





# ACTUALIDAD JURÍDICA

Revista de Derecho de la Universidad del Desarrollo

AÑO XXVI, N.º 51 – ENERO 2025



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

## I. TEMA CENTRAL: INFLUENCIA DEL DERECHO COMPARADO EN CHILE

- Responsabilidad por el hecho ajeno. Una mirada general al derecho colombiano (Edgar Cortés)..... 5
- Una aproximación comparada del derecho internacional y la *Sharía* islámica (Samuel Fernández Illanes)..... 31
- Reflexiones sobre el derecho comparado en el ámbito del sistema interamericano de derechos humanos, sus alcances a niveles jurisprudenciales y constitucionales. Comentarios generales (Juan Pablo Crisóstomo) ..... 51
- *Ius constitutionale commune* latinoamericano y promesas fallidas (Sergio Verdugo) ..... 81
- Repercusiones del derecho italiano en la relectura del *Código de Bello* a propósito de la disciplina del incumplimiento (Lilian C. San Martín Neira) ..... 123
- Derecho comparado. Una primera aproximación (María Elisa Morales) ..... 147
- Digital Markets Act de la Comunidad Europea: ¿un modelo a seguir para Chile? (Andrea Amaro Aros, Laura Costabal Puga y Sebastián Castro Quiroz)..... 163

## II. MISCELÁNEOS

- Algunas prevenciones en torno a la incorporación de sistemas de inteligencia artificial en el proceso judicial (Nathalie Walker Silva y Carmen Droguett González) ..... 203
- La procedencia de la triple filiación en el sistema chileno y su colisión con el artículo 34 del *Código Civil*. Reflexiones en torno a la sentencia del 26 de agosto de 2024 del Juzgado de Familia de Osorno (Nicolás Ibáñez Meza) ..... 217
- Ensayo de una metodología de aplicación de la regla de interpretación proconsumidor del artículo 2 ter de la Ley n.º 19496 sobre protección de los derechos de los consumidores (Juan Ignacio Contardo González)..... 235
- De cómo burlar la soberanía popular: CNE y TSJ, los magos de la tiranía venezolana (Ramsis Ghazzaoui)..... 253
- La taxatividad legal de las causales de impugnancia y recusación y el control de la idoneidad moral del juez (Gaspar Jenkins Peña y Lillo; Diego Miranda Reyes)..... 299
- La cuestión prejudicial doméstica en el arbitraje de inversiones (Lucas Alejandro Villagrán Gajardo)..... 331
- Ciencia y tecnología frente al desafío ecológico (Raúl Campusano Droguett) ..... 369
- El uso de la inteligencia artificial en el ámbito tributario y el peligro de la elusión tributaria por algoritmos, situaciones para el debate (Matías Pascuali Tello) ..... 405
- Ley “Karin”: agradeciendo los latigazos. Breve análisis crítico de la Ley n.º 21643 (Julio Alvear Téllez) ..... 419

- Multas impuestas en un contrato de concesión: la eventual pesadilla de su pago en treinta días siguientes a su notificación (David Navea Moya)..... 439
- ¿Es posible acreditar dolo o culpa grave de los usuarios en fraudes bancarios según la Ley n.º 20009? Análisis jurisprudencial de criterios interpretativos en los juzgados de policía local (Sebastian Aguayo Rosso) ..... 475
- ¿Dos fundamentos de las potestades sancionadoras administrativas (Nicolás Enteiche Rosales) ..... 499

### III. LIBROS, RESÚMENES Y RECENSIONES

- Índice *Revista Derecho Público Iberoamericano*, n.º 25, Universidad del Desarrollo, octubre de 2024 ..... 521

# PRESENTACIÓN

Con el vertiginoso avance de la tecnología y las comunicaciones, las fronteras se difuminan y las experiencias extranjeras emergen como una valiosa fuente de innovación para revitalizar nuestros sistemas normativos. En este nuevo escenario global, los límites se disuelven y el derecho se revela como un campo en constante transformación, donde tradición e innovación se unen para afrontar los desafíos contemporáneos con audacia y creatividad.

*Actualidad Jurídica* reafirma su compromiso de ser un espacio de reflexión crítica y multidimensional, en el que se exploran las innumerables facetas que conforman el mundo jurídico en Chile, América Latina y más allá. Hoy, más que nunca, el dinamismo del derecho exige una visión global que integre perspectivas diversas para responder a la complejidad del presente. Desde la asertividad de la responsabilidad por el hecho ajeno en Colombia hasta la influencia del derecho italiano en la reinterpretación de *Códigos* emblemáticos, nuestros artículos muestran cómo la pluralidad de tradiciones impulsa nuevas soluciones y enriquece la evolución jurídica frente a las demandas actuales.

El debate sobre el *ius constitutionale commune* latinoamericano y la interacción entre la sharía islámica y el derecho internacional se entrelazan con análisis sobre la implementación del Acuerdo de Escazú, lo que pone de manifiesto la urgente necesidad de ofrecer respuestas jurídicas coherentes a la crisis climática y a la transformación global. En este contexto, el derecho internacional y los derechos humanos se erigen como ejes transversales que guían cada reflexión.

La irrupción de la tecnología en el ámbito judicial también es un tema siempre presente. La inteligencia artificial, la regulación de los mercados digitales y su impacto en el derecho penal y tributario ofrecen nuevas perspectivas sobre la modernización de la justicia y la adaptación de nuestros sistemas normativos. Asimismo, el debate sobre la educación jurídica en el siglo XXI invita a replantearse la formación de los futuros profesionales ante los retos de una sociedad en constante cambio.

También destaca en esta edición, el análisis del derecho constitucional y la protección del patrimonio cultural, así como la responsabilidad social empresarial. Desde la función de las Cortes Constitucionales en la salvaguarda de los derechos fundamentales hasta el análisis de nuevas normativas, cada aportación busca fortalecer el debate jurídico y fomentar la evolución de nuestras instituciones.

En la sección de misceláneos, la diversidad temática se hace presente a través de estudios que abarcan la mediación en la resolución de conflictos, los matices de la triple filiación en Chile, el impacto de la inteligencia artificial en la justicia tributaria y el análisis de escenarios políticos en Venezuela. Cada artículo es una invitación a repensar el derecho en su totalidad y a explorar nuevas rutas hacia la justicia.

Le invitamos a recorrer estas páginas con la convicción de que la reflexión crítica y el diálogo multidimensional son la clave para entender y transformar el mundo jurídico. Esperamos que esta nueva edición, la número 51, inspire, desafíe y acompañe en la constante búsqueda del conocimiento y la excelencia profesional.

GONZALO RIOSECO MARTÍNEZ  
DIRECTOR



---

# TEMA CENTRAL

“INFLUENCIA DEL DERECHO COMPARADO EN CHILE”

---



Universidad del Desarrollo  
Facultad de Derecho



# RESPONSABILIDAD POR EL HECHO AJENO. UNA MIRADA GENERAL AL DERECHO COLOMBIANO\*

## VICARIOUS LIABILITY AN OVERVIEW OF COLOMBIAN LAW

*Edgar Cortés\*\**

RESUMEN: En este escrito se presenta de manera general y meramente descriptiva la situación del derecho colombiano en materia de responsabilidad por el hecho del tercero. Se hace un recorrido por la doctrina y la jurisprudencia más relevantes, sin ninguna pretensión adicional que la de dar noticia del estado de la cuestión con mención de los puntos sobresalientes de la discusión.

PALABRAS CLAVE: responsabilidad por el hecho de otro, responsabilidad por el hecho ajeno, responsabilidad indirecta, responsabilidad del dependiente.

ABSTRACT: This document present, in a general and descriptive way, the situation of Colombian law in matters of liability for the act of the third part. The aim is to provide a review of the most relevant doctrine and case law. The objective is, only, to provide some news of the state of the matter with mention of the salient points of the discussion.

---

\* Agradezco a Lilian San Martín por la gentil invitación que me hiciera a dar una clase sobre este tema, en el mes de marzo de 2024, en el curso de doctorado de la Universidad del Desarrollo de Santiago y en el marco del proyecto FONDECYT 1230501. Este escrito es una versión ordenada y revisada de mi intervención de entonces. Agradezco, también, a María Cecilia M' Causland de la Universidad Externado por haberme facilitado sus notas sobre la responsabilidad indirecta, que me sirvieron de base para preparar aquella clase y este escrito.

\*\* Profesor de Derecho Civil de la Universidad Externado de Colombia. Doctor en Derecho de la Scuola Superiore Sant'Anna de Pisa, Italia. Máster en Sistema Jurídico Romanista de la Università di Roma II. Abogado de la Universidad Externado. Correo electrónico: edgar.cortes@uexternado.edu.co

KEYWORDS: vicarious liability, imputed liability, indirect liability, act of the third part.

## I. PREMISA

Una de las divisiones clásicas que se emplean para abordar el estudio de la responsabilidad civil es aquella que la divide en responsabilidad por el hecho propio y responsabilidad por el hecho ajeno o responsabilidad por otro, en el entendido que, en algunas circunstancias en las que una persona depende de otra, esta puede quedar comprometida a reparar los daños que aquella cause, justamente, por esa relación que los une para el derecho.

Vale la pena destacar que tal responsabilidad en el ordenamiento colombiano constituye una regla general, esto es, un enunciado que no se limita a los casos que se describen de manera expresa en el artículo 2347 del *Código Civil* (correspondiente al 2320 chileno) y siguientes, sino que, por el contrario, y como lo tiene sentado la doctrina<sup>1</sup> se aplica en cualquier caso en el que se presente el supuesto de la norma, esto es, que quien cause un daño se encuentre al cuidado de otra persona, situación en la que, en principio, se verá comprometida la responsabilidad del cuidador, siempre que se trate de personas naturales<sup>2</sup>.

Para estos efectos, la jurisprudencia nacional ha afirmado que

“en cuanto al vínculo de subordinación, es indiferente su causa o razón. Puede emanar de la ley, la convención o una mera situación de hecho”<sup>3</sup>,

pues la relación de dependencia a la que se refiere la norma:

“es una noción de muy holgado espectro que no se puede reducir a ciertas modalidades de contratación como las propias del derecho laboral o el arrendamiento de servicios, ya que se puede tratar de lazos de dependencia familiar, educativa, profesional o empresarial que le permitan a una persona, de hecho o de derecho, aun de modo ocasional, dirigir la actividad de otra”<sup>4</sup>,

---

<sup>1</sup> SANTOS (2023) p. 284, donde cita a ALESSANDRI (1943) p. 307, que afirma: “La responsabilidad por el hecho ajeno constituye entre nosotros un principio de carácter general aplicable a todos los casos en que una persona natural o jurídica tenga a otra bajo su cuidado o dependencia, aunque no sea de los expresamente señalados [en el Código]”. TAMAYO (2007) p. 669, en sentido más restringido afirma que la norma se aplica solo a quien tiene la responsabilidad legal o contractual de cuidar al tercero que a la postre causa el daño.

<sup>2</sup> GIRALDO (2023) p. 73.

<sup>3</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (1959).

<sup>4</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (1996).

de tal suerte que el sistema consagrado en el artículo 2347 del CC tiene la calidad de un principio general<sup>5</sup>.

Otros ordenamientos como el italiano<sup>6</sup> o el francés<sup>7</sup>, por citar solo dos, consagran la responsabilidad por el hecho de otro solo para los casos expresamente tipificados en el *Código*, así que el hecho de que Andrés Bello haya consagrado una regla general, además de ser una interesante particularidad, abre las puertas a un desarrollo amplísimo de la figura que hace que cualquiera que asuma el papel de cuidador, aun en las circunstancias más disimiles, podría estar llamado a responder por otro; piénsese, a manera de ejemplo, en la figura del Social Host Liability, del derecho anglosajón, que quizá podría encontrar acomodo en este principio general<sup>8</sup>, o en cualquier situación de las tantas que se podrían presentar en la vida de relación, en que alguien esté al cuidado de otro y la actuación de aquel cause un daño a un tercero<sup>9</sup>.

## II. LAS NORMAS CODIFICADAS

Los artículos de los *Códigos Civiles* chileno y colombiano además de en la numeración, difieren en algunas pocas cosas. Quizá la más relevante está en el empleo de la palabra ‘culpa’ en el *Código Civil* colombiano allí donde el *Código* chileno habla de cuasidelito; de esta forma, mientras que en el artículo 2341 colombiano se dice: “el que ha cometido un delito o culpa que ha inferido daño a otro es obligado a la indemnización [...]”, el artículo 2314 chileno dice: “el que ha cometido un delito o cuasidelito [...]”; otro tanto sucede en el artículo 2348 colombiano allí donde dice: “los padres serán siempre responsables del daño causado por las culpas o los delitos cometidos por sus hijos menores [...]”, frente al artículo 2321 chileno que afirma: “los progenitores serán siempre responsables de los delitos o cuasidelitos cometidos por sus hijos menores [...]”.

Vale señalar, asimismo, que la regla general del artículo 2347 del *Código* colombiano que sienta la responsabilidad por el hecho ajeno tiene una fra-

---

<sup>5</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (2000).

<sup>6</sup> Los artículos 2048 y 2049 del *Codice Civile* consagran la responsabilidad de los padres, de los tutores, de los comitentes, de los maestros artesanos, sin que se consagre una regla general sobre la materia. Véase, por ejemplo, VISINTINI (2015) p. 181.

<sup>7</sup> El artículo 1242 del *Code* regula la responsabilidad por el hecho de otro solo en cabeza de los padres por el hecho de sus hijos, de los comitentes por el hecho de sus encargados y los maestros por el hecho de sus alumnos. La reforma en curso al derecho de la responsabilidad, si bien amplía y precisa los supuestos de hecho, conserva una estructura típica en virtud de la cual solo se responde por otro en los casos específicamente señalados en la ley (artículo 1243 del proyecto de reforma). Véase, por ejemplo, DELEBECQUE et PANSIER (2016) p. 133.

<sup>8</sup> PADILLA (2011) p. 9.

<sup>9</sup> ZAFRA (2016) p. 22.

se adicional en su enunciado, respecto de la del Código chileno, pues en aquella se dice que

“toda persona es responsable, no solo de sus propias acciones *para efectos de indemnizar el daño*, sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado [...]”,

mientras que el original de Andrés Bello no especifica esa circunstancia.

A su turno, con la expedición de la ley sobre discapacidad de las personas del año 2019 (Ley 1996) en Colombia el artículo 2346 tiene hoy la siguiente redacción: “Los menores de 12 años no son capaces de cometer delito o culpa [...]”, mientras que el artículo 2319 chileno dice: “No son capaces de delito o causidelo los menores de siete años ni los dementes [...]”.

En fin, en el artículo 2349 del *Código* colombiano, correspondiente al 2322 chileno, las expresiones ‘amo’ y ‘criados o sirvientes’ fueron declaradas inconstitucionales<sup>10</sup> y en su reemplazo, se dijo, deberían utilizarse, en adelante, los vocablos ‘empleador’ y ‘trabajadores’, respectivamente; pero quizá, lo que en realidad se debe destacar en este artículo es el giro que utilizan las dos codificaciones: mientras la versión original de Andrés Bello afirma que “los amos responderán de la conducta de sus criados o sirvientes, en el ejercicio de sus respectivas funciones [...]”, la versión colombiana dice: “los ‘empleadores’ responderán del daño causado por sus ‘trabajadores’ *con ocasión del servicio prestado* por éstos a aquéllos [...]”.

### III. FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD POR EL HECHO AJENO

Se preguntan la doctrina y la jurisprudencia acerca del fundamento en virtud del cual se deba responder por otro, pues así como en materia de contratos y salvo excepciones, nadie puede quedar obligado sino porque así lo ha querido, según el principio de relatividad, en lo que hace a la responsabilidad extracontractual, nadie puede quedar obligado sino por los hechos propios, de tal forma que la responsabilidad por los hechos de otros tiene un carácter excepcional<sup>11</sup>, en el sentido de que solo se responde por un hecho ajeno si la persona que cometió directamente el daño estuviere al cuidado de aquella a la que se le reclama la reparación, de ahí que resulte tan importante desentrañar el fundamento y el alcance de ese deber de cuidado, de esa dependencia que puede

<sup>10</sup> CORTE CONSTITUCIONAL (2005).

<sup>11</sup> SANTOS (2023) p. 283.

existir entre dos personas, para identificar todos los supuestos de hecho a los que se les podría extender la aplicación de la norma.

Con una precisión, en cualquier caso y cualquiera que sea el fundamento, la responsabilidad parece ser directa y no indirecta (como a menudo se la suele llamar en el entendido de que se responde por un daño que no se ha ocasionado), toda vez que el demandado es perseguido por un hecho propio, esto es, la falta de un adecuado control sobre un comportamiento ajeno<sup>12</sup>, de donde el comportamiento de la persona que está a cargo solo tendría relevancia para enervar la responsabilidad si dicho comportamiento no pudo ser previsto e impedido con la autoridad que aquel demandado ostenta (artículos 2347, 2348 y 2349 del CC)<sup>13</sup>.

“La responsabilidad (por el hecho de otro) no tiene origen en la conducta de un tercero [...] sino en el incumplimiento de un deber propio [...] cual es en cada caso la de vigilar, elegir o educar y que vendría a constituir la causa la causa inmediata del daño”<sup>14</sup>.

Tradicionalmente, en la doctrina<sup>15</sup> y en la jurisprudencia<sup>16</sup> nacionales se afirmó que tal responsabilidad se sustentaba en un factor subjetivo como es la propia negligencia al vigilar (*culpa in vigilando*) a quien se tiene a cargo o en haberlo educado mal (*culpa in educando*)<sup>17</sup> o en haber escogido sin atención a quien va a actuar como dependiente (*culpa in eligendo*)<sup>18</sup>, sin embargo, jurisprudencia posterior precisó ese fundamento, al decir que, más allá de la falta de vigilancia sobre aquel a quien se debe cuidar, se dice que la responsabilidad por el hecho de otro se funda en el poder de control o de dirección que se tiene sobre las personas que están a cargo<sup>19</sup>; en una idea más amplia de una simple vigilancia que se traduce en un papel activo de supervisión, de coordinación, de impartir instrucciones, que pesa sobre la persona que está a cargo.

En fin, la más reciente jurisprudencia que aborda esta cuestión trata de reforzar la idea del deber de vigilancia con un argumento novedoso que parece ir de acuerdo con las tendencias actuales de la responsabilidad y que buscan ver de dejar, ante todo y en cualquier circunstancia, reparada a la víctima: en

<sup>12</sup> Entre otros, FERNÁNDEZ (2003) p. 232.

<sup>13</sup> MARTÍNEZ y MARTÍNEZ (2003) p. 104.

<sup>14</sup> CORTE CONSTITUCIONAL (2005).

<sup>15</sup> ZAFRA (2016) p. 29.

<sup>16</sup> Véase, por ejemplo, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (1939).

<sup>17</sup> VISINTINI (2015) p. 190.

<sup>18</sup> Véase, entre otros, ALPA (2006) p. 841; CORRAL (2003) p. 231.

<sup>19</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (1985) y CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (2005).

efecto, dice la Corte<sup>20</sup>, que en el caso de la responsabilidad por el hecho de otro dos son los momentos que se deben tener en cuenta: uno representado por el hecho material con el que el dependiente causa el daño, y otro referido a la falta de control por quien debía prestar su cuidado y, así, es una razón:

“técnico-jurídica la que ha llevado al legislador a establecer esa separación: de un lado, la necesidad de indemnizar a la víctima por parte de las personas que, por razón de su autoridad tienen el deber de vigilancia sobre los actos de otros que por su debilidad física o patrimonial no están en capacidad de responder íntegramente por los daños que ocasionan. Y de otra, la exigencia de encontrar responsable del daño a quien se considera que ha permitido o tolerado que la persona que está bajo su cuidado actúe con torpeza en el comercio jurídico”.

Es decir que, a más de la diligencia debida y no observada, el civilmente responsable debe asumir la reparación en razón a que el menor que se vigila o el estudiante o el dependiente pueden no tener cómo asumir dicha reparación “lo que constituye una garantía que ofrece la ley a los damnificados en aras de esa debilidad a que antes se hacía referencia”.

Cabe mencionar que doctrina minoritaria, pero autorizada<sup>21</sup>, considera que el fundamento de esta clase de responsabilidad se debería encontrar en el riesgo que comporta tener personas a cargo:

“tradicionalmente se ha explicado el fenómeno [...] acudiendo a supuestos errores del demandado en la vigilancia de la conducta de sus subordinados o en la elección del personal que ocupa, cuando en rigor se trata de asunción de riesgos. No se descarta la posibilidad de que el padre o el guardador sean negligentes en la educación de sus hijos o pupilos, de que el maestro descuide y deje solos a los niños que se (le) han confiado para la instrucción, de que un patrono elija descuidadamente a (su) personal. Tales hechos vendrían a coadyuvar la responsabilidad suya definida ya de tiempo atrás, y a hacerla más evidente, pero no puede reducirse la radicación a supuestas culpas (de) quienes por ley o de hecho tienen autoridad, control, dirección sobre otras personas; (a ellos) la ley les impone correr con los riesgos de las actividades de sus subordinados o encargados (pues, por lo demás) poco importa que la actividad nociva se realice en conjunto de actos de los que derive ventaja patrimonial al indirectamente responsable [...] lo

<sup>20</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (2000), retomada por la CORTE CONSTITUCIONAL (2005). Cfr. MARTÍNEZ y MARTÍNEZ (2003) p. 103.

<sup>21</sup> PÉREZ (1954) p. 122.



que se destaca en sustancia es la necesidad de ejercitar la dirección de personas y el riesgo inherente a la autoridad o comando”<sup>22</sup>.

#### IV. PRESUNCIÓN DE CULPA Y CARGA DE LA PRUEBA

Afirma la doctrina nacional<sup>23</sup> que sobre el llamado a resarcir el daño causado por aquel que está bajo su cuidado, pesa una presunción de culpa por el hecho de no haber vigilado en debida forma al que de él depende; o, dicho de otra forma, por no haber adoptado todas las medidas de control y cuidado que su posición le otorgan y permiten, tendientes a que el daño no se produjera.

Como ya se dijo, basta cualquier tipo de relación, ya sea estable u ocasional, en la que una persona dirija y controle la actividad de otra, para que se pueda dar paso a este tipo de responsabilidad, sin que sea necesaria una subordinación, y a propósito piénsese, por ejemplo, en el huésped de un hotel o en el pasajero transportado<sup>24</sup>, frente a los cuales, resulta evidente que no hay subordinación respecto del titular de la actividad, pero si un deber de cuidado.

Como lo ha afirmado la jurisprudencia constitucional:

“la presunción de culpa comporta un reproche a la permisividad, tolerancia o negligencia de la persona que por tener bajo su cuidado o dependencia a otra, ostenta lo que en el argot jurídico se denomina una ‘*posición de garante*’ [...] y, por ello, el deber de tratar de impedir que aquél actúe ocasionando daños a terceros con su conducta”<sup>25</sup>.

Al hablarse de presunción de culpa se está en un régimen subjetivo de responsabilidad, lo que permite afirmar que el demandado civilmente responsable podría desvirtuar la presunción si prueba su debido cuidado y su adecuada vigilancia sobre el dependiente o, dicho en los términos del inciso final del artículo 2347 del Código *Civil*, si prueba que a pesar de su autoridad y cuidado (que deberá demostrar) “no hubiere podido impedir el hecho”. Se trata de una presunción de culpa (omisiva) que admite prueba en contrario, por lo que al demandado, se insiste, le bastará probar su diligencia sin que tenga que acreditar una causa extraña para liberarse<sup>26</sup>.

Si se acogiera la postura que ve en el fundamento de la responsabilidad por el hecho ajeno el riesgo que comporta tener personas a cargo, no hay duda de que la responsabilidad sería de carácter objetivo y, entonces, solo podría

<sup>22</sup> HINESTROSA (1964) p. 646.

<sup>23</sup> Véase por todos el más reciente SANTOS (2023) p. 285.

<sup>24</sup> Ejemplos tomados de TAMAYO (2007) p. 669.

<sup>25</sup> CORTE CONSTITUCIONAL (2005).

<sup>26</sup> TORRES (2000) p. 124; FERNÁNDEZ (2003) p. 233.

ser excusada con la prueba del hecho extraño, pero tal posición es minoritaria en el derecho colombiano.

A la víctima le corresponde, además de probar el daño y que este fue causado por el directo responsable, establecer el vínculo que une al que causó el daño materialmente con aquel que está a su cargo como cuidador o vigilante, es decir, que debe demostrar:

“el nexo de dependencia que une a estos dos sujetos habida cuenta de que en eventos de esta stirpe ‘fuera de la relación causal que muestra la imputabilidad física, ha de establecerse el vínculo de subordinación o imputabilidad jurídica [...]”<sup>27</sup>.

Se discute si es necesario que la actividad del directamente responsable sea o no culposa, con respuesta mayoritaria, en el derecho nacional, en sentido afirmativo, pues:

“[de] la lectura de la norma (2347), a pesar de (que) la presunción que conlleva parecería exigir la prueba de la culpa del causante mediato [...] la doctrina nacional propone que tan sólo sea necesaria la prueba de la culpa del directamente responsable”<sup>28</sup>.

En efecto, doctrina<sup>29</sup> y jurisprudencia, sin haberse detenido a estudiar a fondo esta cuestión, afirman:

“no es dable que opere una presunción de culpa en cabeza del comitente sino se verifica previamente que el hecho dañoso cometido por el dependiente fue con culpa”<sup>30</sup>.

Así las cosas, cabe la pregunta de si la víctima no solo:

“tendría que probar que el dependiente [...] actuó con culpa sino que además, en los términos del artículo 2349, (que) dicha culpa era previsible para el comitente”,

pues tal como lo establece la norma, dicho comitente se exonera si prueba que el dependiente se comportó de un modo impropio que él no tenía posibilidad de prever; así, se podría plantear que “la prueba de una culpa imprevisible es aquella que liberaría de responsabilidad al comitente” con todas las consecuencias que ello acarrearía<sup>31</sup>.

<sup>27</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (1996) con cita de HINESTROSA (1964) p. 649.

<sup>28</sup> CORTE CONSTITUCIONAL (2005).

<sup>29</sup> Véase por todos, TAMAYO (2007) p. 686.

<sup>30</sup> Así y refiriéndose a la posición de la jurisprudencia, ZAFRA (2016) p. 86.

<sup>31</sup> *Op. cit.* p. 91.

Incluso, la Corte, en alguna oportunidad, afirmó que para sortear la presunción de culpa el demandado puede:

“demostrar que el daño no se debió a culpa del dependiente o subordinado, salvo cuando el hecho al hecho de estos se sume el ejercicio de actividades peligrosas, porque entonces entra a operar [el régimen de tales actividades]”<sup>32</sup>.

Sobre el punto de la responsabilidad por el hecho del tercero y el ejercicio de actividades peligrosas, vale destacar que la doctrina reciente ha dicho que esas dos clases de responsabilidad se deben separar si de por medio está la conducta culposa del dependiente, ya que en esos casos no se aplicaría el régimen correspondiente a las actividades peligrosas, ya que:

“a decir verdad la causa adecuada del daño no es la actividad peligrosa en sí misma y su potencialidad dañina, sino la conducta del dependiente, de la cual aquella resulta ser solo una condición u ocasión para la producción del evento lesivo”<sup>33</sup>,

por lo que cuando una actividad peligrosa se ejerce por persona diferente al agente o titular de la actividad:

“el ejercicio de la actividad se escindiría en dos cursos causales: el del empleador o comitente y agente de la actividad [...] y el del dependiente que la ejecuta materialmente”,

con la consecuencia de que si el daño proviene de una conducta culposa del dependiente:

“la causa adecuada del daño es la conducta [...] reprochable del dependiente, más no el ejercicio mismo de la actividad y los peligros que esta entraña”<sup>34</sup>.

Con todo, la posición mayoritaria, tanto de la doctrina como de la jurisprudencia afirman que, de presentarse un daño producido por el dependiente en ejercicio de una actividad peligrosa, el régimen objetivo de estas últimas subsume la responsabilidad por el hecho del tercero, pues como lo afirma la jurisprudencia:

“dado que los daños [...] resultaron del ejercicio de una actividad de las que (se) han considerado como peligrosas, le era aplicable el ar-

---

<sup>32</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (1985).

<sup>33</sup> M'CAUSLAND (2003) p. 55.

<sup>34</sup> SÁNCHEZ (2003) p. 298.

título 2356 del Código Civil (sobre el que la jurisprudencia ha elaborado el régimen de las actividades peligrosas); y como además [...] quedó establecido que el autor material no sólo era dependiente de la dueña del automotor sino que obró con culpa, se daban igualmente los supuestos de aplicación del artículo 2347 del mismo ordenamiento y, en consonancia con ello, hizo actuar dichos preceptos, no sin advertir antes que ellos no se excluyen entre sí”<sup>35</sup>.

De tal forma:

“en los casos del ejercicio de actividades naturalmente peligrosas, el factor culpa queda fuera de toda valoración, mientras que en la responsabilidad por el hecho del tercero se muestra cómo en aquel caso se plantea una presunción de culpa ordinariamente descargada al señalar que el suceso no fue evitable pese a haber empleado autoridad y cuidado posibles y debidos frente al dependiente [...], pero como no obstante la discriminación teórica de las figuras, en la práctica se combinan y múltiples casos se dan con aspectos y complicaciones de diferentes hipótesis, necesario resulta poner de presente que el régimen de la actividad peligrosa con todo su rigor cobija fuera del directo autor del daño a quien por él responde indirectamente, (de tal forma que cuando el dependiente causa un daño en desarrollo de una actividad peligrosa queda) en la misma posición que si hubiera sido directo agente, con el solo escape del elemento extraño”<sup>36</sup>.

En fin:

“que el hijo o el pupilo no vivían en la misma casa, que los alumnos o aprendices estaban fuera del establecimiento docente, que el gestor, criado o el obrero o empleado se comportaron de manera impropia, son ya circunstancias exceptivas que por lo mismo corresponde probarlas al demandado para su defensa, conforme a reglas elementales de derecho probatorio”<sup>37</sup>.

## V. LOS CASOS PREVISTOS EN EL CÓDIGO

Como se dijo y como lo han reiterado tanto la doctrina como la jurisprudencia en Colombia, los casos que se prevén en el artículo 2347 y ss. del *Código Civil*

---

<sup>35</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (1985).

<sup>36</sup> HINESTROSA (1964) p. 639.

<sup>37</sup> *Op. cit.* p. 650.

(2320 del *Código* chileno) tienen un carácter meramente ejemplificativo en el entendido de que siempre que se presente una situación de dependencia legal, contractual o incluso ocasional, podría darse paso a la responsabilidad por el hecho de otro, si el dependiente llegara a cometer un daño.

Las situaciones particulares previstas por el Código tienen relación con la responsabilidad de los padres y tutores por las conductas de sus hijos o pupilos, de los directores de colegios y escuelas por el hecho de los discípulos y de los artesanos y empresarios por el hecho de sus aprendices y dependientes; la doctrina colombiana considera que esta última circunstancia es la misma de aquella que se regula en el artículo 2349 (2322 del *Código* chileno): en realidad, los requisitos de procedencia en los dos casos son los mismos<sup>38</sup>.

Vale la pena notar que mientras que el artículo 2347 habla de que los comitentes responden por el daño causado por los dependientes “mientras estén bajo (el) cuidado” de los civilmente responsables, el artículo 2349 habla de la responsabilidad por el hecho de los dependientes “con ocasión del servicio prestado”. Con todo, “en ambos casos es el poder de dirección, de control, de vigilancia, de autoridad, la subordinación existente, la que permite configurar esta responsabilidad”<sup>39</sup>.

No está de más señalar que desde 1974 (Decreto 2820) se derogó el inciso 4.º del artículo 2347 que regulaba la responsabilidad del marido por el hecho de su mujer.

### *1. La responsabilidad de los padres*

Ante todo y sobre las normas del *Código* y sus reformas, hay que señalar que hoy al tenor del artículo 2347, tanto el padre como la madre son responsables, solidariamente (Decreto 2820 de 1974), por el daño que causen sus hijos menores y que habiten en la misma casa; mientras que según el artículo 2346 la edad para ser capaces de cometer delitos o culpas es de doce años (Ley 1996 de 2019).

El régimen general para los padres (tutores y curadores) es el de la culpa presunta, que se deriva de las relaciones familiares que, sin duda, comportan un poder de dirección y control por parte de los padres, de tal forma que su responsabilidad cesa, al tenor del inciso final del artículo 2347 si no han podido evitar el hecho con la “autoridad y el cuidado que su respectiva calidad es confiere” y así deberán aportar la prueba de su diligencia en la custodia y vigilancia,

---

<sup>38</sup> ZAFRA (2016) p. 57.

<sup>39</sup> PÉREZ (1954) p. 145.

“los antecedentes de su educación y trato dados al hijo, sus consejos y ejemplo, en fin, que no estuvo a su alcance evitar una conducta impropia e inesperada”<sup>40</sup>.

La jurisprudencia, no obstante, ha querido precisar que esos cuidados y vigilancia se deben demostrar “frente al preciso evento dañoso”, es decir, que la prueba no consiste en:

“presentar indicios contingentes o pruebas indirectas que den lugar a que se vislumbre la apariencia de que, en efecto, en el pasado ha recibido el pupilo adecuada vigilancia y educación. La labor [...] no consiste en demostrar ser un ‘buen padre de familia’, sino en haber cumplido ese deber en el momento en que el evento dañoso acaece. O en no haber podido cumplir, a pesar de la autoridad de que goza”

sin que sea necesario ofrecer prueba de una

“vigilancia ‘permanente’ del menor [...] que hoy podría hasta lucir exótica frente al libre desarrollo de la personalidad [...] de su libertad, y hasta de la dificultad misma de cumplir con este deber por causa de los avatares de la vida moderna”.

En el mismo fallo, referido al accidente de tránsito causado por un menor que conducía un vehículo, se aclara:

“quien con el deber de cuidar y vigilar permite y aún autoriza que su pupilo desarrolle actividades que generan peligro para la comunidad, que exigen de quien las ejerza prudencia, pericia y diligencia, debe responder por los daños que ese pupilo ocasione, en razón de constituir, en sí misma, una laxitud esa permisividad y autorización en el manejo de actividades que de suyo, a más de requerir pericia y mesura, tienen la connotación del peligro por las consecuencias desastrosas que son capaces de generar”<sup>41</sup>.

Dice la doctrina que hay que señalar que el hecho de exigir que padres e hijos vivan bajo el mismo techo, en la vida de hoy puede resultar de difícil ocurrencia si se piensa a la frecuencia con que se presenta la separación de parejas por lo que la norma se debería entender en el sentido de que los padres tengan un vínculo regular con sus hijos y puedan controlar su comportamiento y ofrecerles educación así no compartan el mismo espacio<sup>42</sup>.

---

<sup>40</sup> HINESTROSA (1964) p. 651.

<sup>41</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (2000).

<sup>42</sup> TAMAYO (2007) p. 727.

Respecto del artículo 2348 del *Código Civil* (2321 chileno) se dice que allí consagra una responsabilidad más estricta, pues a más de no ser un requisito el hecho de que padres e hijos habiten en la misma casa, no admite la prueba exoneradora del último inciso del artículo 2347, esto es, no haber podido impedir el hecho con la autoridad y vigilancia debidas<sup>43</sup>.

## 2. Responsabilidad de los directores de colegios y escuelas

Los directores de escuelas y colegios, sean públicos o privados, responden de los alumnos mientras estén bajo su control, bien sea en las instalaciones donde se imparten las clases o, bien, sea por fuera de ellas. Respecto de los menores:

“la escuela aparece como una prolongación de la familia y la autoridad del padre se traslada a los maestros mientras el niño se encuentra en el colegio. Y en lo atinente a los mayores, es indudable que el personal directivo del establecimiento goza de autoridad, por lo cual la ley impone carga de vigilancia y orientación suficientes para comprometerlos por los ilícitos que cometen los estudiantes o aprendices mientras se hallan bajo su control”<sup>44</sup>.

En cuanto hace a los colegios públicos, el Consejo de Estado, como máximo órgano de la jurisdicción contencioso-administrativa en el país, con un papel protagónico dentro del sistema de administración de justicia en Colombia (al lado de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema), ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el punto para decir:

“El deber de cuidado surge de la relación de subordinación existente entre el docente y el alumno, pues el primero, debido a la posición dominante que ostenta en razón de su autoridad, tiene no sólo el compromiso sino la responsabilidad de impedir que el segundo actúe de una forma imprudente”,

y, por tanto, el establecimiento educativo “asume una posición de garante con respecto a los estudiantes que acuden a su plantel”<sup>45</sup> y respecto de los daños que puedan causar o puedan sufrir.

Ha precisado el Consejo de Estado con base en la doctrina que habla de la autonomía progresiva que el deber de vigilancia, sobre los menores que se desprende del artículo 2347 del *Código Civil*, es:

<sup>43</sup> SANTOS (2023) p. 299.

<sup>44</sup> HINESTROSA (1964) p. 652.

<sup>45</sup> CONSEJO DE ESTADO (2015).

“inversamente proporcional a su edad y capacidad de discernimiento y autodeterminación. La jurisprudencia administrativa ha concluido, pues, que es necesario establecer si se trata de estudiantes menores de edad, en algunos casos con limitaciones físicas o psicológicas, o si se trata de estudiantes mayores de edad, quienes en principio tendrían mayor capacidad para entender y determinar sus conductas”<sup>46</sup>,

“es decir [que], aunque los centros educativos mantienen el deber de seguridad y cuidado sobre todos los alumnos, es claro que entre más avanzada sea la edad de los mismos, mayor libertad de decisión deberá concedérseles y por lo tanto, el deber de vigilancia se mantendrá para advertirles del peligro, prohibirles el ejercicio de actividades que puedan representarles riesgos y rodearlos de todas las medidas de seguridad aconsejables”<sup>47</sup>.

A su turno, la jurisprudencia constitucional, en acción de amparo, también se ha referido a este tipo de responsabilidad para decir que los menores permanecen buena parte de su tiempo en las instituciones educativas por lo que estas deben custodiarlos y adoptar todas las medidas necesarias para evitar que se puedan violentar sus garantías fundamentales (se trataba de un caso de *bullying*) “por falta de vigilancia y control, y del deber de diligencia en el auxilio, supervisión y ayuda”, se trata de propiciar un

“clima escolar idóneo para evitar ambientes de exclusión y segregación y, por el contrario, (que se) propicien escenarios adecuados para la educación la convivencia y el crecimiento de todos los menores en el desarrollo de valores y principios que propenden por la dignificación del ser humano a pesar de la diversidad”<sup>48</sup>,

con lo que se le da al 2347 una función de garantía de derechos fundamentales.

### 3. Responsabilidad por el hecho del dependiente

Es una posición corriente de la jurisprudencia colombiana afirmar que la relación de dependencia de que habla el artículo 2347 respecto de los empresarios y artesanos (y entiéndase de los empleadores en general del artículo 2349):

“tiene como fuente mediata el vínculo suscitado por factores como el de vigilancia, control, cuidado o administración, que pueden surgir independientemente de la relación laboral como tal”

---

<sup>46</sup> CONSEJO DE ESTADO (2021b).

<sup>47</sup> CONSEJO DE ESTADO (2020).

<sup>48</sup> CORTE CONSTITUCIONAL (2019).



de donde se sigue que:

“cuando el legislador ha dicho que los empresarios son responsables del hecho de sus dependientes mientras están bajo su cuidado, no ha limitado esa responsabilidad a que el trabajador sea nombrado directa y personalmente por el gerente o director de la empresa, sino que ello lo cobija siempre que aparezca que hay una relación de dependencia entre la empresa y el trabajador”,

y de allí que el empresario esté obligado a resarcir los daños que el trabajador cause cuando además de los elementos propios de la responsabilidad, se pruebe

“la relación de dependencia con el causante del daño, relación de dependencia que [...] supone, *única* y exclusivamente, una situación de autoridad o de subordinación adecuada”<sup>49</sup>.

En Colombia, la jurisprudencia contencioso-administrativa ha tenido un desarrollo particular frente a la responsabilidad por el hecho de otro (de sus agentes) en el que se echa mano de los artículos 2347 y 2349 del *Código Civil*, para fijar su posición. A este propósito valga citar un fallo reciente del Consejo de Estado en el que se recapitula la evolución que ha tenido el asunto en esa jurisdicción<sup>50</sup>.

El problema que plantea la sentencia es el de determinar cuáles son las condiciones para que el obrar de los agentes o servidores públicos pueda comprometer patrimonialmente al Estado y cuándo el actuar del agente se puede considerar como un hecho exclusivo suyo que exime de responsabilidad al Estado; esa pregunta, se dice en la sentencia, ha tenido varias respuestas a lo largo de la jurisprudencia administrativa: la primera posición que adoptó el Consejo de Estado fue decir que el Estado respondía por los daños ocasionados por sus agentes en virtud de la desatención de la obligación de elegirlos o vigilarlos en debida forma, incluso, si el agente no se encontraba ejecutando labores propias de la prestación de un servicio público, pues del agente se espera que obre “con rectitud y moralidad”; así, para liberarse de responsabilidad se debía demostrar haber actuado con diligencia en la escogencia y en la vigilancia.

En un momento posterior el Consejo de Estado precisó su posición para decir que la responsabilidad del Estado, dejando atrás su postura anterior, no se veía comprometida cuando

“se evidenciaba que el daño acaecido provenía de la esfera personal y privada del agente y, por ende, no se relacionaba con la prestación del

---

<sup>49</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (1996).

<sup>50</sup> CONSEJO DE ESTADO (2023).

servicio; [...] las actuaciones de los funcionarios sólo comprometen el patrimonio de las entidades públicas cuando las mismas tienen algún nexo o vínculo con el servicio público. La simple calidad de funcionario público que ostente el autor del hecho no vincula necesariamente al Estado, pues dicho funcionario puede actuar dentro su *ámbito* privado separado por completo de toda actividad *pública*<sup>51</sup>.

Así las cosas:

“con el objeto de adoptar un raciocinio uniforme que permitiera identificar la relación de los eventos causantes del daño y el servicio público, el Consejo de Estado adoptó el denominado ‘*test de conexidad*’, esquema de verificación que se había aplicado de forma aislada en 1990 y que respondía a cinco interrogantes categorizados en dos niveles, el perceptible y el inteligible que respondían a criterios, temporales, espaciales, instrumentales, de un lado, y los aspectos volitivos del agente, de otro; así, se indagaba si: (i) el daño se produjo en horas del servicio; (ii) el daño acaeció en el lugar del servicio; (iii) el daño fue causado con instrumento del servicio; (iv) el agente causante del daño actuó movido por el interés de ejecutar un servicio y, (v) el agente actuó con la impulsión del servicio. A partir de este test, ante la respuesta negativa de los interrogantes, se infería que el daño no estaba relacionado con el servicio público, no era imputable al Estado y, por ende, sólo comprometería la responsabilidad del agente que lo generó”.

Esta posición se ha mantenido, aunque el llamado test de conexidad se haya dejado, en alguna medida, de lado, pero se ha precisado ulteriormente para afirmar que es necesario prestar:

“especial atención a la intencionalidad del [agente], en consideración a que si se halla probado que éste actuó con el deseo evidente de separarse de sus funciones institucionales para causar el daño, resulta diáfano que, aun cuando haga uso de instrumentos oficiales o lo ejecute en lugares de esa naturaleza, la responsabilidad será únicamente suya a título personal, desligando cualquier compromiso del Estado, por falta de relación con el resultado acaecido”.

Al decir del fallo, el Consejo de Estado:

“mantiene la idea de la separación de los actos propios y personales que el agente comete en su esfera personal y los distingue de aquellos

---

<sup>51</sup> CONSEJO DE ESTADO (1999), reseñada en la sentencia que se está comentando.

ejecutados en el marco del servicio *público con la precisión de que (sic) solo estos tienen la capacidad de comprometer la responsabilidad estatal*"

y, si bien, se repite, se ha abandonado en apariencia, el test de conexidad, se afirma:

"las circunstancias temporales, espaciales y modales del caso concreto (perceptibles) contribuyen a determinar el mentado vínculo con el servicio fundamento de la imputación del daño al Estado".

Lo que sí es cierto es que hoy se ha dejado de lado "la evaluación volitiva del agente que estaba presente en el nivel inteligible del aludido test"; además:

"esta postura propone que, al lado de los criterios modales de los hechos, es preciso indagar si la conducta lesiva que desplegó el agente se exteriorizó ante la víctima como el resultado del ejercicio del servicio público o de una función pública y, en este sentido, hace depender la conexidad del actuar con el servicio público, a partir de la apreciación subjetiva que en el momento de los hechos se edificó en el lesionado",

pues, en realidad, lo que importa

"para atribuir responsabilidad al Estado, por ejemplo en aquellos eventos en que un miembro de la fuerza pública agrede a una persona, es establecer si a los ojos de la víctima aquel comportamiento lesivo del policía nacional aparecía como derivado de un poder público, si quiera en la vertiente del funcionamiento anormal de un servicio público"<sup>52</sup>.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (1943): *La responsabilidad civil extracontractual en el derecho civil chileno* (Santiago, Imprenta Universitaria).
- ALPA, Guido (2006): *Nuevo tratado de la responsabilidad civil* (trad. Leysser L. León, Lima, Jurista Editores)
- BARROS BOURIE, Enrique (2006): *Tratado de responsabilidad extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

---

<sup>52</sup> CONSEJO DE ESTADO (2021a), reseñada en la sentencia que se está comentando.

- CASTRO DE CIFUENTES, Marcela *et al.* (2013): *Derecho de las obligaciones*, tomo II vol. 1 (Bogotá, Universidad de los Andes).
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2003): *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- DELEBECQUE, Phlipippe et PANSIER, Frédéric-Jérôme (2016): *Droit des obligations. Responsabilité civile. Délit et quasi-délit* (Paris, LexisNexis, septième édition).
- FERNÁNDEZ MUÑOZ, Mónica Fernanda (2023): “La culpa en el régimen de responsabilidad por el hecho ajeno”, *Revista de Estudios Socio Jurídicos* vol. 5 n.º 1.
- GIRALDO GÓMEZ, Luis Felipe (2023): *La responsabilidad civil extracontractual. Noción, función y elementos* (Cali/Icesi, Tirant lo Blanch).
- HINESTROSA, Fernando (1964): *Derecho civil. Obligaciones* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia).
- MARTÍNEZ RAVE, Gilberto y MARTÍNEZ TAMAYO, Catalina (2003): *Responsabilidad civil extracontractual* (Bogotá, Temis).
- M’CAUSLAND SÁNCHEZ, María Cecilia (2023): “Causalidad y criterios de atribución de la responsabilidad civil ¿una relación necesaria?”, en M’Causland, María Cecilia y Cortés, Édgar (eds.), *La responsabilidad objetiva* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia).
- PADILLA TAMARA, Antonio Francisco (2011): “La doctrina de la responsabilidad civil de acogida o de anfitrión social en Colombia en punto a la participación de menores ebrios en hechos ilícitos ¿es posible su aplicación?”, *Universitas Estudiantes* vol. 8.
- PÉREZ VIVES, Álvaro (1954): *Teoría general de las obligaciones, parte primera*, vol. II (Bogotá, Temis).
- SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Luis Carlos (2023): “Responsabilidad civil extracontractual por daños ocasionados en la navegación marítima en el derecho privado colombiano”, en M’Causland, María Cecilia y Cortés, Édgar (eds.), *La responsabilidad objetiva* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia).
- SANTOS BALLESTEROS, Jorge (2023): *La responsabilidad civil. Parte general*, tomo I (Bogotá, Temis/Universidad Javeriana).
- TAMAYO JARAMILLO, Javier (2007): *Tratado de responsabilidad civil*, tomo I (Bogotá, Legis, segunda edición).
- TORRES ACOSTA, Alexandra (2000): “Responsabilidad por el hecho ajeno”, *Revista de Derecho Privado* n.º 5.
- VARGAS TINOCO, Alexander (2023): “La fundamentación plural de la responsabilidad objetiva. Un debate abierto”, en M’Causland, María Cecilia y Cortés, Édgar (eds.), *La responsabilidad objetiva* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia): pp. 77-128.
- VISINTINI, Giovanna (2015): *¿Qué es la responsabilidad civil?* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia).

ZAFRA SIERRA, Malory (2016): *La responsabilidad extracontractual por el hecho del dependiente del artículo 2349 del Código Civil colombiano* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia).

### *Jurisprudencia*

CONSEJO DE ESTADO (1999): Sección Tercera, sentencia del 16 de septiembre de 1999.

CONSEJO DE ESTADO (2015): Sección Tercera, sentencia del 28 de enero de 2015.

CONSEJO DE ESTADO (2020): Sección Tercera, sentencia del 22 de mayo de 2020.

CONSEJO DE ESTADO (2021a). Sección Tercera, sentencia del 15 de febrero de 2021.

CONSEJO DE ESTADO (2021b): Sección Tercera, sentencia del 29 de julio de 2021.

CONSEJO DE ESTADO (2023): Sección Tercera, sentencia del 20 de junio de 2023.

CORTE CONSTITUCIONAL (2005): Sentencia C-1235 del 29 de noviembre de 2005.

CORTE CONSTITUCIONAL (2019): Sentencia T-120 de 2019.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (1939): Sala de Casación Civil, sentencia del 12 de mayo de 1939.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (1959): Sala de Casación Civil, 2 de febrero de 1959.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (1985): Sala Civil, sentencia del 16 de julio de 1985.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (1996): Sala de Casación Civil, 15 de marzo de 1996.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (2000): Sala de Casación Civil, 22 de mayo de 2000.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (2005): Sentencia del 20 de junio de 2005.



# UNA APROXIMACIÓN COMPARADA DEL DERECHO INTERNACIONAL Y LA *SHARÍA* ISLÁMICA

## A COMPARATIVE APPROACH TO INTERNATIONAL LAW AND *SHARIA*

*Samuel Fernández Illanes\**

RESUMEN: El derecho internacional que nos rige, se basa en la Carta de las Naciones Unidas y fundamenta en sus propósitos y principios. Dentro del proceso evolutivo han surgido nuevos y emergentes que, en ciertos casos, tienen amplia aceptación. Este trabajo resume los más recientes, y aborda los riesgos que pueden comprometer, condicionar o reemplazar los vigentes. Asimismo, se sintetizan las normas pertinentes de la religión islámica contenidas en el *Corán* y en la *Sharia*, por ser mayoritaria en numerosos países. Según sus normas principales y la práctica, existen coincidencias y discrepancias con el derecho internacional, que han aumentado analizadas comparativamente.

PALABRAS CLAVE: derecho internacional, carta ONU, principios, *Corán*, *Sharia*.

ABSTRACT: International law that governs us is based on the Charter of the United Nations and founded on its purposes and principles. Throughout the evolutionary process, new and emerging purposes and principles have appeared which, in some cases, are widely accepted. This paper summarises the most recent ones, and addresses the risks that they may compromise, influence

---

\* Abogado (Universidad Católica de Chile). Magíster en Derecho (Universidad Central). Embajador @ del Servicio Exterior, Diplomado CDI (Ginebra), UNITAR (Nueva York), Titulado de Profesor de Relaciones Internacionales (ACADE) y docente de la Academia Diplomática. Profesor titular Universidad Central y Universidad Andrés Bello. Expresidente Comités Jurídicos OMPI, FAO y UNESCO. Exintegrante del Consejo Asesor del Ministerio de Relaciones Exteriores. Hijo ilustre de Valparaíso. Miembro de IHLADI. Integrante honorable Junta Directiva Universidad Central. Correo electrónico: samuel.fernandez@ucentral.cl

or replace existing ones. It also synthesises the relevant rules of Islam in the *Quran* and *Sharia*, as it is the majority religion in several countries. According to its main rules and practice, there are both overlaps and discrepancies with international law, which have been comparatively analysed.

KEYWORDS: international law, charter of the United Nations, principles, *Quran*, *Sharia*.

## INTRODUCCIÓN

Luego de un muy largo y difícil recorrido, el derecho internacional ha logrado evolucionar y ser universalmente aceptado en todas sus manifestaciones, como rama del derecho público, privado, especializado, comercial o tecnológico. Es la base jurídica de la convivencia entre los Estados, pese a las transgresiones que subsisten. Los esfuerzos legales y políticos para su vigencia han sido enormes y no siempre exitosos. Eso sí, quienes lo violan están conscientes de hacerlo y las justificaciones no bastan para que sean aceptadas. La comunidad internacional en sus foros más representativos puede advertirlas de forma oportuna, tomar decisiones y aplicar las medidas apropiadas previas ya pactadas. Si la situación se agrava y pone en peligro el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales, es posible imponer las sanciones que disponen las respectivas cartas constitutivas de los organismos internacionales, en particular la de las Naciones Unidas en su capítulo VII<sup>1</sup>.

