido o programa económico del contrato es el criterio que debe ser utilizado para determinar si el incumplimiento es o no lo suficientemente grave como para constituir el requisito que determina la ley para la resolución.

Por esta razón, la referencia al interés de la parte que padece el incumplimiento debe tomarse en clave económica. Con ello se evita que el interés puramente subjetivo, al límite de lo arbitrario, incluso contrario a la buena fe en obtener algún tipo de prestación, coincida con el interés objetivo de la parte, *i.e.*, con un interés que se justifica debido a la economía del contrato (a su contenido económico).

El contenido económico del contrato es la columna vertebral del art. 1455. Esta disposición expresa un principio que descansa en una concepción del contrato como un negocio económico y, como tal, este es ante todo un bien, un valor de mercado. Por ello, de acuerdo con el ordenamiento jurídico italiano, no cualquier incumplimiento supone la destrucción del valor económico contrato. El incumplimiento del deudor debe significar un menoscabo importante de la utilidad económica de la otra parte, más allá de la pretensión subjetiva de obtener un cumplimiento perfecto. En caso contrario, el vínculo contractual no se disuelve puesto que no hay razón económica suficiente para destruir su valor económico.

Hasta aquí con el análisis del art. 1455 del *Código Civil* italiano. Corresponde ahora analizar la disposición que le sigue.

El art. 1456 del *Código Civil* italiano regula, de forma implícita, la institución de la cláusula resolutoria expresa del contrato. La cláusula resolutoria es aquella que confiere a la parte perjudicada un derecho potestativo: el de resolver de manera unilateral y sin declaración judicial el contrato en caso de incumplimiento de la otra parte. En la doctrina italiana esta institución no se considera como prevista expresamente por la ley, sino que su reconocimiento se produce a partir de la práctica contractual.

De acuerdo con el inciso primero del art. 1456 del *Código Civil* italiano, la cláusula resolutoria expresa, para ser tal, debe ser lo suficientemente específica (en caso contrario es una mera cláusula de estilo que no produce efectos resolutorios). De hecho, el art. 1456 exige que el contrato identifique la obligación y el modo de cumplimiento. Aquí también el inciso primero del art. 1456 tiene como finalidad evitar que el contrato se resuelva con excesiva facilidad, enfatizando en la idea de que este es una operación económica y, entonces, la ley exige que el remedio de la resolución requiere una garantía de funcionamiento dentro el marco económico que el contrato como tal expresa y representa.

En esta línea de ideas, el inciso segundo del art. 1456 señala que la resolución de pleno derecho está supeditada a que el acreedor declare al deudor moroso su intención de acogerse a la cláusula resolutoria. La razón de ello reside nuevamente en el sentido económico del acuerdo. Puede ocurrir que, incluso tras el incumplimiento, el contrato conserve alguna utilidad para la parte acreedora y es por esta misma razón que el efecto resolutorio opera de manera automática, de pleno derecho, pero sujeto a un impulso de la parte perjudicada. De este modo, la naturaleza automática de la cláusula resolutoria es moderada, dado que, con independencia de las características estructurales inherentes a la misma, la ausencia de una declaración explícita de la parte perjudicada de acogerse a la cláusula en cuestión impide que se produzca el efecto resolutorio.

He examinado los arts. 1455 y 1456 de forma consecutiva no simplemente por su secuencia, sino impulsado por dos interrogantes: ¿es el principio de incumplimiento no insignificante aplicable aun cuando el contrato contiene una cláusula resolutoria expresa? O, acaso, ¿la inclusión de tal cláusula impide la aplicación del art. 1455?

Tradicionalmente y hasta la fecha, la doctrina y jurisprudencia italianas sostienen que el principio de suficiente gravedad del incumplimiento expresado por el art. 1455 no se aplica cuando existe una cláusula resolutoria expresa². Esta excepción se basa en múltiples razones, pero destacaré una en particular: la autonomía privada. La inclusión de una cláusula resolutoria expresa en un contrato torna inaplicable el art. 1455, puesto que el mecanismo de resolución se convierte en una prerrogativa de las partes, en especial de la parte perjudicada.

En otras palabras, la ley faculta a las partes incluir en el contrato esta cláusula que les permite definir tanto la forma de resolución como el requisito previo para la resolución, puesto que los criterios para evaluar tanto el cumplimiento como el incumplimiento están sujetos a la valoración de las partes. Por ende, aunque es obvio que el incumplimiento constituye el requisito general y vinculante para las partes, la existencia de una cláusula resolutoria transfiere la evaluación de la severidad del incumplimiento a las partes, excluyendo la aplicación del principio contenido en el art. 1455.

Ahora bien, esta interpretación, aceptada de forma pacífica por la doctrina y jurisprudencia italianas, ha sido cuestionada tras una sentencia dictada el año 2015 por la Corte de Casación italiana. Este fallo, aunque recibió cierto respaldo jurisprudencial posterior, enfrentó críticas por parte de la doctrina.

El caso en cuestión puede resumirse de la siguiente manera: dos sociedades que llamaré A y B celebran un contrato de licencia de marca en virtud del cual B comercializaba productos con la marca de A. Entre otras cosas, el con-

² Sin perjuicio de que como veré, hay jurisprudencia que esboza indicios en un sentido contrario. Posturas que, sin embargo, siguen siendo minoritarias.

trato exigía que B informara anualmente a A una serie de datos tales como: el número de productos vendidos, los precios aplicados y las facturas emitidas. Además, A tenía derecho a inspeccionar las instalaciones de B para verificar estos datos. El contrato incluía una cláusula resolutoria expresa. El conflicto surge cuando B omite la información solicitada y el permiso para una inspección programada. Así, la sociedad A invoca la cláusula de resolución expresa. De forma correlativa la sociedad B argumenta que no hay incumplimiento y, entonces, que el contrato no puede resolverse.

Este conflicto se llevó ante el Tribunal de Turín, seguido por el Tribunal de Apelación de Turín hasta llegar a la Corte Suprema de Casación. Veamos cómo planteó el asunto la Corte de Casación. Como es habitual en casos relativos al funcionamiento de un contrato, el problema central es interpretativo. Por lo que el juicio sobre la resolución del contrato es interpretativo en la medida en que para determinar si ha habido o no incumplimiento contractual es necesario, primero, identificar el contenido de las obligaciones de las partes. Teniendo en cuenta esto último, la Corte de Casación excluye el incumplimiento aduciendo a los siguientes motivos:

- La sociedad B no incumplió su obligación de comunicar los datos requeridos porque la sociedad A no las había solicitado.
- La sociedad B no incumplió su obligación de entregar las facturas dado que en dicho periodo de tiempo solo existía una factura por lo que la decisión de posponer esta entrega al final del siguiente periodo fue una decisión razonable y correcta.
- La sociedad B no rechazó la inspección por parte de A, sino que, cuando A solicitó realizarla en una fecha específica, B indicó que en esa fecha no era posible.

El razonamiento de la Corte de Casación corresponde al mismo razonamiento usado por el Tribunal de Apelación. Ambos tribunales concluyen que la cláusula resolutoria expresa no opera ante la ausencia de un incumplimiento contractual. La decisión de ambos tribunales resalta una perspectiva interpretativa ‘contextualista’ del contrato, en la medida en que el significado de las cláusulas contractuales no se desprende del sentido literal de las palabras, sino que se justifica debido al contexto en el que se desarrolló el contrato y en cómo se han llevado a cabo las relaciones entre las partes durante su ejecución.

Esta perspectiva interpretativa, reconocida y aceptada en la Europa continental sugiere que la determinación de significado de una cláusula contractual va más allá del sentido literal de las palabras contenidas en la cláusula, y requiere comprender cómo la cláusula se relaciona con el contexto, es decir, con las relaciones económicas de las partes. De este modo, las obligaciones identificadas en las cláusulas del contrato son reinterpretadas e, incluso, atenuadas, teniendo en cuenta el contexto y, en particular, la relación entre las partes.

Es importante destacar que la regulación contractual del caso ha sido leída desde una perspectiva que enfatiza más la dimensión cooperativa que la dimensión antagónica del contrato. A pesar de que ambas partes desean maximizar su respectiva utilidad económica (dimensión antagónica), se destaca que, desde una perspectiva económica, la colaboración es la que favorece la utilidad mutua de las partes (dimensión cooperativa).

La Corte de Casación aclara que su decisión no es en absoluto revolucionaria, sino que sigue la doctrina consolidada que excluye la aplicación del art. 1455 en presencia de una cláusula resolutoria. De este modo el tribunal evita la colisión entre el principio de la gravedad del incumplimiento y la cláusula resolutoria expresa. Entonces, la *ratio decidendi* de la Corte de Casación se centra en la ausencia de incumplimiento por parte de B para descartar que se trate de un caso de incumplimiento menor en el sentido del art. 1455.

¿Por qué algunos juristas italianos critican esta sentencia? La razón se encuentra en un fragmento del razonamiento que sugiere que, incluso, si el contrato incluye una cláusula resolutoria explícita, las partes tienen el deber actuar de buena fe, es decir, de una manera que implique salvaguardar la confianza contractual de las partes. Esta perspectiva resalta la importancia de la cooperación contractual. Según la Corte de Casación, el principio de la buena en relación con la cláusula resolutoria expresa, funciona como un criterio para evaluar el comportamiento de la parte que desea acogerse a la cláusula para así evitar conductas abusivas.

El problema radica aquí puesto que puede argumentarse que este control conduce a un resultado sustantivo y no meramente procedimental. En otras palabras, a un resultado que no sería diferente del que se obtendría si se aplicara de forma directa el test de la suficiente gravedad o importancia a la cláusula resolutoria expresa.

La cuestión es bastante clara. El art. 1455 tiene por objetivo impedir que la parte perjudicada disuelva con demasiada facilidad el contrato ante un incumplimiento del deudor. En cambio, la cláusula resolutoria expresa impide este control en la medida en que es fruto de la autonomía privada. Incluso la más mínima imperfección debería dar lugar a la resolución automática si ella cumple con dos condiciones copulativas:

- i) siempre que se refiera a la obligación identificada por las partes como objeto de la cláusula resolutoria expresa y
- ii) siempre que las partes hayan indicado también la forma de cumplimiento esperada por la parte perjudicada.

Además, la cláusula resolutoria también tiene una función persuasiva: inducir al deudor a cumplir con la mayor exactitud posible, porque si no lo hace este sabe que el contrato queda resuelto. Pero si el funcionamiento de la cláusula resolutoria expresa está sujeto a la prueba de la buena fe, la consecuencia

es (o al menos puede ser) que la resolución solo se producirá si el incumplimiento es lo suficientemente grave como para afectar a la confianza de la otra parte y alterar así la estructura económica del contrato. Entonces, la persuasión también resulta moderada.

Es necesario considerar también que la decisión de la Corte de Casación enfatiza que el principio de buena fe exige que el acreedor evalúe la conducta de la contraparte en una perspectiva de colaboración y cooperación. De ello se deduce que el juez debe valorar ambos tipos de conducta: la del deudor en relación con lo dispuesto en la cláusula resolutoria expresa y la del acreedor, que pretende hacer valer dicho incumplimiento a través de la cláusula en cuestión. Si el juez comprueba que la conducta del deudor, aun realizando materialmente e, incluso, formalmente el hecho previsto como incumplimiento en la cláusula resolutoria expresa (por ejemplo, no transmitir un documento), se ajusta al principio de buena fe, ello lo llevará a excluir la existencia de un incumplimiento tal y, por tanto, no habrá base para declarar la resolución automática del contrato.

A continuación, la Corte de Casación añade un punto de suma relevancia: el principio de buena fe no solo opera como un criterio para establecer si hay o no incumplimiento, sino que, también, como un criterio de valoración sobre la corrección o incorrección del ejercicio del derecho potestativo que la cláusula resolutoria expresa atribuye al acreedor. Sin embargo, es evidente que resulta complejo mantener separado los perfiles procedimental y sustantivo de la decisión judicial. El juicio sobre la calidad del cumplimiento es casi automáticamente extensible al juicio sobre la gravedad del incumplimiento, entonces, el perfil estrictamente procedimental de una decisión y su atención a la forma en que el perjudicado invoca la cláusula resolutoria expresa se confunde con el perfil sustantivo de la decisión, esto es, con la valoración de la existencia de un incumplimiento por parte del deudor.

La conexión entre ‘conducta contraria a la buena fe’ e ‘incumplimiento’ es también realizada por la Corte de Casación. Quizá para rebatir una fácil objeción: la referencia al principio de buena fe es el *passepertout*, que permite introducir en un contrato que contiene una cláusula resolutoria expresa, la evaluación sobre la falta de importancia del incumplimiento –a mi juicio de forma indebida o incorrecta–. La línea argumentativa de la Corte de Casación no parece particularmente sólida. En esencia, plantea que el comportamiento del deudor contrario a la buena fe excluye el incumplimiento como tal, y consecuentemente, tampoco hace surgir la cuestión relacionada con la gravedad del incumplimiento. Por tanto, no existe una conexión indebida entre el art. 1455 y el 1456.

Este argumento ha sido considerado débil y fue muy criticado por la doctrina también porque la Corte de Casación, en un sentido restrictivo, destaca que la buena fe –estrechamente vinculada con el abuso del derecho– solo

incide en las conductas pretextuales. Es decir, aquellas que deben reunir determinadas características para ser calificadas de manifiestamente perjudiciales para la confianza ajena. Por ende, son conductas que, de no ser sancionadas, distorsionan el sentido económico del acuerdo porque ofrecen indebidamente al acreedor un remedio destructivo como es el resolutorio. Por lo tanto, desde la perspectiva de la teoría general del contrato, es crucial distinguir entre el ejercicio conforme a la buena fe o contrario a la buena fe del derecho potestativo a obtener la resolución automática del contrato que incluye una cláusula resolutoria expresa y el contenido económico del contrato. Esta distinción es fundamental para evitar que el ejercicio del derecho sobrepase y afecte el nivel económico del contrato. El Tribunal Supremo italiano, cabe destacar, presentó inicialmente estos dos aspectos como distintos. Sin embargo, esta misma distinción se difumina en los fundamentos de la sentencia.

Para concluir, retomo una observación inicial desde la perspectiva general del contrato. Hoy el campo de los remedios contractuales es bastante móvil. Esta situación se observa especialmente en el derecho contractual europeo, incluido el italiano, donde el contrato es analizado desde la perspectiva de una operación económica destinada a maximizar la utilidad individual de las partes.

En este contexto, el papel de los remedios experimenta un cambio en dos sentidos diferentes. Por un lado, se observa una mayor apertura a la autonomía privada, incentivando a las partes a construir un marco específico de saneamiento para resolver los problemas que puedan surgir durante la fase de ejecución del contrato. Por otro lado, la perspectiva sobre el saneamiento cambia; su finalidad ahora es preservar el contrato como operación económica que sigue siendo útil para las partes.

En esta perspectiva podría sostener lo siguiente: corregir y mantener. Es decir, modificar el contenido contractual mediante la intervención del tribunal para asegurar la vida del contrato. Este es un aspecto muy interesante de la actual materia remedial, puesto que pone de relieve la autonomía de las partes, pero también el papel activo del juez.

APÉNDICE

“CORTE SUPREMA DE CASACIÓN
Sección Primera de lo Civil
Sentencia 3-23 noviembre de 2015, n.º. 23868
Procedimiento

Con sentencia del 26 de abril de 2010, el Tribunal de Apelación de Turín, modificando la sentencia impugnada declaró resuelto por hecho y culpa de Mistral S.p.A el contrato de licencia de uso de marca

celebrado entre esta y el licenciataria Coriex S.R.L., condenando a la primera al resarcimiento del daño por el monto de € 252.210,55, a revalorizar según los índices ISTAT del mes de octubre de 2023 y con intereses sobre el monto revalorizado año tras año, así como a la restitución de la suma de 15.884,48 euros.

La corte territorial consideró que no se probaron los hechos de incumplimiento de Coriex S.R.L. al contrato de licencia celebrado el 10 de diciembre de 2002, que Mistral S.p.A alegó en su escrito del 15 de octubre de 2003 en el que ejerció su derecho de resolver de pleno derecho el contrato con arreglo al artículo 1456 del Código Civil, ya que, en particular, no existe incumplimiento en: a) la obligación de proporcionar, al final de cada campaña de venta, los listados de precios vigentes y cualquier información que se hubiera solicitado sobre la venta de los productos, puesto que no consta que la campaña hubiera finalizado y tampoco se solicitaron los listados de precios o alguna otra información adicional; b) la obligación de enviar el extracto de cuenta relativo al primer semestre de 2003, puesto que no se emitió ninguna factura en dicho periodo, salvo una de solo 123,86 euros, emitida el último día del primer semestre, lo que hace razonable suponer que la existencia de este único documento debía comunicarse en conjunto con la lista de las facturas emitidas el segundo semestre de 2003; c) la obligación de permitir a los inspectores del concedente el acceso a la documentación de la contraparte, puesto que al primero solo se le pidió que indicara una fecha diferente para el acceso.

Añadió que los demás incumplimientos alegados ni siquiera eran idóneos para acoger la demanda subsidiaria de resolución por incumplimiento contractual dado que no tuvieron ninguna incidencia en el desarrollo de la relación y se esgrimieron como pretexto solo después de la irremediable ruptura de la mutua colaboración.

Por el contrario, consideró probado el incumplimiento del concedente, que con su comportamiento impidió que la contraparte siguiera utilizando la marca, liquidando el daño emergente y el lucro cesante, además de una cantidad a título de restitución parcial de las regalías pagadas y no adeudadas.

La parte vencida recurre esta sentencia por siete fundamentos. La parte recurrida se opone con un *controricorso*³.

³Trámite procesal regulado en el art. 370 del *Código de Procedimiento Civil* italiano, según el cual: "La parte contra la cual se dirige el recurso, si pretende contradecir, debe hacerlo mediante *controricorso* que se depositará dentro de cuarenta días desde la notificación del recurso. De no hacerlo, ella no puede presentar memorias, sino solamente participar de la discusión oral".

Fundamentos de la decisión

1. La parte recurrente se opone a la sentencia impugnada sobre la base de siete fundamentos, que se resumen del siguiente modo:

- 1) Violación y aplicación errónea del artículo 1456 del Código Civil porque el contrato inter partes preveía una cláusula resolutoria expresa en caso de incumplimiento por parte del licenciataria de su obligación de transmitir al final de cada campaña de venta, los listados de precios vigentes aplicados por él y otras informaciones sobre la red de distribución y las ventas: pero la corte territorial consideró que no hubo tal incumplimiento partiendo de la base de que faltó una invitación previa de Mistral S.p.A.: mientras que por contrato, la obligación debería haberse cumplido voluntariamente. Por lo que el tribunal de fondo revisó injustificadamente las modalidades de cumplimiento pactadas;
- 2) Violación de los artículos 1218, 1456 y 2697 del Código Civil, porque la sentencia recurrida consideró que no se había probado la finalización de la campaña de venta prevista en la citada cláusula contractual, mientras que el acreedor solo debe probar la fuente de su derecho y alegar el incumplimiento de la otra parte, también conforme al principio de disponibilidad y facilidad probatoria;
- 3) Violación y aplicación errónea del art. 1456 del Código Civil, en la medida en que, a pesar de que la contraparte omitió remitir al concedente el extracto de cuenta relativo a las facturas de venta emitidas en el primer semestre de 2003, como exigía el contrato, la sentencia recurrida excluyó el incumplimiento de Coriex S.R.L. a este respecto, sobre la base de que se comprobó la emisión de una sola factura en ese semestre, de modo que según el tribunal de mérito, habría sido razonable suponer que la existencia de ese único documento, emitido el último día del primer semestre, debía ser comunicado en el semestre siguiente: la circunstancia, sin embargo, se reveló en el contexto de un peritaje y el concedente la había ignorado cuando ejerció su facultad de resolver de pleno derecho el contrato; mientras que la evaluación de la gravedad del incumplimiento queda fuera del ámbito de las valoraciones previstas en la norma citada;
- 4) Violación y aplicación errónea de los artículos 1220 y 1456 del Código Civil, en la medida en que la sentencia recurrida excluyó el incumplimiento por parte de Coriex S.R.L. a la obligación de permitir el examen de los registros contables y de los documentos relativos a la venta de los productos, solo porque la misma había enviado, en respuesta al escrito del concedente del 7 de octubre

de 2003, que anunciaba el acceso para el 17 de octubre siguiente, un escrito con fecha del 9 de octubre, en el que se solicitaba un aplazamiento del acceso, sin indicar, no obstante, una fecha diferente, de modo que el recurrente se vio obligado a invocar la cláusula resolutoria expresa también en relación con dicho incumplimiento; pero, frente a la comunicación de la constitución en mora en su propio escrito de 7 de octubre de 2003, la misiva adversa del 9 de octubre siguiente no constituía una oferta no formal de cumplimiento, dada la mencionada falta de fecha en la que pudiera llevarse a cabo la inspección convenida;

- 5) Falta de fundamentación o fundamentación insuficiente, al no haber considerado el tribunal de mérito los perfiles de incumplimiento (en particular, la venta de los productos fuera de los canales acordados y el pago de las regalías) para los fines de la demanda subordinada de resolución del artículo 1453 del Código Civil, desestimada por el tribunal de mérito con una fundamentación tautológica.
- 6) Violación y aplicación errónea de los artículos 1223 y 1243 del Código Civil, al no haber compensado la sentencia recurrida, la liquidación de los daños y perjuicios con los beneficios obtenidos de todos modos por el licenciatario, que según se desprende del informe pericial, había comercializado prendas de vestir por un ingreso total de 91.155,23 euros;
- 7) Violación y aplicación errónea del artículo 1223 del Código Civil, en la medida en que el tribunal de mérito concedió también intereses legales sobre la suma revalorizada año tras año, sin ninguna prueba del perjuicio por parte del acreedor que justificara la liquidación de dichos intereses.

2. Los dos primeros fundamentos, que se tratarán de manera conjunta por estar relacionados, son infundados

El tribunal de mérito consideró que no se había probado el incumplimiento de la obligación del licenciatario de transmitir, al final de cada campaña de venta, las listas de precios vigentes aplicadas por él y la información adicional sobre la red de distribución y las ventas, porque no se había probado la finalización de la mencionada campaña y nunca se había solicitado la información.

Se trata de una interpretación de la cláusula contractual, en la que –tal y como se menciona en el recurso y en la sentencia– se establece que ‘el licenciatario deberá, al final de cada campaña de ventas, proporcionar al concedente las listas de precios... y cualquier información que le sea solicitada en relación con la distribución y venta de los productos’.

La cláusula fue interpretada por el tribunal de mérito en el sentido de que exigía la previa finalización de la campaña de ventas y la solicitud de información, ambas circunstancias no probadas.

De este modo, la sentencia impugnada, no revisó en modo alguno la modalidad de cumplimiento pactadas por las partes, y tanto la interpretación así realizada como la determinación de los hechos efectuada no pueden ser presentados nuevamente ante el tribunal de instancia.

De hecho, es bien sabido que en materia de interpretación de contratos, el control de legitimidad no puede referirse al resultado interpretativo en sí, que pertenece al ámbito de los juicios de hecho reservados al juez de mérito, sino que se refiere únicamente a la verificación de la conformidad con los cánones jurídicos de hermenéutica y de la coherencia y lógica de los fundamentos expuestos, con la consecuencia inadmisibilidad de toda crítica a la reconstrucción de la voluntad negocial efectuada por el juez de mérito que se traduzca en una valoración diferente de los mismos elementos de hechos por él examinados (recientemente, Tribunal de Casación núm. 2465, de 10 de febrero de 2015).

Por otro lado, las constataciones y las valoraciones realizadas por el juez de mérito sobre los hechos del caso y de las pruebas no pueden ser aquí reproducidas, puesto que es inadmisibles presentar ante la Corte una mera explicación de tales hechos y de los resultados probatorios con una lógica alternativa, aunque esté respaldada por la posibilidad o por la probabilidad de que corresponda con la realidad fáctica, sino que debe aparecer como la única posible y ser adecuadamente denunciada según el artículo 360, inciso primero, n. 5 del Código de Procedimiento Civil (para los casos a los que era aplicable la versión de la norma anterior a la ahora en vigor).

La corte territorial tampoco infringió las normas relativas a la carga de la prueba, puesto que la posibilidad de que el acreedor se limite a probar la fuente de su derecho y alegar el incumplimiento de las obligaciones de la contraparte, que esta Corte viene afirmando desde hace tiempo, deja sobre él la carga de probar la integración de los hechos constitutivos de la pretensión, como es en este caso, la finalización de la así llamada campaña de ventas: que, por las razones expuestas, la sentencia impugnada consideró requisito previo para el surgimiento de la obligación de informar y que, por una apreciación que le estaba reservada, excluyó, de hecho, que haya sido probado.

La referencia del recurrente al principio de disponibilidad y facilidad probatoria también es errónea, dado que la conclusión de la así llamada campaña de venta es un hecho ajeno a la esfera inmediata y

exclusiva del licenciatario, por lo que bien podría haber sido demostrado por cualquier medio por la parte interesada, sin que ello supusiera un agravio excesivo en la propia carga de la prueba, y teniendo en cuenta que el principio de disponibilidad y facilidad probatoria no puede invocarse en relación con una circunstancia común a ambas partes.

3. El tercer fundamento es infundado

Mientras que, con respecto a la interpretación de las cláusulas contractuales y a la apreciación de las circunstancias de hecho, debe hacerse referencia a lo expuesto en el punto anterior. No existe la denunciada infracción al artículo 1456 del Código Civil ni al principio invocado por el recurrente, según el cual la apreciación de la gravedad del incumplimiento para los intereses del acreedor queda fuera del ámbito de aplicación de la disposición.

De hecho, la corte territorial no declaró que considerara leve el incumplimiento en cuestión, sino que lo excluyó. Esta, al considerar 'razonable' la comunicación del único documento del semestre junto con la lista de las facturas emitidas en el semestre siguiente, aplicó en sustancia el principio, aunque no se mencione de manera expresa, previsto en el artículo 1375 del Código Civil que exige a las partes contratantes actuar de buena fe.

Incluso ante la presencia de una cláusula resolutoria expresa, las partes están obligadas a respetar el principio general de la buena fe y la prohibición del abuso del derecho, preservando los intereses del otro. La facultad de resolver de pleno derecho el contrato haciendo uso de la cláusula resolutoria expresa, en particular, se rige necesariamente por el principio de buena fe, identificado desde hace tiempo por los intérpretes sobre la base de la normativa (arts. 1175, 1375, 1356, 1366, 1371 Código Civil, etc.) como directriz fundamental para valorar la actuación de los particulares y como concreción de las reglas de actuación de las partes contratantes en todas las fases de la elación (precontractual, celebración y ejecución del contrato).

Entonces, el principio de buena fe, en el contexto del supuesto de hecho del artículo 1456 del Código Civil, surge como criterio para valorar tanto de la existencia del incumplimiento como el consiguiente ejercicio legítimo de la facultad unilateral de resolver el contrato, con el fin de evitar su abuso e impedir su ejercicio cuando sea contrario al mismo (por ejemplo, excluyendo los comportamientos puramente engañosos, que, por tanto, no recibirán protección por parte del ordenamiento).

Entonces, incluso en presencia de la cláusula resolutoria expresa, a la parte no incumplidora se le aplica el precepto general del artículo

1375 del Código Civil, lo que le obliga, en primer lugar, a valorar la conducta de la contraparte en esa perspectiva colaborativa: por tanto, será el juez quien deba evaluar las conductas concretas de ambas partes del contrato, cuando se someta el caso a su decisión para que dicte una sentencia declarativa con arreglo al artículo 1456 del Código Civil (cfr. Tribunal de Casación, 6 de febrero de 2007, n. 2553); y si de tal valoración resulta que la conducta del deudor, aun realizando materialmente el hecho contemplado por la cláusula resolutoria expresa, es conforme al principio de la buena fe, ello lo llevará a excluir la existencia del incumplimiento *tout court* y, por ende, de los presupuestos para declarar la resolución del contrato.

Por tanto, el incumplimiento de la obligación, contractualmente previsto como supletorio de la facultad de provocar facultativamente la resolución del contrato, debe ser efectivo, porque la disposición contractual debe interpretarse y ejecutarse de buena fe.

No se trata, entonces, del requisito subjetivo de la culpa, sino del requisito objetivo de la conducta incumplidora, que concretamente falta, cuando esta –según una interpretación conforme al criterio de la buena fe– es en concreto incapaz de integrar el supuesto de hecho contractual, de modo que el ejercicio del derecho de resolución por la contraparte resulta implausible según el mismo criterio.

Esto es lo que sostuvo la sentencia impugnada, al indicar que Coriex S.R.L. no había incumplido el contrato por el hecho de que se había verificado la emisión de una única factura en ese semestre, por lo que sería ‘razonable’ –es decir, justificador del aplazamiento– considerar que la existencia de este único documento, emitido el último día del primer semestre, debía comunicarse con el semestre siguiente.

4. El cuarto fundamento es infundado

La corte de mérito consideró que no podía considerarse que Coriex S.R.L. hubiera incumplido su obligación de permitir el examen de los registros contables y de los documentos de venta, ya que solo había solicitado un aplazamiento de la inspección contractualmente acordada, pero en ningún caso había rechazado llevarla a cabo. De este modo, la sentencia impugnada excluyó que el licenciario pudiera considerarse en mora en el cumplimiento de su obligación, ya que era una manifestación de su voluntad de permitir el acceso: por lo tanto, consideró que se trata de una oferta seria y confiable de la prestación debida.

Esta *ratio decidendi* no se ve afectada por el fundamento invocado. La obligación debida, consistía en la mera prestación del consentimiento para el acceso con el fin de examinar los registros y docu-

mentos contables: por lo tanto, el principio, afirmado por esta Corte y al que alude el recurrente, según el cual la oferta no formal, conforme al artículo 1220 del Código Civil, consiste en cualquier conducta del deudor capaz de manifestar la intención seria de realizar la prestación, que debe ser puesta a disposición del acreedor de forma que permita de manera concreta su usabilidad (entre otras, Cass, ord. 27 octubre 2014, núm. 22734), debe ser ajustado al objeto de la prestación de las partes: que puede decirse adecuadamente ofrecida al acreedor, cuando el deudor solicite acordar la fecha para el cumplimiento de esa obligación y no existan razones evidentes para considerar no sería tal solicitud; mientras que la reconstrucción de los hechos constituye una constatación de hecho que no puede ser revisada en esta sede.

5. El quinto fundamento es infundado

La sentencia recurrida consideró que los ulteriores incumplimientos alegados por el licenciatario, distintos de los impugnados por el concedente en el escrito de manifestación de voluntad de acogerse a la cláusula resolutoria expresa según el artículo 1456 del Código Civil, no son tales que conduzcan a la estimación de la demanda subsidiaria de resolución por incumplimiento, ya que carecen de relevancia para la relación y solo fueron alegados posteriormente como pretexto.

Se trata de una constatación de hecho que, aunque sucintamente motivada, explica la convicción alcanzada por el juez de mérito, en el ejercicio del poder de reconstrucción de los eventos y los incumplimientos recíprocos, reservado exclusivamente a él.

6. El sexto fundamento es inadmisibile

Ya que el recurrente no alega que la cuestión que la sentencia no menciona, formaba parte del objeto del litigio y no es en cambio, una cuestión nueva, inadmisiblemente introducida aquí, en la cual ciertamente no sería posible determinar las supuestas ventajas obtenidas por la contraparte.

7. El séptimo fundamento es infundado

De conformidad con los principios generales que rigen la responsabilidad por incumplimiento, el sujeto dañado tiene derecho a la revalorización monetaria de la suma que se le adeuda a título de resarcimiento del daño, puesto que se trata de una deuda de valor y a los intereses legales sobre el importe revalorizado. De hecho, esta Corte (desde Cass., sección un., 17 de febrero de 1995, n. 1712; más recientemente, entre otras, Cass., 18 de febrero de 2010, n. 3931) aclaró que, cuando la liquidación de los daños se efectúa 'por equivalente' teniendo en cuenta términos monetarios que tienen en cuenta la devalua-

ción hasta la fecha de la sentencia definitiva, la parte perjudicada tiene derecho también a una indemnización por la pérdida de la ganancia que pruebe haberle sido causada por el retraso en el pago de la mencionada suma: prueba que, por otra parte, puede ser alcanzada mediante criterios presuntivos y equitativos, como la atribución de intereses, sin embargo, no calculables desde la fecha del ilícito sobre la suma liquidada para el capital definitivamente revalorizado, sino con referencia a los momentos individuales respecto de los cuales la suma equivalente al bien perdido aumenta nominalmente según los índices de revalorización monetaria escogidos o según un índice medio.

El reconocimiento de intereses, entonces, se produce en la medida en que cumple una función compensatoria, como una de las posibles técnicas de liquidación utilizables para restituir al perjudicado su patrimonio tal y como se encontraba en el momento en el que se produjo el daño. Se trata de un método de liquidación del lucro cesante, diferente y adicional al daño emergente, al que se permite al juez de mérito recurrir, con la única limitación constituida por la imposibilidad de calcular intereses sobre las sumas integralmente revalorizadas desde la fecha del ilícito; de hecho, los intereses deben calcularse o, bien, al tipo de interés legal sobre la menor suma que habría constituido el equivalente monetario en la fecha de surgimiento del crédito (coincidente con la fecha del evento dañoso) o, bien, mediante la atribución de intereses sobre la suma liquidada en la actualidad, pero a una tasa inferior al interés legal medio en el periodo de tiempo a considerar o, bien, a través del reconocimiento de los intereses legales sobre la suma atribuida, pero a partir de una fecha intermedia, es decir, calculando los intereses sobre el importe progresivamente revalorizado año por año a partir de la fecha del ilícito.

Y la constatación de tal daño puede tener lugar también en base a criterios presuntivos vinculados a la relación entre la remuneración media del dinero y la tasa de devaluación en el periodo considerado, siendo obvio que en todos los casos en los que la primera sea inferior a la segunda, el daño por demora no será normalmente configurable. Sin embargo, en el presente caso, el tribunal de mérito, tratándose de empresarios, consideró configurable el lucro cesante y lo liquidó en la forma expuesta.

En conclusión, el recurso debe ser desestimado [...].”

CONSIDERACIONES RELATIVAS AL NUEVO DERECHO BELGA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL

CONSIDERATIONS RELATING TO THE NEW BELGIAN LAW ON TORT LIABILITY

*Renzo Munita Marambio**

*Luis López Fuentes***

RESUMEN: Este artículo tiene por objetivo exponer las grandes líneas de la reforma al *Código Civil* belga, materializada a través de la inserción del libro sexto, sobre responsabilidad extracontractual. La división de este libro en siete capítulos refleja la voluntad de consolidar aquellas materias que no fueron abordadas en su origen por el codificador local, o de incorporar aquellas que eran desconocidas a la época de su redacción. Lo podemos catalogar como un cuerpo legal organizado, claro y sistemático, pues abarca el instituto resarcitorio desde lo general a lo particular. Inicia con una sección sobre disposiciones generales, para luego continuar con el tratamiento de los requisitos clásicos de la responsabilidad extracontractual, esto es: hecho generador, nexo de causalidad y daño. Sin perjuicio de lo anterior, también refleja un espíritu de modernización, pues incluye acápite que abordan tópicos contingentes tales como: la función preventiva, especiales normas relativas a la indemnización de daños corporales y disposiciones que reflejan un especial interés por la sanción en la responsabilidad civil. Es del caso indicar que en la exposición de dichas materias emitiremos un contrapunto con el derecho civil nacional.

PALABRAS CLAVE: Bélgica, responsabilidad civil extracontractual, reforma.

* Profesor de Derecho Civil, Universidad del Desarrollo, Centro de Derecho Regulatorio y Empresa, Concepción, Chile. Correo electrónico: renzomunita@udd.cl

** Profesor colaborador de Derecho Civil, Universidad del Desarrollo. Doctorando en Derecho en la misma casa de estudios. Correo electrónico l.lopezf@ud

ABSTRACT: The purpose of this article is to set out the main lines of the reform of the Belgian Civil Code, materialized through the insertion of the sixth book, on extracontractual liability. The division of this book into seven chapters reflects the will to consolidate those matters that were not originally addressed by the local codifier, or that were directly unknown at the time of its drafting. Book Six can be catalogued as an organized, clear and systematic body of law, since it covers the institute of compensation from the general to the particular. It begins with a section on general provisions, and then continues with the treatment of the classic requirements of tort liability, *i.e.*, the event giving rise to the tort, the causal link and the damage. Notwithstanding the foregoing, it also reflects a spirit of modernization since it includes sections dealing with contingent topics such as the preventive function, special rules relating to the compensation of personal injury, and provisions reflecting a special interest in the penalty in civil liability. It is worth mentioning that in the exposition of such matters we will issue a counterpoint with the national civil law.

KEYWORDS: Belgium, tort liability, reform.

NOTA PRELIMINAR

El derecho belga de la responsabilidad civil extracontractual vive días de modernización. En efecto, lo que fue un proyecto de reforma al libro sexto de su *Código* ha sido objeto de sancionamiento favorable, y a la época en que redactamos estas líneas ya es ley, eso sí, sometida a un periodo de vacancia que se extiende hasta el primer día del sexto mes que sigue al de su publicación en el *Moniteur belge*, tal como indica el art. 45. Con esto, el *Código Civil* belga, de rai-gambre napoleónica al igual que el nuestro, pasará de contener seis artículos que regulaban las materias relativas al tratamiento de la responsabilidad extracontractual (arts. 1382 a 1386 bis) a cincuenta y cinco.

La reforma enunciada forma parte de una profunda modificación, cuyo punto de partida se encuentra en la ley de 13 de abril de 2019, que crea un nuevo *Código Civil*. Dicho cuerpo legal fue estructurado mediante la creación de diez libros, los que han sido adoptados por etapas. De hecho, junto con la entrada en vigencia de la ley de 13 de abril, también se incorporó el primero de sus libros: el libro octavo, sobre la prueba. Como la incorporación de estos libros será por etapas, el *Código Civil* belga solo ha perdido vigencia y, en consecuencia, respecto de aquellas materias que no han sido reformadas debemos recurrir al *ancien Code civil* (el *Código Civil* de 1804, previo a la reforma).

De los diez libros que contempla el nuevo *Código*, seis ya se encuentran en vigor, a saber:

- libro 1, sobre disposiciones generales (1 de enero de 2023);
- libro 2, sobre personas, relaciones familiares y patrimoniales de las parejas (1 de julio de 2022);
- libro 3, sobre propiedad (1 de septiembre de 2021);
- libro 4, sobre herencias, donaciones y testamentos (1 de julio de 2022);
- libro 5, sobre obligaciones (1 de enero de 2023) y el
- libro 8 sobre la prueba (1 de noviembre de 2020).

Quedan pendientes:

- libro 7, sobre contratos especiales;
- libro 9, sobre valores (la que incluye una comisión para la reforma de la Ley Hipotecaria) y
- libro 10, sobre prescripción¹.

Finalmente, formará parte del cuerpo normativo civil el libro 6, sobre responsabilidad extracontractual, el cual pretendemos reseñar en este trabajo.

La iniciativa da cuenta de la celeridad con la que Bélgica ha puesto al día su *Código Civil* en esta materia, y de la parsimonia que se advierte en otras latitudes que han emprendido afanes similares, como es el caso de Francia, a través del proyecto de la Cancillería de marzo de 2017 que hasta la fecha no ha visto la luz. De hecho, el espíritu reformista en este último país, al menos en cuanto al derecho de las obligaciones se refiere, solo se ha concretizado en la ordenanza de 10 de febrero de 2016, relativa al derecho común de contratos, régimen general y de la prueba de las obligaciones².

El propósito de la *mise à jour* belga obedece a impregnar de claridad el derecho de la responsabilidad civil en torno a sus elementos esenciales, manteniendo así, los requisitos clásicos del instituto y, a su vez, consolidando el desarrollo jurisprudencial alcanzado en el tiempo. Dicho lo anterior, son interesantes las novedades que ofrece el actual texto normativo, las cuales procuraremos sintetizar sin dejar de perder de vista el tratamiento que entre nosotros advierten los puntos de reforma.

En el ejercicio seguiremos casi en su totalidad el esquema de materias apuntado por el texto reformado, el cual se dividen en siete capítulos, a saber:

- (C. 1) Disposiciones introductorias;
- (C. 2) Hechos generadores de responsabilidad;
- (C. 3) Nexos de causalidad;
- (C. 4) Daño;
- (C. 5) Consecuencias de la responsabilidad;

¹ Por todos, véase el progreso de cada uno de los libros en SERVICE PUBLIC FÉDÉRAL JUSTICE (2024).

² BORGHETTI (2024).

- (C. 6) Prohibición (en cuanto, manifestación de función preventiva de responsabilidad civil.
- (C. 7) Sin perjuicio de lo anterior, la reforma contempla un capítulo referido a los regímenes particulares de responsabilidad y que particularmente se concentra en la responsabilidad por productos defectuosos,

tópico en el que no ingresaremos en este trabajo, pues tiene relación con la incorporación al *Código Civil* belga de la directiva sobre la materia de 1985.