El propio derecho contempla una gran variedad de métodos o procedimientos de solución pacífica de las controversias a ser aplicados, si los esfuerzos por abordarlas no logran un arreglo definitivo y perdurable<sup>2</sup>. Todas las organizaciones multilaterales, de alguna manera, contemplan posibilidades de arreglo sin recurrir a medidas extremas, como la imposición de la paz mediante sistemas represivos. Son normas por todos los países aceptadas y utilizadas, a pesar de que los casos que más se difunden sean aquellos en que no se alcanza una solución por sobre los que se logra, pues no atraen la atención preferente de los medios de comunicación.

Las normas que nos rigen son suficientemente conocidas y, en profundidad, por los especialistas y juristas de los países. Sería reiterativo referirlas una vez más. Basta con recordar que el instrumento de mayor trascendencia es la Carta de las Naciones Unidas de 1945, el tratado multilateral por excelencia,

---

<sup>1</sup> NACIONES UNIDAS (1945).

<sup>2</sup> FERNÁNDEZ (1985) p. 289.



sobre el cual los Estados miembros de la organización han dado su consentimiento en obligarse. Sigue siendo la base del ordenamiento jurídico actual. Los países pueden soberanamente profundizar tales disposiciones, mejorarlas, adaptarlas a las nuevas realidades y a la modernidad; bajo la condición de no trasgredir la Carta.

Ha sido un logro muy importante luego de tantas experiencias trágicas a lo largo de una historia plagada de desencuentros y dos guerras mundiales, lo que marca un momento trascendental en la historia humana. Y no ha sido su único mérito, pues se ha logrado aunar voluntades y sistemas jurídicos muy dispares y hasta contradictorios entre sí, lo que dificulta la búsqueda de una juridicidad común. Una tarea de gran dificultad y que todavía continúa.

Cada civilización se ha construido sobre la base de un sistema legal propio, elaborado en el tiempo y muchas veces transmitido de generación en generación. De esta manera se consolida y se convierte en parte de su cultura. Si no existiera, sería en verdad, imposible que perdure. Aunque lo que resulta básico para unos, no siempre resulta conveniente o aceptado por otros, apoyado en variados sistemas legales desarrollados de manera propia y separada de los demás.

Un ejemplo es el que nos rige, que tiene sus raíces en el derecho romano, heredado del colonial español, el que a su vez, encuentra en materias civiles su base en el derecho francés. De manera diferente está el originado en el sistema anglosajón, donde la jurisprudencia o la costumbre son fundamentales. En ocasiones, nuestro ordenamiento permite que los fallos de los tribunales sean dispares y hasta contradictorios entre sí, según cada pleito y donde la costumbre “no constituye derecho salvo en los casos en que la ley se remite a ella”<sup>3</sup>.

Asimismo, existen otros sistemas fundamentados en tradiciones religiosas, culturales, étnicas, tradiciones ancestrales o en civilizaciones milenarias, sin olvidar aquellos propios de ciertos lugares aislados que todavía subsisten. En fin, las diferencias entre ellos siguen siendo válidas, aunque no interfieran de forma drástica en la aceptación generalizada del derecho internacional predominante. No obstante se presenten situaciones que lo cuestionan.

Queda planteado entonces, uno de los más serios desafíos que ha debido encarar el derecho internacional: cómo lograr un sistema que los represente a todos por sobre tantas diferencias. No ha sido fácil y todavía resta mucho por resolver, debido a que surgen señales claras de imposición de contextos diferenciados, o casos específicos de rebeldía, por sobre la voluntad general de la comunidad de países.

---

<sup>3</sup> *Código Civil*, artículo 2.

Dejamos enunciada la idea que procuraremos desarrollar de manera resumida, y examinar las prácticas y fundamentos de la legalidad islámica, sin pretender abarcarlos en todos sus aspectos, guiados más por el propósito de proponer un tema de reflexión ante una realidad que cada día adquiere mayor actualidad, así como afrontar crecientes cambios y desafíos.

## I. LAS BASES DEL SISTEMA ACTUAL

En vista de la variedad de sistemas legales y ante la imposibilidad de privilegiar unos sobre otros, al tener todos ellos la misma legitimidad legal y siendo imposible pretender que se subordinen los unos a los otros:

“el derecho internacional ha validado la multiplicidad de sus fuentes creadoras, donde la doctrina distingue la calificación entre fuentes clásicas o tradicionales, de aquellas que no lo son”<sup>4</sup>.

Las primeras, son las contempladas en el artículo 38 del estatuto de la Corte Internacional de Justicia, aunque no las califique de tales y sea un mandato dado a la propia Corte, sin establecer prelación entre ellas, “cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas”, y “deberá aplicar” el listado mencionado. Con la sola distinción de aquellos “medios auxiliares”, como “las decisiones judiciales” y “las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones”, como establece el artículo 38, letra d. del estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Las fuentes no clásicas o modernas, por su parte, se han ido desarrollando en el tiempo sin que se impida la aparición de otras. Por ejemplo, el derecho de la integración que distingue entre los derechos originarios y derivados de los órganos con poder decisorio de la Unión Europea<sup>5</sup>.

Para encontrar una solución consensuada la Carta de la ONU buscó el pragmatismo, al no decidir cual sistema tendría prioridad sobre los demás. Por lo tanto, eligió referirse a los “principios generales del derecho”, una de sus fuentes clásicas sobre los cuales no hay superposición entre las diferentes fuentes o sistemas, procurando que todos coincidan en ellos sin una prelación determinada. Solución que se basa en aquellos principios del Pacto de la Sociedad de las Naciones redactados por el presidente estadounidense Thomas Woodrow Wilson en 1919<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> LLANOS (2021) p. 59.

<sup>5</sup> FERNÁNDEZ (2009) pp. 39-40.

<sup>6</sup> GAMBOA, FERNÁNDEZ (2008) p. 241.

A pesar de ello, la mención a los principios generales del derecho, agrega “reconocidos por las naciones civilizadas”. La que ha traído no pocas críticas, aunque haya sido redactada en el contexto que siguió a la Segunda Guerra Mundial en plena vigencia de los países considerados entonces como enemigos, y que fuera redactado durante la época en que subsistía el colonialismo<sup>7</sup>. No faltan aquellos que todavía se sienten incómodos con dicha redacción y la critican como una intolerable imposición del sistema jurídico occidental por sobre los demás. Una postura que ha encontrado partidarios entre los países árabes y que la argumentan si tienen la oportunidad.

## II. LOS PRINCIPIOS

### SEGÚN LA CARTA DE LAS NACIONES UNIDAS

El artículo 2 expresa:

“Para la realización de los Propósitos consignados en el Artículo 1, la Organización y sus Miembros procederán de acuerdo con los siguientes principios”.

Se utiliza una expresión imperativa ‘procederán’, no siendo una mera recomendación o una sugerencia, sino un compromiso adquirido según la Carta, para luego enumerarlos.

Los principios que analizaremos en resumen, de manera complementaria han sido reiterados en otros instrumentos adoptados por la ONU, entre los cuales destaca: La Declaración sobre el Fortalecimiento de la Seguridad Internacional, adoptado por la Asamblea General el 16 de diciembre de 1970, que reafirmó:

“la validez universal e incondicional de los Propósitos y Principios de la Carta, como base de las relaciones entre los Estados, cualesquiera sea su extensión, ubicación geográfica, nivel de desarrollo o sistema político, económico o social y declara, que el quebrantamiento de estos principios no puede justificarse en ninguna circunstancia”.

Fue aprobada por unanimidad<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> WHITEMAN (1963) pp. 90-91.

<sup>8</sup> FIGUEROA (1989) p. 52.

### 1. Primer principio.

*“La organización está basada en el principio de la igualdad soberana de todos sus miembros”*

Uno de los grandes avances del derecho internacional alcanzado en la Paz de Westfalia, del 24 de octubre de 1648, que puso fin a la conocida como Guerra de los Treinta Años y que lo consagró sin distinción de las respectivas formas de gobierno, reconociendo la solidaridad de sus intereses políticos y su equilibrio<sup>9</sup>.

En los inicios del derecho internacional americano, Andrés Bello afirmaba:

“De la independencia y soberanía de las naciones se sigue que a ninguna de ellas es permitido dictar a otra la forma de gobierno, de religión, o la administración que esta deba adoptar; ni llamarla a cuenta por lo que pasa entre los ciudadanos de ésta, o entre el gobierno y los súbditos”<sup>10</sup>.

Hay críticas respecto a la no aplicación de este principio en la composición de los cinco miembros permanentes del Consejo de Seguridad de la ONU, donde no rige la misma igualdad jurídica. Se debe considerar que los miembros:

“confieren al Consejo de Seguridad la responsabilidad primordial de mantener la paz y seguridad internacionales, y reconocen que el Consejo de Seguridad actúa a nombre de ellos al desempeñar las funciones que le impone aquella responsabilidad”<sup>11</sup>.

Dicha composición fue acordada en difíciles negociaciones previas, materializadas en la Conferencia de Yalta (península de Crimea 1945), mediante una declaración conjunta entre Gran Bretaña (Winston Churchill), Unión Soviética (José Stalin) y Estados Unidos (Franklin D. Roosevelt), en la que además de acordar una conferencia amplia en San Francisco (California), se decidió que esta se efectuaría bajo la “regla de la unanimidad de las cinco potencias” dotadas del “derecho de veto”, donde ninguna podría imponerse a las otras<sup>12</sup>. De no haberse aceptado no hubiere existido el acuerdo entre las potencias vencedoras para la creación de la organización.

El tema fue abordado por el entonces ministro de Relaciones Exteriores de Chile, Joaquín Fernández, en su exposición ante al Senado al afirmar

---

<sup>9</sup> CRUCHAGA (1994) pp. 25-26.

<sup>10</sup> BELLO (1841) p. 16.

<sup>11</sup> NACIONES UNIDAS (1945).

<sup>12</sup> GAMBOA, FERNÁNDEZ (2008) pp. 245-246.

que, sobre la base de la declaración oficiosa de las grandes potencias: “sin veto no habría Carta”<sup>13</sup>. Constituye una excepción al principio de la igualdad jurídica de los Estados, pero solo para el funcionamiento del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, lo que sus miembros han aceptado.

Desde hace largo tiempo la organización estudia varios sistemas alternativos para reemplazar el vigente en el Consejo de Seguridad y barajado diversas soluciones. En la actual 79ª Asamblea General de 2024, el tema ha vuelto a ser considerado a raíz de lo señalado por varios países, y a la iniciativa estadounidense de considerar dos puestos para el Grupo Africano como miembros permanentes por representar cincuenta y cuatro países del organismo, pero sin derecho de “veto”. Un asunto que, podría motivar largas negociaciones y abrir las posibilidades para que otros grupos regionales también aspiren a integrar un consejo ampliado. Según las normas, la reforma a la Carta de las Naciones Unidas requiere la aprobación de la Asamblea General por “las dos terceras partes de los Miembros de las Naciones Unidas, incluyendo a todos los miembros permanentes del Consejo de Seguridad”. Se puede obtener la mayoría necesaria en la Asamblea General. Pero resulta mucho más difícil que suceda lo mismo en el Consejo de Seguridad, por tanto, no parece probable que sea aprobado en tiempo breve. En todo caso, hay conciencia, de que en este punto la Carta ha sido superada por la realidad internacional actual. La situación de enfrentamiento al interior del Consejo por ahora, aleja esta posibilidad.

## 2. Segundo principio.

*“Los miembros de la organización, a fin de asegurarse los derechos y beneficios inherentes a su condición de tales, cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas por ellos de conformidad con esta Carta”*

Está contemplado en el artículo segundo, numeral dos de la Carta de las Naciones Unidas. Se alude a expresiones impositivas: “cumplirán” y “de buena fe las obligaciones contraídas”. Constituyen obligaciones jurídicas, sobre las cuales han dado su consentimiento en obligarse por la Carta y deben cumplirlo de buena fe, pues ha sido pactada, y no se presume como suele ser en nuestro sistema legal.

---

<sup>13</sup> MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES DE CHILE (1945) p. 29.

### 3. Tercer principio.

*“Los miembros de la organización arreglarán sus controversias internacionales por medios pacíficos de tal manera que no se pongan en peligro ni la paz y la seguridad internacionales ni la justicia”*

La Carta utiliza el término ‘arreglarán’ en su artículo segundo, numeral tercero, constitutivo de un deber jurídico amplio, ya que ninguna de sus disposiciones ni la práctica entre los Estados, imponen un método o procedimiento de solución pacífica de controversias sin el debido consentimiento de las partes involucradas, sea respecto del caso sometido a alguno de los procedimientos, sea mediante un tratado o acuerdo previo que lo determine. Existe, por tanto, la libre elección del medio a ser utilizado. Además, se aplica el principio de la no simultaneidad de procedimientos, pues podrían alcanzarse soluciones dispares o contradictorias entre sí, manteniéndose el deber de solucionar la controversia por otro medio elegido si este no logra una solución.

Para una visión actualizada de este punto, la Corte Internacional de Justicia, en su sentencia sobre la demanda de Bolivia contra Chile respecto a la “obligación de negociar con Bolivia un acceso soberano al océano Pacífico”:

“recuerda que, según los términos del párrafo 3 del artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas [...] enuncia una obligación general de solucionar las controversias de manera de preservar la paz y seguridad internacional y la justicia, pero no indica de ninguna manera que las partes en una controversia estén obligadas a recurrir a un método de arreglo específico, como la negociación”<sup>14</sup>.

Debemos considerar que el citado artículo añade: “[...] ni la justicia”. Plantea un punto teórico y práctico. En teoría el derecho siempre debería ser justo, y concordante con la moral. Sin embargo, podrían presentarse casos particulares en que una sentencia judicial, desde la teoría, disponga un resultado injusto, aunque apegado al estricto derecho. O también podría ser contrario a la moral. Hans Kelsen se refirió a estos aspectos, más orientado a la moral<sup>15</sup>. Por su parte, nuestro ministro de Relaciones Exteriores que adoptó la Carta de San Francisco en 1945, en su mensaje al Senado citó a Blaise Pascal: “La fuerza sin la justicia es tiránica, pero la justicia sin la fuerza es una burla”<sup>16</sup>. Para algunos, el derecho si es injusto estaría viciado. Para otros, habría un derecho

<sup>14</sup> CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA (2018) párrafo 165 p. 51.

<sup>15</sup> KELSEN (1952) pp. 364-365.

<sup>16</sup> FERNÁNDEZ (1985) p. 88.

imperfecto, pero que no deja de serlo, si bien corresponde a los Estados corregirlo. Queda planteado el tema, sin abundar en su consideración que nos podría desviar del propósito de este trabajo.

Lo he mencionado, pues se atribuye a la Delegación de Bolivia las tres palabras finales del artículo “[...] ni la justicia”, las que habrían sido motivadas porque, si bien el tratado de 1904 puso fin a las controversias y definió nuestros límites permanentes, a juicio de Bolivia sería una solución injusta. Un tema que plantea a menudo, al sostener que fue impuesto por la fuerza de las armas. Tal declaración pierde toda validez si se considera que, entre el Pacto de Tregua de 1884 y el tratado definitivo de 1904, hay más de veinte años, y resulta imposible mantener dicha fuerza ejercida todo ese tiempo. Asimismo, hubo extensas negociaciones y propuestas chilenas a Bolivia en 1895, demostrativas de la inexistencia de las presiones armadas chilenas.

#### 4. Cuarto principio.

*“Los miembros de la organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas”*

Se compatibiliza con el anterior, el arreglo pacífico de las controversias internacionales. Si la amenaza o el uso de la fuerza están prohibidas, al ser imposible impedir que existan controversias, su solución pacífica es la única manera de resolverlas, así se desprende del artículo segundo, numeral cuarto de la Carta. Cada uno de estos principios es necesariamente complementario o correlativo del otro<sup>17</sup>.

Las excepciones al uso de la fuerza son: la acción coercitiva del Consejo de Seguridad (capítulo VII de la Carta) o la legítima defensa individual o colectiva (artículo 51 de la Carta). No corresponde en esta oportunidad reiterar estas normas.

### III. LOS PRINCIPIOS EMERGENTES

Ha sido paulatino, pero muchos nuevos principios y propósitos han terminado por imponerse como evidencia de un mundo cambiante, o por claros objetivos políticos e ideológicos. Todos son valiosos en su medida y también representan

---

<sup>17</sup> FERNÁNDEZ (1985) p. 291.

nuevas tendencias acordes con las crecientes necesidades de la comunidad internacional. Las mayorías circunstanciales en las Naciones Unidas los han hecho realidad e impuesto al resto de los países. Un proceso que no sería raro y tampoco perjudicial, pues una de las características del derecho internacional es su evolución que puede ser acelerada según las circunstancias. Como ejemplo conocido, están las normas que rigen los nuevos medios electrónicos y las numerosas plataformas tecnológicas que progresan sin pausa, y donde existe una desatada competencia recíproca propia de los avances logrados. Ha sido la respuesta del derecho a estos progresos que requerían ser normativizados, o se corría el riesgo de que se impusieran sin ningún control. Primero se inventó la tecnología electrónica y luego el derecho que la rige. No al revés.

Hay que recordar que la propia Carta de las Naciones Unidas contempla dicha evolución en su artículo 13.1.a. que expresa:

“La Asamblea General promoverá estudios y hará recomendaciones para los fines siguientes: a. fomentar la cooperación internacional en el campo político e impulsar el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación”.

Una tarea que prosigue impulsada entre otros, por la Comisión de Derecho Internacional (CDI), si bien todavía está inconclusa, pues en muchos aspectos ha existido de preferencia, una recopilación sistemática más que una real codificación<sup>18</sup>. Son numerosos los nuevos principios y propósitos incorporados en la agenda mundial y que sesión a sesión, son abordados por los diferentes órganos de la ONU, como por los organismos especializados del sistema. Siguiendo esta tendencia, numerosos documentos internacionales se esmeran por referirse a ellos, aunque en ocasiones no sean el propósito central del instrumento. La idea es reiterarlos cada vez que se pueda a objeto de crear conciencia y asentar su validez. En la actualidad son variados y atienden muchos temas.

Como sería muy largo enumerarlos, resulta más conveniente tener como base uno de los documentos más modernos y donde todos están contemplados. Me refiero a la Agenda 20-30 y los Objetivos de Desarrollo Sostenible (AOD), aprobada en septiembre de 2015 por la Asamblea General, como una visión transformadora hacia la sostenibilidad económica, social y ambiental de los Estados miembros<sup>19</sup>.

El citado documento contiene diecisiete propósitos explicados latamente. Solo me referiré a ellos de manera resumida. Se fundamenta, entre otras consideraciones, en que:

---

<sup>18</sup> FERNÁNDEZ (2018) p. 130.

<sup>19</sup> CEPAL (2018).



“se hace necesario transformar el paradigma de desarrollo dominante en uno que nos lleve por la vía del desarrollo sostenible inclusivo y con visión de largo plazo”.

Y añade:

“Es una agenda transformadora que pone a la igualdad y dignidad de las personas en el centro y llama a cambiar nuestro estilo de desarrollo, respetando el medio ambiente”<sup>20</sup>.

Los propósitos enunciados tienen por objetivo de aquí al 2030:

“poner fin a la pobreza en todas sus formas en todo el mundo, fin al hambre, lograr la seguridad alimentaria, la mejora de la nutrición y promover la agricultura sostenible [temas desde hace tiempo contemplados por la FAO y por la OMPI, relacionados con la propiedad intelectual y la salud con el comercio]; y garantizar una vida sana y promover el bienestar de todos a todas las edades” (promovidos por la OMS).

No requieren mayores explicaciones por haber sido analizados de manera previa por los respectivos organismos especializados. Se añade el objetivo de: “Garantizar una educación inclusiva y equitativa de calidad y promover oportunidades de aprendizaje permanente para todos”, la que debe “asegurar que todas las niñas y todos los niños terminen la enseñanza primaria y secundaria, que ha de ser gratuita y de calidad”<sup>21</sup>.

Hay otros propósitos como: “Lograr la igualdad de género y empoderar a todas las mujeres y las niñas”, sin discriminación, formas de violencia en ámbitos públicos y privados, incluidas la trata y la explotación sexual, matrimonio infantil, valorar el trabajo doméstico y la salud sexual. “Garantizar la disponibilidad y la gestión sostenible del agua y el saneamiento para todos”, acceso equitativo y universal a un precio asequible, con saneamiento y sin contaminación, y participación de las comunidades locales. “Garantizar el acceso a una energía asequible, confiable y moderna para todos”, con eficiencia energética. “Promover el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y el trabajo decente para todos”, un moderno consumo de recursos mundiales eficientes, y reducir los jóvenes no empleados, erradicar el trabajo forzoso, y promover el turismo sostenible. “Construir infraestructuras resilientes, promover la industrialización inclusiva, y fomentar la innovación”, créditos asequibles y capacidad tecnológica. “Reducir la desigualdad en los países y

---

<sup>20</sup> CEPAL (2018) p. 7.

<sup>21</sup> *Op. cit.* pp. 15-30.

entre ellos”, crecimiento de ingresos, inclusión social, sin discriminación, facilitar la migración y el trato diferenciado. Así se desprende de la Agenda en sus páginas 30 a 49.

Asimismo: “Lograr que las ciudades y los asentamientos humanos sean inclusivos, seguros, resilientes y sostenibles”, accesibles, proteger el patrimonio cultural y natural del mundo, y reducir las muertes por desastres, aumento de zonas verdes y apoyo a países menos adelantados. “Garantizar modalidades de consumo y producción sostenibles”, con gestión ecológica y reducción de desechos. “Adoptar medidas urgentes para combatir el cambio climático” y el efecto invernadero. “Conservar y utilizar sosteniblemente los océanos, los mares y recursos marinos”, la contaminación, acidificación y sobrecapacidad pesquera, aumentando los beneficios a pequeños Estados insulares. “Proteger bosques, desertificación, degradación de tierras y detener la pérdida de biodiversidad y la caza furtiva<sup>22</sup>. Al final se acordó:

“Proteger, restablecer y promover el uso sostenible de los ecosistemas terrestres, detener la degradación de las tierras y pérdida de la biodiversidad. Promover sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo, y acceso a la justicia para todos”,

poner fin a la tortura de niños y al financiamiento de armas ilícitas. Además, “fortalecer los medios de implementación de esta Alianza Mundial para el Desarrollo”.

#### IV. COMENTARIO

De la larga lista de los propósitos consignados en la Agenda, es posible encontrar la gran mayoría de las principales falencias que adolecen los países en la actualidad. Constituye un acertado, aunque descarnado diagnóstico de una realidad mundial innegable. Al mismo tiempo, es un documento muy ambicioso, no solo por sus objetivos, sino por los breves plazos autoimpuestos para alcanzarlos. Faltan pocos años para que todas y cada una de estas aspiraciones debieran cumplirse al 2030. Del todo improbable, pues muchas de las cuales en vez de superarse se han agudizado, lo que hace correr el riesgo de que un compromiso valioso pierda su efectividad y cause mayores frustraciones.

No obstante, hay que considerarlo en su real significado para la comunidad internacional. Deja en evidencia que el mundo ha evolucionado de manera acelerada y que los propósitos y principios que han regido por casi ochenta

---

<sup>22</sup> CEPAL (2018) pp. 50-69.

ta años consagrados en la Carta de las Naciones Unidas, aunque sigan teniendo todo su valor y vigencia, ya no son los únicos que buena parte de los países considera necesarios, habiéndose incorporado varios otros más acordes con las realidades actuales.

El dilema entonces es, si los existentes podrán mantener su predominio, o terminarán siendo suplantados por los nuevos. No hay una respuesta válida todavía, pero ambas posiciones se han planteado y cuentan con decididos partidarios. Se puede constatar que, en algún momento cercano, habrá que tomar una decisión que debería quedar reflejada en la propia Carta de la ONU o, bien, como en ocasiones anteriores, ser incorporados estos propósitos o principios en nuevos instrumentos que adquieran el valor necesario para ser exigidos y respetados por todos los Estados miembros de la Organización. Como ejemplo, está la resolución 2625 xxv de 24 de octubre de 1970 relativa a “Los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas”, la que los complementó. Solo dejó planteado el tema, pues no hay certeza de su futuro desarrollo por la comunidad de naciones.

Como otro ejemplo de un derecho internacional que se adapta a los tiempos, se puede mencionar el relativo a “la seguridad y la protección”<sup>23</sup>. Recoge las advertencias de varios secretarios generales de las Naciones Unidas que, en su momento, “examinaron los riesgos y las consecuencias del cambio climático para la defensa y seguridad”, así como: la desertificación, escasez de agua, malas cosechas, falta de alimentos, inundaciones o aumentos repentinos de la temperatura, del agua sucia que propague enfermedades o epidemias. Algunos de los temas incluidos en la Agenda 20-30, también fueron advertidos previamente.

En ciertos casos, e impulsado por varios países, se intenta que los nuevos principios adquieran mayor valor que los existentes y, si fuere posible, tengan una dimensión jurídica superior y terminen por suplantarlos o condicionar su actual aceptación, la que en casos más extremos se procura cuestionar. Del contexto contenido en la Agenda que hemos sintetizado, es posible deducir que cada uno de ellos no constituye una real novedad en sí mismo. La mayoría ya han sido planteados y analizados por algunos de los órganos de la ONU, o por sus agencias especializadas. La novedad está en que todos se amplían y adquieren alcances mayores, bajo determinados principios generales como: la sustentabilidad, la inclusión, la igualdad de género, la accesibilidad, la resiliencia, o la ecología. Cada uno de ellos queda supeditado a que esta nueva dimensión esté presente, se cumpla, se vigile su ejecución, o se identifique a quie-

---

<sup>23</sup> RAMCHARAM (2004) pp. 3-4.

nes no lo hacen y apliquen medidas, o en casos graves sancionen. En ningún caso estoy cuestionando esta evolución. La señalo como una más amplia aproximación a los numerosos problemas que subsisten sobre las nuevas tendencias, que están en pleno desarrollo y aceptación.

Como un caso concreto se puede consignar que, en la reciente reunión del Instituto Hispano Luso Americano de Derecho Internacional (IHLADI. Lisboa, septiembre 2024), se planteó la conveniencia de un régimen jurídico internacional frente a la subida del nivel del mar, como preocupación de los Estados ribereños y la pérdida de sus costas. Asimismo, como consecuencia del cambio climático podrán desaparecer varios países isleños si el mar continúa elevándose<sup>24</sup>.

## V. LA SHARÍA ISLÁMICA Y EL CORÁN

En términos generales sharía significa la “vía o senda del islam” o “ley sagrada”, y constituye el cuerpo legal del derecho islámico. Son normas de conducta consideradas como el bien o el mal a que los musulmanes deben ajustar su vida. No solo tienen un valor jurídico, sino que forman parte del conjunto de preceptos fundamentales del modo de vida musulmán. Determinan el camino hacia la salvación y comprenden todos los aspectos de la vida pública y privada a que un creyente está sujeto, en especial a la moralidad en la familia, la política o los negocios<sup>25</sup>.

Su fuente básica es el sagrado libro del *Corán* (siglo VII), así como otros textos recopilados por sus principales figuras. El *Corán* no admite interpretaciones, pues ha sido revelado al profeta Mahoma directamente por Alá y su aplicación depende de su texto, el que es prioritario y no puede contradecirse. Sin embargo, la *Sharía*, que reglamenta las costumbres, en todo aquello que no altere el *Corán* puede permitir ciertas interpretaciones. El grado de tolerancia o estrictez en la aplicación de sus normas también dependerá de la corriente islámica vigente en el país, como también de su momento histórico, según la autoridad y las escuelas de jurisprudencia. Es así como coexisten diversas variantes, dependiendo de la mayor o más atenuada manera de observar el *Corán*, lo que puede significar algún grado de tolerancia o aplicarse de forma literal. Como ejemplo actual, se puede mencionar la imposición estricta que hay en el Afganistán teocrático (talibanes) o en Irán (ayatolas) y países, donde existe una policía religiosa encargada de velar por el cumpli-

---

<sup>24</sup> DE FARAMIÑAN (2024) pp. 1 y 8.

<sup>25</sup> SHARÍA (2018) pp. 1 a 5.

miento de el *Corán* y la *Sharia*. Son las bases que inspiran a los movimientos extremistas y terroristas islámicos, como: Hamas, Hezbollah, Hermanos Musulmanes, Boko Haram, Estado Islámico (ISIS), Al Qaeda, Hutíes, la Organización para la Liberación del Levante (HTS) que ahora gobierna Siria, que representa un Yihadismo Salafita más moderado, al menos por ahora. Todos son movimientos islámicos radicales. Algunos han cometido atentados en varios países, incluso árabes.

“La *Sharia* es una ley personal (acorde con las creencias) no territorial, pues no está circunscrita a al límite de un territorio estatal, ni es necesariamente obligatoria para todos los habitantes de un Estado, pues cada uno se regirá por el código correspondiente a su confesión religiosa”<sup>26</sup>.

Dependerá también de la corriente imperante. Las más nombradas son el sunismo y el shiismo. No hay diferencias respecto a el *Corán*, pues para todas es el mismo. Se trata de variantes centradas sobre la autoridad y la observancia de los fieles. Los sunitas apoyan tal dirección y liderazgo en califas elegidos. Entre los shiitas lo ejercen aquellos que de manera directa o indirecta descienden del profeta. Por cierto, hay muchas otras tendencias, pero en lo esencial todos creen lo mismo.

Hay quienes distinguen cuatro sistemas: aquellos secularizados; los dominados por la *Sharia*; los que conviven con el derecho occidental; y aquellos en proceso de “reislamización”. Una corriente que está en expansión<sup>27</sup>.

Es esencial referirse al texto coránico que fuera revelado por Alá al profeta Mahoma, mientras dormía, por medio del ángel Gabriel (el mismo de la Anunciación a la Virgen) a lo largo de veintitrés años de su vida. Nunca ha sido modificado y sus ciento catorce *suras* (capítulos) permanecen sin cambios. Cada *sura*, a su vez, se divide en *aleyas* (párrafos) que varían en su longitud, algunas largas y explicativas y otras más breves. En términos amplios se puede distinguir entre aquellos párrafos descriptivos de situaciones y otros en que Alá instruye a los musulmanes. Y es aquí en que muchos de ellos contienen deberes inmutables, a veces en términos muy duros para los considerados infieles, no obstante contemplar situaciones que ocurrieron en el siglo VII. No es del caso entrar en tales explicaciones, sería largo y difícil hacerlo y tampoco tengo la competencia necesaria para abordarlos en profundidad.

Algunos de los párrafos destacados y sobre los considerados infieles pueden servir de orientación: “Da lo mismo que adviertas o no a los infieles: no

---

<sup>26</sup> CARMONA (1997) p. 27.

<sup>27</sup> SERRANO (2022) pp. 9-10.

creen" (*sura 2, aleya 6*). Y agrega: "tendrán un castigo terrible" (*aleyas 7*)<sup>28</sup>. "Los creyentes, los judíos, los cristianos, los sabeos, quienes creen en Alá y en el Último Día y obran bien, no tienen que temer" (*sura 2, aleya 62*), y más adelante agrega: "Dimos a Moisés la Escritura y mandamos enviados después de él. Dimos a Jesús, hijo de María, las pruebas claras y le fortalecimos con el Espíritu Santo" (*sura 2, aleya 87*). Refiriéndose una vez más a María señala: "Dijo ella: Señor ¿Cómo puedo tener un hijo, si no me ha tocado varón? Dijo: Así será. Alá crea lo que Él quiere" (*sura 3, aleya 47*). Más adelante dispone: "Los infieles tendrán un castigo humillante" (*sura 2, aleya 90*). "Si vieran los impíos, cuando vean el castigo, que la fuerza de Alá es toda de Alá y que Alá castiga severamente" (*sura 2, aleya 165*). "Los impíos no tendrán quien los auxilie" (*sura 3, aleya 192*).

Respecto a temas sobre la mujer el *Corán* dice: "Ellas tienen derechos equivalentes a sus obligaciones, conforme al uso, pero los hombres están un grado por encima de ellas" (*sura 2, aleya 228*). La *sura 4* está dedicada a "las mujeres", y atiende variadas normas de conducta y otras relacionadas, como sobre la herencia con bastante detalle (*aleyas 12*), entre las cuales dispone:

"Llamad a cuatro testigos de vosotros contra aquellas de vuestras mujeres que cometan deshonestidad. Si atestiguan, recludlas en casa hasta que mueran o que Alá les procure una salida" (*sura 4, aleya 15*).

"Los hombres tienen autoridad sobre las mujeres en virtud de la preferencia que Alá ha dado a unos más que a otros" (*sura 4, aleya 34*). "A quienes crean y obren bien, les introduciremos en jardines por cuyos bajos fluyen arroyos, en los que estarán eternamente" (*sura 4, aleya 57*). También existen disposiciones sobre los castigos corporales, como la lapidación en caso de adulterio, o en la *Sharía*, estrictas normas sobre el velo islámico a usar, como la burka, chador, niqab, hijab, que las cubre de manera total o parcial. Estas son prácticas para la mujer, no para el hombre, que no figuran en el *Corán*, sin embargo existen y aplican en aquellos países donde impera un islamismo estricto.

Algunas normas coránicas también merecen ser mencionadas: "Os está vedada la carne mortecina, la sangre, la carne de cerdo, la de animal sobre el que haya invocado un nombre diferente del de Alá" (*sura 5, aleya 3*). "Al ladrón y a la ladrona, cortadles las manos como retribución de lo que han cometido, como castigo ejemplar de Alá" (*sura 5, aleya 38*). También hay pasajes que prohíben el alcohol y la embriaguez. "Creyentes. No toméis como amigos a los judíos y a los cristianos" (*sura 5, aleya 51*). "No ores nunca por ninguno de ellos cuando muera, ni detengas en su tumba" (*sura 5, aleya 84*). Tam-

---

<sup>28</sup> CORTÉS (2005) p. 2.

bién contiene preceptos muchas veces atemorizantes sobre los infieles. Tenemos el caso de: “Cuando los impíos vean el castigo, éste no se les mitigará, ni les será dado esperar” (*sura* 16, *aleyas* 85). “Pondremos argollas en el cuello de los que no hayan creído” (*sura* 34, *aleyas* 33). “Cuando sostengáis, pues, un encuentro con los infieles, descargad los golpes en el cuello hasta someterlos. Entonces, atadlos fuertemente” (*sura* 47, *aleyas* 14).

Son aquellos que, junto a otras partes de los párrafos, que sería muy largo enumerar, los que han servido de mandato obligado a muchos movimientos islámicos radicales, y a quienes fundamentan los actos de terrorismo contra los infieles ocurridos, y que sirven de base a las “fatuas” o condenas imperativas. Constituyen una minoría, pues el islam es una religión, en general, tolerante y pacífica. El problema radica en que están contemplados en el *Corán*. Por lo tanto, son extractados de forma aislada y selectiva, acorde con las distintas posiciones y sus objetivos políticos o estratégicos. No obstante, su ilegalidad para el derecho internacional y ser contrarios a muchos tratados y acuerdos en vigencia que los prohíben, todavía se aplican, y entre ellos compiten por actuar más fidedignamente según el *Corán*, calificando de infieles enemigos a todos quienes no les obedecen y se someten, incluso y de forma prioritaria, a los otros musulmanes que no adhieren por considerarlos impíos.

## CONCLUSIONES

Se ha procurado, de manera resumida, aportar algunos antecedentes que permitan una aproximación a los propósitos y principios que tienen vigencia internacional. También sobre aquellos que emergen en la actualidad; además de las disposiciones más significativas contenidas en el *Corán* y en la *Sharia* islámica. En muchos casos hay coincidencias plenas o parciales, pero en otros, se aprecian profundas diferencias y hasta normas que se contradicen. Examinarlas todas y con la debida profundidad sería una tarea inmensa que sobrepasa a este trabajo.

No obstante, cabe plantear la interrogante de si aquellas coincidentes o similares pueden tener plena observancia y aplicación o si, por el contrario, podrían estar muy condicionadas por aquellas diferentes y opuestas. Tampoco hay una respuesta única y dependerá de la aceptación y compromiso que exista entre las diferentes posiciones. El orden jurídico internacional de raíz occidental, y reflejado en particular, en la Carta de las Naciones Unidas, cuenta con una aceptación y compromiso universales. A pesar de lo cual, los desacuerdos y enfrentamientos subsisten. Por sobre las diferencias y competencias políticas o ideológicas, también coexisten otros factores que las determinan como son los: religiosos, culturales, históricos, tradicionales, tribales, sociales y mu-



chos más. No siempre se explicitan, pero subyacen inevitablemente. Y pueden condicionar el ejercicio del islamismo en cada país.

Es lo que he procurado destacar en este trabajo, muy consciente de que solo ha sido posible abordarlos de manera preliminar, o cuando estos dogmas y creencias se alejan entre sí, siempre quedan sujetos a convicciones de la fe, por lo general, imposibles de modificar.

Para concluir, deseo expresar mi profundo agradecimiento a mi amigo, el destacado académico Raúl Campusano Droguett, director de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo, y a su generosa invitación de participar en su prestigiada revista *Actualidad Jurídica*. Así como a quienes tengan interés de leerlo.

## BIBLIOGRAFÍA

- BELLO, Andrés (1841): *Principios de derecho internacional* (Valparaíso, Imprenta del Mercurio, segunda edición).
- CARMONA GONZÁLEZ, Alfonso (1997): “Ley islámica y derecho positivo”, *Anales de Historia Contemporánea* vol. 13.
- CORTÉS, Julio (2005): *El sagrado Corán* (versión castellana, Biblioteca islámica “Fatimah, Az-Zabra”, San Salvador, edición electrónica). Disponible en [www.jzb.com.es/resources/el\\_sagrado\\_coran.pdf](http://www.jzb.com.es/resources/el_sagrado_coran.pdf). San Salvador, El Salvador, diciembre 2022.
- CRUCHAGA TOCORNAL, Miguel (1944): *Derecho internacional*, tomo I (Santiago, Editorial Nascimento, Chile).
- DE FARAMINÁN GILBERT, Juan Manuel (2024): “Ponencia” (Lisboa, IHLADI). Documento de trabajo IHLADI en edición no publicada.
- FERNÁNDEZ ILLANES, Samuel (1985): “La solución pacífica de controversias y el mantenimiento de la paz”, *Revista Chilena de Derecho* vol. 12 n.º 2.
- FERNÁNDEZ ILLANES, Samuel (2009): “El proceso de integración en la Unión Europea: concordancias y divergencias con los de América Latina”, revista *Ars Boni et Aequi*, n.º 5.
- FERNÁNDEZ ILLANES, Samuel (2018): *La codificación y decodificación del derecho internacional por los organismos internacionales* (Valencia, Editorial Tirant lo Blanch).
- FIGUEROA PLA, Uldaricio (1989): *Manual de organismos internacionales* (Santiago, Editorial Andrés Bello/Jurídica de Chile).
- GAMBOA SERAZZI, Fernando; FERNÁNDEZ UNDURRAGA, Macarena (2008): *Tratado de derecho internacional público y derecho de integración* (Santiago, Editorial LexisNexis, segunda edición actualizada).
- KELSEN, Hans (1952): *Principios de derecho internacional público* (Buenos Aires, Editorial El Ateneo).



- LLANOS MANSILLA, Hugo (2021): *Teoría y práctica del derecho internacional público. Introducción y fuentes*, tomo I (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, quinta edición actualizada).
- MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES DE CHILE (1945): *Chile y la Conferencia de San Francisco* (Santiago, Imprenta Universitaria, Chile).
- RAMCHARAM, Bertrand (2004): "Un nuevo derecho internacional de la seguridad y la protección". Disponible en [www.un.org/es/chronicle/article/un-nuevo-derecho-internacional-de-la-seguridad-y-la-proteccion](http://www.un.org/es/chronicle/article/un-nuevo-derecho-internacional-de-la-seguridad-y-la-proteccion). Noviembre 2024.
- SERRANO RUANO, Delfina (2022): "¿Qué es la Sharía? Introducción sobre sus métodos, historia. Tradición Intelectual e Instituciones". *Awraq. Revista de análisis y pensamiento sobre el mundo árabe e islámico contemporáneo* n.º 20.
- SHARÍA (2018): *Historia, fuentes, escuelas jurídicas en torno a la Ley Islámica*, Enciclopedia.
- WHITEMAN, Marjorie M. (1963): *Digest of International Law*, vol. 1 (Washington, U.S. Government Printing Office).

### *Normas*

- CEPAL (2018): *La Agenda 20-30 y los objetivos de desarrollo sostenible*". Disponible en <https://repositorio.cepal.org/server/api/core/bitstreams/cb30a4de-7d87-4e79-8e7a-ad5279038718/content>
- Código Civil de Chile* (2009). Edición oficial (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, décimo novena edición).
- NACIONES UNIDAS (1945): Carta de las Naciones Unidas. 1945.
- NACIONES UNIDAS (1945): Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Disponible en [www.un.org/es/about-us/un-charter/statute-of-the-international-court-of-justice](http://www.un.org/es/about-us/un-charter/statute-of-the-international-court-of-justice)

### *Jurisprudencia*

- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA (2018): *Obligación de negociar un acceso soberano al Océano Pacífico (Bolivia contra Chile)*, 1 de octubre de 2018.



REFLEXIONES  
SOBRE EL DERECHO COMPARADO  
EN EL ÁMBITO  
DEL SISTEMA INTERAMERICANO  
DE DERECHOS HUMANOS,  
SUS ALCANCES  
A NIVELES JURISPRUDENCIALES  
Y CONSTITUCIONALES.  
COMENTARIOS GENERALES

REFLECTIONS ON COMPARATIVE LAW  
IN THE SCOPE OF THE INTER-AMERICAN  
HUMAN RIGHTS SYSTEM,  
ITS SCOPE AT JURISPRUDENTIAL  
AND CONSTITUTIONAL LEVELS.  
GENERAL COMMENTS

*Juan Pablo Crisóstomo\**

RESUMEN: El artículo comenta desde un ejercicio práctico y en el contexto del derecho comparado en el ámbito del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), la evolución de la práctica de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte IDH, en lo que se refiere a la interpretación de los instrumentos convencionales de protección de los derechos humanos, y los principios y doctrinas que han surgido de esa actividad que entrelaza lo jurídico con lo sociológico e incide en lo político, configurando estándares de conducta no recogidos por los instrumentos convencionales. Destaca la conveniencia de que el SIDH de certeza jurídica y social y coadyuve a que los Estados puedan desarrollar en forma efectiva un real respeto y promoción de los derechos humanos, de acuerdo con sus propias circunstancias y realidades, tarea progre-

---

\* Exministro consejero @ del Servicio Exterior de la República. Correo electrónico: jpcrisostomo@hotmail.com

siva que involucra derechos económicos, sociales y culturales, elementos fácticos y normativos, y a toda la sociedad.

**PALABRAS CLAVE:** sistema interamericano de derechos humanos; estándares interamericanos de derechos humanos; Estado de derecho; Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos; Convención Americana sobre Derechos Humanos

**ABSTRACT:** The article comments from a practical exercise and in the context of Comparative Law in the Inter-American Human Rights System (IAHRS), the evolution of the practice of the Inter-American Commission on Human Rights and the Inter-American Court of Human Rights, with regard to the interpretation of conventional instruments for the protection of Human Rights, and the principles and doctrines that have emerged from this activity that intertwines the legal with the sociological and affects the political, setting standards of conduct not included in conventional instruments. It underlines the convenience of the ISHR to provide legal and social certainty and to help States to effectively develop a real respect and promotion of human rights, according to their own circumstances and realities, a progressive task that involves economic, social and cultural rights, factual and normative elements, and society as a whole.

**KEYWORDS:** Inter-American System of Human Rights; standards of human rights; rule of law; Commission and the Inter-American Court of Human Rights; American Convention on Human Rights (ACHR).

## INTRODUCCIÓN

Desde hace ya varios años la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), ha venido citando en sus sentencias normas constitucionales, leyes y jurisprudencia de los Estados miembros de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica (CADH), utilizadas para facilitar su conocimiento de cómo se interpretan en el ámbito nacional las normas convencionales y cómo estas reflejan o se reflejan en las prácticas internas. En un principio habíamos considerado recapitular ese procedimiento, ya que plantea varias interrogantes relativas, por ejemplo, a las reglas de interpretación de los tratados de derechos humanos, al tema del *corpus iuris interamericano*, a la determinación de apreciaciones jurídicas comunes a los Estados y si estas son efectivamente acogidas por ese tribunal, vale decir, si hay o no una suerte

de *diálogo judicial*. Sin embargo, ese estudio supera un texto de este carácter; en consecuencia, nos limitaremos a exponer ciertos aspectos de interés vinculados a la jurisprudencia de la Corte IDH.

Los comentarios que siguen están formulados desde nuestra experiencia durante el desempeño como director de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile, organismo al que le corresponde la representación y la gestión de los asuntos vinculados con la defensa de los intereses de Chile ante los tribunales y órganos internacionales de derechos humanos, responsabilidad que tuvimos cargo en forma previa a la creación de la Subsecretaría de Derechos Humanos, y con posterioridad a esta.

La Subsecretaría de Derechos Humanos creada mediante la Ley n.º 20885, publicada en el *Diario Oficial* el 5 de enero de 2016, tiene entre sus funciones la de:

“Prestar asesoría técnica al Ministerio de Relaciones Exteriores en los procedimientos ante los tribunales y órganos internacionales de derechos humanos”,

y la de:

“Colaborar con el Ministerio de Relaciones Exteriores en la elaboración y seguimiento de los informes periódicos ante los órganos y mecanismos de derechos humanos, en la ejecución de medidas cautelares y provisionales, soluciones amistosas y sentencias internacionales en que Chile sea parte, y en la implementación, según corresponda, de las resoluciones y recomendaciones originadas en el Sistema Interamericano y en el Sistema Universal de Derechos Humanos, sin perjuicio de las atribuciones de otros órganos del Estado”.

La Dirección de Derechos Humanos trabaja estrechamente con esa participación, en particular con su División de Protección, así como con otras reparticiones públicas en la medida que tengan incidencia o competencia en los asuntos y casos que le toca conocer.

La gestión de los intereses de Chile ante las entidades que conforman el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y Corte IDH, que conforman una unidad en la defensa del respeto y promoción de los derechos humanos, como en la reparación de sus eventuales violaciones, requiere conocer no solo el derecho y las prácticas nacionales, sino, además, los sustentos de las actuaciones de esas entidades, la jurisprudencia de otras judicaturas de la región y como otros sistemas internacionales se han pronunciado en asuntos similares.

Recogiendo lo señalado por Manuel E. Ventura Robles en su texto “El sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, la primera lo

hace desde sus “[...] funciones políticas y cuasi judiciales” y la segunda desde sus “[...] funciones contenciosas y consultiva”<sup>1</sup>. Las funciones *políticas* de la CIDH refieren a sus obligaciones como órgano de promoción y protección de los derechos humanos. Su práctica frente a las convulsiones sufridas por la democracia durante la década de 1970, destacó ese papel. Por otra parte, la elección de los integrantes de ambos organismos no escapa a ese criterio y supone negociaciones de ese carácter. El procedimiento debería modificarse, aunque no es fácil encontrar una fórmula debido a la desconfianza entre los Estados y las organizaciones de la sociedad civil, algunas teñidas de un activismo político que muchas veces no ayuda a la causa de los derechos humanos frente al público general. Chile no es ajeno a esa realidad.

Actualicemos la memoria respecto a cómo se conformó el orden internacional que cautela los derechos humanos. Luego de la Segunda Guerra Mundial los derechos humanos comienzan a tener un lugar en la agenda internacional. La Carta de las Naciones Unidas incluirá la promoción del respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Luego, se adoptarán la Convención para la Prevención y Castigo del Crimen de Genocidio, el 9 de diciembre de 1948 y, al día siguiente, la Declaración Universal de Derechos Humanos. Después surgirán: la Convención Internacional para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1965) y, un año después, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Si observamos los mecanismos de la Convención sobre la Discriminación Racial y de los Pactos, el primero de los cuales contempló el Comité de Derechos Humanos, foro de supervisión de su aplicación por los Estados partes, estos siguen una lógica no intrusiva respecto a la soberanía de los últimos.

En 1975, el acta final de la Conferencia sobre la Seguridad y Cooperación en Europa o Conferencia de Helsinki, introdujo los derechos humanos en la agenda de las relaciones Este-Oeste; de las bases del Grupo de Helsinki derivarían la Federación Internacional de Helsinki y Human Rights Watch.

En 1977, el presidente Jimmy Carter incorporó los derechos humanos como una prioridad para la política exterior de Estados Unidos. Siguen nuevos tratados como: la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes de 1984 y la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989. Asimismo, surgen representantes especiales y relatores para estudiar la situación de los derechos humanos en diversos países. Destaca, también, la actividad de Organizaciones No Gubernamentales (ONG).

---

<sup>1</sup> VENTURA (2014).

Amnistía Internacional recibe en 1977 el Premio Nobel de la Paz y en 1978 el Premio de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

Hoy, la ONU tiene como sistemas de supervisión de derechos humanos a los diez órganos de tratados y a los órganos creados por la carta. Los primeros supervisan la aplicación de los tratados básicos internacionales de derechos humanos. Los segundos incluyen el Consejo de Derechos Humanos, los Procedimientos Especiales, el Examen Periódico Universal y las Investigaciones Independientes.

El fundamento de los derechos humanos incide en la interpretación de las declaraciones y tratados de que son destinatarios. No es una cuestión baladí. El papa Benedicto XVI el 18 de abril de 2008 en la Asamblea General de las Naciones Unidas, señaló:

“[...] los derechos humanos son presentados cada vez más como el lenguaje común y el sustrato ético de las relaciones internacionales. Al mismo tiempo, la universalidad, la indivisibilidad y la interdependencia de los derechos humanos sirven como garantía para la salvaguardia de la dignidad humana”.

Mas adelante manifestó:

“La Declaración Universal tiene el mérito de haber permitido confluir en un núcleo fundamental de valores y, por lo tanto, de derechos, a diferentes culturas, expresiones jurídicas y modelos institucionales. No obstante, hoy es preciso redoblar los esfuerzos ante las presiones para reinterpretar los fundamentos de la Declaración y comprometer con ello su íntima unidad, facilitando así su alejamiento de la protección de la dignidad humana para satisfacer meros intereses, con frecuencia particulares. La Declaración fue adoptada como un ‘ideal común’ (preámbulo) y no puede ser aplicada por partes separadas, según tendencias u opciones selectivas que corren simplemente el riesgo de contradecir la unidad de la persona humana y por tanto la indivisibilidad de los derechos humanos”.

Lo anterior es una guía tan importante como los principios positivos del derecho, recordándonos que la forma como se aplican las normativas cautelares es un tema muy sensible.

## SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

América Latina no fue ajena a esos movimientos. El contenido de las resoluciones XL y XLI, de la Conferencia Interamericana sobre Problemas de la Guerra y

de la Paz o Conferencia de Chapultepec (Ciudad de México, 21 de febrero-8 de marzo de 1945), destinado a salvaguardar las garantías individuales, fue incorporado a la Carta de las Naciones Unidas y a la Declaración Universal de los Derechos Humanos. En la Novena Conferencia Internacional Americana (Bogotá, 30 de marzo - 2 de mayo de 1948), se suscribió la Carta de la OEA y se adoptó la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. También se aprobó la resolución número xxxi, recomendando que el Comité Jurídico Interamericano elaborara un proyecto de estatuto para la creación de una corte interamericana destinada a garantizar los derechos del hombre.

En la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores de la OEA (Santiago de Chile 12-18 de agosto de 1959), se creó la CIDH. La Segunda Conferencia Internacional Americana de 1965, autorizó a la CIDH para que examinara las denuncias que le fueran dirigidas; en la Tercera Conferencia Interamericana Extraordinaria (Buenos Aires, 15-27 de febrero de 1967), se reformó la Carta de la OEA y se dio a la CIDH la categoría de órgano de la organización. En 1969 (San José, Costa Rica, 7-22 de noviembre), los Estados adoptaron la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica (CADH).

La CADH, luego de establecer que la CIDH y la Corte IDH son competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados partes de la Convención, es clara sobre las facultades de la Corte. En su artículo 62 3. dispone:

“La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial”.

En tanto, el artículo 64 reza:

“1. Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Asimismo, podrán consultarla, en lo que les compete, los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires. 2. La Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales”.



Años después, en 1988, la CADH fue complementada con el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales –Protocolo de San Salvador–, que entró en vigor el 16 de noviembre de 1999 (en Chile fue promulgado el 5 de septiembre de 2022), a los cuales se añadirán otros instrumentos. Se estructuró así el SIDH, que se integra al régimen global de protección de los derechos humanos.

La CIDH y la Corte IDH son los mecanismos por antonomasia del SIDH. Respecto a su naturaleza, la primera como órgano de la OEA tiene funciones relacionadas con los Estados miembros de la entidad; como mecanismo de la CADH sus funciones son aplicables a los Estados parte de esta. Sus responsabilidades pueden ser consultadas en su página web.

La Corte IDH es un ente autónomo que interpreta y aplica la CADH. Cumple funciones contenciosas y consultivas. Dentro de la primera se encuentra la resolución de litigios, previo conocimiento de la CIDH, y el mecanismo de supervisión de sentencias, roles que ya hemos mencionado.