I. DISPOSICIONES INTRODUCTORIAS (CAPÍTULO 1)

Lo primero que interpela es el reconocimiento expreso que la reforma asigna a las normas de responsabilidad extracontractual como derecho supletorio (art. 6.1), aunque también reconoce la factibilidad de concursos normativos, a menos que la ley o un contrato lo impidan (art. 6.2).

Es pertinente indicar, además, que salvo que la ley o el contratante dispongan lo contrario, las disposiciones legales en materia de responsabilidad extracontractual son aplicables entre los contratantes. Con todo, se ordena que si el dañado demanda a su contratante de la reparación del agravio causado por la inejecución de una obligación contractual, el demandado puede invocar los medios de defensa que derivan del contrato en cuestión, la legislación sobre contratos especiales y las reglas de prescripción aplicables al acuerdo. Se menciona, sin embargo, que lo dicho no se aplicará respecto de las acciones de reparación por concepto de daños derivados de vulneraciones a la integridad física o psíquica o de una culpa cometida con la intención de causar un daño, siendo exclusivamente, entendemos, aplicables las normas del capítulo de responsabilidad extracontractual (art. 6.3 § 1er). La verificación de un atentado a la integridad física, entonces, “paraliza” la preferencia a favor del esquema aquiliano³.

En el mismo sentido, son aplicables las normas del presente libro, a los daños cometidos por las acciones u omisiones del auxiliar del contratante, a menos que la ley o el contrato lo impidan. La ley es clara en el sentido de indicar que si el actor demanda al auxiliar de su contratante por la reparación de un agravio bajo el fundamento de la responsabilidad extracontractual, este último puede invocar los mismos medios de defensa que podía alegar quien está en posición de darle órdenes (el tercero civilmente responsable), que son aque-

³ GEORGE (2020) p. 18.

llos a que refiere el párrafo anterior, y que conciernen a la ejecución de las obligaciones del auxiliar. Por último, el auxiliar puede invocar los medios de defensa susceptibles de deducir respecto de su contratante, en el marco de lo indicado en el párrafo primero (art. 6.3 § 2).

Culmina el capítulo con la consagración de la igualdad de trato entre las personas morales privadas y públicas, y de las personas físicas (art. 6.4).

La reforma belga resuelve, entonces, una situación que en nuestro derecho es discutida, puesto que el *Código Civil* chileno no contiene reglas sobre el estatuto supletorio de responsabilidad.

Para un sector de la doctrina, que denominaremos tradicional, las reglas de la responsabilidad contractual son las que gobiernan de manera supletoria. Podemos sintetizar los argumentos en tres: primero, la ubicación de las reglas de la responsabilidad se encuentra en el libro IV, título XII, bajo el epígrafe “del efecto de las obligaciones” y al no distinguir al tipo de obligación que se refiere, debemos entender que dichas normas son de aplicación general. En segundo lugar, porque el *Código Civil* destinó reglas exclusivas para el tratamiento de los delitos y cuasidelitos, no pudiendo asimilar su contenido a fuentes distintas a ellas. En tercer lugar, porque en ciertos casos de obligaciones legales o cuasicontractuales hay graduación de culpa, situación que ocurre en el campo de la responsabilidad contractual, mas no en la extracontractual⁴.

Sin embargo, autores contemporáneos sostienen la primacía de las reglas de la responsabilidad aquiliana, convicción que compartimos. Estiman que las normas de responsabilidad contractual solo tienen cabida en situaciones de esta naturaleza, porque se aplican solo a obligaciones que se contraen de forma voluntaria. Además, las referencias que la ley en algunos casos hace respecto a la culpa leve o graduación de la culpa no es más que un reflejo de un principio relativo a la forma en que las personas deben actuar en aquellas obligaciones legales o derivadas de un cuasicontrato⁵.

Como alcance intermedio o ecléctico puede sostenerse que, si bien la regla general en la responsabilidad de derecho común sea la responsabilidad extracontractual, es posible establecer grupos de casos para determinar cuál será el régimen aplicable, atendiendo a circunstancias como si la responsabilidad proviene del incumplimiento de una obligación preexistente (responsabilidad contractual) o si nace por la infracción de un deber de cuidado impuesto por el derecho (responsabilidad extracontractual)⁶.

⁴ Véase al respecto ALESSANDRI (1943) p. 54 y ss.; ABELIUK (2014) p. 1070.

⁵ Al respecto CAPRILE (2010) pp. 457-496; RODRÍGUEZ (2010) p. 55 y ss.; CORRAL (2013) p. 37; CAPRILE (2018) pp. 563-580; BARROS (2020) tomo II p. 1171.

⁶ BARROS (2020) tomo II p. 1172. El autor va más allá, y explica: “resulta forzado establecer un régimen supletorio común, que resulte aplicable en bloque al incumplimiento de obligaciones

II. HECHOS GENERADORES DE RESPONSABILIDAD (CAPÍTULO SEGUNDO)

La reforma belga divide este capítulo en tres secciones:

- sección 1^a, responsabilidad por el hecho propio;
- sección 2^a por el hecho ajeno y
- sección 3^a, por el hecho de las cosas corporales y los animales.

Las revisaremos a continuación.

La regla de responsabilidad por hecho propio se proyecta desde la verificación de comportamientos culpables, “toda persona es responsable del daño que causa a otro por su culpa” (art. 6.5) lo que constituye una reformulación de los principios generales contenidos en los anteriores arts. 1382 y 1383⁷.

Nos resulta interesante que la ley belga defina a la culpa, indicando que supone el:

“incumplimiento a una regla legal que prohíbe un comportamiento determinado o a una norma general de prudencia que debe ser respetada en las relaciones sociales” (art. 6.6 § 1er).

Acto seguido expresa:

“la norma general de prudencia exigible significa la representación de un comportamiento que habría sido adoptado por una persona prudente y razonable ubicado en las mismas circunstancias”,

lo cual corresponde al reconocimiento de la valoración *in abstracto* del comportamiento culpable⁸.

A su turno, el cuerpo normativo consigna ciertas circunstancias que pueden ser tomadas en cuenta por el tribunal (no otras, por la expresión ‘*notamment*’ que emplea el legislador) a la hora de calificar el comportamiento culpable, siendo algunas de ellas manifestación de un análisis de costo-beneficio⁹, a saber:

- 1.º Las consecuencias razonablemente previsibles del comportamiento;
- 2.º La proporcionalidad entre el riesgo de producción del daño, su naturaleza y su extensión, y los esfuerzos y medidas necesarias para evitarlo;

diferentes a las que nacen del contrato o del ilícito civil. Desde el punto de vista de la estructura, estas obligaciones presentan analogías contractuales. Pero el supuesto de hecho de la obligación es más cercano a la responsabilidad extracontractual, porque está determinado por el derecho y no por la convención”.

⁷ BORGHETTI (2024).

⁸ Aunque el proyecto no lo mencione, MALENGREAU (2020) p. 226.

⁹ TAYLOR, DYSON et FAIRGRIEVE (2020) p. 138.

- 3.º El estado de las técnicas y de los conocimientos científicos;
- 4.º Las reglas del arte y las buenas prácticas profesionales;
- 5.º Los principios de buena administración y de buena organización (art. 6. 6 § 2).

Resulta evidente constatar que las circunstancias a las que alude la reforma belga constituyen una herramienta facilitadora para la judicatura en orden a determinar los contornos de la culpa¹⁰.

En nuestro derecho, se ha explorado la culpa como concepto normativo, en este sentido ha perdido relevancia su relación con una hipótesis de reproche moral, concentrándose su análisis en una lógica más bien enfocada en la comprobación de infracciones legales, de protocolos (en el campo de actividades autorreguladas) o de estándares establecidos por el tribunal¹¹.

Dicho lo anterior, si bien son pertinentes los puntos de valoración del comportamiento culpable ofrecidos por la reforma para efectos de calificar el acto como negligente, manifestamos nuestra reserva respecto de la idea de previsibilidad. Mal puede haber previsibilidad en un esquema de responsabilidad extracontractual, toda vez que, en verdad, la herramienta se vincula con la distribución de riesgos que las partes realizan al momento de contratar, véase en este sentido lo ordenado por el art. 1558 de nuestro *Código Civil*. Lo referido conecta, asimismo, con que en el escenario aquiliano deban indemnizarse los daños imprevisibles, de aquí no parece razonable que sean asumidas por la víctima las consecuencias dañosas generadas por acción u omisión ilícita del agente y, por lo tanto, también directas. La idea reviste aplicabilidad en situaciones caracterizadas por vulnerabilidades particulares de determinadas víctimas, imprevisibles para el agente (casos cáscara de huevo) y, sin ir más lejos, en la regla general de indemnización de todo daño que contempla nuestro art. 2329 del CC.

En otro orden de ideas, la reforma belga consigna una interesante mirada relativa a las causales de exoneración de responsabilidad por culpa. Así, distingue entre la fuerza mayor y otras causas de exoneración. En cuanto a la fuerza mayor, se dispone que ella existe cuando ha sido imposible para el agente respetar la regla de conducta aplicable. Expresa como presupuesto esencial de la figura, que la imposibilidad no derive de la culpa del agente (lo cual no permite separar la fuerza mayor de la ausencia de culpa, impidiendo ubicarla en el escenario de las causas extrañas interruptoras del nexo de causalidad)¹², y

¹⁰ BORGHETTI (2024).

¹¹ AEDO (2018) p. 311 y ss.

¹² La doctrina repara que respecto del papel que la fuerza mayor tendría en sede de causa, el proyecto nada indicó. Luego, sería lícito preguntarse si a juicio de los autores de la propuesta la convicción más bien obedece a limitar su comprensión desde el indicado requisito. En tal sentido, véase MALENGREAU (2020) p. 229.

que ella se desprenda del carácter imprevisible o inevitable del hecho que obstaculiza el respeto de la regla de comportamiento (art. 6.7). Nos llama la atención esto último, pues por el disyuntivo 'o' da a entender que la imprevisibilidad no es un elemento de la esencia de la referida causal de exoneración.

En cuanto a las demás causas, el legislador consigna una enumeración taxativa de seis aproximaciones. Así, quien infringe la regla de conducta exigible no será tenido por responsable:

- 1.º cuando haya cometido un error invencible;
- 2.º cuando en atención de una afectación física o psíquica no está en condiciones de respetar las reglas de conducta previstas por la ley;
- 3.º cuando en razón de un estado de necesidad se ha sacrificado un interés de menor valor, con el propósito de proteger otro de mayor valor y que se encuentra expuesto a un riesgo grave e inminente;
- 4.º cuando ha actuado en el marco de una orden legal o de una autoridad, salvo que dicha orden sea manifiestamente ilegal;
- 5.º cuando ha actuado en legítima defensa, en circunstancias que se ha visto obligada a reaccionar en atención de la afectación injustificada a su integridad física o por configurarse una amenaza seria a dicha integridad, en la medida que la defensa sea proporcionada a la afectación o amenaza;
- 6.º cuando la persona lesionada ha consentido a que se le afecten los intereses de los cuales podía, a su turno, disponer.

Más abajo, en el acápite relativo a la regulación de las incapacidades, la ley considera que los menores de doce años no son responsables del daño causado por su culpa o por la comisión de otro hecho generador de responsabilidad. Resulta novedoso (para nosotros) que se considere que el menor no sea responsable por su culpa (art. 6.9). Pues se colige que el comportamiento puede ser negligente y, en este sentido, trae al espíritu la consideración de culpa objetiva, lectura diversa a la que sigue nuestro derecho, en cuya virtud los incapaces están impedidos de cometer actos culpables.

Por otra parte, cabe referir que la reforma considera que los mayores de doce años son, en cambio, responsables, aunque el juez puede, de acuerdo con la equidad, y teniendo en cuenta las circunstancias y la situación económica y financiera de las partes, absolver o limitar al menor de la condena indemnizatoria. La disposición enseña, además, que en caso de existir un seguro de responsabilidad que cubra los daños causados por el menor, el sentenciador no podrá absolverlo ni limitar la indemnización a un monto distinto al que el contrato de seguro ordene según su cobertura (art. 6.10). Puede verse en la disposición reseñada un claro impacto al principio de reparación integral del daño (el cual, no obstante, es consagrado por la reforma como veremos), en circunstancias que la dimensión del daño indemnizable no es, en realidad, el parámetro de

la condena, sino que la situación económica y financiera de las partes, valorada de acuerdo con un criterio de equidad.

En línea con lo indicado, la normativa aprobada no considera incapaces a quienes padecen una alteración mental, ni aun cuando ella suprime o altera su capacidad de discernimiento o el control de sus actos. De hecho, estima que pueden realizar actos culpables (culpa objetiva), y que su responsabilidad puede ser comprometida, asimismo, por otro hecho generador de responsabilidad. De igual modo que en el caso precedente, el juez puede absolver o limitar el monto de la condena indemnizatoria, debiendo tener en cuenta lo que expusimos respecto de la existencia de seguros de responsabilidad (art. 6.11).

Resulta llamativo, que el *Código* belga solo considere como incapaces a los menores de doce años, mientras que los mayores de esa edad, como quienes sufren alteraciones intelectuales graves sean considerados capaces. Apreciamos una diferencia en la técnica legislativa que siguió Andrés Bello en nuestro *Código Civil*, tal como refiere en el art. 2319, en el cual tanto los infantes como los dementes son tenidos como incapaces y, por lo mismo, como sujetos que no pueden cometer actos culpables.

En lo referente a la responsabilidad por hecho ajeno, se ordena que los padres, adoptantes, tutores y familias de acogida, que son personas que tienen autoridad respecto de menores de dieciséis años, son responsables del daño que con culpa fue causado por ellos, o por otro hecho generador de responsabilidad.

Se persigue poner término a una jurisprudencia considerada como caótica, ya que, previo a la reforma, los padres podían demostrar su ausencia de culpa en la educación y en la vigilancia, ganándose ahora, a juicio de algunos, en seguridad jurídica y en protección de las víctimas¹³. La regla se altera respecto de la responsabilidad de los mismos sujetos por los daños que mediante culpa causen los menores, pero mayores de dieciséis años, o mediante otro hecho generador de responsabilidad, pues podrán invocar su ausencia de culpa como mecanismo exoneratorio (art. 6.12).

Estimamos importante mencionar que la consideración de la vigilancia resulta relevante en el contexto de la responsabilidad de personas encargadas de organizar y de controlar de manera global y durable el modo vida de otros sujetos (sea por el ministerio de una disposición legal o reglamentaria, de una decisión judicial o administrativa o de un contrato), por los daños que estos provoquen por su culpa o por otro hecho generador de responsabilidad, ya que para que se comprometa la responsabilidad del tercero es necesario que el daño tenga lugar en el contexto de su vigilancia. Con todo, podrá el responsable pos-

¹³ GEORGE (2020) p. 22.

tular a su absolución si demuestra que el daño no tuvo por causa una culpa vinculada a la vigilancia que debía ejercer. La regla es idéntica respecto de los daños causados por los alumnos de un establecimiento educacional, siendo, entonces, dicho establecimiento responsable (art. 6.13).

En otra hipótesis de responsabilidad por hecho ajeno, el legislador ingresa en la del tercero civilmente responsable o *commettant*, en el sentido de quien ejerce autoridad y vigilancia respecto de los actos de otra persona. Dicho sujeto es responsable sin culpa del daño causado a terceros por su dependiente con ocasión del ejercicio de sus funciones, y que derivan de su culpa o de otro hecho generador de responsabilidad (art. 6.14 § 1er).

En la misma línea, la persona jurídica de derecho público es responsable sin culpa del daño causado a terceros por los miembros de su personal durante y con ocasión del ejercicio de sus funciones, y que deriven de su culpa o de otro hecho generador de responsabilidad. La norma agrega que lo mismo acontece cuando la situación de los miembros del personal está regulada por estatutos y cuando intervienen en el ejercicio del poder público (art. 6.14 § 2).

Acto seguido, la ley se refiere a la responsabilidad de personas jurídicas de derecho privado, las considera sujetas a un esquema de responsabilidad sin culpa, en el marco de daños causados por sus órganos de gestión o por sus miembros, de hecho, o de derecho, con ocasión y en el ejercicio de sus funciones, y que deriven de la culpa o de otro hecho generador de responsabilidad. En similares términos, la normativa indica que las personas jurídicas de derecho público son responsables por los daños causados por sus órganos o por los miembros de sus órganos que no forman parte de su personal, durante y con ocasión del ejercicio de sus funciones, y que deriven de su culpa o de otro hecho generador de responsabilidad (art. 6.15).

Respecto de la responsabilidad por el hecho de cosas corporales y por el hecho de los animales, la reforma considera dos órdenes de consideraciones.

La primera, enseña que el guardián de una cosa corporal es responsable sin culpa del daño causado por el vicio de esta cosa. La disposición consagra en términos expresos el régimen de responsabilidad por hecho de las cosas que se desprendía de la conocida interpretación del inciso primero del art. 1384 del *Código Civil*, recogiendo en términos formales el deber de acreditación del vicio como requisito de activación del régimen¹⁴. Añade que el guardián es quien detenta sobre la cosa, de forma directa, poderes de control y dirección y, por lo tanto, no subordinados, sobre ella. Culmina indicando que el propietario se presume guardián de la cosa, presunción simplemente legal, ya que es permitido que pruebe que otra persona ejerce los poderes de la guarda (con-

¹⁴ MALENGREAU (2020) p. 250.

tol y dirección)¹⁵. Un punto importante que menciona la disposición obedece a expresar qué significa que una cosa padezca un vicio: refiriendo que ello ocurre cuando debido a alguna de sus características, no ofrece la seguridad que legítimamente se puede esperar de ella, de acuerdo con las circunstancias del caso (art. 6.16).

La segunda, refiere a que el guardián de un animal es responsable sin culpa del daño causado por dicho animal. Sigue la reforma iguales planteamientos respecto de lo que implica calificar como guardián a un sujeto (aunque respecto del animal), y de la alternativa de liberación de responsabilidad del propietario, mediante alegación que en otro recae la guarda (art. 6.17).

III. NEXO DE CAUSALIDAD (CAPÍTULO TERCERO)

La reforma identifica como causa de un daño a aquel hecho generador que ha sido condición necesaria de este. A continuación, en un afán tanto metodológico como sustantivo, explica que un hecho es condición necesaria de un daño, cuando, sin este, el daño no se habría producido de la manera en cómo se produjo, y de acuerdo con las circunstancias concretas acontecidas en el marco del evento dañoso (art. 6.18 § 1). Desprendemos de la disposición el papel que se le asigna a la teoría de la equivalencia de las condiciones en el razonamiento causal, el cual en atención de lo que se consigna más adelante, puede ser corregido mediante un criterio normativo centrado en la probabilidad. Se sostiene que la cuestión relativa a la atribución causal no puede ser por completo entregada a la apreciación soberana del tribunal. De ahí que sea necesaria la proyección de criterios de aplicación¹⁶.

En efecto, se expresa que no existe nexo causal cuando el vínculo entre el hecho generador y el daño es tan débil que sería irrazonable atribuir ese daño a la persona cuya responsabilidad se reclama. Debe considerarse en la referida apreciación el carácter improbable del daño con respecto a las consecuencias normales del hecho generador y la circunstancia de que este hecho no contribuyó de forma significativa a la aparición del daño (art. 6.18 § 1). El análisis invita a reflexiones que se han comenzado a ventilar en la doctrina nacional referidos a la naturaleza dual de la causalidad, esto es, tanto fáctica como normativa, y en el interés por estudiar la pertinencia de la segunda¹⁷.

¹⁵ MALENGREAU (2020) p. 253.

¹⁶ CATALDO et PÜTZ (2020) p. 346. En Chile véase, AEDO y MUNITA (2023).

¹⁷ Sobre esto revítese: AEDO y MUNITA (2022) pp. 285-313; MUNITA (2022) pp. 225-262; MUNITA (2023a) pp. 272-339 y MUNITA (2023b) pp. 962-981.

En el mismo capítulo, el *Código* belga ofrece el tratamiento de la responsabilidad *in solidum*, que alcanza a lo que se conoce entre nosotros como obligaciones concurrentes a título de alternativa a la solidaridad propiamente tal frente a supuestos dañosos insertos en una pluralidad de responsables¹⁸. En este sentido la disposición expresa que si varias personas son responsables por vía de hechos generadores distintos y que son causa de un mismo daño, responderán *in solidum* de este daño (art. 6.19 § 1). Mientras que por otro lado dispone que, si varias personas son responsables por un mismo hecho generador, ellas serán responsables *in solidum* del daño causado por ese hecho (art. 6.19 § 2). La aproximación no se agota en lo referido, ya que se indica que quien incita a otra persona a cometer un comportamiento culpable o le presta ayuda para ello, responde solidariamente con ella del daño causado por la referida culpa (art. 6.19 inciso final), obedeciendo a una disposición cercana a lo que dispone nuestro art. 2317 del *Código Civil*.

La culpa de la víctima es objeto de consideraciones por parte del nuevo texto. Así, indica que de haber participado la víctima en su propio daño su derecho a indemnización se reduce en la medida de su contribución (art. 6.20 § 1). El legislador se refiere también a la cuestión en la lógica de la responsabilidad por hecho ajeno (art. 6.20 § 2). La normativa restringe toda indemnización a aquella víctima que ha contribuido causal y dolosamente a un daño que ella misma ha padecido. Lo mismo se aplica si el hecho generador fue cometido por una persona por la cual el dañado es responsable. Se indica, además, que la víctima tiene derecho a una indemnización integral cuando el agente o un dependiente de este ha actuado con dolo (art. 6.20 § 3). Se hace la prevención en torno a que, si el daño lo padece un menor de doce años, no habrá restricción indemnizatoria alguna (art. 6.20 § 4)¹⁹.

En el contexto de las acciones entre corresponsables, se ordena que, cuando sean varias las personas responsables del mismo daño, aquella que indemnizó podrá recurrir contra cada uno de los corresponsables en la medida en que el hecho en que se funda su responsabilidad hubiere contribuido a la ocurrencia del daño (art. 6.21 § 1). Así, la persona que depende de otro no puede recurrir contra aquel en el marco de lo que aquí referimos (art. 6.21 § 2). Sumado a lo anterior, se expresa que la persona que ha indemnizado al per-

¹⁸ Véase en nuestro medio, CORRAL (2015) pp. 455-471; CORRAL (2017a) pp. 657-696 y CORRAL (2017b) pp. 367-380; MENDOZA (2015) pp. 53-57 y MENDOZA (2018) pp. 387-392; KUNCAR (2017) pp. 225-238; PINOCHET (2020) pp. 531-544; AEDO y MUNITA (2021) pp. 411-447.

¹⁹ Un análisis de esta materia en nuestro medio, AEDO (2013) p. 505 y ss.; BAHAMONDES y PIZARRO (2012) pp. 39-52; SAN MARTÍN (2019); BARROS (2020) tomo I p. 450 y ss. En particular, sobre la relevancia causal del dolo y la compensación de culpa de la víctima, SAN MARTÍN (2019) p. 58 y ss.

judicado no puede recurrir contra un corresponsable si este, por él o por una persona de la que es responsable, ha intervenido con la intención de causar un daño (art. 6.21 § 3).

Interesante nos parece el apartado que se incorpora respecto de la incerteza del carácter causal de la culpa, como de la identidad del responsable.

En el primer acápite se reconoce el recurso a la pérdida de oportunidad o de chance. Desde la referida idea se indica que cuando no hay certeza de que la culpa cometida por la persona cuya responsabilidad se invoca es condición necesaria del daño, porque el agravio también podría haberse producido si esa persona se hubiera comportado sin culpa, el dañado tiene derecho a una indemnización parcial en proporción a la probabilidad de que la culpa haya causado el daño (art. 6.22). Es importante la disposición²⁰, pues revela la apertura del derecho belga a otras visiones. En este caso, adopta la comprensión de la pérdida de oportunidad como reflejo de causalidad por probabilidad, desatendiendo aquella que se ha seguido en otras latitudes de corte latino continental y que se proyecta en la calificación de un daño autónomo²¹, por ejemplo, para efectos de evitar distorsiones en sistemas de causalidad cierta y directa, como el nuestro²². El propósito de adoptar esta forma de leer a la figura, desde luego, favorece la indemnización de las víctimas²³. Incluso, el legislador no ingresó en grados de probabilidad, de modo que en principio, por débil que esta sea, la chance debe ser indemnizada²⁴.

En el segundo acápite, se advierte una solución centrada en la denominada causalidad alternativa con aproximación indemnizatoria de orden proporcional. En este espíritu, se expresa que si varios hechos similares realizados por personas diferentes han expuesto a una persona al riesgo de que se produzca un daño, sin que pueda demostrarse cuál de esos hechos lo causó, cada una de ellas será responsable en proporción a la probabilidad de su participación en el desenlace nocivo. Sin embargo, quien demuestre que su comportamiento no ha sido causa del daño, no será tenido por responsable (art. 6.23)²⁵.

²⁰ En términos de MARTÍN-CASALS (2020) p. 396, resulta razonable y prudente.

²¹ En este sentido, enseña PARRA (2020) p. 808: "cabe subrayar, que, a nuestro entender, la pérdida de oportunidad de curación y/o sobrevida presenta una entidad suficiente para entenderla como categoría indemnizatoria autónoma, ubicándose así dentro de la clasificación del daño –elemento de la responsabilidad civil–, como un perjuicio que se distingue del daño emergente, lucro cesante, daño corporal y daño moral, debiendo condicionarse su calificación jurídica al concreto interés que resulte frustrado, pudiendo en consecuencia ser de naturaleza patrimonial o extrapatrimonial".

²² MARTÍN-CASALS and SOLÉ (2013) p. 296.

²³ TAYLOR, DYSON et FAIRGRIEVE (2020) p. 134.

²⁴ CATALDO y PÜTZ (2020) p. 355.

²⁵ Véase al respecto MUNITA (2014) pp. 209-259 y MUNITA (2018) pp. 737-771.

IV. DAÑO (CAPÍTULO CUARTO)

La reforma define daño, diciendo que consiste en las consecuencias económicas o no económicas de la vulneración a un interés personal jurídicamente protegido²⁶. A continuación, delimita el requisito, pues enuncia que el daño que consiste en la pérdida de una ventaja originada por una situación o actividad ilícita imputable a la persona perjudicada no es reparable (art. 6.24). A modo de requisito esencial, la ley expresa que solo el daño cierto es reparable. Ello no significa que el daño futuro no lo sea, puesto que la exigencia normativa es que sea una consecuencia cierta de una afrenta actual a un interés personal susceptible de protección (art. 6.25).

El legislador formula la clásica distinción entre daños patrimoniales y extrapatrimoniales, entendiendo por el primero aquel que comprende las consecuencias económicas de la afectación; mientras que, por el segundo, las consecuencias no económicas de la vulneración a la integridad física y psíquica. Refiere que este daño es reparable respecto de personas morales, existiendo compatibilidad para con las naturales (art. 6.26). El *Código* contempla la nomenclatura de daño por repercusión, sosteniendo que es indemnizable y considerando como representativos a las vulneraciones padecidas por quienes encarnen vínculos de derecho con la víctima directa del agravio, como aquellos que acrediten estrechos lazos de afección. Esto ha sido entendido como el reconocimiento de una definición amplia del perjuicio en comentario²⁷. A su turno, es relevante en este capítulo el que sea permitido oponer la culpa de la víctima directa a las indirectas y, por ende, factible el alegato tendiente a obtener una rebaja indemnizatoria bajo ese motivo, lo que es reflejo de un reconocimiento de los criterios de la Corte de Casación en esta materia²⁸.

La reforma agrega dos normas especiales en este capítulo. Por una parte, bajo el epígrafe “prevención del daño” expresa que los gastos en los que por concepto de medidas urgentes y razonables hayan sido incurridos por la persona perjudicada con el objetivo de prevenir un daño inminente o la agravación de este, deberán ser asumidos por el demandado, sea que el daño final se concrete o no. Además, se indica que el juez podrá dictar contra el responsable una orden o prohibición encaminada a impedir la agravación del daño que podría resultar de la repetición o continuación del hecho dañoso (art. 6.28). Naturalmente el propósito de la disposición es el de motivar a la víctima a prevenir el daño o a evitar su incremento²⁹.

²⁶ Para la distinción entre daño, lesión e intereses y consecuencias en el derecho belga, LÉONARD et Mortier (2020) pp. 404-408.

²⁷ CATALDO y PÜTZ (2020) p. 362.

²⁸ *Ibid.*

²⁹ En este sentido, LÉONARD et MORTIER (2020) p. 422.

Por otra parte, bajo la enunciación “predisposición y estado anterior de la víctima” la ley indica que el dañado que padezca de una predisposición a sufrir el agravio tiene derecho a la indemnización íntegra, aunque esta condición sea una de las causas del daño³⁰. En esta línea se enuncia que, el afectado que antes del hecho generador se encontraba en un estado anterior probado del que habían seguido consecuencias perjudiciales, sólo tiene derecho a indemnización por el nuevo daño causado por el mismo hecho o por la agravación del daño existente. Más allá, se formula que si el responsable prueba que el hecho generador en cuestión tuvo como consecuencia el de anticipar la ocurrencia de un daño que se habría producido sin este hecho, sólo deberá reparar las consecuencias del daño que en los hechos se anticipó (art. 6.29).

El análisis del capítulo en referencia, al menos en su parte medular, nos conduce a expresar una serie de consideraciones que de forma sintética fueron comentadas en dos columnas³¹. Así, centrándonos en la aproximación conceptual que del requisito hace el legislador europeo, tres son los comentarios de pertinente desarrollo. Ellos se identifican con los siguientes términos: técnica, interés y consecuencias.

En cuanto a la técnica. Como pudimos apreciar, la reforma conceptualiza el requisito, adoptando una técnica legislativa lejana a la seguida por el *Código* de Napoleón, y a la que inspiraría luego al mismo Andrés Bello. Como es sabido, en el caso del derecho belga, el elemento se desprendía de lo preceptuado por el art. 1382, que rezaba: “Todo hecho del hombre que causa daño a otro, obliga a aquel por cuya culpa fue causado, a repararlo”. En Chile, la cuestión no es muy diferente, ya que la necesidad del agravio como presupuesto articulador de la responsabilidad civil deriva de lo preceptuado por los arts. 2314 y 2329, que evocan al “daño” o al “todo daño”, respectivamente, siendo de cargo de la doctrina identificar los elementos normativos de la noción, destacando entre ellos el carácter de anormal y directo.

En cuanto al interés. Consideramos importante que la disposición recurra al concepto de interés jurídicamente protegido como núcleo de la vulneración. Y es que no es indiferente que el legislador emplee esta expresión prescindiendo de otras cuyo contenido resulta menos favorable en el afán de reparar de forma íntegra los daños. Lo dicho tiene sentido, puesto que no todo daño constituye una vulneración que merezca indemnización (por ejemplo, las meras molestias). Si bien los intereses protegidos no se encuentran definidos por la ley, su contenido determinará la amplitud o extensión de tutela.

³⁰ Por lo que se desprende de la disposición, el responsable no podrá abstraerse de las características personales, sensibilidades o vulnerabilidades del dañado con el propósito de acceder a una reducción de su condena, LÉONARD et MORTIER (2020) p. 425.

³¹ MUNITA y LÓPEZ (2024a) y MUNITA y LÓPEZ (2024b).

Para su determinación, corresponderá al tribunal examinar si dichos intereses gozan de reconocimiento y protección, fijando, según las circunstancias, si la infracción a un simple interés se encuentra en el radio de protección. En suma, que el daño sea una vulneración a un interés protegido otorga una ventaja tanto metodológica como sustantiva en el propósito de concretizar la órbita de lo indemnizable. Es por ello que el referido interés se entiende como “la puerta de entrada al daño”, respecto del cual se analizarán sus consecuencias económicas y no económicas que, en definitiva, obedecerán al cuántum de la condena³².

Por otra parte, la pertinencia de la expresión ‘interés’ es susceptible de defensa desde la dimensión amplia que ella comprende, es decir, no limitada a la naturaleza del derecho o de la cosa afectada. Esto es importante, ya que bajo dichas concepciones la indemnización se reduce a la compensación de un agravio de orden patrimonial o extrapatrimonial. Así las cosas, la noción de interés es capaz de abarcar ambas naturalezas, aunque el agravio tenga como origen la afectación de un bien jurídico sujeto o no a un valor de cambio³³.

Mirado este punto desde la óptica de nuestro derecho, la tesis predominante ha sido entender al daño como la lesión a un simple interés³⁴ (lo que no suscribimos), superando a otras posiciones que entienden el daño como lesión a derechos subjetivos³⁵, como menoscabo de un interés legítimo³⁶, como lesión o menoscabo a una situación jurídica³⁷ o, incluso, en una noción más cercana al concepto de la reforma belga, al daño como una concepción normativa en que el objetivo de la norma es la tutela de bienes jurídicos, y dichos bienes constituyen intereses jurídicamente protegidos³⁸.

Las consecuencias. En tercer lugar, la reforma belga distingue la idea de vulneración de las repercusiones o consecuencias que dicho atentado pueda ocasionar. Se acerca, entonces, a la distinción que en la doctrina francesa se advierte respecto de las voces ‘daño’ y ‘perjuicio’. Aunque, a decir verdad, lo que para el derecho belga constituye daño (impacto económico y no económico de la vulneración), para la doctrina francesa constituye perjuicio. En esta línea, para un sector de la doctrina gala, el daño es una situación fáctica, constituida por la lesión misma, mientras que el perjuicio es el efecto del daño,

³² Para profundizar en esta idea véase CHAMBRE DES REPRÉSENTANTS DE BELGIQUE (2023) p. 125.

³³ Véase AEDO y MUNITA (2023) p. 5.

³⁴ ALESSANDRI (1943) p. 210; DIEZ (1997) p. 25.

³⁵ FUEYO (2004) p. 373.

³⁶ RODRÍGUEZ (2010) p. 260.

³⁷ DOMÍNGUEZ (1990) p. 156.

³⁸ AEDO (2006) p. 342; AEDO y MUNITA (2023) p. 5 y ss.

cuestión susceptible de generar derivaciones patrimoniales y extrapatrimoniales³⁹.

En nuestro país, tal distinción entre daño y perjuicio no ha tenido mayor recepción y, si bien existen algunas referencias de autores nacionales sobre esta materia⁴⁰, la doctrina y jurisprudencia en general ha identificado equivalencia en ambas voces. Sin perjuicio de lo anterior, estamos por la separación de los conceptos 'daño' y 'perjuicio'. Lo proyectamos a propósito de las lesiones corporales, debido a la confusión que supone encasillar la idea de daño corporal en una categoría de agravio patrimonial o, en otros casos, en una de exclusivo contenido extrapatrimonial⁴¹. En este sentido, si las lesiones corporales tienen un mérito indemnizatorio, este deriva de las disímiles consecuencias patrimoniales y extrapatrimoniales que generan. Por lo demás, la reforma belga también ha prestado atención en la reparación del daño corporal, incluyendo disposiciones que impactan en el daño derivado de atentados a la integridad física o psíquica de las personas, en materias como cúmulo u opción de responsabilidades (art. 6.3), evaluación del daño (art. 6.34) e indemnización adicional con ocasión de lesiones a la integridad física o psíquica (art. 6.37).

Más allá del orden de las expresiones, lo que parece claro es que el mérito de lo indemnizable reside en la identificación de las consecuencias del agravio, y no en los disvalores considerados de forma abstracta. En esta línea, el análisis del concepto de daño lo entendemos como un propósito fundamental de las reflexiones que se desarrollan en torno al capítulo de responsabilidad, situación que no ha sido ignorado por autorizadas voces de la civilística chilena⁴², cuyas discusiones, intercambio de ideas y razonamientos están lejos de acabarse.

V. CONSECUENCIAS DE LA RESPONSABILIDAD (CAPÍTULO QUINTO)

La reforma consagra, aunque no define, el principio de reparación integral como pilar de la reparación de los daños (art. 6.30). Considera como objetivos y modos precisos de la reparación (art. 6.31), al de situar a la víctima en la po-

³⁹ Véase al respecto autores como ROUXEL (1994) p. 4 et ss.; LE TOURNEAU et CADDIET (1998) p. 194; BRUN (2023) p. 124.

⁴⁰ GATICA (1959) n.º 43 p. 59; DOMÍNGUEZ (1990) p. 126; FUEYO (2004) p. 354; TAPIA (2006) n.º 83 pp. 126-127; ALESSANDRI, SOMARRIVA y VODANOVIC (2016) n.º 817 p. 236.

⁴¹ ELORRIAGA (2010) pp. 113-161; LÓPEZ (en prensa).

⁴² A título ilustrativo, véase las obras de DIEZ (1997); DOMÍNGUEZ (1990); DOMÍNGUEZ (2000); CORRAL (2013); BARROS (2020); ÁLVAREZ y PRADO (2023); SAN MARTÍN (2023).

sición en la que se habría encontrado si el hecho generador no se hubiera producido; en circunstancias que respecto del daño extrapatrimonial el propósito se traduce en la de otorgar a la víctima una justa y adecuada compensación de dicho daño (§ 1). En otros términos, se postula un restablecimiento a la situación hipotética de la víctima al menos en cuanto a los daños patrimoniales, respecto de los extrapatrimoniales, como indica la norma, se limita a una justa y adecuada compensación⁴³.

En este apartado refiere que la reparación puede revestir dos modalidades: en naturaleza o en la forma de indemnización de perjuicios, las cuales pueden ser aplicadas de manera simultánea si aquello fuera necesario para asegurar la evocada reparación integral (§ 2). Finalmente, la ley contempla una interesante norma que se traduce en una sanción en contra de quien con el objetivo de obtener un beneficio, infringió un derecho de la personalidad del actor o afectó su honor o su reputación, consistente en que el juez podrá otorgar a la víctima una indemnización complementaria igual a todo o parte del beneficio neto obtenido por el demandado (§ 3). Sin perjuicio de lo anterior, nada parece impedir que la víctima, además, pueda interponer una acción indemnizatoria por los daños extrapatrimoniales derivados de la vulneración a su honor o reputación⁴⁴.

En Chile, relevantes son los aportes de la doctrina para comprender este principio⁴⁵, que no ha estado exento de cuestionamientos⁴⁶. Por lo mismo, se puede reflexionar en torno a la última regla de la reforma –en perspectiva con el derecho nacional– por cuanto más que conducir a una manifestación del principio de la reparación integral, parece revestir la forma de daño punitivo, o de una expresión de restitución de ganancias ilícitas⁴⁷. Empero, se ha consi-

⁴³ COLSON (2020) p. 476.

⁴⁴ PIERRE (2020) p. 118.

⁴⁵ A modo ejemplificador, véase la obra sobre el principio de reparación integral a cargo de DOMÍNGUEZ (2019), el que contiene la exposición de diversos autores sobre esta materia.

⁴⁶ ROSO (en prensa).

⁴⁷ En Chile, en materia de consumo, la noción de culpa lucrativa sirvió de fundamento en la redacción del art. 53 C, literal C de la Ley n.º 19496. En efecto, en la *Historia de la Ley* n.º 21081, en particular en el tercer trámite constitucional, se da cuenta de lo que mencionó Mauricio Tapia, a propósito del reconocimiento de los daños punitivos en el marco de acciones en el interés colectivo o difuso de los consumidores. En palabras del autor, el particular fenómeno culposo: “se produce cuando una persona o empresa, al emprender un curso de acción determinado, no sólo daña a los particulares –surgiendo la obligación de indemnizarlos–, sino que además se enriquece justamente a causa del daño que genera, en una proporción superior [...] es evidente que ello debe ser sancionado, siendo la vía extra de los daños punitivos una buena herramienta a favor de las víctimas, porque además de ser justa, es un mecanismo eficiente que incentiva a las víctimas a actuar, sobre todo en ámbitos donde los daños son tan fragmentados que el costo de litigar es mayor a la pretensión que se enarbola”. CÁMARA DE DIPUTADOS (2023) p. 507.

derado que lo que refleja, en realidad, la norma belga es una sanción restitutoria que responde a una función disuasiva⁴⁸.

Continuando con las consecuencias de la responsabilidad, nos interpe-la el momento que la ley considera para computar la extensión del daño, pues entiende por él, aquel que se identifica con la fecha más cercana al momento en que aquel sea reparado (art. 6.32). El punto es opuesto al que puede advertirse en Chile a propósito de la temática⁴⁹.

En cuanto a la reparación en naturaleza (art. 6.33), la ley indica que su propósito es suprimir de forma concreta las consecuencias dañosas de un hecho generador de responsabilidad. En este sentido, el juez puede modificar la situación jurídica de las partes u ordenar que algunas medidas sean adoptadas por el responsable o por terceros a su costa, pudiendo autorizar que la víctima se sustituya para estos efectos en la persona del responsable (§ 1). Es formulado que, si la víctima solicita reparación en naturaleza, esta será ordenada, salvo que sea imposible, irrazonable o contraria a la dignidad humana. Por último, la regla a la inversa no es de idéntica aplicación, ya que, si el demandado ofrece reparación en naturaleza, la víctima puede rechazarla invocando justos motivos para ello (§ 2). De lo expuesto podemos desprender que no existe jerarquía entre la reparación en naturaleza y la indemnización de perjuicios convencional, pero si la víctima opta por la primera esta deberá ser concedida salvo situaciones excepcionales⁵⁰.

En el capítulo en referencia, el legislador se pronuncia sobre el daño futuro derivado de un atentado a la integridad física o psíquica, y ordena que se reparará bajo la forma de un monto establecido de forma tarifaria, a través de un cálculo de capitalización, o mediante una renta, la cual podrá ser establecida, aunque no sea demandada, cuando lo justifiquen motivos determinantes vinculados a la protección de la víctima (art. 6.34). Para su determinación, se toma en consideración las circunstancias de las partes y los intereses del lesionado. Con todo, es posible que el juez, imponga una renta vitalicia, aunque ello no haya sido solicitado, siempre que sea justificado con miras a la protección de la víctima. Llama la atención el espíritu protector del legislador y de la relación que lo expuesto representa respecto de las funciones de la responsabilidad civil, y de mirar cómo la reforma da atribuciones sancionatorias al juez respecto de daños derivados de atentados corporales. En otros términos: ¿qué significa que sean consideradas por el juez las circunstancias de las partes en el monto de la indemnización? o ¿el que se pueda imponer una renta vitalicia aun sin que el afectado con una lesión corporal lo pida?

⁴⁸ GEORGE (2020) p. 37.

⁴⁹ Por todos, véase en DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ (1992) pp. 174-176; DIEZ (1997) p. 184 y ss.; PINOCHET y CONCHA (2015) pp. 119-151; BARROS (2020) tomo II p. 989 y ss.

⁵⁰ KNETSCH (2020) p. 538.

Además, la norma contempla que las prestaciones y ventajas recibidas por la víctima en el contexto del hecho generador de responsabilidad y que persigan reparar el daño causado por el responsable deberán deducirse de la indemnización de perjuicios. Sin perjuicio de lo anterior, las prestaciones y ventajas otorgadas en vista a gratificar a la víctima no serán imputadas a la indemnización de perjuicios (art. 6.35).

A propósito de la valoración del daño, el juez está facultado para proceder a una estimación aproximada del perjuicio cuando sea imposible determinar su extensión. En caso que no sea posible determinarlo de forma alguna, puede ser indemnizado en equidad (art. 6.36).

La reforma deja espacio al mérito indemnizatorio de daños nuevos o a la agravación de otros y establece que podrá ser demandada una indemnización complementaria cuando las aproximaciones dañosas sean consecuencia de una vulneración a la integridad física o psíquica. En el caso de la agravación resulta necesario que siga de la misma afectación, y que no se haya podido percibir por la víctima al momento de la sentencia indemnizatoria o del acuerdo extra judicial (art. 6.37). El legislador estima esta circunstancia como un derecho irrenunciable.

Sobre este tipo de daños cabe preguntarnos, ¿cuál es el plazo de prescripción? Como el libro sexto no contiene una regla en términos generales, debemos remitirnos a las normas contenidas en el *ancien Code civil*, resultando aplicable lo dispuesto en el art. 2262 bis, que señala como plazo de prescripción:

“a los cinco años a partir del día siguiente a aquel en que el perjudicado tuvo conocimiento del daño o de su agravación y de la identidad de la persona responsable”.

De forma excepcional la reforma incluye reglas de prescripción a propósito de la responsabilidad por productos defectuosos, de diez o tres años según las hipótesis ahí descritas (art. 6.52). También, en materia de cúmulo u opción de responsabilidades, donde el demandado por incumplimiento de contrato no podrá invocar como las reglas particulares de prescripción aplicables al contrato cuando el daño sea derivado de un atentado a la integridad física o psíquica (art. 6.3).

Los daños en las cosas pueden también motivar sentencias indemnizatorias. El monto del perjuicio se identifica con los gastos de reparación. Se puntualiza que si los gastos de reparación exceden el valor de reemplazo de una cosa que presenta las mismas características, la indemnización debe limitarse a ese valor. A su turno, en caso de destrucción de una cosa o cuando la reparación es imposible, el actor tiene derecho al reembolso de los gastos que son necesarios para permitir el reemplazo del bien dañado por otro que presente las mismas características y cumpla las mismas funciones (art. 6.38).

Por último, la reforma consigna que el monto de la indemnización no depende de su destino, ya que la víctima puede disponer libremente de ella (art. 6.39).

VI. ORDEN O PROHIBICIÓN (CAPÍTULO SEXTO)

En caso de una probable infracción o de una amenaza grave de incumplimiento de una norma legal que imponga un comportamiento determinado, el juez podrá, a petición de un sujeto que demuestre que sufrirá un atentado en sus bienes o a su integridad física como resultado de dicha infracción, emitir una orden o prohibición para hacer cumplir dicha regla legal (art. 6.40).

La disposición complementa el tratamiento de las *injctions* que ya contemplaba el derecho belga⁵¹. Apreciamos que, en este punto, la norma es más estricta que nuestro art. 2333, por cuanto en materia de acciones por daños contingentes no es menester acreditar la infracción de una disposición legal, bastando la demostración de un comportamiento negligente que amenace a personas indeterminadas⁵².

NOTA DE CIERRE

Por todo lo expuesto, nos parece que la reforma belga es un buen ejemplo de modernización del derecho de la responsabilidad civil, y una atractiva oportunidad para reflexionar en la conveniencia de avanzar en un proyecto similar o, al menos, en repasar el derecho nacional, teniendo presente que la evolución de las vocaciones sociales exige, a veces, adaptar las clásicas lecturas de las instituciones, sin que ello signifique una temida desnaturalización.

BIBLIOGRAFÍA

- ABELIUK MANASEVICH, René (2014): *Las obligaciones*, tomo II (Santiago, Legal Publishing Chile, sexta edición).
- AEDO BARRENA, Cristian (2006): *Responsabilidad extracontractual* (Santiago, Librotecnia).

⁵¹ PIERRE (2020) p. 115.

⁵² Díez (2016) pp. 133-153.

- AEDO BARRENA, Cristian (2013): “El tratamiento dogmático de la culpa de la víctima en la responsabilidad civil: un enfoque desde la imputación objetiva”, en Domínguez, Carmen; Barrientos, Marcelo y Goldenberg, Juan Luis (coords.), *Estudios de derecho civil VIII* (Santiago, LegalPublishing/Thomson Reuters) pp. 505-524.
- AEDO BARRENA, Cristian (2018): *Culpa aquiliana. Una conjunción de aspectos históricos y dogmáticos* (Santiago, Legal Publishing Chile).
- AEDO BARRENA, Cristian y MUNITA MARAMBIO, Renzo (2021). “La obligación in solidum en el derecho francés. Su proyectada adopción por el sistema chileno”, *Actualidad Jurídica* n.º 44: pp. 411-447.
- AEDO BARRENA, Cristián y MUNITA MARAMBIO, Renzo (2022): “Funciones de la causalidad en la responsabilidad civil. Un esbozo”, *Actualidad Jurídica* n.º 46: pp. 285-313.
- AEDO BARRENA, Cristián y MUNITA MARAMBIO, Renzo (2023): “Algunos problemas que plantean las teorías de la equivalencia de las condiciones y de la causalidad adecuada en la responsabilidad civil”, *Latin American Legal Studies* vol. 11 n.º: pp. 297-352.
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (1943): *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno* (Santiago, Imprenta Universitaria).
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo; SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel; VODANOVIC HAKLIKA, Antonio (2016): *Tratado de las obligaciones*, tomos I y II (Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago, tercera edición).
- ÁLVAREZ ESCUDERO, Rommy y PRADO LÓPEZ, Pamela (2023): *Derechos de la personalidad, derechos fundamentales y responsabilidad civil. Cuestiones relevantes* (Ciudad de México, Tirant lo Blanch).
- BAHAMONDES O., Claudia y PIZARRO W., Carlos (2012): “La exposición de la víctima al daño: desde la culpabilidad a la causalidad”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* n.º XXXIX: pp. 39-52.
- BARROS BOURIE, Enrique (2020): *Tratado de responsabilidad extracontractual*, tomos I y II (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición).
- BORGHETTI, Jean-Sébastien (2024): “Le soleil se lève au nord: ou comment la réforme belge de la responsabilité extracontractuelle fait pâlir le projet français”. *Recueil Dalloz* n° 13, p. 643.
- BRUN, Phillippe (2023): *Responsabilité civile extracontractuelle* (Paris, LexisNexis SA, sixième édition).
- CAPRILE BIERMANN, Bruno (2010): “Los hechos jurídicos”, *Actualidad Jurídica* n.º 22: pp. 457-496.
- CAPRILE BIERMANN (2018): “El régimen de responsabilidad del SERVIU frente a la empresa constructora de viviendas sociales. ¿Responsabilidad contractual sin contrato?”, en Bahamondes, Claudia; Etcheverry, Leonor y Pizarro, Carlos (eds.), *Estudios de Derecho Civil XIII* (Santiago, Legal Publishing Chile) pp. 563-580.
- CATALDO, Andrea et PÜTZ, Audrey (2020): “Les méandres du lien de causalité dans le projet beige”, in Dubuisson, Bernard (coord.), *La réforme du droit de la responsabilité en France et en Belgique* (Bruxelles, Éditions Bruylant) pp. 334-364.

- COLSON, Pauline (2020): “Les effets de la responsabilité et la réparation des dommages. Unité ou diversité des formes de réparation dans le projet beige”, in Dubuisson, Bernard (Coord.), *La réforme du droit de la responsabilité en France et en Belgique* (Bruxelles, Éditions Bruylant) pp. 471-505.
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2013): *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual* (Santiago, Legal Publishing Chile, segunda edición).
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2015): “Obligaciones por el total no solidarias u obligaciones concurrentes”, en Vidal, Álvaro; Severín, Gonzalo; Mejías, Claudia (eds.), *Estudios de derecho civil X* (Santiago, Thomson Reuters) pp. 455-471.
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2017a): “La responsabilidad solidaria de los coautores de un ilícito extracontractual”, en Schopf, Adrián y Marin, Juan (eds.). *Lo público y lo privado. Estudios en homenaje al profesor Enrique Barros Bourie* (Santiago, Thomson Reuters) pp. 657-696.
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2017b): “La solidaridad pasiva derivada de responsabilidad civil”, en Barría, Rodrigo; Ferrante, Alfredo y San Martín, Lilian (eds.), *Presente y futuro de la responsabilidad civil* (Santiago, Thomson Reuters) pp. 367-380.
- DIEZ SCHWERTER, José (1997): *El daño extracontractual. Jurisprudencia y doctrina* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- DIEZ SCHWERTER, José (2016): “La acción de daño contingente del artículo 2333 del Código Civil chileno: sus elementos y ámbito de aplicación”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* vol. XLVI: pp. 133-153.
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón (1990): “Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad civil. Una visión comparatista”, *Revista de Derecho* (Universidad de Concepción) año LVIII n.º 188: pp. 125-168.
- DOMÍNGUEZ BENAVENTE, Ramón y DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón (1992): “Daño moral. Fecha de inicio del reajuste”, *Revista de Derecho* (Universidad de Concepción), n.º 192: pp. 174-176.
- DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen (2000): *El daño moral*, tomos I y II (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen (2019): *El principio de reparación integral en sus contornos actuales. Una revisión desde el Derecho chileno, latinoamericano y europeo* (Santiago, Legal Publishing Chile).
- ELORRIAGA DE BONIS, Fabián (2010). “Los daños corporales y sus consecuencias”, en Vega, Yuri y García, Domingo (coords.), *La responsabilidad civil y la persona en el siglo XXI. Libro homenaje a Carlos Fernández Sessarego*, tomo II (Lima, Idemsa) pp. 113-161.
- FUEYO LANERI, Fernando (2004): *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- GATICA PACHECO, Sergio (1959): *Aspectos de la indemnización de perjuicios por incumplimiento del contrato* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

- GEORGE, Florence (2020): “La réforme du droit de la responsabilité civile en Belgique: vraie réforme ou consolidation des acquis?”, in Dubuisson, Bernard (coord.), *La réforme du droit de la responsabilité en France et en Belgique* (Bruxelles, Éditions Bruylant) pp.13-61.
- KNETSCH, Jonas (2020): “Les effets de la responsabilité et la réparation des dommages. Unité ou diversité des formes de réparation dans les projets français et belge. Point de vue du droit allemand”, in Dubuisson, Bernard (coord.), *La réforme du droit de la responsabilité en France et en Belgique* (Bruxelles, Éditions Bruylant) pp. 535-541.
- KUNCAR ONETO, Andrés (2017): “Las relaciones internas en la solidaridad pasiva legal y en las obligaciones concurrentes”, en Corral, Hernán; Manterola, Pablo (eds.), *Estudios de derecho civil XII* (Santiago, Thomson Reuters) pp. 225-238.
- LE TOURNEAU, Philippe et CADIET, Löic (1998): *Droit de la Responsabilité* (Paris, Dalloz).
- LÉONARD, Thierry et MORTIER, Stéphanie (2020): “Dommage et intérêt juridiquement protégé dans le projet belge, in Dubuisson, Bernard (coord.), *La réforme du droit de la responsabilité en France et en Belgique* (Bruxelles, Éditions Bruylant) pp. 403-427.
- LÓPEZ FUENTES, Luis (en prensa): “¿Es neutra la distinción entre las voces daño y perjuicio para el derecho de la responsabilidad civil en Chile?”, en Munita, Renzo (ed.), *Tópicos relevantes de responsabilidad civil. Elementos y nociones fundamentales* (Santiago, Rubicón Editores).
- MALENGREAU, Thomas (2020): “Les faits générateurs de responsabilité dans le projet belge”, in Dubuisson, Bernard (coord.), *La réforme du droit de la responsabilité en France et en Belgique* (Bruxelles, Éditions Bruylant) pp. 223-259.
- MARTÍN-CASALS, Miquel (2020): “Les méandres du lien de causalité dans les projets français et belge. Point de vue de droit espagnol et de droit compare”, in Dubuisson, Bernard (coord.), *La réforme du droit de la responsabilité en France et en Belgique* (Bruxelles, Éditions Bruylant) pp. 385-399.
- MARTÍN-CASALS, Miquel y SOLÉ, Josep. (2013): “Causal uncertainty and proportional liability in Spain”, in Gilead, Israel; Green, Michael and Koch, Bernhard (eds.), *Proportional Liability: Analytical and Comparative Perspectives* (Berlin-Boston, De Gruyter) pp. 295-321.
- MENDOZA ALONSO, Pamela (2015): *La obligación solidaria impropia* (Madrid, La Ley).
- MENDOZA ALONZO, Pamela (2018): “Obligaciones concurrentes o insolidum. Comentario a la sentencia de la Corte Suprema, de 26 de enero de 2017”, *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, vol. xxxi n.º 1: pp. 387-392.
- MUNITA MARAMBIO, Renzo (2014): “Recursos comparados relativos a la determinación del vínculo causal. Un análisis centrado en eventos de responsabilidad sanitaria”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 23: pp. 209-259.
- MUNITA MARAMBIO, Renzo (2018): “Causalidad incierta, alternativa y flexibilidad probatoria”, en Bahamondes, Claudia; Etcheberry, Leonor y Pizarro, Carlos (eds.), *Estudios de derecho civil XIII* (Santiago, Thomson Reuters) pp. 737-771.

- MUNITA MARAMBIO, Renzo (2022): “El incremento del riesgo como criterio complementario a la creación del riesgo no permitido en el análisis de la causalidad en las omisiones en contextos médico-sanitarios”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 38: pp. 225-262.
- MUNITA MARAMBIO, Renzo (2023a): “Causalidad: requisitos, aproximaciones y problemas”, en Céspedes, Carlos (dir.), *Responsabilidad civil extracontractual: instrumentos de derecho comparado, proyectos de reforma y derecho chileno* (Valencia, Tirant lo Blanch) pp. 272-339.
- MUNITA MARAMBIO, Renzo (2023b): “Omisión, culpa y causalidad en la responsabilidad civil”, en Pinochet, Ruperto (dir.), *Estudios de derecho civil XVI* (Santiago, Thomson Reuters) pp. 962-981.
- MUNITA MARAMBIO, Renzo y LÓPEZ FUENTES, Luis (2024a): “El daño en la reforma belga a la responsabilidad extracontractual: ¿nos es relevante? (parte 1)”. Disponible en <https://idealex.press/dano-reforma-belga-responsabilidad-extracontractual-parte-1/> [fecha de consulta: 3 de mayo de 2024].
- MUNITA MARAMBIO, Renzo y LÓPEZ FUENTES, Luis (2024b): “El daño en la reforma belga a la responsabilidad extracontractual: ¿nos es relevante? (parte 2)”. Disponible en <https://idealex.press/dano-reforma-belga-responsabilidad-extracontractual-parte-2/> [fecha de consulta: 7 de mayo de 2024].
- PARRA SEPÚLVEDA, Darío (2020): “La pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médica. Notas desde el ordenamiento chileno”, en Santos, María José; Mercader, Jesús R.; Del Olmo, Pedro (dirs.), *Nuevos retos del derecho de daños en Iberoamérica* (Valencia, Tirant lo Blanch) pp. 791-808.
- PIERRE, Philippe (2020): “La fonction normative de la responsabilité dans les projets français et belge”, in Dubuisson, Bernard (coord.), *La réforme du droit de la responsabilité en France et en Belgique* (Bruxelles, Éditions Bruylant) pp. 111-123.
- PINOCHET OLAVE, Ruperto (2020). “La incorporación en el derecho civil chileno de la teoría de las obligaciones concurrentes: algunas distinciones necesarias”, en Fabián Elorriaga de Bonis (coord.). *Estudios de derecho civil XV* (Santiago, Thomson Reuters) pp. 531-544.
- PINOCHET OLAVE, Ruperto y CONCHA LE BAUFEE, Francisca (2015): “Criterios para el cálculo de intereses y reajustes en casos de condenas judiciales en juicios de indemnizaciones civiles por responsabilidad civil extracontractual”, *Revista de Derecho* (Universidad de Concepción) año LXXXIII n.º 237: pp. 119-151.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (2010): *Responsabilidad extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición).
- ROSSO ELORRIAGA, Gian Franco (en prensa): “Inexistencia de la reparación integral del daño como principio: un ideal sin contenido normativo o simple equidad”, en Rosso, Gian Franco (ed.), *Estudios sobre responsabilidad civil. El principio de la reparación integral del daño* (Valencia, Tirant lo Blanch).
- ROUXEL, Sylvie (1994): *Recherches sur la distinction du dommage et du préjudice*. Thèse Grenoble.

- SAN MARTÍN NEIRA, Lilian (2019): *Culpa de la víctima en la responsabilidad civil* (Santiago, DER Ediciones).
- SAN MARTÍN NEIRA, Lilian (2023). “La reparación integral del daño en el derecho del consumo”, *Actualidad Jurídica* n.º 48: pp. 373-405.
- TAPIA SUÁREZ, Orlando (2006): *De la responsabilidad civil en general y de la responsabilidad delictual entre los contratantes* (Santiago, LexisNexis, segunda edición).
- TAYLOR, Simon; DYSON, Matthew et DUNCAN, Fairgrieve (2020): “Regards comparatifs sur les projets de réforme français et belge. La perspective du droit anglais”, in Dubuisson, Bernard (coord.), *La réforme du droit de la responsabilité en France et en Belgique* (Bruxelles, Éditions Bruylant) pp. 133-149.

Otros

- CÁMARA DE DIPUTADOS (2023): *Historia de la Ley 21.081*. Primer, segundo y tercer trámite constitucional. Disponible en www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/7577/ [fecha de consulta: 1 de abril de 2024].
- CHAMBRE DES REPRÉSENTANTS DE BELGIQUE (2023): *Proposition de Loi. Portant le livre 6 “La responsabilité extracontractuelle” du Code civil (déposée par M. Koen Geens et Mme Katja Gabriëls)*. 5^e Session de la 55^e Législature. DOC 3213/001. Disponible en www.lachambre.be/kvvcr/showpage.cfm?section=/flwb&language=fr&cfm=flwbn.cfm?lang=F &legislat=55&dossierID=3213 [fecha de consulta: 1 de abril de 2024].
- SERVICE PUBLIC FÉDÉRAL JUSTICE (2024): *Réforme du code Civil*. Disponible en <https://justice.belgium.be/fr/bwcc> [fecha de consulta: 1 de abril de 2024].

EL SERVICIO DE CAJAS DE SEGURIDAD DE LOS BANCOS. NATURALEZA JURÍDICA Y CARACTERÍSTICAS

THE BANKS SAFE BOX SERVICE. LEGAL NATURE AND CHARACTERISTICS

*Joel González Castillo**

RESUMEN: Los servicios de caja de seguridad que ofrecen los bancos es una cuestión que, hasta el momento, prácticamente, no ha sido materia de análisis por parte de la doctrina nacional y tampoco existe jurisprudencia al respecto. Su uso, cada día más frecuente, justifica su estudio. El trabajo se estructura y desarrolla de la siguiente manera: en primer lugar, se dan nociones generales respecto de la regulación en nuestro país del servicio de cajas de seguridad y en qué consiste; luego, se analiza la naturaleza jurídica de este servicio, esto es, si se trata de un arrendamiento, un depósito o un contrato mixto; a continuación, se enfrentan la cuestión de determinar si se está o no frente a una obligación de resultado y de un caso de responsabilidad objetiva, la eventual exoneración del banco, la prueba del contenido de las cajas y el término del contrato, finalizando con las conclusiones de rigor.

PALABRAS CLAVE: exoneración de responsabilidad, custodia, arrendamiento, obligaciones de resultado, responsabilidad objetiva.

ABSTRACT: The safe-deposit box services offered by banks is an issue that, practically, has not been the subject of analysis by the national academic opinion so far, and there is no case law on the matter. Its use, which is becoming more and more frequent, justifies its study. The work is structured and developed as follows: first, general notions are given regarding the regulation in our country of the safe deposit box service and what it consists of; then, the

*Profesor de Derecho Civil, Universidad de Chile. Correo electrónico: jgonzalezc@derecho.uchile.cl

legal nature of this service is analyzed, that is, whether it is a lease or a deposit; next, the question of determining whether or not we are facing an duty to achieve a specific result and a case of strict liability, the possible exoneration of the bank, the proof of the contents of the boxes, the termination of the contract, ending with the necessary conclusions.

KEYWORDS: disclaimer, custody, lease, duty to achieve a specific result, strict liability.

INTRODUCCIÓN

Quizá por el desarrollo económico que ha alcanzado el país, los bancos han visto un aumento en la demanda por el uso de las cajas de seguridad que ellos ofrecen, algo de uso bastante común en los países más desarrollados. En Chile no existe una ley, reglamento o circular que las regulen. Solo la Ley General de Bancos dispone que los bancos podrán efectuar las siguientes operaciones: “dar en arrendamiento cajas de seguridad para el depósito de valores y efectos” (artículo 69 n.º 14).

En el servicio de caja de seguridad la empresa bancaria pone a disposición de su clientela cajas individuales para la guarda segura de sus bienes en un local apropiado y se encarga de su conservación y de su integridad externa, por un tiempo determinado y mediante el cobro de una remuneración. El banco es responsable de la caja, del contenido y del local¹. También se ha dicho que el arrendamiento de compartimentos de cajas de seguridad es el servicio prestado a las personas que desean poner a buen recaudo o conservar con toda seguridad títulos, documentos u objetos de valor².

Cabe señalar que el año 2004 a propósito de un robo al banco BICE en la comuna de Vitacura, donde se desvalijaron muchas de las cajas de seguridad contenidas en esa sucursal sustrayéndose de ellas dinero, joyas, documentos y otras cosas de valor, se discutió a través de la prensa si se trataba de un arrendamiento o, bien, de un depósito. Los abogados del banco señalaban lo primero, mientras los abogados de los clientes afectados sostenían lo último. La calificación jurídica, obviamente, tenía relevancia, entre otros aspectos, para determinar el grado de culpa de que respondía el banco sobre la base del art. 1547 del *Código Civil*. El asunto se resolvió mediante un acuerdo entre el banco y cada uno de los afectados por lo que la cuestión no se judicializó.

¹ BARBIER (2015) p. 285.

² GIRALDI (1963) p. 37.

Como se advierte, este artículo se escribe con una importante limitación como lo es la ausencia de jurisprudencia de nuestros tribunales sobre el tema y una muy escasa doctrina de autores nacionales; se espera que ello comience a revertirse ahora que el servicio de cajas de seguridad tiende a un uso mucho más intenso, como se aprecia en los países de mayor desarrollo.

I. NATURALEZA JURÍDICA

Como es sabido, el arrendamiento es un contrato en que las dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa o a ejecutar una obra o prestar un servicio y la otra, a pagar por este goce, obra o servicio un precio determinado (art. 1915 del *Código Civil*); mientras que el depósito es el contrato en que se confía una cosa corporal a una persona que se encarga de guardarla y de restituirla en especie (art. 2211 del *Código Civil*).

Se debe descartar la figura del depósito para explicar la fisonomía jurídica de las cajas de seguridad, pues en dicho contrato, por regla general, el depositario toma conocimiento de las cosas que el depositante le entrega y que se obliga a restituirlas en especie, cuestión que no sucede al contratar una caja de seguridad de un banco, ya que este no tiene conocimiento de lo que el cliente introduce y guarda en tal caja, pues no se levanta un acta o inventario de lo que se va a guardar en ellas. Además, y esto es lo relevante, el depósito propiamente dicho es gratuito y si se estipula remuneración por la simple custodia de una cosa, “el depósito degenera en arrendamiento de servicio, y el que presta el servicio es responsable hasta de la culpa leve” (art. 2219 del *Código Civil*). Hay que destacar esto último, pues en el depósito, en cambio, conforme al art. 2222 del *Código Civil* las partes podrán estipular que el depositario responda de toda especie de culpa y a falta de estipulación responderá solo de la culpa grave; extremo este que no puede aceptarse en el contrato de cajas de seguridad, según se explicará.

Se trata de un contrato de arrendamiento, ya que dos partes se obligan, la una (el banco), como dice el art. 1915 del *Código Civil*, a prestar un servicio (caja de seguridad) y la otra (cliente o usuario), a pagar por este servicio un precio determinado. También es la calificación que le da la Ley General de Bancos, que dispone que los bancos podrán efectuar las siguientes operaciones: “dar en arrendamiento cajas de seguridad para el depósito de valores y efectos” (art. 69 n.º 14).

Cabe señalar que el novel *Código Civil y Comercial* de Argentina reguló expresamente en el capítulo de los contratos bancarios, el servicio de cajas de seguridad, sin embargo, no hace una calificación expresa de su naturaleza. Así dispone:

“Obligaciones a cargo de las partes. El prestador de una caja de seguridad responde frente al usuario por la idoneidad de la custodia de los locales, la integridad de las cajas y el contenido de ellas, conforme con lo pactado y las expectativas creadas en el usuario” (art. 1413).

A partir de esta norma, Eduardo Barbier sostiene que el servicio de cajas de seguridad en realidad participa de los caracteres tanto del arrendamiento como del depósito. Este servicio bancario de cajas de seguridad, comienza dicho autor, aparece como un desprendimiento de los depósitos cerrados en cajas de tamaño uniforme, que los bancos al comienzo vendían a sus clientes y después las cedieron temporalmente. En su evolución jurídica influye la transformación técnica, pues las instalaciones bancarias se fueron adecuando y construyendo recintos con cajas de seguridad uniformes de diversos tamaños, y todas con distinta combinación. De tal modo, el banco cede un espacio al cliente, que lo utiliza para guardar cosas y retirarlas por sí mismo o por persona autorizada, sin que intervenga el banco en la recepción o entrega, circunstancia que ilustra sobre la naturaleza jurídica del contrato.

Es cierto, prosigue este académico argentino, que la evolución apuntada y de la causa del negocio –la conservación y la guarda en condiciones de máxima seguridad– surgen elementos suficientes para atender a quienes piensan que se trata de un contrato de depósito, aunque con una configuración moderna de la custodia, ya que es indirecta en la medida en que el banco ejecuta la vigilancia del recinto donde se encuentra la caja, con prescindencia del contenido.

Pero no es menos cierto que resulta difícil hablar de depósito cuando el banco no custodia directamente las cosas. Es más, se ha advertido que con la caja vacía el contrato igual existe, extremo que acerca a una cesión del uso de una caja como elemento tipificante y, en consecuencia, a calificarlo como un arrendamiento de cosa, en tanto la custodia deja de ser el objeto único del contrato y se convierte en una prestación de garantía de la integridad de la caja, de modo que el banco pone a disposición del cliente el espacio vacío y a defender de toda intromisión extraña, el derecho de uso concedido. Sin embargo, no hay posesión de la cosa arrendada; existe un deber de vigilancia activa que no es propio de los deberes del arrendador y, por último, el arrendatario tiene limitaciones en el derecho de uso, condicionado por la intervención constante del banco, extremo que no sucede en el arrendamiento tradicional. Por todo ello, para Eduardo Barbier, se trata de un contrato mixto, que se integra con elementos propios del arrendamiento de cosas y elementos propios del depósito.

Finalmente, agrega el mismo autor, que la autonomía del contrato de cajas de seguridad con relación a otras se confirma cuando se advierte que su carac-

terización legal se define por la responsabilidad que asume la entidad, pues se estaría frente a una obligación de resultado³.

En la misma línea argumentativa y conclusión de Eduardo Barbier se encuentra Joaquín Garrigues en España cuando dice que la característica funcional de este contrato consiste en que el banco no recibe materialmente los efectos que el cliente desea depositar, sino que es el propio cliente quien los introduce en la caja y los retira de ella por sí mismo. Este dato, resalta dicho catedrático, tiene mucha importancia para la calificación jurídica del contrato. La cuestión, dice, no es solo académica, pues de la calificación depende la solución de muchos problemas prácticos (naturaleza de la acción de restitución, obligaciones de los contratantes, derechos de terceros acreedores de las partes, etcétera). Dos son las figuras, continúa, que pueden entrar en juego: el depósito y el arrendamiento. Al calificar esta operación como depósito se destaca que la finalidad económica del contrato es la custodia, si bien entendida en un sentido amplio de vigilancia externa de la caja que concede al cliente la máxima seguridad contra la pérdida, robo, incendio, etcétera, del contenido, que, sin embargo, queda excluido del objeto del contrato. Otro sector de la doctrina estima que el elemento característico de la relación es la cesión de uso de un compartimiento adherido al edificio del banco en una instalación fija y permanente, siendo indiferente que el espacio vacío (caja de seguridad) puesto a disposición del cliente, se utilice o no. De este último planteamiento se deduce la calificación de contrato de arrendamiento de cosa inmueble. Agrega Joaquín Garrigues que es preciso reconocer que junto a los elementos del arrendamiento se mezclan los del depósito. En efecto, por una parte, falta la posesión de la cosa propia del arrendamiento y, por otra parte, existe un deber de vigilancia activa que no es propio de este contrato, sino del depósito. Por estas razones es forzoso inclinarse por la calificación del contrato como uno mixto de arrendamiento de cosa inmueble y de depósito. Es un contrato en el que la cesión de uso es esencial, pero el cliente no se limita a obtener el uso de la caja, sino que exige al banco la custodia y protección de esa caja. Esta custodia no es elemento secundario, sino que está al mismo nivel que la cesión de uso. La concurrencia de estos elementos heterogéneos da lugar a una duplicidad de causas (contratos con causa mixta) que se funden en un contrato único. Se trata, finaliza el académico español, por consiguiente, de un contrato mixto, consensual (no requiere más que el acuerdo sobre la disponibilidad de una caja determinada), de ejecución continuada, oneroso y de adhesión⁴.

Se discrepa de la opinión de los autores referidos porque, si bien en las cajas de seguridad “se confía una cosa corporal a una persona [banco] que se

³ BARBIER (2015) pp. 286-287.

⁴ GARRIGUES (1987) pp. 199-200.

encarga de guardarla y de restituirla en especie”, cumpliéndose así con los términos del art. 2211 del *Código Civil* que define el depósito, no es menos cierto que en la legislación chilena, como ya se dijo, existe norma expresa que aclara que el depósito propiamente dicho es gratuito y si se estipula remuneración por la simple custodia de una cosa “degenera en arrendamiento de servicio, y el que presta el servicio es responsable hasta de la culpa leve” (art. 2219 del *Código Civil*). Además, en el contrato de caja de seguridad se dan los dos elementos de la esencia del arrendamiento de servicio, esto es, la prestación de un servicio y un precio por dicho servicio (art. 1915 del *Código Civil*). Por otra parte, la afirmación de los autores citados, en cuanto a que no existe un deber de custodia de parte del arrendador, debe ser matizada, ya que este sí es obligado: “A mantenerla [la cosa] en el estado de servir para el fin a que ha sido arrendada” (art. 1924 n.º 2 del *Código Civil*); en este caso a mantener la caja en condiciones tales que no pueda sufrir un robo o hurto; en otras palabras, sobre la base de esta disposición del arrendamiento y sin necesidad de recurrir a la normativa del depósito, el banco se obliga a la custodia y vigilancia de la caja y, consecuentemente, de las cosas guardadas en ella.

En una reciente sentencia el Tribunal Supremo de España se pronunció sobre la naturaleza jurídica (sería un contrato atípico) y otros aspectos de las cajas de seguridad. Los hechos fueron los siguientes. La entidad demandante Begindoce S.L., celebró con Banca Pueyo S.A. el arrendamiento de una caja de seguridad con fecha 13 de marzo de 2007. En la madrugada del día 23 de agosto de 2009 se produjo un robo en dicha entidad bancaria que afectó a la caja de seguridad alquilada, de forma que resultó abierta con la desaparición de los objetos que contenía. En ese contexto, Begindoce presentó una demanda contra Banca Pueyo, solicitando su condena al pago de la cantidad de €168876, correspondientes al valor de los efectos que se encontraban depositados en dicha caja de seguridad. La entidad bancaria se opuso a la demanda.

La sentencia de primera instancia desestimó la reclamación de los daños y perjuicios sufridos al considerar que la depositante carecía de legitimación activa, pues parte de los objetos depositados no eran de su propiedad, sino de terceros ajenos a dicho contrato. La sentencia de la audiencia estimó en parte el recurso de apelación de la demandante. En lo que aquí interesa, debe destacarse lo siguiente. En primer lugar, declaró el incumplimiento contractual “flagrante” del depositario, dado que el propio empleado de la entidad bancaria declaró que la caja de seguridad no había sido forzada, pues su llave estaba colgada en un cajetín dentro de la propia sucursal, junto con la correspondiente clave de acceso. En segundo lugar, con relación al principio de prueba respecto de los objetos depositados en la caja de seguridad, declaró que la prueba practicada (documental y testifical) permitía constatar la adquisición de determinadas joyas y relojes, la extracción de una cantidad en metálico de una entidad bancaria y la

percepción de otra cantidad de dinero en metálico procedente de una herencia o de un encargo profesional. Con relación a la cuestión de fondo, la audiencia declaró:

“El recurrente afirma la aplicación analógica del artículo 1769 del Código Civil, referente al depósito cerrado y sellado. En el citado artículo se dice que en cuanto al valor de lo depositado se estará a la declaración del depositante, a no resultar prueba en contrario. Pues bien, la identificación del contrato de alquiler de caja de seguridad con el depósito cerrado y sellado, constituye una interpretación jurídica un tanto desmesurada, en la que se fuerza la verdadera naturaleza y características del contrato de alquiler de caja de seguridad, ya que en el presente contrato los objetos no se entregan cerrados al arrendador sino que se introducen directamente en la caja de seguridad de la entidad bancaria. Asimismo, e incidiendo en esta línea diferenciadora del depósito cerrado, el arrendatario tiene la facultad de modificar o cambiar a su antojo el contenido de la caja arrendada. (SAP Madrid, Sección 10^a, de 10 julio de 2000 y SAP Madrid, Sección 12^a, de 16 de mayo de 2001). Por tanto, es evidente que no cabe una aplicación analógica de la presunción contenida en el artículo 1769 del Código Civil puesto que las figuras contractuales analizadas no se corresponden”⁵.

En el recurso de casación la demandante alega vulneración de la doctrina jurisprudencial y denuncia la indebida falta de aplicación analógica del art. 1769 del *Código Civil*⁶. Argumenta que, de acuerdo con la naturaleza y función del contrato de arrendamiento de caja de seguridad, procede dicha aplicación analógica que además viene reconocida por la jurisprudencia de la misma sala: sentencias del Tribunal Supremo 985/2008, de 4 de noviembre de 2008 y 38/2013, de 15 de febrero de 2013. El Tribunal Supremo acoge la casación argumentando:

“para examinar correctamente el fundamento de la aplicación del art. 1769 del Código Civil debemos tener en cuenta, en primer lugar, el art. 310 CCom., para concluir que el contrato de depósito celebrado entre las partes tiene naturaleza mercantil y partir del sistema de

⁵ TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA (2018).

⁶ Dicha norma dispone: “Cuando la cosa depositada se entrega cerrada y sellada, debe restituirla el depositario en la misma forma, y responderá de los daños y perjuicios si hubiese sido forzado el sello o cerradura por su culpa. Se presume la culpa en el depositario, salvo la prueba en contrario. En cuanto al valor de lo depositado, cuando la fuerza sea imputable al depositario, se estará a la declaración del depositante, a no resultar prueba en contrario”.

fuentes de regulación que contempla el precepto que dispone: ‘No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, los depósitos verificados en los bancos, en los almacenes generales, en las sociedades de crédito o en otras cualesquiera compañías, se regirán, en primer lugar, por los estatutos de las mismas; en segundo, por las prescripciones de este Código, y últimamente, por las reglas del Derecho común, que son aplicables a todos los depósitos’.

En consecuencia, primero habrá que estar a lo dispuesto en los estatutos de la entidad depositaria, esto es, la normativa administrativa que regula la contratación bancaria [...] que no contienen una previsión específica sobre el problema litigioso.

En segundo lugar, resulta de aplicación lo previsto en el art. 307 II CCom., que en el caso de los depósitos cerrados dispone que ‘Los riesgos de dichos depósitos correrán a cargo del depositario, siendo de cuenta del mismo los daños que sufrieren, a no probar que ocurrieron por fuerza mayor o caso fortuito insuperable’. De donde se presume la responsabilidad de la demandada.

Pero, en cualquier caso, el art. 307 CCom. no ofrece respuesta al problema de la prueba o acreditación de la preexistencia y valor de los objetos depositados, por lo que habrá que estar a lo dispuesto en el art. 1769 CC, sobre el que se ha ocupado esta sala en varias sentencias en relación con este tipo de contratos”⁷.

Así, agrega el Tribunal Supremo, en la línea apuntada por su sentencia del 21/1994, de 27 de enero de 1994, la sentencia del mismo tribunal 985/2001, de 4 de noviembre de 2001, precisa lo siguiente:

“La naturaleza jurídica del contrato bancario denominado de alquiler de cajas de seguridad no es la de depósito en su variedad de depósito cerrado, sino la de un contrato atípico, surgido de la conjunción de prestaciones del arriendo de cosas y de depósito, en el que la finalidad pretendida por el cliente no es el mero goce de la cosa arrendada, sino el de la custodia y seguridad de lo que se guarda en la caja, que se consigue de una forma indirecta, a través del cumplimiento por el banco de una prestación consistente en la vigilancia de la misma y de su integridad a cambio de una remuneración. La entidad bancaria no asume la custodia de ese contenido, sino del daño que la ruptura, sustracción o pérdida de la caja pueda ocasionar al cliente. Es claro que la situación más análoga a la descrita es la determinada por la existencia de un depósito cerrado y sellado, contemplada en el art. 1769 del Código Civil. El contrato litigioso, en suma, tiene una causa mixta [...].

⁷ TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA (2018).

En el (contrato) que examinamos, existe un deber de vigilancia y conservación de lo que se entrega por el cliente, a cargo del Banco, a través de la caja que la entidad bancaria pone a su disposición, que no es propio de las obligaciones del arrendador. El incumplimiento imputable al Banco de su prestación es evidente que desencadena la obligación de reparar el daño si desaparece el contenido de la caja total o parcialmente. No hay inconveniente en aplicar a la situación creada las normas del depósito, en este caso del cerrado, por su analogía clara. En realidad, en el llamado alquiler de la caja de seguridad, se entrega al Banco para su custodia, con todo lo que contiene. Ciertamente que no existe depósito de cosas porque al Banco no se le entregan las mismas para su depósito, pero ha de conservar y custodiar la caja que usa y entrega el cliente, lo mismo en que, por imperativo del art. 1769 del Código Civil, ha de conservar el depositario el sobre cerrado y sellado en que se contienen las cosas, no estas mismas. Su custodia y conservación se efectúa, tanto en un caso, como en otro, de una forma indirecta, a través de la caja de seguridad o del sobre cerrado y sellado”⁸.