Ambos mecanismos están estrechamente relacionados. La CIDH tiene un importante papel vinculado al aspecto contencioso de la Corte, pues esta no puede recibir presentaciones individuales de manera directa. La Corte IDH no está vinculada por lo resuelto por la Comisión, sino que decide de acuerdo con su propia apreciación<sup>2</sup>. Ese trabajo conjunto, que se caracteriza por la evolución de sus análisis y resoluciones, se proyecta a todas las ramas del derecho, afecta las normativas nacionales y tiene incidencia en las políticas públicas de los Estados. Ello es notorio en los contenidos de los informes de la CIDH tanto en materia de casos como en su ejercicio en general, y en las sentencias y opiniones consultivas de la Corte IDH.

## MARCO NORMATIVO

En 1925 la Corte Permanente de Justicia Internacional se pronunció sobre la incorporación del derecho que surge de los tratados al derecho nacional, y a lo largo del tiempo acuñó diversos principios. Por ejemplo, que las disposiciones del derecho interno no pueden prevalecer sobre las de un tratado internacional debidamente suscrito y ratificado por un Estado, que además estas obligan a todo el Estado y a todos los agentes del Estado<sup>3</sup>. Esos principios fueron recogidos por la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados y rigen los derechos y obligaciones de los Estados en la materia.

<sup>2</sup> CORTE IDH (1987) sentencia de 26 de junio de 1987.

<sup>3</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE (2008) rol n.º 943-07.

En sus comienzos, la CIDH y la Corte IDH tuvieron a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre como única referencia regional, hasta la entrada en vigor en 1978 de la CADH, la que durante trece años sería la única fuente de derecho positivo en nuestro continente para fiscalizar el respeto de los derechos humanos por parte de los Estados americanos.

Hoy cuentan con una serie de instrumentos a aplicar al considerar los casos que le son sometidos. Estos han ido convirtiendo en derecho positivo el contenido de la Declaración Americana, conformando la normativa continental en estas materias. A saber: la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, el Protocolo de San Salvador: Protocolo Adicional a la Convención Americana en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, la Convención Interamericana Contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia, la Convención Interamericana Contra toda Forma de Discriminación e Intolerancia, la Convención Interamericana Sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores.

A esos instrumentos se añaden como referentes de consulta: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión; pronunciamientos, informes de admisibilidad, recomendaciones y opiniones consultivas emitidos por la CIDH. Y también resoluciones adoptadas en el marco de las asambleas generales de la OEA, como la Carta Democrática Interamericana y la Carta Social de las Américas, aprobadas por los cancilleres de los países miembros, y que no conllevan la ratificación de sus poderes legislativos. Sin embargo, la Comisión y la Corte han establecido que constituyen fuentes de obligaciones internacionales para los Estados miembros, los que no tienen obligación jurídica de cumplir con sus estipulaciones, aunque sí un compromiso ético y moral. Respecto a su operatividad, cabe recordar el artículo 38 de la Corte IDH, que damos por reproducido.

La Corte IDH en su opinión consultiva 2 de 1982 (OC 2/82) relativa al “Efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, expresó:

“La Corte debe enfatizar, sin embargo, que los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el bene-

ficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción. El carácter especial de estos tratados ha sido reconocido, entre otros, por la Comisión Europea de Derechos Humanos [...]”.

En ese marco, y conociendo como negocian los Estados en materia de tratados internacionales, en particular en lo relacionado con la cesión de soberanía en el campo de las normativas nacionales, una pregunta válida se refiere, ¿a cuánto de su albedrío legal estuvieron dispuestos a ceder? La CIDH y la Corte IDH por el contenido de sus informes, resoluciones, opiniones y sentencias, se muestran convencidas de que ello no tiene límites, fundamentalmente por las declaraciones contenidas en el Preámbulo de la CADH. Como dicen Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Carlos María Pelayo Möller:

“Es así que, con el devenir de los años, la labor de la Corte Interamericana la ha ido convirtiendo poco a poco en un tribunal encargado de crear las bases jurídicas de convivencia mínima en el continente, el llamado *ius constitutionale commune*, basado en el respeto y garantía irrestrictas de los derechos humanos consagrados en la Convención Americana y los otros tratados que complementan el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”<sup>4</sup>.

Muy complejo, ya que parece constituir una suerte de *Diktat*, más aún cuando, en un contexto democrático, no existe un órgano superior ante el cual recurrir las sentencias de la Corte IDH.

El consentimiento de los Estados es esencial para la formación de las normas y obligaciones internacionales; ahora, en lo que se refiere al *consensus comun*, es posible afirmar la existencia de una eficacia normativa *erga omnes* en el caso de ciertos tratados internacionales y de ciertas costumbres internacionales de carácter universal. Hay, además, normas imperativas del derecho internacional (*ius cogens*), que, al cautelar un interés general cuya protección es responsabilidad de toda la comunidad internacional, excluyen toda posibilidad de derogación<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> STEINER y URIBE (2014).

<sup>5</sup> NACIONES UNIDAS (1969) artículos 53 y 64.

Hoy la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos se proyecta a todas las ramas del derecho y sobre toda actividad social, siendo uno de sus alcances más trascendentes, en el ámbito interamericano, la invalidez de sentencias dictadas por los tribunales locales. Ello ha abierto vertientes importantes para estudios de derecho comparado: cómo se integran los tratados internacionales de derechos humanos en las legislaciones nacionales; normas internacionales frente a las normas internas; los órganos cautelares y la interpretación de los contenidos de los TI; obligaciones *erga omnes* versus obligaciones *inter partes*; *soft law* y jurisprudencia nacional; derechos implícitos y otros temas.

Existen artículos y tesis relativas a diversos asuntos de interés en la relación Estados versus CIDH y Corte IDH, entre ellos sobre su labor de interpretación y aplicación del derecho, no siempre pacífica, y también sobre el derecho comparado involucrado. Asimismo, se han llevado a cabo en varios países del continente, Chile incluido, seminarios y conferencias en beneficio de la mejor relación y correspondencia en el ámbito del derecho entre esas entidades y las sedes nacionales.

## EL ESTADO

### Y LOS ORGANISMOS INTERNACIONALES

El Estado es el principal responsable del respeto, promoción y protección de los derechos humanos. Si bien todos sus agentes tienen su cuota de responsabilidad en esa obligación, el sistema judicial tiene un papel fundamental. El Pacto de San José de Costa Rica en su artículo 18 señala:

“Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”.

Sobre esa base, así como en la doctrina de la Iglesia católica en la materia, enunciada por Pío XI en la encíclica *Quadragesimo Anno* (sobre la restauración del orden social), la jurisdicción de los mecanismos cautelares de derechos humanos tiene un carácter subsidiario de la jurisdicción estatal, vale decir, debe aplicarse solo cuando el sistema interno no ha sido eficiente ante violaciones de derechos fundamentales. Los organismos cautelares intervienen en un papel rectificador, reparador y orientador, pero sus interpretaciones jurídicas han ido invadiendo en forma paulatina el campo soberano del Estado, a veces ignorando las realidades socio-políticas.

En Chile la protección de los derechos humanos está tutelada en la Constitución Política del Estado (CP), que en su artículo 5.º, inciso 2.º, señala:

“El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados Internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

La normativa chilena, en coincidencia con el concepto de las Naciones Unidas, entiende por *derechos esenciales* aquellos que emanan de la naturaleza humana.

Las actuaciones de los organismos cautelares interamericanos no solo tienen alcances constitucionales y jurídicos, sino sociales y políticos. Es claro que el papel de la Corte IDH es rectificar los casos en que el derecho haya sido mal aplicado o respecto a los cuales no se hayan considerado normas obligatorias para el Estado e incidan en irrespeto a derechos humanos. El derecho comparado nos muestra que el artículo 62 de la CADH es entendido por ese tribunal en sentido dinámico y sociológico; sus interpretaciones no parecen tener límites y no dejan de ser consideradas intrusivas, cuestionándose su legitimidad normativa. Hay un claro vacío legal al no existir tampoco un medio de rectificación de una resolución de la Corte IDH que tenga un vicio de derecho, particularmente cuando se priva al Estado de ejercer su derecho inicial a defensa, sin causa justificada. Este es un tema que creemos debería repensarse, ya que no se puede atribuir la infalibilidad bíblica a un tribunal de este carácter<sup>6</sup>.

Nuestra CP no contiene normas ni principios sobre criterios interpretativos elaborados por órganos jurisdiccionales internacionales. Tampoco el Tribunal Constitucional ha establecido el valor que le asigna a la jurisprudencia de la Corte IDH. En definitiva, lo que importa es la recta vinculación, complementación y coordinación entre los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos y las normativas internas, de manera de contar con normas y políticas precisas para prevenir, sancionar y rectificar violaciones a los derechos humanos. Y ahí cobra importancia el derecho comparado.

---

<sup>6</sup> Por ejemplo, el caso *Pávez Pávez vs Chile* en su desarrollo en la Corte IDH tuvo un “irrito” grave de derecho al privarse al Estado de su derecho de defensa inicial al no considerar que el hecho de que esa entidad no hubiese recibido en tiempo el escrito de defensa del Estado, no fue responsabilidad de este, sino resultado de un error en el sistema de intercomunicación informática, pese a haberse entregado los informes que certificaban esa situación.

## TEMAS DE INTERÉS EN EL DERECHO COMPARADO DE LOS DERECHOS HUMANOS

Como ya apuntamos, las relaciones entre el SIDH y los sistemas nacionales son objeto de estudios de derecho comparado respecto a, entre otras materias: integración de los tratados internacionales de derechos humanos en las legislaciones nacionales, nivel de la norma internacional frente a la norma interna, interpretación de los acuerdos por los órganos cautelares, obligaciones *erga omnes* versus obligaciones *inter partes*, la *soft law*, la jurisprudencia de la Corte IDH como fuente de derecho internacional. Son temas que mantienen su actualidad y que son sujetos a permanentes revisiones y análisis doctrinarios. Nos detendremos en algunos de ellos.

### 1. Aspectos constitucionales

En 1925, la Corte Permanente de Justicia Internacional se pronunció sobre la incorporación del derecho que surge de los tratados internacionales (TI) al derecho nacional. Luego, acuñaría diversos principios, los que fueron recogidos por la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados. Uno de ellos establece que las disposiciones del derecho interno no pueden prevalecer sobre las de un TI debidamente suscrito y ratificado por un Estado; otro apunta que su alcance obliga a todo el Estado y a todos sus agentes. La subsunción del contenido de los TI de derechos humanos con las obligaciones tipificadas en las legislaciones nacionales es una de las materias más importantes a considerar.

Las disposiciones constitucionales chilenas en materia de TI son concisas. No existe un sistema de incorporación de estos al ordenamiento jurídico nacional, salvo lo preceptuado por la Constitución en los artículos 32 n.º 15 y 54 n.º 1, como tampoco normas sobre la jerarquía entre los sistemas internacional e interno o sobre la interpretación y aplicación del derecho internacional. Ello ha llevado al desarrollo de estas materias jurisprudencial y doctrinariamente.

Hay distintas posturas sobre el nivel que deberían ocupar los TI en nuestro ordenamiento jurídico. Parte de la academia respalda la superioridad de la CP ante estos, argumentando que adoptan el rango jurídico de la norma que los incorpora al derecho interno. Otra parte sostiene que se convierten en normas de aplicación preferente sobre las normas generadas por el Estado, según lo que dispone la Constitución en su artículo 54 n.º 1, inciso 5.<sup>7</sup> No hay duda de que eso es así en cuanto a los derechos esenciales, pues representan un lí-

---

<sup>7</sup> NOGUEIRA (2013).

mite objetivo a la soberanía estatal<sup>8</sup>. La disposición del inciso 2.º del artículo 5.º ha servido de argumento tanto a quienes sostienen la superioridad de la CP como a los partidarios de la jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos. Hay quienes estiman que el artículo 54 n.º 1 permite acercarse a esa interpretación en cuanto dispone:

“Las disposiciones de un tratado solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de derecho internacional”.

Esta norma cautela el principio de *intangibilidad* de los tratados, pero no significa que le otorgue a la normativa internacional una condición preferente.

La doctrina nacional ha estimado que el TI tiene jerarquía de ley, es decir, consagra la preeminencia de la CP, lo que fue recogido por el Tribunal Constitucional. Este ha ido evolucionando hacia un reconocimiento de una naturaleza propia de un TI respecto de la ley. En lo que se refiere a normas sobre derechos humanos hay una clara tendencia en pro de su jerarquía constitucional, en particular en las resoluciones de la Corte Suprema. Esta ha interpretado que tienen la misma jerarquía que la Constitución, luego ha sostenido que los TI sobre derechos humanos son normas complementarias a aquella, e invocando el núcleo duro del *ius cogens*, les reconoce preeminencia sobre el derecho interno. Recordemos que la CADH en su Preámbulo señala que la protección internacional de los derechos esenciales es de “naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”.

Se sostiene que en Chile no existe recepción automática de los tratados internacionales y que incorporados por las vías que se indican en la Constitución, deben respetar esa norma superior, doctrina que compartimos. El fallo del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional dicta:

“la reforma constitucional de 1989 al artículo 5º inciso segundo de la Carta Fundamental, en caso alguno reconoció que los tratados internacionales sobre derechos esenciales tuvieran una jerarquía igual o superior a la Ley Fundamental”.

Para el TC sí se requirió modificar la Carta Fundamental para suscribir el Estatuto de Roma:

“[...] es evidente que un tratado internacional tiene rango inferior a ella, rango de ley, y sus preceptos son preceptos legales perfectamente

---

<sup>8</sup> PFEFFER (2003).



susceptibles de ser requeridos de inaplicabilidad, en la medida que se cumplan los demás requisitos que la Constitución establece para ello.”

Pero también en ese fallo señala que la Corte Penal Internacional puede ser calificada como *un Tribunal Supranacional* distinguiéndola de los tribunales internacionales establecidos en TI ratificados por Chile, como la CADH o el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia de La Haya, destacando que estos “no tienen una supervigilancia correctiva o sustitutiva de las resoluciones de los tribunales nacionales”<sup>9</sup>. Sobre este punto nos permitimos llamar la atención al acuerdo del Pleno de la Corte Suprema en el caso Norín Catrیمان, aunque los criterios judiciales son variables por naturaleza.

La CP en su artículo 93 inciso 1.º entrega al Tribunal Constitucional:

“Ejercer el control de constitucionalidad de las leyes que interpreten algún precepto de la Constitución, de las leyes orgánicas constitucionales y de las normas de un tratado que versen sobre materias propias de estas últimas, antes de su promulgación”.

Ello no ocurriría si su valor fuere igual o superior a la Constitución. Chile está comprometido con los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos y ha reconocido la obligación de cautelar esos derechos, así como la competencia de los organismos supervisores del cumplimiento de las obligaciones adquiridas, de manera que no le es posible invocar el derecho interno para eludirlos, sino que debe coordinarlos y armonizarlos con su legislación. Ahora, al Estado le corresponde la interpretación inicial del alcance de esas obligaciones, en lo cual puede, evidentemente, equivocarse.

Humberto Nogueira sostiene:

“la Constitución chilena no determina la validez de un tratado internacional, sólo posibilita su incorporación al derecho interno sin dejar de ser dicho tratado norma de derecho internacional, posibilitando su aplicabilidad preferente frente a las normas jurídicas de derecho interno una vez válidamente incorporado al ordenamiento jurídico nacional”<sup>10</sup>.

A nuestro juicio, la aplicación de las normas de los TI no responde a una condición preferente ante la norma nacional, sino al hecho de que por disposición constitucional son parte del ordenamiento jurídico (inciso 2.º del artículo 5.º), y tienen similar respaldo que las normas adoptadas de acuerdo con el pro-

---

<sup>9</sup> Véase NOGUEIRA (2002).

<sup>10</sup> NOGUEIRA (2013).



cedimiento regular, siendo aplicable el concepto de derogación tácita de las normas que les son contradictorias, salvo la excepción ya mencionada.

Andrea Vargas Cárdenas recoge que según Claudio Nash y otros tratadistas la reforma constitucional del año 2005, que reemplazó al artículo 50.1 por el nuevo artículo 54.1, habría aclarado los problemas de interpretación referidos a la naturaleza de los TI, diferenciando entre ley y tratados como fuentes de derecho diversas. Asimismo, cita que hay consenso entre muchos tratadistas respecto a que los TI tendrían preeminencia sobre el derecho nacional, con excepción de la CP<sup>11</sup>. No obstante, el debate respecto de si considerar con rango constitucional a los derechos humanos consagrados en tratados internacionales y ratificados por Chile, es decir, al mismo nivel de la Constitución, permanece.

Francisco Cumplido, que intervino en la redacción a la reforma del artículo 5.º, recordaba que en la historia de esa disposición constitucional quedó constancia:

“[...] que la protección constitucional se refiere no sólo a los derechos establecidos en ella, sino a todos los que son inherentes a la naturaleza humana, como asimismo se reconoció que tales derechos no sólo son los enumerados en el texto de la Constitución, en los capítulos segundo y tercero, sino también los que formen parte del acervo cultural de la humanidad y que son propios de la naturaleza humana. De conformidad a lo expuesto, le dábamos a los referidos tratados el carácter de vinculantes para todos los órganos del Estado, ya que debían no sólo respetarlos, sino que también promoverlos”.

La Corte Suprema sancionó lo anterior en sentencia dictada el 30 de enero de 1996, la que señaló:

“Que de la historia fidedigna del establecimiento de la norma constitucional contenida en el artículo 5º de la Carta Fundamental queda claramente establecido que la soberanía interna del Estado de Chile reconoce su límite en los derechos que emanan de la naturaleza humana, valores que son superiores a toda norma que puedan disponer las autoridades del Estado, incluido el propio Poder Constituyente, lo que impide sean desconocidos”<sup>12</sup>.

Durante el transcurso del proceso de reforma constitucional hubo varios estudios sobre la CP y el derecho internacional de los derechos humanos. Los proyectos del año 2022 y de 2023 reflejaron posiciones bastante diversas,

---

<sup>11</sup> VARGAS (2024).

<sup>12</sup> LLANOS y RIVEROS (2021)

dejando en evidencia que no hay consenso político en la materia. Hay un interesante artículo de Raúl Campusano Droguett y de Ignacio Carvajal Gómez sobre este tema, cuya lectura sugerimos a los interesados<sup>13</sup>.

Es interesante conocer la forma como los países que han aceptado la competencia de las instituciones que conforman el SIDH, se han planteado frente a la cuestión anterior, considerando la importancia de contar con normas y políticas precisas para prevenir y sancionar violaciones a los derechos humanos. Las Constituciones de Bolivia y Venezuela establecen la supraconstitucionalidad de los tratados sobre derechos humanos, pero ello no incide en un verdadero respeto de estos.

En consecuencia, hay que buscar maneras de evitar o superar interpretaciones que pongan en duda la competencia, por razones de orden constitucional, de quienes están llamados a la aplicación de los TI de derechos humanos, en particular cuando las decisiones de los órganos cautelares parecen invadir el campo propio de los legisladores y de las magistraturas nacionales, a través de interpretaciones y argumentos que pueden ser considerados intrusivos.

## 2. *Control de convencionalidad*

Esta doctrina fue acuñada por la Corte IDH en su sentencia en el caso *Almonacid Arellano contra Chile*, del 26 de septiembre de 2006, y ha sido tratada en el ámbito del derecho comparado. Afirma que jueces y tribunales internos, cuando un Estado ha ratificado un TI como la CADH, al juzgar casos sobre derechos humanos, debe hacer un examen previo de compatibilidad entre las normas internas aplicables y las del TI, con “[...] especial consideración de la interpretación auténtica realizada por la Corte Interamericana”. Pero ya en el año 2003, en el fallo del caso *Myrna Mack Chang con Guatemala*, numeral 27, hablaba del “control de convencionalidad” que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional.

En noviembre de 2006, en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, la Corte atestó que los órganos del Poder Judicial deben ejercer no solo un “control de constitucionalidad”, sino, también, de convencionalidad “*ex officio*” entre las normas internas y la CADH, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”.

La Corte IDH ha seguido ahondando en el asunto. Podemos ver en sentencias como el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, de 2010, que aquel ya no solo debería ser ejercido por el Poder Judicial, como prescribió en los casos anteriores, sino que ahora alcanza a “los órganos vinculados a la ad-

---

<sup>13</sup> CAMPUSANO y CARVAJAL (2021).

ministración de justicia en todos sus niveles”. En el caso *Gelman vs. Uruguay*, del año 2011, la Corte estableció que el control de convencionalidad debe efectuarlo “cualquier autoridad pública”. Y en el caso *Masacres de Río Negro vs. Guatemala* (2012), expresó:

“Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un ‘control de convencionalidad’ entre las normas internas y los tratados de derechos humanos de los cuales es Parte el Estado, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”.

Posteriormente reiteraría ese criterio.

Nadie puede discutir que jueces y tribunales internos están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en su ordenamiento jurídico, y en el caso del chileno estas incluyen los TI de derechos humanos debidamente suscritos y ratificados. El control de convencionalidad busca concretar la obligación del Estado de garantizar y dar efectividad a los derechos comprometidos a través de un tratado. De lo contrario, el control lo efectúan los entes cautelares excluyendo en el caso de que se trate, las normas contrarias a la Convención.

Respecto a la fuerza vinculante general de las sentencias de la Corte IDH, esta no es sino una creación jurisprudencial de ese tribunal. La CADH en ningún caso le otorga obligatoriedad general a su jurisprudencia. La Corte IDH es la intérprete última de la CADH, pero solo respecto del caso particular de que conoce, en cuanto no hay recurso de impugnación de sus decisiones. Su jurisprudencia no tiene alcance *erga omnes*, pues, de lo contrario, a través de ella se convertiría en una suerte de legislador supranacional, es decir, con alcance a todos los Estados partes de la CADH. Nos parece que ello va más allá del carácter coadyuvante o complementario de la tutela internacional, y pareciera volver a atribuir a la Corte IDH la cualidad de la infalibilidad. No se puede hacer extensivo el carácter *erga omnes* que tienen las obligaciones que los Estados contrajeron en la CADH y en otros TI de derechos humanos, en cuanto respetar y garantizar los derechos protegidos, y a su deber de adecuar sus ordenamientos jurídicos y la actuación de sus órganos al cumplimiento de aquellos, a la jurisprudencia de la Corte IDH, que por su naturaleza es *inter partes*.

Compartimos la idea de parte de la doctrina que señala que las sentencias de la Corte IDH pueden conformar un sistema de precedentes:

“que posibilita la vinculación interpretativa como parámetro de unidad, igualdad y coherencia del sistema interamericano en la búsqueda de la amplia protección de los derechos humanos”<sup>14</sup>.

---

<sup>14</sup> MACHADO (2017).

En ninguna de las disposiciones de la CADH, o de algún otro tratado regional sobre derechos humanos, encontramos mandatos o facultades que apunten al establecimiento de un cuerpo jurídico interamericano en la materia, lo que podría ser muy deseable en beneficio de los derechos humanos. Por ahora es una creación de la doctrina (voto del juez *ad hoc* Eduardo Ferrer en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, de 26 de noviembre de 2010).

Sin embargo, la doctrina de la Corte IDH ha sido aceptada por tribunales de justicia de la región. Por ejemplo, la Suprema Corte de Justicia de México reconoció:

“los criterios emanados de la jurisprudencia emitida por la Corte IDH resultan vinculantes para los Jueces nacionales con independencia de que el Estado mexicano haya sido parte en el litigio, toda vez que dotan de contenido a los derechos humanos establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos” (expediente Varios 1396/2011).

Ahora, un ejercicio de ese carácter supone criterios comunes en las magistraturas nacionales, pero la realidad indica que los tribunales tienen raciocinios diferentes. Algunos autores apuntan que “el criterio de la Corte Interamericana no es siempre lineal o uniforme, y que quizá contiene algunas desprolijidades preocupantes”<sup>15</sup>, y a la variedad de interpretaciones existentes sobre su significado e implicancias en los países de la región. Unos discuten sobre sus fundamentos normativos, otros sobre la naturaleza y alcance de sus efectos.

En síntesis, el control de convencionalidad en cuanto se refiere a comprobar la compatibilidad de las normas internas con la CADH y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado es parte, no es en ningún caso un tema controvertible. Puntos debatibles son reconocer su alcance a “cualquier autoridad pública”, así como la obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte IDH, más allá del caso en la cual fue pronunciada.

Sobre el primer punto, creemos que la posición de Miriam Henríquez Viñas cuando se refiere al “control difuso de constitucionalidad” se puede aplicar al “control de convencionalidad”:

“En mi opinión, la extensión progresiva impulsada por la Corte por medio de sus fallos desde los jueces –como aplicadores del Derecho y eventualmente con facultades para no aplicar una norma en ejercicio del control difuso de constitucionalidad– a toda autoridad pública plantea la ampliación de las facultades de todos los órganos del Estado, los cuales, a partir de este control, tendrán atribuciones jurisdic-

---

<sup>15</sup> SAGÜÉS (2010).

cionales con competencias invalidatorias o de inaplicación. El efecto descrito contraviene el principio de legalidad que rige en todo Estado de Derecho, en el cual las competencias de los órganos del Estado –y fundamentalmente de aquellos que ejercen jurisdicción– solo pueden ser fijadas por la Constitución o la ley”<sup>16</sup>.

Por último, sugerimos a los interesados en el tema leer los comentarios en torno al artículo 5.2 del anteproyecto constitucional propuesto por la Comisión Experta al Consejo Constitucional, de Gonzalo Candia<sup>17</sup>.

### 3. *El margen de apreciación*

El “Margen de apreciación nacional” es un criterio que otorga a los Estados, en forma excepcional, un espacio de discrecionalidad para interpretar obligaciones convencionales de derechos humanos, sobre la base de la soberanía estatal y de las particularidades nacionales. Tiene especial interés en los casos que involucran derechos políticos, económicos, sociales y culturales, o vinculados a aspectos éticos o morales; y está muy vinculado con el control de convencionalidad y con el principio de subsidiariedad.

Esta figura nació en el ámbito del derecho europeo, principalmente en el de los derechos humanos, en casos de conflictos sobre derechos complejos de resolver, vinculados a situaciones de la naturaleza señalada o sobre los cuales no existe consenso. Frente a ello, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) adoptó el criterio de dejar en manos de los Estados la apreciación del sentido de la norma y la decisión sobre las medidas adecuadas para cumplir las obligaciones adquiridas como partes de la CEDH, como para una restricción eventual de derechos, sin que el sistema internacional lo controversie.

El TEDH utilizó el concepto por primera vez en 1971 (caso De Wilde, Ooms et Versyp contra Bélgica), ocasión en que adujo que el Estado pudo tener razones valederas y necesarias para prevenir infracciones penales contra la moral, la salud y la reputación de otros. Esa línea de jurisprudencia continuó a través del caso Handyside contra Reino Unido, sobre libertad de expresión.

Su alcance en el SIDH es objeto de controversia académica. Está presente en trabajos de la CIDH y unos creen ver el uso de esta figura por la Corte IDH, otros descartan tal posibilidad. Estos últimos estiman que uno de los elementos de la esencia de esa doctrina es la “inhibición” de control por parte del órgano cautelar sobre el alcance de principios y normas indeterminados (as) propios

---

<sup>16</sup> HENRÍQUEZ (2014).

<sup>17</sup> Véase [www.procesoconstitucional.cl](http://www.procesoconstitucional.cl)

(as) de la protección internacional de derechos humanos, lo que va en contra de la naturaleza de su competencia.

En lo que se refiere a la CIDH, encontramos el concepto en el caso Efraín Ríos Montt vs. Guatemala:

“Considera la Comisión que el contexto del derecho constitucional guatemalteco e internacional en que se ubica esta condición de inelegibilidad es la dimensión apropiada para el análisis de la aplicabilidad de la Convención en general, y de sus artículos 23 y 32 al caso sub judice, y de la cual puede surgir el *margen de apreciación* permitido por el derecho internacional”.

Pero la CIDH señaló los límites de la doctrina y su naturaleza excepcional.

En Álvaro José Robelo González vs. Nicaragua (2001), recalcó: “cada Estado estipula, de manera soberana, la normativa sobre adquisición, pérdida y recuperación de la nacionalidad”. En ese mismo año, el informe n.º 51 recogió el margen de apreciación en un asunto de *inmigración* (caso 9.903, Rafael Ferrer-Mazorra y otros, Estados Unidos de América). La Comisión:

“acepta que los Estados históricamente han dispuesto de una discreción considerable en el derecho internacional para controlar el ingreso de extranjeros a su territorio. Pero esto no significa que la discreción no tenga que ser ejercida de conformidad con las obligaciones internacionales de los Estados en materia de derechos humanos” (párrafo 177).

También destaca sus límites. En el informe n.º 8/16 en Manickavasagam Suresh/Canada sobre privación de libertad, numeral 72, refiere “[...] que las autoridades deben disponer de un margen muy reducido y limitado de discrecionalidad”.

Por su parte, la Corte IDH en la opinión consultiva 4/1984, concluyó que el Estado goza de un margen de apreciación para el establecimiento de requisitos para la naturalización de extranjeros o para precisar los imperativos del bien común, al momento de realizar una distinción de trato. Al analizar casos posteriores a esa fecha: *Baby Boy vs. Estados Unidos*, *Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*, *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, *Perozo vs. Venezuela*, se aprecian referencias que pueden llevar a estimar que la doctrina se hizo presente en ese tribunal. Sin embargo, si bien existe el reconocimiento de un espacio de implementación nacional para dar cumplimiento a los derechos convencionales no está presente la “inhibición de control”. En los casos *Castañeda Gutman contra Méjico* y *Lori Berenson vs. Perú*, se nota con mayor claridad la presencia de esta figura.

En el caso *Mémoli vs. Argentina* (2013), la Corte concluyó que las condenas impuestas por el Estado no configuraron una violación a la libertad de

expresión, sino que estaban dentro de los parámetros de la Convención, y reconoció un margen de apreciación moderado frente a la libertad de pensamiento y expresión.

La CADH no contiene espacios que identifiquen situaciones en las cuales el control internacional pueda abstenerse de actuar. En consecuencia, los órganos del SIDH no han recogido el empleo del margen de apreciación como un mecanismo ordinario al cual recurrir.

Los derechos de las minorías étnicas, la propiedad colectiva de comunidades indígenas, el aborto, el derecho a la vida, la libertad de expresión, la inmigración irregular, el servicio militar obligatorio, los derechos reproductivos, el matrimonio homosexual, cuestiones relativas a la discrecionalidad y sus límites para que el Estado restrinja derechos, la aplicación de las obligaciones internacionales en contextos de conflicto o el reconocimiento de derechos vinculados con controversias morales, son temas en los cuales los Estados reclaman un margen de deferencia. Sin embargo, la Corte IDH mantiene su papel definidor del alcance de los contenidos de las normas convencionales sobre el ejercicio y goce de los derechos humanos, y de la evaluación de las restricciones de estos.

Eduardo Vio Grossi (QEPD) distinguido abogado chileno que fue juez de la Corte IDH, en el caso *Duque vs. Colombia* (2016) ante ese tribunal, en su voto señaló que la jurisdicción doméstica o exclusiva del Estado:

“está conformada por todas aquellas materias o facetas de las mismas, no reguladas por el Derecho Internacional, lo que implica, entonces, que en la medida en que una materia es contemplada por este último, deja de ser, en esa medida, un asunto de aquel”.

Añade, en consecuencia, que el derecho internacional no abarca todas las actividades humanas, dejando las que no regula bajo el imperio del derecho nacional o interno.

La aplicación del margen de apreciación pasa por el carácter o naturaleza de las normas afectadas, por su mayor o menor ambigüedad, por la existencia o falta de un consenso internacional, por su contextualización social y cultura.

¿Qué hay tras la posición de los órganos del SIDH? En síntesis, desconfianza a una correcta valoración y aplicación de los alcances de los principios y normas convencionales de derechos humanos por parte de los Estados (de hecho, parecen tener mayor confianza en las organizaciones activistas de la sociedad civil); y, porque no decirlo, la convicción de que su gestión es más oportuna, efectiva e integral. Sin embargo, la CADH entrega a los Estados la responsabilidad primaria de respetar y garantizar los derechos y libertades reconocidos en ella y de garantizar su libre y pleno ejercicio, como sabemos que se despren-



de de su Preámbulo, que alcanza en forma tácita los principios de subsidiariedad y complementariedad. Paradojalmente, la Corte IDH reconoce esos atributos.

Chile al aprobar la CADH, declaró que reconocía:

“como obligatoria de pleno derecho la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto de los casos relativos a la interpretación y aplicación de esta Convención de conformidad con lo que dispone su artículo 62”.

Como hemos señalado, el margen de apreciación y los principios de convencionalidad y subsidiariedad están relacionados. La última es la base del primero, pero no implica que deje en segundo lugar a los mecanismos de protección, ya que ante un caso determinado les corresponde definir si se han dado las condiciones para otorgar ese margen.

Según Néstor Sagües, si bien ciertos derechos encuentran condicionamientos materiales y sociales derivados del ambiente donde se aplican, hay un margen nacional “aceptable” (flexible), que admitiría ciertas modalidades secundarias de aplicación y extensión, atendiendo las idiosincrasias y experiencias de cada país, y hay otro margen “inadmisible”, integrado por un núcleo duro de derechos de fuente internacional, esenciales, básicos y, por lo tanto, inalterables. Sobre estos últimos no cabrían restricciones de interpretación a cargo de las soberanías estatales.

El 11 de abril de 2019 los gobiernos de Argentina, Brasil, Colombia, Chile y Paraguay, en el contexto del diálogo que los Estados mantienen con la CIDH, le entregaron un documento que buscaba ayudar a perfeccionar la operatividad, funcionalidad y eficacia del SIDH. Su contenido reflejaba consultas sostenidas en el ámbito regional. El texto manifestaba en su inicio su apoyo al SIDH y valoraba su aporte para la vigencia de los derechos y libertades fundamentales en el hemisferio. La iniciativa no desconocía la autonomía e independencia de los órganos del SIDH, sino impulsar un debate constructivo sobre diversos aspectos de interés.

Entre esos aspectos se contaba el tema de la naturaleza subsidiaria o complementaria de la tutela internacional; la autonomía de los Estados para asegurar a todas las personas bajo su jurisdicción, a través de sus propios procesos democráticos, los derechos y garantías contenidos en la CADH; la reducción del atraso procesal; la estricta aplicación de las fuentes del derecho internacional de los derechos humanos y el reconocimiento del “margen de apreciación” que deben tener los Estados democráticos para el cumplimiento de las obligaciones establecidas en la CADH; recordaba que el efecto de las resoluciones y sentencias de los órganos del sistema solo alcanza a las partes del litigio. Por último, enfatizaban la importancia del conocimiento y consideración



de las realidades políticas, económicas y sociales de los Estados y que las formas de reparación guardaran una debida proporcionalidad.

El documento generó múltiples críticas, ya que se creyó que se pretendía limitar la labor de los órganos cautelares y restringir el goce de los derechos humanos de las personas bajo la jurisdicción de esos países. Sin embargo, la propia CIDH destacó el carácter constructivo de la iniciativa, que seguía los pasos del debate sobre el fortalecimiento del sistema ocurrido entre los años 2011 y 2013, a raíz del embate de los países del grupo ALBA, en cuya defensa Chile tuvo un papel preponderante.

Como resultado se celebró una serie de sesiones de trabajo entre representantes de esos países y la CIDH en pleno, a fin de debatir y dar sentido práctico a las inquietudes de los Estados.

Los planteamientos no se apartaban de lo que mucha parte de la doctrina analizaba. Por otra parte, los países firmantes estaban animados por un espíritu de colaboración y buscaban fortalecer el funcionamiento del SIDH y de los procesos que este envuelve.

El diálogo con los órganos del SIDH no es exclusivo de las organizaciones de derechos humanos, de los gestores, de los activistas o de la academia, sino que los países, los principales obligados y garantes de la CADH y de los TI de derechos humanos, son actores relevantes y tienen el derecho y la obligación de plantear las inquietudes que arroje el funcionamiento de sus mecanismos cautelares.

#### 4. *Derechos implícitos*

El constitucionalismo regional recoge también la protección a los derechos humanos en fórmulas generales tales como: derechos esenciales, derechos inherentes a la personalidad humana, derechos que se derivan de la forma republicana de gobierno. Son fórmulas derivadas del jusnaturalismo y del origen popular del poder político, tienen una larga historia que ha sido analizada por distintos tratadistas y configuran espacios donde falta precisión normativa o hay ambigüedad. En consecuencia, las Cortes internacionales de derechos humanos deben desentrañar el sentido y alcance de la norma para subsumir el caso concreto dentro de una especificación judicial. Cuando la norma a aplicar carece de la especificidad necesaria para resolver un caso, los tribunales efectúan un acto de *determinatio* judicial que les permita aplicarla al caso concreto.

En el derecho internacional de los derechos humanos no existen normas para determinar el alcance de esos enunciados principialistas o generales, de manera que caen dentro del margen de deferencia de los Estados. Si las encontramos en nuestro sistema regional. Los Estados parte de la CADH en su Preámbulo reafirmaron:

“su propósito de consolidar, en este continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre”,

y luego reconocen que

“los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana”.

Y, a mayor abundamiento, su artículo 29.c) señala:

“Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: c) Excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno”.

La conjunción de esas disposiciones permitiría afirmar que la CADH contendría derechos expresos y derechos implícitos.

En consecuencia, la formulación de los últimos sería un acto de *interpretación* que no agregaría ningún contenido que ya no existiese en el texto del tratado.

Eduardo Ferrer Mac-Gregor reconoce que los estándares desarrollados por la Corte IDH son resultado de las interpretaciones de la CADH y de otros tratados, sujetas a reglas establecidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en el Pacto de San José y en la jurisprudencia de la Corte IDH. Sobre esas bases normativas ese tribunal ha interpretado la CADH:

“de manera literal (conforme al sentido corriente de los términos), teleológica (atendiendo al objeto y fin del tratado), sistemática (atendiendo al sistema jurídico al cual pertenecen) y evolutiva (atendiendo a las condiciones y los desarrollos normativos dentro y fuera del Sistema Interamericano”<sup>18</sup>.

Efectivamente, su proceso interpretativo conjuga el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que indica que las disposiciones de un tratado deben ser interpretadas considerando su “objeto y fin”, el principio de interpretación *pro homine*, con el artículo 29 letra c) de la CADH. Opta así por una exégesis que, sobre la base de elementos jurídicos vagos, incluye derechos no reconocidos expresamente en la Convención. Ello ha hecho surgir la interrogante acerca de la extensión del ámbito de su competen-

---

<sup>18</sup> FERRER (2017).

cia *ratione materiae*. Según Gonzalo Candia es necesario determinar si en ese camino la Corte ha ido más allá de lo pactado por los Estados<sup>19</sup>. Para muchos analistas ese ejercicio interpretativo se ha convertido en un acto de creación normativa que excede su competencia.

La jurisdicción *ratione materiae* de la Corte como lo señala el artículo 62.1 de la CADH, se refiere a todos los “casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención”, pero la Corte IDH entiende que su jurisdicción *ratione materiae* se extiende, también, a la interpretación y aplicación de otros tratados de derechos humanos vinculados al SIDH (caso Las Palmeras vs. Colombia. Excepciones Preliminares), ejercicio de los que derivan derechos y estándares de juicio. Como dice Bidart Campos es el uso de “la rendija de la amplitud” para dar entrada a otros derechos que tienen que disfrutar de protección<sup>20</sup>.

Para la Corte IDH, los TI son instrumentos vivos, cuya interpretación debe acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida (Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) con Guatemala), ergo si la CADH es un *instrumento viviente*, las interpretaciones de su texto pueden ser progresivas<sup>21</sup>.

Pero la interpretación de la CADH no se agota ahí, sino que alcanza a la deducción de derechos a partir de derechos deducidos. Candia Falcón cita como ejemplo que la Corte IDH a partir del reconocimiento de un derecho implícito, el derecho a la propiedad comunal indígena, dedujo el derecho de las comunidades indígenas de acceder a “los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentren, así como [a] los elementos incorporales que se desprendan de ellos”<sup>22</sup>. Como ejemplo de la incorporación indirecta de derechos y estándares de juicio provenientes de otros TI de derechos humanos, destaca el tratamiento que la Corte ha dado al derecho a la identidad. El texto de la CADH reconoce en su artículo 18 el derecho de toda persona a acceder a un nombre propio y a los apellidos de los padres o al de uno de ellos, pero no un derecho específico de acceso a la verdad en torno a la paternidad biológica de cada persona. Esto lo reconoció la CIDH al afirmar que el derecho a la identidad no era uno de aquellos enumerados por la Convención Americana.

A pesar de lo anterior, la Corte IDH lo incorporó al texto del tratado a través de la interpretación que efectuó de los artículos 18 y 19 de la CADH a la luz del artículo 8.º de la Convención de los Derechos del Niño, que reconoce el derecho de los niños y adolescentes a “preservar su identidad”. Según el tri-

<sup>19</sup> CANDIA (2015).

<sup>20</sup> BIDART (1989).

<sup>21</sup> GARCÍA (2014).

<sup>22</sup> CANDIA (2015).

bunal, esa norma debía ser comprendida dentro del artículo 19 de la CADH, que indica que todo niño tiene derecho a “las medidas de protección” de parte de la familia, la sociedad y el Estado. La Corte IDH, por tanto, supuso que la búsqueda de esa verdad en torno al origen biológico era un tipo de “medida de protección” estatal y, a través de esta vía, incorporó –en la práctica– la norma a la Convención como derecho autónomo.

Eduardo Vio Grossi en su voto concurrente en el caso *Gelman vs. Uruguay* expresó:

“En suma, se debe tener presente, al respecto, que a la Corte no le corresponde fallar exclusiva ni principalmente conforme a su propia jurisprudencia, sino de acuerdo a lo que se establezca en la correspondiente norma jurídica internacional, establecida por un tratado, la costumbre, un principio general de derecho o un acto jurídico unilateral, vigente para el Estado parte de la pertinente causa. De allí se deduce, consecuentemente, la relevancia de citar y aún reproducir, en los fallos de la Corte, las normas aplicables y que son objeto de su interpretación”.

La Corte IDH no goza de una discrecionalidad absoluta para interpretar la CADH y otros TI de derechos humanos aplicables en la región. Su actuar, así como el de los Estados miembros de esos instrumentos internacionales, se ubica dentro del orden que conocemos como Estado de derecho, lo que supone que la estructura jurídica llamada a crear y aplicar el derecho se encuentra limitada. Así como los Estados, en beneficio de los derechos humanos, están restringidos en el ejercicio de su poder, los mecanismos cautelares no escapan al principio de legalidad, base de un Estado de derecho. Su infracción por parte de los Estados o de los mecanismos cautelares violentaría la noción de Estado de derecho.

Estados y mecanismos cautelares deben respetar tanto las demandas exigidas por el principio de legalidad como aquellas que provienen de las instituciones de la democracia representativa. La juridicidad del derecho internacional de los derechos humanos en la región, resultado de la gestión de la Corte IDH, solo podrá evitar ser puesta en duda si el proceso que la gesta es armónico con los valores inherentes al Estado de derecho y a la democracia.

La CIDH y la Corte IDH han sido un baluarte en la defensa de los derechos humanos en el continente desde sus primeros años de funcionamiento. Su gestión ha avanzado desde: las violaciones de derechos humanos en contextos políticos, a cuestiones de ética social, género, discriminación por orientación sexual, derechos de pueblos indígenas, niñez, personas privadas de libertad, entre otros; qué duda cabe, pero, ya en democracia, en muchas ocasiones han producido tensiones en la vida política y social del Estado objeto de sus pronunciamientos.

Hay que considerar que la CIDH y la Corte ID tienen un papel definido y, si bien sus interpretaciones jurídicas han sido formuladas conforme a criterios ajustados a derecho y a métodos que ya hemos comentado, ambas instituciones no son entes con competencia para abocarse a problemas socio-estructurales y a las políticas públicas de los Estados partes de la CADH, lo que en forma muy clara han venido haciendo durante las últimas décadas, lo que se refleja en los informes de la primera y en las opiniones y sentencias de la segunda.

No es bueno para el avance de la protección de los derechos humanos en la región, que la gestión de la CIDH y de la Corte ID sea puesta en duda. Ya la imposición de su jurisprudencia se aparta de su competencia y carece de una base que convenza a los escépticos. Sus informes y sentencias refieren a distintas disciplinas, entre ellas la historia, filosofía, antropología, sociología, y a análisis políticos, lo que se aparta de la naturaleza de sus funciones como organismos técnicos.

En materia de protección de derechos humanos no se puede retroceder. Es necesario que el SIDH de certeza jurídica y social y coadyuve de manera efectiva para que los Estados puedan desarrollar en forma concreta un real respeto y promoción de los derechos humanos, de acuerdo con sus propias circunstancias y realidades, sin tensiones. Esto va más allá de las obligaciones convencionales de los Estados, es una tarea progresiva que involucra derechos económicos, sociales y culturales, elementos fácticos y normativos, y, por supuesto, a toda la sociedad.

Hoy, la vida en comunidad está amenazada por delitos transnacionales como: el narcotráfico, el terrorismo, bandas de delincuentes que traspasan fronteras, el crimen organizado, violencia sin límites, entre otros fenómenos, que afectan no solo la vida social, ya que producen inseguridad, miedo y temor, sino que, además, tienen alcances negativos para el desarrollo político, civil, económico y cultural. Ello lleva a la necesidad de replantear cómo se ubica la sociedad frente a quienes protagonizan esos hechos, para quienes no tienen significación alguna los derechos humanos de sus víctimas.

Por último, el respeto, promoción y defensa de los derechos humanos debe ser una política de Estado. Debe trascender situaciones coyunturales, debe mantenerse en el tiempo y ser independiente del gobierno de turno. El diálogo del Estado con la sociedad civil no debe contaminarse con compromisos demagógicos por parte del primero, o con manejos políticos de los segundos, cualquiera sea su denominación, que terminan por desprestigiar la defensa de los derechos esenciales del individuo.

## BIBLIOGRAFÍA

- BIDART CAMPOS, Germán (1989): *Teoría general de los derechos humanos* (Ciudad de México, UNAM).
- CAMPUSANO DROGUETT, Raúl y CARVAJAL GÓMEZ, Ignacio (2021): "Derecho internacional y Constitución", *Actualidad Jurídica* n.º 43.
- CANDIA FALCÓN, Gonzalo (2015): "Derechos implícitos y Corte Interamericana de Derechos Humanos: una reflexión a la luz de la noción de Estado de derecho", *Revista Chilena de Derecho* vol. 42.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (2017): "El desarrollo del Corpus Juris Interamericano a través de la Acción Pretoriana de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", in Burgorgue-Larsen, Laurence (dirs.), *Les défis de l'interprétation et de l'application des droits de l'homme. De l'ouverture au dialogue* (Paris, Editions A. Pedone).
- GARCÍA SAYÁN, Diego (2014): *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada* (México D.F., Suprema Corte de Justicia de la Nación/Fundación Konrad Adenauer).
- HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam (2014): "La polisemia del control de convencionalidad interno", *Revista Colombiana de Derecho Internacional* vol. 12 Núm 24.
- LLANOS, Hugo y RIVEROS Edgardo (2021): "Jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos en Chile". Disponible en [www.diarioconstitucional.cl/articulo/los/jerarquia-constitucional-de-los-tratados-de-derechos-humanos-en-chile/](http://www.diarioconstitucional.cl/articulo/los/jerarquia-constitucional-de-los-tratados-de-derechos-humanos-en-chile/)
- MACHADO MARTINS, Priscila (2017): "El efecto erga omnes de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Revista Jurídica Direito & Paz* vol. 1 n.º 36.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2002): "Consideraciones sobre el fallo del Tribunal Constitucional respecto del Tratado de Roma que establece la Corte Penal Internacional", *Ius et Praxis* vol. 8 n.º 1.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2013): "Consideraciones jurídicas sobre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre tratados internacionales y derechos esenciales contenidos en tratados internacionales, después de la reforma constitucional de 2005", *Estudios Constitucionales* año 11 n.º 2.
- PFEFFER URQUIAGA Emilio (2003): "Los tratados Internacionales sobre derechos humanos y su ubicación en el orden normativo internos", *Ius et Praxis* año 9 n.º 1.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro (2010): "Obligaciones internacionales y control de convencionalidad", *Estudios Constitucionales* vol. 8 n.º 1.
- STEINER, Christian y URIBE, Patricia (coords.) (2014): *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada* (México D.F., Editorial Temis/Fundación Konrad Adenauer).
- VARGAS CÁRDENAS, Andrea (2024): "Recepción y jerarquía de los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico. Desarrollo doctrinario y tendencia jurisprudencial en el caso chileno". Disponible en <https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienear>

chivo?id=repositorio/102\_21/35841/2/Recepcion\_y\_jerarquia\_de\_los\_tratados\_internacionales.pdf

VENTURA ROBLES, Manuel E. (2014): "El sistema interamericano de protección de los derechos humanos", *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos* n.º 14.

### *Jurisprudencia*

CORTE IDH (1987): caso Velásquez Rodríguez - Excepciones preliminares, sentencia de 26 de junio de 1987.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE (2008): rol n.º 943-07, sentencia de 10 de junio de 2008.

### *Otros documentos*

NACIONES UNIDAS (1969): Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados. Disponible en [www.oas.org/36ag/espanol/doc\\_referencia/convencion\\_viena.pdf](http://www.oas.org/36ag/espanol/doc_referencia/convencion_viena.pdf)





# *IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE* LATINOAMERICANO Y PROMESAS FALLIDAS

## LATIN AMERICAN *IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE* AND FAILED PROMISES

Sergio Verdugo\*

RESUMEN: Promovido por un grupo de académicos y jueces, el *ius constitutionale commune* en Latinoamérica (ICCLA) busca identificar y estimular una versión del constitucionalismo que enfatiza la protección de los derechos humanos entendidos desde una perspectiva igualitaria, ofreciendo un proyecto regional transformador que acentúa la autoridad (final) de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Críticos del ICCLA han cuestionado las posibilidades de este proyecto normativo y su inspiración europea liberal, contrargumentado que el mismo promueve la judicialización de la política mientras debilita mejores aproximaciones a la idea de democracia, menoscabando las posibilidades de proyectos políticos alternativos basados en la idea de pluralismo constitucional. Este ensayo argumenta que el ICCLA establece un mecanismo (la judicialización de los derechos humanos) poco adecuado para satisfacer completamente sus objetivos igualitarios. Si bien algunos defensores del ICCLA están conscientes de esta limitación, han hecho poco para corregirla. Incluso, algunas de las ideas propuestas pueden promover la adopción de arreglos institucionales lesivos para el objetivo de diseñar un proceso político que pueda responder a las demandas sociales de manera más eficaz.

---

\* Profesor de Derecho, Escuela de Derecho, IE University, España. Profesor visitante, Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo. Investigador asociado del Centro de Justicia Constitucional, Universidad del Desarrollo. Doctor en Derecho, Universidad de Nueva York. Máster en Derecho, Universidad de California, Berkeley. Magister en Derecho Público, Pontificia Universidad Católica de Chile. Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad del Desarrollo. Correo electrónico: [sverdugor@udd.cl](mailto:sverdugor@udd.cl)

Este ensayo es una versión actualizada, revisada y traducida del artículo titulado "Can the idea of a Latin American *Ius Constitutionale Commune* Become a Failed Promise?". Dicho artículo será publicado en inglés en el *European Yearbook of Constitutional Law*. Agradecemos los comentarios de Marcela Prieto, Jorge Contesse y James Fowkes.

PALABRAS CLAVE: Convención Americana de Derechos Humanos, Latinoamérica, *Ius Constitutionale Commune*.

ABSTRACT: Promoted by a group of scholars and judges, the *ius constitutionale commune* (ICCLA) seeks to identify and encourage a version of constitutionalism that emphasizes the protection of human rights understood from an egalitarian perspective, offering a transformative regional project that accentuates the (final) authority of the Inter-American Court of Human Rights (IACtHR). Critics have questioned the possibilities of this normative project, challenged its liberal European-centered inspiration, objected that it promotes the judicialization of politics while weakening more compelling versions of democracy, and claimed that it could undermine alternative projects rooted in the idea of constitutional pluralism. This essay argues that the ICCLA provides a means (the judicialization of human rights issues) poorly suited to advance its egalitarian goals fully. Even though some proponents of the ICCLA are aware of this limitation, they have done little to correct it. Some of their ideas can even deepen the problem by distracting from the real causes that prevent social rights expansions and promoting constitutional arrangements that undermine the goal of producing a more responsive political process.

KEYWORDS: American Convention on Human Rights Latin America, *Ius Constitutionale Commune*.