Por su parte, continúa el Tribunal Supremo, en su sentencia 38/2013, de 15 de febrero de 2013, se destaca lo siguiente:

“En este sentido, citando la reciente jurisprudencia de esta Sala, la Sentencia recurrida resalta dicha diferenciación que subyace en la propia naturaleza atípica del contrato suscrito y que determina, a diferencia de la obligación de custodia del contrato de depósito, que dicha obligación no se centre directamente sobre los objetos depositados, salvo pacto expreso en contrario, sino en la vigilancia y seguridad que ofrece la propia caja, como prestación dispensada a cambio de una remuneración. De ahí que la entidad bancaria responda cuando dicha vigilancia y seguridad ofrecida resulte vulnerada ocasionando pérdidas o daños a los clientes. No es posible, por tanto, reconducir, como pretende la parte recurrente, el incumplimiento contractual y la responsabilidad derivada al campo de la tipicidad de la obligación de custodia en el contrato puro de depósito”⁹.

En resumen, para el Tribunal Supremo se estaría frente a un contrato atípico que tiene una causa mixta (arriendo y depósito) y el banco, como se verá luego, respondería objetivamente no pudiendo liberarse alegando fuerza mayor o caso fortuito por el robo de la caja. Así, acoge la demanda interpuesta,

⁸ TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA (2018).

⁹ *Ibid.*

por lo que condena al banco al pago de la suma demandada en concepto de daños y perjuicios.

II. OBLIGACIÓN DE RESULTADO Y RESPONSABILIDAD OBJETIVA

Como se sabe en las obligaciones de resultado el deudor se compromete al cumplimiento de un determinado objetivo, asegurando al acreedor el logro de la consecuencia o resultado tenido en miras al contratar.

Parece que en el contrato de arrendamiento de cajas de seguridad el banco claramente asume una obligación de resultado cual es la conservación íntegra de las cosas introducidas en ellas por el usuario que requiere sus servicios; el motivo principal del cliente para recurrir al banco es la seguridad que este le brinda respecto de la conservación de las cosas “depositadas” en las cajas; es de la esencia, por tanto, de este contrato, que el banco restituya las cosas guardadas y en el mismo estado en que ellas fueron puestas en dichas cajas; a eso se obliga el banco. Ese es el objetivo primordial que lleva al cliente o usuario a guardar las cosas en un banco y no en otro lugar; la elección del banco como custodio no es al azar.

Las cajas de seguridad, en síntesis, son utilizadas a fin de prevenir precisamente que las pertenencias de los usuarios se encuentren en situación de ser robadas o hurtadas, razón por la cual debe entenderse que la obligación que tiene fuente en este contrato es de resultado¹⁰.

En el mismo sentido, para Eduardo Barbier los débitos contractuales del banco consistentes en conceder el uso de locales idóneos, custodiar estos locales y tutelar la integridad de la caja son, sin duda, obligaciones de resultado. De tal modo, el incumplimiento de ese deber de seguridad es fuente de una responsabilidad objetiva, en tanto el banco no compromete una custodia disuasiva, sino que se obliga a una custodia efectiva, con un presupuesto –ejercerla en un ámbito idóneo que él mismo suministra– y una consecuencia –la integridad de la caja–. La custodia supone una seguridad que disipa el riesgo, y no basta con hacer lo posible para obtener el resguardo, sino que se impone obtenerlo. La ausencia de una adecuada tutela del servicio comprometido, continúa el citado autor, es presupuesto de la responsabilidad del banquero: la pérdida, la sustracción y hasta la manipulación (por ejemplo, en el caso de documentación reservada) de los valores revelan la ausencia parcial o total de custodia, sin que sea dable exigirle al acreedor (cliente) más prueba que la

¹⁰ Véase sobre este tipo de obligaciones BRANTT (2012), LETELIER (2017), VIDAL (2010).

existencia de esa falta. El deudor (banco) deberá, en cambio, acreditar la ruptura del nexo causal; no su falta de culpa, sino el caso fortuito o la fuerza mayor. Esa es la única excusa absolutoria admitida en el derecho comparado para los que disciplinan el contrato de caja de seguridad. Se trata, en definitiva, de un supuesto de responsabilidad objetiva, en tanto la prueba de la diligencia del prestador del servicio es insuficiente para liberarlo de absorber las consecuencias dañosas y del deber de reparar de manera íntegra a la víctima¹¹.

Se está en presencia de un caso de responsabilidad contractual objetiva, ya que existe un vínculo contractual entre las partes (el contrato de arrendamiento de la caja de seguridad) y solo se atiende al daño causado (pérdida de las cosas guardadas) prescindiendo del elemento subjetivo o culpa de parte del deudor, el banco en este caso, el que solo puede liberarse de responsabilidad probando fuerza mayor o caso fortuito rompiendo así el nexo causal¹². Corrobora lo que se viene diciendo Alejandro Guzmán Brito cuando, a propósito de la responsabilidad objetiva por custodia, dice que puede darse la situación:

“el tenedor emplee la máxima diligencia posible en función de evitar que (la cosa) sea hurtada, como depositarla en una caja de seguridad, con toda clase de alarmas e impedimentos de acceso y que, no obstante, la cosa sea igualmente hurtada o robada. Ahora bien, la propiedad peculiar del *custodiam praestare* radica en que, para hacerla efectiva, no se indaga si efectivamente hubo culpa en el tenedor ni se permite que éste pretenda exonerarse, demostrando no haber tenido culpa en el hecho y sí haber empleado la diligencia debida. En otras palabras, basta el hecho del hurto o del robo para que el tenedor responda de la cosa sustraída, independientemente del juicio que merezca, en términos de culpa o diligencia, su actuación personal en función de evitar la sustracción. Es por eso que se trata, pues, de un tipo de responsabilidad objetiva”¹³.

Agrega el destacado romanista que la consecuencia de lo anterior es que, si bien la obligación de entregar la cosa al acreedor se extingue, por imposibilidad de cumplimiento al haber sido hurtada o robada, no por ello se libera el deudor, quien, entonces, ve reemplazada dicha obligación por la de indemnizar al acreedor¹⁴.

Con todo, la tesis ha sido discutida por Cristian Aedo. Este autor se hace eco de las tesis que, a partir de la segunda mitad del siglo XX, hacen una críti-

¹¹ BARBIER (2015) pp. 287-288.

¹² Sobre responsabilidad contractual objetiva véase BARAONA (1997).

¹³ GUZMÁN (1997) pp. 183-184.

¹⁴ *Op. cit.* p. 184.

ca metodológica a la pretensión de aplicar la dicotomía responsabilidad objetiva-subjetiva al derecho romano¹⁵. Y, tanto en los ámbitos de la *lex Aquilia* como en la responsabilidad por custodia, comparte la idea, sustentada principalmente por Geoffrey MacCormack, en orden a que la custodia en particular era una obligación y no un criterio de responsabilidad¹⁶.

En cuanto a Geoffrey MacCormack¹⁷, todo su estudio se fundamenta en una revisión crítica de la utilización de la nomenclatura responsabilidad objetiva-subjetiva y de la consideración de la culpa como criterio de responsabilidad. En el pensamiento de Geoffrey MacCormack, ni los juristas clásicos resolvieron puramente casos concretos, ni los juristas de la época justiniana amaban los conceptos abstractos. De esta manera, dado que la culpa era concebida desde la perspectiva del contenido de una obligación y no como criterio de responsabilidad, el autor propone que fue desarrollada desde el periodo republicano, pero entendiéndola como una conducta sujeta a reproche individual, es decir, un comportamiento reprochable, que a diferencia de la negligencia, no atendía a un modelo o patrón abstracto de conducta, representado por el buen padre de familia. La culpa como falta, tal como el autor la define, es el quebrantamiento de una regla que prescribe formas de comportamiento o la conducta misma prohibida por las reglas, de modo que la culpa en su concepto se presenta con un sentido muy amplio y funcional¹⁸.

III. EXONERACIÓN DE RESPONSABILIDAD DEL BANCO

La pregunta al respecto es si el banco puede, por ejemplo, pactar con quienes contraten cajas de seguridad que no responderá de fuerza mayor o caso fortuito. Sin duda, ello puede hacerse sobre la base del inciso final del art. 1547 del *Código Civil* que así lo permite; pero se considera que si la exoneración se refiere al caso de robo o hurto ello no sería admisible, pues para una entidad bancaria dichos delitos no son constitutivos de fuerza mayor o caso fortuito desde que en el contrato de cajas de seguridad el banco asume precisamente los riesgos de su custodia; tampoco puede alegar la imprevisibilidad de ser objeto de un robo o hurto dada su frecuencia y porque, como bien pone de relieve una autora, no debe hacerse sinónimos imprevisibilidad e inevitabilidad¹⁹.

¹⁵ AEDO (2013) y (2014).

¹⁶ AEDO (2018).

¹⁷ MACCORMACK (1994).

¹⁸ Para la diferenciación culpa-criterio de responsabilidad y culpa-contenido de la obligación véase MACCORMACK (1983).

¹⁹ BRANTT (2011) p. 59.

Además, conforme con el art. 16 de la Ley n.º 19496, sobre protección de los derechos de los consumidores, no producirán efecto alguno en los contratos de adhesión (los contratos de cajas de seguridad están previamente redactados por el banco) las cláusulas o estipulaciones que contengan limitaciones absolutas de responsabilidad frente al consumidor que puedan privar a este de su derecho a resarcimiento frente a deficiencias que afecten la utilidad o *finalidad esencial del producto o servicio* (letra e)) o que en contra de las exigencias de la buena fe, atendiendo para estos efectos a parámetros objetivos, causen en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que para las partes se deriven del contrato. Para ello se atenderá a la *finalidad del contrato* y a las disposiciones especiales o generales que lo rigen (letra g)).

Como se ve, ambos supuestos del art. 16 hacen referencia a la finalidad del producto o servicio y, parece que si el banco pudiera liberarse de responsabilidad frente a robos o hurtos de las cajas de seguridad se estaría afectando claramente la finalidad del servicio, cual es la adecuada y segura custodia de las cosas guardadas en ellas, privando así al consumidor de un resarcimiento en el caso de producirse alguno de dichos delitos y causando, además, un desequilibrio relevante en las relaciones del banco con el cliente, en perjuicio de este último.

Cabe agregar que el Tribunal Supremo en la sentencia citada acogió la petición de la empresa, cuya caja de seguridad en el banco había sido objeto de un robo, de declarar la nulidad de la cláusula 14ª del contrato suscrito, por la que la entidad bancaria resultaba exonerada en los supuestos de “expoliación, robo y situaciones análogas”, por tratarse, dijo el Tribunal Supremo, de “un contrato predispuesto (de adhesión) por la entidad bancaria”²⁰.

Sobre este punto el *Código Civil y Comercial* de Argentina señala que el banco “no responde por caso fortuito externo a su actividad, ni por vicio propio de las cosas guardadas” (art. 1413 *in fine*).

Sobre la base de esta norma, si los bienes colocados en una caja de seguridad son dañados o destruidos, el banco puede excluir su responsabilidad si se verifica un caso fortuito externo a su actividad o proviene de un vicio propio de las cosas guardadas. Así, por ejemplo, un terremoto, una acción de guerra o revolución, un aluvión o un incendio, excluyen la responsabilidad del banco si este demuestra que el daño se ha producido no obstante las medidas adoptadas en defensa de la caja. Parece que, con el lenguaje empleado por esta norma, caso fortuito “externo a su actividad”, el legislador quiso diferenciar supuestos como los recién enunciados de los casos de robo o hurto.

²⁰ TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA (2018).

Por su parte, el art. 1414 del mismo *Código* dice: “la cláusula que exime de responsabilidad al prestador se tiene por no escrita”.

Comentando esta norma Eduardo Barbier sostiene que esta disposición tiene coherencia con la enunciación del contrato, su naturaleza jurídica y en particular su causa, pues la custodia es la principal circunstancia que tienen en cuenta las partes al contratar, la que no aparece aquí ni siquiera parcialmente postergada o diluida por ningún otro servicio accesorio. La esencia del contrato de cajas de seguridad, prosigue el mismo autor, es el deber de custodia y vigilancia por parte del banco, razón por la cual las cláusulas por las cuales pretenda liberarse de responsabilidad, dado el incumplimiento de aquellas obligaciones, no tienen valor; de lo contrario, se trataría de una renuncia anticipada de derechos por parte del cliente, desvirtuando la esencia misma del contrato. Así, concluye Eduardo Barbier, la cláusula de exoneración de responsabilidad del contrato carece, en consecuencia, de validez, ya que ella importa el incumplimiento de una obligación esencial (la custodia) a cargo del banco. Esta prestación es única y se traduce en una protección directa tendiente a impedir que la caja sea abierta por quien no está autorizado a hacerlo²¹.

El referido art. 1414 del *Código Civil y Comercial* argentino agrega, sin embargo, que:

“es válida la cláusula de limitación de la responsabilidad del prestador hasta un monto máximo sólo si el usuario es debidamente informado y el límite no importa una desnaturalización de las obligaciones del prestador”.

Como se ve, el *Código* trasandino distingue entre cláusulas exonerativas y limitativas de responsabilidad. Repudia las primeras, y acepta las segundas sujetas a una doble condición:

- a) si se establece un monto máximo del cual el cliente debe ser debidamente informado y
- b) dicho límite no conlleve una desnaturalización de las obligaciones del banco

(en efecto, un monto muy bajo, en la práctica, equivaldría a una cláusula exonerativa y ya no limitativa de responsabilidad)²². Es decir, se puede pactar una cláusula de “limitación parcial y razonable”²³.

Estas cláusulas que regulan el grado de responsabilidad brindan otro argumento para desechar la tesis que el contrato en estudio sería un depósito, pues

²¹ BARBIER (2015) pp. 288-289.

²² Véase al respecto GONZÁLEZ (2011), PIZARRO (2011).

²³ BARBIER (2015) p. 289.

conforme con el art. 2222 del *Código Civil* a falta de estipulación el depositario (banco) responderá solamente de la culpa grave, algo que en el contrato de cajas de seguridad no puede aceptarse por tratarse, como se desarrolló, de una obligación de resultado que asume el banco: la integridad y conservación de las cosas guardadas que le obligan a desplegar el mayor grado de diligencia y cuidado, no pudiendo el banco liberarse de responsabilidad aún en caso de hurto o robo, por no ser estos constitutivos a su respecto de un caso fortuito o fuerza mayor.

IV. PRUEBA DEL CONTENIDO DE LA CAJA DE SEGURIDAD

Dado que no hay registro o acta de lo que el usuario de una caja de seguridad guarda en ella será este quien tendrá el peso de probar qué cosas se encontraban en dicha caja antes de su pérdida, por ejemplo, producto de un robo o hurto. Tendrá que probarse y acreditarse tanto la preexistencia y titularidad de los bienes como el valor de los objetos depositados

Si bien, en la práctica, los contratos de cajas de seguridad constan por escrito, desde un punto de vista estrictamente jurídico, como no se sabe el contenido de la caja ni la cuantía de las cosas ahí guardadas, que no se aplica la norma del art. 1709 del *Código Civil* en cuanto a que deben constar por escrito los actos o contratos que contienen la entrega o promesa de una cosa que valga más de dos unidades tributarias y, por lo mismo, tampoco tendría aplicación la limitación de la prueba testimonial del art. 1710 del *Código Civil*. Esto es también lo que dispone al respecto el *Código Civil y Comercial* de Argentina: “Prueba de contenido. La prueba del contenido de la caja de seguridad puede hacerse por cualquier medio” (art. 1415).

La sentencia que antes se citó del Tribunal Supremo español comienza, sobre este punto, recordando el párrafo tercero del art. 1769 del *Código Civil*:

“En cuanto al valor de lo depositado, cuando la fuerza sea imputable al depositario, se estará a la declaración del depositante, a no resultar prueba en contrario”

y, a continuación, agrega:

“con relación a la tipicidad básica del contrato de arrendamiento de caja de seguridad, se infieren dos criterios que vertebran su régimen de aplicación. En primer término, el contrato queda configurado de acuerdo a un ‘especial’ deber de custodia del depositario consistente en la vigilancia y seguridad de la caja, de su clausura o cierre, a cambio

de una remuneración. Dicho deber comporta, a su vez, un específico régimen de responsabilidad agravado conforme a lo dispuesto en el art. 1769 C.C., párrafo segundo; de forma que el depositario responde, de forma objetivada, ante el incumplimiento mismo de la prestación, esto es, del quebrantamiento de la clausura o cierre de la caja, salvo caso fortuito o fuerza mayor.

En segundo término, el carácter secreto que justifica esta modalidad de depósito incide en la determinación de los daños indemnizables, pues otorga preferencia a la declaración del depositante, salvo prueba en contrario: tal y como dispone el párrafo tercero del art. 1769 del Código Civil pues, en principio, solo el depositante conoce el valor de las cosas objeto de depósito. Esta presunción no queda desvirtuada por el hecho de que la entidad de crédito se reserve la facultad de comprobación del contenido de la caja, a los solos efectos de su licitud con arreglo a la normativa aplicable.

En el presente caso, dichos criterios resultan de aplicación. Por una parte, respecto del deber de custodia, la entidad bancaria no solo no ha probado la existencia de caso fortuito o de fuerza mayor, sino que se ha constatado el claro incumplimiento de la prestación comprometida. Por otra parte, la declaración del depositante sobre el contenido y el valor de los bienes y derechos depositados ha venido acompañada de un principio de prueba reconocido por la sentencia recurrida, sin que el depositario haya presentado prueba en contrario²⁴.

El Tribunal Supremo sostiene, en síntesis, que el art. 1769 del *Código Civil*, que aplica por analogía a los contratos de cajas de seguridad, otorga preferencia a la declaración del depositante sobre la existencia y valor de los efectos depositados, salvo prueba en contrario. Considera que, en el litigio concreto, el depositante ha aportado un principio de prueba que no ha sido rebatido por el depositario (banco).

En Argentina sobre la base del art. 1415 del *Código Civil y Comercial*, que permite la prueba del contenido de la caja de seguridad por cualquier medio, se ha dicho que dada la hipótesis de que la caja de seguridad sea violada y se sustraigan los bienes allí guardados, es precisa la verificación del contenido y, sucesivamente, la determinación de su valor. De tal modo, dice Eduardo Barber, que le queda al cliente acreditar la existencia misma de los bienes depositados en la caja, asignándoles un valor. El tema constituye una cuestión central para que las controversias que se derivan del siniestro no se vean agravadas por pretensiones resarcitorias antojadizas. Ahora bien, si se exigiera al peti-

²⁴ TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA (2018).

cionante del resarcimiento por violación de una caja de seguridad una prueba rigurosa e inequívoca sobre la veracidad del contenido que dice haberse sustraído, recaería sobre el invocante del hecho una carga dificultosa, dada la falta de exteriorización de los objetos ingresados en ese lugar. Por ende, continúa el mismo autor, siendo la prueba directa impracticable, el *Código Procesal* admite que la prueba del contenido puede hacerse por cualquier medio, y la doctrina ya ha sostenido que puede recurrirse a la prueba de presunciones, que es un medio expresamente admitido en la ley ritual (art. 163, inciso 5.º). Al respecto, si bien sería, en principio, carga del accionante acreditar el daño (art. 377 y su doctrina), corresponde señalar que la circunstancia de encontrarse la caja en la esfera de custodia del banco y no en la del actor, unida a que la privacidad de la caja impone no llevar registro de lo allí depositado, relativizan dicha carga. En el caso de los daños derivados del siniestro ocurrido en el marco de un contrato de caja de seguridad, una previsión como la del art. 1415 relativa a “cualquier medio de prueba” facilita la formación de un proceso lógico de convicción. Así, no cabe descartar cualquier medio de prueba—incluida la testimonial—. Lo señalado, sin embargo, no significa que el actor no deba invocar y probar de modo suficiente la “fuente” de los bienes ingresados en la caja; probada la preexistencia de los bienes, la cuestión a dilucidar se facilitará notablemente, pues quedará reducida a formar o no convicción en el juez de que dichos bienes ingresaron en el cofre violado. Esta secuencia, concluye Eduardo Barbier, es rigurosamente lógica y coherente con la fórmula del art. 1415, dado que nadie puede probar que le ha asignado un destino a ciertos bienes (en el caso, su guarda) sin antes haberlos poseído²⁵.

V. TÉRMINO DEL CONTRATO

Dado que se han calificado las cajas de seguridad, por las razones dichas, como un arrendamiento de servicio corresponde, en consecuencia, aplicar el art. 1950 del *Código Civil* en cuanto a que el arrendamiento de cosas expira de los mismos modos que los otros contratos, y especialmente por las causales que dicha norma indica. En la práctica, este servicio de cajas de seguridad terminará, principalmente, por el vencimiento del plazo o, bien, por el no pago del precio pactados.

Gustavo Plott agrega que una caja de seguridad puede ser clausurada por el banco sea por fallecimiento de su arrendatario como también a causa de una orden judicial en ese sentido. En el primer caso, debe permanecer cerrada

²⁵ BARBIER (2015) pp. 290-293.

hasta que concurren los herederos con un notario para confeccionar un inventario de todo su contenido, a fin de incorporarlo en la posesión efectiva, Si se guardan en ella cosas que no son de propiedad del arrendatario, pueden producirse problemas para el verdadero dueño de ellas, cuando se levante el inventario, en el sentido de que deberá demostrar que tales cosas le pertenecen a él y no a la persona que arrendaba la caja. En el caso de una orden judicial de clausura, lo más probable es que cuando el juez ordene abrirla deberá hacerse en su presencia o ante un notario público, que tomará nota del contenido²⁶.

El *Código Civil y Comercial* de Argentina regula la expiración del contrato de cajas de seguridad, señalando que vencido el plazo o resuelto el contrato por falta de pago o por cualquier otra causa convencionalmente prevista, el prestador (banco) debe dar a la otra parte aviso fehaciente del vencimiento operado, con el apercibimiento de proceder, pasados treinta días del aviso, a la apertura forzada de la caja ante escribano público. En su caso, el prestador debe notificar al usuario la realización de la apertura forzada de la caja poniendo a su disposición su contenido, previo pago de lo adeudado, por el plazo de tres meses; vencido dicho plazo y no habiéndose presentado el usuario, puede cobrar el precio impago de los fondos hallados en la caja. En su defecto, puede proceder a la venta de los efectos necesarios para cubrir lo adeudado, dando aviso al usuario. El producido de la venta se aplica al pago de lo adeudado. Los bienes remanentes deben ser consignados judicialmente por alguna de las vías previstas en el *Código* (art. 1417).

CONCLUSIONES

El contrato de cajas de seguridad es uno de arrendamiento, porque en él se dan los dos elementos de la esencia del arrendamiento de servicio, esto es, la prestación de un servicio y un precio por dicho servicio; no es depósito, pues en la legislación chilena existe norma expresa que dispone que el depósito propiamente dicho es gratuito y si se estipula remuneración por la simple custodia de una cosa degenera en arrendamiento de servicio. Por otra parte, la afirmación de que en el arrendamiento no existe un deber de custodia de parte del arrendador, no es del todo correcta, pues sí es obligado a mantener la cosa en el estado de servir para el fin a que ha sido arrendada; en el caso que se examina, a mantener la caja en condiciones tales que no pueda sufrir un robo o hurto; en otros términos, el banco se obliga a su conservación y vigilancia.

El banco tiene una obligación de resultado frente al usuario, ya que se compromete al cumplimiento de un determinado objetivo, asegurando a este úl-

²⁶ PLOTT (2005) p. 160.

timo el logro de la consecuencia o resultado tenido en miras al contratar, cuál es la conservación íntegra de las cosas introducidas en ellas.

Se trata de un caso de responsabilidad contractual objetiva, puesto que existe un vínculo contractual entre las partes y solo se atiende al daño causado (pérdida de las cosas guardadas) prescindiendo del elemento subjetivo o culpa de parte del deudor, el banco en este caso, el que solo puede liberarse de responsabilidad probando fuerza mayor o caso fortuito.

El banco no puede exonerarse de responsabilidad en caso de hurto o robo, pues ellos, a su respecto, no son constitutivo de caso fortuito por no concurrir el requisito de la imprevisibilidad y, además, la finalidad esencial del contrato es, precisamente, la conservación segura de las cosas guardadas en ellas. Lo contrario implicaría privar de resarcimiento al cliente por deficiencias que afectan la utilidad o finalidad esencial del producto o servicio y tolerar un desequilibrio contractual importante en los derechos y obligaciones que para las partes se derivan del contrato.

Finalmente, es el usuario quien, frente a la pérdida de las cosas guardadas, tiene el peso de probar la existencia, dominio y cuantía de ellas, pudiendo valerse para ello de todos los medios de prueba sin restricción de la prueba testimonial.

BIBLIOGRAFÍA

- AEDO BARRENA, Cristian (2013): “La responsabilidad por custodia: ¿responsabilidad estricta o por culpa?”, en Mondaca Miranda, Alexis y Aedo Barrena, Cristian (coords.), *Nuevos horizontes del derecho privado* (Santiago: Librotecnia).
- AEDO BARRENA, Cristian (2014): “El problema del concepto de la culpa en la lex Aquilia: una mirada funcional”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. 27, n.º 1: pp. 27-57. Disponible en www.scielo.cl/pdf/revider/v27n1/art02.pdf [fecha de consulta: 22 de abril de 2024].
- AEDO BARRENA, Cristian (2018): *Culpa aquiliana. Una conjunción de aspectos históricos y dogmáticos* (Santiago: Thomson Reuters).
- BARAONA GONZÁLEZ, Jorge (1997): “Responsabilidad contractual y factores de imputación de daños: apuntes para una relectura en clave objetiva”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 24, n.º 1: pp. 151-177. Disponible en <https://repositorio.uc.cl/handle/11534/14752> [fecha de consulta: 22 de abril de 2024].
- BARBIER, Eduardo (2015): “Servicio de caja de seguridad”, en Lorenzetti, R. Luis (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado*, tomo VII (Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni).
- BRANTT ZUMARÁN, María Graciela (2011): “El caso fortuito: concepto y función como límite de la responsabilidad contractual”, *Cuadernos de Análisis Jurídico*, vol. VII:

- pp. 47-82. Disponible en <https://fundacionfueyo.udp.cl/wp-content/uploads/2018/06/Cuadernos-7.pdf> [fecha de consulta: 22 de abril de 2024].
- BRANTT ZUMARÁN, María Graciela (2012). “La prueba del cumplimiento imperfecto en las obligaciones de medios y de resultado”, en Elorriaga De Bonis, Fabián (coord.), *Estudios de derecho civil*, vol. VII (Santiago: Legal Publishing).
- GARRIGUES, Joaquín (1987): *Curso de derecho mercantil* (Bogotá: Temis).
- GIRALDI, Pedro (1963): *Introducción al estudio de los contratos bancarios* (Buenos Aires: Abeledo-Parrot).
- GONZÁLEZ CASTILLO, Joel (2011): “Las cláusulas limitativas, agravantes o exonerativas de responsabilidad en materia contractual. Validez y límites”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 38, n.º 1: pp. 89-100. Disponible en <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rchilder/v38n1/art05.pdf> [fecha de consulta: 23 de abril de 2024].
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (1997): “La responsabilidad objetiva por custodia en el derecho romano y en el derecho moderno con una referencia especial a la regla *periculum est emptoris*”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 24 n.º 1: pp. 179-199. Disponible en <https://repositorio.uc.cl/handle/11534/14753> [fecha de consulta: 23 de abril de 2024].
- LETÉLIER CIBIÉ, Pablo (2017): “La conveniencia de restringir las consecuencias de la distinción entre obligaciones de medios y resultado sobre la función y prueba de la culpa del deudor”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, vol. 29, pp: 137-164. Disponible en <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rchdp/n29/0718-0233-rchdp-29-0137.pdf> [fecha de consulta: 23 de abril de 2024].
- MACCORMACK, Geoffrey (1983): “Juristic use of the term *dolus*: Contract”, *ZSS*, vol. 100, pp: 520-532.
- MACCORMACK, Geoffrey (1994): “*Dolus*, *Culpa* and *Diligentia*. Criteria of liability or content of obligations?”, *Index: International survey of Roman law*, vol. 22, pp: 189-210.
- PIZARRO WILSON, Carlos (2011): “El control de las cláusulas exclusivas y limitativas de responsabilidad. Algunas pistas para su régimen legal”, en Figueroa Yáñez, Gonzalo *et al.* (coords.), *Estudios de derecho civil*, vol. VI (Santiago: Legal Publishing).
- PLOTT WERNEKINCK, Gustavo (2005): *Manual de operaciones y servicios bancarios* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile).
- VIDAL OLIVARES, Álvaro (2010): “Incumplimiento y atribución de responsabilidad en las obligaciones de medio y resultado (a propósito de una sentencia de la Corte Suprema N° ingreso 1.771-2008)”, en Departamento de Derecho Privado Universidad de Concepción (coord.), *Estudios de derecho civil*, vol. V (Santiago: Legal Publishing).

Jurisprudencia

TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA (2018): Begindoce S.L. con Banca Pueyo S.A., sentencia 96/2018, 26 de febrero de 2018. Disponible en www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=8305905&links=&optimize=20180302&publicinterface=true [fecha de consulta: 23 de abril de 2024].

MULTAS IMPUESTAS
EN UN CONTRATO DE CONCESIÓN:
LA EVENTUAL PESADILLA DE SU PAGO
EN TREINTA DÍAS SIGUIENTES
A SU NOTIFICACIÓN

PENALTIES IMPOSED
IN A CONCESSION CONTRACT:
THE EVENTUAL NIGHTMARE OF PAYMENT
WITHIN THIRTY DAYS FOLLOWING
NOTIFICATION

*David Navea Moya**

RESUMEN: Este trabajo pretende demostrar la descoordinación que existe entre el régimen actual de imposición de multas dispuesto por la Ley de Concesiones de Obras Públicas y la intensidad sancionatoria demostrada por la autoridad administrativa en los últimos años. Lo anterior, puede terminar provocando la asfixia contractual y financiera de la sociedad concesionaria respectiva. Luego y teniendo en cuenta la naturaleza jurídica de las multas y el debido proceso, se proponen algunas soluciones.

PALABRAS CLAVE: contrato de concesión, pago de multas, efectos, intensidad sancionatoria, posibles soluciones.

* Abogado. Licenciado en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Magíster en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, mención Derecho Regulatorio. Profesor de Derecho Procesal Civil de la Universidad del Desarrollo. Asociado senior en MOMAG Abogados. Correo electrónico: d.navea@udd.cl o dnavea@momag.cl

Este trabajo refleja las consideraciones del autor y no necesariamente el punto de vista de las instituciones en las cuales se desempeña actualmente o en el futuro.

El autor agradece la colaboración y comentarios de Valentina Zelada Retamal, licenciada en Derecho, Universidad del Desarrollo. Correo electrónico vzeladar@udd.cl

ABSTRACT: This paper aims to demonstrate the lack of coordination between the current penalty imposition regime established by the Public Works Concessions Law and the punitive intensity demonstrated by the administrative authority in recent years. This could ultimately lead to the contractual and financial suffocation of the respective concessionaire company. Then, taking into account the legal nature of the penalties and due process of law, some possible solutions are proposed.

KEYWORDS: Concession contract, penalty payment, effects, punitive intensity, possible solutions.

I. ANTECEDENTES GENERALES.

UN CASO EN CONCRETO COMO PUNTO DE PARTIDA

Con fecha 26 de diciembre de 2022, la sociedad concesionaria Ruta del Algarrobo S.A. interpuso ante la Corte de Apelaciones de Santiago una reclamación judicial en la cual solicitó que se dejaran sin efecto dos resoluciones exentas dictadas por la Dirección General de Concesiones (DGC) del Ministerio de Obras Públicas (MOP) a propósito de la explotación de la obra pública fiscal denominada Concesión Ruta 5 Norte. Tramo: La Serena-Vallenar¹.

En concreto, mediante las resoluciones exentas DGC n.ºs 3822 y 3841, de 1 de diciembre y 5 de diciembre, ambas de 2022, el órgano administrativo impuso a la titular del contrato de concesión, un total de treinta y dos multas de cien unidades tributarias mensuales (UTM) cada una, es decir, 3 200 UTM, equivalentes al mes de mayo del año 2024 a \$ 209 417 600². Dichas resoluciones fueron notificadas el 7 de diciembre de 2022.

En su reclamación, la sociedad concesionaria indicó que las multas habían sido impuestas por el retraso en la reparación de los elementos del sistema de citófonos de emergencia (conocidos como postes SOS) y la reposición del sistema de contención de vehículos³. En síntesis, manifestó que las resolucio-

¹ Véase causa rol contencioso administrativo-681-2022, seguida ante la Corte de Apelaciones de Santiago.

² UTM al mes de mayo de 2024: \$65 443. Véase www.bcentral.cl/inicio [fecha de consulta: 10 de mayo de 2024].

³ En conformidad con las bases de licitación aplicables en la especie, existen plazos de días para la reparación de los postes SOS o la reposición del sistema de contención de vehículos una vez detectado un daño a los mismos. Las bases de licitación pueden ubicarse en <https://concesiones.mop.gob.cl/proyectos/Paginas/detalleExplotacion.aspx?item=37> [fecha de consulta: 10 de mayo de 2024].

nes exentas fueron dictadas con infracción de un debido proceso y de las normas de las bases de licitación que regulan el procedimiento de imposición de multas⁴, atendido que el inspector fiscal de explotación propuso originalmente a la DGC la aplicación de dos multas de 100 UTM, cada una por los conceptos señalados⁵, “rectificando”, luego, su criterio sin comunicárselo a la sociedad concesionaria, indicando a la DGC que debían imponerse treinta y dos multas de 100 UTM cada una⁶. Por último, la propuesta de sanción más gravosa la impuesta.

Fundándose medularmente en los antecedentes señalados, la sociedad concesionaria solicitó en el primer otrosí de su reclamación y en conformidad con el art. 36 ter de la Ley de Concesiones de Obras Públicas (LCOP⁷), la sus-

Así, para el caso de los postes SOS, el art. 2.4.4. de dichas bases de licitación dispone: “En caso de producirse la falla de este tipo de elementos, la Sociedad Concesionaria tendrá un plazo de 10 días para efectuar su reparación, contado desde el momento de detección de la falla y/o la comunicación por parte de la Inspección Fiscal”. Por su parte, para el caso de sistema de contención de vehículo, el art. 2.4.3.7. dispone: “En caso de daño en sistemas de contención de vehículos, la Sociedad Concesionaria deberá efectuar la reposición del elemento en un plazo no superior a 5 días, contado desde el momento de detección de la falla y/o la comunicación por parte de la Inspección Fiscal. Se entenderá por defensa con daños, si presenta elementos que se encuentren deformaciones laterales”.

⁴ En todo caso, la sociedad concesionaria también alegó la configuración de un caso fortuito o fuerza mayor que no fue considerado al dictarse las resoluciones sancionatorias, como es la existencia del COVID-19 y sus efectos connaturales en la falta de personal y materiales para cumplir dentro de plazo con las obligaciones de reposición o reparación.

⁵ Las bases de licitación aplicables en la especie disponen en su art. 1.8.11., sobre tipos de infracciones, multas y sanciones que: “El incumplimiento o infracción, por parte del Concesionario, de cualquiera de las obligaciones del Contrato de Concesión, será causal de sanciones y multas” y que: “En caso de incumplimiento de las obligaciones de la Sociedad Concesionaria, el Inspector Fiscal notificará a la misma de la infracción detectada y propondrá su aplicación, si es el caso, al Director General de Obras Públicas, de las multas que se estipulan”.

La referencia al director general de Obras Públicas debe entenderse hecha actualmente al director general de Concesiones o a la Dirección General de Concesiones, conforme dispone la letra m) del art. 1° de la Ley n.° 21044 en relación con lo dispuesto en el art. 2.° de la misma ley.

⁶ En este sentido, la sociedad concesionaria señaló: “En el caso de los Postes SOS, se pasó de una multa de 100 UTM por detectarse 2 hallazgos sin subsanar, a 6 multas de 100 UTM por 6 días de atraso en el cumplimiento del plazo establecido en el artículo 2.4.4 de las BALI. Mientras que en las barreras de contención se pasó de una multa de 100 UTM por detectarse 7 hallazgos pendientes, a 26 multas de 100 UTM correspondientes a 26 días de atraso en el cumplimiento de los plazos establecidos en el artículo 2.4.3.7 de las BALI”, reclamo, p. 17, numeral 30.

El cambio de criterio se explica porque el inspector fiscal de explotación consideró que la imposición de multa debía atender a la cantidad de días de atraso verificados para la reposición o reparación de los postes SOS o sistema de contención, 100 UTM por cada día. Ello, a diferencia de su criterio original, donde impuso 100 UTM por cada hallazgo.

⁷ Cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el decreto supremo n.° 900, véase MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS (1996a).

pensión de los efectos de las resoluciones sancionatorias reclamadas, esto es, la suspensión de la obligación de pago de las multas.

Sobre esta última cuestión, la reclamante hizo presente al tribunal que, en conformidad con el art. 1.8.11.1. de las bases de licitación aplicables en la especie, las multas impuestas por la DGC debían ser pagadas

“dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha de su notificación por escrito. Si el Concesionario no diere cumplimiento a la sanción impuesta, dentro del plazo fijado, el MOP hará efectivas las garantías, sin perjuicio de las demás acciones que procedan”⁸.

De no mediar la suspensión de los efectos de las resoluciones reclamadas, la sociedad concesionaria debía pagar las multas el día 6 de enero de 2023, esto es, once días corridos después de interpuesto el reclamo ante la magistratura, perjudicándola patrimonialmente, incluso, antes de que el tribunal competente se pronuncie con autoridad de cosa juzgada sobre la juridicidad y pertinencia de las multas impuestas.

La Corte de Apelaciones de Santiago confirmó traslado al órgano administrativo de la reclamación y de la solicitud de suspensión mediante resolución de 30 de diciembre de 2022, la cual fue notificada mediante receptor judicial con fecha 10 de enero de 2023 (después de la fecha límite para el pago de las multas)⁹.

Con fecha 13 de enero de 2023, el Consejo de Defensa del Estado (CDE), en representación del órgano reclamado, evacuó el traslado conferido respec-

El art. 36 ter de este cuerpo normativo dispone: “El concesionario sólo podrá solicitar la suspensión de los efectos del acto administrativo reclamado ante la Comisión Arbitral desde que se encuentre constituida de conformidad con el artículo 36 bis, o ante la Corte de Apelaciones de Santiago, en su caso.

Dicha solicitud se tramitará con audiencia del Ministerio y para decretarla deberán existir motivos graves y calificados, debiendo acompañarse comprobantes que constituyan a lo menos presunción grave del derecho que se reclama.

Sin perjuicio de lo anterior, la Comisión Arbitral no podrá, en caso alguno, autorizar o disponer la paralización de la construcción de las obras o de la prestación del servicio por un plazo superior a sesenta días, sea directamente o mediante la suspensión de los efectos de un acto del Ministerio de Obras Públicas, a menos que existiere acuerdo entre las partes en cuanto a mantener dicha paralización”.

⁸ Reclamación, p. 27.

⁹ La misma resolución de 30 de diciembre de 2022 ordenó que la solicitud de suspensión fuera notificada por receptor judicial, a costa del solicitante. Consta en el expediente que se intentó notificar al órgano administrativo reclamado con fecha 6 de enero de 2023, diligencia que no pudo llevarse a cabo según el atestado receptorial: “debido a que una persona adulta, de ese domicilio, quien dijo ser guardia del edificio y llamarse Pedro, me informó que ya se habían retirado y que la oficina de partes se encontraba cerrada”.

to de la solicitud de suspensión de los efectos de las resoluciones sancionatorias¹⁰. En su presentación, la defensa fiscal inició señalando que la solicitud de suspensión perdió oportunidad, pues la “regla general” es que las multas deben ser pagadas dentro del plazo de treinta días siguientes a su notificación en conformidad a lo dispuesto por el art. 48 n.º 2 del reglamento de la LCOP (norma que no había citado la sociedad reclamante)¹¹. Agregó la defensa fiscal que en el caso de que la multa fuese dejada sin efecto, se restituiría la suma pagada, debidamente reajustada, teniendo en consideración que el “Fisco a diferencia de los particulares no presenta riesgo de insolvencia”¹².

La defensa fiscal confirmó que el plazo para pagar las multas vencía el 6 de enero de 2023 y, atendido que estas no fueron pagadas, se generó para el MOP la obligación de hacer efectivo el cobro de las boletas de garantía respectivas. En otros términos:

“aún en el evento improbable de que la Iltma. Corte llegase a decretar la suspensión solicitada por la Concesionaria, ello no modifica el hecho de que el plazo para pagar las multas por parte de la Concesionaria se encuentra actualmente vencido, generándose la obligación del MOP de hacer efectivas las garantías del contrato, así, la única forma de detener el mencionado cobro de las garantías es mediante el pago de las multas”¹³.

Agregó, también, el órgano reclamado, que el art. 36 ter de la LCOP contempla los mismos requisitos dispuestos por los arts. 279 y 298 del *Código de Procedimiento Civil* (CPC), esto es, aquellos necesarios para conceder una “medida precautoria”¹⁴. Sobre este particular, el CDE sostuvo que no podía concederse la medida de suspensión, pues no existían motivos graves ni calificados y tampoco comprobantes que constituyan a lo menos presunción grave del derecho que se reclama.