## INTRODUCCIÓN

Latinoamérica es una región diversa donde han abundado intentos de proyectos políticos regionales. Ideas estadounidenses y europeas, como la soberanía popular, el reconocimiento constitucional de derechos individuales, el Estado de derecho, la existencia de una Constitución escrita y el régimen de gobierno, entre varias otras, han influido los marcos políticos domésticos que se observan en los países latinoamericanos. Estas ideas han acompañado e inspirado a intelectuales y políticos que han escrito y dictado documentos constitucionales de distinto tipo, incluyendo la Constitución revolucionaria de México en 1917 y las constituciones colombianas y venezolanas del siglo XIX, que experimentaron con formas de control constitucional avanzadas para su época<sup>1</sup>. El pensamiento constitucional contemporáneo ha sido influido por las ideas políticas

---

<sup>1</sup> COLÓN-RÍOS (2014).

de intelectuales como Hans Kelsen y Carl Schmitt, el académico nazi<sup>2</sup>. Incluso, movimientos actuales escépticos de la herencia europea y estadounidense han intentado resistir las mismas y desarrollar planes políticos asociados al decolonialismo que siguen utilizando algún elemento foráneo, como el control constitucional, la supremacía de la Constitución y el establecimiento de un catálogo de derechos<sup>3</sup>.

Una idea constitucional influyente estos últimos años, compartida por un numeroso grupo de académicos y magistrados, es el ICCLA<sup>4</sup>. Parcialmente inspirada en doctrinas como el bloque de constitucionalidad y el *Ius Publicum Europaeum*, el ICCLA se suele presentar como una idea constitucional progresista que promueve un proyecto regional transformador que enfatiza la protección de los derechos humanos, percibe a los derechos como principios justiciables, y estimula la existencia del litigio estratégico como mecanismo para influir en el desarrollo del sistema interamericano<sup>5</sup>. El ICCLA le entrega un papel central a la CorteIDH. A través de ella, busca identificar un derecho regional que le permita dejar atrás la historia de violencia y desigualdad que ha existido en Latinoamérica<sup>6</sup>. Los defensores del ICCLA han sido criticados por ser selectivos en el modo como muestran la convergencia jurídica latinoamericana, eligiendo ejemplos que les permiten identificar el derecho común mientras omiten explicar diferencias jurídicas relevantes<sup>7</sup>. Los críticos del ICCLA también pueden ser acusados de utilizar una estrategia argumentativa selectiva, en tanto suelen enfatizar los ejemplos de divergencia jurídica mientras omiten los casos de convergencia legal relevante. Enfrentando este tipo de críticas, normalmente los defensores del ICCLA argumentan que la idea no es la identificación presente de una convergencia absoluta. Por el contrario, agregan, lo relevante sería identificar un *potencial* para que el derecho común pueda desarrollarse. Encontrar cláusulas de apertura al derecho internacional en los marcos constitucionales domésticos puede ser utilizado como evidencia de ese potencial<sup>8</sup>. Frente a ellos, los críticos del ICCLA podrían argumen-

---

<sup>2</sup> Véase, por ejemplo, RAMÍREZ (2024); COLÓN-RÍOS (2011).

<sup>3</sup> Véase, por ejemplo, SOUSA (2014).

<sup>4</sup> Véase VON BOGDANDY (2015b); VON BOGDANDY (2015a); VON BOGDANDY, FERRER, MORALES & PIOVESAN (2017); VON BOGDANDY (2017); FERRER (2017); MORALES & SAAVEDRA (2017); PIOVESAN (2017); HERRERA (2021).

<sup>5</sup> VON BOGDANDY (2015a) p. 110; GARCÍA (2017) p. 313. También, véase SOLEY (2017) pp. 352-353.

<sup>6</sup> VON BOGDANDY (2015a) p. 110. También, VON BOGDANDY (2015b) pp. 9-10.

<sup>7</sup> WERNECK (2019) p. 372.

<sup>8</sup> VON BOGDANDY (2015b) p. 11; MORALES & SAAVEDRA (2017) pp. 258-260; PIOVESAN (2017) pp. 62-63; GÓNGORA-MERA (2017) pp. 237-238; GARCÍA (2017) pp. 316-318; GÓNGORA-MERA (2017) pp. 237-238; HERRERA (2021) p. 1402.

tar exactamente lo contrario: si existe un potencial para las diferencias –y no las convergencias– entonces la existencia de dichas cláusulas de apertura sería irrelevante.

A diferencia del modelo europeo, el ICCLA no busca una integración económica, y la integración política que persigue es más limitada –en tanto la misma se refiere a los derechos humanos–<sup>9</sup>. Para encontrar soluciones a los problemas de violencia y desigualdad, el ICCLA parece particularmente interesado en la protección judicial de los derechos sociales<sup>10</sup> y en la defensa de la autoridad de la CorteIDH. Esta Corte se ha mostrado abierta a estas ideas de manera gradual, resolviendo casos de derechos sociales pese al lenguaje modesto con que los mismos aparecen protegidos en la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, la “Convención”)<sup>11</sup>. Las recomendaciones provenientes de los defensores del ICCLA frecuentemente se alinean con las perspectivas adoptadas por la CorteIDH. Ambos, por ejemplo, argumentan que los jueces domésticos deben ser considerados como autoridades judiciales interamericanas<sup>12</sup>. Las ambiciones del ICCLA son graduales<sup>13</sup>, pero fuertes. Ellas obedecen a una concepción de los derechos y del poder judicial que encaja con una variación del constitucionalismo liberal que Mark Tushnet califica como “maximalista”<sup>14</sup>. Como toda definición maximalista del constitucionalismo, el ICCLA no pretende reflejar exactamente la realidad jurídica presente<sup>15</sup>. Por el contrario, ella ofrece un proyecto normativo.

Pese a su naturaleza normativa, es útil distinguir una dimensión descriptiva e interpretativa del ICCLA. Primero, desde una perspectiva descriptiva, el ICCLA argumenta que existe un marco jurídico común que los sistemas legales domésticos están descubriendo o desarrollando. Cuando los estándares comunes de derechos humanos son alcanzados, ellos formarán parte del derecho regional común. Segundo, desde una perspectiva normativa, el ICCLA acepta valores progresistas asociados a la Convención. Adhiere a una versión (controvertida) de democracia que pone el acento en el papel (fuerte) de los jueces, rechaza los regímenes autoritarios y no acepta interpretaciones conservadoras sobre los derechos humanos. Desconfía de las instituciones representativas locales, es escéptica del pluralismo constitucional y promueve la convergencia ideológica en materia de derechos humanos. Tercero, desde una

<sup>9</sup> VON BOGDANDY (2015b) p. 15; VON BOGDANDY (2015a) p. 112.

<sup>10</sup> Véase, por ejemplo, VON BOGDANDY (2015a) p. 111.

<sup>11</sup> PIOVESAN (2017) pp. 58-60; BURGORGUE-LARSEN (2017) pp. 384-385.

<sup>12</sup> DULITZKY (2015a) p. 103.

<sup>13</sup> VON BOGDANDY (2015b) p. 20.

<sup>14</sup> TUSHNET (2020) p. 101.

<sup>15</sup> *Op. cit.* p. 106.

aproximación interpretativa, el ICCLA busca reconstruir aquellas prácticas judiciales que considera deseables, entenderlas a la luz de principios comunes y coherentes, y usarlas como modelo para la región. La jurisprudencia de algunas Cortes, como la CorteIDH y la Corte Constitucional colombiana, se han vuelto ejemplos centrales para comprender la dimensión interpretativa<sup>16</sup>. En ocasiones, es difícil distinguir las críticas contra la CorteIDH de las críticas realizadas contra el ICCLA.

Como lo explicaré en las secciones siguientes, pese a la influencia creciente del ICCLA en Latinoamérica, varios académicos han formulado críticas relevantes<sup>17</sup>. En el ámbito político, la resistencia de algunos países contra sentencias de la CorteIDH, incluyendo denuncias y amenazas con denunciar la Convención<sup>18</sup>, poseen el potencial de debilitar la agenda del ICCLA. En este ensayo, argumentaré que el ICCLA ofrece un método (la judicialización regional y doméstica de los derechos humanos) inadecuada para avanzar en sus objetivos. Como lo mostraremos, aunque varios defensores del ICCLA están conscientes de este problema, no han hecho lo suficiente para corregirlo. Por el contrario, han continuado promoviendo soluciones que le quitan atención a la discusión sobre los caminos alternativos más promisorios para avanzar en sus objetivos.

La sección I sintetiza el origen del ICCLA e intenta situarlo dentro de los debates del constitucionalismo latinoamericano. La sección II desarrolla las principales críticas existentes contra el ICCLA, identifica sus posibles respuestas y analiza su plausibilidad. La sección III explica el modo como el ICCLA ha defendido instrumentos que lo alejan de los objetivos igualitarios que dice perseguir.

## I. EL SURGIMIENTO DEL ICCLA

Latinoamérica posee una rica y diversa tradición constitucionalista, incluyendo corrientes radicales, liberales y conservadoras<sup>19</sup>. Variantes autoritarias incluyen la tradición militarista de la segunda mitad del siglo XX<sup>20</sup> y el denominado Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano que parte de la izquierda regional ha promovido<sup>21</sup>. En este contexto, las constituciones de Venezuela (1999), Ecuador (2008) y Bolivia (2009) incorporaron formas plebiscitarias de hiperpresidencia-

<sup>16</sup> VON BOGDANDY (2015a) p. 111; VON BOGDANDY (2017) p. 37; GÓNGORA-MERA (2017) pp. 246-247, 251.

<sup>17</sup> Véase, por ejemplo, RODILES (2018); ALTERIO (2018).

<sup>18</sup> Véase HUNEEUS (2011); CONTESSE (2019).

<sup>19</sup> GARGARELLA (2010). Véase un mapa intelectual del constitucionalismo latinoamericano en CODDOU (2021).

<sup>20</sup> Véase, por ejemplo, KATZ (2023); BARROS (2002).

<sup>21</sup> Véase, por ejemplo, KING (2013); COUSO (2014).

lismo<sup>22</sup> que, combinando elementos del constitucionalismo radical, ofrecieron una forma no liberal para el socialismo latinoamericano<sup>23</sup>. Estas formas de constitucionalismo combinaron el constitucionalismo abusivo<sup>24</sup> con formas de representación política funcionales a la concentración del poder<sup>25</sup>.

Asimismo, Latinoamérica también ha ofrecido un experimento para el denominado “constitucionalismo transformador”. Ejemplos de democracias relativamente competitivas que han adherido a variantes del constitucionalismo transformador son los sistemas constitucionales de Colombia (1991) y Brasil (1988)<sup>26</sup>. Pese a episodios de erosión democrática<sup>27</sup>, ambos casos muestran ejemplos de cómo es posible asegurar judicialmente los derechos sociales sin sacrificar la competencia política<sup>28</sup>. De ello no se sigue, por supuesto, que los resultados en términos de derechos sociales sean satisfactorios, o que los modelos colombianos y brasileros estén exentos de riesgos y problemas.

Acompañando los procesos políticos descritos más atrás, Latinoamérica también ha sido influida por la corriente “neoconstitucionalista”. El neoconstitucionalismo rechaza el textualismo y la comprensión del derecho constitucional como un conjunto de reglas. Por el contrario, considera que los derechos deben ser interpretados como *principios*, y promueven el uso de metodologías como la ponderación y el test de proporcionalidad para enfrentar los conflictos de derechos fundamentales. El neoconstitucionalismo termina promoviendo formas de activismo judicial que justifica la existencia de interpretaciones creativas que, incluso, puedan llegar a modificar el sentido de las normas. Las cortes mexicanas y colombianas ofrecen buenos ejemplos del modo como las justificaciones neoconstitucionalistas han acompañado la expansión del poder de los jueces<sup>29</sup>. Por supuesto, se trata de una teoría controvertida<sup>30</sup>. Muchos académicos rechazan el activismo judicial<sup>31</sup> y critican el neoconstitucionalismo<sup>32</sup> con argumentos inspirados en formas deliberativas, mayoritarias o procedimentales de la democracia.

Muchos han recibido favorablemente las ideas del ICCLA. Después de todo, el mismo ha intentado llenar el espacio dejado por la izquierda latinoamericana autoritaria. Progresistas comprometidos con la democracia liberal y los pro-

---

<sup>22</sup> Este problema no es exclusivo de estos países, por supuesto. Véase O’DONNELL (1994).

<sup>23</sup> Véase, por ejemplo, PISARELLO (2014).

<sup>24</sup> LANDAU (2018).

<sup>25</sup> Compárese HUGHES (2019); VERDUGO (2023).

<sup>26</sup> Véase, por ejemplo, KATZ (2020); BARROSO (2016).

<sup>27</sup> Véase, por ejemplo, BERNAL (2013); MEYER (2021).

<sup>28</sup> Véase, por ejemplo, NUNES (2010); CARDOSO (2021).

<sup>29</sup> Véase, por ejemplo, ALTERIO (2019); LANDAU (2012); LANDAU (2014).

<sup>30</sup> Véase, por ejemplo, ALDUNATE (2010); NÚÑEZ (2010); ALTERIO (2018) p. 10.

<sup>31</sup> Véase, por ejemplo, GARCÍA y VERDUGO (2013).

<sup>32</sup> Véase, por ejemplo, ATRIA (2016).

yectos transformadores tenían pocas posibilidades de verse identificados con los proyectos liberales clásicos, el constitucionalismo conservador o el autoritarismo del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano. El ICCLA les ha ofrecido un espacio para poder desarrollar sus programas de un modo casi natural. Si a ello se suma la existencia de redes bien financiadas e instituciones relacionadas que las respaldan y ayudan a darle legitimidad académica, entonces no es difícil comprender su rápido crecimiento. No es de extrañar que el grupo de académicos patrocinados por el instituto Max Planck (Heidelberg), haya logrado atraer a un significativo número de investigadores y jueces latinoamericanos<sup>33</sup>.

Si bien el ICCLA está lejos de conseguir un apoyo unánime en la región, el mismo es mayoritario en varios círculos, lo que ha servido para darle respaldo académico y político al programa transformador y regional que ellos promueven<sup>34</sup>. No se trata, por supuesto, de una versión procedimentalista del constitucionalismo transformador<sup>35</sup>, sino que sustantiva de la democracia y los derechos, especialmente de los derechos asociados a la igualdad<sup>36</sup>.

A diferencia del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, el ICCLA dice estar comprometido con la democracia liberal, es escéptico de las formas plebiscitarias de presidencialismo, y ofrece una agenda de implementación gradual<sup>37</sup>, que rechaza formas de “democracia instantánea”<sup>38</sup>. El neoconstitucionalismo que influye en la región ha contribuido al ICCLA mediante la idea del poder judicial robusto y de la comprensión de los derechos como principios<sup>39</sup>. El ICCLA agrega elementos de derecho comparado, la apertura al derecho internacional y la comprensión del derecho común como un bloque que incorpora al derecho constitucional doméstico con el derecho interamericano de los derechos humanos<sup>40</sup>. En este proyecto, las ideas de democracia, derechos humanos y Estado de derecho, entendidos del modo como los comprende la Corte IDH, pasan a imponerse en la región, con especial énfasis en los derechos humanos<sup>41</sup>.

<sup>33</sup> Véase VON BOGDANDY (2015b) pp. 5-6; RODILES (2018); HERRERA (2021) pp. 1387-1388; CONTESSE (2022) p. 316; GARCÍA-HUIDOBRO & GUIDI (2021) pp. 1298-1302; CODDOU (2021) pp. 7-8.

<sup>34</sup> Véase BONILLA (2013); VILHENA, BAXI, y VILJOEN (2013); VON BOGDANDY, FERRER, MORALES & PIOVESAN (2017).

<sup>35</sup> Véase un excelente ejemplo de esta posición en FOWKES (2024).

<sup>36</sup> PIOVESAN (2017) pp. 50-51; SOLEY (2017) pp. 348-350.

<sup>37</sup> HERRERA (2021) p. 1402.

<sup>38</sup> Sobre esta idea, véase KUO (2019).

<sup>39</sup> VON BOGDANDY (2015a) p. 109; VON BOGDANDY (2015b) pp. 6-7.

<sup>40</sup> VON BOGDANDY (2015a) p. 113; GÓNGORA-MERA (2017). La idea no está exenta de polémica. Compárese SAGÜES (2010) p. 120; FUENTES y PÉREZ (2018) pp. 130-131. También MORALES y SAAVEDRA (2017).

<sup>41</sup> VON BOGDANDY (2015b) pp. 16-17.



Uno de los elementos que más ha contribuido al ICCLA, es el control de convencionalidad, anunciado originalmente en el caso *Almonacid*<sup>42</sup>. El control de convencionalidad establece que las sentencias de la Corte IDH poseen autoridad final en la región en lo concerniente a la interpretación de la Convención Americana, lo que incluye, también, sus opiniones consultivas<sup>43</sup>. De acuerdo con esta doctrina, todos los Estados y jueces domésticos deben actuar de forma consistente con las interpretaciones de la Corte IDH, incluso en aquellos casos donde los Estados no han sido parte<sup>44</sup>. La doctrina tiene lugar de oficio<sup>45</sup>, incluso si los jueces locales no han recibido instrucciones o solicitudes específicas para aplicarla<sup>46</sup>. Hay quienes han extendido la obligación emanada de esta doctrina a funcionarios administrativos<sup>47</sup> y, también, sostenido que los jueces domésticos estarían facultados para invocar la doctrina de modo que permita una revisión de la legislación local<sup>48</sup>. Lo anterior debiera conducir a una suerte de diálogo vertical entre la Corte IDH y las judicaturas locales de la región<sup>49</sup>.

El ICCLA ha encontrado un campo fértil para desarrollarse, en parte, gracias a las ideas del bloque de constitucionalidad, el control de convencionalidad y el neconstitucionalismo. La existencia de una red judicial y académica le ha dado todavía más plausibilidad al proyecto, lo que ha llevado a algunos académicos a sostener (sin necesidad de adherir a dicha idea) que la Corte IDH se ha convertido en una Corte constitucional regional<sup>50</sup>.

## II. LAS OBJECIONES CONTRA EL ICCLA

### *1. Perspectivas democráticas contra el proyecto del ICCLA*

El ICCLA es un tipo de constitucionalismo liberal que reconoce algunos elementos básicos como el control de la ley, el reconocimiento explícito de los

---

<sup>42</sup> CORTE IDH (2006) (ser. C) No 154, *Almonacid-Arellano v. Chile* (26 de septiembre, 2006).

<sup>43</sup> SAGÜES (2010) p. 125; FERRER (2015) p. 98; GARCÍA (2017) p. 307.

<sup>44</sup> SAGÜES (2010) p. 125. De acuerdo con la sentencia de *Barrios Altos*, los jueces locales no deben aplicar leyes inconsistentes con la Convención Americana. CORTE IDH (2001b) (ser. C) No 75. *Barrios Altos v. Perú* (14 de marzo, 2001). También CORTE IDH (2001c). (ser. C) No 83, *Barrios Altos v. Perú* (3 de septiembre de 2001).

<sup>45</sup> FERRER (2015) p. 95; DULITZKY (2015a) p. 102.

<sup>46</sup> Compárese SAGÜES (2010) pp. 121-122; FERRER (2015) p. 95; CAROZZA & GONZÁLEZ (2017) p. 439.

<sup>47</sup> Véase GARCÍA-HUIDOBRO & GUIDI (2021) p. 1300.

<sup>48</sup> Véase, por ejemplo, GARCÍA (2017) pp. 319-320.

<sup>49</sup> FERRER (2015) p. 99.

<sup>50</sup> Véase, por ejemplo, DULITZKY (2015b); CONTESSE (2022) pp. 315-316.



derechos fundamentales, el establecimiento de límites al ejercicio del poder, la separación de poderes y el rechazo a formas extremas de centralización del poder. A dichos elementos, el ICCLA adiciona el enfoque regional con un énfasis en los derechos humanos. Si el constitucionalismo liberal es superior a otras formas de organización política, en gran medida dependerá del modo como valoremos las alternativas<sup>51</sup>. Dentro de las alternativas, el ICCLA se asocia con el constitucionalismo judicialista o legalista. Otras formas de constitucionalismo reducen las posibilidades de encontrar un derecho común en la región<sup>52</sup>. Dentro de las concepciones alternativas, existe controversia respecto de cómo las democracias deben concebirse, y las mismas ideas liberales que se invocan podrían ignorar importantes perspectivas comunitarias y, en ciertos casos, asociadas a cosmovisiones indígenas, debido a que estas aproximaciones alternativas no ofrecen el mismo compromiso con los derechos *individuales* que el ICCLA dice defender<sup>53</sup>.

Este debate sobre las diferentes concepciones de la democracia ayuda a explicar el motivo por el cual académicos como Roberto Gargarella y Ana Micaela Alterio han criticado algunas conclusiones del ICCLA. Mientras Roberto Gargarella enfatiza un enfoque procedimental que pueda encajar con su ideal regulatorio basado en lo que denomina como “conversación entre iguales”<sup>54</sup>, Ana Alterio promueve una versión popular del constitucionalismo, que es escéptica de la supremacía judicial<sup>55</sup>. Para Alterio, el ICCLA requiere una indeseable judicialización de la política. Conectado con lo anterior, el ICCLA ofrece un enfoque centrado en los jueces como parte de un tipo de constitucionalismo legal que ignora los medios *políticos* que pueden utilizarse para asegurar transformaciones sociales genuinas<sup>56</sup>. Al no observar las posibles tensiones entre su forma de constitucionalismo legalista y la necesidad de establecer procesos políticos sensibles a las demandas sociales, el ICCLA arriesga, como veremos, hacer menos probable el cumplimiento de sus objetivos.

Al promover el control de convencionalidad, el ICCLA rechaza versiones democráticas que valoren especialmente la regla de mayoría, la deliberación política, la participación ciudadana, la existencia de un control judicial

<sup>51</sup> TUSHNET (2016).

<sup>52</sup> CODDOU (2021).

<sup>53</sup> Sobre las tensiones del ICCLA, véase ALTERIO (2018) pp. 6-7; ALTERIO & POU (2018) pp. 119-120. También, véanse algunos ejemplos de tensiones entre la autonomía de los pueblos indígenas y principios liberales en AGUILAR (2013).

<sup>54</sup> GARGARELLA (2021); GARGARELLA (2022b).

<sup>55</sup> ALTERIO (2018).

<sup>56</sup> ALTERIO & POU (2018) pp. 118-119. Véase una defensa del enfoque que pone a las Cortes en el centro, en HERRERA (2021) pp. 1407-1409.

débil<sup>57</sup>, el modelo *Commonwealth* de justicia constitucional<sup>58</sup>, la idea de constitucionalismo político<sup>59</sup>, el modelo constitucional que existe en los países nórdicos europeos<sup>60</sup>, la idea de constitucionalismo popular<sup>61</sup> y el modelo procedimental basado en las ideas de John Hart Ely<sup>62</sup>. Es posible, por supuesto, que los defensores del ICCLA aleguen que estas formas de constitucionalismo puedan promoverse en el ámbito doméstico. No obstante, el reconocimiento de formas judiciales robustas para identificar e imponer el derecho común de la región en el área de derechos humanos, deja a esas formas alternativas de constitucionalismo en un orden secundario.

Los defensores del ICCLA también podrían responder sosteniendo un argumento pragmático. Por ejemplo, podrían decir que el constitucionalismo político es ideal, pero que, como Jeremy Waldron ha reconocido en su crítica contra el control judicial robusto, desafiar el poder de revisar los actos del legislador basado en la idea de supremacía judicial supone la existencia de niveles razonables de respeto por los derechos fundamentales, además de instituciones democráticas funcionando de forma razonablemente bien<sup>63</sup>. Si dichas condiciones no se cumplen<sup>64</sup>, podrían agregar los defensores del ICCLA, entonces, podría invitarse a aceptar el ICCLA de manera temporal e instrumental. El ICCLA, en consecuencia, debería abandonarse una vez que las condiciones de Jeremy Waldron tengan lugar. Este argumento podría tener algún sentido si se considera que Latinoamérica contiene muchas democracias defectuosas con instituciones vulnerables y sistemas democráticos frágiles. Visto así, el ICCLA podría ser considerado como un modo de hacer más probable que los sistemas políticos latinoamericanos consoliden su institucionalidad democrática<sup>65</sup>.

Este tipo de respuesta parece más persuasiva en casos de jurisdicciones gobernadas por regímenes autoritarios o que están viviendo riesgosos procesos de transición democrática. Mientras mejores sean las condiciones democráticas de los países de la región, entonces más débiles serán las razones para promover el ICCLA. Uno de los problemas de este argumento se asocia a la dificultad de alcanzar las condiciones de Jeremy Waldron. Esta dificultad no es

---

<sup>57</sup> TUSHNET (2008); TUSHNET (2011).

<sup>58</sup> GARDBAUM (2013); GARDBAUM (2011); CHOUDHRY (2013).

<sup>59</sup> BELLAMY (2008); BELLAMY (2011).

<sup>60</sup> LARSEN (2021) pp. 488-494.

<sup>61</sup> KRAMER (2004); POST & SIEGEL (2004); TUSHNET (2006). Para una aproximación latinoamericana a la idea de constitucionalismo popular, véase ALTERIO y NIEMBRO (2013).

<sup>62</sup> GARDBAUM (2020). Para una discusión latinoamericana, véase VERDUGO (2021).

<sup>63</sup> WALDRON (2006).

<sup>64</sup> Véase, por ejemplo, SOLEY (2017) p. 349.

<sup>65</sup> Véase, también, GONZÁLEZ (2011); ROA (2019).

un problema propiamente latinoamericano. Es, más bien, un problema de escala global, y asume que las condiciones democráticas están presentes en países que han aceptado formas de constitucionalismo político. No obstante, esta es una posición ingenua que parece idealizar el estatus de la democracia en países como el Reino Unido, pese a la existencia de procesos políticos defectuosos<sup>66</sup> y problemas importantes de derechos humanos<sup>67</sup>. Otro de los problemas de dicho argumento, es que sobreestima las similitudes que existen dentro de la región e, incluso, arriesga a asumir que existe un modo único de democracia. ¿Por qué necesitamos un proyecto regional común si algunos países son más democráticos que otros? Por último, el ICCLA ignora o rechaza otras teorías justificativas del papel de los jueces, que limitan sus poderes de revisión judicial a la defensa de principios procedimentales de la democracia<sup>68</sup>.

## 2. Las debilidades del diálogo interamericano

Algunos defensores del ICCLA han argumentado que el mismo permite establecer un diálogo regional donde participan jueces domésticos y de la Corte IDH. Este diálogo sería *vertical* y *horizontal*<sup>69</sup>. El diálogo *vertical* consiste en un desarrollo jurisprudencial nacional que cita o sigue las sentencias de la Corte IDH. El diálogo *horizontal* se refiere a casos en que la Corte IDH utiliza sentencias de jueces domésticos para justificar sus propias decisiones judiciales. Para darle plausibilidad a la existencia de ambos tipos de diálogo, los defensores del ICCLA han citado numerosos ejemplos en que jueces de distinto tipo apoyan la narrativa dialógica. Han enfatizado, por ejemplo, que la Corte IDH sesiona en distintas partes de Latinoamérica<sup>70</sup>, organiza conferencias, cita sentencias de tribunales locales y tribunales locales también citan sentencias de la propia Corte IDH<sup>71</sup>.

El diálogo, si es que existe, solamente operaría en el ámbito judicial, esto es, a escala de instituciones que no han sido electas ni poseen *accountability*. Las elecciones populares de los jueces existen, pero son raras, y su naturaleza democrática es controvertida<sup>72</sup>. Aunque es posible sostener, como algunos lo han hecho, que los procesos judiciales pueden ofrecer etapas más democráticas y participativas (los jueces pueden convocar audiencias públicas y organizar

<sup>66</sup> Véase, por ejemplo, las críticas contra el Brexit en WEALE (2018).

<sup>67</sup> Véase, por ejemplo, las conocidas (aunque ya viejas) críticas de DWORKIN (1990).

<sup>68</sup> GARDBAUM (2020).

<sup>69</sup> Véase un ejemplo importante en FERRER (2017) pp. 322-327.

<sup>70</sup> VON BOGDANDY (2015b) p. 31.

<sup>71</sup> MAJES *et al.* (2021).

<sup>72</sup> Véase DRISCOLL & NELSON (2012); DRISCOLL & NELSON (2015); VERDUGO (2019).

mesas redondas entre los actores involucrados, por ejemplo<sup>73</sup>) los mecanismos participativos existentes se asocian a procesos que poseen sesgos de selección. En ellos suelen participar las partes y aquellas organizaciones sociales con preferencias más intensas respecto de los problemas que se discuten (no son representativas del votante mediano). Ellas no representan un ejercicio genuino de la igualdad política ni es un esfuerzo espontáneo que pueda materializar la libertad política. Además, es difícil medir el impacto de dichos mecanismos. Las respuestas judiciales no pueden reemplazar con igual eficacia al proceso político.

El problema no estaría únicamente relacionado con la posible inexistencia de diálogo, sino, también, con el hecho de que el diálogo posee pobres justificaciones democráticas al no basarse en una actitud respetuosa hacia los procesos político-representativos. Por supuesto, existen formas en que las justificaciones democráticas se vinculen a las virtudes epistémicas y deliberativas que ofrecen los procesos judiciales. No obstante, estas formas son más limitadas que lo que los defensores del diálogo judicial interamericano sugieren.

Otro problema asociado a la defensa del diálogo judicial interamericano consiste en asumir que el mismo posee una dimensión horizontal. La conversación entre los jueces no consiste en un proyecto colectivo donde los jueces domésticos intentan identificar el derecho común de manera espontánea (de abajo hacia arriba), el que después es reconocido por la Corte IDH (la que los considera como iguales, socios de un proyecto común). Por supuesto, es posible argumentar que el diálogo horizontal puede ser valioso en el contexto de la interpretación de derechos humanos porque las interpretaciones alternativas son plausibles<sup>74</sup>. En un contexto de pluralismo constitucional donde se reconoce la legitimidad de más de una respuesta correcta a problemas similares con la justificación de que los derechos humanos deben considerar sensibilidades culturales locales, un diálogo horizontal puede ser relevante. No obstante, este no es el tipo de diálogo que los partidarios del ICCLA defienden, ni el que aparece de los ejemplos que citan. Para que ello fuera posible, la Corte IDH tendría que reconocer las prácticas judiciales locales (incluyendo aquellas que le resultan poco atractivas), ser deferentes con ellas, desarrollar una doctrina o test que permita distinguir espacios de deferencia e, incluso, decidir en ciertos casos que la jurisprudencia local puede prevalecer sobre sentencias previas de la propia Corte IDH. La Corte debería, entonces, adaptar sus propios estándares de derechos humanos y estar abierta a revisar los mismos cuando prácticas locales la invitan a ello<sup>75</sup>. El intercambio entre los jueces debe ser hecho de bu-

<sup>73</sup> Véase un ejemplo asociado a Colombia en ROA (2020).

<sup>74</sup> Véase CELIS (2023).

<sup>75</sup> Compárese DULITZKY (2015a); CONTESSE (2017a); CAROZZA & GONZÁLEZ (2017).

na fe, basado en principios y no en una competencia por quién posee la autoridad final. El principal problema es que esta aproximación idealizada no es correcta ni viable<sup>76</sup>.

El diálogo que se observa es vertical y tiene lugar de “arriba hacia abajo”. No es horizontal ni de “abajo hacia arriba”<sup>77</sup>. Es cierto que la Corte IDH a veces cita doctrinas judiciales elaboradas por Cortes domésticas. Sin embargo, lo hace de manera selectiva<sup>78</sup>, frecuentemente para confirmar o entregar razones adicionales para justificar interpretaciones que la propia Corte IDH ha estimado correcta en el pasado<sup>79</sup>, o con el fin de educar a la región sobre las prácticas que la propia Corte estima correctas. Las sentencias locales no son *ratio decidendi*. Las decisiones judiciales no producen un impacto significativo en las doctrinas de la Corte IDH<sup>80</sup>. Si ellas no existieran, los argumentos dados por la propia Corte para justificar sus decisiones permanecerían.

Es posible, por supuesto, que los defensores del ICCLA respondan sugiriendo que su proyecto se alinea mejor con la idea de diálogo horizontal de abajo hacia arriba, pero ello sería contradictorio con postulados básicos del propio ICCLA. La doctrina del control de convencionalidad, frecuentemente destacada por los defensores del ICCLA, ha ayudado a la Corte IDH a construir una narrativa donde la supremacía judicial se centraliza en la propia Corte. Los jueces domésticos son, para ella, jueces interamericanos subordinados a las interpretaciones judiciales entregadas por la propia Corte IDH y no verdaderos socios avanzando un proyecto común.

Otra razón que debilita la idea de diálogo judicial interamericano consiste en que la Corte IDH ha mostrado poca deferencia respecto de procesos políticos que reúnan características democráticas. La ausencia de críticas a la Corte IDH por parte de los defensores del ICCLA, y la justificación que varios de ellos han ofrecido respecto de dichas sentencias, hace que la jurisprudencia de la propia Corte hoy pueda formar parte del bloque defendido por el ICCLA. El ejemplo de Gelman puede ser útil para ilustrar este punto. En Gelman, la Corte IDH condenó a Uruguay por violar derechos humanos durante la dictadura y declaró que la ley de amnistía que estaba encaminada a impedir la persecución de los delitos asociados, violaba la Convención<sup>81</sup>. Aunque la decisión parece, a primera vista, consistente con la jurisprudencia de la Corte IDH en casos de amnistía, el caso de Uruguay podría haber sido considerado diferente porque

<sup>76</sup> Compárese HERRERA (2021) pp. 1412-1413; CODDOU (2021) p. 8.

<sup>77</sup> RODILES (2018).

<sup>78</sup> DULITZKY (2015a) p. 103.

<sup>79</sup> Véase DULITZKY (2015b).

<sup>80</sup> Véase una discusión de la evidencia en GONZALEZ-OCANTOS & SANDHOLTZ (2021).

<sup>81</sup> CORTE IDH (2011) (ser. C) No 221, Gelman v. Uruguay (24 de febrero de 2011).

la ley de amnistía de dicho país gozaba de una legitimidad democrática que no existía en otras jurisdicciones. El argumento de la Corte IDH en el caso de Uruguay implica entender que no existen diferencias significativas entre la ley uruguaya y otras leyes de amnistía que fueron dictadas por aquellos a quienes beneficiaba<sup>82</sup>. La autoamnistía y la amnistía poseen una naturaleza diferente. Mientras la primera puede ser entendida como un condicionamiento unilateral que dictadores han establecido para preservar sus propios intereses en escenarios adversos, la segunda puede, si ella es ampliamente aceptada, ser el resultado de una deliberación robusta encaminada a buscar la reconciliación u otros valores valiosos. En Uruguay, la ley de amnistía fue dictada en un contexto en que las libertades civiles y políticas se ejercían a plenitud, existiendo dos votos populares confirmando dicha ley<sup>83</sup>. La Corte IDH no solo ignoró estas diferencias, sino que, además, las rechazó argumentando que se trataba de materias formales poco relacionadas con la validez sustantiva de la ley<sup>84</sup>.

Es posible, como ocurre con los argumentos entregados más atrás, que los defensores del ICCLA argumenten que ellos no tienen obligación de estar de acuerdo con la Corte IDH en el caso Gelman. Sin embargo, varios han usado el caso Gelman como evidencia de una convergencia regional en casos de amnistía<sup>85</sup>, mostrando el modo como la Corte IDH puede remover obstáculos a la memoria<sup>86</sup> o, incluso, como evidencia de que ha existido un diálogo entre la propia Corte y la Corte Suprema de Uruguay<sup>87</sup>. Se trataría, desde luego, no de un diálogo entre iguales, sino que de una conversación más bien vertical. Y esto tiene sentido si volvemos a revisar las bases conceptuales del ICCLA. El ICCLA no es, ni puede ser, un proyecto colectivo que intenta establecer una conversación genuina entre jueces que buscan identificar los estándares comunes en materia de derechos humanos. El ICCLA tampoco puede ser un proyecto que incorpore de manera persuasiva las concepciones procedimentales o deliberativas de la democracia.

### 3. *El pluralismo constitucional y el margen de apreciación*

Como es sabido, y a diferencia de su par europeo, la Corte IDH no acepta ni ha desarrollado una doctrina del margen de apreciación<sup>88</sup>. Aunque algunos defen-

<sup>82</sup> Véase, por ejemplo, GARGARELLA (2015).

<sup>83</sup> *Op. cit.* p. 117.

<sup>84</sup> *Ibid.*

<sup>85</sup> FERRER (2014); VON BOGDANDY (2017) pp. 33, 46; MORALES & SAAVEDRA (2017) p. 266.

<sup>86</sup> GARCÍA (2017) p. 310.

<sup>87</sup> PARRA (2017) pp. 370-372.

<sup>88</sup> BURGORGUE-LARSEN (2017) pp. 406-407; FOLLESDAL (2017) p. 362.

sores del ICCLA han reconocido el valor de tener un estándar de deferencia<sup>89</sup> e, incluso, algunos han identificado casos específicos donde puede haber habido algún nivel de deferencia<sup>90</sup>, la Corte IDH solo utiliza los mismos de manera excepcional<sup>91</sup> o con el objetivo de confirmar posiciones que la propia Corte IDH ha defendido. Esta posición de la Corte es controvertida en la literatura<sup>92</sup>.

Normalmente, los defensores de la Corte IDH argumentan que la situación de Latinoamérica es diferente a la del Consejo de Europa. En el contexto latinoamericano, la Corte se ha tenido que enfrentar a casos de violaciones sistemáticas a los derechos humanos cometidos por brutales dictaduras. En esos casos, sigue el argumento, la deferencia hacia las autoridades políticas y judiciales se debiera reducir porque no se trata de sistemas políticos funcionando relativamente bien ni justificando sus propias decisiones en procesos democráticos. Tendría sentido, entonces, que algunas sentencias de la Corte no fueran deferentes con gobiernos como los de Alberto Fujimori o Hugo Chávez, por nombrar un par de ejemplos. El problema, es que la Corte no hace la distinción cuando se trata de casos (como el de Gelman) en que ya no es necesario actuar de manera tan asertiva. Una parte de la región ya no está gobernada por dictaduras<sup>93</sup>, pero eso parece no ser relevante para las doctrinas jurídicas de la Corte IDH.

Un buen número de países latinoamericanos posee indicadores democráticos decentes comparados con los países del Consejo de Europa<sup>94</sup>, y celebran elecciones competitivas bajo procesos electorales razonablemente imparciales en un contexto de incerteza electoral. Hoy, la Corte IDH posee una agenda donde abundan problemas morales comunes en democracias maduras a institucionalizadas, como ocurre con los derechos reproductivos de la mujer, el acceso a los medicamentos y la discriminación contra las minorías de género. No es claro que en Latinoamérica exista una suerte de consenso emergente en este tipo de materias, y la rotación frecuente de presidentes con respuestas diversas a dichas preguntas, sugiere que, al menos en el ámbito político, es difícil establecer una tendencia clara en muchas materias relacionadas con los derechos humanos. Sin perjuicio de ello, la Corte IDH no ha abandonado sus posiciones más robustas y asertivas, frecuentemente dictando sentencias con estándares que pretenden dar una solución definitiva a los problemas citados. La expectativa es que los jueces domésticos sigan dicha jurisprudencia para

---

<sup>89</sup> HERRERA (2021) p. 1409.

<sup>90</sup> CONTRERAS (2014); CONTRERAS (2012).

<sup>91</sup> Véase MORALES & SAAVEDRA (2017) p. 261.

<sup>92</sup> FOLLESDAL (2017); BERTELSEN (2021).

<sup>93</sup> ALTERIO (2018) p. 12.

<sup>94</sup> FOLLESDAL (2017) p. 369.



consolidar lo que los jueces interamericanos estiman debe ser el derecho regional. En este contexto, el ICCLA no es favorable al pluralismo constitucional.

El ejemplo de los derechos reproductivos de la mujer puede ser útil. Aunque el artículo 4.1 de la Convención protege la vida del no nacido sin resolver con claridad la pregunta sobre cuándo comienza la vida protegida (“[...] en general, a partir del momento de la concepción”), el texto fue escrito de manera cuidadosa para acomodar las posiciones de diferentes Estados que, al momento de ratificar la Convención, poseían desacuerdos significativos en torno a cómo interpretar la misma<sup>95</sup>. Varias posiciones conservadoras que existían en ese momento, hoy siguen siendo políticamente relevantes en varios países de la región. Sin perjuicio de ello, la Corte IDH no perdió oportunidad para resolver la pregunta de manera más contundente en *Artavia-Murillo v. Costa Rica*. En dicha sentencia, la Corte IDH ofreció una perspectiva progresista que es incompatible con varias posiciones provista<sup>96</sup>, y que es evidencia de la “actitud de arriba hacia abajo” que la Corte IDH tiene en sus relaciones con los Estados que han aceptado su jurisdicción<sup>97</sup>.

En su momento, Costa Rica argumentó que no existía consenso regional en la materia objeto del caso, pero la Corte decidió aproximarse al problema con metodologías asertivas que implicaban un requerimiento similar al de un verdadero test de proporcionalidad<sup>98</sup> unido a una interpretación evolutiva de la Convención<sup>99</sup>, en circunstancias de que existían diversas opciones interpretativas plausibles<sup>100</sup>. Es posible, por supuesto, que partidarios de la sentencia en *Artavia* argumenten que el punto de los derechos humanos es que la protección de estos no debe condicionarse a la voluntad de mayorías contingentes y variables. Esa posición es, por supuesto, atendible, pero ella obedece a una visión filosófica sobre un papel judicial robusto que ha sido ampliamente criticado en la literatura.

Si la doctrina del control de convencionalidad es tomada en serio, el problema se profundiza. En ese caso, la interpretación de la Corte IDH debe ser impuesta no solamente a aquellos Estados que han sido parte del proceso (*i.e.*, Costa Rica), sino que a todos. Es más, los jueces domésticos y los oficiales administrativos de todos los Estados debieran, dentro de su esfera de compe-

---

<sup>95</sup> Véase PAÚL (2012).

<sup>96</sup> CORTE IDH (2012) (ser. C) No 257, *Artavia Murillo et al v. Costa Rica* (28 de noviembre de 2012).

<sup>97</sup> CAROZZA & GONZÁLEZ (2017) p. 441.

<sup>98</sup> FOLLESDAL (2017) p. 369.

<sup>99</sup> PIOVESAN (2017) p. 61.

<sup>100</sup> Compárese PAÚL (2013); BRENA (2014).



tencia, aceptar la posición de la propia Corte IDH. No sería, entonces, relevante si un Estado aprueba una ley con altas condiciones deliberativas, representativas y democráticas. En ese caso, dicha ley sería incompatible con la Convención, sin importar su legitimidad.

Un buen ejemplo del modo como lo anterior podría operar se relaciona con el marco constitucional chileno. Chile ha sido históricamente hostil al reconocimiento del aborto, el que no es considerado un derecho fundamental. La expresidenta Michelle Bachelet propuso y logró aprobar una ley hace pocos años, donde se permite el aborto en tres circunstancias acotadas. Comparada con las legislaciones de otros países, dicha ley puede ser considerada como conservadora, pero, desde la perspectiva feminista, la misma fue considerada un avance significativo en el contexto chileno. Hace no pocos años antes, el Tribunal Constitucional había declarado la inconstitucionalidad de la “píldora del día después” en un caso que no estuvo exento de controversias, y que se inscribía en un contexto donde el litigio estratégico ya formaba parte de los métodos disponibles para los movimientos sociales relacionados<sup>101</sup>. El mismo Tribunal Constitucional decidió no declarar la inconstitucionalidad del proyecto de ley presentado por la expresidenta Michelle Bachelet<sup>102</sup>, luego de escuchar argumentos de todas las partes, de un extenso debate legislativo, y de celebrar audiencias públicas donde se escuchó a un número importante de líderes sociales y representantes de movimientos relacionados. La propia expresidenta había argumentado a favor de la ley que había promovido durante su campaña presidencial antes de ser electa para servir como Jefe de Estado en una segunda oportunidad, y hoy parece difícil que la derecha intente deshacer el cambio introducido por dicha ley<sup>103</sup>. Sin perjuicio de lo anterior, si uno puede mostrar que los argumentos de Artavia debieran llevar a un reconocimiento más expansivo del derecho a abortar, la ley de Michelle Bachelet podría ser considerada como incompatible con la Convención. Esta interpretación sería, desde luego, controvertida (el caso Artavia se limitaba a la discusión sobre los embriones), pero es plausible si se consideran las razones que la Corte IDH entregó relativas al estatus del no nacido y a los derechos de la mujer. Algún juez doméstico en Chile que acepte dicha interpretación de Artavia, podría declarar que la ley de Michelle Bachelet es contraria a la Convención o, al menos, requerir de inaplicabilidad al Tribunal Constitucional para que pueda declarar que la ley de Michelle Bachelet no debiera aplicarse en casos

---

<sup>101</sup> MUÑOZ (2014).

<sup>102</sup> La polémica se centró en el modo cómo el tribunal expandió la objeción de conciencia del cuerpo médico hacia las instituciones respectivas. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE (2017), 3729-2007, 28 de agosto de 2017.

<sup>103</sup> On the politics of the approval process of the bill, véase ESCOFFIER & VIVALDI (2023).

concretos. Si se sigue la doctrina de la Corte IDH, esta forma de aproximarse al problema no sería problemática y el estatus democrático de la ley Bachelet sería irrelevante para el resultado final del caso. Es más, bajo ciertas concepciones, el juez podría actuar de oficio e, incluso, tener la obligación de actuar.

Otro ejemplo que podría citarse es la opinión consultiva que la Corte IDH emitió relativa a la pregunta sobre el matrimonio igualitario. Para la Corte, los Estados deben reconocer el matrimonio para las personas del mismo sexo<sup>104</sup>. Esta sentencia es más asertiva que la decisión reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que estableció en *Fedotova* la obligación de los Estados del Consejo de Europa de reconocer un sistema de reconocimiento legal para las parejas del mismo sexo, defiriendo a los Estados si establecen un sistema basado en el matrimonio, uno basado en las uniones civiles, u otro<sup>105</sup>. En el caso de la opinión consultiva de la Corte IDH, Eduardo Vio redactó un voto disidente donde explicó que el voto de mayoría reconoció que seis de los veintitrés Estados ha aprobado el matrimonio igualitario, pero que no lo consideró relevante para el estándar interamericano que la opinión aspiraba a fijar<sup>106</sup>. Si el caso *Fedotova* ha generado preocupaciones sobre la legitimidad del Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>107</sup>, en circunstancias que posee un estándar más bajo que el interamericano, es de esperar que preocupaciones similares puedan ser más agudas tratándose de la legitimidad de la Corte IDH.

La Corte IDH habita en una región donde el pluralismo que se observa en los distintos Estados parece inconsistente con la narrativa del ICCLA de aspirar a avanzar en un consenso regional. Los defensores del ICCLA debieran rechazar el pluralismo constitucional si su agenda es genuina. La búsqueda del consentimiento de los Estados ha sido frecuentemente ignorada en favor de la búsqueda de una homogeneidad regional<sup>108</sup>, un hecho que ha sido reconocido por defensores del ICCLA<sup>109</sup>.

#### 4. ¿Una divergencia inevitable?

Si bien la Corte IDH ha intervenido en muchos casos para intentar establecer un estándar regional, la implementación de dichos estándares puede tener lugar

---

<sup>104</sup> CORTE IDH (2018) (ser A) Opinión consultiva 24/17 (9 de enero de 2018).

<sup>105</sup> EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS (GRAND CHAMBER) (2023), *Fedotova and others v. Russia*, app. No 40792/10, 30538/14, 43439/14

<sup>106</sup> CONTESSE (2021) p. 1256. Ello es sin perjuicio, por supuesto, de que luego algunos Estados anunciaran la implementación de la opinión consultiva en sus respectivos sistemas jurídico. Véase CONTESSE (2024).

<sup>107</sup> PALAZZO (2023).

<sup>108</sup> RODILES (2018). Los argumentos siguen parcialmente las razones de FRISHMAN & BENVENISTI (2016).

<sup>109</sup> Véase, por ejemplo, SAGÜES (2010) p. 119.

de diversos modos, el mismo puede ser desobedecido, ignorado o contrastado con aplicaciones contradictorias. Frente a estas limitaciones, los partidarios del ICCLA podrían argumentar que las diferencias interpretativas de las normas comunes no son un obstáculo al desarrollo del *ius commune*. Sin embargo, en ocasiones la pregunta no será sobre la diversa aplicación de estándares, sino sobre la existencia misma de una posibilidad de aplicación unitaria. Como sucede frecuentemente con la implementación de derechos sociales, el cumplimiento de los derechos requiere de la adopción de regulaciones, presupuesto e infraestructura, en circunstancias que los jueces interamericanos y locales pueden no poseer las herramientas y autoridad necesarias para evaluar dichas regulaciones de manera apropiada. A veces, tampoco tendrán la oportunidad de evaluarlas, o su evaluación estará condicionada a circunstancias locales.

Un buen ejemplo es el caso Baena Ricardo, el que es citado por defensores del ICCLA como ilustración de la protección judicial de derechos sociales<sup>110</sup> o como evidencia de la obediencia y cooperación de los Estados respecto de los estándares fijados por la Corte IDH<sup>111</sup>. Se trata de un caso evaluado positivamente por los defensores del ICCLA. En dicho caso, la asamblea legislativa de Panamá había dictado una ley para remover a funcionarios públicos luego de protestas contra el gobierno y la existencia de un golpe fallido. Muchos funcionarios habían sido acusados de participar en dichas actividades. La ley le daba al Poder Ejecutivo la facultad de determinar los tipos de acciones antidemocráticas que merecían tal castigo. La Corte IDH estableció que la ley violaba los principios de legalidad y debido proceso, y creó un estándar relevante para el derecho laboral y administrativo: es posible remover a un funcionario público como forma de sanción, siempre y cuando el proceso siga los requerimientos del Estado de derecho y que al funcionario se le garantice el debido proceso y las garantías apropiadas<sup>112</sup>. Años después de la sentencia del caso Banea Ricardo, Luis Eugenio García-Huidobro y Sebastián Guidi revisaron el modo cómo la misma fue implementada en México, Argentina y Chile. Mostraron que, luego de veinte años, la sentencia había fracasado, en parte, debido a que los objetivos transformadores de la misma se habían visto afectados por respuestas institucionales adversas que ignoraron el estándar o lo aplicaron de manera controvertida<sup>113</sup>. El problema no estaba necesariamente asociado a la judicatura local, en tanto los casos requerían de regulaciones administrativas y legislativas. En Argentina, el problema se asoció a la ausencia de inten-

---

<sup>110</sup> PIOVESAN (2017) p. 60.

<sup>111</sup> BURGORGUE-LARSEN (2017) p. 396.

<sup>112</sup> CORTE IDH (2001a) (ser. C) No. 72, Baena Ricardo *et al.* v. Panamá (2 de febrero de 2001).

<sup>113</sup> GARCÍA-HUIDOBRO & GUIDI (2021).

tos serios por implementar regulaciones nuevas<sup>114</sup>. En Chile, la Corte Suprema resistió el estándar de Baena Ricardo y los funcionarios públicos continúan sometidos a un sistema laboral precario<sup>115</sup>. En México, los funcionarios públicos han permanecido vulnerables frente a las políticas populistas de la administración de Andrés Manuel López Obrador<sup>116</sup>.

Incluso, si algunos jueces domésticos en dichos países intentaran garantizar el estándar de Baena Ricardo, la ausencia de regulaciones apropiadas haría difícil (sino imposible) que la interpretación de la Corte IDH fuera compartida y aplicada de un modo generalizado. Este no es un problema menor para el ICCLA debido a que los derechos de los trabajadores y otros derechos sociales se encuentran en el centro de las demandas igualitarias que los defensores del ICCLA pretenden elevar al estatus de derecho común. Afectar la *potencialidad* del ICCLA en esta materia puede ser un golpe importante a los objetivos del mismo.

Es posible que los defensores del ICCLA argumenten que es necesario que los jueces se empoderen todavía más, no siendo suficientes las doctrinas defendidas. Ello implicaría, sin embargo, agudizar el costo democrático de la judicialización de la política. También es posible que los defensores del ICCLA concedan el punto, pero argumenten que Baena Ricardo es una excepción. Podrían sostener que se trata de un caso negativo que no alcanza a demostrar en contrariol a hipótesis general del ICCLA en lo relativo a la *potencia* de los sistemas jurídicos domésticos de sumarse al proyecto de construir un derecho interamericano común. No obstante, aunque un punto metodológico como este puede tener cierto asidero, y como quedará claro en las secciones siguientes, el número de casos asociados a derechos sociales en la jurisprudencia de la Corte IDH es demasiado pequeño, su contenido demasiado controvertido, y sus decisiones muy recientes como para ofrecer un diagnóstico completo sobre la protección judicial de los derechos sociales de la Convención. Esta limitación metodológica puede afectar los argumentos de los defensores y de los críticos del ICCLA.

### III. ¿HACIA UNA IDEA DE CONSTITUCIONALISMO ALTERNATIVA?

Respondiendo a las objeciones explicadas en las secciones precedentes, los defensores del ICCLA podrían sostener que su proyecto no es sobre la exis-

<sup>114</sup> GARCÍA-HUIDOBRO & GUIDI (2021) p. 1308.