¹⁰ En cuanto al fondo del asunto, la reclamación fue contestada con fecha 19 de enero de 2023. En síntesis, la defensa fiscal sostuvo que la Corte de Apelaciones de Santiago no era competente para conocer de la reclamación deducida, sino que la comisión arbitral del contrato de concesión, pues ella ya había conocido previamente de otras reclamaciones de la sociedad concesionaria, no pudiendo cambiar el foro seleccionado. Agregó que, en todo caso, la reclamante no ha probado que cumplió con sus obligaciones de mantención de la ruta concesionada, las que incumplió. Con todo, este artículo no tiene por finalidad analizar el mérito de cada multa impuesta ni la procedencia sustantiva del reclamo deducido.

¹¹ El reglamento de la LCOP fue aprobado por decreto supremo n.º 956, véase MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS (1997).

¹² Presentación del CDE p. 2.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ *Ibid.* En rigor, debido a la alusión que se realiza al art. 279 del CPC, la denominación correcta sería una medida prejudicial precautoria.

Sin perjuicio de lo anterior, la defensa fiscal incluyó otros argumentos buscando el rechazo de la medida de suspensión. Entre ellos, que, de acogerse la medida:

- i) significaría satisfacer de forma anticipada la pretensión deducida y
- ii) se fomentaría una excesiva litigiosidad de las multas cursadas en los contratos de concesión, privándolas de su función disciplinaria de la conducta.
- iii) sin perjuicio de lo anterior, la sociedad concesionaria mantendría una situación financiera estable que le permitiría asumir el pago de la deuda¹⁵.

Amayorabundamiento, la defensa fiscal consideró la inclusión de diversas resoluciones dictadas por comisiones arbitrales en las cuales se rechazaban solicitudes efectuadas en conformidad con el art. 36 ter de la LCOP. Si bien algunas de dichas resoluciones no son analizables atendido su escaso tenor, otras indican que la medida de suspensión debe ser rechazada porque la sola imposición de una multa no constituye peligro de daño jurídico o porque el riesgo de insolvencia de la sociedad concesionaria no justifica paralizar una obligación legal y reglamentaria, como es el pago de las multas.

No obstante, la cantidad de argumentos esgrimidos por ambas partes, la Corte de Apelaciones de Santiago resolvió acoger la solicitud efectuada por la sociedad reclamante con fecha 23 de enero de 2023, fundando crípticamente su decisión del siguiente modo:

“atendido lo dispuesto en el artículo 36 ter del Decreto 900 de 1996 del Ministerio de Obras Públicas, por considerar que concurren motivos graves fundados mediante comprobantes acompañados al proceso, que constituyen a lo menos presunción grave del derecho que se reclama, se concede la orden de no innovar solicitada”¹⁶.

Acto seguido, con fecha 27 de enero de 2023, la defensa fiscal interpuso un recurso de reposición en contra de la referida resolución. Motivó su impugnación en la evidente falta de fundamento de la resolución recurrida y, en todo caso, insistió en que la situación patrimonial de la sociedad concesionaria era “estable”¹⁷, acompañando nuevos antecedentes para acreditar este punto.

¹⁵ Cabe hacer presente que los argumentos incluidos en el cuerpo de esta presentación fueron ordenados de un modo diverso en el escrito de la defensa fiscal; ordenándose de un modo diferente para mejor entendimiento del lector.

¹⁶ Se desconocen las razones por las cuales la resolución en análisis se refiere a la medida solicitada como una “orden de no innovar”, sin perjuicio de la cercanía natural que podría tener esta institución con la suspensión requerida y sus fundamentos.

¹⁷ Presentación CDE p. 6.

Dicho recurso tampoco fue objeto de análisis por parte de la Corte de Apelaciones, quien lo rechazó con fecha 1 de febrero de 2023, resolviendo que “atendido el mérito de lo expuesto por el recurrente, no logrando lo señalado hacer variar lo ya resuelto, se rechaza la reposición solicitada”¹⁸.

II. ALGUNOS PUNTOS EN DISCUSIÓN RESPECTO

DE LOS ANTECEDENTES GENERALES Y EL CASO EN CONCRETO

No es difícil advertir que los antecedentes del caso permiten un amplio análisis del régimen de imposición, pago e impugnación de multas en el marco de un contrato de concesión¹⁹.

En primer lugar, es discutible que la medida de suspensión dispuesta por el art. 36 ter de la LCOP sea asimilable en sus requisitos a una medida prejudicial precautoria de aquellas dispuestas por el CPC. Lo anterior, debido a que la solicitud se efectúa una vez comenzado el proceso y no antes, aunque corresponderá reconocer que los requisitos contenidos en el art. 36 ter de la LCOP son similares a los ordenados para el caso de las medidas judiciales precautorias, esto es, la existencia de motivos graves y calificados (art. 279 del CPC), debiendo acompañarse comprobantes que constituyan, a lo menos, presunción grave del derecho que se reclama (art. 298 del CPC).

También cabe considerar que en la *Historia de la Ley* n.º 20.410, que modificó la LCOP²⁰, se propuso expresamente la suspensión de los efectos de las resoluciones que imponen multas como una “medida prejudicial precautoria”; sin embargo, esta indicación fue retirada por sus autores (sin que consten los fundamentos de esta decisión)²¹.

¹⁸ Una vez verificadas las incidencias respectivas y en línea con los fundamentos de fondo de la defensa fiscal, ya enunciados, la Corte Suprema resolvió declarar: “que es competente para seguir conociendo de estos antecedentes a la Comisión Arbitral ‘Concesión Ruta 5 Norte Tramo La Serena-Vallenar’, debiendo la Corte de Apelaciones de Santiago dictar la resolución que en derecho corresponda y remitir los antecedentes a la referida Comisión”. CORTE SUPREMA (2023) rol n.º 65021-2023, Sociedad Concesionaria Ruta del Algarrobo S.A. con Sánchez.

Producto de lo anterior, la medida de suspensión quedó bajo la competencia de la comisión arbitral competente, cuyo proceso no puede consultarse por terceros. Por ende, se desconoce si la medida fue alzada o se mantiene hasta esta fecha.

¹⁹ Los puntos que enseguida se indican tienen relación con los argumentos esgrimidos a propósito de la solicitud efectuada en conformidad con el art. 36 ter de la LCOP; resulta igualmente interesante la “rectificación” de criterio que realizó el inspector fiscal de explotación desde el punto de vista del debido proceso, aunque ello es una cuestión que atañe al fondo del asunto. Del mismo modo, convendría analizar el mérito de la competencia radicada en la comisión arbitral.

²⁰ Volveremos sobre esta ley más adelante.

²¹ *Historia de la Ley* n.º 20.410 pp. 86, 100, 124, 200, 317: “La indicación número 40, de los Honorables Senadores señores Kuschel y Romero, para intercalar, después del inciso noveno, el

En segundo orden de ideas, resulta menos pacífico que la concesión de la medida sea igual a la satisfacción anticipada de la acción deducida. Sobre el particular, corresponde recordar que el objeto de cualquier medida precautoria –como podría ser considerada la dispuesta por el art. 36 ter de la LCOP– es “asegurar el resultado de la acción” (art. 290 del CPC), es decir, evitar “que se burle la acción del demandante”²². Diferente es la tutela anticipada, a través de la cual el tribunal competente accede *ab initio* a lo solicitado en la demanda, en este sentido, la doctrina enseña que “en la anticipación se accede al objeto del proceso preventivamente”²³.

En el caso en estudio, el objetivo de la pretensión es dejar sin efecto las resoluciones sancionatorias reclamadas, lo que implica expulsarlas del ordenamiento jurídico atendidas a su ilegalidad, mientras que, a través de la medida de suspensión, únicamente se suspende uno de sus efectos, como es el pago de la multa, manteniendo su existencia dentro del ordenamiento jurídico y sus demás consecuencias, como puede ser la determinación de una “reincidencia” en caso de aplicarse otra multa (pues la resolución sancionatoria fue dictada y la multa cursada, mas no pagada).

Como tercera cuestión, no nos parece claro que la solicitud de suspensión de los efectos de la resolución sancionatoria será inmediatamente concedida. De hecho, en el caso descrito se acompañaron por la defensa fiscal diversas sentencias que rechazaban medidas similares. Por ende, no se advierten –*prima facie*– incentivos para recurrir en contra de las resoluciones sancionatorias siempre y a todo evento, aumentando de manera injustificada la litigiosidad en torno a las mismas.

Finalmente, no nos parece que la capacidad crediticia de la sociedad concesionaria incumbente sea motivo suficiente para rechazar la medida de suspensión requerida. Primero, porque escapa a lo dispuesto por el art. 36 ter de la LCOP, que, en apretada síntesis, exige la existencia de cierta plausibilidad en el reclamo efectuado. Segundo, porque permitir que este criterio sea considerado para estos efectos, implicaría el rechazo de prácticamente todas las medidas de suspensión, pues lo común será que la sociedad concesionaria goce de una situación económica estable o tenga mecanismos o herramientas finan-

siguiente, nuevo: ‘Sin embargo, en caso de multas aplicadas por el Ministerio de Obras Públicas, el concesionario podrá prescindir de la etapa de conciliación y solicitar de inmediato que la Comisión se transforme en Tribunal Arbitral o acudir ante la Corte de Apelaciones de Santiago. En ambos casos podrá pedir al Tribunal que decrete, como medida prejudicial precautoria, la suspensión de los efectos de la multa, sin necesidad de rendir la fianza a que se refiere el artículo siguiente’. La Comisión no se pronunció respecto de esta indicación, que fue retirada por sus autores, como consta en el Segundo Informe de la Comisión de Obras Públicas”.

²² Mensaje del Código de Procedimiento Civil.

²³ ROMERO (2014) p. 64.

cieras que permitan responder en estos eventos (cuya utilización, en todo caso, tampoco es inocua).

III. SOBRE EL PAGO DENTRO DE LOS TREINTA DÍAS SIGUIENTES

DESDE NOTIFICADA LA MULTA.

INTENSIDAD SANCIONATORIA DE LA AUTORIDAD Y POSIBILIDAD

DE ASFIXIAR CONTRACTUAL Y FINANCIERAMENTE

A LA SOCIEDAD CONCESIONARIA

En lo sucesivo, centraremos el análisis en la obligación de pago de las multas impuestas en un plazo de treinta días siguientes a su notificación, so pena de proceder al cobro de las garantías asociadas al contrato de concesión.

En primer lugar, cabe destacar que dicha obligación de pago a treinta días se encuentra presente en el contrato de concesión materia de este artículo y también está invariablemente recogida en el mercado de los contratos de concesión. Ciertamente no podría ser de otra manera, pues el artículo 48 n.º 2 del reglamento de la LCOP igualmente dispone que las multas deberán ser pagadas dentro de los 30 días siguientes a la fecha de su notificación por escrito, bajo apercibimiento de hacerse efectivas las garantías del contrato en caso de no satisfacerse el pago. Por supuesto, las bases de licitación no pueden contrariar el bloque de legalidad, al cual pertenece la LCOP y el reglamento.

El artículo 33 del reglamento de la LCOP ratifica que el no pago de las multas gatilla el cobro de las garantías respectivas. Es más, la misma norma obliga a la reconstitución de la garantía en el plazo de 15 días contados desde la fecha en que se hizo efectiva²⁴. Por supuesto, esta actividad no es inocua desde un punto de vista comercial y financiero, reflejándose muy probablemente en la evaluación comercial y financiera de la sociedad (procesos de auditoría), y es que la boleta de garantía supone un activo inmovilizado y una obligación financiera con costos²⁵.

²⁴ En efecto, el reglamento de la LCOP dispone en su art. 33, en lo relevante, lo siguiente: "Garantías del Contrato. 1.- La sociedad concesionaria deberá constituir las garantías de construcción y de explotación en los plazos establecidos en las bases de licitación [...]. 2.- El MOP podrá hacer efectivas, total o parcialmente, dichas garantías en los casos de incumplimiento del contrato y, en particular, en los siguientes: [...] b) Incumplimiento de las sanciones o multas impuestas durante la concesión. 3.- En el caso que el MOP hiciera efectiva alguna garantía, ésta deberá reconstituirse o complementarse, según proceda, en el plazo de 15 días a contar de la fecha en que se hizo efectiva".

Esta norma no ha sido objeto de modificación y se mantiene en iguales términos hasta esta fecha.

²⁵ Parte de la doctrina sostiene que la ejecución de la garantía no permite tener por pagada la multa. Por ende, esta debe ser igualmente satisfecha y, en caso contrario, se volverá a ejecutar la garantía reconstituida. RUFÍAN (2018) p. 100.

También debe tenerse presente que, en la mayoría de los contratos de concesión vigentes, conforme a sus bases de licitación, no constituir o reconstituir las garantías del contrato es una circunstancia o incumplimiento grave, lo que representa una causal de extinción o término anticipado del contrato conforme al art. 79 del reglamento y 27 de la LCOP²⁶.

El análisis de este derrotero nos parece interesante (pago a treinta días, cobro de las garantías, eventual incumplimiento grave como causal de extinción de la concesión) Primero, porque, de hecho, sí ha ocurrido²⁷. Segundo, ya que los antecedentes puestos a disposición por la DGC indican que –al menos– desde el año 2009 a la fecha se ha producido una tendencia paulatina al alza en la cantidad de resoluciones sancionatorias dictadas para la imposición de multas, así como altos registros en la cantidad de multas²⁸, y la cuantía total de las multas impuestas en un año. Lo anterior, se muestra a continuación²⁹:

²⁶ Por ejemplo, las bases de licitación de la sociedad concesionaria Ruta del Algarrobo, disponen en su art. 1.11.2.3. que procede la extinción de la concesión por incumplimiento grave de las obligaciones impuestas a la empresa, como es la “No constitución o no reconstitución de las garantías en los plazos previstos en las presentes Bases de Licitación”.

Cabe tener presente que el art. 79 del reglamento de la LCOP y 28 de la LCOP disponen herramientas para el caso que el MOP constatare un incumplimiento grave de las obligaciones del concesionario, evitando, de ser posible, la extinción.

²⁷ El contrato de concesión “Vial Rutas del Loa”, fue declarado extinto el año 2015 debido al incumplimiento grave de las obligaciones de la sociedad concesionaria, particularmente, por la no constitución o reconstitución de las garantías del contrato. MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS (2016) p. 51.

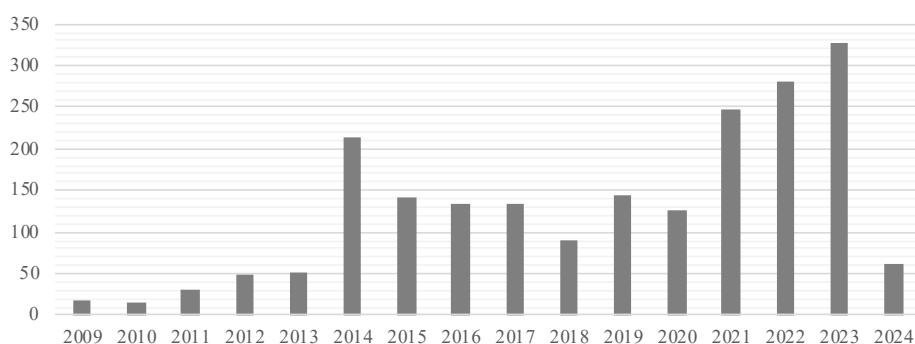
²⁸ Debe considerarse que cada resolución sancionatoria puede imponer una o más multas.

²⁹ Para consultar el registro de sanciones de la DGC desde el año 2009 a julio de 2018, véase http://transparencia.dgop.cl/ccop/marco/terceros_index_Sanciones.html# [fecha de consulta: 10 de mayo de 2024]. Para consultar el registro de sanciones de la DGC desde el año 2018 y hasta lo que corre del año 2024: (i) ingresar a <https://concesiones.mop.gob.cl/Paginas/default.aspx> [fecha de consulta: 10 de mayo de 2024]; (ii) presionar el *banner* “Transparencia Activa, Ley de Transparencia”; (iii) presionar el *banner* “Transparencia Activa”; (iv) seleccionar dentro del título “07. Actos y resoluciones con efecto sobre terceras personas” la opción “Actos y resoluciones sobre terceros”; (v) en el menú emergente, usted debe seleccionar la opción “sanciones” y, por último, (vi) seleccione año de consulta.

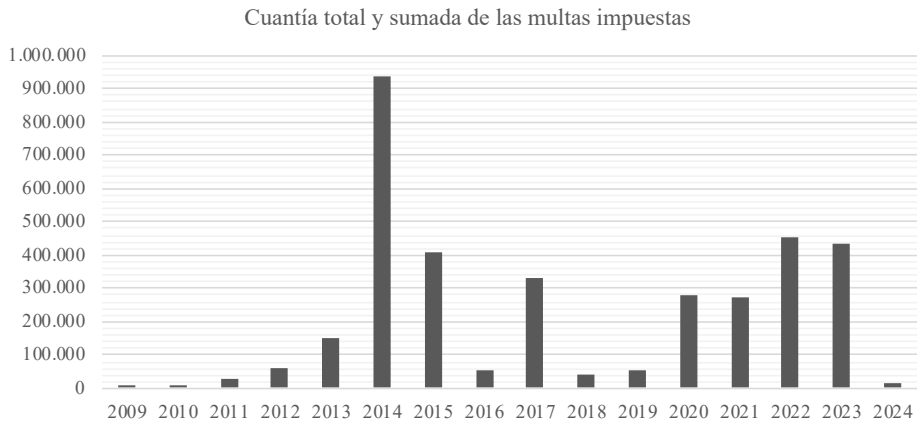
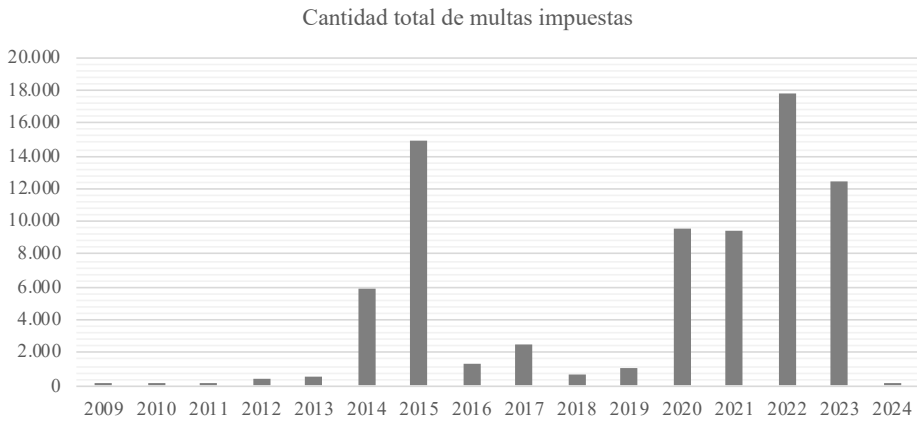
Cabe destacar que los datos que se insertan enseguida son extremadamente similares a los publicados por la DGC en sus informes trimestrales y cuentas públicas. Véase <https://concesiones.mop.gob.cl/publicaciones/Paginas/default.aspx> [fecha de consulta: 10 de mayo de 2024]. Sobre este particular, la DGC solo mantiene a disposición los informes trimestrales o cuentas públicas desde el año 2017 a la fecha. Ello se explica porque la DGC es un servicio público creado por la Ley n.º 21044, que en esta materia documental reemplazó a la Coordinación de Concesiones de Obras Públicas, cuyos registros no fue posible obtener (salvo los del año 2017, que están disponibles al público). Si bien la autoridad tiene una muestra de algunas cifras y estadísticas obtenidas entre los años 1997 a 2015, ellas son genéricas y no permiten un análisis detallado de las mismas en relación con el tema de este artículo. MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS (2016) pp. 70-74.

Año	Número de resoluciones que imponen multas dictadas en un año	Cantidad total de multas impuestas en un año	Cuantía total y sumada de las multas impuestas en un año (UTM)
2009	18	27	3,700
2010	16	69	4,540
2011	30	148	27,206
2012	48	446	58,928
2013	52	569	149,729
2014	213	5,924	934,190
2015	141	14,905	407,709
2016	134	1,326	53,950
2017	135	2,540	328,622
2018	90	743	43,375
2019	144	1,080	56,490
2020	126	9,580	280,932
2021	247	9,475	274,309
2022	280	17,758	453,798
2023	326	12,396	435,532
2024	61	180	17,877

N.º de resoluciones que imponen multas



Con todo, los registros obtenidos de las fuentes indicadas en primer lugar no coinciden con los informes de la DGC para el año 2014. Ello, se explicaría por la existencia en las primeras de la resolución exenta n.º 1680, de 14 de mayo de 2014, la cual impuso 551 multas de 450 UTM cada una por un total de 247 950 UTM. Sin embargo, ella no se ve reflejada en los informes de la DGC. Se consultó vía solicitud de transparencia si la mencionada resolución fue dejada sin efecto, no obteniéndose respuesta hasta la fecha de entrega de este artículo.

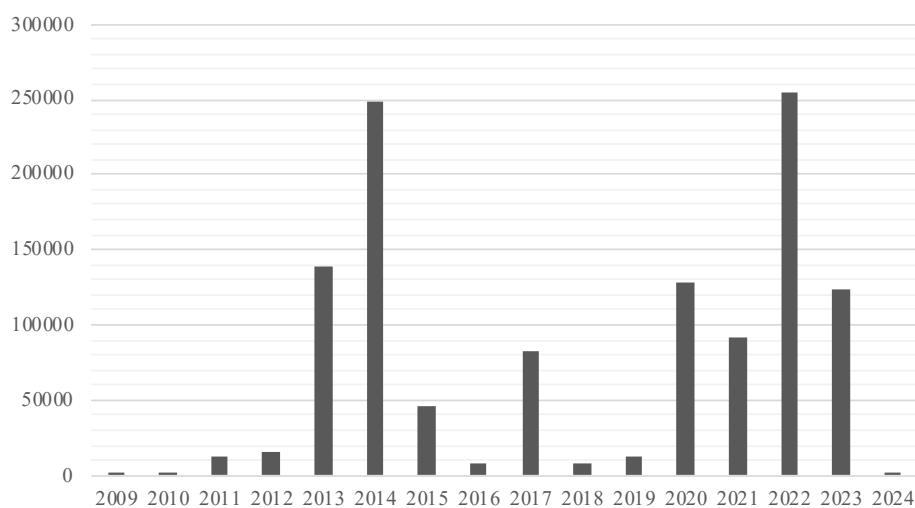


También se puede observar una tendencia similar en cuanto a la gravedad de la multa más alta impuesta, que ha ido in crescendo esporádica, pero sostenidamente:

Año	Resolución que impone la multa más gravosa	Cantidad de multas impuestas en la resolución	UTM c/multa	Total UTM resolución más gravosa
2009	n.º 4326-2009	3	150 c/u	450
2010	n.º 2253-2010	9	200 c/u	1 800
2011	n.º 18-2011	37	350 c/u	12 950
2012	n.º 2566-2012	36	450 c/u	16 200
2013	n.º 3037-2013	308	450 c/u	139 050
2014	n.º 1680-2014	551	450	247 950
2015	n.º 1698-2015	4641	10 c/u	46 410

2016	n.º 501-2016	40	200 c/u	8 000
2017	n.º 1726-2017	184	450 c/u	82 800
2018	n.º 712-2018	18	450 c/u	8 100
2019	n.º 1557-2019	59	200 c/u	11 800
2020	n.º 2322-2020	261	490 c/u	127 890
2021	n.º 3284-2021	4 548	20 c/u	90 960
2022	n.º 2741-2022	12 760	20 c/u	255 200
2023	n.º 4249-2023	6 146	20 c/u	122 920
2024	n.º 458-2024	24	100 c/u	2 400

Total UTM resolución más gravosa



La variabilidad anterior puede tener explicación en diversos factores como: el reconocido ánimo de expansión del sistema nacional de concesiones que conlleva un espectro más amplio de contratos susceptibles de provocar la imposición de multas, la renovación de contratos de concesión vigentes, las políticas sancionatorias del gobierno de turno y el agravamiento de los criterios sancionatorios por parte de las autoridades (como ocurrió en el caso analizado más atrás), entre otros tantos que escapan a este artículo.

Al margen de lo anterior, el asunto radica en que proceder al pago de una o más multas el año 2009 tiene un impacto económico notoriamente diferente al pago de una multa o más multas el año 2023. Por ejemplo, la multa más gravosa el año 2009 fue impuesta en septiembre de ese año por 150 UTM, esto es, a esa fecha, \$5 496 750, mientras que el año 2023, en el mes de diciembre,

se alcanzó las 122 920 UTM, esto es, \$7 893 430 720³⁰. Por muy “estable” que se encuentren las finanzas de la sociedad concesionaria respectiva, es notorio que la imposición de miles de millones de pesos en multas afecta su situación económico-financiera.

No deja de llamar la atención la alta cuantía de las multas que están siendo impuestas en el mercado de concesiones, que en ocasiones escapan a una finalidad preventiva o correctiva de la conducta o al interés público comprometido, volviéndose extremadamente gravosas³¹. Por ende, solo parecen tener una justificación persecutoria o quizá representan una herramienta de la autoridad para amedrentar a la concesionaria incumbente, alcanzando cuanto antes un acuerdo por una suma menor, pero igualmente elevada.

Puestas así las cosas, se observa una tensión permanente en el régimen o procedimiento de pago de las multas impuestas en el contexto de un contrato de concesión. Ello viene dado por el escaso tiempo de treinta días con el que cuenta la sociedad concesionaria para efectuar el pago de la multa con independencia de la cuantía que esta puede alcanzar, so pena de incurrir en sanciones adicionales, como el cobro de garantías, que luego debe reconstituir en breve plazo de quince días o, en caso contrario, podría exponerse a una conducta regularmente catalogada como incumplimiento grave, que podría determinar el término anticipado del contrato de concesión.

Esta situación puede contribuir a un rompimiento del principio del equilibrio económico financiero del contrato³² o una asfixia contractual y económica de la sociedad concesionaria incumbente, considerando, además, las dificultades connaturales para obtener una orden suspensión de los efectos de la resolución sancionatoria que impone la multa (es decir, del pago) en conformidad al art. 36 ter de la LCOP antes del plazo de treinta días dispuesto para el pago.

Ciertamente habría que analizar cada caso en específico para conocer si las sociedades concesionarias terminaron pagando la multa dentro de plazo

³⁰ El valor en pesos de la UTM al mes de septiembre del año 2009 era de \$ 36 645, mientras que en diciembre del año 2023 era de \$ 64 216. Véase www.bcentral.cl/inicio, sección “UTM” [fecha de consulta: 26 de abril de 2024].

³¹ La finalidad de la multa “es preventiva y no retributiva [...] Las sanciones establecidas en los contratos de concesión carecen de la finalidad indemnizatoria del incumplimiento de sus obligaciones por parte del contratista y no guardan relación con la magnitud de los daños sufridos por la administración a consecuencia del incumplimiento sino más bien con el interés público protegido con la norma que se infringió”. RUFÍAN (2018) p. 104.

³² Se ha dicho que “el principio del equilibrio económico financiero es una regla fundamental en todo contrato administrativo y su aplicación cobra especial interés y relevancia en los contratos de concesiones de obras públicas que se desarrollan a largo plazo y donde la ecuación debe mantenerse durante toda su extensión, tendiendo a su restablecimiento en los casos que se haya producido una alteración significativa del mismo”. FIGUEROA e ILLANES (2018) p. 43.

o, en su caso, el MOP ejecutó la garantía, exigió su reconstitución o solicitó el término anticipado del contrato de concesión. Lo más probable es que, en la práctica y sin perjuicio de algún caso gravísimo, la misma autoridad advierta el desmérito de este derrotero y no persiga la ejecución de la boleta de garantía, deteniendo de este modo las etapas siguientes.

Con todo, un registro sancionatorio elevado, probablemente repercutirá en las eventuales ofertas de las siguientes sociedades interesadas en titularizarla concesión respectiva, traspasando a su oferta esa circunstancia, cuestión que repercute en la tarifa final del usuario.

IV. SOBRE EL ORIGEN HISTÓRICO DEL RÉGIMEN DE PAGO DE LAS MULTAS A TREINTA DÍAS Y SUS EFECTOS ASOCIADOS EN CASO DE INCUMPLIMIENTO

Visto lo anterior, es interesante conocer cuál es el origen histórico de la actual regulación en materia de pago de las multas impuestas en el marco de un contrato de concesión, pues aquella no parece adecuada a la intensidad sancionatoria vigente. Enseguida se demostrará que la regulación vigente es un resabio de una normativa pensada para la realidad de hace cuatro décadas, la que no ha sido objeto de modificaciones sustanciales en este punto.

1. *Primer estadio temporal:*

Notas sobre la regulación contemplada desde 1983-1991

El decreto con fuerza de ley n.º 591, del MOP, publicado en el *Diario Oficial* el 3 de febrero de 1983³³, es considerado por parte de la doctrina como el origen histórico del régimen actual de concesiones de nuestro país³⁴. En dicho cuerpo legal se establecieron treinta y seis artículos que en su conjunto componían las normas de carácter general relativas a la ejecución, reparación y mantención de obras públicas fiscales a las que se refería a esa data la Ley n.º 15840, que aprobaba la organización y funciones del mismo Ministerio.

El DFLMOP n.º 591 ordenaba su contenido en diferentes capítulos, dentro de los cuales pueden ubicarse sus disposiciones generales (capítulo I), de las actuaciones preparatorias (capítulo II), de las licitaciones (capítulo III), de la adquisición, expropiación y limitaciones de la propiedad privada (capítulo IV) y de las facultades de la Administración (capítulo V), entre otros.

³³ Las fechas de las publicaciones en el *Diario Oficial de la República de Chile* se han incluido en el texto apropiado, para ayudar al lector a seguir el curso histórico de análisis.

³⁴ RAMÍREZ (2019) p. 40.

El art. 18 del capítulo V, normaba:

“Tanto en la fase de construcción como en la explotación, el Ministerio de Obras Públicas podrá imponer al concesionario que no cumpla sus obligaciones, las multas previstas en las bases de licitación”.

Ratificaba lo anterior lo dispuesto en los arts. 28 y 29 del capítulo VIII sobre la inspección y vigilancia de la Administración. El primero disponía:

“En conformidad con lo dispuesto en el artículo anterior, la Dirección que corresponda estará facultada para: 1.- Imponer al concesionario las multas que las bases administrativas establezcan”.

El DFL MOP n.º 591 contaba con un reglamento, ordenado por el decreto n.º 217, del MOP, de 1983, que dispuso un plazo para el pago de las multas^{35,36}. En efecto, el art. 45 del referido reglamento señalaba:

“Plazo para el pago de multas. Las multas o sanciones que se apliquen por el MOP deberán ser abonadas por el concesionario en el plazo de un mes contado desde su aplicación. En caso de que el concesionario no diere cumplimiento a la sanción impuesta en el plazo fijado, el MOP podrá hacer efectivas las garantías constituidas por aquél, sin perjuicio de las demás acciones que fueren procedentes”.

Nótese que la norma en cuestión no aludía a la “notificación” de la multa, sino a su aplicación. Estos hitos no necesariamente coinciden. Asimismo, indicaba que el plazo para el pago era de “un mes”, término que variaba según la época del año en que se impusiera la multa, teniendo presente lo dispuesto por el art. 48 y siguientes del *Código Civil*. Por último, el cobro de la garantía en caso de ausencia de pago de la multa era facultativo.

Ahora bien, conforme con el art. 52 del mismo reglamento³⁷, en caso de procederse al cobro de las garantías por el no pago de las multas, aquellas de-

³⁵ El inciso primero del art. 1.º de dicho reglamento dispuso: “Campo de aplicación. El presente Reglamento formará parte integrante de todos los ‘Contratos de Concesión’ a que se refiere la Ley N° 15.840 y sus modificaciones, en sus artículos pertinentes”. El reglamento del DFL MOP n.º 591 también indicaba que las bases de licitación debían contemplar las “multas y sanciones establecidas por incumplimiento del contrato, tanto durante la fase de construcción como en la explotación”, véase MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS (1983a) art. 7 letra p.

³⁶ El reglamento del DFL MOP n.º 591, no fue objeto de modificaciones hasta que se derogó mediante el art. 70 del decreto n.º 240, del MOP, de 1991, que aprobó el reglamento del DFL MOP n.º 164.

³⁷ Dicha norma disponía: “Extinción por incumplimiento. El incumplimiento grave de las obligaciones impuestas al concesionario, extinguirá la concesión. Sin perjuicio de otras causales establecidas en las Bases de la licitación, se considerarán, en todo caso, como incumplimiento grave de las obligaciones del contrato: [...] e) No constitución de las garantías en los plazos y condi-

bían ser completadas por la sociedad concesionaria en el plazo de un mes contado desde la resolución que las haya hecho efectivas o, en caso contrario, se configuraría una causal de incumplimiento grave del contrato de concesión que extinguiría la misma.

Conviene destacar también que el capítulo x del DFL MOP n.º 591, sobre indemnizaciones, contemplaba en su art. 36 la existencia de una comisión conciliadora, quien conocería de las sanciones que pudieran imponerse al concesionario, previa reclamación que debía ser interpuesta en un plazo de treinta días contados desde la fecha del hecho que la motivara³⁸, sin perjuicio de la posibilidad del concesionario de acudir a la Contraloría General de la República o los tribunales ordinarios de justicia en cualquier momento, según correspondía.

En consecuencia, en un primer estadio temporal y en caso de imposición de una multa, la sociedad concesionaria podía optar por efectuar el pago o ejercer judicial la reclamación ante la comisión conciliadora, ya sea en un mes o treinta días contados desde su aplicación³⁹. Resguardada quedaba la posibilidad de acudir al ente contralor o los tribunales ordinarios de justicia, si así se estimase.

Cabe advertir que no existían normas en que expresamente se regulara la suspensión de los efectos del acto mediante el cual se impusiera la multa, sin embargo, es razonable pensar que, ante la comisión conciliadora o los tribuna-

ciones estipuladas, o no completadas cuando se hayan hecho efectivas, en el plazo de un mes, contado desde la resolución que las haya hecho efectivas parcialmente”.

³⁸ Dicha norma disponía: “Las controversias que, con motivo de la interpretación o aplicación del contrato, se generen, entre el Ministerio de Obras Públicas y el concesionario, podrán elevarse a conocimiento de una comisión conciliadora que estará integrada por el Subdirector Nacional de ODEPLAN, que la presidirá, por el Fiscal Nacional Económico y por un abogado de la lista de integrantes de la Corte de Apelaciones de Santiago que será designado por el Ministro de Justicia, sin perjuicio de las atribuciones del Poder Judicial y de la Contraloría General de la República.

Esta comisión conocerá, con el mismo carácter, de las sanciones que se impongan al concesionario de acuerdo con el artículo 29º y de toda otra reclamación a que pueda dar lugar la ejecución del contrato como los casos de alteraciones graves de las condiciones en que fue establecida.

Las reclamaciones deberán presentarse a la comisión dentro del plazo de treinta días, contados desde la fecha del hecho que la motiva.

La comisión fijará sus normas de procedimientos y buscará la conciliación de las partes, para lo cual podrá hacer recomendaciones y proposiciones de arreglo.

Las partes podrán recurrir ante la Contraloría General de la República o ante los Tribunales Ordinarios de Justicia en cualquier momento, según corresponda”.

³⁹ Por supuesto que la sociedad concesionaria podía optar por pagar la multa e igualmente reclamar de ella ante la comisión conciliadora, aunque lo esperable en la mayoría de los casos es que opte por una vía, sea reclamando o pagando.

les ordinarios de justicia, se pudieran haber presentado medidas cautelares innominadas con esa finalidad, conforme al régimen común del CPC⁴⁰. Atendido el plazo dispuesto para el pago, dicha suspensión debía ser obtenida antes de un mes contado desde la aplicación de la multa o, en caso contrario, el MOP podía (facultativamente), hacer efectivas las garantías del contrato o ejercer las demás acciones que estimara pertinente.

El DFL MOP n.º 591 fue modificado por la Ley n.º 19068, publicada en el *Diario Oficial* con fecha 13 de julio de 1991. Entre otras cosas, dicha ley

- i) modificó el art. 29 precitado, obligando al MOP a obtener el pronunciamiento favorable de la comisión conciliadora en caso imponer una multa al concesionario (cualquiera que fuere su cuantía, cuestión que nos resulta por supuesto exagerada)⁴¹ y
- ii) reemplazó el art. 36 precitado, por una nueva versión, aunque sin afectar el plazo de interposición de la reclamación, que se mantuvo en “treinta días, contado desde la fecha del hecho que la motive”.

Ahora bien, la doctrina confirma que el régimen normativo en análisis no fue aplicado durante toda su vigencia. Por ende, no existieron contratos de concesión ni tampoco imposición de multas a sociedades concesionarias. Ello, impide conocer el modo en que se habría aplicado en la práctica y también las eventuales dificultades que pudieran haberse verificado, como aquella relacionada con la ausencia de un régimen expreso de suspensión de los efectos de las resoluciones que impusieran las multas mientras se discutiera su mérito.

2. Segundo estadio temporal:

Notas sobre la regulación contemplada desde 1991-1996

El régimen anterior fue reemplazado con la promulgación del decreto con fuerza de ley n.º 164, del MOP, publicado en el *Diario Oficial* con fecha 4 de septiembre de 1991⁴². En este cuerpo normativo también se consideraron diferentes capítulos que tenían por finalidad regular el régimen del contrato de

⁴⁰ Las comisiones conciliadoras podían fijar sus propias normas de procedimiento. Si bien no fue posible obtener registros de estas bases del procedimiento, es probable que ellas fueran similares a las que se suelen establecer en la actualidad, que regularmente aluden al CPC como norma aplicable en subsidio.

⁴¹ La nueva versión de la norma disponía: “En conformidad con lo dispuesto en el artículo anterior, la Dirección correspondiente, previo pronunciamiento favorable de la Comisión Conciliadora a que se refiere el artículo 36°, estará facultada para: 1.- Imponer al concesionario las multas que las bases administrativas establezcan [...]”.

⁴² Este último cuerpo normativo fue dictado en cumplimiento del art. 2.º de la Ley n.º 19068 y fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del DFL MOP n.º 591 véase MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS (1991a) y MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS (1991b).

concesión y, en lo referente a la aplicación de multas, se estableció de un modo similar al dispuesto por el DFL MOP n.º 591⁴³.

Debido a que el MOP continuaba necesitando la autorización de la comisión conciliadora para imponer multas, cuestión que retrasaba considerablemente el régimen de imposición de sanciones, la regulación fue modificada en este asunto por la Ley n.º 19252, publicada en el *Diario Oficial* con fecha 20 de octubre de 1993. Al efecto, el legislador tuvo presente:

“El Ejecutivo, a través de sus indicaciones, y como una forma de agilizar la administración del contrato, propone que el pronunciamiento previo favorable de la Comisión Conciliadora sólo proceda respecto de las multas de un monto igual o superior a 500 unidades tributarias mensuales”⁴⁴.

La modificación afectó a los arts. 28 y 29 vigentes e implicó que el MOP solo podía imponer sanciones y multas por montos inferiores a 500 UTM. En caso de que las sanciones y multas fueran iguales o superiores a 500 UTM, debía solicitarse el pronunciamiento favorable de la comisión conciliadora. Sobre esta modificación, se ha sostenido:

“La norma tenía una lógica. Siendo la multa muy alta, y teniendo la administración el privilegio de ejecutividad de los actos administrativos incluso cuando existen recursos pendientes, se aseguraba que las multas demasiado altas se pagaran solamente cuando fueran definitivas”⁴⁵.

En la misma línea, se ha señalado que el límite tenía por finalidad evitar que la sanción “excediera a favor del Estado, mediante multas que pudieran resultar onerosas para la sociedad concesionaria”⁴⁶.

Luego, en el ámbito reglamentario, el art. 50 del decreto MOP n.º 240, de 1991⁴⁷, dispuso:

“Las multas o sanciones aplicadas por el MOP deberán ser pagadas por el concesionario dentro de los treinta días siguientes a la fecha de envío de su notificación por carta certificada. Si el concesionario no diere cumplimiento a la sanción impuesta, dentro del plazo fijado, el MOP podrá hacer efectivas las garantías, sin perjuicio de las demás acciones que procedan”.

⁴³ Véanse arts. 18, 28 y 29 en MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS (1991a).

⁴⁴ *Historia de la Ley* n.º 19252, p. 14.

⁴⁵ RUFÍAN (2018) p. 108.

⁴⁶ RAMÍREZ (2019) p. 156.

⁴⁷ El reglamento del DFL MOP N° 164, no fue objeto de modificaciones hasta que se derogó mediante el art. 1.º transitorio del actual reglamento de la LCOP.

Como se puede advertir, en este asunto se produjeron dos cambios respecto a la regulación del reglamento anterior asociado al DFL MOP n.º 591, mejorándolo en cierto grado. Primero, el plazo para el pago no era de un mes, sino que de certeros treinta días⁴⁸. Segundo, dicho plazo se computaba desde la notificación de la multa por carta certificada y no desde su imposición.