<sup>115</sup> *Op. cit.* pp. 1310-1312.

<sup>116</sup> *Op. cit.* pp. 1314-1315.

tencia presente de estándares comunes, sino que sobre el potencial que la región posee para alcanzarlos<sup>117</sup>. Incluso, si después de veinte años no existe un camino claro para la implementación de sentencias regionales como la asociada al caso de Baena Ricardo, la plausibilidad del ICCLA podría salvarse argumentando que hay múltiples oportunidades para que el litigio estratégico pueda estimular la adopción (y judicialización) de las reformas apropiadas para proteger los derechos de la Convención en el ámbito doméstico.

No obstante, el ICCLA promueve las medidas equivocadas. La apertura formal de los marcos constitucionales locales podría volverse irrelevante si el foco en los derechos ignora la pregunta institucional necesaria para avanzar en el desarrollo de políticas públicas locales. Cualquier idea de constitucionalismo que aspire a desarrollar reformas sociales debería reconocer un papel modesto para las Cortes. El foco fuera del sistema judicial y regional se vuelve necesario.

Para enfrentar este problema, los defensores del ICCLA deben resolver un difícil dilema. Si aceptan el desafío y comienzan a promover un enfoque centrado en las políticas públicas y los incentivos institucionales, la Corte IDH y otros órganos regionales podrían volverse irrelevantes o intervenir los procesos políticos de manera demasiado agresiva. Esta última alternativa haría crecer la objeción democrática contra el sistema interamericano de derechos humanos. Por el contrario, si los defensores del ICCLA deciden continuar con lo que han promovido hasta ahora, entonces se encontrarían con la dificultad de alcanzar sus objetivos. Tal vez es mejor que moderen sus concepciones acerca de la justicia constitucional y reduzcan la ambición de su programa, incluso al punto de desarrollar una teoría de la deferencia consistente con la doctrina del margen de apreciación.

En las secciones siguientes, mostraré que los problemas del ICCLA no finalizan acá. Al evitar entrar a discutir el fondo de las preguntas institucionales, democráticas y de capacidad estatal presentes en casos como Baena Ricardo y Gelman, el ICCLA también amenaza con debilitar sus propósitos igualitarios al desincentivar y quitarle visibilidad al desarrollo de concepciones rivales que puedan dar una respuesta política más efectiva a dichos objetivos.

### *1. ¿Cómo puede el ICCLA debilitar sus propios objetivos?*

Los defensores del ICCLA han rechazado los proyectos autoritarios de la región y los sistemas hiperpresidenciales que abundan en ella. Al mismo tiempo, han argumentado que las acciones judiciales deben ir acompañadas de

---

<sup>117</sup> Véase *supra* nota 9.

políticas públicas adecuadas y que las instituciones independientes representan un papel valioso en un sistema basado en la separación de poderes. Por ejemplo, uno de sus líderes intelectuales ilustra estas ideas enfatizando la importancia de las instituciones electorales independientes<sup>118</sup>. La Corte IDH también ha abordado algunos problemas relacionados, aunque ellos no representan la mayoría de sus casos. Un ejemplo importante es la opinión consultiva relativa a la regulación de la reelección presidencial<sup>119</sup>. Este problema es relevante porque varios populistas en la región han manipulado las reglas a su favor. Ejemplos incluyen a Nayib Bukele en El Salvador, Hugo Chávez en Venezuela, Rafael Correa en Ecuador y Evo Morales en Bolivia. En sistemas hiperpresidenciales, el problema de la reelección presidencial puede terminar erosionando la competitividad del sistema democrático y acercar el sistema político a un régimen de partido dominante o autoritario. Los defensores del ICCLA hacen bien en celebrar este tipo de decisiones y reclamar para sí la idea de un derecho común en torno a las reglas de reelección presidencial<sup>120</sup>.

No obstante, las preguntas sobre derechos humanos que la Corte IDH conoce, no suelen responder de manera tan directa las preguntas del diseño del sistema democrático. La agenda de la Corte, altamente condicionada por el papel de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, está más dominada por cuestiones sobre reparaciones frente a violaciones de derechos humanos, leyes de amnistía, libertad de expresión, derechos indígenas, cambio climático y derechos de las mujeres. Esto no debiera sorprendernos. Parece natural que jueces especializados en *derechos humanos* conozcan casos como esos, en que las preguntas sustantivas sobre los resultados de los procesos políticos se vuelvan más importantes que las preguntas procedimentales asociadas. Como ocurrió en Gelman, lo relevante era la similitud que los efectos de la ley de amnistía en Uruguay tenían en relación con otras leyes como la peruana. Las consideraciones sobre la profundidad e inclusividad de los debates, la calidad de la deliberación, la existencia de procesos electorales y representativos que respondieran a las preferencias de votantes libres e informados, pasaban todas a un segundo orden de consideraciones. No importaba, entonces, que la amnistía en Perú haya sido autoimpuesta y que la amnistía en Uruguay fuera el resultado de un proceso que merecía más análisis. Todo ello era secundario frente a las consideraciones sustantivas sobre el resultado del proceso político.

En las siguientes secciones, desarrollaremos dos ejemplos que ilustran el modo cómo influyentes defensores del ICCLA han desarrollado argumentos que quitan atención a las preguntas relativas a los estándares democráticos

<sup>118</sup> VON BOGDANDY (2015b) p. 22; VON BOGDANDY (2015a) p. 112.

<sup>119</sup> CORTE IDH (2021): Opinión consultiva OC-28/21, 7 de junio de 2021.

<sup>120</sup> Véase, por ejemplo, BINDER & MORALES (2021).

para enfocarse en sus propias agendas progresistas, ignorando e, incluso, debilitando preguntas importantes sobre la eficacia de los procesos políticos para satisfacer los derechos sociales.

Alguien podría contraargumentar que esta dimensión del problema es menos relevante de lo que debiera ser, en tanto la Convención solo establece una protección modesta (al menos en el texto) de los derechos sociales. Aunque esta posible crítica es razonable (el texto es, efectivamente, modesto), una refutación de este tipo sería contradictoria con los objetivos perseguidos por los defensores del ICCLA.

## 2. *Un problema de sesgo en la selección*

Uno de los líderes intelectuales del ICCLA ha propuesto utilizar las constituciones de Ecuador y Bolivia como ejemplos de países que han establecido cláusulas de apertura constitucional<sup>121</sup>. En dichas Constituciones, la idea es que el derecho regional de los derechos humanos pueda tener un estatus especial dentro de los marcos jurídicos domésticos, pese a que ambas Constituciones formaron parte de los proyectos de erosión democrática, plebiscitarios e hiperpresidencialistas que el ICCLA explícitamente rechaza<sup>122</sup>. Los proyectos constitucionales de Bolivia y Ecuador han debilitado la independencia judicial y de instituciones del cuarto poder<sup>123</sup>, e intentando establecer un régimen de partido dominante<sup>124</sup>. En el caso de Ecuador, el reconocimiento de derechos humanos fue, en parte, el resultado de un “soborno” político por el cual el régimen de Rafael Correa reconoció derechos a cambio de consolidar un sistema institucional favorable a sus intereses<sup>125</sup>. El objetivo no era genuinamente el respeto por los derechos fundamentales, sino que legitimar los planes populistas de Rafael Correa, al mismo tiempo que debilitaba a la oposición política<sup>126</sup>.

El problema de la selección de ejemplos como el boliviano y el ecuatoriano son ilustrativos del modo cómo el ICCLA ha intentado ofrecer espacios de encuentro identificando un derecho común de forma selectiva. Elegir aquellas normas que, al menos en apariencia, permiten dar evidencia de una supuesta “apertura” constitucional al bloque regional de derechos humanos, implica ig-

<sup>121</sup> VON BOGDANDY (2015b) pp. 28-29; VON BOGDANDY (2017) p. 41. Compárese con VON BOGDANDY, FERRER, MORALES, PIOVESAN & SOLEY (2017) pp. 18-20.

<sup>122</sup> Compárese VON BOGDANDY (2015b) p. 20; VALADÉS (2017).

<sup>123</sup> VON BOGDANDY (2015b) p. 22.

<sup>124</sup> Véase CONAGHAN (2011); CONAGHAN (2016); MENDOZA-BOTELHO (2016); WOLFF (2012); LANDAU (2013b).

<sup>125</sup> DIXON (2018).

<sup>126</sup> Véase, por ejemplo, VENEGAS y HERNÁNDEZ (2019).



norar los aspectos institucionales que debilitan el respeto a los derechos políticos al reducir los espacios de la democracia, darles menos visibilidad a las alternativas electorales y dañar a la oposición. Ello no solamente daña la credibilidad del ICCLA como proyecto normativo, sino que, también, debilita sus aspiraciones liberales. Focalizarse en los derechos a expensas de discutir los modelos de instituciones independientes o de representantes políticos, tiene el riesgo de dejar de observar los aspectos más esenciales para la materialización de reformas sociales efectivas.

En el caso de Bolivia, la Constitución fue dictada durante un proceso violento y complejo que buscaba perpetuar el proyecto político de Evo Morales luego de haber desmantelado el sistema constitucional previo, incluyendo ataques contra los jueces constitucionales de la época<sup>127</sup>. El nuevo Tribunal Constitucional Plurinacional ha tenido problemas importantes debido los procesos electorales utilizados para elegir a los jueces, su mermada independencia<sup>128</sup>, y el desarrollo de una narrativa de derechos humanos que utilizó la Convención Americana para remover los límites a la reelección de Evo Morales<sup>129</sup>, contrariando la voluntad mayoritaria de aquellos que rechazaron la reforma constitucional encaminada a permitir una nueva reelección. Como ocurrió con el caso de Ecuador, en el caso de Bolivia la cita selectiva de las normas de la Constitución boliviana que permitieron mostrar evidencia de la “apertura” constitucional de dicho país, ignoró la agenda de erosión democrática que la acompañaba. Por centrarse en las reglas de derechos humanos, se dejó de lado el análisis de los arreglos institucionales que debilitaban la competitividad de la democracia boliviana. De este modo, el ICCLA no logra escapar de la ya famosa crítica de Roberto Gargarella, relativa a que el constitucionalismo latinoamericano ha prestado demasiada atención a los catálogos de derechos y poca a lo que él denomina “la sala de máquinas” del constitucionalismo<sup>130</sup>.

### 3. *Una aproximación progresista insuficiente*

Otro ejemplo se enfoca en el proceso constituyente fallido que tuvo lugar en Chile el año 2022. Una editorial reciente utiliza la propuesta de dicho año como un ejemplo de un proyecto progresista generoso en el reconocimiento de derechos, en particular, de derechos sociales. La editorial argumentó que la propuesta fue construida con la convicción de que hay que vencer las profundas inequi-

<sup>127</sup> Véase CASTAGNOLA & PÉREZ-LIÑÁN (2011); VERDUGO (2019).

<sup>128</sup> DRISCOLL & NELSON (2012); DRISCOLL & NELSON (2015).

<sup>129</sup> VERDUGO (2019); LANDAU & DIXON (2020).

<sup>130</sup> GARGARELLA (2017) p. 233.



dades, y buscando que Chile se alinee con la agenda del constitucionalismo transformador latinoamericano<sup>131</sup>.

Al hacer dicho argumento, la editorial no se refirió al modo cómo la propuesta buscaba fortalecer también el sistema presidencial de gobierno (que el ICCLA suele evaluar negativamente), ni mencionó el modo cómo el proceso constituyente fue instrumentalizado para eludir la necesidad de dar una respuesta institucional eficaz a las demandas por reformas sociales. En lugar de negociar y aprobar aquellas reformas, los partidos decidieron abrir un proceso constituyente como mecanismo para reconocer derechos sociales mientras se posponía el problema del diseño, aprobación y financiamiento de políticas públicas genuinas para el futuro<sup>132</sup>, acercando el proceso constituyente chileno a la controvertida idea de “utopía constitucional”<sup>133</sup>. En este contexto, celebrar la propuesta constitucional chilena parece ser contraproducente con los objetivos del ICCLA.

Es posible identificar buenas razones para explicar la apertura del proceso constituyente chileno, pese a su fracaso. El mismo tal vez ayudó a evitar una crisis mayor, hizo que las demandas de las protestas de octubre de 2019 tuvieran un foro institucionalizado para el desarrollo de un debate político, y los objetivos iniciales del proceso se alejaban del constitucionalismo autoritario que ha existido en la región<sup>134</sup>. Sin embargo, los problemas sistémicos de inercia legislativa en el proceso político chileno, los que explicaban la ausencia de reformas sociales relevantes, difícilmente se debían a defectos en el texto constitucional entonces vigente<sup>135</sup>. El problema se asociaba más a la negativa combinación de una serie de arreglos institucionales incluyendo un régimen presidencialista, un sistema multipartidista fragmentado, un sistema electoral proporcional para elegir al Congreso, la existencia de periodos presidenciales breves sin la posibilidad de reelección, y un calendario electoral que desincentiva la formación de coaliciones de gobierno de largo plazo (en cambio, estimula los pactos electorales de corto plazo). Estas reglas, funcionando de manera simultánea, estimulaban los vetos recíprocos y generaban un serio problema de acción colectiva en el proceso político. Es cierto que algunos académicos criticaban el lenguaje constitucional relativo a los derechos constitucionales<sup>136</sup>, sumado a la actividad del Tribunal Constitucional<sup>137</sup> y a las supermayorías requeridas para modificar la

---

<sup>131</sup> VON BOGDANDY (2023).

<sup>132</sup> CHILTON, EYZAGUIRRE & VERSTEEG (2023).

<sup>133</sup> LANDAU & DIXON (2024); LANDAU & DIXON (2023).

<sup>134</sup> Sobre los objetivos del proceso, véase VERDUGO & PRIETO (2021).

<sup>135</sup> Véase DIXON y VERDUGO (2021).

<sup>136</sup> Véase, por ejemplo, ARENAS (2021).

<sup>137</sup> ATRIA (2013); ATRIA, SALGADO y WILENMANN (2017).

Constitución. No obstante, estas explicaciones eran más bien de orden secundaria comparadas con los serios problemas que el régimen político tenía.

Desafortunadamente, la propuesta constitucional era débil en todas estas áreas. Pese a los elogios de la editorial al celebrar la supuesta inclusividad de un proceso constituyente que habría atraído “energía popular genuina” con una “legitimidad democrática sólida” que es capaz de mostrar que la “revolución de los derechos está viva”<sup>138</sup>, lo cierto es que la fracasada propuesta constitucional del año 2022 ofrecía pocas soluciones a los problemas experimentados por la “sala de máquinas” del orden constitucional chileno. Por el contrario, ella ofreció un ambicioso catálogo de derechos, incluyó cláusulas de apertura que permitirían incorporar al marco constitucional el derecho regional de los derechos humanos, y avanzó un proyecto político apoyado por intelectuales impresionados por la naturaleza progresista de los derechos<sup>139</sup> y la necesidad de dejar atrás un marco constitucional que estimaban ilegítimo<sup>140</sup>. La editorial solo criticó la insuficiencia de los mecanismos jurisdiccionales para hacer efectivos los derechos sociales (buscando agravar el problema). En realidad, la propuesta no ofrecía un modelo de gobernanza para el país, no aseguraba un proceso político sensible a las demandas de la ciudadanía, no incluía incentivos para la colaboración de partidos rivales, no fortalecía el sistema de partidos ni reducía su fragmentación, ni corregía el presidencialismo. En cierto modo, la propuesta agudizaba los problemas al desconfiar del legislador democrático estableciendo una Constitución más detallada que la actual, comprometida ideológicamente, y con un exceso de mandatos que reducían los espacios para la deliberación democrática.

Lo anterior presenta una paradoja aparente: si los defensores del ICCLA se enfocan en los derechos sociales de modo directo, no estarán resolviendo los problemas del proceso político que impiden la aprobación e implementación de las reformas sociales necesarias para satisfacer los derechos. Sin embargo, si la prioridad es atacar la causa del problema (los incentivos institucionales, etc.), entonces no podrán desarrollar un programa explícito de derechos humanos similar a lo que la narrativa político-judicial asociada al ICCLA ha promovido estos últimos años. Una forma de resolver esta aparente paradoja, es que los defensores del ICCLA decidan adoptar ambas estrategias. No obstante, parece poco probable que lo hagan porque, lo ilustra el ejemplo de la editorial, el pro-

---

<sup>138</sup> VON BOGDANDY (2023). Armin von Bogdandy es consciente de que excluir a la derecha de la asamblea era un error. Sin perjuicio de ello, el problema era más profundo y se relacionaba con la elusión del sistema de partidos. Por lo demás, esta circunstancia no afectó el elogio que el autor hizo de la propuesta.

<sup>139</sup> Véase, por ejemplo, BHATIA (2022); VON BOGDANDY (2023).

<sup>140</sup> Véase, por ejemplo, GARGARELLA (2022a).

blema principal es que poner a los derechos y a la Corte IDH en el centro del análisis hace que las dimensiones políticas del problema no reciban atención suficiente, al punto de debilitar o ignorar las maneras más efectivas de avanzar en las reformas sociales que la ciudadanía demanda.

#### *4. Los problemas de la garantía judicial de los derechos sociales*

El ICCLA ofrece un camino ambicioso e incremental que considera a los jueces de la región trabajando en un proyecto político común<sup>141</sup>. Las secciones precedentes han identificado y analizado las razones que nos deben llevar a oponernos al mismo o, al menos, a restringirlo o modificarlo. En esta sección, argumentaré que un foco excesivo en la judicialización de los derechos sociales puede generar un problema de legitimidad con limitadas posibilidades de éxito.

Como los ejemplos de Ecuador (derechos como sobornos) y Chile (constituciones como utopía) sugieren, el reconocimiento de los derechos sociales hasido instrumental a agendas no necesariamente democráticas ni genuinamente preocupadas por establecer un programa serio que garantice la satisfacción de dichos derechos. Diseñar un sistema político más sensible a las demandas sociales y eficaz en el procesamiento de estas y en la creación de políticas públicas políticamente sostenibles y económicamente plausibles, debe ser prioritario. La discusión sobre el poder de los jueces puede ser útil al respecto<sup>142</sup>, pero es insuficiente. Insistir en una versión del constitucionalismo que enfatiza la existencia de obligaciones legales protegidas judicialmente ha significado prestar menos atención a los aspectos que debieran ser prioritarios. El constitucionalismo no se acaba en el estudio de las Cortes. Y tampoco debe comenzar con el mismo. En parte, lo anterior se refuerza debido a dos motivos que cuestionan la capacidad de la justicia constitucional, en general, y del sistema interamericano de derechos humanos, en particular, de avanzar en la satisfacción de los derechos sociales:

Primero, la garantía judicial de los derechos sociales ha sido controvertida en su dimensión normativa, y este debate está también presente al interior de la Corte IDH. Ello se debe, en parte, a que la interpretación del artículo 26 de la Convención es elusiva, controvertida, y poco clara. Jorge Contesse ha mostrado el modo como opiniones concurrentes de algunos magistrados reclamando contra un posible empoderamiento inapropiado de la Corte IDH, ha debi-

<sup>141</sup> La idea se puede conectar con el trabajo clásico de EPP (1998).

<sup>142</sup> Véase, por ejemplo, DIXON (2017); DIXON (2022).

litado la autoridad de la propia Corte y del sistema interamericano<sup>143</sup>. La entrada de nuevos jueces a la Corte IDH, y algunos casos recientes, han hecho que el desarrollo futuro de la jurisprudencia asociada a los derechos sociales sea menos predecible<sup>144</sup>. Para que la Corte IDH pueda operar con una relativa eficacia en la materia, necesita adoptar un nivel creciente de consenso judicial en torno a la aplicación y posibilidades del artículo 26.

Segundo, y tal vez más importante, la evidencia sugiere que la eficacia asociada a la satisfacción de los derechos sociales no está necesariamente conectada con su reconocimiento constitucional ni con su judicialización<sup>145</sup>. Un ejemplo importante en Latinoamérica es el caso colombiano, que varios utilizan como modelo a seguir debido a lo asertiva que ha sido su Corte Constitucional, en especial en el modo cómo ha expandido sus poderes a través del conocimiento de las *tutelas*. Sin embargo, en Colombia la evidencia de progreso conseguida a través del litigio es mixta<sup>146</sup>. Es más, es posible que la judicialización de los derechos pueda ser económicamente regresiva (en el sentido de beneficiar a aquellos que poseen más recursos), en tanto la evidencia sugiere que las clases medias y altas tienen más acceso a los canales judiciales que aquellos correspondientes a las clases económicas más vulnerables<sup>147</sup>. Esto tiene sentido, en tanto el uso del sistema judicial requiere de recursos, tiempo e información que las élites están en mejores condiciones de poseer. Asimismo, las redes de contacto pueden beneficiar desproporcionadamente a las clases más poderosas. No podemos asumir que los sistemas judiciales beneficiarán a los grupos más marginados de manera espontánea. Si el objetivo es promover un acceso igualitario a los derechos sociales, y se utiliza la judicialización como herramienta para lo anterior, los partidarios de la garantía judicial de los derechos sociales tendrán motivos para sugerir reformas judiciales que estimulen y apoyen el acceso a la justicia de grupos desventajados. De este modo, algunos académicos han intentado buscar formas de reducir los costos de entrada al sistema judicial<sup>148</sup>, recomendando el uso de acciones colectivas, y empoderando a las Cortes para que puedan resolver los problemas a que se enfrentan con facultades extraordinarias que pueden intervenir de manera estructural en las políticas públicas

---

<sup>143</sup> CONTESSE (2021) pp. 1257-1258. Los “vientos” contrarios a los derechos sociales judicialmente garantizados han sido explicados por RECA (2024) pp. 38-40.

<sup>144</sup> La Corte IDH parece tomar una “ruta desconocida”. RECA (2024) pp. 41-42.

<sup>145</sup> Por ejemplo, los países que reconocen el derecho a la salud y a la educación no necesariamente incrementan su gasto público en dichas áreas. BEN-BASSAT & DAHAN (2008); CHILTON & VERSTEEG (2017).

<sup>146</sup> Compárese UPRIMNY y DURÁN (2014); CHILTON & VERSTEEG (2020).

<sup>147</sup> Véase una discusión de la evidencia en Brasil en HOFFMAN & BENTES (2008); FERRAZ (2011); BRINKS & GAURI (2014).

<sup>148</sup> Véase, por ejemplo, ROA (2020).

relacionadas<sup>149</sup>. En este contexto, también tiene sentido que los defensores del ICCLA estimulen formas de litigio estratégico. Aunque la mayoría de este tipo de propuestas carece de un respaldo contundente en la evidencia que pueda darle plausibilidad a la eficacia de los mecanismos propuestos (la evidencia suele venir de Colombia y Brasil, y es, en general, mixta), existen robustas razones normativas para rechazar este tipo de mecanismos. En efecto, los mismos pueden elevar las críticas democráticas contra el ICCLA y crear otros problemas de *accountability*, que reducen el impacto de los procesos electorales y afectan los derechos políticos de los ciudadanos. Sugerir el uso de mecanismos con poca evidencia y fuertes razones normativas en contra, no parece una buena forma de dirigir el debate, en especial si todavía no hemos explorado suficientemente las posibles correcciones que podrían hacerse al sistema político.

## CONCLUSIONES

En Latinoamérica se pueden encontrar muchas versiones del constitucionalismo. Pese a la diversidad existente en la región, el ICCLA parece crecer en influencia entre jueces y académicos. En parte, su atractivo se vincula a una conexión con principios liberales y democráticos que suelen presentarse como moderados y razonables, al menos comparados con las versiones autoritarias del constitucionalismo que han existido en la región. Sin embargo, las críticas que el ICCLA ha recibido deben ser tomadas en serio. Si el programa del ICCLA se ejecuta, la judicialización de la política es inevitable, se reduce el espacio para el pluralismo constitucional y se rechazan o debilitan ideas alternativas persuasivas, como la versión procedimental de la democracia y del papel de los jueces en el sistema político.

En este ensayo, también he argumentado que algunos defensores del ICCLA han promovido un programa que resta atención y debilita la conversación sobre los medios más efectivos para acordar e implementar reformas sociales relevantes. Los mecanismos del ICCLA y sus énfasis en los actores judiciales también podría hacer menos probable para el ICCLA alcanzar sus propios objetivos. Elegir la judicialización de la política como mecanismo central para alcanzar objetivos igualitarios puede reducir al constitucionalismo democrático a una versión excesivamente legalista y judicialista, generando un problema de *accountability* y estableciendo costos adicionales a la búsqueda de soluciones potencialmente más efectivas para satisfacer las demandas sociales asociadas a los derechos humanos.

---

<sup>149</sup> Véase, por ejemplo, LANDAU (2012).

## BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR RIVERAT, Jose Antonio (2013): "Multiculturalism and Constitutionalism in Latin America", *Notre Dame Journal of International & Comparative Law* vol. 4: pp. 19-44.
- ALDUNATE, Eduardo (2010): "Aproximación conceptual al neoconstitucionalismo", *Revista de Derecho (Valdivia)* vol. XXIII n.º 1: pp. 79-102.
- ALTERIO, Ana Micaela (2018): "El Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum y los desafíos de la judicialización de la política", *Estudios de Filosofía Práctica e Historia de las Ideas* vol. 20 n.º 1.
- ALTERIO, Ana Micaela (2019): "La Suprema Corte de Justicia mexicana en la transformación social", en Niembro, Roberto y Verdugo, Sergio, *La justicia constitucional en tiempos de cambio* (Ciudad de México, Suprema Corte de Justicia de la Nación).
- ALTERIO, Ana Micaela & POU GIMÉNEZ, Francisca (2018): "Book Review: Transformative Constitutionalism in Latin America: The Emergence of a New Ius Commune", *Verfassung in Recht Und Übersee* vol. 51 Issue 1.
- ALTERIO, Ana Micaela y NIEMBRO ORTEGA, Roberto (eds.) (2013): *Constitucionalismo popular en Latinoamérica* (Editorial Porrúa).
- ARENAS CATALÁN, Eduardo (2021): "Chile's New Constitution: What Right to Health?", *Hague Journal on the Rule of Law* vol. 13.
- ATRIA, Fernando (2013): *La Constitución tramposa* (Santiago, LOM Ediciones).
- ATRIA, Fernando (2016): *La forma del derecho* (Santiago, Marcial Pons).
- ATRIA, Fernando; SALGADO, Constanza y WILENMANN, Javier (2017): *Constitución y neutralización. Origen, desarrollo y solución de la crisis constitucional* (Santiago, LOM Ediciones).
- BARROS, Robert (2002): *Constitutionalism and Dictatorship: Pinochet, the Junta, and the 1980 Constitution* (New York, Cambridge University Press, Cambridge Studies in the Theory of Democracy).
- BARROSO, Luís Roberto (2016): "Reason Without Vote: The Representative and Majoritarian Function of Constitutional Courts", in Bustamante, Thomas and Gonçalves Fernandes, Bernardo (eds.), *Democratizing Constitutional Law* (Springer International Publishing).
- BASSA MERCADO, Jaime & ASTE LEIVA, Bruno (2015): "Mutación en los criterios jurisprudenciales de protección de los derechos a la salud y al trabajo en Chile", *Revista Chilena de Derecho* vol. 42 n.º 1: pp. 215-244.
- BELLAMY, Richard (2008): "The Democratic Constitution: Why Europeans Should Avoid American Style Constitutional Judicial Review", *European Political Science* vol. 7 Issue 1.
- BELLAMY, Richard (2011): "Political Constitutionalism and the Human Rights Act", *International Journal of Constitutional Law* vol. 9 Issue 1: pp. 86-111.



- BEN-BASSAT, Avi & DAHAN, Momi (2008): "Social Rights in the Constitution and in Practice", *Journal of Comparative Economics* vol. 36 Issue 1: pp. 103-119.
- BERNAL, Carlos (2013): "Unconstitutional Constitutional Amendments in the Case Study of Colombia: An Analysis of the Justification and Meaning of the Constitutional Replacement Doctrine", *International Journal of Constitutional Law* vol. 11 Issue 2: pp. 339-357.
- BERTELSEN, Soledad (2021): "A Margin for the Margin of Appreciation: Deference in the Inter-American Court of Human Rights", *International Journal of Constitutional Law* vol. 19 Issue 3.
- BHATIA, Gautam (2022): "Chile Marks a Notch in Global Constitutionalism", *The Hindu*, July 20. Disponible en [www.thehindu.com/opinion/lead/chile-marks-a-notch-in-global-constitutionalism/article65659006.ece](http://www.thehindu.com/opinion/lead/chile-marks-a-notch-in-global-constitutionalism/article65659006.ece) [fecha de consulta: 19 de diciembre de 2024].
- BINDER, Christina & MORALES ANTONIAZZI, Mariela (2021): "Towards Institutional Guarantees for Democratic Rotation: The Inter-American Court's Advisory Opinion OC-28/21 on Presidential Re-Election", *VerfBlog*. Disponible en <https://doi.org/10.17176/20211007-014026-0> [fecha de consulta: 19 de diciembre de 2024].
- BONILLA MALDONADO, Daniel (ed.) (2013): *Constitutionalism of the Global South: The Activist Tribunals of India, South Africa and Colombia* (Cambridge University Press).
- BRENA SESMA, Ingrid (2014): "Interpretación del artículo 4.1 de la Convención Americana sobre la Protección de los Derechos Humanos, sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) vs. Costa Rica", *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional* vol. 1 Issue 31.
- BRINKS, Daniel M. & GAURI, Varun (2014): "The Law's Majestic Equality? The Distribution Impact of Judicializing Social and Economic Rights", *Perspectives on Politics* vol. 12 Issue 2: pp. 375-393.
- BURGORGUE-LARSEN, Laurence (2017): "The Added Values of the Inter-American Human Rights System. Comparative Thoughts", in Von Bogdandy, Armin; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo; Morales Antoniazzi, Mariela & Piovesan, Flavia (eds.), *Transformative Constitutionalism in Latin America: The Emergence of a New Ius Commune* (Oxford University Press).
- CARDOSO, João Vitor (2021): "Judicialización de medicamentos huérfanos en Brasil: la justiciabilidad de un objeto políticamente 'no palatable'", *International Journal of Constitutional Law* vol. 19 Issue 4: pp. 1322-1350.
- CAROZZA, Paolo G., & GONZÁLEZ, Pablo (2017): "The Final Word? Constitutional Dialogue and the Inter-American Court of Human Rights: A Reply to Jorge Condesse", *International Journal of Constitutional Law* vol. 15 Issue 2: pp. 436-442.
- CASTAGNOLA, Andrea & PÉREZ-LIÑÁN, Aníbal (2011): "Bolivia. The Rise (and Fall) of Judicial Review", in Helmke, Gretchen and Ríos-Figueroa, Julio (eds.), *Courts in Latin America* (New York, Cambridge University Press).

- CELIS VELA, Dúber Armando (2023): "El control de convencionalidad y la concurrencia de intérpretes autorizados de disposiciones constitucionales", *International Journal of Constitutional Law* vol. 21 Issue 5.
- CHILTON, Adam; EYZAGUIRRE, Cristian & VERSTEEG, Mila (2023): "Social Rights Scapegoating", *Global Constitutionalism* vol. 13 Issue 1: pp. 220-227.
- CHILTON, Adam S. & VERSTEEG, Mila (2017): "Rights Without Resources: The Impact on Constitutional Social Rights on Social Spending", *The Journal of Law and Economics* vol. 60 Number 4.
- CHILTON, Adam & VERSTEEG, Mila (2020): *How Constitutional Rights Matter* (Oxford University Press).
- CHOUDHRY, Sujit (2013): "The Commonwealth Constitutional Model or Models?", *International Journal of Constitutional Law* vol. 11 Issue 4.
- CODDOU MC MANUS, Alberto (2021): "A Critical Account of Ius Constitutionale Commune in Latin America: An Intellectual Map of Contemporary Latin American Constitutionalism", *Global Constitutionalism* vol. 11 Issue 1: pp. 1-29.
- COLÓN-RÍOS, Joel (2011): "Carl Schmitt and Constituent Power in Latin American Courts: The Cases of Venezuela and Colombia", *Constellations* vol. 18 Issue 3: pp. 365-388.
- COLÓN-RÍOS, Joel (2014): "A New Typology of Judicial Review of Legislation", *Global Constitutionalism* vol. 3 Issue 2: pp. 143-169.
- CONAGHAN, Catherine M. (2011): "Ecuador. Rafael Correa and the Citizens' Revolution", Levitsky, Steven and Roberts, Kenneth (eds), *The Resurgence of the Latin American Left* (Baltimore, The John Hopkins University Press).
- CONAGHAN, Catherine M. (2016): "Ecuador Under Correa", *Journal of Democracy* vol. 27 Issue 3.
- CONTESSE, Jorge (2017a): "The Final Word? Constitutional Dialogue and the Inter-American Court of Human Rights", *International Journal of Constitutional Law* vol. 15 Issue 2.
- CONTESSE, Jorge (2017b): "The International Authority of the Inter-American Court of Human Rights: A Critique of the Conventionality Control Doctrine", *The International Journal of Human Rights* vol. 22 Issue 9: pp. 1168-1191.
- CONTESSE, Jorge (2019): "Resisting Inter-American Human Rights Law", *Yale Journal of International Law* vol. 44.
- CONTESSE, Jorge (2021): "Autoridad y disenso en la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *International Journal of Constitutional Law* vol. 19 Issue 4.
- CONTESSE, Jorge (2022): "Human Rights as Transnational Law", *AJIL Unbound* vol. 116: pp 313-317. Disponible en <https://doi.org/10.1017/aju.2022.54>
- CONTESSE, Jorge (2024): "The American Convention on Human Rights in Latin American National Courts", in O'Regan, Catherine; Bernal, Carlos & Choudhry, Sujit



- (eds.), *Research Handbook on Constitutional Interpretation*. Disponible en [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=4733679](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4733679) [fecha de consulta: 19 de diciembre de 2024].
- CONTRERAS, Pablo (2012): "National Discretion and International Deference in the Restriction of Human Rights: A Comparison Between the Jurisprudence of the European and the Inter-American Court of Human Rights", *Northwestern University Journal of International Human Rights* vol. 11 Issue 1: pp. 28-82.
- CONTRERAS, Pablo (2014): "Control de convencionalidad, deferencia internacional y discreción nacional en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Ius et Praxis* vol. 20 n.º 2: pp. 235-274.
- COUSO, Javier (2014): "Radical Democracy and the 'New Latin American Constitutionalism'". Disponible en [https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/sela/SELA13\\_Couso\\_CV\\_Eng\\_20130516.pdf](https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/sela/SELA13_Couso_CV_Eng_20130516.pdf) [fecha de consulta: 19 de diciembre de 2024].
- DÍAZ DE VALDÉS, José M, & VERDUGO, Sergio (2019): "The ALBA Constitutional Project and Political Representation", *International Journal of Constitutional Law* vol. 17 Issue 2: pp. 479-488.
- DIXON, Rosalind (2017): "The Core Case for Weak-Form Judicial Review", *Cardozo Law Review* vol. 38: pp. 2193-2232.
- DIXON, Rosalind (2018): "Constitutional Rights as Bribes", *Connecticut Law Review* vol. 50 Issue 3: pp. 767-818.
- DIXON, Rosalind (2022): *Responsive Judicial Review. Democracy and Dysfunction in the Modern Age* (Oxford University Press).
- DIXON, Rosalind y VERDUGO, Sergio (2021): "Los derechos sociales y la reforma constitucional en Chile: hacia una implementación híbrida, legislativa y judicial", *Estudios Públicos* n.º 162: pp. 31-73.
- DRISCOLL, Amanda & NELSON, Michael J. (2012): "The 2011 Judicial Elections in Bolivia", *Electoral Studies* vol. 31: pp. 628-632.
- DRISCOLL, Amanda & NELSON, Michael J. (2015): "Judicial Selection and the Democratization of Justice: Lessons from the Bolivian Judicial Elections", *Journal of Law and Courts* vol. 3 Issue 1: pp. 115-148.
- DULITZKY, Ariel E. (2015a): "An Alternative Approach to the Conventionality Control Doctrine", *AJIL Unbound* vol. 109: pp. 100-108.
- DULITZKY, Ariel E. (2015b): "An Inter-American Constitutional Court? The Invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights", *The Texas International Law Journal* vol. 50 Issue 1: pp. 45-93.
- DWORKIN, Ronald (1990): *A Bill of Rights for Britain. Why Liberty Needs Protecting* (London, Chatto Counter Blasts).
- EPP, Charles R. (1998): *The Rights Revolution. Lawyers, Activists and Supreme Courts in Comparative Perspective* (Chicago, The University of Chicago Press).

- ESCOFFIER, Simón & VIVALDI, Lieta (2023): "Why Anti-Abortion Movements Fail: The Case of Chile", in Payne, Leigh A.; Zulver, Julia and Escoffier, Simón (eds.), *The Rights Against Rights in Latin America* (London, British Academy).
- ESCUADERO, María Cristina (2022): "Making a Constituent Assembly in Chile: The Shifting Costs of Opposing Change", *Bulletin of Latin American Research* vol. 41 Issue 4: pp. 641-656.
- FERRAZ, Octavio Luiz Motta (2011): "Harming the Poor Through Social Rights Litigation: Lessons from Brazil", *Texas Law Review* vol. 89: pp. 1643-1668.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (2014): "Hacia la formación jurisprudencial interamericana de un *Ius Constitutionale Commune Americanum*", en Von Bogdandy, Armin; Morales Antoniazzi, Mariela y Fix Fierro, Héctor (eds.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos* (UNAM).
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (2015): "Conventionality Control: The New Doctrine of the Inter-American Court of Human Rights", *AJIL Unbound* vol. 109: pp. 93-99.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (2017): "The Conventionality Control as a Core Mechanism of the *Ius Constitutionale Commune*", in Von Bogdandy, Armin; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo; Morales Antoniazzi, Mariela & Piovesan, Flavia (eds.), *Transformative Constitutionalism in Latin America: The Emergence of a New *Ius Commune** (Oxford University Press).
- FOLLESDAL, Andreas (2017): "Exporting the Margin of Appreciation: Lessons for the Inter-American Court of Human Rights", *International Journal of Constitutional Law* vol. 15 Issue 2.
- FOWKES, James (2024): "Transformative Process Theory", *Global Constitutionalism*, First View: pp. 1-21.
- FRISHMAN, Olga, & BENVENISTI, Eyal (2016): "National Courts and Interpretative Approaches to International Law: The Case Against Convergence", in Aust, Helmut Philipp and Nolte, Georg (eds.), *The Interpretation of International Law by Domestic Courts* (Oxford University Press).
- FUENTES TORRIJO, Ximena y PÉREZ FARIAS, Diego (2018): "El efecto directo del derecho internacional en el derecho chileno", *Revista de Derecho (Coquimbo)* vol. 25 n.º 2: pp. 119-156.
- GARCÍA, José Francisco y VERDUGO Sergio (2013): *Activismo judicial en Chile ¿Hacia el gobierno de los jueces?* (Santiago, Ediciones Libertad y Desarrollo).
- GARCÍA-HUIDOBRO, Luis Eugenio & GUIDI, Sebastián (2021): "El espejismo de Baena: Luces y sombras de un derecho administrativo comparado latinoamericano Baena's mirage: Lights and shades of comparative administrative law in Latin America", *International Journal of Constitutional Law* vol. 19 Issue 4: pp. 1291-1321.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio (2017): "The American Human Rights Navigation: Towards a *Ius Commune*", in Von Bogdandy, Armin; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo; Morales Antoniazzi, Mariela & Piovesan, Flavia (eds.), *Transformative Constitutionalism in Latin America: The Emergence of a New *Ius Commune** (Oxford University Press).

- GARDBAUM, Stephen (2011): "Reassessing the New Commonwealth Model of Constitutionalism", *International Journal of Constitutional Law* vol. 8 Issue 2.
- GARDBAUM, Stephen (2013): *The New Commonwealth Model of Constitutionalism. Theory and Practice* (New York, Cambridge University Press).
- GARDBAUM, Stephen (2020): "Comparative Political Process Theory", *International Journal of Constitutional Law* vol. 18 Issue 4: pp. 1429-1457.
- GARGARELLA, Roberto (2010): *The Legal Foundations of Inequality. Constitutionalism in the Americas, 1776-1860* (Cambridge University Press).
- GARGARELLA, Roberto (2013a): *Latin American Constitutionalism 1810-2010. The Engine Room of the Constitution* (Oxford University Press).
- GARGARELLA, Roberto (2013b): "Latin American Constitutionalism: Social Rights and the 'Engine Room' of the Constitution", *Notre Dame Journal of International & Comparative Law* vol. 4: pp. 9-18.
- GARGARELLA, Roberto (2015): "Democracy and Rights in *Gelman v. Uruguay*", *AJIL Unbound* vol. 109: pp. 115-119.
- GARGARELLA, Roberto (2017): "The 'New' Latin American Constitutionalism: Old Wine in New Skins", in Von Bogdandy, Armin; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo; Morales Antoniazzi, Mariela & Piovesan, Flavia (eds.), *Transformative Constitutionalism in Latin America: The Emergence of a New Ius Commune* (Oxford University Press).
- GARGARELLA, Roberto (2021): "La Corte Interamericana de Derechos Humanos y la 'conversación entre iguales'", *International Journal of Constitutional Law* vol. 19 Issue 4: pp. 1223-1228.
- GARGARELLA, Roberto (2022a): "Chile, después del plebiscito: el sí a una nueva Constitución", *Clarín*. Disponible en [www.clarin.com/opinion/chile-despues-plebiscito-nueva-constitucion\\_0\\_TuM21Yiv3W.html](http://www.clarin.com/opinion/chile-despues-plebiscito-nueva-constitucion_0_TuM21Yiv3W.html) [fecha de consulta: 19 de diciembre de 2024].
- GARGARELLA, Roberto (2022b): *The Law As a Conversation among Equals* (Cambridge University Press).
- GINSBURG, Tom & SIMPSON, Alberto (2014): *Constitutions in Authoritarian Regimes* (New York, Cambridge University Press).
- GÓNGORA-MERA, Manuel (2017): "The Block of Constitutionality as the Doctrinal Pivot of a *Ius Commune*", in Von Bogdandy, Armin; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo; Morales Antoniazzi, Mariela & Piovesan, Flavia (eds.), *Transformative Constitutionalism in Latin America: The Emergence of a New Ius Commune* (Oxford University Press).
- GONZÁLEZ BERTOMEU, Juan (2011): "Against the Core of the Case: Structuring the Evaluation of Judicial Review", *Legal Theory* vol. 17 Issue 2: pp. 81-118.
- GONZÁLEZ-JACOME, Jorge (2017): "From Abusive Constitutionalism to a Multilayered Understanding of Constitutionalism: Lessons from Latin America", *International Journal of Constitutional Law* vol. 15 Issue 2: pp. 447-468.

- GONZALEZ-OCANTOS, Ezequiel & SANDHOLTZ Wayne (2021): "Constructing a Regional Human Rights Legal Order: The Inter-American Court, National Courts, and Judicial Dialogue, 1988-2014", *International Journal of Constitutional Law* vol. 19 Issue 5.
- HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam (2010): "¿Activismo judicial en la obtención de cobertura adicional para enfermedades catastróficas? Análisis jurisprudencial 2006-2009", *Estudios Constitucionales* vol. 8 Issue 1.
- HERRERA, Juan C. (2021): "La idea de un derecho común en América Latina a la luz de sus críticas", *International Journal of Constitutional Law* vol. 19 Issue 4: pp. 1385-1416.
- HILBINK, Lisa (2007): *Judges beyond Politics in Democracy and Dictatorship: Lessons from Chile* (Cambridge University Press).
- HOFFMAN, Florian, & BENTES, Fernando (2008): "Accountability for Social and Economic Rights in Brazil", in Gauri, Varun and Brinks, Daniel M. (eds.), *Courting Social Justice* (Cambridge University Press).
- HUGHES, Carys (2019): "The Transformative Potential of Constituent Power: A Revised Approach to the New Latin American Constitutionalism", *Latin American Perspectives* vol. 46 Issue 6.
- HUNEUS, Alexandra (2011): "Courts Resisting Courts: Lessons from the Inter-American Court's Struggle to Enforce Human Rights", *Cornell International Law Journal* vol. 44: pp. 493-533.
- ISSACHAROFF, Samuel y VERDUGO, Sergio (2023): "Populismo constituyente, democracia y promesas incumplidas: el caso de la Convención Constitucional Chilena (2021-2022)", *International Journal of Constitutional Law* vol. 21 Issue 5: pp. 1517-1548.
- KATZ, Andrea Scoseria (2020): "Taming the Prince: Bringing Presidential Emergency Powers under Law in Colombia", *International Journal of Constitutional Law* vol. 18 Issue 4.
- KATZ, Andrea Scoseria (2023): "Ninguna ley superior: el plebiscito uruguayo de 1980 como constituyente fallido", *International Journal of Constitutional Law* vol. 21 Issue 5.
- KING, Phoebe (2013): "Neo-Bolivarian Constitutional Design", in Galligan, Denis J. and Versteeg, Mila (eds.), *Social and Political Foundations of Constitutions* (New York, Cambridge University Press, Comparative Constitutional Law and Policy).
- KRAMER, Larry D. (2004): *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review* (New York, Oxford University Press).
- KUO, Ming-Sung (2019): "Against Instantaneous Democracy", *International Journal of Constitutional Law* vol. 17 Issue 2: pp. 554-575.
- LANDAU, David (2012): "The Reality of Social Rights Enforcement", *Harvard International Law Journal* vol. 53 Issue 1: pp. 190-247.
- LANDAU, David (2013a): "Abusive Constitutionalism", *UC Davis Law Review* vol. 47: pp. 189-260.

- LANDAU, David (2013b): "Constitution-Making Gone Wrong", *Alabama Law Review* vol. 64: pp. 924-980.
- LANDAU, David (2014): *Beyond Judicial Independence: The Construction of Judicial Power in Colombia* (Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press).
- LANDAU, David (2018): "Constitution-Making and Authoritarianism in Venezuela", in Graber, Mark A.; Levinson, Sanford and Tushnet, Mark (eds.), *Constitutional Democracy in Crisis?* (Oxford University Press).
- LANDAU, David & DIXON, Rosalind (2020): "Abusive Judicial Review: Courts Against Democracy", *UC Davis Law Review* vol. 53: pp. 1313-1387.
- LANDAU, David & DIXON, Rosalind (2023): "Sobre fracaso constitucional, constitucionalismo transformador y utopismo", *International Journal of Constitutional Law* vol. 25 Issue 4.
- LANDAU, David & DIXON, Rosalind (2024): "Utopian Constitutionalism in Chile", *Global Constitutionalism* vol. 13 Issue 1.
- LARSEN, Signe Rehling (2021): "Varieties of Constitutionalism in the European Union", *The Modern Law Review* vol. 84 Issue 3: pp. 477-502.
- LOUGHLIN, Martin (2022): *Against Constitutionalism* (Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press).
- MAUÉS, Antonio Moreira; BAÍA MAGALHÃES, Breno; NASSAR, Paulo André & SENA, Rafaela (2021): "Judicial Dialogue Between National Courts and the Inter-American Court of Human Rights: A Comparative Study of Argentina, Brazil, Colombia and Mexico", *Human Rights Law Review* vol. 21 Issue 1.
- MENDOZA-BOTELHO, Martín (2016): "Revisiting Bolivia's Constituent Assembly: Lessons on the Quality of Democracy", *Asian Journal of Latin American Studies* vol. 29 Issue 1: pp. 19-55.
- MEYER, Emilio Peluso Neder (2021), *Constitutional Erosion in Brazil* (Hart Publishing).
- MORALES ANTONIAZZI, Mariela & SAAVEDRA ALESSANDRI, Pablo (2017): "Inter-Americanization: Its Legal Bases and Political Impact", in Von Bogdandy, Armin; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo; Morales Antoniazzi, Mariela & Piovesan, Flavia (eds.), *Transformative Constitutionalism in Latin America: The Emergence of a New Ius Commune* (Oxford University Press).
- MUÑOZ LEÓN, Fernando (2014): "Morning-After Decisions: Legal Mobilization Against Emergency Contraception in Chile", *Michigan Journal of Gender and Law* vol. 21 Issue 1: pp. 123-175.
- NUNES, Rodrigo M. (2010): "Ideational Origins of Progressive Judicial Activism: The Colombian Constitutional Court and the Right to Health", *Latin American Politics and Society* vol. 52 Issue 3: pp. 67-97.
- NÚÑEZ, Manuel (2010): "El neoconstitucionalismo y el recurso a los valores en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno", *Revista de Derecho (Valparaíso)* vol. XXXIV: pp. 523-541.

- O'DONNELL, Guillermo (1994): "Democracia delegativa", *Journal of Democracy en Español* vol. 5 No. 1: pp. 7-23.
- PALAZZO, Nausica (2023): "Fedotova and Others v. Russia: Dawn of a New Era for European LGBTQ Families?", *Maastricht Journal of European and Comparative Law* vol. 30 Issue 2: pp. 216-228.
- PARRA VERA, Oscar (2017): "The Impact of Inter-American Judgments by Institutional Empowerment", in Von Bogdandy, Armin; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo; Morales Antoniazzi, Mariela & Piovesan, Flavia (eds.), *Transformative Constitutionalism in Latin America: The Emergence of a New Ius Commune* (Oxford University Press).
- PAÚL, Álvaro (2012): "Controversial Conceptions: The Unborn and the American Convention on Human Rights", *Loyola University Chicago International Law Review* vol. 9 Issue 2: pp. 209-247.
- PAÚL DÍAZ, Álvaro (2013): "La Corte Interamericana in vitro: comentarios sobre su proceso de toma de decisiones a propósito del caso Artavia", *Derecho Público Iberoamericano* n.º 2: pp. 303-345.
- PIOVESAN, Flávia (2017): "Ius Constitutionale Commune en América Latina. Context, Challenges, and Perspectives", in Von Bogdandy, Armin; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo; Morales Antoniazzi, Mariela & Piovesan, Flavia (eds.), *Transformative Constitutionalism in Latin America: The Emergence of a New Ius Commune* (Oxford University Press).
- PISARELLO, Gerardo (2014): *Procesos constituyentes. Caminos para la ruptura democrática* (Madrid, Editorial Trotta).
- POST, Robert & SIEGEL, Reva (2004): "Popular Constitutionalism, Departmentalism, and Judicial Supremacy", *California Law Review* vol. 92 Issue 4. Disponible en <https://doi.org/10.2307/3481316> [fecha de consulta: 19 de diciembre de 2024].
- RAMÍREZ CLEVES, Gonzalo (2024): *Kelsen en el mundo: la influencia de la teoría pura del derecho en distintos lugares* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia).
- RECA MILANTA, Sofía (2024): "La navegación de los DESCAs en la jurisdicción interamericana", *Estudios Constitucionales* vol. 22 Issue 1: pp. 30-53.
- ROA, Jorge (2019): "justicia constitucional, deliberación y democracia en Colombia: Jeremy Waldron reflexivo en Bogotá", *Revista Derecho Del Estado* vol. 44: pp. 57-98.
- ROA ROA, Jorge Ernesto (2020): *Control de constitucionalidad deliberativo. El ciudadano ante la justicia constitucional, la acción pública de inconstitucionalidad y la legitimidad democrática del control judicial al legislador* (Bogotá, Universidad del Externado de Colombia).
- RODILES, Alejandro (2018): "The Great Promise of Comparative Public Law for Latin America: Towards Ius Commune Americanum?", in Roberts, Anthea; Stephan, Paul B.; Verdier, Pierre-Hugues and Versteeg, Mila (eds.), *Comparative International Law* (Oxford University Press).
- SAGÜÉS, Néstor (2010): "Obligaciones internacionales y control de convencionalidad", *Estudios Constitucionales* vol. 8 n.º 1: pp. 117-136.