Fue en este contexto normativo en que se verificó la primera concesión relacionada con la construcción del túnel El Melón, que fue adjudicada el año 1993⁴⁹. Esta concesión será la primera –en consecuencia– que determina bases de licitación en algún grado similares a aquellas que puedan encontrarse en la actualidad⁵⁰.

Estas bases de licitación detallaron diferentes hipótesis de incumplimiento por parte de la sociedad concesionaria que ameritarían la imposición de multas⁵¹. Además, determinaron en su título I.70 el plazo para proceder al pago de estas, reproduciendo prácticamente el mismo tenor dispuesto por el art. 50 del reglamento (ya citado).

Las bases de licitación únicamente agregaron que, en caso de hacerse efectivas las garantías:

“el concesionario queda obligado a constituir una nueva garantía o completarla en un máximo de quince días a contar de la fecha en que se hizo efectiva”.

En todo caso, esta añadidura se correspondía con lo dispuesto en los arts. 39 y 57 letra e) del reglamento vigente a esa época. El primero señalaba: “el concesionario queda obligado a constituir una nueva garantía o a completarla, según corresponda, en el plazo que determinen las Bases”. El segundo consideraba incumplimiento grave y causal de extinción de la concesión la “no constitución o reconstitución de las garantías en los plazos y condiciones estipuladas, cuando se hayan exigido o hecho efectivas”.

Ahora bien, en caso de considerarse improcedente la sanción el concesionario podía acudir ante la comisión conciliadora en aplicación del art. 35 del DFL MOP n.º 164⁵². La reclamación debía ser presentada en el plazo de treinta días contados desde la fecha del hecho que la motivara, es decir, desde la no-

⁴⁸ Entendemos que el plazo es de días corridos atendido que la norma alude a los días “siguientes”. Ello, en atención a lo dispuesto en el art. 48 del *Código Civil*.

⁴⁹ MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS (2016) p. 6.

⁵⁰ Véase <https://concesiones.mop.gob.cl/PROYECTOS/Paginas/default.aspx> [fecha de consulta: 10 de mayo de 2024].

⁵¹ Véase, por ejemplo, título II. 9. sobre multas y sanciones, que contempla diversas multas a aplicarse por eventos ocurridos durante la etapa de construcción o explotación.

⁵² Este art. 35 del DFL MOP n.º 164, en su versión original, era similar al art. 36 del DFL MOP n.º 591.

tificación de la multa por carta certificada⁵³. Igualmente, se consideraba que la competencia de esta comisión conciliadora era sin perjuicio de las atribuciones del Poder Judicial y de la Contraloría General de la República⁵⁴.

Es decir, a esa época, dentro del plazo de treinta días siguientes desde la notificación por carta certificada de la imposición de la multa, la sociedad concesionaria podía pagarla o reclamar de ella ante la comisión conciliadora o el tribunal competente del Poder Judicial, solicitando en estos dos últimos casos la suspensión del pago mientras pende el asunto en conformidad con las normas generales dispuestas por el CPC, debido a que no existía una norma especial destinada a regular esta solicitud.

En otros términos, en este segundo estadio temporal, el régimen dispuesto por el DFL MOP n.º 591 en cuanto al procedimiento de pago de la multa se mantuvo prácticamente sin alteraciones, salvo pequeñas mejoras, como puede ser la notificación de la sanción por carta certificada para el inicio del cómputo del plazo de treinta días.

Sin perjuicio de ello, menester es destacar que el referido art. 35 del DFL MOP n.º 164 fue modificado por la Ley n.º 19460, publicada en el *Diario Oficial* con fecha 13 de julio de 1996. Entre otras cosas, esta modificación:

- i) eliminó el plazo de treinta días para someter a conocimiento de la comisión conciliadora la imposición de una multa;
- ii) estipuló que la comisión conciliadora tendría un plazo de treinta días para conseguir la conciliación entre las partes y, si esta no se produce, el reclamante podría solicitar –en un plazo de cinco días– que la misma comisión conciliadora se convirtiera en un tribunal arbitral o recurrir ante la Corte de Apelaciones de Santiago y
- iii) permitió que se suspendieran los efectos de la resolución reclamada, como aquella que impone una multa, primera regulación expresa sobre este asunto.

Según se lee de la historia de la ley, la medida de suspensión fue propuesta originalmente a todo evento, en tanto: “toda reclamación ante la Comisión Conciliadora suspenderá los efectos de la resolución del Ministerio a la que se refiera”. No obstante, ello fue descartado, pues habría complicado los instrumentos del MOP para garantizar la fluidez del tráfico, la prestación del servicio o la construcción de la obra⁵⁵. En consecuencia, se acordó que la medida de

⁵³ Esto responde a una interpretación armónica de lo descrito. Una interpretación menos favorable habría implicado que el plazo de reclamación se contaba desde dictada la resolución que impone la multa, incluso antes de su notificación, siguiendo un criterio similar al del primer estadio temporal.

⁵⁴ Nótese que la referencia ahora era a la competencia del Poder Judicial, alusión más amplia que la regulación anterior, que mencionaba solo a los tribunales ordinarios de justicia.

⁵⁵ *Historia de la Ley n.º 19460*, pp. 341-342.

suspensión debía ser solicitada por el reclamante y podría ser concedida por la comisión conciliadora, consagrándose en la norma que:

“Planteada la reclamación ante la Comisión, y a solicitud del reclamante, ella podrá decretar la suspensión de los efectos de la resolución del Ministerio a la que dicha reclamación se refiera”⁵⁶.

3. Tercer estadio temporal:

Notas sobre la regulación contemplada desde 1996 a la fecha

Con fecha 18 de diciembre de 1996, se publicó en el *Diario Oficial* el decreto supremo MOP n.º 900 o LCOP, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del DFL MOP n.º 164. En el ámbito legal y en lo que interesa a este artículo, la versión original de la LCOP no varió la normativa dispuesta en la última versión del DFL MOP n.º 164 en cuanto a la facultad de la autoridad para imponer multas y las condiciones para ello⁵⁷.

El reglamento de la LCOP, en su título VII, sí contempló una regulación algo más extensa en lo que refiere a las sanciones y multas que podían imponerse al concesionario respectivo⁵⁸. En cuanto al procedimiento de pago, el art. 48 del reglamento dispuso, en lo que importa:

⁵⁶ Es más, dicha suspensión se mantendría en caso de que la comisión conciliadora conociera del asunto en calidad de tribunal arbitral, conforme con la nueva versión del inciso quinto del 35 del DFL MOP n.º 164, una vez modificado por la Ley n.º 19460.

⁵⁷ Véanse arts. 18, 29 y 30 de la LCOP en su versión original.

⁵⁸ Así, el título VII del reglamento consideró dos artículos (47 y 48), que detallaban en algún grado las materias relacionadas a las sanciones y multas. Dichos artículos disponían:

“Artículo 47º.- Infracciones y Sanciones.

- 1.- El incumplimiento o infracción, por parte del concesionario, de cualquiera de las obligaciones del contrato de concesión, será causal de sanciones y multas.
- 2.- El concesionario no estará exento de responsabilidad ni aun en los casos en que los incumplimientos sean consecuencia de contratos que celebre con terceras personas.

Artículo 48º.- Procedimiento y Pago de las Multas.

- 1.- Cuando el concesionario no cumpla sus obligaciones o incurra en alguna de las infracciones establecidas en las bases de licitación, el inspector fiscal propondrá al Director respectivo la multa que corresponda. Una vez aprobada ésta, el inspector fiscal notificará por escrito al concesionario de:
 - a) Tipo de infracción en que ha incurrido;
 - b) Características de la infracción, tales como el número de días de incumplimiento de la obligación a la fecha de la notificación, u otros elementos señalados en las bases de licitación;
 - c) Monto de la multa [...].”

El resto del art. 48 se inserta en el texto principal. Esta norma no ha sido objeto de modificación y se mantiene en iguales términos hasta esta fecha.

“2.- Las multas o sanciones aplicadas por el MOP deberán ser pagadas por el concesionario dentro de los 30 días siguientes a la fecha de su notificación por escrito. Si el concesionario no diere cumplimiento a la sanción impuesta, dentro del plazo fijado, el MOP hará efectivas las garantías, sin perjuicio de las demás acciones que procedan.

3.- La expresión notificación por escrito, comprende entre otras, anotaciones en el libro de obras, carta certificada, telegrama, o cualquier otro medio que permita dejar constancia fehaciente de la notificación”.

Es decir, el plazo para el pago de las multas se mantuvo en treinta días, aunque se amplió el modo en que debían entenderse notificadas las mismas. Por otro lado, en caso de no pagarse la multa, el MOP estaba obligado a gestionar el cobro de las garantías del contrato de concesión (ya no es facultativo).

Luego, en el evento de no pagarse la multa y hacerse efectiva la garantía, el art. 33 del reglamento, previamente citado, ordenó la reconstitución de esta última en el plazo de quince días a contar de la fecha en que se hizo efectiva. En caso contrario, las bases de licitación consideraron la configuración de una causal de incumplimiento grave⁵⁹, circunstancia que representa una causal de extinción anticipada del contrato conforme al art. 79 del reglamento y 27 de la LCOP⁶⁰.

En cuanto al proceso de reclamación de la multa, la versión original de la LCOP tampoco varió respecto de la regulación que la antecedía del DFL MOP n.º 164⁶¹. En consecuencia, una vez notificada la multa de los diferentes modos contemplados por el reglamento (ya no solo por carta certificada), el concesionario podía someterla a conocimiento de la comisión conciliadora, la que debía intentar conseguir una conciliación en treinta días y, en caso

⁵⁹ Como se puede advertir, en el segundo estadio temporal el reglamento obligaba a la reconstitución de las garantías que se hubieran hecho efectivas, siendo las bases de licitación las que dispusieron un plazo de quince días para ello. En el tercer estadio temporal, el reglamento ordenó la reconstitución de la garantía en el plazo de quince días, mientras las bases de licitación indicaban que no efectuar esta operación era considerado un incumplimiento grave y causal de termino anticipado del contrato de concesión.

⁶⁰ Al margen del caso citado más atrás sobre la concesión “Vial Rutas del Loa”, no hemos encontrado otros en que se produzca la extinción de la concesión por las razones anotadas. Es probable que las multas en muchos casos no se paguen dentro de plazo, siendo reclamadas por vía judicial. Asimismo, también es probable que la autoridad no cobre las garantías respectivas, incumpliendo su obligación legal. Ello, por considerar esta conducta contraproducente a sus intereses en orden a mantener la concesión vigente, resultándole más gravoso perseguir la terminación anticipada del contrato y ordenar los procesos subsiguientes.

⁶¹ Véase art. 36 de la LCOP. En todo caso, en el ámbito reglamentario, se reguló un título destinado a regular la competencia, composición, constitución y modo de intervención de la comisión conciliadora, todo lo cual no afectaba lo dispuesto a escala legal en cuanto al plazo para reclamar o la posibilidad de suspender la multa impuesta, previa solicitud del reclamante.

contrario, el reclamante podría solicitar la constitución del tribunal arbitral o reclamar ante la Corte de Apelaciones de Santiago (en ambos casos, en cinco días desde frustrada la etapa de conciliación).

La Ley n.º 20410, publicada en el *Diario Oficial* el 20 de enero de 2010, modificó en varios puntos la normativa dispuesta por la LCOP. El mensaje presidencial que presentó el proyecto de ley aseguró, entre otras cosas, que el objetivo de este era “perfeccionar el mecanismo de resolución de controversias y dotar al Estado de herramientas más eficientes para resguardar el interés fiscal”⁶².

La Ley en comento

- i) eliminó el límite máximo de 500 UTM a título de multa que podía imponer el MOP a la sociedad concesionaria respectiva; en otros términos, el MOP podía imponer multas de cualquier cuantía sin necesidad de autorización previa⁶³;
- ii) instauró un nuevo sistema de resolución de conflictos, colocando a disposición del concesionario respectivo la posibilidad de acceder a un panel técnico, a una comisión arbitral o a la Corte de Apelaciones de Santiago⁶⁴;
- iii) En lo que responde a los plazos para reclamar de las resoluciones sancionatorias del MOP que impusieran multas, habrá que distinguir: de acudir a la comisión arbitral, el plazo sería de ciento veinte días contados desde notificada la multa, mientras que, en caso de acudir ante la Corte de Apelaciones, el plazo sería de quince días hábiles^{65, 66}.

⁶² En esa línea, en lo que interesa a este artículo, se sostuvo: “En la práctica, para el Ministerio de Obras Públicas resulta muy difícil hacer cumplir las condiciones establecidas en los contratos, toda vez que en caso de incumplimientos la autoridad no puede imponer multas superiores a 500 Unidades Tributarias Mensuales, las cuales deben ser impuestas directamente por la Comisión Conciliadora. En relación con ello, se propone eliminar el tope fijado para las multas que puede imponer directamente el Ministerio de Obras Públicas, sin perjuicio de que estas puedan ser reclamadas ante la Comisión Conciliadora”. *Historia de la Ley* n.º 20410, p. 449.

⁶³ Mediante la modificación de los arts. 28, 29 y 30 de la LCOP.

⁶⁴ Mediante la sustitución del art. 36, la introducción de un art. 36 bis nuevo.

⁶⁵ Por aplicación del art. 36 bis nuevo, que en lo que importa, dispuso: “[...] el plazo para reclamar contra resoluciones del Ministerio de Obras Públicas será de un año, el que se reducirá a 120 días en el caso de resoluciones que impongan multas, plazo que en todo caso se suspenderá por la interposición de los correspondientes recursos de reposición o jerárquico, hasta su resolución [...] En caso que se optare por recurrir ante la Corte de Apelaciones, según lo dispuesto en el inciso primero de este artículo, se aplicará el procedimiento establecido en los artículos 69 a 71 de la ley N°18.840, Orgánica Constitucional del Banco Central de Chile [...]”. El art. 69 de la Ley n.º 18840, en su inciso segundo, dispone: “El plazo para interponer la reclamación será de quince días hábiles contado desde la fecha de notificación del acuerdo, reglamento, resolución, orden o instrucción que se reclama”.

⁶⁶ Nótese que el plazo para interponer la reclamación judicial se separa finalmente respecto de aquel considerado para el pago de la multa. En todo caso, el primero no afecta al segundo. De

Asimismo, la Ley n.º 20410 agregó en la LCOP un nuevo art. 36 ter, transcrito y analizado previamente, que ordenó un nuevo régimen de suspensión de los efectos del acto administrativo reclamado ante la comisión arbitral o la Corte de Apelaciones de Santiago, como puede ser aquel que imponga multas.

4. Conclusiones parciales

En suma, mientras en el capítulo III anterior se confirmó un aumento paulatino y estable de la actividad sancionatoria de la administración y del *quantum* de las multas impuestas en materia de contratos de concesión en los últimos veinte años aproximadamente, en el presente capítulo se ha confirmado que el régimen actual de pago se ha mantenido prácticamente inalterado durante las últimas cuatro décadas, particularmente en materia de plazo para el pago y sanciones en caso de no efectuarse el mismo.

Hay que reconocer que ha mejorado la regulación en cuanto al modo de notificación de la multa, los órganos competentes para conocer de la reclamación en contra de ella, plazos de interposición de dicha reclamación y la posibilidad de solicitar la suspensión de esta (en el escaso tiempo dispuesto para ello). Sin embargo, también pueden advertirse ciertos retrocesos, como es la obligación del MOP en orden a hacer efectiva las garantías del contrato en caso de no pagarse la multa o exigir su reconstitución en el breve plazo de quince días.

En apretada síntesis, todo lo señalado hasta aquí se puede mostrar del siguiente modo:

Régimen	Plazo para el pago V/S Plazo para interponer una reclamación.	Posibilidad de suspensión de los efectos de la resolución sancionatoria	Consecuencia directa en caso de no efectuarse el pago dentro de plazo	Consecuencia indirecta en caso de no efectuarse el pago dentro de plazo
DFL MOP n.º 591 (1983-1991)	Dentro de un mes contado desde la aplicación de la multa. V/S Reclamación ante la Comisión Conciliadora	No existe norma expresa sobre el particular. Posibilidad de solicitar una medida cautelar innominada conforme	El MOP podrá hacer efectivas las garantías, sin perjuicio de las demás acciones que fueren procedentes. Es facultativo.	Reconstituir o completar la garantía en el plazo de un mes desde que se hubiere hecho efectiva. En caso contrario,

este modo, de considerarse una reclamación ante la comisión arbitral, es probable que se haya superado y por mucho el plazo para el pago de la multa.

	en treinta días contados desde el hecho que la motivara, es decir, la imposición de la multa.	al régimen general (CPC).		incumplimiento grave y causal de extinción anticipada del contrato.
DFL MOP n.º 164 (1991-1996)	Dentro de treinta días siguientes a la fecha de notificación por carta certificada de la multa. V/S Reclamación ante la Comisión Conciliadora en treinta días contados desde la fecha del hecho que la motivara, es decir, desde la notificación de la multa por carta certificada. Previa modificación legal, se eliminó el plazo para interponer la reclamación.	Originalmente, no existe norma expresa sobre el particular. Posibilidad de solicitar una medida cautelar innominada conforme al régimen general (CPC). Previa modificación legal, se consideró que "Planteada la reclamación ante la Comisión, y a solicitud del reclamante, ella podrá decretar la suspensión de los efectos de la resolución del Ministerio a la que dicha reclamación se refiera".	El MOP podrá hacer efectivas las garantías, sin perjuicio de las demás acciones que fueren procedentes. Es facultativo.	Reconstituir o completar la garantía en el plazo que determinen las bases de licitación. Por ejemplo, en el caso mostrado, quince días desde que se hubiere hecho efectiva. En caso contrario, incumplimiento grave y causal de extinción anticipada del contrato.
LCOP (1996 a la fecha)	Dentro de treinta días siguientes a la fecha de su notificación por escrito, considerando diferentes formas de notificación	Originalmente, no varió la regulación del régimen anterior. Previa modificación legal, se incorporó	El MOP hará efectivas las garantías, sin perjuicio de las demás acciones que fueren procedentes. Es obligatorio.	Reconstituir o completar la garantía en el plazo de quince días desde que se hubiere hecho efectiva.

	V/S Originalmente, reclamación ante la Comi- sión Conciliado- ra, sin plazo. Previa modi- ficación legal, se permite la reclamación ante la Comi- sión Arbitral, en el plazo de 120 días contados desde notificada la multa o la reclamación ante la Corte de Apelaciones, en el plazo de 15 días contados desde notificada la multa.	el artículo 36 ter, actualmente vigente.		En caso contrario, incumplimiento grave y causal de extinción anticipada del contrato.
--	---	--	--	--

V. CONSIDERACIONES RESPECTO AL DESMERITO

DEL PAGO A TREINTA DÍAS.

NECESIDAD DE UN DEBIDO PROCESO CUALQUIERA

SEA LA NATURALEZA SUSTANTIVA DE LA MULTA IMPUESTA

La realidad demostrada en los capítulos anteriores, esto es, el desajuste entre la intensidad sancionatoria de la autoridad y la regulación sobre el pago de la multa y las consecuencias derivadas de ello, no permite un adecuado ejercicio del debido proceso de parte de una sociedad concesionaria que, eventualmente, puede verse expuesta a una sanción de alta cuantía y, en el evento de no pagarla, a una sanción tanto o más grave (como es el cobro de garantías y posterior extinción del contrato por incumplimiento grave, en los términos señalados)⁶⁷.

⁶⁷ Conviene apuntar que, antaño, la jurisprudencia ha sostenido que no puede ejecutarse una boleta de garantía si existe un proceso de reclamo sobre el mérito del supuesto de hecho que permite su cobro, como es la ausencia del pago de la multa impuesta por un supuesto incumplimiento, todo lo cual conculca las garantías constitucionales del tomador.

En ese sentido, CORTE DE APELACIONES DE PUERTO MONTT (1996) rol n.º 1343-1996, Constructora Ahlba Ltda. con Corporación Nacional Forestal (CONAF), confirmada por CORTE SUPREMA (1996) rol n.º 2009-1996, Constructora Ahlba Ltda. con Corporación Nacional Forestal

No es necesario demostrar que el breve plazo de treinta días para pagar multas que pueden ser de altísima cuantía es insuficiente, del mismo modo que lo es para obtener una suspensión judicial de la obligación de pago.

Antes de proceder al pago de la multa, es necesario otorgar a la sociedad concesionaria una posibilidad real de ejercer sus derechos de impugnación o reclamación, sea en sede administrativa o judicial, cualquiera sea la naturaleza sustantiva que pueda atribuirse a la multa impuesta.

En conformidad con el régimen general aplicable, en contra de las resoluciones dictadas por un órgano administrativo (como es la DGC), el interesado puede facultativamente presentar los recursos administrativos de reposición y jerárquico en subsidio, en atención a lo dispuesto en el art. 10.º de la Ley n.º 18575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, el art. 15 y el párrafo 2.º del título IV de la Ley n.º 19880, sobre Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado.

El legislador contempló la posibilidad de suspender los efectos del acto recurrido, aunque solo excepcionalmente. En efecto, según el inciso primero del art. 57 de la última ley citada “La interposición de los recursos administrativos no suspenderá la ejecución del acto impugnado”. No obstante, el inciso segundo de la norma dispone que la suspensión se producirá solo si la autoridad así lo determina a petición fundada de la misma concesionaria o, incluso, de oficio⁶⁸, “cuando el cumplimiento del acto recurrido pudiere causar daño irreparable o hacer imposible el cumplimiento de lo que se resolviera, en caso de acogerse el recurso”⁶⁹.

Conviene considerar que la etapa de impugnación administrativa puede durar treinta días hábiles administrativos (lunes a viernes), conforme dispone el art. 59 de la Ley n.º 19880. Así las cosas, al momento de acceder a la instancia judicial que resuelva el asunto, se habrá superado el plazo de treinta días corridos para el pago de la multa, gatillándose las consecuencias perniciosas comentadas de no haberse obtenido una suspensión administrativa de la obligación de pago.

(CONAF). En el mismo sentido, CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (1996) rol n.º 2859-1996, Dinamex Chile S.A. con Cuerpo Militar del Trabajo, confirmada por la CORTE SUPREMA (1997) rol n.º 3780-1996, Dinamex Chile S.A. con Cuerpo Militar del Trabajo.

⁶⁸ CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA (2012) dictamen n.º 836.

⁶⁹ Cabe destacar que, recientemente, la Corte de Apelaciones de Temuco al tenor del art. 57 citado, determinó que la autoridad administrativa no puede pronunciarse sobre el fondo del asunto puesto a su conocimiento, sin antes resolver la solicitud de suspensión efectuada por la parte interesada. CORTE DE APELACIONES DE TEMUCO (2022), rol n.º 160-2022, Espinoza Jarpa José con Fisco de Chile. La referida sentencia fue revocada por la Corte Suprema, aunque por razones ajenas a lo indicado por el tribunal *ad quo*. CORTE SUPREMA (2022) rol n.º 11395-2022, Fundación OTEC FORECAP con Salazar.

De no utilizarse el proceso de impugnación administrativa o –habiéndose utilizado– de rechazarse los recursos administrativos (reposición y jerárquico en subsidio), la sociedad concesionaria podrá acceder ante la instancia judicial que estime pertinente, ya sea a la comisión arbitral o a la Corte de Apelaciones de Santiago, caso en el cual podrá solicitar la suspensión de los efectos del acto administrativo reclamado que impuso la multa en virtud del 36 ter de la LCOP. Lo común será que, una vez se acceda a esta etapa judicial, el plazo de treinta días para el pago ya se encuentre vencido o, en todo caso, no se alcance a obtener un pronunciamiento respecto a la aplicación del art. 36 ter de la LCOP.

Se puede advertir, entonces, que el ejercicio de las etapas de impugnación administrativas o judiciales no conversan adecuadamente con el plazo dispuesto para el pago de la multa, impidiendo un correcto desenvolvimiento del debido proceso, cuestión que es importante en sí misma, pero, además, es exigible si se considera la naturaleza intrínseca de las multas que se aplican en un contrato de concesión⁷⁰, sean manifestación de cláusulas penales o del ejercicio del *ius puniendi* estatal.

Para la mayoría de la doctrina y jurisprudencia, la aplicación de una multa en el contexto de un contrato administrativo como es el de concesión de obra pública responde al ejercicio de una “cláusula penal”⁷¹. Si es así, para proceder al pago de la multa deben determinarse todos los elementos que configuran la responsabilidad contractual de la parte que ha incumplido la obligación principal (como es la imputación de culpa o dolo a la concesionaria y la ausencia de un caso fortuito o fuerza mayor, entre otros⁷²), tarea que es de competencia

⁷⁰ Existen ciertas características que se estiman sustanciales e indispensables a un debido proceso (por ejemplo, el derecho a la acción, al emplazamiento, a exponer derechos en la contestación, a aportar prueba, a obtener un fallo fundado, a interponer recursos), mientras que otros pueden omitirse o rechazarse en su incorporación (como el derecho a acudir a un tribunal superior o a la doble instancia). Puede verse NAVARRO (2013) pp. 121-145 y GARCÍA Y CONTRERAS (2013) pp. 229-282.

⁷¹ CORTE SUPREMA (2022) rol n.º 41056-2021, considerando décimo sexto. Con igual tesis, BERMÚDEZ (2014) p. 279.

⁷² Para la doctrina, la configuración de la responsabilidad contractual requiere, además de la mora, verificar los siguientes elementos: “En primer lugar, es necesaria la existencia de una obligación de carácter contractual, esto es, nacida de un contrato. En segundo lugar, que el deudor no realice la conducta del modo en que está convenido en el contrato. En tercer lugar, que la inexecución de la conducta debida esté acompañada de un reproche subjetivo u objetivo al obligado en los términos descritos en la ley. En cuarto lugar, que la omisión de la conducta debida cause daño al acreedor. En quinto y último lugar, que entre el incumplimiento (inejecución de la conducta debida) y el daño exista relación de causa a efecto”, RODRÍGUEZ (2003) p. 27.

Desde el punto de vista exclusivo de la cláusula penal, la doctrina ha señalado que para su exigibilidad se deben cumplir los siguientes requisitos: (i) el incumplimiento del deudor por

exclusiva y excluyente de los tribunales establecidos por ley (tercero ajeno al conflicto), sean ordinarios o arbitrales (Corte de Apelaciones o comisión arbitral)^{73, 74}.

De hecho, el tribunal competente no solo determinará los requisitos de la responsabilidad contractual, sino que, además, es el último órgano llamado a fijar los elementos que debe contener la resolución que impone la multa (como la cuantía final de esta). Previo o junto a esta resolución judicial de término, los elementos descritos pueden variar considerablemente en cada etapa del proceso, por lo que sería inconducente que la concesionaria procediera al pago previo a esta última decisión⁷⁵.

Para otra parte de la doctrina y jurisprudencia, la aplicación de multas en un contrato administrativo responde al ejercicio del *ius puniendi* estatal⁷⁶, por lo que debe verificarse un “debido proceso administrativo” en caso de que sea impugnada. El inicio de un debido proceso administrativo requiere asegurar la posibilidad de recurrir contra un acto de la Administración del Estado, en un procedimiento racional y justo, sin límites o modalidades que dificulten o perturben la interposición del recurso y su eficacia⁷⁷. Proceso dentro del cual, por

inejecución o retardo; (ii) la imputabilidad del deudor y (iii) su constitución en mora. En este sentido, véase PRADO (2019).

⁷³ CORRAL (2012) p. 199.

⁷⁴ En esta línea de razonamiento, la doctrina moderna sostiene que la multa entendida como cláusula penal requiere la intervención de un tribunal para determinar los requisitos de la responsabilidad: “Específicamente en lo que concierne al aspecto adjetivo de la sanción contractual, se hace innegable que ella debe venir precedida de un procedimiento legalmente tramitado [...] En otras palabras, la Administración tiene que sustanciar un procedimiento previo que finalice con una declaración de responsabilidad del contratista y le aplique la multa o sanción que se ha establecido en el régimen jurídico del contrato de que se trate”. MORAGA (2022) pp. 498-499.

⁷⁵ “En la práctica, como antes señalamos, las multas impuestas por el MOP suelen ser impugnadas por las sociedades concesionarias suspendiéndose la aplicación de la multa por la Comisión Conciliadora o Arbitral. Durante la tramitación posterior, en muchas ocasiones se producen conciliaciones con importantes rebajas de montos y en otras la Comisión ha rebajado sustancialmente los montos en la sentencia”. RUFÍAN (2018) p. 109.

⁷⁶ CELIS (2016) p. 85. En un sentido similar, GOMEZ (2021) p. 57.

Por su parte, la Corte Suprema ha llegado a la misma conclusión en el contexto de lo dispuesto por la Ley n.º 19.886, de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, CORTE SUPREMA (2017) rol n.º 4001-2017, considerando quinto, Espacio y Jardín Ltda. con Ilustre Municipalidad de Iquique.

⁷⁷ “El debido proceso administrativo cubre el derecho al recurso, esto es la posibilidad de impugnar cualquier acto administrativo, de toda índole. El debido proceso administrativo impone la necesidad de que los procedimientos sean justos y racionales. Por ello es que comprende el derecho a recurrir en sede administrativa, como en sede jurisdiccional”, TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2020) rol n.º 7203-19-INA, considerando trigésimo tercero, Instituto Profesional de Chile con Consejo Nacional de Educación.

cierto, deberán verificarse ciertas garantías sustantivas propias del régimen administrativo sancionatorio, como la proporcionalidad e interdicción de la arbitrariedad, entre otros⁷⁸.

En línea con lo señalado, reconociendo la falta de definición sobre la naturaleza jurídica de las multas impuestas en un contrato de concesión⁷⁹, la doctrina ha considerado:

“si se reprocha la cláusula penal como enorme –por el monto de la multa impuesta– el tema se complejiza. Si se mira como cuestión netamente contractual, sería en general de resolución de los tribunales ordinarios civiles en procedimiento lato. Pero, tratándose de la LCOP, será generalmente de competencia de la Comisión Arbitral, sin que quepa recurso alguno en su contra. No obstante, el tratamiento jurídico de esta cuestión radica en la apreciación de la figura de la reiteración o concurso de infracciones, día a día, en relación con la aplicación del principio de proporcionalidad o de interdicción de la arbitrariedad. Aquí el solo paradigma contractual se muestra insuficiente, de cara a las garantías para el administrado concesionario”⁸⁰.

CONCLUSIONES

El actual régimen de pago de las multas y las sanciones aparejadas en caso de incumplimiento corresponde a un resabio de la regulación contemplada desde la década de 1980. Puede entenderse que en dicha época la posibilidad de proceder al pago de la multa en un plazo de un mes o treinta días no representara un problema o inconveniente para la sociedad concesionaria respectiva en la mayoría de los casos.

Sin embargo, en la actualidad el plazo de treinta días resulta notoriamente insuficiente considerando la intensidad sancionatoria o la tendencia al alza en la cantidad y cuantía de las multas impuestas por la autoridad. Si bien es cierto que el Estado siempre tendrá la capacidad financiera para devolver reajustado los montos entregados a título de multa, también es verdad que a las sociedades concesionarias incumbentes no les resulta intrascendente soportar

⁷⁸ POZO (2017) pp. 69-74.

⁷⁹ Se destaca una reciente publicación de mayo de 2024 que termina criticando la falta de definición sobre el particular, pues redundante en una “incertidumbre [que] afecta la eficiencia del sistema de contratación pública y desincentiva a los privados a colaborar con el Estado en la obtención del bien común y prosecución del interés público; o derechamente incrementa la onerosidad de la contratación pública para el Estado y su Administración”. ZÚÑIGA y CLEMO (2024) p. 191.

⁸⁰ HERNÁNDEZ (2014) p. 412.

uno o varios egresos de alta cuantía, pues ello repercute directamente en su estabilidad financiera.

Conviene advertir también la escasa posibilidad práctica y real de suspender mediante orden administrativa o judicial el pago de la multa antes de los treinta días dispuesto para ello debido a los tiempos con naturales a la tramitación del asunto.

La crítica también alcanza a las consecuencias en el evento de no producirse el pago, caso en el cual el MOP está obligado a hacer efectivas las garantías del contrato, las que deben reconstituirse en el breve plazo de quince días o, en caso contrario, se configurará regularmente un incumplimiento grave de las obligaciones de la sociedad concesionaria y una causal de extinción anticipada del contrato.

Teniendo presente lo anterior y que el contrato de concesión es ampliamente reconocido como una herramienta de cooperación público-privada, debiera actualizarse la normativa pertinente en estos asuntos (LCOP y su reglamento), disponiendo, por ejemplo, entre otras tantas alternativas:

- i) diferentes plazos para el pago de las multas dependiendo de la cuantía individual de éstas,
- ii) considerando, asimismo, la cantidad de multas impuestas durante cierto periodo a una sociedad concesionaria (anual por ejemplo),
- iii) un límite máximo a la cuantía de la multa que se puede imponer, que si es superado, debe ser aprobado *ex ante* por la comisión arbitral respectiva o la Corte de Apelaciones de Santiago (modo de operar que ya fue aplicado anteriormente),
- iv) u otro límite a la cuantía total de multas que puede imponerse anualmente a una sociedad concesionaria dependiendo de sus ganancias en la anualidad anterior⁸¹.

Todo lo anterior permite coordinar los intereses de la autoridad en la aplicación efectiva de sus herramientas sancionatorias con la gestión contractual y financiera de la sociedad concesionaria y la posibilidad de ejercer adecuadamente sus derechos en el marco de un debido proceso.

BIBLIOGRAFÍA

BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2014): *Derecho administrativo general* (Santiago, Thomson Reuters, tercera edición actualizada).

⁸¹ Algo similar ocurre en la Ley de Contratos del Sector Público española, Ley n.º 9/2017. Véase art. 192: “las penalidades deberán ser proporcionales a la gravedad del incumplimiento y las cuantías de cada una de ellas no podrán ser superiores al 10 por ciento del precio del contrato, IVA excluido, ni el total de las mismas superar el 50 por cien del precio del contrato”.

- CELIS DANZINGER, Gabriel (2016): *Contratos administrativos* (Santiago, Editorial El Jurista, primera edición).
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2012): *La "cláusula penal". Función y eficacia del contrato penal en el derecho chileno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, primera edición).
- FIGUEROA VALDÉS, Juan Eduardo; ILLANES SOTTA, María Elisa (2018): "Notas sobre la ecuación económica financiera en el contrato de concesiones de obra pública en Cuadernos de extensión jurídica", *Cuadernos de Extensión Jurídica* n.º 31 (Universidad de Los Andes).
- GARCÍA PINO, Gonzalo; CONTRERAS VÁSQUEZ, Pablo (2013): "El derecho a la tutela judicial y al debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *Revista de Estudios Constitucionales* año 11, n.º 2.
- GOMEZ GONZÁLEZ, Rosa (2021): "Aspectos críticos del régimen sancionatorio de los contratos administrativos", *Revista de Derecho Universidad de Concepción* n.º 249.
- HERNÁNDEZ EMPARANZA, Domingo (2014): "Interrogantes relacionados con la potestad sancionadora administrativa en los contratos administrativos y, particularmente, en el contrato de concesión de obra pública", en Arancibia Mattar, Jaime; Alarcón Jaña, Pablo (coords.), *Sanciones administrativas, X Jornadas de Derecho Administrativo Asociación de Derecho Administrativo (ADA)* (Santiago, Thomson Reuters).
- MORAGA KLENNER, Claudio (2022): *Contratación administrativa* (Santiago, Editorial Thomson Reuters, segunda edición).
- NAVARRO BELTRÁN, Enrique (2013): "El debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Chile". *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* año XIX.
- PRADO PUGA, Arturo (2019): "Algunos aspectos de la cláusula penal en el derecho chileno en Revista de derecho", *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte* vol. 26.
- POZO SILVA, Nelson (2017): *Pena punitiva y sanción administrativa* (Santiago, Ediciones Librotecnia, primera edición).
- RAMÍREZ ARRAYÁS, José Antonio (2019): *Concesiones de obras públicas: crecimiento inteligente. Análisis de la institucionalidad chilena* (Santiago, Editorial Thomson Reuters, segunda edición actualizada).
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (2003): *Responsabilidad contractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- ROMERO SEGUEL, Alejandro (2014): *Curso de derecho procesal civil. La acción y la protección de los derechos* (Santiago, Editorial Thomson Reuters, segunda edición).
- RUFÍAN LIZANA, Dolores (2018): *Manual de concesiones de obras públicas* (Santiago, Andros Impresores, segunda edición).
- ZÚÑIGA URBINA, Francisco; CLEMO GARCÍA, Fernanda (2024): *Las multas en el contrato administrativo* (Valencia, Editorial Tirant lo Blanch primera edición).

Jurisprudencia

- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (2012): dictamen n.º 836, de 5 de enero de 2012.
- CORTE DE APELACIONES DE PUERTO MONTT (1996): rol n.º 1343-1996, Constructora Ahlba Ltda. con Corporación Nacional Forestal (CONAF), 6 de mayo de 1996.
- CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (1996): rol n.º 2859-1996, Dinamex Chile S.A. con Cuerpo Militar del Trabajo, 27 de septiembre de 1996.
- CORTE DE APELACIONES DE TEMUCO (2022): rol n.º 160-2022, Espinoza Jarpa José con Fisco de Chile, 17 de marzo de 2022.
- CORTE SUPREMA (1996): rol n.º 2009-1996, Constructora Ahlba Ltda. con Corporación Nacional Forestal (CONAF), 12 de agosto de 1996.
- CORTE SUPREMA (1997): rol n.º 3780-1996, Dinamex Chile S.A. con Cuerpo Militar del Trabajo, 28 de abril de 1997.
- CORTE SUPREMA (2017): rol n.º 4001-2017, Espacio y Jardín Ltda. con Ilustre Municipalidad de Iquique, 21 de diciembre de 2017.
- CORTE SUPREMA (2022): rol n.º 41056-2021, Automática y Regulación S.A. con Municipalidad de Recoleta, 16 de marzo de 2022.
- CORTE SUPREMA (2022): rol n.º 11395-2022, Fundación OTEC FORECAP con Salazar, 20 de octubre de 2022.
- CORTE SUPREMA (2023): rol n.º 65021-2023, Sociedad Concesionaria Ruta del Algarrobo S.A. con Sánchez, 1 de agosto de 2023.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2020): rol n.º 7203-19-INA, Instituto Profesional de Chile con Consejo Nacional de Educación, 2 de enero de 2020.

Otros documentos

- Bases de licitación, concesiones en construcción, operación, operación y construcción y finalizadas. Disponible en <https://concesiones.mop.gob.cl/PROYECTOS/Paginas/default.aspx> [fecha de consulta: 10 de mayo de 2024].
- Bases de licitación obra pública fiscal denominada “Concesión Ruta 5 Norte. Tramo: La Serena - Vallenar”. Disponible en <https://concesiones.mop.gob.cl/proyectos/Paginas/detalleExplotacion.aspx?item=37> [fecha de consulta: 10 de mayo de 2024].
- Historia de la Ley* n.º 19252.
- Historia de la Ley* n.º 19460.
- Historia de la Ley* n.º 20.410.
- Para consultar el registro individual de sanciones de la DGC desde el año 2009 a julio de 2018. Disponible en http://transparencia.dgop.cl/ccop/marco/terceros_index_Sanciones.html# [fecha de consulta: 10 de mayo de 2024].

Para consultar el registro individual de sanciones de la DGC desde el año 2018 y hasta lo que corre del año 2024. Disponible en <https://concesiones.mop.gob.cl/Paginas/default.aspx> [fecha de consulta: 10 de mayo de 2024].

Para consultar informes trimestrales y cuentas públicas de la DGC. Disponible en <https://concesiones.mop.gob.cl/publicaciones/Paginas/default.aspx> [fecha de consulta: 10 de mayo de 2024].

Normas

Código de Procedimiento Civil.

Código Civil.

Ley n.º 9/2017: Ley de Contratos del Sector Público española.

Ley n.º 15840 (1964), que aprobó la organización y funciones del Ministerio de Obras Públicas, 9 de noviembre de 1964.

Ley n.º 18575 (1986), Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, 5 de diciembre de 1986.

Ley n.º 19880 (2003), sobre Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado, 29 de mayo de 2003.

Ley n.º 20410 (2010), que modificó la Ley de Concesiones de Obras Públicas y otras normas que indica, 20 de enero de 2010.

Ley n.º 21044 (2017), que creó la Dirección General de Concesiones de Obras Públicas, 25 de noviembre de 2017.

MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS (1983a): decreto con fuerza de ley n.º 591, que fijó las normas de carácter general relativas a la ejecución, reparación y mantención de obras públicas fiscales a que se refiere el artículo 52.º de la Ley n.º 15840, 3 de febrero de 1983.

MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS (1983b): decreto n.º 217, que reglamentó el decreto con fuerza de ley n.º 591, 14 de septiembre de 1983.

MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS (1991a): Ley n.º 19068, que modificó el decreto con fuerza de ley n.º 591, del 13 de julio de 1991.

MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS (1991b): decreto con fuerza de ley n.º 164, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto con fuerza de ley n.º 591, de 1982, del Ministerio de Obras Públicas, y de las normas relativas a la ejecución, reparación, conservación y explotación de obras públicas fiscales por el sistema de concesión, contenidas en la Ley n.º 15840 y el decreto con fuerza de ley n.º 206, de 1960, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por decreto supremo n.º 294, de 1984, del Ministerio de Obras Públicas, 4 de septiembre de 1991.

MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS (1991c): decreto n.º 240, que reglamentó el decreto con fuerza de ley n.º 164, 8 de abril de 1992.

MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS (1993): Ley n.º 19252, que modificó el decreto con fuerza de ley n.º 164, 20 de octubre de 1993.

MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS (1996a): Ley de Concesiones de Obras Públicas, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el decreto supremo n.º 900, 18 de diciembre de 1996.

MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS (1996b): Ley n.º 19460, que modificó el decreto con fuerza de ley n.º 164 y las normas tributarias que indica, 13 de julio de 1996.

MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS (1997): decreto supremo n.º 956, que reglamentó la Ley de Concesiones de obras públicas, 20 de marzo de 1999.

MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS (2016): Concesiones de obras públicas en Chile. 20 años. Disponible en https://concesiones.mop.gob.cl/Documents/libro-Concesiones_obras-publicas-chile-20.pdf [fecha de consulta: 10 de mayo de 2024].

¿ES NECESARIO QUE LA RESOLUCIÓN
QUE RECIBE LA CAUSA A PRUEBA
SE NOTIFIQUE A AMBAS PARTES
PARA QUE SE INTERRUMPA EL PLAZO
DE CÓMPUTO DEL ABANDONO
DEL PROCEDIMIENTO?

COMENTARIO A LA SENTENCIA PRONUNCIADA
POR LA CORTE SUPREMA
EL 30 DE ABRIL DE 2024, ROL 152-950-2022

IS IT NECESSARY THAT THE RESOLUTION
THAT RECEIVES THE CAUSE
ON PROOF BOTH PARTIES
BE NOTIFIED SO THAT
THE DEADLINE IS INTERRUPTED
COMPUTATION

OF ABANDONMENT OF THE PROCEDURE?
COMMENTARY ON THE SENTENCE PRONOUNCED
BY THE SUPREME COURT
ON APRIL 30, 2024, ROL 152-950-2022

*Jaime Carrasco Poblete**

RESUMEN: La jurisprudencia de la primera sala de la Corte Suprema había asentado el criterio consistente en que la resolución que recibe la causa a prueba, para efectos que se interrumpa el plazo de abandono del procedimiento, debía ser notificada de forma válida a ambas partes. Sin embargo, la sentencia pro-

* Abogado. Doctor en Derecho. Magíster en Derecho Público. Máster en Derecho de la Empresa. Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de los Andes (Chile). Investigador del Centro de Derecho Regulatorio y Empresa y profesor de Derecho Procesal en la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo. Correos electrónicos: jaimecarrascop@udd.cl; jcarrasco@ccycia.cl

nunciada por la primera sala de la Corte Suprema el 30 de abril de 2024 cambió ese criterio y estableció que la notificación de la resolución que recibe la causa a prueba a solo una de las partes tiene la virtud de interrumpir el plazo de abandono del procedimiento. Las razones esgrimidas en el fallo de casación son las que motivan el presente comentario de jurisprudencia.

PALABRAS CLAVE: abandono del procedimiento, gestión útil, notificación de resolución que recibe la causa a prueba, plazo común, efecto de las resoluciones judiciales.

ABSTRACT: The jurisprudence of the first chamber of the Supreme Court had established the criterion that the resolution that receives the case on trial, for the purposes of interrupting the period for abandoning the procedure, must be validly notified to both parties. However, the ruling pronounced by the first chamber of the Supreme Court on April 30, 2024 changed that criterion and went on to establish that the notification of the resolution that receives the case on trial to only one of the parties has the virtue to interrupt the period for abandoning the procedure. The reasons given in the cassation ruling are what motivate this jurisprudence commentary.

KEYWORDS: abandonment of the procedure, helpful management, notification of resolution that receives the case on trial, common term, effect of judicial resolutions.

INTRODUCCIÓN

El abandono del procedimiento es un incidente especial que está regulado en el art. 152 y siguientes del *Código de Procedimiento Civil*. Como sabemos, para que actúe esta forma irregular de terminación de un proceso judicial deben cumplirse ciertos requisitos que establece la ley, en particular, como lo expresa la citada norma, que exista una inactividad de las partes durante el plazo de seis meses contados desde la última resolución que recayó en una gestión útil para dar curso progresivo a los autos.

En relación con el concepto de gestión útil, conviene señalar que se trata de un concepto sobre el cual no existe claridad en nuestra jurisprudencia por lo que su indefinición genera inseguridad jurídica a los diversos operadores jurídicos y las decisiones judiciales sobre la materia suelen cambiar una y otra vez a lo largo de la historia¹.

¹ CORTEZ (2018) p. 154.

Una de las gestiones útiles que genera controversia es la relativa a la notificación de la interlocutoria de prueba a ambas partes. En efecto, existe una serie de sentencias de nuestro más alto tribunal de justicia, en particular de la primera sala, que considera que la notificación de la sentencia interlocutoria de prueba a una sola de las partes no constituye una gestión útil que interrumpa el plazo de inactividad de las partes para declarar el abandono del procedimiento².

Sin embargo, ese criterio, que se había asentado, fue desconocido en la sentencia de casación de 30 de abril de 2024, pues consideró que la notificación de dicha resolución a una sola de las partes constituye una gestión útil que interrumpe el plazo legal para que se declare el abandono del procedimiento.

Veamos los argumentos de la sentencia.

I. LA SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE 30 DE ABRIL DE 2024
CONSIDERA QUE LA NOTIFICACIÓN DE LA INTERLOCUTORIA
DE PRUEBA A UNA DE LAS PARTES ES UNA GESTIÓN ÚTIL
QUE INTERRUMPE EL PLAZO DE INACTIVIDAD DE LAS PARTES
PARA CONFIGURAR EL ABANDONO DEL PROCEDIMIENTO

La sentencia de casación expresa lo siguiente³:

“PRIMERO: Que el recurrente de casación denuncia que el fallo impugnado infringiría lo dispuesto en los artículos 152 y 38 del Código de Procedimiento Civil, ya que se exige la inactividad procesal de todas las partes que figuran en el juicio, lo que no sucedió en la especie por cuanto, se notificó válidamente de la interlocutoria de prueba a la demandada, lo que debió llevar a los sentenciadores del grado al rechazo del abandono del procedimiento.

SEGUNDO: Que para un adecuado examen del asunto que el recurso de casación trae a conocimiento de esta Corte, resulta necesario consignar los siguientes hitos procesales: 1.- El 23 de junio de 2021 el tribunal recibió la causa a prueba. 2.- El 4 de noviembre de 2021 se

² En ese sentido véase CORTE SUPREMA (2024) rol 62.079-2023; CORTE SUPREMA (2024) rol 12.883-2024; CORTE SUPREMA (2024) rol 11.213-2024; CORTE SUPREMA (2024) rol 102.867-2023; CORTE SUPREMA (2024) rol 281-2024; CORTE SUPREMA (2024) rol 141.493-2022; CORTE SUPREMA (2023) rol 60.825-2021; CORTE SUPREMA (2022) rol 124.387-2022; CORTE SUPREMA (2022) rol 9042-2022.

³ CORTE SUPREMA (2024) rol 152-950-2022.

practicó la notificación del auto de prueba al demandado. 3.- El 6 de enero de 2022 la parte demandada dedujo el incidente de abandono de procedimiento, fundado en que transcurrieron seis meses desde la interlocutoria de prueba. 4.- El demandante evacuó el traslado, señalando que la notificación de la demandada es gestión útil para la interrupción del plazo del abandono. 5.- El tribunal de primera instancia acogió el abandono de procedimiento, decisión que fue confirmada por el tribunal de alzada.

TERCERO: Que el fallo censurado estableció que el 23 de junio de 2021 se recibió la causa a prueba y con fecha 4 de noviembre de 2021 se notificó por cédula dicha resolución al apoderado del demandado. Enseguida razonó que no encontrándose ambas partes notificadas respecto de la interlocutoria de prueba dictada en autos, y siendo el término probatorio un plazo común para las partes, se colige que el probatorio no se encontraba suspendido, concluyendo que la inactividad procesal se configuraría, por cuanto desde la resolución que recibió la causa a prueba con fecha 23 de junio de 2021, y hasta la presentación de fecha 6 de enero de 2022, mediante el cual se solicita el abandono del procedimiento, ha transcurrido con creces el plazo de seis meses establecido por el artículo 152 del Código de Enjuiciamiento, sin que se hayan realizado otras diligencias útiles en el intertanto.

CUARTO: Que el mérito de los antecedentes da cuenta que, una vez recibida la causa a prueba se notificó de esa resolución a la parte demandada antes de transcurridos los seis meses a que se refiere el artículo 152 del Código de Procedimiento Civil. Así la cuestión a resolver está centrada en la calificación que corresponde otorgar a la diligencia de notificación del auto de prueba a una de las partes del pleito, puesto que de estimarse que constituye una gestión útil para dar curso progresivo a los autos, el incidente de abandono del procedimiento debe ser rechazado y, por el contrario, si se considera que es inútil, ociosa y carente de efectos que permitan avanzar en el juicio, aquel debe ser acogido.

QUINTO: Que previo a otra consideración es necesario hacer constar que, en cuanto a su fundamento, indiscutidamente, el abandono del procedimiento es una sanción procesal cuyos efectos perjudiciales recaen sobre el demandante que ha ejercido la acción y que determina la sustanciación del juicio. En este sentido y, en cuanto sanción, las normas que regulan este incidente especial han de ser interpretadas y aplicadas restrictivamente, circunstancia que, entre otros aspectos significa que no es permitido al interprete adicionar otros presupuestos de procedencia de la sanción, que el o los expresamente indicados en la ley.

SEXTO: Que el derecho a la acción está amparado constitucionalmente, desde que se provee para la protección de los derechos e intereses legítimos; es la tutela referida al ejercicio de la acción en el marco

de un debido proceso. Pero más allá de eso, la tutela judicial efectiva de los derechos de las personas trasciende el mero ejercicio de la acción y el inicio del procedimiento destinado a que aquella sea sustanciada; la efectividad en la protección cubre también el espectro de que sea totalmente tramitado el proceso, se obtenga una sentencia definitiva que decida el conflicto, y que la misma se pueda cumplir. Bajo esta mirada del derecho a la acción y a la sustanciación integral del proceso para obtener la decisión judicial definitiva y ejecutarla, vuelve a cobrar relevancia la excepcionalidad de las sanciones procesales que impiden la prosecución del juicio, y, el imperativo de interpretar restrictivamente las normas que las consagran. Es en relación a los límites en el ejercicio de la acción que el profesor Alejandro Romero Seguel en su libro 'Curso de Derecho Procesal Civil', tomo 1, pág. 69, ha expresado: 'Se podría decir que en relación al ejercicio de este derecho existe como pauta rectora el principio 'pro actione', en virtud del cual los órganos judiciales deben interpretar los diferentes requisitos y presupuestos procesales de un modo más favorable con el derecho constitucional a obtener la protección judicial de los derechos, debiendo rechazarse in limine litis las tesis rígidas o formalistas que puedan privar a las personas de obtener una tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses legítimos'.

SÉPTIMO: Que, en el contexto de lo precedentemente razonado, es evidente la utilidad de la actuación por la que se notifica al demandado del auto de prueba, gestión que tuvo lugar antes de cumplirse el plazo de seis meses desde la dictación de la resolución que recibió la causa a prueba.

OCTAVO: Que no puede ser considerada inútil o carente de efecto la sola notificación del demandado de la interlocutoria de prueba, toda vez que ante la supresión hipotética de esta actuación, el periodo probatorio no hubiese podido comenzar a correr. Es evidente que para contemplar una 'última notificación a las partes' ha debido mediar 'una primera', siendo del caso que no existe exigencia legal en orden a que todas las partes del juicio deban ser notificadas coetánea o simultáneamente de la resolución ya comentada.

NOVENO: Que, por consiguiente, no se divisa la razón jurídica o práctica para asignar el carácter de útil solo a la última notificación, desde que cada comunicación del auto de prueba genera por sí misma el efecto de avanzar en la prosecución del juicio no evidenciándose, por ende, inactividad de las partes como pretende el incidentista. Lo contrario implicaría asumir que el legislador ha determinado que la interlocutoria de prueba deba ser notificada a todas las partes del juicio, cualquiera sea su número, en el plazo fatal de seis meses, exigencia que en modo alguno contempla la regulación normativa del proceso civil.

DÉCIMO: Que en relación al punto en discusión, el profesor Gonzalo Cortez Matcovich, en el artículo publicado en la Revista de Derecho de la Universidad de Concepción N° 243, ‘Gestiones útiles en el abandono del procedimiento’, comentando el fallo de esta Corte Suprema de 2 de octubre de 2017, en el Rol N 55.208-2016, ha señalado lo que sigue: ‘Por consiguiente, como lo resuelve el fallo, es manifiesta la utilidad de la notificación de la interlocutoria de prueba a la parte demandante y, en tales condiciones, el plazo para que comience a transcurrir el abandono del procedimiento se contabiliza desde la resolución que recayó en la aludida gestión útil. Por otro lado, no se puede considerar inocua o inútil la sola notificación de una de las partes, pues si se hiciera una supresión hipotética de dicha actuación el período probatorio no hubiera podido comenzar a correr, con lo que resulta demostrado que esa primera notificación de la resolución que recibió la causa a prueba ocasionó un provecho al procedimiento’. La jurisprudencia de esta Corte de Casación también ha ratificado el criterio de que la notificación de la resolución que recibe la causa a prueba, aunque sea solo a una de las partes, es una gestión útil (Corte Suprema, rol Nos 16899-2019 y 4292-2019).

UNDÉCIMO: Que por lo expuesto, al declarar el abandono del procedimiento los jueces del grado infringieron el artículo 152 Código de Procedimiento Civil, yerro que ha tenido influencia sustancial en lo dispositivo de la resolución impugnada, toda vez que es evidente que un incidente que, con arreglo a las normas y principios de interpretación que rigen la materia, debió ser desestimado, fue sin embargo, erróneamente acogido, consideraciones por las cuales será acogido el recurso de nulidad intentado.

Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo dispuesto en los artículos 764, 765, 767 y 785 del Código de Procedimiento Civil, se acoge el recurso de casación en el fondo deducido por el abogado Erwin Andrés Soto González en representación de la demandante, y, en consecuencia, se invalida la resolución de siete de noviembre de dos mil veintidós y acto continuo y sin nueva vista, pero separadamente, se dicta la sentencia que corresponde conforme a la ley”.

II. EL VOTO DE MINORÍA

El voto de minoría, del ministro Arturo Prado Puga señala lo siguiente:

“Acordada con el voto en contra del Ministro Sr. Prado quien estuvo por rechazar el recurso de casación en el fondo en base a las siguientes motivaciones:

1° Que, la situación normativa está circunscrita, en principio, a lo que dispone el legislador en el artículo 152 del Código de Procedimiento Civil, cuando estatuye: 'El procedimiento se entiende abandonado cuando todas las partes que figuran en el juicio han cesado en su prosecución durante seis meses, contados desde la fecha de la última resolución recaída en alguna gestión útil para dar curso progresivo a los autos'. Tal institución de carácter procesal allí consignada, que tiene lugar cuando todas las partes que figuran en el juicio han cesado en su prosecución durante el tiempo que la ley señala, constituye una sanción para el litigante que, por su negligencia, inercia o inactividad, da pábulo para que se detenga el curso del pleito, impidiendo con su paralización que éste tenga la pronta y eficaz resolución que le corresponde; y una vez declarado el abandono y por efecto del mismo, las partes pierden el derecho de continuar el procedimiento abandonado y de hacerlo valer en un nuevo juicio, aunque no se extinguen sus acciones y excepciones, subsistiendo con todo su valor los actos y contratos de que resulten derechos definitivamente constituidos; todo ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 156 del Código de Procedimiento Civil.

2° Que la expresión 'cesación' de las partes en la prosecución del juicio, la doctrina la asimila al silencio en la relación jurídica, inactividad motivada por su desinterés por obtener una decisión de los tribunales sobre el conflicto sometido a su conocimiento. Sin embargo, la jurisprudencia ha señalado que 'tal pasividad debe ser imputable', esto es, advirtiendo y aceptando las consecuencias perjudiciales que podrían derivarse de su desidia, no obstante, lo cual nada hacen para activar el procedimiento. En este caso el comportamiento es voluntariamente omisivo, pudiendo los interesados, 'los demandantes, representarse o no el resultado perjudicial, confiando en que éste no se produciría o aceptándolo. En este mismo sentido se exige que, en tales circunstancias, la parte esté en situación de interrumpir efectivamente esta suspensión en la tramitación del procedimiento o comprobar que ya se ha realizado todo lo que la ley requiere para dejarlo en estado de ser decidido por el órgano jurisdiccional. Así, debe instar por sacarlo de la inactividad e impulsarlo a su término por medio de actuaciones útiles a tal fin, de lo contrario no se observa necesidad que perseverar en la repetición de presentaciones que en nada conducirán a su término' (C.S. autos Rol N° 3.439-05; Rol N° 9016-10 y Rol N° 957-10).

3° Que de este modo la sanción al litigante negligente sólo puede prosperar si aquél ha cesado en la actividad que le corresponde, por un término que excede los seis meses, contado desde la fecha de la última resolución recaída en alguna gestión útil para dar curso pro-

gresivo a los autos. Al respecto, es útil señalar que el procedimiento consiste en una coordinación de actos en marcha, relacionados o ligados entre sí por la unidad del efecto jurídico final, que puede ser el de un proceso o el de una fase o fragmento suyo, de modo que en el caso de autos, para que el juicio siguiera el curso que correspondía, sólo cabía al actor instar por la notificación de la resolución que recibió la causa a prueba a ambas partes, única forma de pasar al estadio procesal siguiente.

4º Que a la luz de lo expresado y considerando lo obrado en autos corresponde concluir que a la gestión invocada por la parte recurrente –notificación de la interlocutoria de prueba solo al demandado– no puede atribuírsele la potestad de provocar la interrupción del término referido en el acápite que antecede, por cuanto aquélla carece del carácter de útil exigido para hacer procedente el incidente de abandono entablado. En efecto, la notificación a una sola de las partes de la resolución que recibe la causa a prueba, no importa ni da cuenta de un actuar destinado efectivamente a la continuación en la tramitación del proceso con el objeto de obtener finalmente la dictación de la sentencia definitiva que decida el asunto controvertido; desde que la notificación a la demandante no se efectuó. De este modo, no habiendo cumplido el demandante con la carga de dar impulso al proceso en esta etapa que es común para todas las partes, su inacción permitió, indefectiblemente, la paralización del curso del pleito. De manera tal que en el caso en análisis no puede asignársele la calidad de útil a la actuación efectuada con fecha 4 de noviembre de 2021, por la cual se notificó al demandado de la interlocutoria, debiendo reiterarse aquí que no es cualquier acto el que quiebra el lapso de abandono, sino solo aquél que tiene como fin la progresión del juicio. En dicho orden de ideas, la suspensión legal del procedimiento que consagra la citada Ley N° 21.226, se refiere a los trámites probatorios que surjan y/o continúen durante el estado de emergencia sanitaria, una vez notificada la interlocutoria de prueba a las partes, pero no así respecto de la carga procesal que descansa en la demandante de haber realizado las notificaciones de las resoluciones que se dicten en el proceso, como ocurre en este caso con aquélla que recibe la causa a prueba. En tal sentido, no hacerlo es incompatible con su deber de colaborar con el avance del proceso y justifica la sanción procesal de declararle abandonado.

5º Que en mérito de lo expuesto y asentado que la notificación de la interlocutoria a una sola de las partes no es una gestión útil que interrumpa el plazo de seis meses, previo examen de las actuaciones, presentaciones y resoluciones verificadas en el proceso durante el período pertinente, se concluye que entre la resolución que recibió

la causa a prueba –23 de junio de 2021– y la petición de abandono –6 de enero de 2022–, se mantuvo la inactividad de las partes por un plazo superior de seis meses, de manera que, en opinión de este disidente los jueces de fondo al resolver acoger el abandono hicieron una correcta aplicación e interpretación del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil”.

III. ALGUNOS COMENTARIOS

SOBRE EL VOTO DE MAYORÍA

En el caso objeto de este comentario, la primera sala de la Corte Suprema ha cambiado la tendencia que había mantenido desde hace un buen tiempo en relación con el hecho de que la notificación de la interlocutoria de prueba a una de las partes no interrumpe el plazo de inactividad necesario para que se declare el abandono del procedimiento.

En nuestra opinión, la sentencia es jurídicamente errónea por las razones que comentaremos:

1. La sentencia interlocutoria de prueba debe notificarse a ambas partes para que comience a correr el término probatorio porque el plazo es común

El art. 327 del *Código de Procedimiento Civil* es claro al indicar que el término de prueba es común para las partes.

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 65 del *Código de Procedimiento Civil*, los términos comunes comienzan a correr desde la última notificación.

De esta manera, es insoslayable que para que el término de prueba se comience a computar es necesario que ambas partes estén notificadas de dicha resolución, notificación que en principio deberá ser hecha por cédula conforme con lo dispuesto en el art. 48 del *Código de Procedimiento Civil*. Mientras esa actuación judicial no ocurra o no esté completa, el procedimiento no puede avanzar y cualquier gestión que realice el demandante, quien es el que detenta el impulso procesal, resulta inocua o irrelevante porque la única forma de hacer avanzar el procedimiento es notificando válidamente la referida resolución a ambas partes.

Desde otra perspectiva, el procedimiento judicial no avanza por el hecho de notificarse la resolución que recibe la causa a prueba solo a una de las partes. En efecto, entendiendo que el procedimiento judicial es un conjunto de actos procesales más o menos formales que se desarrollan en un orden consecutivo legal, es necesario que en determinados momentos se cumplan con

diferentes actuaciones para que el procedimiento pueda seguir su curso. Así, por ejemplo, el procedimiento no puede avanzar si no se emplaza válidamente al demandado, y si estos son varios, conformando un litisconsorcio pasivo, ya sea necesario o voluntario, es necesario notificar a todos los litisconsortes pasivos. Lo mismo ocurre si el tribunal decreta en cualquier momento del procedimiento que las partes comparezcan a una audiencia de conciliación en cuyo caso, como se cita a las partes a que comparezcan a la presencia judicial es necesario que todas ellas sean notificadas por cédula.

En ambos casos mencionados, si no ocurre una actuación vital como lo es la notificación válida de una resolución a ambas partes, lo ordenado no puede cumplirse y el procedimiento no puede avanzar de una etapa a otra.

En la hipótesis que se pronuncie la interlocutoria de prueba, mientras ella no se notifique a ambas partes es imposible que el procedimiento avance, que siga su curso, que se pase de una fase a otra, generándose un estancamiento en el procedimiento porque se trata de un plazo común y, en consecuencia, la notificación de dicha resolución a una sola de las partes impide que el término probatorio comience a correr. Ese estancamiento, esa inactividad o la carencia de actividad destinada a dar curso progresivo a los autos es lo que reprocha el *Código de Procedimiento Civil* en cuyo caso autoriza a que el tribunal declare el abandono del procedimiento.

2. *Mientras no se notifique válidamente
la sentencia interlocutoria de prueba a ambas partes
la resolución no produce efecto alguno*

También es necesario agregar que el art. 38 del *Código de Procedimiento Civil* establece que las resoluciones judiciales solo producen efecto en virtud de notificación hecha con arreglo a la ley.

Esta norma es relevante cuando se trata de un plazo común como el término probatorio, porque mientras la resolución que recibe la causa a prueba no se notifique a las partes, no produce ningún efecto. Si el término probatorio fuese un plazo individual, podría afirmarse que la notificación de la resolución que recibe la causa a prueba a esa parte, a una sola de ellas, genera efectos y que, a la vez, el procedimiento avanzó o transcurrió de una fase a otra. Pero lo anterior no es predicable de aquellos términos que la ley señala que son comunes, porque la única manera de dar curso progresivo a los autos es notificando a todos los sujetos que figuran como partes de la relación jurídica procesal.

En los procesos judiciales en que se forma un litisconsorcio ya sea originario o derivativo, en que los sujetos que ocupan una misma posición de parte no actúen a través de un único mandatario judicial (procurador común) la exigencia se mantiene, debiendo notificarse a todos los sujetos que conforman esa parte.

La jurisprudencia ha reconocido de manera reiterada que la resolución que recibe la causa a prueba debe ser notificada a todas las partes por tratarse de un plazo común y que mientras ello no ocurre, dicha resolución no produce efecto alguno.

En efecto, la Corte Suprema, en sentencia de 19 de abril de 2024 –la que se pronunció tan solo once días antes de la sentencia objeto de este comentario–, señaló:

“[...] conviene advertir que el procedimiento consiste en una coordinación de actos en marcha, relacionados o ligados entre sí por la unidad del efecto jurídico final, que puede ser el de un proceso o el de una fase o fragmento suyo, de modo que, en el caso de autos, para que el juicio siguiera el curso que correspondía, sólo cabía al actor instar por la notificación a todas las partes de la resolución que recibió la causa a prueba, única forma de pasar al estadio procesal siguiente, dando inicio al término probatorio. En efecto, sabido es que, conforme al artículo 327 del Código de Procedimiento Civil, el término probatorio es común para las partes y que, de acuerdo al inciso segundo del artículo 65 del mismo cuerpo legal, los términos comunes se cuentan desde la última notificación, momento a partir del cual comenzará a regir el término de prueba. Antes de ello en tanto no se ha verificado la notificación de todas las partes y produciendo sus efectos, las resoluciones judiciales, sólo en virtud de la notificación hecha con arreglo a la ley cuando uno de los litigantes haya sido notificado de la interlocutoria de prueba, el juicio permanecerá estancado en la etapa previa, sin poder avanzar hacia su necesaria conclusión. SEXTO: Que, conforme se viene explicando, la notificación a una sola de las partes de la resolución que recibe la causa a prueba, no importa ni da cuenta de un actuar dirigido a dar continuidad a la tramitación del proceso, con el objeto de obtener finalmente la dictación de la sentencia definitiva que decida el asunto controvertido [...]”⁴.

La Corte Suprema en sentencia pronunciada el 30 de octubre de 1909, ha reconocido y declarado que:

“es un principio inconcuso de derecho universal que ninguna resolución o mandato de la justicia produce efecto ni empece en perjuicio a los interesados, sin que sea notificado en la forma correspondiente,

⁴ CORTE SUPREMA (2024) rol 62.079-2023. En igual sentido, CORTE SUPREMA (2024) rol 12.883-2024; CORTE SUPREMA (2024) rol 11.213-2024; CORTE SUPREMA (2024) rol 102.867-2023; CORTE SUPREMA (2024) rol 141.493-2022; CORTE SUPREMA (2023) rol 60.825-2021; CORTE SUPREMA (2022) rol 124.387-2022; CORTE SUPREMA (2022) rol 9042-2022.

principio que reconoce y eleva a precepto el Código de Procedimiento Civil, al decir en su artículo 38 que las resoluciones judiciales sólo producen efecto en virtud de notificación hecha con arreglo a la ley, salvo los casos expresamente exceptuados por ella⁵,

criterio que ha mantenido hasta la actualidad según lo demuestra la sentencia de 16 de enero de 2012⁶, pronunciada por el mismo tribunal⁷.

Los considerandos transcritos creemos que demuestran de manera bastante lógica que para que se genere el efecto de interrumpir el plazo de abandono del procedimiento es necesario que la resolución que recibe la causa a prueba se notifique a ambas partes, pues, de lo contrario, al tratarse de un término común, la resolución no produce efectos conforme a lo dispuesto en el art. 38 del *Código de Procedimiento Civil*.

3. La notificación de la interlocutoria de prueba a una sola de las partes impide que el procedimiento avance

Conviene en este apartado referirnos a los efectos que produce la notificación de la resolución que recibe la causa a prueba solo a una de las partes.

Consideramos que la notificación de la referida resolución a solo una de las partes no demuestra la intención de dar curso progresivo a los autos⁸.

Lo primero que cabe mencionar es que, tratándose de un plazo común, como es el término de prueba, mientras la resolución no se notifique a todas las partes no produce ningún efecto.

Lo segundo es que mientras la circunstancia anterior se mantenga, el procedimiento no puede avanzar. En efecto, dar curso progresivo al procedimiento no significa cualquier cosa, sino que consiste en realizar algún trámite, gestión o actuación que esté destinado al avance del procedimiento, hasta lograr la decisión de la controversia a través de una sentencia. En otras palabras, se dará curso progresivo a los autos cuando el tribunal o las partes realicen gestiones útiles destinadas a que el procedimiento siga su curso legal, que avance de acuerdo con el orden establecido por la ley, y mientras no se notifique la interlocutoria de prueba a ambas partes, es imposible realizar actuaciones que tiendan a hacer avanzar el procedimiento.

⁵ CORTE SUPREMA (1909) p. 423.

⁶ CORTE SUPREMA (2012) rol 2248-2011, considerando 7.º. En el mismo sentido CORTE DE APTELACIONES DE CONCEPCIÓN (2012) rol 69-2012; CORTE DE APTELACIONES DE CONCEPCIÓN (2013) rol 229-2013.

⁷ También la doctrina ha comentado esa línea jurisprudencial, véase CAMIRUAGA (2004) pp. 32-33.

⁸ Una posición contraria la sostiene CORTEZ (2018) p. 158.

Por lo anterior, la ley exige que para que se configure el abandono del procedimiento, el plazo de seis meses de inactividad de las partes se cuenta desde la fecha de la última resolución que recayó en alguna gestión útil, debiendo distinguirse aquellas gestiones que tienen el carácter de útil y aquellas que no tienen tal carácter, porque no permiten continuar con el procedimiento de que se trate.

Los considerandos octavo y noveno de la sentencia que comentamos intentan demostrar que la notificación de la interlocutoria de prueba a una sola de las partes es una gestión útil porque dar curso al procedimiento, pero ello no es efectivo y un básico razonamiento permite demostrar que lo que se afirma en la sentencia no es real.

Así, por ejemplo, la sentencia en el considerando octavo afirma:

“que no puede ser considerada inútil o carente de efecto la sola notificación del demandado de la interlocutoria de prueba, toda vez que ante la supresión hipotética de esta actuación, el periodo probatorio no hubiese podido comenzar a correr. Es evidente que para contemplar una ‘última notificación a las partes’ ha debido mediar ‘una primera’, siendo del caso que no existe exigencia legal en orden a que todas las partes del juicio deban ser notificadas coetánea o simultáneamente de la resolución ya comentada”.

El hecho o circunstancia que solo se haya notificado la interlocutoria de prueba al demandado, impide que el procedimiento avance porque para que dicha resolución produzca efecto debe ser notificada a todas las partes del proceso. Y, luego, es bastante evidente lo que menciona la sentencia en cuanto a que “para contemplar una última notificación debe mediar una primera”. Pero se yerra al decir que una sola de ellas genera efectos y más todavía al construir un argumento afirmando que no existe exigencia legal en orden a que todas las partes del juicio deban ser notificadas de forma coetánea o simultánea porque con bastante evidencia la ley no exige que las notificaciones sean coetáneas o simultáneas, pero sí exige que se haya notificado a ambas partes porque el plazo probatorio comienza a correr desde la última notificación.

Por otro lado, no es efectivo lo que menciona la sentencia en el considerando noveno en cuanto a que “cada comunicación del auto de prueba genera por sí misma el efecto de avanzar en la prosecución del juicio” porque la notificación a una sola de las partes impide la progresión del procedimiento, sino que todo lo contrario, el procedimiento queda estancado, obstruido, empantanado porque para que la resolución produzca efecto, para que comience a correr el término probatorio y las partes puedan realizar los actos procesales pertinentes que correspondan en esa fase del procedimiento (reponer, presentar listas de testigos, pedir peritajes y, en general, realizar actos procesales para in-

corporar las fuentes de prueba al proceso judicial) es necesario que ambas partes estén notificadas. En otras palabras, como acertadamente se ha expresado por la doctrina:

“es el conjunto de notificaciones de dicha resolución la que –en cuanto condición de aplicación de las normas correspondientes– la que produce el efecto de iniciar el término probatorio (en caso de no existir reposición a la resolución que recibe la causa a prueba), y permitir el avance del proceso”⁹.

Así también lo ha reconocido nuestro máximo tribunal de justicia en cuanto a la resolución que cita a las partes a conciliación, pues para que exista audiencia de conciliación es necesario que la resolución que cita a esa audiencia se notifique por cédula a ambas partes porque de lo contrario, es imposible que tenga lugar la audiencia referida¹⁰. Mientras ello no ocurra el procedimiento queda estancado, no avanza, y dicha resolución judicial no produce efecto.

De esta manera, los argumentos que esgrime el fallo de casación de nuestro máximo tribunal de justicia no convencen al lector porque establece ciertas premisas incompletas o aisladas con el objetivo de asignar ciertos efectos a una determinada actuación procesal, efectos que no se producen si se establecieran premisas completas que consideren todos los elementos fácticos del caso.

IV. UN BREVE COMENTARIO LA VOTO DE MINORÍA

El voto de minoría, del ministro Arturo Prado Puga, consideramos que sienta la doctrina jurisprudencial correcta. En efecto, la argumentación esgrimida, en particular la contenida en el considerando cuarto del referido voto, resulta ser la adecuada, pues reconoce que la notificación a una sola de las partes de la resolución que recibe la causa a prueba:

“[...] no importa ni da cuenta de un actuar destinado efectivamente a la continuación en la tramitación del proceso con el objeto de obtener finalmente la dictación de la sentencia definitiva que decida el asunto controvertido; desde que la notificación a la demandante no se efectuó. De este modo, no habiendo cumplido el demandante con la carga de dar impulso al proceso en esta etapa que es común para todas las partes, su inacción permitió, indefectiblemente, la paralización del curso del pleito [...]”.

⁹ GONZÁLEZ (2022) pp. 330-331.

¹⁰ CORTE SUPREMA (2023) rol 97.046-2021.

En nuestra opinión esta era la correcta doctrina jurisprudencial que venía manteniendo la Corte Suprema y que fue desconocida en la sentencia pronunciada el 30 de abril de 2024.

V. LA CORTE SUPREMA, EN ESTA MATERIA, NO ESTÁ CUMPLIENDO LA FUNCIÓN NOMOFILÁCTICA QUE SE ASIGNA AL RECURSO DE CASACIÓN EN EL FONDO

La finalidad del recurso de casación en el fondo es abordada por nuestra doctrina¹¹. De un modo concreto, esta afirma que el recurso de casación en el fondo protege la correcta observancia de la ley, la legalidad del fallo¹², haciendo efectiva la garantía constitucional de la igualdad ante la ley¹³. Su objetivo es la genuina aplicación e interpretación de la ley, corrigiendo la infracción de la misma, logrando así la uniformidad de la jurisprudencia¹⁴.

Según explica Alejandro Romero Seguel:

“los antecedentes sobre la historia del establecimiento del recurso de casación en el fondo, en nuestro ordenamiento, avalan que su fin era encauzar la jurisprudencia, para hacer realidad el principio de igual aplicación de la ley a todos los ciudadanos. Durante todo el proceso legislativo quedó constancia de la estrecha relación que debía existir entre este medio de impugnación y la unidad de la jurisprudencia”¹⁵.

Sin perjuicio que por diversas razones la finalidad relativa a lograr uniformar la jurisprudencia no se ha logrado del todo¹⁶, conviene destacar que la Corte Suprema tiene diversas interpretaciones de la ley al momento de fallar un recurso de casación interpuesto contra una resolución que haya acogido o rechazado el incidente especial de abandono del procedimiento.

¹¹ Sobre este tema véase CARRASCO (2019) pp. 346-350.

¹² En este sentido URRUTIA (1949) tomo I p. 237, afirma que a la Corte Suprema: “[...] no le interesa la justicia o injusticia del asunto. Le interesa el respeto a la ley y precisamente su labor se concreta en mantener la exacta observación de las leyes”.

¹³ PALOMO (2019) p. 279; MOSQUERA y MATURANA (2010) p. 284.

¹⁴ En este sentido ORTÚZAR (1958) p. 9, expresa: “el recurso de casación, en su base política y jurídica, tiene por objeto velar por la recta y genuina aplicación e interpretación de la ley, corrigiendo la infracción de la misma, y logrando en esta misión, al ser ejercida por un mismo y solo tribunal, la uniformidad de la jurisprudencia”. En el mismo sentido CORTEZ (2002) pp. 168-170; PALOMO (2019) pp. 279-280.

¹⁵ ROMERO (2004) p. 67.

¹⁶ Sobre los problemas por los cuales no se ha logrado este fin *cf.* ROMERO (2004) pp. 76-116; MOSQUERA y MATURANA (2010) pp. 284-288.

Esta situación no debiese ocurrir porque, por un lado, se infringe el principio de igualdad ante la ley, en virtud del cual, en una explicación básica, consiste en que la ley debe ser aplicada de la misma manera a todas las personas y, por otro lado, la Corte Suprema no cumple con la función nomofiláctica asignada al recurso de casación en el fondo, en virtud de la cual el referido recurso tiene por finalidad lograr la uniformidad de la jurisprudencia.

CONCLUSIONES

Consideramos que es incorrecta la interpretación que sostiene la Corte Suprema en la sentencia de 30 de abril de 2024. Somos del parecer que la resolución que recibe la causa a prueba debe notificarse a ambas partes para que produzca efecto y de esa manera pueda comenzar el cómputo del término probatorio y las partes puedan cumplir las cargas procesales de aportar prueba al proceso judicial. Mientras no se notifique esa resolución a ambas partes o solo se notifique a una de ellas, el procedimiento se mantiene estancado, no avanza, no cambia de etapa o fase, por lo que el plazo para que se configure el abandono del procedimiento sigue corriendo.

También somos de la opinión que la Corte Suprema debe restaurar la correcta doctrina jurisprudencial, la cual está contenida en el voto de minoría de la referida sentencia, razonamiento que mantuvo durante un buen tiempo y que se manifiesta en una serie de sentencias que también indicamos al inicio de este comentario.

BIBLIOGRAFÍA

- CAMIRUAGA CHURRUCA, José Ramón (2004): *De las notificaciones* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 4ª edición).
- CARRASCO POBLETE, Jaime (2019): *La nulidad procesal en el derecho procesal civil chileno. Técnica protectora de los derechos y garantías de las partes y terceros técnicos* (Valencia, Tirant lo Blanch).
- CORTEZ MATCOVICH, Gonzalo (2018): “Comentario de jurisprudencia. Gestiones útiles en el abandono del procedimiento (¿notificación tácita de la interlocutoria de prueba?)”, *Revista de Derecho* n.º 243 (Universidad de Concepción, enero-junio).
- CORTEZ MATCOVICH, Gonzalo (2002): “Reflexiones sobre la evolución de la casación en el proceso civil”, *Revista de Derecho* año LXX, n.º 211 (Universidad de Concepción, enero-junio).
- GONZÁLEZ AMPUERO, Felipe (2022), “Imputación en el abandono del procedimiento e interpretación de sus normas”, *Revista Chilena de Derecho Privado* n.º 39.

- MOSQUERA RUIZ, Mario; MATURANA MIQUEL, Cristián (2010): *Los recursos procesales* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- ORTÚZAR LATAPIAT, WALDO (1958): *Las causales del recurso de casación en el fondo en materia penal* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- PALOMO VÉLEZ, Diego (2019): "El recurso de casación en el fondo", en Bordalí, Andrés; Cortez, Gonzalo; Palomo, Diego (dirs.), *Proceso civil. Los recursos y otros medios de impugnación* (Santiago, Thomson Reuters, 2ª edición).
- ROMERO SEGUEL, Alejandro (2004): *La jurisprudencia como fuente del derecho* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- URRUTIA SALAS, Manuel (1949): *Manual de derecho procesal* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

Jurisprudencia

- CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN (2012): rol 69-2012, 20 de abril de 2012.
- CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN (2013): rol 229-2013, 17 de octubre de 2013.
- CORTE SUPREMA (1909): 30 de octubre de 1909, *Gaceta de Tribunales*, tomo II, n.º 969.
- CORTE SUPREMA (2012): rol 2248-2011, 16 de enero de 2012.
- CORTE SUPREMA (2022): rol 9042-2022, 12 de julio de 2022.
- CORTE SUPREMA (2022): rol 124.387-2022, 7 de noviembre de 2022.
- CORTE SUPREMA (2023): rol 60.825-2021, 7 de junio de 2023.
- CORTE SUPREMA (2023): rol 97.046-2021, 27 de julio de 2023.
- CORTE SUPREMA (2024): rol 141.493-2022, 22 de enero de 2024.
- CORTE SUPREMA (2024): rol 281-2024, 26 de enero de 2024.
- CORTE SUPREMA (2024): rol 102.867-2023, 5 de marzo de 2024.
- CORTE SUPREMA (2024): rol 62.079-2023, 19 de abril de 2024.
- CORTE SUPREMA (2024): rol 11.213-2024, 1 de abril de 2024.
- CORTE SUPREMA (2024): rol 12.883-2024, 19 de abril de 2024.
- CORTE SUPREMA (2024): rol 62.079-2023, 19 de abril de 2024.
- CORTE SUPREMA (2024): rol 152-950-2022, 30 de abril de 2024.