- SOLEY, Laurence (2017): "The Transformative Dimension of Inter-American Jurisprudence", in Von Bogdandy, Armin; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo; Morales Antoniazzi, Mariela & Piovesan, Flavia (eds.), *Transformative Constitutionalism in Latin America: The Emergence of a New Ius Commune* (Oxford University Press).
- SOLEY, Ximena & STEININGER, Silvia (2018): "Parting Ways or Lashing Back? Withdrawals, Backlash and the Inter-American Court of Human Rights", *International Journal of Law in Context* vol. 14 Issue 2: pp. 237-257.
- SOSA SANTOS, Boaventura de (2014): "La refundación del Estado en América Latina", en Coraggio, José Luis y Laville, Jean-Louis (organizadores), *Reinventar la izquierda en el siglo XXI. Hacia un dialogo norte-sur* (Universidad Nacional de General Sarmiento).
- The Economist* (2023): "How Nayib Bukele Is Breaking Presidential Term Limits in El Salvador". Disponible en [www.economist.com/the-economist-explains/2023/12/06/how-nayib-bukele-is-breaking-presidential-term-limits-in-el-salvador](http://www.economist.com/the-economist-explains/2023/12/06/how-nayib-bukele-is-breaking-presidential-term-limits-in-el-salvador) [fecha de consulta: 19 de diciembre de 2024].
- TUSHNET, Mark (2006): "Popular Constitutionalism as Political Law", *Chicago-Kent Law Review* vol. 81 Issue 3: pp. 991-1006.
- TUSHNET, Mark (2008): *Weak Courts, Strong Rights. Judicial Review and Social Welfare in Comparative Constitutional Law* (Princeton, New Jersey, Princeton University Press).
- TUSHNET, Mark (2011): "The Rise of Weak-Form Judicial Review", in Ginsburg, Tom and Dixon, Rosalind (eds.), *Comparative Constitutional Law* (Edward Elgar Publishing).
- TUSHNET, Mark (2014): "Authoritarian Constitutionalism. Some Conceptual Issues", in Ginsburg, Tom and Simpsen, Alberto (eds.), *Constitutions in Authoritarian Regimes* (New York, Cambridge University Press, Comparative Constitutional Law and Policy).
- TUSHNET, Mark (2015): "Authoritarian Constitutionalism", *Cornell Law Review* vol. 100 Issue 2: pp. 391-462.
- TUSHNET, Mark (2016): "Varieties of Constitutionalism", *International Journal of Constitutional Law* vol. 14 Issue 1: pp. 1-5.
- TUSHNET, Mark (2020): "Varieties of Liberal Constitutionalism", in Contiades, Xenophon and Fotiadou, Alkmene (eds.), *Routledge Handbook of Comparative Constitutional Change* (Routledge).
- UPRIMNY, Rodrigo y DURÁN, Juanita (2014): *Equidad y protección judicial del derecho a la salud en Colombia* (CEPAL).
- VALADÉS, Diego (2017): "The Presidential System in Latin America: A Hallmark and Challenge to a Latin American Ius Constitutionale Commune", in Von Bogdandy, Armin; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo; Morales Antoniazzi, Mariela & Piovesan, Flavia (eds.), *Transformative Constitutionalism in Latin America: The Emergence of a New Ius Commune* (Oxford University Press).

- VENEGAS MAINGÓN, Alejandro y HERNÁNDEZ MUÑOZ, Verónica (2019): “Análisis de los límites del poder constituyente”, *Derecho Global. Estudios sobre Derecho y Justicia* vol. 5 n.º 13.
- VERDUGO, Sergio (2019): “The Fall of the Constitution’s Political Insurance. How the Morales Regime Broke the Insurance of the 2009 Bolivian Constitution”, *International Journal of Constitutional Law* vol. 17 Issue 4: pp. 1098-1124.
- VERDUGO, Sergio (2021): “Limited Democracy and Great Distrust. John Hart Ely in Chile and Bolivia”, *International Journal of Constitutional Law* vol. 19 Issue 2.
- VERDUGO, Sergio (2023): “Is It Time to Abandon the Theory of Constituent Power?”, *International Journal of Constitutional Law* vol. 21 Issue 1: pp. 14-79.
- VERDUGO, Sergio & PRIETO Marcela (2021): “The Dual Aversion of Chile’s Constitution Making Process: Between Bolivarian Constitutionalism and the Pinochet Constitution”, *International Journal of Constitutional Law* vol. 19 Issue 1.
- VILHENA, Oscar; BAXI, Upendra and VILJOEN, Frans (eds.) (2013): *Transformative Constitutionalism: Comparing the Apex Courts of Brazil, India and South Africa* (Johannesburg, Pretoria University Law Press).
- VON BOGDANDY, Armin (2015a): “*Ius Constitutionale Commune* en América Latina: Observations on Transformative Constitutionalism”, *AJIL Unbound* vol. 109: pp. 109-114.
- VON BOGDANDY, Armin (2015b): “*Ius Constitutionale Commune* en América Latina: una mirada al constitucionalismo transformador”, *Revista de Derecho del Estado* vol. 34: pp. 3-50.
- VON BOGDANDY, Armin (2017): “*Ius Constitutionale Commune* en América Latina: Observations on Transformative Constitutionalism”, in Von Bogdandy, Armin; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo; Morales Antoniazzi, Mariela & Piovesan, Flavia (eds.), *Transformative Constitutionalism in Latin America: The Emergence of a New Ius Commune* (Oxford University Press).
- VON BOGDANDY, Armin (2023): “Chilean Insights for Progressive Constitutionalism”, *Heidelberg Journal of International Law* vol. 83 Issue 1: pp. 1-10.
- VON BOGDANDY, Armin; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; MORALES ANTONIAZZI, Mariela & PIOVESAN, Flavia (eds.), *Transformative Constitutionalism in Latin America: The Emergence of a New Ius Commune* (Oxford University Press).
- VON BOGDANDY, Armin; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; MORALES ANTONIAZZI, Mariela, PIOVESAN, Flavia & SOLEY, Ximena (eds.) 2017: “*Ius Constitutionale Commune* En América Latina: A Regional Approach to Transformative Constitutionalism”, in Von Bogdandy, Armin; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo; Morales Antoniazzi, Mariela & Piovesan, Flavia (eds.), *Transformative Constitutionalism in Latin America: The Emergence of a New Ius Commune* (Oxford University Press).
- WALDRON, Jeremy (2006): “The Core of the Case Against Judicial Review”, *The Yale Law Journal* vol. 115: pp. 1346-1406.



- WEALE, Albert (2018): *The Will of the People. A Modern Myth* (Polity Press).
- WERNECK ARGUELHES, Diego (2019): "Book Review: Transformative Constitutionalism in Latin America: The Emergence of a New Ius Commune", *International Journal of Constitutional Law* vol. 17: pp. 357-381.
- WOLFF, Jonas (2012): "New Constitutions and the Transformation of Democracy in Bolivia and Ecuador", in Nolte, Detlef and Schilling-Vacaflor, Almut, *New Constitutionalism in Latin America. Promises and Practices* (New York, Routledge).

### *Jurisprudencia*

- Corte IDH (2001a): Baena Ricardo *et al.* v. Panamá, 2 de febrero de 2001, ser. C, No. 72.
- CORTE IDH (2001b): Barrios Altos v. Perú, 14 de marzo de 2001, ser. C, No 75.
- CORTE IDH (2001c): Barrios Altos v. Perú, 3 de septiembre de 2001, ser. C, No 83.
- CORTE IDH (2006): Almonacid-Arellano v. Chile, 26 de septiembre, 2006, ser. C, No 154.
- CORTE IDH (2011): Gelman v. Uruguay, 24 de febrero de 2011, ser. C, No 221.
- CORTE IDH (2012): Artavia Murillo *et al.* v. Costa Rica, 28 de noviembre de 2012, ser. C, No 257.
- CORTE IDH (2018): Opinión consultiva 24/17, 9 de enero de 2018, ser A.
- Corte IDH (2021): Opinión consultiva OC-28/21, 7 de junio de 2021.
- EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS (GRAND CHAMBER) (2023): *Fedotova and others v. Russia*, January 17, 2023, app. No 40792/10, 30538/14, 43439/14.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE (2017): 3729-2007, 28 de agosto de 2017.



# REPERCUSIONES DEL DERECHO ITALIANO EN LA RELECTURA DEL CÓDIGO DE BELLO A PROPÓSITO DE LA DISCIPLINA DEL INCUMPLIMIENTO\*

## REPERCUSSIONS OF ITALIAN LAW IN THE RE-READING OF THE *BELLO CODE* CONCERNING THE BREACHING OF CONTRACTS

*Lilian C. San Martín Neira\*\**

RESUMEN: Este artículo ofrece una reflexión acerca de la influencia que el derecho civil italiano ha tenido en el desarrollo de la disciplina jurídica en Chile, especialmente en la forma en que la doctrina nacional más reciente ha entendido el incumplimiento contractual, esto es, como un hecho objetivo que indica la inobservancia del programa obligatorio, que al margen de su imputabilidad al deudor ofrece ciertos mecanismos de tutela para el acreedor. En particular, el texto evidencia la influencia directa e indirecta que han tenido autores italianos clásicos en la jurisprudencia y doctrina nacional a partir de la noción de propósito práctico como concepto a la base de la estructura contractual.

PALABRAS CLAVE: incumplimiento, propósito práctico, derecho comparado.

ABSTRACT: This article offers a reflection on the influence that Italian civil law has had on the development of the legal discipline in Chile, especially on the way in which the most recent national doctrine has understood breach of contract, that is, as an objective fact that indicates the non-observance of the

---

\* Este texto corresponde a la versión en español y revisada del texto "Repercussions of Italian Law in the Re-reading of the Bello Code Concerning the Breaching of Contracts", publicado en *The Influence of Italian Civil Law in Latin American*, Milano, Mimesis International, 2024.

\*\* Profesora de derecho civil e investigadora del Centro de Derecho Regulatorio y Empresa, Universidad del Desarrollo. Correo electrónico: l.sanmartin@udd.cl ORCID n.º 0000-0001-5101-2560.

obligatory program, which, regardless of its imputability to the debtor, offers certain protection mechanisms for the creditor. In particular, the text shows the direct and indirect influence that classical Italian authors have had on national jurisprudence and doctrine based on the notion of practical purpose as a concept at the base of the contractual structure.

KEYWORDS: breach, practical purpose, comparative law.

## INTRODUCCIÓN

El año 2022 el *Código Civil* italiano de 1942, el *Codice Civile*, cumplió ochenta años. Para conmemorar la fecha, surgieron varias iniciativas destinadas a poner en evidencia la circulación del *Codice* como un modelo que ha influenciado decisiones jurídicas, tanto en el ámbito legislativo como jurisprudencial, en otras latitudes. Una de tales iniciativas es la impulsada por los académicos Francesca Benatti, Mauro Grondona, Sergio García Long y Leysser León Hilario, que tuvo por objetivo evidenciar la influencia del *Codice* en el derecho privado latinoamericano. El texto que a continuación se presenta forma parte de este trabajo, publicado en inglés por la editorial Mimesis Internacional, el año 2024.

El *Código Civil* chileno actualmente, conocido como el *Código de Bello*, data de 1855. Se trata, por tanto, de un código decimonónico, escrito casi un siglo antes que el *Codice Civile*. No puede, en consecuencia, hablarse de una directa influencia del *Código* italiano en la formulación del *Código* chileno. Ello, a diferencia de cuanto ocurre con otros *Códigos* latinoamericanos como son: el peruano, el boliviano y el argentino. Sin embargo, como se verá a lo largo de este trabajo, la doctrina civilista italiana y, por tanto, la normativa que ella comenta, ha influenciado los desarrollos recientes de la doctrina y jurisprudencia chilenas, específicamente en lo que concierne a la disciplina del incumplimiento contractual.

En efecto, a diferencia de lo que ocurre con el *Codice Civile*, que reserva un apartado especial al incumplimiento<sup>1</sup>, el *Código de Bello* es bastante parco y asistemático a la hora de regular esta institución y sus consecuencias. A su turno, en la doctrina tradicional chilena no se encuentran estudios dedicados especialmente al argumento, sino que este es visto como un presupuesto del ejercicio de los mecanismos de tutela del acreedor, bajo el título “efectos de las obligaciones”<sup>2</sup>. Esto contrasta con la atención que la doctrina más reciente

<sup>1</sup> Véase *Codice Civile*, libro IV, titolo I, capitolo III.

<sup>2</sup> V. gr. RAMOS (2008) p. 230; ABELIUK (2014) p. 697 ss. Una excepción la constituye la obra de Fernando Fueyo, dedicada expresamente al análisis del cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones. FUEYO (2004).

ha prestado a la institución, la cual ha realizado una verdadera relectura del *Código de Bello*, a fin de modernizar la aplicación de sus normas. De esta manera, el incumplimiento y todas las instituciones asociadas a él han sido objeto de una revisión, que ha llevado a reformular las interpretaciones normativas hasta hace poco vigentes, de suerte que ha mutado la concepción de incumplimiento y de sus consecuencias. En efecto, como muy bien resume Carlos Pizarro:

“en Chile se ha ido consolidando, al menos a nivel doctrinal, una manera de entender el fenómeno del incumplimiento contractual desperdido de la culpa, pudiendo el acreedor escoger entre distintas facultades o pretensiones una vez verificada la inejecución contractual. Se trata de una idea cuyas raíces podemos situar en la obra de Morales Moreno, a partir de la profundización del concepto de propósito práctico en la obra de Federico de Castro y Bravo. Se busca privilegiar su interés, aunque moderado con el principio de buena fe contractual. No son pocos los autores que han acogido en sus escritos la modernización del derecho de los contratos entendido como un sistema de remedios al incumplimiento contractual. Incluso esto ha originado una nueva nomenclatura acerca de las posibilidades que se abren para el acreedor insatisfecho; a ese conjunto de alternativas se le denomina ‘remedios frente al incumplimiento contractual’”<sup>3</sup>.

Se habla así de un nuevo derecho de la contratación o nuevo derecho contractual, cuyas principales características son:

- i. El hecho de que el incumplimiento se define de manera objetiva, como cualquier desviación del programa obligacional, con independencia de la culpa del deudor.
- ii. El proponer un sistema integrado de remedios o mecanismos de tutela de los intereses del acreedor entre los cuales él puede elegir con libertad, siempre que se cumplan los presupuestos de procedencia del mecanismo que elegido.
- iii. El asignar un papel mínimo a la culpa del deudor a la hora de construir la tutela del acreedor frente al incumplimiento, papel que, en línea de máxima, se limita a constituir un presupuesto de la responsabilidad contractual, dejando de ser un requisito de otros remedios tales como la resolución y la ejecución forzada.
- iv. Poner gran acento en la integración de la obligación con una serie de deberes accesorios o secundarios de conducta destinados a que el

---

<sup>3</sup> Cfr. PIZARRO (2014) p. 204. Para la noción de propósito práctico aquí aludida véase MORALES (1983) p. 1529.

acreedor satisfaga el propósito práctico que se propuso al tiempo de contratar, deberes que se extienden, incluso, más allá del cumplimiento de la obligación principal.

En general, la doctrina chilena reconoce como influencia directa de esta nueva concepción del derecho contractual, y en particular del incumplimiento, a la doctrina española y a los instrumentos de armonización del derecho privado. Sin embargo, una lectura concentrada de las fuentes y doctrina italiana, así como de los autores españoles por los chilenos, permite apreciar una clara vinculación entre estos “nuevos” desarrollos y el derecho civil italiano. En particular, de gran relevancia son autores como Emilio Betti, Francesco Messineo, Michele Giorgianni y Cesare Bianca, cuyos dichos son claramente identificables en los argumentos esgrimidos por los autores chilenos, ya sea mediados por los españoles o, bien, directamente citados. En efecto, no es ningún misterio que la doctrina española ha sido tradicionalmente atenta a los desarrollos doctrinarios y jurisprudenciales en Italia, de suerte que las obras españolas referenciadas por los autores chilenos, a su turno, suelen citar a los autores italianos. Asimismo, en los trabajos monográficos de mayor envergadura, es posible observar una revisión directa de la doctrina italiana, que es citada para refrendar las conclusiones a que se arriba. Finalmente, también en la jurisprudencia es posible encontrar referencias directas a la doctrina italiana<sup>4</sup>.

En vista de lo anterior, en este trabajo me referiré a la influencia del *Codice Civile* en la disciplina del incumplimiento contractual en Chile, pero aludiendo, siempre, a las repercusiones que directa o indirectamente ha tenido la doctrina italiana que lo comenta y analiza. Para ello, en lo que sigue, dividiré el texto en tres partes

- I. La reconceptualización del incumplimiento y sus consecuencias.
- II. El equilibrio de intereses a efectos de la configuración y valoración del incumplimiento y en
- III. Observaciones finales.

---

<sup>4</sup> En particular, las obras de Francesco Messineo, *Dottrina Generale del Contratto* y *Manuale di diritto civile e commerciale*, en sus traducciones españolas, suelen ser citadas en las sentencias de los tribunales chilenos. *V. gr.* CORTE SUPREMA (2022) rol n.º 4162-2021; CORTE SUPREMA (2021) rol n.º 33474-2019; CORTE SUPREMA (2019) rol n.º 1232-2019; CORTE SUPREMA (2016) rol n.º 20584-2015; CORTE SUPREMA (2014) rol n.º 1859-2013. Lo mismo ocurre con las obras *Teoria generale delle obbligazioni* e *Interpretazione giuridica*, de Emilio Betti, también en sus traducciones españolas, *v. gr.* CORTE SUPREMA (2019) rol n.º 35587-2017; CORTE SUPREMA (2019) rol n.º 35722-2017; CORTE SUPREMA (2022) rol n.º 92048-2020.

## I. LA RECONCEPTUALIZACIÓN DEL INCUMPLIMIENTO Y SUS CONSECUENCIAS

### 1. *El arribo de un concepto neutro y amplio de incumplimiento*

Como se dijo, en la doctrina tradicional chilena no se encuentran estudios dedicados especialmente al incumplimiento. A su vez, en la misma doctrina existe una asociación automática entre el incumplimiento y la culpa o negligencia del deudor, de suerte que se la considera siempre una situación derivada de una conducta reprochable del deudor. Así se refleja en la definición proporcionada por Fernando Fueyo, quien señala que el incumplimiento es:

“aquella situación antijurídica que se produce cuando, por la actividad culpable del obligado a realizar la prestación, no queda la relación jurídica satisfecha en el mismo tenor en que se contrajo, reaccionando el derecho contra aquél para imponerle las consecuencias de su conducta”<sup>5</sup>.

Es del caso señalar que tal noción responde a la visión tradicional del incumplimiento en el panorama comparado iberoamericano<sup>6</sup>, que no da cuenta del hecho de que la falta de ejecución de la prestación puede deberse a múltiples causas, entre las cuales se encuentra la actividad culpable del deudor. Frente a esta problemática, surgieron voces que propusieron un cambio en la terminología. En este sentido, en Colombia, Hinestrosa propone incluir entre la “diada ordinaria de ‘cumplimiento-incumplimiento’, una tercera opción la

---

<sup>5</sup> FUEYO (2004) p. 256. En la misma línea, pero con una estructura más compleja, consistente en la distinción entre prestación y conducta debida, en virtud de la cual hay incumplimiento cuando no se ejecuta la prestación y no se observa la conducta debida, esto es, el grado de diligencia exigible al deudor. RODRÍGUEZ (2015) p. 121.

<sup>6</sup> En lo que respecta a España, como señala Jorge Baraona, la visión tradicional era “que no puede haber incumplimiento si no es imputable, pues programa y cumplimiento van unidos; para que la lesión del programa prestacional verdaderamente sea calificable de incumplimiento, es preciso que responda a un comportamiento del deudor del que pueda hacerse un juicio de reprochabilidad jurídica, sin ese juicio de imputación negativo no cabe hablar de incumplimiento”. Cfr. BARAONA (1998) p. 101. Este mismo autor advierte sobre la existencia, en la doctrina española, de una corriente intermedia que “mantiene una postura sólidamente objetiva para la configuración del incumplimiento y la responsabilidad, sin indagar por la imputabilidad subjetiva del deudor, hasta el límite de la imposibilidad sobrevinida de la prestación. A partir de ese hito, para que subsista el incumplimiento debe agregarse un factor de imputación: no hay incumplimiento se dirá, si la imposibilidad se ha hecho sobrevinidamente por causa no imputable al deudor”. Cfr. BARAONA (1998) p. 103.

de ‘no cumplimiento’<sup>7</sup>, entendiéndola a esta última como la no satisfacción del interés del acreedor, prescindiendo de la conducta reprochable del deudor. En la misma línea, en Argentina, Jorge Llambías propone hablar de incumplimiento material de la prestación, que luego debe ser analizado a fin de determinar si concurren o no los supuestos de la responsabilidad contractual<sup>8</sup>. Asimismo, en España, tratando de utilizar la terminología más amplia posible, Luis Díez-Picazo usa la expresión lesión del derecho de crédito, donde quedan englobadas todas las hipótesis en que el interés del acreedor no ha sido satisfecho<sup>9</sup>. Esta última opinión es la que prima en la doctrina chilena actual, que aboga por un concepto unitario, amplio y neutro de incumplimiento<sup>10</sup>. Unitario, en cuanto abarcaría todas las hipótesis de desviación del programa obligacional, dándoles un tratamiento uniforme en cuanto a los remedios del acreedor. Amplio, en cuanto comprende cualquier disconformidad con el programa obligacional, incluida la violación de deberes accesorios o secundarios de conducta. Y neutro, en cuanto no prejuzga sobre la culpabilidad del deudor. De esta manera, el término ‘incumplimiento’ indica la:

“no realización de la prestación debida por el deudor o su realización incompleta, defectuosa o tardía. Su significado comprende tanto la falta objetiva de la prestación, como la falta imputable al deudor, ya sea de la obligación principal que de sus accesorios”<sup>11</sup>.

En síntesis, para la doctrina chilena vigente el incumplimiento se define de manera objetiva, como cualquier desviación del programa obligacional, con independencia de la culpa del deudor<sup>12</sup>.

“El concepto de incumplimiento es objetivo e inicialmente actúa al margen de la culpa o dolo del deudor y es el resultado de la simple

<sup>7</sup> HINESTROSA (2006) p. 73.

<sup>8</sup> LLAMBIÁS (1973) p. 123. En Chile, esta idea se encuentra en Hugo Cárdenas y Ricardo Reveco, quienes distinguen entre incumplimiento material e incumplimiento en sentido estricto, este último sería aquel calificado por la presencia de algún factor de atribución de responsabilidad. CÁRDENAS y REVECO (2018) p. 31 ss.

<sup>9</sup> DIEZ-PICAZO (2008) p. 646 ss.

<sup>10</sup> Por todos: VIDAL (2007a) pp. 41-59; MEJÍAS (2008) pp. 459-478; VIDAL (2011) pp. 243-302; SAN MARTÍN (2012a) pp. 321-341; VIDAL (2018) pp. 447-474; CÁRDENAS y REVECO (2018) p. 59 ss.; GONZÁLEZ (2019) pp. 43-61; OVIEDO y VIDAL (2020) p. 69. En sentido crítico, BARCIA y RIVERA (2019) pp. 165-181.

<sup>11</sup> DE LOS MOZOS (2006) pp. 145-162. En términos similares, se ha dicho que el incumplimiento es “toda desviación del programa de prestación convenido que conlleve una desarmonía con el interés que las partes se propusieron satisfacer al momento de la celebración del contrato”. Cfr. MEJÍAS (2008) p. 475.

<sup>12</sup> VIDAL (2007a) pp. 41-59; SAN MARTÍN (2012) pp. 321-341; CÁRDENAS y REVECO (2018) p. 31.



constatación de la falta de coincidencia entre el dato ideal (lo prometido) y el real (lo ejecutado por el deudor), con la consiguiente insatisfacción del interés del acreedor”<sup>13</sup>.

En lo inmediato, la doctrina chilena reconoce una influencia directa de los instrumentos internacionales de unificación y armonización del derecho privado, todos los cuales consagran esta visión neutra del incumplimiento<sup>14</sup>, pero, al mismo tiempo, se observa claramente una consonancia con la manera en que la doctrina italiana ha leído el artículo 1218 del *Código Civil*, en particular, como se ha construido la noción de incumplimiento por autores como Michele Giorgianni y Cesare Bianca. En efecto, el *Código Civil* italiano en su artículo 1218 alude a la responsabilidad del deudor en los siguientes términos:

“el deudor que no ejecuta exactamente la prestación debida es obligado al resarcimiento del daño, si no prueba que el incumplimiento o el retraso se debió a la imposibilidad de la prestación derivada de una causa no imputable a él”.

Por su parte, comentando este artículo, Cesare Bianca se pregunta si es que la noción de incumplimiento expresa en sí misma un juicio de imputación al deudor en términos de ilicitud o, bien, si en el lenguaje legislativo tal noción coincide con la falta objetiva de ejecución de la prestación, con independencia de la posterior evaluación de la imputación al deudor. El autor responde a esta pregunta señalando que la letra de la norma permite optar por la segunda alternativa, toda vez que da al deudor incumplido la posibilidad de excusarse aduciendo una causa no imputable. A partir de esta idea, concluye:

“el incumplimiento no es en sí mismo el resultado de un juicio de ilicitud sino el elemento material de este juicio: elemento que se identifica precisamente con la situación objetiva del deudor que no ejecuta la prestación”<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> VIDAL (2007a) p. 48.

<sup>14</sup> Véase Principios Europeos de Derecho de los Contratos (PECL), artículo 1:301 y los Principios UNIDROIT, artículo 7.1.1. La misma idea se desprende de los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos, que define el incumplimiento en su artículo 86 en términos claramente neutros, y en los cuales “resulta irrelevante para definir si hay o no incumplimiento, si éste tuvo su causa en la propia conducta del deudor, del acreedor o de sus auxiliares, de un tercero o en un impedimento ajeno a la esfera de control del deudor –caso fortuito o de fuerza mayor. Cualquiera sea el caso, lo cierto es que hay incumplimiento del contrato, quedando pendiente dilucidar cuáles son los efectos que producirá, los medios de tutela que dispondrá el acreedor para ese caso concreto”. DE LA MAZA, PIZARRO y VIDAL (2017) p. 54.

<sup>15</sup> BIANCA (1979) p. 11. El mismo autor en otra obra señala que el incumplimiento corresponde a la inexecución o ejecución inexacta de la prestación debida por el deudor’. Cfr. BIANCA (2004) p. 2.

Se aprecia así una clara línea de continuidad entre la redefinición de la noción de incumplimiento en la doctrina chilena y aquella que, a partir del artículo 1218 del *Código Civil* elaboró la doctrina italiana.

## 2. *El papel de la culpa en relación con el ejercicio de los remedios contractuales*

Establecido que el incumplimiento es una institución neutra, en cuanto prescinde del juicio de imputabilidad, un sector importante de la doctrina italiana llegó a la conclusión de que era necesario distinguir entre incumplimiento imputable e imputable<sup>16</sup>. En este sentido, ya en la década de 1960 los autores italianos enseñan que también ‘incumplimiento no imputable al deudor’:

“puede dar lugar a la aplicación de medidas de tutela de la posición crediticia. Se trata de *remedios* objetivos, dirigidos a preservar la posición del acreedor contra la alteración del equilibrio contractual”<sup>17</sup>.

De esta manera se consagra el principio que:

“el interés del acreedor merece una adecuada protección también en aquellos casos en que el cumplimiento sea impedido por causas extrañas a la imputabilidad del deudor”<sup>18</sup>.

La consecuencia práctica de esto es que, incluso, el incumplimiento inimputable da lugar al ejercicio de aquellos mecanismos que solo tienen por objetivo conservar o reestablecer el equilibrio contractual, como son la ejecución forzada de la prestación o, bien, la resolución del contrato, dejando la exigencia de culpa reservada para el resarcimiento de perjuicios<sup>19</sup>.

En tal sentido, afirma Michele Giorgianni que la regla sobre el particular es que:

---

<sup>16</sup> En este sentido, Emilio Betti, luego de haber señalado que el incumplimiento consiste fundamentalmente en la lesión del interés o expectativa del acreedor, enseña que “es fácilmente comprensible que el solo hecho de faltar a su debido tiempo a la exacta prestación debida, no basta por sí solo para justificar una responsabilidad del deudor en cuanto incumplidor. Es preciso que ese hecho objetivo, que lesiona un interés del acreedor y que es contrario al derecho, en el sentido que se configura en daño injusto causado al acreedor, sea, además, imputable al deudor, en sentido que pueda cargarse a este hecho, según la norma del art. 1218”. Cfr. BETTI (1969) p. 128.

<sup>17</sup> Cfr. BIANCA (1979) p. 2. Para la doctrina anterior véase GIORGIANNI (1975) p. 886; BIANCA (1979) p. 11 ss.

<sup>18</sup> GIORGIANNI (1975) p. 861.

<sup>19</sup> *Op. cit.* p. 886 ss.

“con excepción del resarcimiento del daño, todos los demás remedios contra el incumplimiento –incluida la resolución del contrato– prescinden de la ‘imputabilidad’”<sup>20</sup>.

En lo que respecta específicamente a la resolución, este autor afirma:

“el remedio de la resolución por incumplimiento, lejos de ser una sanción para el incumplimiento culpable, constituye la consecuencia de la imposibilidad de actuación del contrato con prestaciones correlativas”<sup>21</sup>.

En Chile, por su parte, en concordancia con la idea de que el incumplimiento era en sí una institución antijurídica, asociada a la idea de “culpa” del deudor, hasta hace poco la unanimidad de la doctrina y jurisprudencia exigía este elemento como requisito para el ejercicio de todos los remedios contractuales derivados del incumplimiento. El camino para llegar a ello era que todos los remedios suponían la mora del deudor que, a su turno, se define como el “retardo culpable en el cumplimiento de la obligación”. De esta manera, frente al incumplimiento inimputable, el acreedor quedaba impedido de ejercer mecanismos de tutela. En particular, en casos de obligaciones provenientes de contratos bilaterales, no resultaba posible al acreedor demandar la resolución del contrato, pues se enseñaba que esta exige la mora del deudor y, en consecuencia, la culpa o imputabilidad del incumplimiento. En este sentido afirma Daniel Peñailillo que, si bien no lo exige expresamente la norma, ello

“se desprende porque si el incumplimiento se debió a caso fortuito, no se podrá pedir la resolución, pues la obligación se extinguió por otro modo de extinguirla cual es la imposibilidad de ejecución (que el CC chileno denomina ‘pérdida de la cosa que se debe’, arts. 1670 y sgts.). Ha sido también desprendido de la circunstancia de que el art. 1489 permite pedir la indemnización, la cual sólo procede existiendo mora (art. 1557), la cual a su vez exige dolo o culpa”<sup>22</sup>.

En la actualidad, en cambio, es posible observar una tendencia mayoritaria<sup>23</sup> en orden a que los intereses del acreedor deben ser protegidos, incluso, en presencia de incumplimiento no imputable al deudor. En este sentido afirma Álvaro Vidal:

<sup>20</sup> Cfr. GIORGIANNI (1975) p. 886.

<sup>21</sup> *Op. cit.* (1975) p. 888. Más recientemente, a propósito de la posibilidad de solicitar la resolución en presencia de una imposibilidad sobrevenida no imputable al deudor, CABELLA (2009) p. 487.

<sup>22</sup> Cfr. PEÑAILILLO (2003) p. 412.

<sup>23</sup> En contra, CÁRDENAS y REVECO (2018) p. 349 ss.

“el incumplimiento es un hecho objetivo o neutro porque prescinde de su causa, de la valoración de la conducta del deudor; no interesa si se debió o no a un caso fortuito, únicamente interesa que el deudor no ejecutó lo pactado, provocando la insatisfacción del acreedor. Ese incumplimiento que tuvo por causa un caso fortuito permite, igualmente, al acreedor disponer de alguno de los remedios”<sup>24</sup>.

Con anterioridad, este mismo autor había sostenido:

“el solo incumplimiento es suficiente para poner a disposición del acreedor unas medidas de protección que, genéricamente, se las llama remedios por incumplimiento, es decir, acciones o derechos que la ley o el contrato confieren al acreedor para el caso de incumplimiento del deudor, entre los cuales puede optar, más o menos, libremente y cuyo objetivo es la realización de su interés en la prestación, afectado por la infracción”<sup>25</sup>.

Esto no significa, en todo caso, que todo incumplimiento conlleve exactamente las mismas consecuencias, pues no es indiferente la razón que lo provoca. Así, el elemento subjetivo del incumplimiento incide en la configuración de los remedios que el acreedor puede ejercer para tutelar sus intereses. En virtud de esto, el incumplimiento se divide en incumplimiento imputable e incumplimiento inimputable, destacando que el acreedor puede ser tutelado, incluso, en presencia de un incumplimiento inimputable. En este sentido, se pone en evidencia que existen figuras llamadas a operar justamente para proteger al acreedor frente a un incumplimiento inimputable del deudor, como sería el llamado el deber de aviso que pesa sobre el deudor víctima de un caso fortuito o fuerza mayor, quien debe comunicarlo en un plazo razonable al acreedor, so pena de ser tenido por responsable de los perjuicios que la falta de comunicación origine al acreedor<sup>26</sup>. En la misma línea se encuentra el llamado *commodum repraesentationis*, esto es, el derecho que tiene el acreedor para exigir al deudor la cesión de las acciones que le competen contra el tercero por cuyo hecho se ha producido el incumplimiento<sup>27</sup>.

---

<sup>24</sup> VIDAL (2018) p. 467.

<sup>25</sup> Cfr. VIDAL (2007a) p. 54. La jurisprudencia, sin embargo, no se ha pronunciado abiertamente en torno a este punto y es posible encontrar sentencias que afirman la idea contraria.

<sup>26</sup> Sobre este deber y su aplicabilidad, incluso allí donde no ha sido expresamente establecido, SAN MARTÍN (2012b) pp. 547-560.

<sup>27</sup> En Chile, esta situación está contemplada expresamente respecto de la pérdida de la cosa debida, pero se ha afirmado que es perfectamente posible hacerla extensiva a otras hipótesis de incumplimiento. ALCALDE (2008) pp. 37-161.

De manera más incisiva y en línea con cuanto enseña la doctrina italiana, se ha llegado a la conclusión de que la consecuencia fundamental de la imputabilidad del incumplimiento radica en la exclusión del resarcimiento de perjuicios al acreedor, pero ella no impide al acreedor el ejercicio de otros remedios, dirigidos a proteger sus intereses de frente a una alteración del equilibrio contractual, como sería la resolución del contrato<sup>28</sup>. En síntesis, la doctrina chilena vigente está prácticamente conteste en cuanto a asignar un papel mínimo a la culpa del deudor a la hora de construir la tutela del acreedor frente al incumplimiento, papel que, en línea de máxima, se limita a constituir un presupuesto de la responsabilidad contractual, dejando de ser un requisito de otros remedios tales como la resolución, la ejecución forzada<sup>29</sup> y la excepción de contrato no cumplido<sup>30</sup>.

Mas, en general, la doctrina chilena ha señalado que la adecuada protección de los intereses del acreedor exige la configuración de un sistema integrado de remedios o mecanismos de tutela de los intereses del acreedor entre los cuales él puede elegir con libertad, siempre que se cumplan los presupuestos de procedencia del mecanismo que elegido<sup>31</sup>. Esto conlleva la necesidad de analizar en el caso concreto la verificación de los requisitos de procedencia del remedio concreto que pretende ejercer el acreedor, para lo cual deben analizarse las disposiciones legales y contractuales que gobiernan la relación obligatoria.

A efectos de evitar confusiones, en este punto es importante destacar una notable diferencia entre el sistema italiano y el chileno, en lo que tiene relación con la distribución de riesgos, que incide directamente en la posibilidad de ejercicio del remedio resolutorio. En efecto, en el *Código de Bello*, en lo que respecta a las obligaciones de especie o cuerpo cierto se consagra la máxima *res perit creditoris* (repetido en materia de compraventa con el *periculum est emptor*)<sup>32</sup>. Así las cosas, el acreedor de una especie o cuerpo cierto, que sea víctima de la imposibilidad sobrevinida de la prestación no imputable al deudor, no puede demandar la resolución del contrato, pues eso implicaría una alteración de la distribución de riesgos contractuales<sup>33</sup>.

---

<sup>28</sup> VIDAL (2009) p. 363.

<sup>29</sup> BARAONA (1997) pp. 151-177; BARROS (2007) pp. 721-751; BRANTT (2013) pp. 541-559; CONTARDO (2015) p. 252 ss.

<sup>30</sup> PIZARRO (2005) pp. 317-342; PIZARRO (2008a) p. 255; CORRAL (2009) pp. 331-360; VIDAL (2007b) p. 225; MEJÍAS (2011) p. 21; MEJÍAS (2013) pp. 389-412. Esta última autora explica que la excepción de contrato no cumplido no es un equivalente a la mora purga la mora, de suerte que, aunque efectivamente la constitución en mora exige la culpa del deudor, pues de ella se deriva la indemnización de perjuicios, la excepción de contrato no cumplido no la exige.

<sup>31</sup> BARROS (2008) pp. 403-428; PIZARRO (2008b) pp. 395-402; LÓPEZ (2010) pp. 65-113; CONTARDO (2015) p. 22 ss.; CÁRDENAS y REVECO (2018) p. 13 ss.

<sup>32</sup> Artículos 1550 y 1820.

<sup>33</sup> Así lo reconoce la doctrina, que explica que la resolución del contrato por cumplimiento no imputable se refiere, desde luego, a aquellas obligaciones en que el riesgo de incumplimiento

## II. EL EQUILIBRIO DE INTERESES

### A EFECTOS DE LA CONFIGURACIÓN Y VALORACIÓN DEL INCUMPLIMIENTO

Al interior de la disciplina del incumplimiento, un aspecto en que la influencia de la doctrina italiana –sobre la forma del *Codice Civile*– ha sido clave la ponderación de los intereses de las partes a efectos de la configuración del incumplimiento, así como su valoración a efectos de la admisibilidad de ciertos remedios contractuales.

#### *1. La incorporación del interés del acreedor a efectos de la configuración del incumplimiento*

Tratándose de la configuración del incumplimiento, la doctrina y jurisprudencia chilenas han prestado atención al interés del acreedor en la prestación, entendido como el *propósito práctico* perseguido con la celebración del contrato. De manera indirecta, esta idea es fruto de una fuerte influencia de la doctrina italiana y se observa una clara relación de continuidad con la evolución que en Italia ha tenido la noción de causa del contrato. En efecto, la idea de propósito práctico es tomada por los autores chilenos de la doctrina española, específicamente de Antonio Manuel Morales Moreno y Federico de Castro<sup>34</sup>. A su turno, este último encontró inspiración en la doctrina italiana, específicamente en Emilio Betti quien, en su obra *Teoria generale del negozio giuridico* (de 1943), ya había puesto en evidencia que el negocio jurídico no responde a una cuestión puramente teórica, sino a la necesidad de los particulares de regular sus intereses y a la creación de los medios adecuados para alcanzarlos<sup>35</sup>. En la misma obra, Emilio Betti se refiere al *intento pratico tipico* para aludir a la causa del contrato, que consistiría justamente en la función económico social que el negocio jurídico está llamado a cumplir<sup>36</sup>. La semejanza de lenguaje: propósito práctico *v/s* intento práctico, es bastante evidente. A lo anterior, cabe sumar la enseñanza de Emilio Betti en orden a que la obligación es en sí misma una relación de cooperación, que responde fundamentalmente a un interés del acreedor que, a su vez, se relaciona directamente con el *intento pratico* o causa del nego-

---

no está radicado en el acreedor, como son todas las obligaciones con objeto fungible y las obligaciones de hacer. Véase VIDAL (2009) p. 363.

<sup>34</sup> DE LA MAZA y VIDAL (2014) p. 19; MORALES (1983) pp. 1529-1546.

<sup>35</sup> Véase BETTI (2002) p. 44 ss. La influencia de Emilio Betti en la obra de Federico de Castro la advierte también BARAONA (1998) p. 187.

<sup>36</sup> BETTI (2002) pp. 56 y 183.

cio que la origina<sup>37</sup>. De esta forma, enseña Emilio Betti, la insatisfacción del interés del acreedor, esto es, la infracción del *intento pratico*, comporta un incumplimiento de la obligación<sup>38</sup>. La evolución de las enseñanzas de Emilio Betti es reconocible en los dichos de la doctrina italiana vigente, que alude a la causa como “la razón práctica del contrato, esto es, el interés que la operación contractual está dirigida a satisfacer”<sup>39</sup> y, en consecuencia, ella cumple diversas funciones, como son, criterio de interpretación del contrato, criterio de calificación del contrato y criterio de adecuación. Así, cuestiones como el incumplimiento, pueden ser adecuadamente resueltas solo si se tiene en consideración el interés en su conjunto perseguido por las partes, esto es, la economía del negocio<sup>40</sup>. En las obligaciones de naturaleza contractual, por tanto, puede tener lugar un mecanismo hermenéutico biunívoco, a la luz del cual, en cada caso, la indagación acerca del interés crediticio podrá ser útil a fin de identificar la causa ‘concreta’ del contrato, pero, al mismo tiempo, la interpretación del título (y, por ende, de la causa) podrá demostrarse esencial a fin de identificar correctamente el interés del acreedor<sup>41</sup>.

Como se dijo, la doctrina chilena incorporó la noción de propósito práctico como criterio para otorgar relevancia al interés del acreedor en la prestación. En consecuencia, en línea con cuanto se enseña en Italia<sup>42</sup>, los autores y tribunales chilenos entienden que la prestación adeudada incorpora el interés del acreedor en la prestación, de suerte que una transgresión a este interés puede ser suficiente para configurar un incumplimiento contractual, especialmente un incumplimiento imperfecto, esto es, aquel en que el deudor despliega alguna actividad conducente al cumplimiento de la obligación, pero ella es insuficiente para satisfacer el interés del acreedor<sup>43</sup>. Cuestión que, a su turno, cobra especial relevancia cuando se trata de colmar vacíos contractuales, esto es, casos en que el acreedor invoca una satisfacción de un interés que no ha sido explicitado en el contrato, pero que se desprende de aspectos como la naturaleza de la obligación u otros semejantes<sup>44</sup>. En estas ideas, se aprecia con claridad la in-

<sup>37</sup> En efecto, al referirse al interés del acreedor como parte integrante de la obligación, Emilio Betti reenvía al párrafo 3 y al capítulo III de la *Teoria generale del negozio giuridico*, esto es, justamente a los puntos del texto en que alude al *intento pratico* y, más en general, a la causa como elemento del negocio jurídico. Cfr. BETTI (1969) p. 46 y BETTI (2002) pp. 54 ss. y 167 ss.

<sup>38</sup> BETTI (1969) p. 122 ss.

<sup>39</sup> BIANCA (2000) p. 448; PROCCHI (2014) p. 571.

<sup>40</sup> BIANCA (2000) p. 448.

<sup>41</sup> Cfr. PROCCHI (2014) p. 572.

<sup>42</sup> Por todos, BIANCA (1979) p. 9; NICOLUSSI (2021) p. 29 ss.

<sup>43</sup> DE LA MAZA (2013) pp. 235-240.

<sup>44</sup> En este sentido, se ha recurrido a la noción de propósito práctico para colmar vacíos de descripción en un contrato de construcción, cuando este ha sido celebrado de forma consensual. Véase ERBETTA (2017) pp. 267-274.



fluencia del pensamiento de Emilio Betti y sus evoluciones posteriores. En tal sentido, a modo de ejemplo, es posible citar una sentencia de la Corte Suprema de 2 de mayo de 2022, en que expresamente se cita a Emilio Betti para referirse a la buena fe como colaboración y consiguiente elemento definitorio del contenido obligacional, en los siguientes términos:

“la buena fe contractual, se ha dicho es una actitud de ‘cooperación que vincula al deudor a poner energías propias al servicio de los intereses ajenos, a la vista de un cumplimiento que responde con todos sus bienes’ (Emilio Betti, Teoría General de Las Obligaciones, Ed. Rev. de Derecho Privado, Madrid, p g. 118). [...] De manera que una interpretación del contrato habido entre las partes en la situación *sub judice*, acorde con la buena fe a que se ha hecho alusión, conduce indefectiblemente a la conclusión que su cumplimiento exige que el bien inmueble vendido al actor, obtuviera las autorizaciones y permisos propios, de una construcción, en toda su extensión y conjunto, a fin de asegurar el legítimo uso, goce y disposición del mismo o estuviera en condición por lo menos de acceder a tal situación de regularidad o legalidad, lo que no se cumplió en la especie por las demandadas”<sup>45</sup>.

En síntesis, para los sentenciadores, el interés o propósito del acreedor consistente en habitar la casa comprada debe ser considerado a la hora de calificar si la conducta del vendedor es suficiente para tener por cumplida su obligación, cuestión que en el caso no se produce.

Llegados a este punto, cabe advertir una particularidad del derecho chileno, que tiene relación con la penetración del anticausalismo, en contraposición con la literalidad del *Código de Bello*. En efecto, el *Código* chileno con-

---

<sup>45</sup> Cfr. CORTE SUPREMA (2022) rol n.º 92048-2020. En una sentencia anterior, la Corte había sostenido que “el artículo 1546 del Código Civil estatuye que los contratos deben ejecutarse de buena fe y obligan, por tanto, no solamente a lo que en ellos se expresa sino a lo que emana precisamente de la naturaleza de la obligación. En dicha disposición encuentra asidero la teoría de la integración contractual, sustentada por la doctrina moderna, destacando el pensamiento del jurista italiano Emilio Betti, quien postula que la ejecución del contrato de buena fe impone no sólo un deber de lealtad y corrección, sino que la necesidad de cooperación recíproca en que se encuentran ambos contratantes, estando facultado el juez para encontrar en el vínculo contractual obligaciones no expresadas y que tienen su fuente en la buena fe, lo que permite interpretar e integrar el contenido de la exigencia de la obligación de informar en contratos como el mandato, conforme a la naturaleza del mismo, lo que se extiende incluso a los procedimientos posteriores a su ejecución y en cuanto a los efectos y consecuencias de las actuaciones ejecutadas durante su vigencia”. Cfr. CORTE SUPREMA (2019) rol n.º 35722-2017. En sentido similar, también con citas a Emilio Betti, se pronuncian los siguientes fallos CORTE SUPREMA (2015) rol n.º 26847-2014; CORTE SUPREMA (2014) rol n.º 2073-2013; CORTE SUPREMA (2011) rol n.º 430-2010.



templa expresamente a la causa como un requisito del acto jurídico y de la obligación. Al efecto señala que “no puede haber obligación sin una causa real y lícita”, definiéndola, luego, como “el motivo que induce al acto o contrato” (artículo 1467). A partir de estas nociones, la doctrina chilena ha debatido largo tiempo acerca de cuál es la noción de causa que acoge el ordenamiento nacional y más recientemente se ha llegado, incluso, a proponer la inutilidad de la causa, bajo el entendido de que los problemas que ella resuelve pueden ser cubiertos recurriendo al objeto o contenido del contrato<sup>46</sup>. En este panorama, la idea de propósito práctico se presenta como una noción completamente ‘nueva’, independiente de la noción de causa que originalmente la funda<sup>47</sup>. Algunos autores, en todo caso, ponen evidencia que se trata de una nueva lectura del concepto de causa y un reemplazo de su nomenclatura, aunque sin mayores desarrollos del argumento<sup>48</sup>.

Así las cosas, se advierte que la influencia de la doctrina italiana en la materia ha sido limitada; sin embargo, la definición de causa que proporciona Andrés Bello puede, ciertamente, ser (re)leída a luz de las enseñanzas de los autores italianos, pues, en cuanto alude al “motivo que induce al acto o contrato”, es perfectamente posible afirmar que en ella se comprende el “propósito práctico” y, por ende, el interés del acreedor en la celebración del contrato. De esta manera, se recuperaría la funcionalidad de la noción de causa y se otorgaría un sustento normativo a la idea de propósito práctico. Existe, por tanto, un terreno fértil para una mayor influencia del *Codice Civile* en el derecho chileno.

## *2. La delimitación de los remedios de tutela del acreedor como punto de equilibrio: la gravedad del incumplimiento como requisito de la resolución contractual*

La consideración de los intereses del acreedor, como núcleo del sistema de remedios, encuentra su contrapunto en instituciones destinadas justamente a corregir las eventuales distorsiones que la nueva forma de entender el derecho de los contratos puede producir en perjuicio del deudor. Así, se pone, también, acento en la conducta esperada del acreedor, quien está vinculado por las mismas exigencias de buena fe que se imponen al deudor y, asimismo, queda sujeto a una serie de cargas e, incluso, de verdaderos deberes en favor del deudor, que comportan la introducción de mecanismos de tutela de los intereses del deudor y,

<sup>46</sup> En ese sentido, BARROS (2020) pp. 599-619.

<sup>47</sup> Véase DE LA MAZA y VIDAL (2014) pp. 15-38; ERBETTA (2017) pp. 267-274.

<sup>48</sup> En este sentido, MOMBERG y PIZARRO (2021) p. 164.

por consiguiente, del equilibrio contractual<sup>49</sup>, en cuyo desarrollo se ha prestado gran atención a los dichos de la doctrina italiana, especialmente a los dichos de Emilio Betti y Cesare Bianca referidos al deber de colaboración del acreedor<sup>50</sup>.

Un aspecto central en esta línea de pensamiento ha sido la delimitación de las prerrogativas del acreedor para el ejercicio de los remedios contractuales. Específicamente, en la exigencia de requisitos no previstos expresamente en la ley para el ejercicio de la acción de resolución por incumplimiento contractual. En este desarrollo ha tenido un papel crucial la normativa del *Codice Civile*. En efecto, el *Código de Bello* no destina un apartado la resolución del contrato por incumplimiento, sino que trata de la resolución a propósito de la disciplina general de las condiciones, como una especie de condición resolutoria (tácita) en el artículo 1489, que expresamente señala:

“en los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio o la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios”.

A partir de esta única disposición, la doctrina y jurisprudencia elaboraron la disciplina de la resolución contractual por incumplimiento. En esta línea, con algunas insignes excepciones<sup>51</sup>, la doctrina tradicional enseñaba que para dar lugar a la resolución bastaba “cualquier incumplimiento imputable”<sup>52</sup>. Como ya se dijo, la lectura actual de la norma afirma que no es necesaria la imputabilidad del incumplimiento, aunque la cuestión todavía no es del todo pacífica. Asimismo, desde hace ya varios años se puso en duda el hecho de que cualquier incumplimiento fuera suficiente para resolver el contrato y la respuesta fue negativa. Así, la doctrina actual sostiene

---

<sup>49</sup> La doctrina relativamente reciente en Chile sobre estas materias es copiosa, por lo que un listado exhaustivo en este punto no resulta posible, sólo a modo de ejemplo, pueden citarse: LAGOS (2006); SAN MARTÍN (2009) pp. 225-226; VIDAL (2007a) pp. 221-258; VIDAL (2009) pp. 347-368; CAPRILE (2012) pp. 53-93; LÓPEZ (2012a) pp. 737-755; López (2012b) pp. 13-62; SAN MARTÍN (2012c); PRADO (2015a); PRADO (2015b) pp. 125-143; SAN MARTÍN (2015) pp. 145-155; PRADO (2016) pp. 59-83; CONTARDO (2017) pp. 153-194; RODRÍGUEZ (2017) pp. 25-45; AEDO (2018) pp. 51-96; VIDAL y MOMBERG (2018); BAHAMONDES (2018) p. 105.

<sup>50</sup> En jurisprudencia puede citarse la sentencia de CORTE SUPREMA (2011) rol n.º 137-2010, que se pronuncia expresamente acerca de la colaboración del acreedor y la posibilidad de configurar su responsabilidad por inobservancia, con una cita textual a la obra de Emilio Betti. Un comentario a esta sentencia puede verse en SAN MARTÍN (2015) pp. 145-155.

<sup>51</sup> En este sentido cabe destacar la opinión de LuisClaro Solar, quien ya en 1936 abogaba por la solución contraria, y una sentencia de la Corte de Talca de 1920. Sin embargo, se trata de opiniones aisladas en un contexto uniformemente marcado por la opinión contraria. Véase CLARO (2015) p. 174; FUEYO (2004) p. 307.

<sup>52</sup> Por todos, FUEYO (2004) p. 307; PEÑAILILLO (2003) p. 406; ABELIUK (2014) p. 653.

“el legislador protege el interés del acreedor frente a los incumplimientos del deudor, pero lo hace de forma equilibrada. Los principios de conservación del contrato y de la buena fe objetiva del art. 1546 del *Código Civil* obligan al acreedor a aceptar y conservar una prestación defectuosa o no conforme siempre y cuando el incumplimiento no sea grave habida cuenta su interés contractual. Si lo es, el acreedor podrá resolver el contrato o rechazar la prestación y exigir su sustitución”<sup>53</sup>.

En consecuencia,

“la doctrina y la jurisprudencia reservan la resolución por inejecución para incumplimientos de cierta gravedad o entidad, limitando así el ejercicio de la facultad de resolver en los que el incumplimiento incide en las obligaciones esenciales o cuando en sí es grave”<sup>54</sup>.

Sin duda, en esta relectura del artículo 1489 del *Código* chileno tuvo gran relevancia la existencia del artículo 1455 del *Codice Civile*, según el cual “el contrato no se puede resolver si el incumplimiento de una de las partes tenga escasa importancia, considerado el interés de la otra”<sup>55</sup>. Este texto se encuentra íntegramente reproducido en una de las obras chilenas fundamentales sobre el incumplimiento: *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*, de Fernando Fueyo Laneri, escrita en 1991, y es analizado junto con algunas sentencias italianas que lo aplican<sup>56</sup>. A partir de ahí, la opinión en orden a que la resolución requiere un incumplimiento ‘grave’ o de ‘cierta entidad’ se transformó en una regla aceptada por los autores y aplicada por la jurisprudencia<sup>57</sup>. El camino jurisprudencial para llegar a ella fue a través de la cláusula general de buena fe, recogida en el artículo 1546 del *Código* chileno. A su vez, la doctrina actualmente mayoritaria, en consonancia con lo señalado en el punto anterior, vincula la gravedad del incumplimiento con el interés del acreedor<sup>58</sup>, al igual que hace un sector de la doctrina italiana<sup>59</sup>.

---

<sup>53</sup> VIDAL (2007a) p. 51.