¡MONTAÑISMO CONSTITUCIONAL!
CUANDO EL ÉXITO DEL PROCESO
NO ESTÁ EN LA CUMBRE,
SINO AL FINAL DEL DESCENSO

CONSTITUTIONAL CLIMBING!
WHEN THE SUCCESS OF THE PROCESS
IS NOT AT THE SUMMIT
BUT AT THE END OF THE DESCENT

*Alejandro Lagos Torres**

RESUMEN: En este artículo estudiamos los tres intentos para cambiar la Constitución chilena realizados en los últimos años, tratando de encontrar las razones que los han hecho fracasar. Para lograrlo, se relaciona dicho desafío constitucional con los problemas que presenta la ascensión a una montaña.

PALABRAS CLAVE: Constitución, cambio constitucional, procesos constituyentes, éxito o fracaso.

ABSTRACT: This article studies the three attempts to change the Chilean Constitution made in recent years, trying to find the reasons that have made them fail. To achieve this, this constitutional challenge is related to the problems presented by climbing a mountain.

KEYWORDS: Constitution, constitutional change, constituent processes, success or failure.

* Abogado. Profesor de Derecho Constitucional, Universidad del Desarrollo sede Concepción. Magíster en Derecho de la Empresa mención en Derecho Tributario, Universidad del Desarrollo. Máster Universitario en Análisis Económico del Derecho y las Políticas Públicas, Universidad de Salamanca (España). Correo electrónico: af.lagos@udd.cl

INTRODUCCIÓN

Hace cien años, formando parte de la Tercera Expedición Británica al Everest de 1924, desaparecieron los escaladores George Mallory y Andrew Irvine, que intentaron ser las primeras personas en alcanzar la cumbre más alta del mundo, y con su extravío nació el misterio, hasta aun hoy persistente, respecto a si fueron o no los primeros en lograr la hazaña. De haber tenido éxito, se habrían anticipado en veintinueve años a la primera ascensión conocida, la de Edmund Hillary y Tenzing Norgay en 1953. Y cuando en 1999, esto es setenta y cinco años después de la desaparición, fue encontrado el cadáver de George Mallory, ni sus restos ni los elementos hallados junto a él fueron suficientes para revelar el misterio, al tiempo que el cadáver de su compañero Andrew Irvine aún sigue desaparecido.

Cuenta la historia que un año antes, cuando en 1923 se encontraba George Mallory en una gira por Estado Unidos, recaudando fondos para la que sería su fatal expedición, a la pregunta que le hiciera de un periodista sobre por qué quería subir el Everest, su célebre y contundente respuesta habría sido “porque está ahí”. Mas esta respuesta es mucho más compleja de lo que parece. Por una parte, ser los primeros en llegar a la cumbre del Everest se había vuelto una cuestión de honor para el Imperio británico, que ya había sido derrotado en la carrera para llegar primero a los polos Norte y Sur, donde el Everest representaba el tercer polo de la Tierra, y el único aún no conquistado. Y para lograrlo, los británicos ya habían visto frustradas sus pretensiones en las expediciones de 1921 y 1922. Por otra parte, George Mallory, un experimentado montañista que había participado en las dos expediciones previas, era, a la vez, consciente de que, a sus treinta y ocho años, la expedición de 1924 era, tal vez, la última oportunidad que él tendría en su vida para alcanzar el techo del mundo, considerando las limitaciones técnicas del montañismo de hace un siglo, así como, también, el desconocimiento científico que aún se tenía de los efectos que la altura produce en la salud. Así, el 7 de junio de 1924, George Mallory partió del Collado Norte a conquistar la cumbre del Everest, pero jamás volvió.

Alcanzar la cumbre es lo que marca el éxito de la expedición, por cuanto es ella la razón de ser del desafío, por lo cual, si la cumbre no es conquistada, como consecuencia la expedición es un fracaso. Pero llegar a la cumbre y no regresar también es un fracaso. En efecto, el famoso montañista italiano Reinhold Messner, la primera persona en escalar las catorce cumbres de más de ocho mil metros del planeta, nos dice que “no es un héroe quien gana, sino el que regresa”. Y es por esto que se dice que la fotografía de la expedición exitosa no es la que se toma en la cumbre, sino la que se toma cuando todos los expedicionarios están de vuelta en el campamento base. Por tanto, el éxito del desafío requiere tanto llegar a la cumbre como regresar para contarlo.

Tenemos, entonces, que una cumbre no se puede alcanzar a cualquier precio. El frío, una mala planificación o la conocida hipoxia, esto es, la falta de oxígeno en el cerebro que provoca el mal de altura, son algunos de los muchos problemas que pueden llevar a una expedición al fracaso, incluso con consecuencias fatales. En el caso de la hipoxia, esta, además, impide pensar con claridad, y la persona puede sufrir alucinaciones.

Para el jurista que además guste de la montaña, pudiese ser inevitable asociar un desafío jurídico con la ascensión a una cumbre. En nuestro caso, en especial tras los recientes frustrados intentos por cambiar la Carta Fundamental, creemos que un cambio de Constitución tampoco puede materializarse a cualquier precio, haciendo abstracción del contexto y de los efectos a largo plazo. De hecho, una Constitución debe pensarse a largo plazo, sin dejarse llevar por las circunstancias inmediatas ni por intereses cortoplacistas. Y en este aspecto, cobra especial relevancia tomar los resguardos necesarios para no caer en conductas que tiendan a dichos fines, por cuanto en estas materias pareciera que la hipoxia también hace de las suyas.

En las líneas siguientes, queremos hacer algunas reflexiones sobre los tres intentos frustrados de cambio constitucional que ha experimentado nuestro país desde esta óptica del montañismo, según la cual el plebiscito ratificatorio es solo el ataque a la cumbre, pero después aún queda el desafío tanto o más complejo de bajar a la base, que en este caso equivale a la implementación del nuevo texto constitucional. Solo entonces podemos decir que el desafío terminó y “volvimos a la normalidad”. Nos centraremos especialmente en comentar el tercer proceso, concluido con el rechazo de la propuesta constitucional en el plebiscito del 17 de diciembre de 2023 por un 55,76 % de los votos válidamente emitidos.

I. EL PROBLEMA CONSTITUCIONAL CHILENO

Es un hecho que ciertos sectores de la sociedad chilena objetan de ilegítima la Constitución de 1980 por haber sido redactada bajo un régimen no democrático, refiriéndose a ella como la “Constitución espuria”, a lo cual se puede contraargumentar que ningún texto constitucional chileno ha tenido un origen completamente “democrático”, lo cual, además, por sí solo no incide en la calidad del texto, pudiendo, por tanto, esta primera crítica ser desestimada. Por el contrario, no obstante el muy loable trabajo realizado por la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, la “Comisión Ortúzar”, entre septiembre de 1973 y octubre de 1978, no puede llegarse a la misma conclusión respecto del plebiscito del 11 de septiembre de 1980, que ratificó la nueva Carta Fundamental, del que desde un principio se acusó fraude, entre otras razones, por

haberse realizado sin registros electorales, sin apoderados, y donde el uso de una tinta indeleble fácilmente borrable para identificar a los votantes permitía que más de algún elector concurriese a sufragar varias veces. Por tanto, parece razonable considerar que el plebiscito de 1980 fue al menos “irregular”.

En efecto, según el resultado oficial, el texto fue aprobado por el 67,04 % de los votos emitidos, incluyendo un 1,34 % de votos blancos que se contabilizaron a favor de la aprobación, esto es, dos tercios de los votos emitidos, aunque cabe la posibilidad de que dicho resultado no corresponda a la realidad expresada en las urnas. Sin embargo, es razonable pensar que efectivamente ganó la opción favorable al nuevo texto, aunque por un menor porcentaje de votos que el oficial, considerando que el contexto en el cual se efectuó el plebiscito era favorable al gobierno de la época, por cuanto en 1980 el relato socioeconómico se estaba cumpliendo y había una percepción general de progreso. Por el contrario, hacia 1982, en medio de la terrible crisis económica que dio paso a las primeras protestas contra el régimen, es probable que el gobierno no se hubiese arriesgado a realizar plebiscito alguno.

En este sentido, en 1980 podría haber ganado la opción favorable al nuevo texto, pero no por el 67,04 % oficial, sino por un 55 % o 58 % de los votos emitidos, resultado que, si bien reafirma que el pueblo chileno apoyó el nuevo texto constitucional, en contrapartida la mayor estrechez del resultado de todas maneras refleja la falta de un gran acuerdo en favor de la nueva Constitución. Creemos que esta constatación es esencial, especialmente en comparación con el último plebiscito del 17 de diciembre de 2023, pues, como veremos más adelante, una Carta Fundamental que no inicie su vigencia con al menos un 70 % de respaldo popular está condenada al fracaso.

Opuesta es la situación de la gran reforma constitucional de 1989, que fue negociada entre el gobierno y la oposición de la época, y aprobada con un 91,25 % de los votos válidamente emitidos, y que ahora sí contó con todas las garantías institucionales, como el Servicio Electoral, padrón, partidos políticos, apoderados, etc. Creemos que este plebiscito del 30 de julio de 1989 sí legitimó definitivamente la Carta de 1980, y si esto fuese desconocido, entonces habría que cuestionar también el resultado del plebiscito de 1988, el del “Sí” y el “No”, que también se celebró con las condiciones antes señaladas, y cuyo resultado nadie ha objetado jamás.

Y luego vino la gran reforma de 2005, realizada por el Congreso, sin plebiscito, lo cual es lo normal por cuanto, por tratarse de una reforma en un régimen democrático, le corresponde al ente que naturalmente tiene el poder constituyente derivado: el Congreso. A partir de este evento, cualquier duda de legitimidad debería haberse disipado, pero no fue así, pues los problemas continuaron tan pronto se aprobó dicha reforma, aunque ahora sustentada por nuevos argumentos.

En efecto, ya no solo se insistía en el subsanado problema de la ilegitimidad de origen, sino que ahora se objetaba con fuerza que el texto vigente imponía un modelo de sociedad y con la existencia de “trampas” que impedían que la voluntad popular se reflejara en el sistema político, por ejemplo, reglas supuestamente por sobre el estándar de las democracias representativas como los *quorum* reforzados, el control de constitucionalidad por parte de Tribunal Constitucional, el régimen especial de las leyes orgánicas constitucionales y la existencia de un sistema electoral que buscaba generar mayorías estables en el Congreso.

Y a lo anterior se fue agregando la exaltación de los derechos sociales, donde el relato crítico al texto usó como “ariete”, no solo la falta de consagración constitucional de determinados nuevos derechos, sino que, además, otros tantos derechos sí mencionados en el texto pero que “no se cumplían”. Mas debemos señalar al respecto que se cumple o no se cumple una norma que existe, no una norma que no existe, por lo cual, si tal o cual cosa “no se cumple”, no es por falta de norma, sino que en última instancia es por falla del Estado en su papel de servir a la persona y de velar por el bien común. Y, en segundo lugar, a veces no es cierto que las cosas no se cumplen, pues, si bien todo es perfectible, no es menos cierto que muchas veces los servicios públicos funcionan mejor de lo que el relato estándar afirma.

Dicho todo lo anterior, para desenredar nuestro problema constitucional, creemos necesario distinguir dos subproblemas independientes, aunque entrelazados entre sí. El primer problema corresponde a todos aquellos elementos de nuestra Carta Fundamental que no funcionan bien, que en general corresponden a defectos en la parte orgánica del texto, y que es de lo que menos se habla, por cuanto el relato crítico se ha estacionado en los derechos que el texto reconoce o no reconoce, que en todo caso pueden y deben ser complementados, por ejemplo, para salvar lagunas, con principios generales como la servicialidad, la búsqueda del bien común o la subsidiariedad, lo cual no es aplicable respecto de los órganos constitucionales, puesto que, por el principio de legalidad, un órgano tiene o no tal facultad, se requieren o no tales o cuales requisitos para dirigirlo, etc., es decir, los defectos de diseño no son subsanables recurriendo a los principios generales. El segundo problema es la “tranca” de la legitimidad de origen, que tiene el inconveniente de inducir a rehacer todo desde cero innecesariamente, desconociendo que en el texto hoy vigente lo original de 1980 es poco contenido, pues, por una parte, cerca de la mitad del texto vigente fue escrito después de 1989, en tanto gran parte de la otra mitad son disposiciones que vienen de Bernardo O’Higgins al inicio de la República, de Diego Portales y la Carta de 1833, de Arturo Alessandri Palma y la Constitución de 1925, y de la gran reforma a dicha Carta efectuada en 1970, es decir, lo novedoso de 1980 tal vez no excede del 10 % del texto vi-

gente, y en todo lo anterior hay cosas que sí funcionan, como también hay muchas disposiciones que corresponden a tradiciones republicanas.

La distinción señalada nos parece importante, pues si realmente lo que se quiere es mejorar lo que no funciona, no es necesario rehacer la Constitución desde cero, ni menos someter a la institucionalidad y a la sociedad chilena al enorme estrés que significa plebiscitar un nuevo texto en su conjunto, procedimiento que induce a que la gente ponga especial cuidado en lo que le perjudica de un nuevo texto constitucional.

Es en este contexto en el que comenzaron a sucederse los intentos por cambiar la Constitución.

II. PRIMER ACTO

En 2015, durante su segundo mandato, Michelle Bachelet dio inicio al primer proceso para dictar una nueva Constitución para Chile, siendo, tal vez, lo más vistoso de este proceso los cabildos desarrollados durante 2016, instancias en las que se esperaba que la ciudadanía debatiera qué temas debía considerar la nueva Carta Fundamental, lo cual sería utilizado como insumo para la redacción del nuevo texto. Pero, en general, la participación fue baja, al tiempo que se criticó que las pautas entregadas a la ciudadanía eran muy rígidas, con preguntas demasiado dirigidas, y en las que se consultaba a las personas sobre temas técnicos que hacían surgir dudas si la gente en realidad llegaba a comprender, por ejemplo, sobre la forma de Estado y la forma de gobierno que debía adoptar Chile.

Por otra parte, en el afán de dar mayor protagonismo a la participación ciudadana, se prescindió de los partidos políticos, lo cual demostró, con el paso del tiempo, que le restó fuerza al proceso, sin que la clase política llegase a interesarse en forma seria en sacar adelante el desafío. Este “error de manual” ya había sido advertido como causa del fracaso del muy participativo proceso constituyente de Islandia en 2011, que solía ser mostrado como un ejemplo de participación ciudadana, pero silenciando, a la vez, el hecho de que la falta de apoyo partidista lo hizo fracasar.

Luego, en un hecho sintomático de lo antes mencionado, la presentación de las conclusiones se efectuó en una ceremonia en La Moneda, sin la participación de autoridades de otros poderes del Estado ni de los partidos políticos.

En los últimos días de este periodo presidencial, se ingresó al Congreso, vía mensaje, el proyecto de nueva Constitución, el cual nos sorprendió profundamente puesto que, considerando todo el tiempo y los recursos invertidos en los cabildos, en realidad era bastante parecido al texto vigente, sin perjuicio

de presentar severos problemas de redacción que en ciertos casos hacían ininteligibles algunas disposiciones. Una vez hubo dejado la presidencia Michelle Bachelet, su sucesor, Sebastián Piñera, no continuó la tramitación del proyecto, por cuanto el cambio constitucional no formaba parte de su programa de gobierno.

III. SEGUNDO ACTO

El inicio de este segundo intento se encuentra en el mal llamado “estallido social” del 18 de octubre de 2019. En esta ocasión, en un intento por detener la violencia desatada, un acuerdo transversal “por la paz y la nueva Constitución” abrió un nuevo proceso constituyente, aunque la violencia solo se detuvo como consecuencia de las cuarentenas decretadas para combatir la pandemia de COVID-19 a contar de marzo de 2020.

A partir del acuerdo, se llamó a un plebiscito para abril, el cual fue aplazado al 25 de octubre de 2020 producto de la pandemia, para que la ciudadanía manifestara su aprobación o rechazo a la idea de elaborar una nueva Constitución. En dicha ocasión, con voto voluntario y con las severas restricciones impuestas para enfrentar la pandemia, en que contagiados y grupos de riesgo no podían sufragar, participó tan solo el 50,95 % del padrón electoral, ganando la opción de aprobación con un 78,28 % de los votos válidamente emitidos, correspondientes a tan solo un 39,7 % del total de electores habilitados para votar. Y lo que siguió fue un completo desastre.

Para comenzar, la elección de convencionales se realizó utilizando reglas anormales, con listas de independientes formadas en los hechos por colectivos fuertemente politizados, con escaños reservados para pueblos originarios que resultaron sobrerrepresentados, y con regla de paridad, que, en definitiva, dieron como resultado un órgano redactor muy cargado a la izquierda y para nada de representativo de la sociedad chilena. Por otra parte, desde la mismísima ceremonia de inicio del trabajo de dicho órgano, el proceso fue una antología de conductas aberrantes y de faltas de respeto, todo inserto en un ambiente violento en el cual a todo el que piensa distinto se le trataba de “extremo”. A lo anterior, deben agregarse problemas formales de procedimiento durante el trabajo mismo, como la trampa de reponer propuestas de normas que ya habían sido rechazadas por el pleno, el poco tiempo que se dio en las comisiones para exponer ideas, el desechar el pleno todas las iniciativas populares de normas, muchos acuerdos se tomaron sin que quedase registro alguno, sin micrófonos, sin cámaras, sin actas, sin secretario, en definitiva, sin “historia de la ley”.

En cuanto al fondo de la propuesta, se trató de un texto larguísimo con un claro espíritu “refundacional”, no solo con muchos detalles, sino que, ade-

más, conteniendo demasiados temas propios de normas de desarrollo y de políticas públicas, que resultó repleto de experimentos ajenos a nuestra tradición cultural y jurídica, como la plurinacionalidad, los sistemas diferenciados de justicia para distintos grupos humanos, el Estado regional, etc., de conceptos no jurídicos como el “maritorio” o los “bienes naturales comunes”, y redactado con un deplorable mal uso de nuestra lengua castellana.

En consecuencia, el resultado del proceso no fue de extrañar: la propuesta fue rechazada en el plebiscito del 4 de septiembre de 2022, ahora con voto obligatorio, por un contundente 61,86 % de los votos válidamente emitidos. Y para la historia quedó que este fracaso fue la primera vez que en el mundo una propuesta constitucional elaborada por un órgano democráticamente elegido resultaba rechazada.

En todo caso, si bien este fracaso significó un gasto equivalente a construir un hospital, que fue a parar a la basura, no es menos cierto que esta caótica experiencia sí sirvió para sacar cosas en limpio, con lo cual se puede considerar que sí ganamos “algo”: el “contraejemplo”, esto es, que Chile no quiere una Constitución con experimentos académicos, es decir, que, en caso de llegar a materializarse un cambio constitucional, ahora sabemos a dónde no queremos llegar como sociedad. En efecto, el apruebo de entrada en octubre de 2020 fue “en abstracto”, el rechazo de salida de septiembre de 2022 fue “en concreto”.

IV. TERCER ACTO

Lo que parte mal, termina mal, y este fue el caso del tercer intento de cambiar la Constitución. Cabe señalar que el “acuerdo por la paz y la nueva Constitución” de noviembre de 2019 prescribía que, en caso de rechazarse la propuesta constitucional en el plebiscito de salida de septiembre de 2022, continuaba rigiendo la Carta vigente, lo cual se plasmó en el inciso final del art. 142 de la Constitución. Pero esto no ocurrió, ya que, a los pocos meses del plebiscito, lo señalado en dicho artículo fue incumplido.

En efecto, un nuevo acuerdo político, si bien bastante transversal, pero de todas maneras con importantes disidencias en varios sectores del espectro político, acordó iniciar un nuevo proceso constituyente, interpretando que la voluntad popular ya se había expresado en tal sentido en el plebiscito de octubre de 2020, no obstante que esta interpretación no solo vulneraba el texto constitucional, sino que, además, el contexto nacional transcurridos dos años ya había cambiado, y la idea de una nueva Constitución había perdido fuerza en la ciudadanía, más preocupada del gran deterioro económico del país y de la grave crisis de seguridad que se experimentaba.

Por consiguiente, este tercer proceso partió con severas taras. Si es que realmente debió haberse iniciado. Si bien las doce bases negociadas en el nuevo acuerdo, que se alzaban como límites claros que el órgano redactor no podía desbordar, más todo el insumo resultante de los dos procesos anteriores, como las dos propuestas, los cabildos, las audiencias, las iniciativas populares, los expertos, las encuestas, etc., auguraban una experiencia más ordenada, y con una tramitación más parecida a la formación de la ley, un conjunto de elementos y circunstancias presentes en esta ocasión no eliminaban la posibilidad de un nuevo fracaso. Primeramente, se planteaba la interrogante de si era democrático el origen de este tercer proceso, por haberse incumplido adrede el art. 142 de la Carta vigente, con lo cual la eventual aprobación de la nueva propuesta conllevaba la carga de avalar una pillería. Por esta razón, algunos sectores tildaban de ilegítimo este nuevo intento, exigiendo para darle curso un nuevo plebiscito de entrada, en vez de dar por válido el de 2020. Otros grupos cuestionaban la excesiva participación de expertos en este nuevo proceso, lo cual entendían anulaba la voluntad de los redactores democráticamente elegidos.

En cuanto al órgano redactor, electo ahora siguiendo las reglas de la elección del Senado, pero con corrección de paridad, nueva sorpresa: a la inversa del proceso anterior, este resultó con una amplia mayoría de derecha, lo cual otra vez dio como resultado un órgano poco representativo de la sociedad chilena y, además, el sector ganador no comprendió o no quiso comprender que su victoria era con votos prestados como forma de protesta contra el gobierno, no apoyo a sus ideas.

Cuando la nueva propuesta estuvo lista, si bien se trataba de un texto mucho más moderado que el del año anterior, fue posible observar cómo se repetían problemas de la anterior propuesta, por ejemplo, un texto demasiado largo y con mucho detalle, lo cual hace imposible su aprobación por una amplia mayoría, con inútiles reiteraciones, subsistían sin corregir problemas del texto vigente como la relación entre el derecho internacional y el derecho chileno, al tiempo que se dejaba a la ley la regulación de materias importantes por el solo hecho de que los redactores no lograron llegar a acuerdo. Por otra parte, a nuestro entender generaba problemas nuevos, como la eliminación del control preventivo obligatorio de constitucionalidad, la introducción de principios poco claros como el “Estado social”, y de conceptos indeterminados como que algo debe ser “razonable”, “adecuado” o “apropiado” cual patente de corso, así como la creación de nuevos órganos solo enunciados en forma vaga dejando toda la regulación a la ley, o la creación de “macrozonas” regidas por órganos superpuestos a los gobiernos regionales en vez de derechamente fusionar regiones.

Y así llegó el momento del plebiscito ratificatorio del 17 de diciembre de 2023. ¡Una locura! Quienes por años promovían el cambio constitucional apoyaban la opción “en contra”, y quienes desde un comienzo no querían di-

cho cambio se decantaban mayoritariamente por la opción “a favor”. El mundo al revés.

¿Pero cómo llegamos a esta situación? Por aberrante que pueda parecer, la decisión de los partidos políticos de apoyar una u otra opción era cortoplacista, no obstante que un texto constitucional debe pensarse a largo plazo, considerando sus efectos a cuarenta o cincuenta años. La oposición al gobierno apoyaba el nuevo texto esperando propinar al oficialismo una derrota mediática que afianzara sus posibilidades de triunfo en la próxima elección presidencial y parlamentaria, ¡en dos años más! Por el contrario, el oficialismo rechazaba el nuevo texto esperando evitar el triunfo mediático de la oposición. Por consiguiente, uno y otro sector no tenía interés alguno en la propuesta constitucional, sino que el apoyo a una u otra opción lo era pensando en las próximas elecciones presidenciales y parlamentarias. Y sobre este trasfondo operaba la propaganda. Unos iban en contra porque legítimamente no les agradaba el texto. Otros apoyaban la propuesta no por sentirse conformes con ella, sino bajo la ingenua e irresponsable ilusión de que así el derrotero constitucional se terminaría de una vez por todas, pese a que con el plebiscito de 2022 también debía terminarse el proceso, y, sin embargo, eso no ocurrió. Otros sectores, de una manera irracional e igualmente irresponsable, apoyaban una u otra opción solo porque el adversario apoyaba la opción contraria, pura visceralidad. En cuanto a los que aprobaban el texto bajo el supuesto de que ello favorecería en dos años más la elección de un mejor Congreso, cabe hacer presente que en política dos años son una eternidad, en ese lapso cualquier cosa puede pasar, lo cual quedó dramáticamente demostrado cuando solo un mes y medio después del plebiscito, el 6 de febrero de 2024, falleció Sebastián Piñera, quizá el único líder capaz de unir a la oposición, y que estaba aumentando su apoyo en las encuestas, lo cual envió al traste todo cálculo previo elucubrado antes del plebiscito.

Al final, el resultado del plebiscito fue un nuevo fracaso. El pueblo chileno otra vez volvió a manifestarse en contra de la nueva propuesta constitucional, en esta ocasión con el 55,76 % de los votos válidamente emitidos.

V. REFLEXIONES

Ante tanto cortoplacismo irresponsable, aquí nuestro análisis vuelve al montañismo: la cumbre no puede alcanzarse a cualquier precio. El día del plebiscito no se acaba el proceso constituyente, de la misma forma en que el día del ataque a la cumbre no se acaba la expedición. Una vez alcanzada la cumbre, aún falta bajar, y es sabido que la mayoría de los accidentes en la montaña se producen bajando, por lo que la expedición solo se termina una vez que se ha llegado

de regreso al campamento base. De la misma forma, el plebiscito equivale al ataque a la cumbre, en tanto la bajada corresponde a todo el proceso posterior de poner en marcha el nuevo sistema constitucional, esto es, dictar la normativa de desarrollo, la normativa de ejecución, instalar los nuevos órganos constitucionales, que se uniforme la jurisprudencia, tanto la judicial, la administrativa y la constitucional, todo lo cual puede tardar unos diez años en concretarse, antes de que el sistema se estabilice y “volvamos a la normalidad”, al campamento base. Y, de hecho, es cierta la probabilidad de que mucha normativa de desarrollo nunca se dicte y que la jurisprudencia no se uniforme, respecto de lo cual sí tenemos precedentes, incluso, con nuestro texto constitucional vigente. Además, en el caso del último plebiscito, considérese la gran cantidad de normas de desarrollo que debían dictarse por un Congreso tremendamente fraccionado.

Por consiguiente, cambiar una Constitución no es un fin en sí mismo, y no garantiza nada. Menos aun cuando se observaba que el ánimo constituyente de los chilenos había decaído. Al contrario de la mítica respuesta de George Mallory, una propuesta de nuevo texto constitucional no puede aprobarse “porque está ahí”, es decir, sin tener presente todas las dificultades que pueden presentarse durante la puesta en marcha de la nueva Constitución.

Para terminar, examinemos algunos puntos importantes.

1. ¿Cuándo es necesario dictar una nueva Constitución?

Creemos que un cambio constitucional racionalmente tendrá lugar cuando una sociedad que habita un mismo territorio se enfrenta a un evento que marca un quiebre en la forma en que se desenvuelven sus relaciones como, por ejemplo, sería el caso de su independencia respecto de otro país, el término de una guerra interna o externa, o un severo cambio de régimen. Por el contrario, la simple anomia no es equiparable a las situaciones antes señaladas. Si bien compartimos la apreciación de que nuestra Carta vigente tiene problemas, estos tampoco tienen la entidad suficiente como para justificar rehacer todo desde cero. Y en cuanto al mal llamado “estallido social”, que fue precisamente una manifestación de anomia fomentada desde ciertos sectores, y que puso a Chile en camino a los dos últimos procesos constituyentes, cabe advertir que la salida que en esa ocasión se propuso para superar la crisis fue inadecuada y desproporcionada, por cuanto, pese a la violencia desatada, la institucionalidad chilena nunca dejó de funcionar. Por otra parte, si Sebastián Piñera caía en 2019, quedaba el mal precedente de que saltarse las reglas era una forma válida para solucionar problemas. La situación vivida en esos días no fue siquiera parecida a la que experimentaba nuestro país antes del 11 de septiembre de 1973, en que

el Congreso hacía semanas que no sesionaba, el Tribunal Constitucional se abstenía de resolver, y el Presidente de la República había sido declarado fuera de la ley por la Corte Suprema y la Cámara de Diputados de esa época.

Ejemplos hay de sobra de países que, enfrentados a reales crisis severas, fueron capaces de darse una nueva Constitución, siendo aprobada por mayorías importantes del electorado, como es el caso de la Constitución francesa de 1958, surgida de la necesidad de cambiar el sistema de gobierno dada la debilidad de los gabinetes que uno tras otro eran derribados por el Parlamento, y que fue aprobada con un 82,6 % de votos a favor, o de la Constitución española de 1978, nacida también de la necesidad de reglamentar la nueva era democrática tras el fin del régimen de Francisco Franco, siendo aprobada esta por un 87,78 % de quienes votaron.

Pero para que se produzca un cambio constitucional exitoso, además de la necesidad de que exista una causal de tal severidad que justifique dicho cambio, creemos que, además, se requiere, al menos, de otras dos condiciones. Primero, que haya liderazgos claros que conduzcan el proceso, como fue el caso de Charles de Gaulle, Michel Debré y René Coty en la Francia de 1958 o de Juan Carlos I, Adolfo Suárez y Torcuato Fernández-Miranda en la España de 1978. Lo mismo podríamos decir respecto de las últimas Cartas chilenas, con Diego Portales en 1833, Arturo Alessandri Palma en 1925 y Augusto Pinochet en 1980. Por el contrario, en los tres intentos chilenos nunca hubo un líder claro. Y segundo, para que un texto constitucional sea capaz de generar un amplio consenso, debe ser breve y contener lo esencial, nada de políticas públicas, lo cual se cumple en las actuales Cartas francesa y española, con unas once mil y diecisiete mil palabras respectivamente, pero que estuvo lejos de suceder con las dos propuestas constitucionales chilenas de 2022 y 2023, ambas de más de cuarenta mil palabras, tamaño similar al de la actual Carta Fundamental colombiana de 1991.

Finalmente, creemos que el fondo del problema constitucional chileno es más político que jurídico, es la mala calidad de la política en general, por lo que nada se logra con solo cambiar de avión si en realidad el problema radica en la forma de pilotear.

2. *¿Qué es una “buena Constitución”?*

Antes de cualquier otra consideración, creemos que el aspecto fundamental para que una Constitución pueda ser considerada como “buena” es que sea capaz de funcionar, considerando la realidad de la sociedad a la cual debe regir. Un texto constitucional puede tener un origen incuestionablemente democrático, pero si en la práctica se demuestra incapaz de funcionar, nos encontramos ante un texto que no sirve, es un mal texto que no cumple su cometido.

3. *¿Podemos rescatar algunas lecciones de los tres procesos vividos en Chile?*

Al analizar los tres procesos se pueden detectar al menos tres graves errores. Primero, en 2022 y 2023 se cometió el error de manual de prescindir de los partidos políticos, tal como ocurrió en el caso de Islandia en 2011, pues por mucho que se desconfíe del futuro comportamiento que puedan tener los partidos una vez que el nuevo texto esté en vigencia, igual estos van a reformar el texto cuando así lo consideren conveniente. Dicha exclusión refleja, en definitiva, una cierta soberbia y también algo de torpeza. Segundo, otro error manifiesto fue la refundacional teoría de la “hoja en blanco”, esto es, escribir las propuestas desde cero, por cuanto ello permite la “lista de supermercado”, para que luego el rechazo a la propuesta vaya sumando adeptos “por temas”, según los intereses de cada cual. Un texto eficiente que concite el apoyo de al menos un 70 % del electorado debe ser general y breve, por cuanto la Norma Suprema, la regla más general de todas, debe ser una sola y neutra, mientras que la equidad se logra con las políticas públicas. A su vez, toda propuesta debe mantener, tanto lo que funciona como las tradiciones republicanas. Por el contrario, un texto extenso y detallado solo le agrega lastre al proceso, cual mochila sobrecargada que obstaculiza al montañista. Y, por último, el tercer error es la tan repetida aspiración a que la Constitución “la escriba la gente”. ¿Quién? Redactar una Constitución es un tema técnico, en tanto que el poder constituyente por definición está radicado en el Congreso. Cualquier otra opción es mero oportunismo, pues los grupos chicos de presión saben que la vía legislativa no les conviene. Y esto es sin perjuicio de que un independiente en política es una contradicción en los términos, por cuanto un independiente “de verdad” en política no se mete.

4. *Dos afirmaciones muy repetidas previo a los plebiscitos de 2022 y 2023*

La primera afirmación, que mucho se repitió antes de ambos eventos por quienes apoyaban las respectivas propuestas, paradójicamente en cada plebiscito de distinta sensibilidad política, era que había que “aprobar y después reformar”. Esto es frívolo. ¿Qué sentido tiene aprobar para después reformar, si precisamente se llegó a los procesos constituyentes por la dificultad que se denunciaba para reformar el texto vigente? Y, por otra parte, reformar después, pero ¿cuándo? ¿Cuándo se pueda en cinco, diez o veinte años más? Nos parece un completo disparate, y una absoluta falta de seriedad. Si el texto no convence, no se puede aprobar. La otra afirmación, también proveniente de quienes apoyaban las respectivas propuestas, corresponde a una crítica a los detractores de cada

una en cuanto a “por qué en forma tan majadera fijarse en lo malo de los textos”, como si acaso lo bueno no fuera suficiente para compensar lo malo. Creemos que fijarse en los aspectos negativos de cada propuesta es la conducta más racional y lógica que debiese adoptar el votante, por cuanto es lo malo lo que produce daño, el que en ciertos casos puede llegar a ser irreversible. Esto es no tomarle el peso a lo que significa adoptar una nueva Constitución, al tiempo que manifiesta cómo le juega en contra al proceso el tener que votar por la propuesta a fardo cerrado, pues el fijarse en lo malo incentiva el rechazo.

5. El resultado del plebiscito visto desde el montañismo

Teniendo la papeleta dos alternativas: “a favor” y “en contra”, en realidad el día del plebiscito podían darse cuatro resultados posibles. Que la propuesta se apruebe por una gran mayoría o que se rechace por una gran mayoría, entendiendo por “gran mayoría” más de un 70 % de los votos o, bien, que se apruebe con un margen estrecho o que se rechace con un margen estrecho, entendiendo por “margen estrecho” con menos de treinta puntos de diferencia, por ejemplo, una diferencia menor a un 65 % - 35 % de los votos.

Si la propuesta se aprobaba por una gran mayoría o se rechazaba por una gran mayoría, en ambos casos podría considerarse que el resultado es bueno, en la medida que refleja un gran acuerdo transversal en la ciudadanía. Por el contrario, si la propuesta se aprobaba con un margen estrecho o se rechazaba con un margen estrecho, en ambos casos el resultado es malo, pues refleja una fractura en la sociedad, una severa polarización. Sin embargo, entre las dos hipótesis de resultado con margen estrecho, creemos que objetivamente es más malo que la propuesta se apruebe con un margen estrecho, por cuanto implica iniciar todo desde cero con un altísimo nivel de oposición. Una Constitución que comienza su vigencia con una contestación tan alta está condenada al fracaso, no hay razón para que acabe la crisis, se abrirá la Caja de Pandora, y no durará cuarenta años. En cambio, si la propuesta se rechaza con un margen estrecho, si bien dicho resultado igual refleja la polarización de la sociedad, al menos las cosas se quedan como están, en vez de saltar a una piscina sin agua.

Si volvemos al montañismo, entendiendo que el día del plebiscito es solo el día del ataque a la cumbre, y que el éxito de la expedición solo se concreta cuando tras hacer cumbre se termina sano y salvo el descenso, podemos considerar los cuatro resultados posibles de la siguiente manera: si la propuesta se aprueba por una gran mayoría, esto equivale a hacer cumbre y completar el descenso sano y salvo; si la propuesta se rechaza por una gran mayoría, esto sería suspender la expedición sin intentar la cumbre; si la propuesta se aprueba por un margen estrecho, esto corresponde a conquistar la cumbre, pero

no volver, es decir, se trata del peor de todos los resultados; y, finalmente, si la propuesta se rechaza por un margen estrecho, esto sería iniciar el ataque a la cumbre, pero abortarlo a tiempo por no ser favorables las condiciones.

El 17 de diciembre de 2023 el pueblo de Chile inició el ataque a la cumbre, pero por el 55,76 % de los votos decidió no correr riesgos y dar media vuelta, un rechazo con margen estrecho. Creemos que el resultado fue malo por cuanto refleja la polarización que experimenta la sociedad chilena, pero, al menos, se trató del resultado “menos malo”. La cumbre no puede lograrse al cualquier precio.

CONCLUSIÓN

Lo que parte mal, termina mal. Sin embargo, de los tres procesos constitucionales podemos extraer algunas conclusiones:

1. Redactar una Constitución es más difícil de lo que parece y de lo que se nos quiso convencer.
2. El texto actualmente vigente es más moderado y mejor escrito de lo que se suele afirmar.
3. El no separar el problema de la legitimidad de origen de la necesidad de mejorar lo que no funciona, ha resultado perjudicial para los procesos constituyentes, pues la obsesión por la legitimidad obliga a plebiscitar la propuesta en su conjunto, lo cual incita a rechazar.
4. Termina imponiéndose el cortoplacismo, lo cual refleja que no hay voluntad real de mejorar.

Paradójicamente, hoy tenemos vigente la Constitución más ratificada del mundo, como consecuencia de los plebiscitos de 1989, 2022 y 2023, más la gran reforma hecha por el Congreso en 2005, por lo que creemos que el problema de la legitimidad debería darse por superado.

Si bien no hay que tenerle miedo al cambio, tampoco se trata de “cambiar por cambiar”. El cambio no es un fin en sí mismo, igual como la cumbre no puede alcanzarse a lo que cueste. De aprobarse un nuevo texto con un margen estrecho, no hay razón para que la crisis termine.

En contrapartida, llegar a acuerdos implica ceder, y no se observa en la actualidad un real ánimo en tal sentido. Se enfrentan dos visiones de mundo demasiado contrapuestas y, si bien, en teoría, un texto breve facilita los acuerdos, no se ve disposición para elaborar un texto así.

Tampoco se debe tildar un texto de “ilegítimo” por el solo hecho de que no nos gustó.

Creemos que una reforma sería debería partir, en vez que, de una hoja en blanco, borrando de la Constitución lo repetido o redundante como el inciso

5.º del art. 19 n.º 1, lo superfluo como el art. 32 n.º 21, lo obsoleto como el capítulo XII, y lo que evidentemente es materia de ley como los incisos 6.º a 10.º del art. 19 n.º 24, para solo entonces, cuando tengamos definido qué temas realmente merecen tener carácter constitucional, comenzar a negociar reformas. De no hacerlo así, otra vez tendremos un texto enorme que jamás se aprobará por una amplia mayoría.

Sin una real voluntad inspirada en el largo plazo, y en ausencia de virtud cívica, no hay cambio alguno que pueda tener éxito.

Y, finalmente, concluyendo con nuestra evocación a la montaña, hay que ser valiente para dar media vuelta antes de que se imponga la hipoxia, para así poder volver sano y salvo antes de que ocurra un desastre.

ÍNDICE
REVISTA DERECHO PÚBLICO
IBEROAMERICANO
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO
AÑO XII - N.º 24 - ABRIL DE 2024

REVISTA DEL CENTRO DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL
ISSN 0719-2959

WWW.DERECHOIBEROAMERICANO.CL

ESTUDIOS

Principios de derecho constitucional

Iván Aróstica Maldonado: Principios del derecho público en el constitucionalismo chileno. 1980 y después

Orden público económico

Humberto Romero-Muci: El petro venezolano: reflexiones sobre una falacia monetaria y pretendida unidad de cuenta

Alejandro Lagos Torres: Inflación y derecho: el profundo vínculo entre el derecho y la confianza en la moneda

Sebastián A. Quiroz Muñoz: La hipoteca a la inversa: la destrucción axiológica a cargo de los mercados regulatorios financieros

Derechos fundamentales

Rudi Di Marco: Tramonto della teoria liberal-radicle? Un'evidenza nel campo politicogiuridico dopo la pandemia da COVID-19 i nuovi diritti tra oscuramento dell'intelligenza e cecità della volontà

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

Juan Ignacio Contardo González: Ilegalidad de los casinos y casas de apuestas deportivas en línea (Comentario sobre la sentencia de la Corte Suprema rol

n.º 152.138, caratulada Polla Chilena de Beneficencia S.A. con Mundo Pacífico S.A. de 12 de septiembre de 2023)

Rodrigo Céspedes: Nacionalidad, derecho internacional y cargas públicas: un caso durante la vigencia de la Constitución de 1833

RECENSIONES

Juan Ignacio Contardo González: *Principio pro consumidor y extensión de su protección* de Mauricio Tapia

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