<sup>54</sup> *Op. cit.* pp. 51-52. La misma idea ha sido recogida por los tribunales colombianos, para los cuales el incumplimiento, para dar lugar a la resolución del contrato, ha de ser esencial. Véase POLO (2018) pp. 9-69.

<sup>55</sup> Para la doctrina italiana sobre este artículo véase CUBEDDU (1995); NANNI (2009) p. 433.

<sup>56</sup> FUEYO (2004) p. 307. Este autor alude también al artículo 25 de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, en cuanto regula el incumplimiento esencial, como una de sus fuentes de inspiración.

<sup>57</sup> PEÑAILLO (2003) p. 406; MEJÍAS (2011) p. 7.

<sup>58</sup> Por todos, véase MEJÍAS (2011) p. 133.

<sup>59</sup> Véase CUBEDDU (1995) p. 127.

### III. OBSERVACIONES FINALES

En las líneas precedentes ha quedado demostrado que a pesar de que el *Código de Bello* es anterior en casi un siglo al italiano, el derecho chileno ha advertido la influencia del *Codice Civile*. Esta influencia se ha producido en la 'relectura' que los autores y tribunales chilenos están realizando del *Código* chileno, específicamente en materia contractual y, más en concreto, en tema de incumplimiento. En efecto, la doctrina chilena más reciente ha prestado gran atención al incumplimiento, intentando construir una noción y un sistema de remedios, en cuyo centro se encuentra el interés del acreedor, como parte integrante del contenido obligacional.

La influencia del *Codice* en esa relectura se ha producido por dos vías. En primer lugar, a través de la atención que la doctrina y jurisprudencia chilenas han prestado a los autores clásicos del derecho italiano, como son Emilio Betti, Michele Giorgianni y Francesco Messineo, los que son frecuentemente citados por los autores y las sentencias de los tribunales. En segundo lugar, a través del análisis de normas específicas que resuelven problemas prácticos, que no fueron abordados por el codificador chileno. Este es, por ejemplo, el caso del artículo 1455 del *Codice Civile* referido a la 'importancia del incumplimiento' como requisito de la resolución del contrato.

Con todo, se echa en falta una atención más detallada a las construcciones doctrinarias y jurisprudenciales italianas más recientes, las que permitirían perfeccionar el arribo de conceptos tales como la idea de propósito práctico en relación con la causa del contrato.

### BIBLIOGRAFÍA

- ABELIUK MANASEVICH, René (2014): *Las obligaciones*, tomo II (Thomson Reuters, 6ª edición).
- AEDO BARRENA, Cristián (2018): "La naturaleza jurídica de las conductas exigidas al asegurado a la luz de la ley N° 20.667", *Ius et Praxis* vol. 24 n.º 2.
- ALCALDE SILVA, Jaime (2008): "El 'commodum repraesentationis' del artículo 1677 del 'código civil' de Chile", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* vol. XXXI.
- BAHAMONDES OYARZÚN, Claudia (2018): *El cumplimiento específico de los contratos* (Santiago, DER Ediciones).
- 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.

- BARAONA GONZÁLEZ, Jorge (1998): *El retraso en el cumplimiento de las obligaciones* (Dykinson).
- BARCIA LEHMANN Rodrigo y RIVERA RESTREPO, José Maximiliano (2019): “¿En qué sentido es objetiva la noción de incumplimiento del soft law?”, *Opinión Jurídica* vol. 18 n.º 36.
- BARROS BOURIE, Enrique (2007): “La diferencia entre ‘estar obligado’ y ‘ser responsable’ en el derecho de los contratos”, en Corral Talciani, Hernán y Rodríguez Pinto, María Sara (coords.), *Estudios de derecho civil II* (LegalPublishing).
- BARROS BOURIE, Enrique (2008): “Finalidad y alcance de las acciones y los remedios contractuales”, en Guzmán Brito, Alejandro (ed.), *Estudios de derecho civil III* (Legal Publishing).
- BARROS BOURIE, Enrique (2020): “Riesgos y límites de la causa en el derecho de contratos. Criterios de interpretación de las normas legales vigentes”, en Gómez de la Torre Vargas, Maricruz *et al.* (eds.), *Estudios de derecho civil XIV* (Thomson Reuters).
- BETTI, Emilio (1969): *Teoría general de las obligaciones*, vol. I (trad. José Luis de los Mozos, Editorial Revista de Derecho Privado).
- BETTI, Emilio (2002): *Teoria generale del negozio giuridico* (Edizioni Scientifiche Italiane).
- BIANCA, Cesare Massimo (1979): *Inadempimento delle obbligazioni. Art. 1218-1229* (Bologna, Zanichelli e Roma, Società Editrice del Foro Italiano, seconda edizione).
- BIANCA, Cesare Massimo (2000): *Diritto civile 3. Il contratto* (Milano, Giuffrè editore, seconda edizione).
- BIANCA, Cesare Massimo (2004): *Diritto civile 5. La responsabilità* (Giuffrè Francis Lefebvre).
- BRANTT ZUMARÁN, María Graciela (2013): “La culpa del deudor y la procedencia de la pretensión de cumplimiento específico y la indemnización de daños”, en Domínguez Hidalgo, Carmen *et al.* (coords.), *Estudios de derecho civil VIII* (LegalPublishing/Thomson Reuters).
- CABELLA PISU, Luciana (2009): “La risoluzione per impossibilità sopravvenuta” in Visintini, Giovanna (dir.), *Trattato di responsabilità contrattuale*, vol. I (CEDAM).
- CAPRILE BIERMANN, Bruno (2012): “Algunos problemas ofrecidos por la excepción de contrato no cumplido y, en especial, el de su invocación para atajar la acción resolutoria en el caso de incumplimientos recíprocos”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* vol. XXXIX.
- CÁRDENAS VILLARREAL, Hugo y REVECO URZÚA, Ricardo (2018): *Remedios contractuales. Cláusulas, acciones y otros mecanismos de tutela del crédito* (Thomson Reuters).
- CLARO SOLAR, Luis (2015): *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, vol. V, tomo X (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- CONTARDO GONZÁLEZ, Juan Ignacio (2015): *Indemnización y resolución por incumplimiento* (Thomson Reuters).

- CONTARDO GONZÁLEZ, Juan Ignacio (2017): "El derecho del deudor a la subsanación o corrección del incumplimiento no conforme (*right tu cure*). Acercamiento desde los instrumentos del derecho contractual uniforme hacia el derecho chileno de contratos", *Ius et Praxis* vol. 23 n.º 1.
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2009): "La cláusula penal en la resolución del contrato", en Alcalde, Enrique y Fábrega, Hugo, *Estudios jurídicos en homenaje a Pablo Rodríguez Grez* (Santiago, Universidad del Desarrollo).
- CUBEDDU, Maria Giovanna (1995): *L'importanza dell'inadempimento* (Torino, G. Giappichelli editore).
- DE LA MAZA GAZMURI, Íñigo (2013): "Obligación de entrega, cumplimiento imperfecto y resolución del contrato. Corte Suprema, 16 de abril de 2013, rol n.º 3.967-2010", *Revista Chilena de Derecho Privado* n.º 20.
- DE LA MAZA GAZMURI, Íñigo, PIZARRO WILSON, Carlos y VIDAL OLIVARES, Álvaro (2017): *Los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos* (Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado).
- DE LA MAZA GAZMURI, Íñigo y VIDAL OLIVARES, Álvaro (2014): "Propósito práctico, incumplimiento contractual y remedios del acreedor. Con ocasión de tres sentencias de la Corte Suprema", *Ius et Praxis* vol. 20 n.º 1.
- DE LOS MOZOS TOUYA, José Javier (2006): "En torno a la idea de incumplimiento en el derecho civil español", *Roma e América* vol. 22.
- DIEZ-PICAZO, Luis (2008): *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, tomo II (Civitas).
- ERBETTA, Andrés (2017): "Propósito práctico y buena fe integradora en contratos consensuales de confección de obra material", *Derecho Público Iberoamericano* n.º 10.
- FUEYO LANERI, Fernando (2004): *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, tercera edición).
- GIORGIANNI, Michele (1975): "Inadempimento' (diritto privato)", *Enciclopedia del diritto*, vol. XX (Milano, Giuffrè).
- GONZÁLEZ CAZORLA, Fabián (2019): "Hacia una noción de incumplimiento del contrato de consumo por la entrega defectuosa de productos", *Justicia y Derecho* vol. 2 n.º 2.
- HINESTROSA, Fernando (2006): "Leyendo el digesto", *Roma e America* vol. 22.
- LAGOS VILLARREAL, Osvaldo (2006): *Las cargas del acreedor en el seguro de responsabilidad civil* (Fundación Mapfre).
- LLAMBÍAS, Jorge Joaquín (1973): *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, tomo I (Perrot, segunda edición).
- LÓPEZ DÍAZ, Verónica Patricia (2010): "La indemnización compensatoria por incumplimiento de los contratos bilaterales como remedio autónomo en el derecho chileno", *Revista Chilena de Derecho Privado* n.º 15.
- LÓPEZ DÍAZ, Patricia Verónica (2012a): "El interés del deudor como límite al derecho de opción del acreedor insatisfecho y su incidencia en el procedencia de la pre-



- tensión de cumplimiento específico y la indemnización de daños”, en Elorriaga de Bonis, Fabian, *Estudios de derecho civil VII* (AbeledoPerrot/Thomson Reuters).
- LÓPEZ DÍAZ, Patricia Verónica (2012b): “El abuso del derecho de opción del acreedor y su importancia en la construcción de un sistema equilibrado de remedios por un incumplimiento contractual”, *Revista Chilena de Derecho Privado* n.º 19.
- MEJÍAS ALONZO, Claudia (2008): “El incumplimiento contractual y sus modalidades”, en Guzmán Brito, Alejandro (ed.), *Estudios de derecho civil III* (LegalPublishing).
- MEJÍAS ALONZO, Claudia (2011): *El incumplimiento resolutorio en el Código Civil* (Legal Publishing).
- MEJÍAS ALONZO, Claudia (2013): “La excepción de contrato no cumplido y su consagración en el código civil chileno”, *Revista Chilena de Derecho* vol. 40 n.º 2.
- MOMBERG URIBE, Rodrigo y PIZARRO WILSON, Carlos (2021): “Fisonomía y efectos de los contratos conexos o grupos de contratos”, *Ius et Praxis* vol. 27 n.º 2.
- MORALES MORENO, Antonio Manuel (1983): “El ‘propósito práctico’ y la idea de negocio jurídico en Federico de Castro”, *Anuario de Derecho Civil* vol. 36 n.º 4.
- NANNI, Luca (2009): ‘La risoluzione del contratto per inadempimento’, in Visintini, Giovanna (dir.), *Trattato della responsabilità contrattuale*, vol. I (CEDAM).
- NICOLUSSI, Andrea (2021): *Le obbligazioni* (Wolters Kluwer/CEDAM).
- OVIDEO ALBÁN Jorge y VIDAL OLIVARES, Álvaro (2020): “El concepto unitario de incumplimiento en el moderno derecho de los contratos”, *Universitas* vol. 69.
- PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel (2003): *Obligaciones. Teoría general y clasificaciones. La resolución por incumplimiento* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- PIZARRO WILSON, Carlos (2005): “La excepción por incumplimiento contractual en el derecho civil chileno”, en Varas Braun, Juan Andrés y Turner Saelzer, Susan (eds.), *Estudios de derecho civil* (LexisNexis).
- PIZARRO WILSON, Carlos (2008a): “La culpa como elemento constitutivo del incumplimiento en las obligaciones de medio o diligencia”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* vol. XXXI.
- PIZARRO WILSON, Carlos (2008b): “Hacia un sistema de remedios al incumplimiento contractual”, en Guzmán Brito, Alejandro (ed.), *Estudios de derecho civil III* (LegalPublishing).
- PIZARRO WILSON, Carlos (2014): “Notas acerca de los límites a la pretensión de cumplimiento del contrato”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* vol. 21 n.º 1.
- POLO MARTÍNEZ, Carmen Alicia (2018): “Incumplimiento del contrato en la legislación civil y comercial colombianas a partir del moderno derecho de los contratos”, *Revista Vis Iuris* vol. 66 n.º 11.
- PRADO LÓPEZ, Pamela (2015a): *La colaboración del acreedor en los contratos civiles* (Thomson Reuters).

- PRADO LÓPEZ, Pamela (2015b): "La colaboración del acreedor: una aplicación concreta de la buena fe", en San Martín Neira, Lilian C. (ed.), *La buena fe en la jurisprudencia. Comentarios y análisis de sentencias* (Thomson Reuters).
- PRADO LÓPEZ, Pamela (2016): "La inobservancia al deber de colaboración del acreedor en el derecho chileno: un caso de incumplimiento contractual", *Revista de Derecho (Valdivia)* vol. XXIX n.º 2.
- PROCCHI, Federico (2014): "I caratteri della prestazione nell'enunciato dell'art. 1174 Cod. Civ.", in Garofalo, Luigi (dir.), *Trattato delle obbligazioni. La struttura e l'adempimento*, vol. II (Wolters Kluwer/CEDAM).
- RAMOS PAZOS, René (2008): *De las obligaciones* (LegalPublishing, tercera edición).
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (2015): *Responsabilidad contractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- RODRÍGUEZ PINTO, María Sara (2017): "Cargas de colaboración y distribución de riesgos en el contrato de construcción", en Figueroa Valdés, Juan Eduardo (coord.), *Derecho de construcción. Análisis dogmático y práctico* (Santiago, Ediciones DER).
- SAN MARTÍN NEIRA, Lilian C. (2009): "Sobre la naturaleza jurídica de la 'cooperación' del acreedor al cumplimiento de la obligación: la posición dinámica del acreedor en la relación obligatoria, como sujeto no sólo de derechos, sino también de cargas y deberes", *Revista de Derecho (Universidad de Concepción)* n.º 225-226.
- SAN MARTÍN NEIRA, Lilian C. (2012): "Noción de incumplimiento en la perspectiva de la armonización del derecho latinoamericano", en Priori Posada, Giovanni F. y Morales Hérvias, Rómulo, *De las obligaciones en general. Coloquio de Iusprivatistas Roma y América* (Fondo Editorial Universidad Católica del Perú).
- SAN MARTÍN NEIRA, Lilian C. (2012b): "El deber de aviso ante el caso fortuito o fuerza mayor: ¿tiene aplicación en Chile?", en Elorriaga de Bonis, Fabián (ed.), *Estudios de derecho civil VII* (Thomson Reuters).
- SAN MARTÍN NEIRA, Lilian C. (2012c): *La carga del perjudicado evitar o mitigar el daño* (Universidad Externado de Colombia).
- SAN MARTÍN NEIRA, Lilian C. (2015): "La posición dinámica del acreedor en la relación obligatoria. A propósito de 'Julio Fritz Vidal con Banco Santander Chile'. Corte Suprema, Rol N° 137-2010", en San Martín Neira, Lilian C. (ed.), *La buena fe en la jurisprudencia. Comentarios y análisis de sentencias* (Thomson Reuters).
- VIDAL OLIVARES, Álvaro (2007a): "Cumplimiento e incumplimiento contractual en el código civil. Una perspectiva más realista", *Revista Chilena de Derecho* vol. 34 n.º 1.
- VIDAL OLIVARES, Álvaro (2007b): "La noción de incumplimiento esencial en el Código Civil", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* vol. XXXII.
- VIDAL OLIVARES, Álvaro (2009): "El incumplimiento resolutorio en el Código Civil. Condiciones de procedencia de la resolución por incumplimiento", en Pizarro Wilson, Carlos (coord.), *Estudios de derecho civil IV* (LegalPublishing).



VIDAL OLIVARES, Álvaro (2011): “El incumplimiento y los remedios del acreedor en la propuesta de modernización del derecho de las obligaciones y los contratos español”, *Revista Chilena de Derecho Privado* n.º 16.

VIDAL OLIVARES, Álvaro (2018): “La noción de incumplimiento. Una mirada unitaria desde la idea de vinculación contractual ‘garantía’”, en Vidal Olivares, Álvaro (dir.), *Estudios de derecho de contratos en homenaje a Antonio Manuel Morales Moreno* (Thomson Reuters).

VIDAL OLIVARES, Álvaro y MOMBERG URIBE, Rodrigo (eds.) (2018): *Cumplimiento específico y ejecución forzada del contrato. De lo sustantivo a lo procesal* (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso).

### *Jurisprudencia*

CORTE SUPREMA (2011): rol n.º 137-2010, 4 de julio de 2011).

CORTE SUPREMA (2011), rol n.º 430-2010, 7 de junio de 2011.

CORTE SUPREMA (2014): rol n.º 1859-2013, 28 de mayo de 2014.

CORTE SUPREMA (2014): rol n.º 2073-2013, 29 de mayo de 2014.

CORTE SUPREMA (2015): rol n.º 26847-2014, 26 de agosto de 2015.

CORTE SUPREMA (2016); rol n.º 20584-2015, 7 de julio de 2016.

CORTE SUPREMA (2019): rol n.º 1232-2019, 6 de enero de 2019.

CORTE SUPREMA (2019): rol n.º 35587-2017, 22 de julio de 2019.

CORTE SUPREMA (2019): rol n.º 35722-2017, 24 de septiembre de 2019.

CORTE SUPREMA (2021): rol n.º 33474-2019, 28 de diciembre de 2021.

CORTE SUPREMA (2022): rol n.º 4162-2021, 21 de enero de 2022.

CORTE SUPREMA (2022): rol n.º 92048-2020, 2 de mayo de 2022.



# DERECHO COMPARADO. UNA PRIMERA APROXIMACIÓN\*

## COMPARATIVE LAW. A FIRST VIEW

*María Elisa Morales\*\**

RESUMEN: Este trabajo presenta una síntesis de temas fundamentales en el ámbito del derecho comparado, con el objetivo de ofrecer una introducción concisa a esta disciplina. Se pone especial énfasis en aspectos clave, como los objetivos, los métodos y los trasplantes legales. La metodología utilizada es descriptiva, respaldada por un análisis de la doctrina más relevante en este campo.

PALABRAS CLAVE: derecho comparado, trasplantes legales, método comparado.

ABSTRACT: This paper offers a synthesis of some fundamental topics in the field of comparative law, with the purpose of providing a concise introduction to this discipline. Special emphasis is placed on certain key topics of comparative law, such as its objectives, methods and legal transplants. The methodology adopted is descriptive, supported by an analysis of the most relevant doctrine in this area.

KEYWORDS: comparative law, legal transplants. comparative method.

---

\* Este artículo surge de la preparación de la asignatura de Derecho Comparado que he impartido en los programas de doctorado en derecho de la Universidad Austral de Chile –junto a la profesora María Paz Gatica– y Universidad de La Sabana, Colombia. Agradezco a Diego Nichi por su colaboración en los aspectos formales del trabajo.

\*\* Doctora en Derecho. Académica de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile. Correo electrónico: maria.morales@uach.cl

## INTRODUCCIÓN

Definir el derecho comparado es “fácil y difícil a la vez”<sup>1</sup>; es fácil en el sentido de que puede definirse como la comparación de normas jurídicas, conceptos, categorías o instituciones en un sistema con las de otro; pero es también difícil porque esa definición está plagada de ambigüedades. Por cierto, que se trata de un asunto complejo. El debate incluye variados aspectos que van desde la cuestión de si se trata de una disciplina o un método, a cuál debiese ser su denominación más correcta<sup>2</sup>. No obstante, es innegable la importancia que ha cobrado, lo cual se refleja en la proliferación de: revistas, blogs, asociaciones, congresos y artículos especializados en la materia. A estas alturas, se afirma que el derecho comparado se ha vuelto “indispensable para todos los investigadores doctorales, jueces y legisladores”<sup>3</sup>.

Ahora, esta disciplina<sup>4</sup> tiene una evolución que es necesario mencionar aquí. Se dice que el derecho comparado contemporáneo se desarrolló como respuesta a la fragmentación de las leyes europeas tras la codificación<sup>5</sup>. Su llegada al mundo científico se suele situar en el “Congreso Mundial de Derecho Comparado” celebrado en París en 1900<sup>6</sup>. Desde entonces se habla de una perspectiva “tradicional”, caracterizada por centrarse en el derecho privado de los principales sistemas jurídicos occidentales y por un gran protagonismo del método funcional<sup>7</sup>.

En un resumen muy minimalista, la concepción tradicional se divide en tres partes: descripción de normas jurídicas, análisis comparativo y evaluación crítica. En dicho esquema, una pregunta funcional suele ser el punto de partida y guía de la investigación<sup>8</sup>. Esta estructura tradicional se ha caracterizado por un gran énfasis en la similitud, por lo tanto, se le relaciona con el objetivo de reducir las diferencias entre sistemas jurídicos y propender hacia la armonización o la unificación.

Luego, como una reacción, surge el denominado “derecho comparado moderno”<sup>9</sup> o “posmoderno”<sup>10</sup>, que se diferencia del tradicional por agregar el ele-

---

<sup>1</sup> SAMUEL (2014) pp. 10-13.

<sup>2</sup> Al respecto véase ÖRÜCÜ (2007) pp. 44-47.

<sup>3</sup> *Op. cit.* p. 44.

<sup>4</sup> Si es que se está de acuerdo con esa afirmación, pues algunos sostienen que se trata de un método. Al respecto véase MANCERA (2008) pp. 214-218.

<sup>5</sup> GLENN (2023) p. 57.

<sup>6</sup> ANCEL (1971) p. 18.

<sup>7</sup> HUSA (2024) p. 15.

<sup>8</sup> SIEMS (2022) p. 139.

<sup>9</sup> HUSA (2024) p. 30.

<sup>10</sup> SIEMS (2022) p. 141.

mento de las diferencias al análisis. Este último desafía la concepción tradicional con un enfoque más escéptico. Esta perspectiva se centra en las diferencias entre los sistemas jurídicos, reconociendo que bajo estructuras aparentemente similares pueden existir significados distintos. Como explica Mathias Siems<sup>11</sup>, bajo esta concepción, el principal objetivo del derecho comparado no es identificar denominadores comunes entre los diversos sistemas, sino apreciar su complejidad.

Como se observa, el derecho comparado sigue un desarrollo orientado hacia la perfección de su técnica. La explicación de las nuevas tendencias no forma parte de los objetivos de este artículo, para lo cual se pueden consultar obras recientemente publicadas<sup>12</sup>.

No obstante, la crítica a la concepción tradicional dominada por el funcionalismo, es este el enfoque que predomina<sup>13</sup>. De ahí la importancia de conocerlo, por lo menos en sus rasgos fundamentales. Es por ello que en esta ocasión, el interés radica en ofrecer una síntesis introductoria de lo que tradicionalmente se ha entendido por derecho comparado, mediante la explicación de sus funciones u objetivos principales, su relación con los trasplantes legales y una descripción del método funcional.

## I. LAS FUNCIONES DEL DERECHO COMPARADO

En el contexto de una investigación jurídica surgen las interrogantes de: cuándo, por qué o para qué usar el derecho comparado. Esas preguntas se pueden responder recurriendo a las funciones del mismo<sup>14</sup>. Como explica Patrick Glenn<sup>15</sup>, la idea de que el derecho comparado deba tener unos objetivos propios se generalizó en la medida que este pasó a ser reconocido como una disciplina. Hoy –continúa el autor– el razonamiento jurídico comparado es cada vez más evidente en casi todas las dimensiones del derecho. Es así como el derecho comparado está cada día más integrado en la ciencia jurídica como técnica fundamental. Incluso, se ha sostenido que debería considerarse una dimensión integral de todas las formas del quehacer jurídico<sup>16</sup>. En todo caso, es la pregunta de in-

---

<sup>11</sup> SIEMS (2022) p. 142.

<sup>12</sup> Véase SIEMS (2022) pp. 139-173.

<sup>13</sup> KISCHEL (2019) p. 14.

<sup>14</sup> Algunos autores hablan de “funciones” y otros de “objetivos”, para referirse a los mismos tópicos. Así, por ejemplo, hablan de “las funciones y objetivos del derecho comparado” ZWEIGERT & KÖTZ (1998) pp. 13-31. Otros autores solo se refieren a “objetivos” (*aims*), por ejemplo: GLENN (2023) p. 57 y KISCHEL (2019) pp. 45-59.

<sup>15</sup> GLENN (2023) pp. 57-65 y KISCHEL (2019) p. 14.

<sup>16</sup> GLENN (1999) p. 843.

investigación la que implicará (o no) alguna forma de derecho comparado y determinará su uso. En esa decisión ayuda prestar atención a las funciones que desempeña.

En primer lugar, como cualquier disciplina, el derecho comparado contribuye al conocimiento<sup>17</sup>, ya que frente a un problema puede brindar una gran gama de soluciones, mucho más amplia que si estudiamos tan solo el derecho nacional. Además, el empleo de este enfoque diluye los prejuicios de la nacionalidad, sirve para penetrar en diferentes sociedades y culturas, es de gran utilidad para los procesos de reformas de leyes, para el crecimiento del propio sistema y aporta al desarrollo de una actitud crítica que engendra más soluciones que las controversias doctrinales<sup>18</sup>.

Además de los objetivos de mejora de la legislación nacional, deben considerarse otras aplicaciones más pragmáticas del razonamiento jurídico comparado<sup>19</sup>. Un ejemplo destacado es la armonización regional<sup>20</sup> o internacional del derecho, que implica ejercicios comparativos<sup>21</sup>. También se reconoce que el derecho comparado es una herramienta indispensable para ciertas formas internacionales de la práctica jurídica. De hecho, en la actualidad, la comparación de sistemas jurídicos e instituciones nacionales resulta esencial para diseñar estrategias y resolver asuntos transnacionales, así como en el ámbito de los arbitrajes internacionales<sup>22</sup>.

En síntesis, siguiendo a Uwe Kischel<sup>23</sup>, el derecho comparado facilita la comunicación entre los distintos sistemas jurídicos, destacando las diferencias culturales. Resulta de especial relevancia en la formación jurídica, pues evita la estrechez y el “narcisismo legal” o “provincialismo jurídico”<sup>24</sup>, y amplía la perspectiva de los estudiantes al mostrar que las cuestiones jurídicas pueden resolverse o, incluso, abordarse, de formas diferentes a las del propio ordenamiento jurídico.

Además de todo lo anterior, el razonamiento jurídico comparado mejora la comprensión del derecho nacional, ya que, al compararse con soluciones extranjeras, se ponen de manifiesto tanto las fortalezas como las debilidades del sistema jurídico propio. También fomenta el interés por mejorar el sistema local mediante la influencia del derecho extranjero. De hecho, el derecho

---

<sup>17</sup> ZWEIGERT & KÖTZ (1998) p. 34.

<sup>18</sup> *Ibid.*

<sup>19</sup> GLENN (2023) p. 62.

<sup>20</sup> Artículos que se refieren a armonización en Latinoamérica: SAN MARTIN, SALGADO y ES-BORRAZ (2024) pp. 275-302 y DE LA MAZA y VIDAL (2024) pp. 303-358.

<sup>21</sup> ZWEIGERT & KÖTZ (1998) p. 16.

<sup>22</sup> ANCEL (1971) p. 18.

<sup>23</sup> KISCHEL (2019) pp. 45-59.

<sup>24</sup> BANFI (2004) p. 208.

comparado ayuda a identificar problemas y a encontrar soluciones modelo sin depender de la experiencia e imaginación propias, actuando, muchas veces, como ensayo o “prueba de campo jurídica”. Es esencial que los conocimientos adquiridos en el extranjero se adopten en el país de origen con la cautela y el respeto necesarios hacia las diferencias legislativas y culturales, en lo que se conoce como un “trasplante por adaptación”.

## II. TRASPLANTES LEGALES<sup>25</sup>

El principal objetivo del derecho comparado es conocer las soluciones que diferentes sistemas jurídicos extranjeros ofrecen a un determinado problema<sup>26</sup>. Por lo tanto, su estudio resulta valioso en contextos de procesos de reforma, cuando surge la idea de modificar normas locales o desarrollar soluciones jurídicas que respondan a una nueva necesidad. Así, el estudio del derecho extranjero suele tener algún papel en el proceso de formación de las leyes<sup>27</sup>. Es esta la función del derecho comparado que lo transforma en un instrumento para el cambio legislativo y que conecta con un tema clave en esta disciplina, los denominados “trasplantes legales”.

Existe consenso respecto de que el término ‘trasplante’ en el derecho tiene, sin duda, una raíz metafórica tomada de la medicina por Otto Khan-Freund y Alan Watson. Ambos autores utilizaron el trasplante de órganos como metáfora para invocar la imagen de un sistema legal que adopta reglas o instituciones de otro sistema jurídico para implantarlas en el sistema nacional<sup>28</sup>.

Ahora, determinar el significado preciso del término ‘trasplante legal’ no es sencillo, pues el asunto plantea “más preguntas que respuestas” y más “propuestas que estructuras plenamente consensuadas”<sup>29</sup>.

Además, la denominación tiene varios sinónimos, ya que al término ‘trasplante’ se asocian otros tales como ‘circulación de modelos legales’, ‘transferencias’, ‘recepciones’, ‘préstamos’, o influencia del derecho extranjero, entre otros<sup>30</sup>.

Luego, de entre las muchas definiciones que se pueden encontrar de trasplante legal, una que parece una perspectiva bien difundida, es aquella según la cual estos ocurren cuando el estudio de normas u otras fuentes de derecho

<sup>25</sup> En esta parte se sigue de cerca a MORALES (2023) pp. 58-106.

<sup>26</sup> ZWEIGERT & KÖTZ (1998) p. 15.

<sup>27</sup> KISCHEL (2019) pp. 54-59.

<sup>28</sup> CAIRNS (2013) p. 643.

<sup>29</sup> KISCHEL (2019) p. 60.

<sup>30</sup> GRAZIADEL (2019) pp. 444-445.

extranjero conduce a los legisladores a integrar normas o instituciones legales específicas de leyes extranjeras en el derecho nacional<sup>31</sup>. Esta noción es tan amplia como para albergar todos los fenómenos relacionados.

Ahora, la noción se restringe cuando se asocia el fenómeno al uso de algún método comparado. En efecto, si se adopta una perspectiva idealista<sup>32</sup>, el derecho comparado no debe confundirse con un simple conocimiento o descripción de un sistema jurídico extranjero o la caracterización de una norma puntual, o lo que podría ser, la simple referencia al derecho foráneo dentro del proceso de formación de las leyes o como una cita en una sentencia o en un artículo académico. Es así como se diferencia entre un trasplante legal producto del uso de algún método comparado de aquellos que no. El asunto es que un trasplante con derecho comparado debiese ser más eficaz porque entraña una reflexión y un método.

La conexión de la comparación con los trasplantes se sitúa bajo el enfoque dinámico del derecho comparado<sup>33</sup>. De ahí que la referencia a los trasplantes legales sea una herramienta conceptual útil para estudiar el movimiento de ciertas ideas jurídicas de un sistema determinado a otro.

Un caso típico y claro consiste en aquella situación en la que el legislador de un país promulga una nueva norma jurídica o institución que sigue, en gran medida, la de otro país<sup>34</sup>, de modo que en los procesos de reforma o de redacción de leyes se constituyen como verdadero instrumento de política legislativa<sup>35</sup>.

El trasplante suele no ser un evento único. Es un proceso continuo y complejo que involucra al legislador y a otros actores como académicos y profesionales del derecho. Recientemente, además, ha habido amplias discusiones sobre las citaciones de sentencias extranjeras en decisiones judiciales, lo que puede conceptualizarse también como una forma de trasplante legal<sup>36</sup>.

Como es posible advertir, son múltiples los factores que intervienen en el proceso de adopción de una norma extranjera y, a su vez, muchos los factores

---

<sup>31</sup> KISCHEL (2019), p. 57.

<sup>32</sup> Tal y como apunta Mathias Reimann, la perspectiva idealista señala que el estudio del derecho extranjero no es derecho comparado, ya que este último se define por la comparación y, en el estudio del derecho extranjero no hay comparación alguna, pero es el primer paso del estudio comparativo. Bajo una perspectiva realista, el estudio del derecho extranjero podría ser catalogado como derecho comparado porque en la realidad es a este ejercicio al que los comparatistas dedican la mayor parte del tiempo. Así, es fácil reconocer conferencias, publicaciones, etc. bajo "la bandera del derecho comparado", donde no se hace comparación alguna, sino que se describe, crítica y se aprende de los sistemas extranjeros. REIMANN (2012) p. 15.

<sup>33</sup> GOLBACH (2019) p. 10.2.

<sup>34</sup> SIEMS (2022) p. 232.

<sup>35</sup> FERREIRA y MORAIS (2018) p. 32.

<sup>36</sup> SIEMS (2022) p. 232.



de interés para los comparatistas estudiosos de estos procesos. La discusión gira en torno a la consideración del contexto del cual se desprende la norma o institución objeto del trasplante y del país receptor, dado que este ejercicio no se produce en un “vacío cultural”<sup>37</sup>.

Sobre la base de la importancia dada a la consideración del factor cultural en el proceso comparativo que acompaña a un trasplante, una posición doctrinal sostiene que no es posible separar la norma de su contexto –comprendido el derecho como un fenómeno arraigado en una específica cultura– y esto redundaría en que los trasplantes legales son imposibles<sup>38</sup>. Sin embargo, esta es una postura extrema, existiendo posiciones más temperadas<sup>39</sup>, según las cuales existirían trasplantes autónomos, así como también otros que pueden ser caracterizados como no autónomos, siendo los primeros aquellos que versan sobre instituciones menos relacionadas con su lugar de origen, lo cual haría viable un trasplante. En este sentido, se asume que una consecuencia de la globalización de la economía es que las normas de contenido patrimonial, como lo son, por ejemplo, las que integran el derecho del consumo, se trasplantan con mayor facilidad, mientras que las normas relativas a asuntos más vinculados a la cultura del sistema de origen<sup>40</sup> –como el derecho sucesorio o de familia– son más resistentes a la recepción.

En todo caso, los trasplantes legales suelen justificarse más que en factores culturales, en razones de prestigio percibido y –nuevamente– de globalización de la economía<sup>41</sup>. Por ejemplo, para cumplir con las condiciones exigidas por un tratado de libre comercio o para cumplir con las exigencias de alguna organización internacional<sup>42</sup>.

---

<sup>37</sup> HUSA (2018) pp. 129-150.

<sup>38</sup> LEGRAND (1997) p. 114.

<sup>39</sup> GRAZIADEI (2019) p. 471.

<sup>40</sup> Así, por ejemplo, los debates en torno a la incorporación del concepto de *trusts* provenientes del *common law* en ordenamientos de la tradición romano-canónica, enfrenta la dificultad de adaptarse a sistemas que no tienen un equivalente a la idea de *equity* que, si bien es posible, requiere una profundización del estudio comparado para adaptar tal institución. Algo similar podría decirse de trasplantar la noción de buena fe en el derecho inglés a propósito del control de fondo de cláusulas abusivas.

<sup>41</sup> GRAZIADEL (2019) pp. 458-459.

<sup>42</sup> Un ejemplo de esto es la pertenencia de Chile a la OCDE –organismo al cual Chile pertenece desde mayo de 2010– el cual emite recomendaciones que, si bien no son de naturaleza vinculante, “aspiran a que los países miembros mejoren gradualmente sus políticas públicas en el tiempo, como resultado de un proceso reflexivo”, y en ese sentido empujan a los Estados miembros a adecuar su ordenamiento jurídico de modo que tales recomendaciones puedan ser ejecutadas. Se ha sostenido que, a raíz de la pertenencia a este organismo, se han conseguidos logros económicos, sociales y avances en materia de protección legal de ciertos grupos, tales como las modificaciones legales a la Ley n.º 19496 mediante la Ley n.º 20555, que fortalece los derechos de los consumidores en materia financiera.

Luego, surge la pregunta sobre cómo ocurren los trasplantes legales en la realidad. Sobre esto, se han verificado diferentes formas y estilos. Margit Cohn<sup>43</sup> señala que los estos pueden ser analizados según su grado de conformidad con la norma original. De ahí que un trasplante pueda clasificarse de acuerdo con el grado de recepción en el país importador, entre aquellos que logran “convergencia plena”, si el trasplante opera adoptando la norma o institución de forma idéntica; luego, con grados decrecientes la tipología pasa del “ajuste fino” a diferentes modos de transformaciones y adaptación, hasta aquellos casos en los que hay distorsión total. Así, por ejemplo, algunos estudios han revelado que, al menos en Latinoamérica, y, particularmente en Chile, si bien se sigue en buena medida el derecho europeo, dicha influencia es inicial<sup>44</sup> o mezclada con otras fuentes y, en consecuencia, se produce lo que se llama una “adaptación”<sup>45</sup>. Hay también ejemplos de copia sin adaptación. Así, la trasposición que el Reino Unido hizo, por primera vez, de la directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas<sup>46</sup>.

En resumen, cuando se intenta mejorar el propio ordenamiento jurídico, ya sea en la labor legislativa o académica, resulta obvio mirar al otro lado de las fronteras. Esa es la justificación de un trasplante. Con todo, importar normas y soluciones del extranjero puede no funcionar debido a la diferencia de contexto. De ahí que pueda ser necesario, además, un estudio contextual exhaustivo<sup>47</sup>. Luego, para ello es recomendable utilizar el método comparado en el proceso de trasplante, especialmente considerando las perspectivas más modernas. Esto es fundamental, con el objetivo de proyectar y evaluar, en cierta medida, la eficacia de la nueva solución además de evitar otra clase de problemas jurídicos, como, por ejemplo, la superposición normativa.

### III. SÍNTESIS DEL MÉTODO FUNCIONAL

El derecho comparado tradicional ha sido criticado por su visión algo imprecisa respecto a los métodos empleados en su investigación. Aunque el uso de metodologías comparativas guarda ciertas similitudes con las ciencias exactas, se distingue de ellas por la naturaleza “heurística” de su enfoque<sup>48</sup>, lo que ha generado una percepción de flexibilidad metodológica. No obstante, las corrien-

---

<sup>43</sup> COHN (2010) p. 592.

<sup>44</sup> Un ejemplo sobre esto puede verse en MORALES y TAMBUSI (2024) pp. 417-452.

<sup>45</sup> CAFFERA, MOMBERG y MORALES (2024) pp. 453-474.

<sup>46</sup> MORALES (2017) pp. 281-304.

<sup>47</sup> VAN HOECKE (2015) p. 3.

<sup>48</sup> HUSA (2024) p. 18.

tes contemporáneas del derecho comparado han corregido estas deficiencias mediante la incorporación de métodos empíricos e interdisciplinarios, promoviendo una mayor rigurosidad en el análisis comparativo<sup>49</sup>.

Debido al carácter introductorio de este trabajo, resulta pertinente, por el momento, la descripción tradicional del proceso de investigación comparativa. En cualquier caso, es importante destacar, siguiendo la perspectiva de Mark van Hoecke, que los métodos sean excluyentes entre sí, estos pueden combinarse o utilizarse de manera complementaria para lograr un estudio más profundo y exhaustivo. En este sentido, los métodos se conciben como una “caja de herramientas” disponible para la investigación, aportando diversos enfoques, y no como una “hoja de ruta metodológica fija”<sup>50</sup>. De este modo, son el objetivo y la pregunta de investigación los que determinarán qué métodos resultan más adecuados para su aplicación.

A continuación, se expone una descripción del método tradicional del derecho comparado: el método funcional, por ser el más extendido y considerado la “corriente principal”<sup>51</sup>.

El método funcional ha sido llamado “el mantra” del derecho comparado, el método tradicional, y para sus defensores, es el método más fructífero<sup>52</sup>. Para algunos, el método funcional es el punto de partida para casi todos los estudios de derecho comparado<sup>53</sup>.

Cada vez que se estudia el método funcional y, por cierto, cada vez que se escribe sobre derecho comparado, hay una referencia obligada: la introducción al derecho comparado de Konrad Zweigert y Hein Kötz. Bien lo ha expresado en nuestro medio María Ignacia Besomi:

“La formulación contemporánea más difundida del método funcionalista se la debemos a Konrad Zweigert y Hein Kötz, quienes, siguiendo en esto a Rabel, pusieron al centro del método comparativo la idea de función”<sup>54</sup>.

Konrad Zweigert & Hein Kötz<sup>55</sup> aciertan al señalar que, como toda actividad intelectual, la investigación comparativa comienza con una pregunta que a menudo surge de una insatisfacción con la solución que ofrece el propio sistema jurídico. Esta insatisfacción sirve como impulso para observar cómo otros sistemas han resuelto el mismo problema, en busca de una solución superior.

---

<sup>49</sup> Véase SIEMS (2022) p. 141 y ss.

<sup>50</sup> HUSA (2024) p. 18.

<sup>51</sup> *Ibid.*

<sup>52</sup> MICHAELS (2006) p. 346.

<sup>53</sup> KISCHEL (2019) p. 88.

<sup>54</sup> BESOMI (2024) p. 32.

<sup>55</sup> ZWEIFERT & KÖTZ (1998) p. 34.

La inquietud intelectual puede, también, tener su origen en la simple búsqueda de conocimiento, lo que lleva a estudiar soluciones extranjeras que, por su mayor calidad en comparación con la realidad nacional, incitan a contrastar y profundizar en la crítica del propio ordenamiento.

Con independencia de la motivación, Konrad Zweigert & Hein Kötz<sup>56</sup> sostienen que un principio fundamental rige toda investigación comparada: el funcionalismo. Según este punto de vista:

“lo incomparable no puede ser comparado de manera útil y, en derecho, solo son comparables aquellas instituciones que cumplen la misma función”.

La función es, en este esquema, la piedra angular, y “cumple el rol de *tertium comparationis*, o punto de referencia común, para estructuras y conceptualizaciones jurídicas heterogéneas”<sup>57</sup>.

Esta idea se basa en lo que se llama “presunción de similitud” o “universalismo”<sup>58</sup>, es decir, la presunción de que todos los ordenamientos jurídicos se enfrentan esencialmente a los mismos problemas, resolviéndolos de maneras diversas, pero alcanzando resultados equivalentes. Por ello, la comparación resulta útil para descubrir las distintas soluciones a un mismo problema y los resultados de las mismas.

En consecuencia, según el funcionalismo, la pregunta de investigación que guíe el estudio comparado debe formularse en términos estrictamente funcionales, es decir, debe centrarse en la función de la institución jurídica, sin referirse a conceptos propios del sistema jurídico específico. Konrad Zweigert y Hein Kötz<sup>59</sup> ilustran esta idea con el siguiente ejemplo: ¿qué requisitos formales se exigen para los contratos de compraventa en el derecho extranjero? Una pregunta de este tipo constituye un punto de partida que debería guiar el análisis comparativo, afinándose de manera progresiva según el ámbito y los ordenamientos seleccionados para la comparación. Si al hacerse la pregunta respecto de un ordenamiento seleccionado el investigador concluye que “no hay nada que reportar”, debiese replantear los términos de la misma y depurarla de todo aquellos que pertenezca a su propio sistema. En otras palabras, quiere decir que su pregunta está mal planteada, o que debe explorar más allá de la norma jurídica contenida en la ley, pues es posible que la solución se encuentre en la costumbre<sup>60</sup>.

---

<sup>56</sup> ZWEIGERT & KÖTZ (1998) p. 34.

<sup>57</sup> BESOMI (2024) p. 32.

<sup>58</sup> HUSA (2024) p. 15.

<sup>59</sup> ZWEIGERT & KÖTZ (1998) p. 34.

<sup>60</sup> *Ibid.*

El método funcional se encuentra muy relacionado a la visión y estructura tradicional de la investigación comparativa. Jaakko Husa lo ha explicado de manera clara a través de un esquema que “muestra los principales pasos del enfoque comparativo tradicional”<sup>61</sup> y que se expresa como sigue:

- i. La formulación de una pregunta de investigación en términos funcionales (*a functional reseach question*),
- ii. Construcción del marco comparativo. (Esto es la identificación y decisión del objeto de comparación o sistemas que serán comparados).
- iii. Descripción de los objetos de comparación.
- iv. Enumeración de similitudes y diferencias.
- v. Análisis y explicaciones de esas similitudes y diferencias y de las respuestas a la pregunta.
- vi. Evaluación de los descubrimientos producto de la comparación.

La pregunta de investigación es determinante, pues identifica tanto el problema de investigación como el rango que va a considerar, es decir, qué sistemas y qué partes de esa selección se van a comparar. Esta decisión debe tomarse con cautela, evitando abarcar más de lo que permiten los recursos del comparatista, ya que decisiones en exceso ambiciosas conllevan varios riesgos. Entre ellos, realizar comparaciones superficiales que carezcan de fiabilidad e impacto o no comprender de manera cabal el funcionamiento de las instituciones analizadas, entre otros posibles problemas.

Así, se distinguen niveles de comparación que diferencian entre macro y microcomparación<sup>62</sup>. La forma más ambiciosa consiste en comparar sistemas jurídicos en cuanto tales, y a esto se le llama “macrocomparación”, y

“abarca las funciones e influencia de las fuentes formales del derecho (ley, jurisprudencia, doctrina y derecho forense), las técnicas legislativas y judiciales y los procedimientos de resolución de conflictos”<sup>63</sup>.

Luego, se encuentra la “microcomparación” que “se concentra en problemas específicos”. La estructura de una microcomparación que utiliza el método funcional puede plantearse de manera bastante sencilla. Se inicia con una pregunta específica, seguida de una selección justificada de las instituciones concretas de diferentes sistemas a comparar. Luego, se procede a describir los aspectos fundamentales de cómo funcionan esas instituciones en los respectivos ordenamientos extranjeros, para, terminar por llevar a cabo una reflexión crítico-comparativa del fenómeno analizado<sup>64</sup>.

<sup>61</sup> HUSA (2024) p. 15.

<sup>62</sup> ZWEIGERT & KÖTZ (1998) p. 4.

<sup>63</sup> BANFI (2012) p. 210.

<sup>64</sup> En Chile, trabajos que siguen esta estructura: MORALES (2018) pp. 67-91.

El método descrito ha sido criticado como simplista y desprovisto de otras consideraciones importantes al efecto. Como se ha explicado:

“las doctrinas, principios, instituciones y reglas en examen están enraizadas en un contexto económico, social, político, cultural y moral determinado, el que a menudo sólo puede entenderse desde una perspectiva histórica”<sup>65</sup>.

Todas estas consideraciones son incorporadas por aproximaciones más recientes sobre el derecho comparado.

Estas nuevas perspectivas son metodológicamente “más versátiles”. En efecto, la idea que predomina es que un estudio de derecho comparado puede usar varios métodos y, en consecuencia, el comparatista no necesita “un método”, sino que una “caja de herramientas de métodos”<sup>66</sup>. Esto quiere decir que el método tradicional no ha sido abandonado, sino que se espera que este sea complementado por los nuevos enfoques metodológicos.

## CONCLUSIONES

En conclusión, el derecho comparado y los trasplantes legales son tópicos fundamentales para la evolución de los sistemas jurídicos, ya que permiten la incorporación de soluciones extranjeras adaptadas a las necesidades locales. Un análisis comparativo riguroso amplía el abanico de soluciones posibles, promoviendo tanto la adaptación legislativa como el enriquecimiento normativo.

El método funcional, históricamente predominante en el derecho comparado, ha recibido críticas por centrarse en las similitudes y, en ocasiones, ignorar las complejidades contextuales de los sistemas jurídicos. No obstante, a pesar de sus limitaciones, sigue siendo valioso cuando se complementa con enfoques modernos que reconocen las diferencias culturales entre los sistemas comparados.

En este sentido, el uso del método comparado en los trasplantes legales resalta la importancia de una adaptación cuidadosa, donde el estudio de las normas foráneas trasciende la mera importación. La implementación adecuada de los trasplantes exige que el análisis comparativo actúe como guía, garantizando que las soluciones extranjeras no solo se ajusten a las particularidades del nuevo contexto, sino que, también, sean coherentes con la cultura jurídica del país receptor.

---

<sup>65</sup> BANFI (2012) p. 211.

<sup>66</sup> HUSA (2024) p. 15.

Finalmente, aunque la globalización ha facilitado el intercambio de normas jurídicas entre países, la eficacia de los trasplantes legales depende de un análisis crítico y contextualizado. El derecho comparado, en este sentido, no solo contribuye al entendimiento mutuo entre los sistemas jurídicos, sino que, también, se consolida como un mecanismo esencial para la mejora y actualización de los ordenamientos nacionales.

## BIBLIOGRAFÍA

- ANCEL, Marc (1971): *Utilité et méthodes du droit comparé* (Neuchâtel, Editions Ides et Calendes).
- BANFI, Cristián (2012): “Reflexiones generales sobre el derecho privado comparado”, en Universidad de Valparaíso (eds.), *Actas del Congreso Internacional de Derecho. En homenaje al centenario de la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso*, tomo III (Valparaíso, Edeval).
- BESOMI, María Ignacia (2024): “El funcionalismo como método en el derecho comparado”, en Gatica, María Paz; Gutiérrez, Arantxa; Ithurria María Jesús; Morales María Elisa y Wegmann, Adolfo (eds.), *Estudios de derecho comparado* (Valencia, Editorial Tirant lo Blanch).
- CAFFERA, Gerardo; MOMBERG, Rodrigo y MORALES, María Elisa (2024): “Legal Transplants: A Case Study of Private Law in Its Historical Context”, in Siems, Mathias and Yap, Po Jen (eds.), *The Cambridge Handbook of Comparative Law* (Cambridge, Cambridge University Press)
- CAIRNS, John (2013): “Watson, Walton, and the History of Legal Transplants”, *Georgia Journal of International & Comparative Law* vol. 41: pp. 637-696.
- COHN, Margit (2010): “Legal Transplant Chronicles: The Evolution of Unreasonableness and Proportionality Review of the Administration in the United Kingdom”, *American Journal of Comparative Law* vol. 58: pp. 583-629.
- DE LA MAZA, Íñigo y VIDAL, Álvaro (2024): “Los principios latinoamericanos de derecho de los contratos (PDLIC): Una presentación de sus contenidos fundamentales”, en Gatica, María Paz; Gutiérrez, Arantxa; Ithurria María Jesús; Morales María Elisa y Wegmann, Adolfo (eds.), *Estudios de derecho comparado* (Valencia, Editorial Tirant lo Blanch).
- FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos y MORAIS CARVALHO, Jorge (2018): *Introducción al derecho comparado* (Santiago, Ediciones Olejnik).
- GLENN, Patrick (1999): “Vers un droit comparé intégré”, *Revue Internationale de Droit Comparé* vol. 51 n.º 4: pp. 841-852.
- GLENN, Patrick (2023): “Aims of comparative law”, in Smits, Jan. M.; Husa, Jaakko; Valcke Catherine and Narciso, Madalena (eds.), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law* (Cheltenham, Edward Elgar Publishing).



- GOLDBACH, Toby (2019): "Why Legal Transplants", *Annual Review of Law and Social Science* vol. 15: pp. 10.1-10.19.
- GRAZIADEL, Michele (2019): "Comparative Law as the Study of Transplants and Receptions", in Reimann, Mathias y Zimmermann, Reinhard (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law* (Oxford, Oxford University Press, second edition).
- HUSA, Jaakko (2018): "Developing Legal System, Legal Transplants, and Path Dependence: Reflections on the Rule of Law", *The Chinese Journal of Comparative Law* vol. 6 Issue 2: pp. 129-150.
- HUSA, Jaakko (2024): "Traditional Methods", in Siems, Mathias and Yap, Po Jen (eds.), *The Cambridge Handbook of Comparative Law* (Cambridge, Cambridge University Press).
- KISCHEL, Uwe (2019): *Comparative Law* (Oxford, Oxford University Press).
- LEGRAND, Pierre (1997): "The Impossibility of 'Legal Transplants'", *Maastricht Journal of European and Comparative Law* vol. 4: pp. 111-124.
- MANCERA, Adrián (2008): "Consideraciones durante el proceso comparativo", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* vol. 41: pp. 213-243.
- MICHAELS, Ralf (2006): "The functional method of comparative law", in Reimann, Mathias & Zimmermann, Reinhard (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law* (Oxford, Oxford University Press, second edition).
- MORALES, María Elisa (2017): "La reforma del derecho inglés en materia de cláusulas abusivas", *Revista Chilena de Derecho Privado* n.º 28: pp. 281-304.
- MORALES, María Elisa (2018): "Control by Negotiating: Un estudio de derecho comparado", *Latin American Legal Studies* vol. 2: pp. 67-91.
- MORALES, María Elisa (2023): "Dos ejemplos de trasplantes legales en el derecho del consumo chileno", *Latin American Legal Studies* vol. 11 n.º 1: pp. 58-106.
- MORALES, María Elisa y TAMBUSSI, Carlos (2024): "La influencia europea en el control de cláusulas abusivas en Latinoamérica: Los casos de Argentina y Chile", en Gatica, María Paz; Gutiérrez, Arantxa; Ithurria María Jesús; Morales María Elisa y Wegmann, Adolfo (eds.), *Estudios de derecho comparado* (Valencia, Editorial Tirant lo Blanch).
- ÖRÜCÜ, Esin (2007): "Developing Comparative Law", in Örücü, Esin and Nelkin, David (eds.), *Comparative Law: A Handbook* (Hart, Oxford).
- REIMANN, Mathias (2012): "Comparative Law and neighboring disciplines", en Bussani, Mauro & Matteo, Ugo (eds.), *The Cambridge Companion to Comparative Law* (Cambridge, Cambridge University Press).
- SAMUEL, Geoffrey (2014): *An Introduction to Comparative Law Theory and Method* (Oregon, Oxford and Portland).
- SAN MARTÍN, Lilian, SALGADO, Catalina y ESBORRAZ, David (2024): "¿Por qué obligaciones y no contratos? El trabajo de Gadál", en Gatica, María Paz; Gutiérrez, Arantxa;



Ithurria María Jesús; Morales María Elisa y Wegmann, Adolfo (eds.), *Estudios de derecho comparado* (Valencia, Editorial Tirant lo Blanch).

SIEMS, Mathias (2022): *Comparative Law* (Cambridge, Cambridge University Press, third edition).

VAN HOECKE, Mark (2015): "Methodology of comparative legal research", *Law and Method* vol. 12: pp. 1-35.

WEGMANN, Adolfo (2024): "Comparativismo histórico", en Gatica, María Paz; Gutiérrez, Arantxa; Ithurria María Jesús; Morales María Elisa y Wegmann, Adolfo (eds.), *Estudios de derecho comparado* (Valencia, Editorial Tirant lo Blanch).

ZWEIGERT, Konrad & KÖTZ, Hein (1998): *An Introduction to Comparative Law* (Oxford, Oxford University Press).



# DIGITAL MARKETS ACT DE LA COMUNIDAD EUROPEA: ¿UN MODELO A SEGUIR PARA CHILE?

## EUROPEAN UNION'S DIGITAL MARKETS ACT: A POTENTIAL MODEL FOR CHILE?

*Andrea Amaro Aros\**  
*Laura Costabal Puga\*\**  
*Sebastián Castro Quiroz\*\*\**

RESUMEN: La economía digital y las denominadas plataformas digitales han tenido un crecimiento exponencial aparentemente sin freno en los últimos años. Esto ha despertado la preocupación de diversas autoridades por los posibles efectos dañinos derivados de su tamaño. En el presente artículo se analiza una regulación dictada por la Comunidad Económica Europea, denominada Digital Markets Act, operativa desde hace un año, que se aproxima a las plataformas digitales mediante una regulación que busca controlar de manera preventiva (*ex ante*) los posibles riesgos que ellas presentan. La regulación vigente en el resto del mundo se aproxima a estos riesgos mediante la regulación de competencia existente, la que castiga ilícitos de manera posterior (*ex post*). Junto con describir esta normativa y su operación en este primer año, el artículo explica el sistema chileno y cómo se ha aproximado a las plataformas digitales hasta el momento. Se concluye señalando que, no parece aconsejable aún replicar una regulación como esta, dado que la regulación de competencia *ex post* ha sido capaz de abordar exitosamente los desafíos de estos mercados por ahora.

PALABRAS CLAVE: competencia, plataformas digitales, regulación, economía digital.

---

\* Asociada de Bering. Abogada, Universidad de Chile. Correo electrónico: aamaro@bering.cl

\*\* Asociada de Bering. Abogada, Universidad de Chile. Correo electrónico: lcostabal@bering.cl

\*\*\* Socio de Bering. Profesor colaborador. Programa Doctorado en Derecho, Universidad del Desarrollo. Abogado, Universidad de Chile. Doctor en Derecho, University of Oxford. Correo electrónico: scastro@bering.cl

**ABSTRACT:** The digital economy and the so-called digital platforms have had a seemingly unstoppable exponential growth in recent years. This has raised concerns among various authorities about the possible harmful effects of its size. This article analyzes a regulation issued by the European Economic Community, called Digital Markets Act, operational for a year, which approaches digital platforms through a regulation that seeks to preventively control (*ex ante*) the possible risks that these platforms present. The regulation in force in the rest of the world approaches these risks through existing competition regulations, which punish illegal acts subsequently (*ex post*). Along with describing this regulation and its operation in this first year, the article explains the Chilean system and how it has approached digital platforms so far. It concludes by pointing out that, in the authors' opinion, it does not yet seem advisable to replicate a regulation like this, given that *ex post* competition regulation has been able to successfully address the challenges of these markets for now.

**KEYWORDS:** competition, digital platforms, regulation, digital economy.

## INTRODUCCIÓN:

### MERCADOS DIGITALES Y LIBRE COMPETENCIA

Los denominados mercados digitales han irrumpido con gran fuerza en prácticamente todas las economías del mundo en los últimos veinte años. En la actualidad, la mayor parte de las empresas con mayor capitalización bursátil venden productos o servicios digitales, y se prevé que estas empresas sigan creciendo, y que el sector digital en general también siga el mismo rumbo.

No resulta fácil caracterizar de manera nítida a estos mercados, puesto que varían mucho entre sí, pero siguiendo a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) es posible afirmar que, en general, comparan los siguientes atributos:

- a) tienen un gran tamaño;
- b) operan en mercados de múltiples lados (como una plataforma que conecta a compradores con vendedores) o interconectados (como *software* y *hardware*);
- c) muchas veces sus productos se proveen a los consumidores gratuitamente o de manera subsidiada, o de manera conjunta con paquetes *premium* y
- d) existe una dependencia relevante en los efectos de red, por lo cual mientras más usuarios atraen, mayor es su rentabilidad y mayores son las barreras a la entrada<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> OCDE (2020) p. 5.

Estos mercados operan de manera muy distinta a los mercados tradicionales de los siglos pasados y la teoría económica subyacente también. Por ejemplo, en estos mercados digitales el costo marginal de vender una unidad adicional es muy cercano a cero, puesto que no es necesario fabricar algo nuevo. Asimismo, la venta de estos productos no reduce la cantidad disponible, por lo cual, problemas derivados de la escasez que podrían impactar en el precio, tampoco existen. Y algo que en la economía tradicional era visto como un costo, esto es los datos derivados de la operación de los negocios, se ha transformado en uno de los activos más importantes<sup>2</sup>.

Todo lo anterior ha provocado la irrupción de un agitado debate académico y político sobre si las herramientas tradicionales del derecho de la competencia son capaces y suficientes para abordar adecuadamente los posibles riesgos que se derivan de estos nuevos mercados. Estos debates muchas veces se encuentran alimentados por el miedo que existe respecto a lo desconocido y muy particularmente a una visión específica que ve como posible una especie de superdominancia de un puñado de empresas tecnológicas sobre gran parte de la economía.

Una revisión a aspectos básicos de un análisis de competencia permite ilustrar las posibles complejidades que surgen a partir de estos nuevos mercados digitales. Un buen ejemplo de esto es la forma de definir el mercado relevante en un caso.

Esta definición es una primera cuestión básica que debe realizarse para analizar cualquier mercado desde un punto de vista de competencia. El mercado relevante se define en general como aquel en que participan “todas las empresas que se ejercen presión competitiva mutuamente”<sup>3</sup>. Para ello se considera un mercado de producto y un mercado geográfico<sup>4</sup>.

En cualquier caso de competencia, la definición del mercado relevante es objeto de disputas. En general, quién demanda o acusa define uno pequeño para así agrandar el tamaño del acusado, mientras que quién se defiende busca agrandar el mercado lo más posible –llegando, incluso, a situaciones ridículas– con tal que el tamaño de su empresa sea pequeño.

Este ya convulsionado primer desafío en el análisis de los casos de competencia se ha complejizado más con la irrupción de los mercados digitales explicados anteriormente. Existe una disputa sobre si su dificultad es tal, pero en general se estima que estos mercados presentan mayores retos que los mercados tradicionales o, al menos, más novedosos.

Una dificultad relevante tiene relación con el concepto de sustituibilidad inherente a la definición tradicional de un mercado relevante. Normalmente

---

<sup>2</sup> HOVENKAMP (2024) prefacio.

<sup>3</sup> CENTROCOMPETENCIA (CeCo) (2019).

<sup>4</sup> DEPARTMENT OF JUSTICE Y FEDERAL TRADE COMMISSION (2023).

esta definición descansa en la intercambiabilidad o sustituibilidad desde la perspectiva de un consumidor. Estas, a su vez, descansan en test económicos bien asentados como cálculos de elasticidad cruzada entre productos y entre áreas geográficas. Así, por ejemplo, si se mira un caso concreto como el de la mantequilla, un alza en su precio seguramente hará que una parte de los consumidores migren a una alternativa como la margarina. Esto querrá decir que existe una elasticidad cruzada positiva y que, por tanto, ambos productos son parte del mismo mercado relevante<sup>5</sup>. Asimismo, un consumidor promedio de Concepción ante un alza en el precio de la carne seguramente no viajará a Santiago para comprarla, por lo cual estas ciudades no serían parte del mismo mercado geográfico.

Según Daniel Crane, esta aproximación de sustituibilidad usada tradicionalmente tiene limitaciones que podrían impedir capturar de forma adecuada las dinámicas competitivas en mercados digitales. Por una parte, estos test de intercambiabilidad están diseñados para mercados de un lado, y no de dos, como son la mayoría de los mercados digitales. Adicionalmente, puede no ser capaz de capturar la competencia entre ecosistemas. Por último, sería inadecuado para abordar la competencia por capacidad<sup>6</sup>.

Por supuesto, estos problemas identificados por Daniel Crane pueden ser solucionados con nuevas aproximaciones para analizar empíricamente los mercados relevantes sin necesidad de nuevas regulaciones, pero estas dificultades junto a una incertidumbre generalizada sobre cómo se desarrollarán estos mercados, ha llevado a considerar a muchas jurisdicciones la opción de regularlos de manera preventiva o *ex ante*.

Sin duda, la mayor expresión de esta opción regulatoria para abordar los mercados digitales se encuentra en la Digital Markets Act de la Comunidad Económica Europea, que hace tan solo pocos años introdujo una abundante regulación *ex ante* aplicable para los mercados digitales y principalmente para las plataformas de mayor tamaño.

## I. DIGITAL MARKETS ACT DE LA COMUNIDAD EUROPEA

### 1. Breve historia

El Reglamento de la Unión Europea sobre Mercado Disputables y Equitativos en el Sector Digital, también conocido como Digital Markets Act (DMA) por

---

<sup>5</sup> CRANE (2024) p. 13.

<sup>6</sup> *Op. cit.* p. 13 y ss.

su denominación en inglés, es una de las legislaciones más relevantes que la Unión Europea ha adoptado para regular los mercados digitales y grandes plataformas.

Su finalidad, tal y como lo define el artículo 1 de la DMA, es:

“contribuir al correcto funcionamiento del mercado interior estableciendo normas armonizadas que garanticen a todas las empresas, en toda la Unión, la equidad y disputabilidad de los mercados en el sector digital donde haya guardianes de acceso, en beneficio de los usuarios profesionales y los usuarios finales”.

Para lograr este fin, establece criterios regulatorios cuya aplicación es preventiva, además de definir elementos de derecho de la competencia cuyo empleo es posterior a la implementación de las medidas. Una de estas herramientas es la definición de los llamados “guardianes de acceso” o *gatekeepers*, que son aquellas empresas que prestan u ofrecen alguno de los servicios básicos de plataforma enumerados en el artículo 2(2) del Reglamento<sup>7</sup> y que cumplen con ciertos requisitos que se examinarán posteriormente.

Según los fundamentos de esta regulación, los *gatekeepers* tienen una gran influencia en el mercado interior de la Unión Europea, dado que abren puertas de acceso para que aquellos que utilizan los servicios de la plataforma para suministrar productos o prestar servicios a consumidores finales (“usuarios profesionales”<sup>8</sup>) lleguen a los consumidores finales (“usuarios finales”<sup>9</sup>) en distintos lugares del mundo y en diferentes mercados. Esto, sumado al manejo de grandes cantidades de datos, el control de ecosistemas tecnológicos y un gran poder de mercado, les permite obtener ventajas competitivas que vuelve muy difícil a actuales o potenciales competidores disputar el mercado o competir con ellos.

La combinación de estos factores puede llevar no solo a prácticas de competencia desleal, sino que, también, a la producción de desequilibrios que afectan a usuarios profesionales y finales, cuyo poder de negociación al verse mermado, puede desembocar en detrimentos en precios, calidad e innovación, entre otros.

---

<sup>7</sup> Servicios digitales calificados como “servicios de plataforma central” o CPS por sus siglas en inglés. El referido artículo enumera once CPS: intermediación en línea; motores de búsqueda; redes sociales; intercambio de video; comunicaciones interpersonales; sistemas operativos; navegadores web; asistentes virtuales; *cloud computing* o servicios de computación en nube y publicidad en línea.

<sup>8</sup> El artículo 2, numeral 21) de la DMA define a los usuarios profesionales como: “toda persona física o jurídica que, a título comercial o profesional, utilice servicios básicos de plataforma para suministrar productos o prestar servicios a los usuarios finales o utilice dichos servicios en el marco del suministro de productos o la prestación de servicios a los usuarios finales”.

<sup>9</sup> El artículo 2, numeral 20) de la DMA define a los usuarios finales como: “toda persona física o jurídica que utilice servicios básicos de plataforma y que no lo haga como usuario profesional”.

En virtud de estas preocupaciones surgió el proceso de redacción de la DMA en 2020, liderado por la comisaria de competencia de la Comisión Europea, Margrethe Vestager, que presentó una serie de propuestas para garantizar una mayor competencia en el entorno digital<sup>10</sup>. El objetivo principal era limitar las potenciales prácticas anticompetitivas de las grandes plataformas tecnológicas, que podían perjudicar a empresas más pequeñas y a consumidores.

Durante este proceso se consultó a los Estados miembros de la Unión Europea, al Parlamento Europeo, a las organizaciones de consumidores y a las propias plataformas, lo que dio lugar a intensos debates sobre qué prácticas debían ser prohibidas o reguladas.

Algunas de las principales discusiones giraron en torno a las cláusulas de paridad, nomenclatura que usa la DMA para referirse a lo que comúnmente se denomina cláusulas de nación más favorecida o de cliente preferencial<sup>11</sup>. Estas cláusulas impiden que los usuarios profesionales ofrezcan precios o condiciones diferentes respecto de sus productos o servicios en otras plataformas o en sus propios sitios web. Por ejemplo, suponiendo que existen dos empresas: Megamarket, *marketplace* que conecta vendedores con consumidores, y Supertech, compañía que vende productos electrónicos a través de esta plataforma. Una cláusula de paridad estipulada entre ambas partes obligaría a Supertech a ofrecer siempre en su página web u otras plataformas de intermediación, productos al mismo precio que se ofrece en el *marketplace* de Megamarket, nunca con descuentos o precios más favorables.

El borrador de la DMA solo extendía la prohibición de la implementación de estas cláusulas a las ventas a través de otros servicios de intermediación en línea, sin embargo, hay quienes argumentaban<sup>12</sup> la necesidad de extender dicha limitación también a las ofertas realizadas en los sitios web de los propios usuarios profesionales para evitar el abuso de poder por parte de los *gatekeepers*.

---

<sup>10</sup> En efecto, como parte de la agenda digital prevista para el periodo 2019-2024, se dieron a conocer dos iniciativas centrales: la Estrategia Digital Europea y el Libro Blanco de Inteligencia Artificial. La Estrategia Digital Europea, contemplaba la creación de una regulación *ex ante* de plataformas digitales, además de la implementación de un nuevo instrumento de competencia para abordar problemas estructurales de los mercados. Así fue como nacieron la DMA y la Ley de Servicios Digitales (Digital Service Act), que incluye normas específicas para las plataformas en línea y motores de búsqueda de gran tamaño.

<sup>11</sup> Se hace presente que, para efectos de este artículo, se utilizará la terminología de la DMA, no obstante, ambas formas de definir a este tipo de cláusulas son correctas y se refieren a un mismo concepto.

<sup>12</sup> Disponible en <https://cepr.org/voxeu/columns/digital-markets-act-economic-perspective-final-negotiations> [fecha de consulta: 13 de octubre de 2024].



Las cláusulas de paridad son utilizadas comúnmente para evitar el *free-riding*<sup>13</sup> de usuarios profesionales que, obteniendo los beneficios de publicar en una plataforma, terminen concretando ventas por fuera de la misma al ofrecer mejores condiciones en su propio canal de ventas, conducta que daña los incentivos de la plataforma para invertir en la misma. No obstante, dado que la DMA se aplica a plataformas cuya posición en el mercado es dominante a tal punto de considerarse guardianes de acceso, se estimó que el riesgo previamente mencionado –disminución de los incentivos a invertir en virtud del *free-riding* de usuarios profesionales– era menor a los daños anticompetitivos que podían derivar de la autorización de dichas cláusulas.

Otro punto de debate fue la autopreferencia o *self-preferencing*, que consiste en utilizar la posición de mercado fuerte (o potencialmente dominante) que ostenta un *gatekeeper* en la actividad digital relevante, incluido el acceso a datos relacionados, para tratar los propios productos (o los que le incrementan sus rentas) de manera más favorable que los de otras empresas. Es decir, implica privilegiar la oferta de productos de propiedad de la plataforma por sobre los de terceros competidores<sup>14</sup>.

El borrador original prohibía que las plataformas favorecieran sus propios servicios en los *rankings*, pero algunos querían ampliar esta prohibición a otros contextos, como la promoción de servicios internos en cualquier tipo de plataforma. Aunque esta propuesta generó apoyo, también se consideró difícil de implementar en los casos en que los usuarios profesionales pagan (directa o indirectamente) por el posicionamiento en la plataforma. La dificultad radica en que las plataformas integradas verticalmente siempre pueden pagar más por dicho posicionamiento, sabiendo que pueden compensar dichos costos. Por ello, una subasta que parece justa puede ser siempre utilizada en favor de la firma integrada.

Una propuesta a este respecto<sup>15</sup> se hizo en el sentido de prohibir completamente a los *gatekeepers* el cobro por *rankings* o posicionamiento, aportando, también, a la protección de consumidores, ya que les permite establecer una distinción más clara entre clasificaciones de usuarios profesionales y publicidad pagada<sup>16</sup>, sin embargo, no fue incorporada en la redacción final de las obligaciones de los guardianes de acceso<sup>17</sup>.

---

<sup>13</sup> Conducta a partir de la cual una persona o empresa obtiene beneficios de un bien sin tener que pagar por él, por lo que se le denominada *free-rider* al actuar como “parásito” respecto del bien que obtiene provecho sin un costo asociado.

<sup>14</sup> MOTTA (2022).

<sup>15</sup> Disponible en <https://cepr.org/voxeu/columns/digital-markets-act-economic-perspective-final-negotiations> [fecha de consulta: 13 de octubre de 2024].

<sup>16</sup> FLETCHER, CRAWFORD, CRÉMER, DINIELLI, HEIDHUES, LUCA, SALZ, SCHNITZER, SCOTT, SEIM, SIKINSON (2021).

<sup>17</sup> En la versión final de la DMA, la prohibición del *self-preferencing* quedó establecida en el artículo 6(5) como una obligación en los siguientes términos: “El guardián de acceso no tratará

Por último, las cuestiones sobre portabilidad de datos—capacidad de transferir datos sin afectar su contenido— e interoperabilidad—capacidad de integrar conjuntos de datos— también suscitaron fuertes cuestionamientos.

Una de las características de las plataformas digitales es la compartición de información privada que puede ser utilizada en exceso para el fortalecimiento de la dominancia de los guardianes de acceso, restringiendo la competencia. Establecer condiciones en ambas aristas disminuye los costos de cambiarse a otros servicios digitales, lo que aumenta la competencia, pero también los riesgos asociados a la privacidad de los usuarios y la ciberseguridad.

En general, la DMA en sus artículos 6(3), 6(7) y 7, toma en consideración un contexto en específico para adoptar un enfoque respecto a la interoperabilidad. Por ejemplo, el artículo 7 exige al guardián de acceso que preste servicios de comunicaciones interpersonales hacerlos interoperables con los servicios de otro proveedor que ofrezca o tenga la intención de ofrecer dichos servicios, proporcionando interfaces técnicas necesarias o soluciones similares, previa solicitud y de forma gratuita del actual o potencial proveedor.

En contraposición a la redacción actual, había propuestas que sugerían que el *gatekeeper* proporcionara a los programas de terceros la misma funcionalidad que implementa en su propia versión integrada del servicio. Esto significaba que el rival pudiera ofrecer toda la funcionalidad que el propio sistema operativo de la plataforma ofrece a sus clientes, eliminando la posibilidad de que los competidores obtengan una interoperabilidad técnica degradada<sup>18</sup>.

La DMA se publicó el 14 de septiembre de 2022, tras su adopción formal por el Consejo de la Unión Europea y el Parlamento Europeo. Según lo señalado en su artículo 54, su aplicación comenzó a regir de manera diferida: para algunos apartados a partir del 2 de mayo de 2023, mientras que, para otros, desde el 25 de junio de 2023, encontrándose plenamente vigente en la actualidad.

## 2. Descripción de su contenido

Tal y como se mencionó, la principal innovación de la DMA es el establecimiento de criterios regulatorios que permiten designar e identificar a los guardianes de acceso o *gatekeepers* con el objetivo de influir en la competencia, garantizando la equidad, disputabilidad y transparencia en los entornos digitales, protegiendo, a su vez, los derechos de los usuarios y sus datos.

---

favorablemente, ni en la clasificación ni en las funciones relacionadas de indexado y rastreo, a los servicios y productos ofrecidos por el propio guardián de acceso que a los servicios o productos similares de terceros. El guardián de acceso aplicará condiciones transparentes, equitativas y no discriminatorias a dicha clasificación”.

<sup>18</sup> SCOTT, CRAWFORD, CRÉMER, DINIELLI, FLETCHER, HEIDHUES, SCHNITZER (2021) p. 38.

De acuerdo con esta regulación, los mercados digitales se encuentran dominados por un selecto grupo de plataformas en línea que mantienen gran influencia en los distintos mercados en los que actúan, afectando a los consumidores que utilizan estos servicios digitales, ya sea en la forma de usuarios profesionales o usuarios finales.

Para enfrentar los desafíos que los mercados digitales presentan, la DMA define las obligaciones y prohibiciones a las que estarán sujetos los guardianes de acceso, estableciendo procedimientos de auditoría y supervisión para velar por el cumplimiento de aquellas, además de la realización de investigaciones de mercado que permitirán actualizar las obligaciones de estos guardianes y prever medidas correctoras para hacer frente a infracciones sistemáticas a la DMA.

Las sanciones por incumplir lo establecido en la ley son altas. Varían desde multas del 10 % del volumen de negocios total anual mundial de la empresa, hasta el 20 % en caso de infracciones reiteradas. Además, existen multas coercitivas periódicas de hasta el 5 % del volumen de negocios medio diario y medidas correctoras adicionales adaptadas a la falta cometida, pudiendo ser estructurales o de comportamiento, tales como la cesión de partes de una empresa o la prohibición de tomar parte en una operación de concentración relacionada con los servicios básicos de la plataforma u otros servicios prestados en el sector digital o que posibiliten la recopilación de datos<sup>19</sup>.

Para ser designado como un *gatekeeper* se debe cumplir con los siguientes requisitos:

- i) tener gran influencia en el mercado interior de la Unión Europea;
- ii) prestar un servicio básico de plataforma, que es una puerta de acceso importante para que los usuarios profesionales lleguen a los usuarios finales y
- iii) tener actualmente –o que sea previsible que alcance en el futuro próximo– una posición afianzada y duradera en lo que respecta a sus operaciones<sup>20</sup>.

La DMA presume que una empresa cumple con el primer requisito cuando la empresa consiga un volumen de negocios anual en la Unión Europea igual o superior a siete mil quinientos millones de euros en cada uno de los tres últimos ejercicios, o cuando su capitalización de mercado ascienda como mínimo a setenta y cinco mil millones de euros en el último ejercicio, además de prestar el mismo servicio básico de plataforma en al menos tres Estados miembro<sup>21</sup>.

---

<sup>19</sup> UNIÓN EUROPEA (2022) artículo 18(2).

<sup>20</sup> *Op. cit.* artículo 3 (1).

<sup>21</sup> *Op. cit.* artículo 3 (2), letra a).

El segundo requisito se cumple cuando la plataforma proporciona un servicio básico que, en el último ejercicio, haya tenido al menos cuarenta y cinco millones mensuales de usuarios finales activos y al menos diez mil usuarios profesionales activos anuales<sup>22</sup>.

Por último, el tercer requisito se concreta cuando los umbrales del número de usuarios previamente descritos se hayan alcanzado en cada uno de los dos últimos ejercicios financieros<sup>23</sup>.

La DMA proporciona dos vías para designar a una empresa como *gatekeeper*:

- i) todos los umbrales relacionados al volumen de negocios y usuarios finales se cumplen –artículo 3(2) – o
- ii) no se cumplen todos los umbrales, pero sí los requisitos cualitativos descritos en el artículo 3(1) –tener gran influencia, ser una puerta de acceso y una posición afianzada y duradera–.

En este último caso, la Comisión debe realizar una investigación de mercado considerando distintos elementos para designar al *gatekeeper*, tales como: el tamaño y posición de la empresa, usuarios profesionales y finales, efectos de red, escala, entre otros.

Hasta el momento, la DMA ha definido como *gatekeepers* a seis compañías:

- i) Alphabet (empresa matriz de Google y Android);
  - ii) Amazon;
  - iii) Apple;
  - iv) ByteDance (empresa matriz de Tik Tok);
  - v) Meta (empresa matriz de Facebook, Instagram, WhatsApp y otras)
- y
- vi) Microsoft (empresa matriz de LinkedIn).

Asimismo, ha elaborado una lista con veintidós plataformas/servicios críticos<sup>24</sup> prestados por estos guardianes de acceso.

Las principales obligaciones y prohibiciones que establece la DMA se resumen en el siguiente cuadro:

<sup>22</sup> UNIÓN EUROPEA (2022) artículo 3 (2), letra b).

<sup>23</sup> *Op. cit.* artículo 3 (2), letra c).

<sup>24</sup> Un motor de búsqueda (Google); una plataforma para compartir videos (YouTube); dos grandes servicios de comunicación (Facebook Messenger y WhatsApp, ambos de propiedad de Meta); dos navegadores web (Chrome y Safari); tres de los sistemas operativos más populares (Google Android, iOS y Microsoft Windows); tres servicios de publicidad en línea (Amazon, Google y Meta); cuatro redes sociales (Facebook, Instagram, LinkedIn y Tik Tok); seis plataformas de intermediación (Amazon Marketplace, Google Maps, Google Play, Google Shopping, iOS App Store y Meta Marketplace).

Obligación/Prohibición	Artículo
<p>Prohibición del tratamiento, combinación o cruce de datos personales de usuarios finales en general o con fines publicitarios.</p> <p>Prohibición de utilizar datos de usuarios profesionales en el contexto del uso de los servicios básicos de la plataforma o servicios prestados junto o en apoyo de los servicios básicos de la plataforma del <i>gatekeeper</i>.</p>	Artículo 5(2) y artículo 6(2)
<p>Prohibición de cláusulas de paridad: no se impedirá a los usuarios profesionales ofrecer los mismos productos o servicios a través de otras plataformas o de su propio canal de venta a precios o condiciones diferentes de los que se ofrecen en la plataforma del <i>gatekeeper</i>. Además, se permitirá comunicar y promover ofertas con condiciones diferentes de formas gratuita, independiente si para este fin se utilizan servicios de la plataforma del <i>gatekeeper</i>.</p>	Artículos 5(3) y 5(4)
<p>El guardián de acceso no le exigirá a usuarios profesionales o finales que se suscriban o registren en servicios básicos de plataforma adicional como condición para poder utilizar cualquiera de los servicios prestados por la plataforma del <i>gatekeeper</i>. También dará acceso a los instrumentos de medición del rendimiento del <i>gatekeeper</i> y a los datos necesarios para que puedan realizar su propia verificación independiente.</p>	Artículo 5(8) y artículo 6(8)
<p>Obligación de transparencia sobre rendimiento publicitario: el <i>gatekeeper</i> deberá proporcionar a cada anunciante que lo solicite información diaria y gratuita sobre cada uno de sus anuncios.</p>	Artículos 5(9) y 5(10)
<p>Obligación de permitir dar de baja suscripciones: El <i>gatekeeper</i> permitirá y posibilitará a los usuarios finales desinstalar con facilidad cualquier aplicación del sistema operativo de dicho guardián. A su vez, permitirá modificar la configuración por defecto del sistema operativo, del asistente virtual y del navegador web cuando estos orienten a los usuarios finales a productos o servicios ofrecidos por el <i>gatekeeper</i>.</p>	Artículo 6 (3)
<p>Obligación de permitir <i>sideloading</i>: el <i>gatekeeper</i> permitirá la instalación y el uso efectivo de aplicaciones informáticas o tiendas de aplicaciones de terceros que utilicen su sistema operativo o interoperen con él y permitirá el acceso a estas por medios distintos a los servicios prestados por el <i>gatekeeper</i>. No impedirá, tampoco, que los usuarios finales puedan decidir si configurar estas aplicaciones como opción por defecto.</p>	Artículo 6(4)

<p>Prohibición de <i>self-preferencing</i>: el <i>gatekeeper</i> no tratará más favorablemente, ni en la clasificación ni en las funciones relacionadas de indexado y rastreo, a sus servicios y productos ofrecidos que sean similares a los de terceros.</p>	<p>Artículo 6(5)</p>
<p>Prohibición de restringir el cambio (<i>switching</i>): el <i>gatekeeper</i> no restringirá la capacidad de los usuarios finales para cambiar entre diferentes aplicaciones y servicios y suscribirse a ellos, ni tampoco lo hará en lo que respecta a elección de servicios de acceso a internet.</p>	<p>Artículo 6(6)</p>
<p>Obligación de interoperabilidad: el <i>gatekeeper</i> permitirá a los prestadores de servicio y suministradores de <i>hardware</i> interoperar de forma gratuita con las mismas funciones del <i>hardware</i> y <i>software</i> prestados o suministrados por el <i>gatekeeper</i>. Ello, con independencia de si las funciones forman o no parte del sistema operativo.</p> <p>Las funcionalidades básicas de los servicios de comunicaciones del <i>gatekeeper</i> también deben ser interoperables con los servicios de comunicaciones de otro proveedor que ofrezca o tenga la intención de ofrecer tales servicios, garantizando funcionalidades básicas tales como: mensajes de texto, intercambios de imágenes, mensajes de voz, llamadas, videollamadas, etcétera.</p>	<p>Artículo 6(7) y artículo 7 (completo)</p>
<p>Portabilidad de datos: el guardián de acceso proporcionará a los usuarios finales y a terceros autorizados por un usuario final, a petición de estos y de forma gratuita, la portabilidad efectiva de los datos proporcionados por el usuario final.</p>	<p>Artículo 6 (9)</p>
<p>Obligación de acceso a datos: el <i>gatekeeper</i> proporcionará a los usuarios profesionales y a terceros autorizados por un usuario profesional, a petición de estos y de forma gratuita, el acceso efectivo, de calidad, continuo y en tiempo real a los datos agregados o desagregados, y el uso de tales datos, incluidos los datos personales, que se proporcionen o generen en utilización de los servicios de la plataforma.</p> <p>También proporcionará a terceras empresas proveedoras de motores de búsqueda en línea, a petición de estas, el acceso en condiciones equitativas, razonables y no discriminatorias a datos sobre clasificaciones, consultas, clics y visualizaciones relacionadas a la búsqueda gratuita y de pago generados por los usuarios finales en sus motores de búsqueda en línea.</p> <p>El <i>gatekeeper</i> aplicará a los usuarios profesionales condiciones generales equitativas, razonables y no discriminatorias de acceso a sus tiendas de aplicaciones informáticas, motores de búsqueda en línea y servicios de redes sociales en línea.</p>	<p>Artículos 6 (10), 6(11) y 6(12)</p>

Tras su designación como *gatekeepers*, tienen el deber de proporcionar en el plazo de seis meses, un informe describiendo de manera detallada y transparente las medidas que han aplicado para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones. Estos informes<sup>25</sup> se encuentran actualmente disponibles en la página web de la DMA<sup>26</sup> y deben ser actualizados al menos una vez al año.

Por último, la Comisión podrá abrir una investigación de mercado cuando:

- i) pretenda designar a un nuevo guardián de acceso o determinar qué servicios básicos de plataforma han de enumerarse en la decisión de designación;
- ii) exista un incumplimiento sistemático por parte de un *gatekeeper* previamente designado; y
- iii) pretenda analizar si deben añadirse a la lista de servicios básicos de plataforma uno o más servicios del sector digital, o con el fin de detectar prácticas que limiten la disputabilidad de los servicios básicos de plataforma.

Por su parte, tres o más Estados miembro de la Unión Europea pueden solicitar a la Comisión la apertura de una investigación de mercado en el caso de que existan motivos razonables para suponer que una empresa deba ser designada como guardián de acceso o que deban añadirse a la lista de servicios básicos de plataforma nuevos servicios o se presenten nuevas prácticas que puedan limitar la disputabilidad de dichos servicios básicos. En el caso de que se trate de un incumplimiento sistemático, bastará con que un Estado miembro lo solicite.

En el contexto de estas investigaciones y con el fin de ejercer sus funciones, la Comisión podrá, por medio de una solicitud o decisión, exigir a las empresas o asociaciones de empresas que faciliten información, otorguen acceso

---

<sup>25</sup> Los seis *gatekeepers* hasta ahora designados presentaron sus informes, los que se encuentran disponibles en los siguientes links: Alphabet Inc., publicado el 7 de marzo de 2024. Disponible en <https://transparencyreport.google.com/report-downloads> [fecha de consulta: 18 de diciembre de 2024]. Amazon.com Inc., publicado en marzo de 2024. Disponible en [www.aboutamazon.eu/news/policy/amazon-and-the-digital-markets-act](http://www.aboutamazon.eu/news/policy/amazon-and-the-digital-markets-act) [fecha de consulta: 18 de diciembre de 2024]. Apple Inc., publicado el 7 de marzo de 2024. Disponible en [www.apple.com/legal/dma/dma-ncs.pdf](http://www.apple.com/legal/dma/dma-ncs.pdf) [fecha de consulta: 18 de diciembre de 2024]. ByteDance Ltd., no indica fecha de publicación. Disponible en [www.tiktok.com/transparency/en/dma-transparency-2023/](http://www.tiktok.com/transparency/en/dma-transparency-2023/) [fecha de consulta: 18 de diciembre de 2024]. Meta Platforms Inc., publicado el 6 de marzo de 2024. Disponible en <https://transparency.fb.com/sr/meta-compliance-report-2024> [fecha de consulta: 18 de diciembre de 2024]. Microsoft Corporation, publicado el 6 de marzo de 2024. Disponible en [www.microsoft.com/en-us/legal/compliance/dmacompliance](http://www.microsoft.com/en-us/legal/compliance/dmacompliance) [fecha de consulta: 18 de diciembre de 2024].

<sup>26</sup> En línea <https://digital-markets-act-cases.ec.europa.eu/reports/compliance-reports> [fecha de consulta: 17 de octubre de 2024].



a datos o algoritmos y que entreguen explicaciones sobre los mismos<sup>27</sup>, además de tener competencia para realizar entrevistas, tomar declaraciones<sup>28</sup> y realizar inspecciones<sup>29</sup>.

### 3. Primer año de implementación: lecciones

Si bien las plataformas designadas como guardianes de acceso han cumplido con las obligaciones impuestas en la DMA, su implementación no ha estado exenta de críticas.

Una de las principales se relaciona con la excesiva rigidez que se le imputa. En este sentido, distintos autores<sup>30</sup> consideran que, al ser en extremo inflexible y amplia, la DMA no tendría la capacidad de adaptarse a todos los modelos de negocios o mercados que podrían abarcar los servicios digitales. Esto se da, en parte, debido a que se configura como una regulación *ex ante* que proporciona más certeza respecto de los sujetos regulados –en contraste con una intervención *ex post*<sup>31</sup>–, pero a costa de reducir la flexibilidad que tiene un enfoque regulatorio centrado en el caso a caso<sup>32</sup>. Lo descrito, es particularmente preocupante, dado que la DMA pretende establecer reglas claras para mercados que son en sí dinámicos y que, en consecuencia, necesitan de normativas ágiles que puedan adaptarse a los rápidos cambios que sufren los negocios digitales.

De esto se deducen en esencia dos riesgos: que las reglas sean poco efectivas debido a

- i) incertezas legales relacionadas a las obligaciones impuestas en la DMA, que, si bien pretenden regular un “sector”<sup>33</sup> de manera preventiva, terminan compartiendo características con las leyes de competencia de aplicación general y

---

<sup>27</sup> UNIÓN EUROPEA (2022) artículo 21.

<sup>28</sup> *Op. cit.* artículo 22.

<sup>29</sup> *Op. cit.* artículo 23.

<sup>30</sup> JENNY (2021); SOKOL (2021) y LEMUS & KOKKORIS (2021).

<sup>31</sup> Mientras que una regulación económica *ex ante* impone obligaciones prescriptivas, lo que otorga mayor determinación respecto de las obligaciones y, por ende, los incumplimientos a los que pueden estar sujetos las firmas, las leyes de competencia proscriben conductas y establecen prohibiciones, lo que implica un análisis particular de cada caso y, junto con ello, variados tipos de soluciones a las problemáticas presentadas.

<sup>32</sup> AKMAN (2021).

<sup>33</sup> Definir a los guardianes de acceso como un sector de la economía sería errado, pues se acercan más a entidades, no obstante, tampoco pueden ser completamente asimilables ambos conceptos, porque la DMA no pretende regular un tipo de línea de negocios con un único propósito.



- ii) cambios materiales respecto de los hechos que hacen aplicable la normativa<sup>34</sup>.

Lo cierto es que las obligaciones impuestas en la DMA regulan la actividad –servicios digitales– de un tipo particular de entidades –plataformas–, mediante reglas de conducta prescriptivas y proscriptivas que se traslapan con potenciales infracciones a las normas de competencia. En efecto, un mismo comportamiento puede ser objeto de una investigación bajo la DMA o bajo las reglas de competencia de la Unión Europea, sin que existan reglas que esclarezcan de manera explícita si un procedimiento debe prevalecer por sobre el otro o las reglas que aplican para la coordinación de ambos.

Asimismo, no es clara la diferencia práctica entre las obligaciones y prohibiciones normadas en los artículos 5 y 6, ni tampoco cómo se pretende aplicar de manera indiscriminada un set de reglas a distintos tipos de servicios y plataformas, ya que son variados los negocios que lleva a cabo un guardián de acceso: desde servicios de publicidad a servicios de red social, medios de comunicación masivos o servicios de intermediación en línea, entre otros. En este sentido, se ha sugerido que un mejor enfoque sería adoptar un marco de obligaciones separado para cada servicio que ofrece la plataforma principal, por ejemplo, un listado de obligaciones respecto de motores de búsqueda, otro para *marketplaces*, etcétera<sup>35</sup>.

Adicionalmente, la DMA pretende alcanzar dos objetivos en un solo instrumento. Por un lado, la contestabilidad de los mercados y, por el otro, la equidad en el comportamiento de las grandes plataformas digitales. Sin embargo, estas exigencias son establecidas sin definir de manera explícita lo que se debe entender por “contestabilidad”<sup>36</sup> y “equidad”<sup>37</sup>, pareciendo prevalecer una por sobre la otra.

Si se analiza de manera global la DMA, puede apreciarse que, en general, se busca asegurar un “campo de juego equitativo” que pondera evitar exclusividades mediante herramientas preventivas y prohibiciones, pero no ahonda en un sistema de corrección de la explotación de poder de mercado<sup>38</sup>.

---

<sup>34</sup> AKMAN (2021) p. 17.

<sup>35</sup> *Op. cit.* p. 28.

<sup>36</sup> Al respecto, se ha interpretado por “contestabilidad” como la “promoción de la entrada de nuevas empresas en los mercados principales y adicionales donde operan los gatekeepers, así como en otros mercados donde no están presentes”. [Traducción libre]. PETIT (2021) p. 21.

<sup>37</sup> Por su parte, la “equidad” a la que se refiere la DMA se ha entendido como a que “las reglas del juego establecidas por los gatekeepers no deben crear desequilibrios de cara a los usuarios profesionales y usuarios finales, ni establecerse de manera que los beneficie desproporcionadamente” [traducción libre]. *Ibid.*

<sup>38</sup> “En términos de competencia, la infraestructura legal del DMA se inclina más hacia el régimen de ‘igualdad de oportunidades’ que se encuentra en el artículo 106 del TFUE sobre

## II. MERCADOS DIGITALES EN CHILE: REGULACIÓN, DECISIONES Y JURISPRUDENCIA

### 1. Regulación de libre competencia aplicable a los mercados digitales

La legislación chilena de libre competencia no contempla regulaciones específicas a mercados digitales, siéndoles aplicable el Decreto Ley n.º 211 de 1973, que fija normas para la defensa de la libre competencia (DL 211).

Esta norma –que tiene por objetivo promover y defender la libre competencia en los mercados<sup>39</sup>, adicionalmente a regular a los organismos encargados de darle aplicación–, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) y la Fiscalía Nacional Económica (FNE), tipifica las infracciones a la libre competencia o ilícitos anticompetitivos<sup>40</sup>.

Por una parte, el inciso primero de su artículo 3.º contempla una cláusula general, que dispone que cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia o que tienda a producir dichos efectos, ejecutados o celebrados de forma individual o colectiva constituye una infracción al DL 211.

En su inciso segundo enumera de forma no taxativa ciertas conductas que corresponderían a hechos, actos o convenios que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir dichos efectos, como son las prácticas concertadas que involucren a competidores<sup>41</sup>, el abuso de una posición dominante en el mercado<sup>42</sup>, las prácticas predatorias o de competencia desleal<sup>43</sup> y la participación simultánea de una persona en cargos ejecutivos relevantes o como director de empresas competidoras entre sí, o *interlocking*<sup>44</sup>.

Asimismo, el DL 211 determina que son ilícitos anticompetitivos el otorgamiento de concesiones, autorizaciones o actos que impliquen la concesión de monopolios para el ejercicio de actividades económicas sin mediar autorización legal<sup>45</sup> y la omisión de informar a la FNE de la adquisición por parte de

---

empresas con derechos especiales y exclusivos, que hacia un sistema de corrección de la explotación del poder de mercado, como lo prevé el artículo 102 del TFUE”. PETIT (2021) p. 21.

<sup>39</sup> Decreto Ley n.º 211 (1973) artículo 1.

<sup>40</sup> Para mayor información sobre el funcionamiento de la institucionalidad de libre competencia en Chile y las atribuciones del TDLC y la FNE, véase CARRASCO y RIESCO (2022) pp. 321-368.

<sup>41</sup> Artículo 3 inciso segundo letra a), Decreto Ley n.º 211 que fija normas para la defensa de la libre competencia (1973).

<sup>42</sup> Decreto Ley n.º 211 (1973) artículo 3 inciso segundo letra b).

<sup>43</sup> *Op. cit.* artículo 3 inciso segundo letra c)

<sup>44</sup> *Op. cit.* artículo 3 inciso segundo letra d).

<sup>45</sup> *Op. cit.* artículo 4.

una empresa o entidad integrante de su grupo empresarial de participación en más del 10 % del capital de una empresa competidora<sup>46</sup>.

Esta norma también contempla la facultad de la FNE de realizar estudios sobre la evolución competitiva de los mercados (artículo 39 letra p), los que permiten a esta institución realizar investigaciones sobre mercados completos, incluyendo, sin duda, mercados digitales.

Por otra parte, el título iv del DL 211 establece el deber de notificar a la FNE, de forma previa a su perfeccionamiento, las operaciones de concentración que produzcan efectos en Chile cuando los agentes económicos que proyectan concentrarse hayan alcanzado o superado en el ejercicio anterior, separada y conjuntamente, ciertos montos de venta fijados por la FNE<sup>47</sup>.

Al ser notificada, la FNE realizará una investigación para efectos de determinar si la operación de concentración que se proyecta resulta apta para reducir sustancialmente la competencia, pudiendo aprobarla pura y simplemente en caso de descartar esta aptitud, aprobarla sujeta al cumplimiento de medidas que se requieran para que carezca de esta o, bien, prohibirla<sup>48</sup>.

La infracción a este deber de notificación de una operación de concentración<sup>49</sup>, la contravención del deber de no perfeccionarla una vez notificada a la FNE estando pendiente su aprobación (*gun jumping*)<sup>50</sup>, el incumplimiento de las medidas con que se haya aprobado, su perfeccionamiento habiéndose prohibido esta por la FNE o el TDLC<sup>51</sup> o la entrega de información falsa al notificarla, están también tipificados como ilícitos anticompetitivos en el artículo 3.º bis del DL 211.

Todas estas disposiciones son, por tanto, aplicables a mercados digitales, al igual que en mercados tradicionales.

Sin perjuicio de lo anterior, atendida la creciente importancia de las innovaciones y tecnologías vinculadas a la digitalización, uso y acceso a la información en el desarrollo de muchas industrias, que habrían llevado a la aparición o profundización de mercados digitales, la FNE incluyó en su más reciente *Guía para el análisis de operaciones de concentración horizontales*, publicada el año 2022, lineamientos de análisis de competencia dinámica e innovación, plataformas y mercados digitales<sup>52</sup>.

---

<sup>46</sup> Decreto Ley n.º 211 (1973) artículo 4 bis.

<sup>47</sup> *Op. cit.* artículo 48

<sup>48</sup> En contra de la resolución que la prohíba el notificante puede interponer un recurso de revisión especial ante el TDLC. *Op. cit.* artículos 54 a 57.

<sup>49</sup> *Op. cit.* artículo 3 bis letra a).

<sup>50</sup> *Op. cit.* artículo 3 bis letra b).

<sup>51</sup> *Op. cit.* artículo 3 bis letra d).

<sup>52</sup> FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA (2022) p. 3.

Al respecto, la FNE señala que los mercados digitales serían un caso particular de plataforma, caracterizada por un uso de datos y tecnologías intensivo. Sin pretensiones de taxatividad, señala que existirían las siguientes categorías:

“i) Plataformas digitales de información; ii) Plataformas digitales de comunicación; iii) Plataformas digitales de intermediación de bienes y/o servicios; iv) Plataformas digitales para cadenas de suministro y logística (*supply chain* and *logistics platforms*); v) Plataformas digitales que facilitan la contratación de capital humano (*task platforms*); y, vi) Plataformas digitales que facilitan sistemas de pago y otros servicios financieros (*fintech*)”<sup>53</sup>.

Otra relevante característica de las plataformas digitales sería la presencia y relevancia en estas de efectos de red, positivos o negativos, que implicarían que la valoración de la plataforma para cada usuario dependa del número de usuarios del mismo grupo o lado que la utilizan (efectos de red directos) o, bien, de otros grupos o lados que la utilizan (efectos de red indirectos)<sup>54</sup>.

Así, considerando estas particularidades, la FNE indica que la definición de mercado relevante que realice para efectos de analizar una operación de concentración que involucre plataformas digitales deberá considerar la interacción entre diversos grupos de usuarios<sup>55</sup>. Asimismo, señala que el análisis competitivo de esta puede realizarse considerando una definición de mercado relevante que involucre a todos los grupos de usuarios de las plataformas o, bien, definiendo por cada lado de la plataforma un mercado relevante, pero teniendo en consideración las relaciones entre los mercados que atienden<sup>56</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, aclara que, en su análisis competitivo, se enfocará en determinar los posibles efectos en la competencia de la operación de concentración por sobre la realización de una definición precisa de mercado relevante<sup>57</sup>. Así, tomará en consideración en este los posibles efectos de la operación de concentración en todos los lados del mercado, aun cuando uno de ellos tenga un precio cero, y evaluará la presión competitiva que productos no digitales puedan ejercer en los mercados digitales y a la inversa<sup>58</sup>.

Según expone en su *Guía*, el análisis que realice abarcará tanto la dimensión horizontal como vertical o de conglomerado de la operación de concentra-

<sup>53</sup> FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA (2022) párr. 98.

<sup>54</sup> *Op. cit.* párr. 100.

<sup>55</sup> *Op. cit.* párr. 101.

<sup>56</sup> *Op. cit.* párr. 102.

<sup>57</sup> *Op. cit.* párr. 103.

<sup>58</sup> *Op. cit.* párr. 104.

ción, y respecto de la primera, analizará con mayor detención los efectos competitivos en mercados en los que:

- i) un agente económico pueda eliminar a competidores potenciales o entrantes recientes que pudieran desafiar su posición competitiva;
- ii) se puedan generar riesgos de menoscabo de variables distintas del precio, como términos de uso de plataformas o incentivos a innovar de las partes de la operación de concentración;
- iii) se puedan gatillar estrategias de monetización de plataformas no transaccionales y
- iv) como consecuencia de la combinación de ciertos activos de información de las partes de la operación se facilite el levantamiento de barreras a la entrada o expansión que puedan generar un debilitamiento de la competencia en caso de que esto les otorgue una ventaja competitiva difícil de replicar para otros actores<sup>59</sup>.

Adicionalmente a estas consideraciones, la *Guía* se refiere a dos aspectos que serían relevantes para el análisis competitivo de mercados digitales: el *tipping*, producto de los efectos de red propios de estos y el uso de datos.

En relación con el primero, explica que, en mercados de plataformas, la confluencia de efectos positivos de red y economías de escala podría generar que los mercados deriven en *tipping*, consistente en que

“una vez superada una determinada escala de operación, los mercados tiendan a concentrarse y eventualmente a cerrarse bajo un único actor o uno dominante”<sup>60</sup>.

Señala que el *tipping* puede ser propiciado por una operación de concentración o prácticas que limiten las posibilidades de cambio de plataforma por parte de usuarios u obedecer a una tendencia previa del mercado. Sin perjuicio de cuál sea su causa, la FNE analizará en todos los casos las posibilidades de disputar la posición de la plataforma digital líder del mercado a través de innovaciones disruptivas que puedan producir otros actores, y si el perfeccionamiento de la operación de concentración puede modificar estas posibilidades<sup>61</sup>.

Respecto del riesgo de *tipping* en un mercado de plataformas digitales, la *Guía* enumera como características que favorecerían la existencia y desarrollo de diversos actores en estos

- i) la presencia de restricciones de capacidad en la provisión de productos;

<sup>59</sup> FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA (2022) párr. 105.

<sup>60</sup> *Op. cit.* párr. 108.

<sup>61</sup> *Op. cit.* párr. 109.

- ii) la existencia de posibilidades de diferenciación entre plataformas digitales;
- iii) la compatibilidad entre plataformas digitales y
- iv) la presencia de bajos costos de cambio para los consumidores<sup>62</sup>.

Así, distingue entre plataformas *multi-homing*, esto es, aquellas que los usuarios utilizan en simultáneo con otras que prestan el mismo servicio, de las *single-homing*, cuyo uso no contempla otras alternativas<sup>63</sup>. Los efectos de red indirectos de una plataforma no necesariamente inducirán a altos grados de concentración tratándose de plataformas *multi-homing*, sin perjuicio de que la existencia de *multi-homing* podría indicar una cercanía competitiva entre las partes de una operación de concentración<sup>64</sup>.

Luego, en relación con el uso de datos en mercados digitales, la *Guía* hace presente que los datos obtenidos a través de este tipo de plataformas suelen ser un insumo relevante tanto en el mismo mercado como en otros<sup>65</sup>. Así, señala que la FNE podrá evaluar la existencia de *big data* y ponderar la importancia de este insumo en la capacidad de los agentes económicos para competir, y en el caso en que los datos se transen en el mercado, este será estudiado bajo los lineamientos de análisis de mercados de bienes diferenciados<sup>66</sup>.

La *Guía* indica que podrían existir efectos horizontales en el uso estratégico de datos, lo que se contrapondría a las posibles eficiencias que se generarían de contar con mejores datos<sup>67</sup>. Luego, la posibilidad de interoperar o utilizar conjuntamente bases de datos por parte de plataformas digitales que se fusionan podría dificultar la entrada o expansión de competidores en el mercado si esta operación les otorga una ventaja competitiva significativa y no replicable para sus competidores<sup>68</sup>.

Por último, señala que, en caso de que la operación de concentración permita a las partes obtener poder de mercado, y si lo anterior posibilita la obtención de una cantidad aún mayor de información por medio de políticas de privacidad más invasivas, se podría generar un efecto que haría que esa plataforma digital tendiera a fortalecer progresivamente su posición.

---

<sup>62</sup> FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA (2022) párr. 110.

<sup>63</sup> *Op. cit.* párr. 111.

<sup>64</sup> *Op. cit.* párr. 112.

<sup>65</sup> *Op. cit.* párr. 113.

<sup>66</sup> *Op. cit.* párr. 114.

<sup>67</sup> *Op. cit.* párr. 115.

<sup>68</sup> *Op. cit.* párr. 116.

## 2. Pronunciamientos relevantes de la FNE respecto de mercados digitales en Chile

Atendido lo descrito, se analizan a continuación los principales casos que la FNE ha resuelto respecto de mercados digitales, emitidas en el marco de análisis de operaciones de concentración, en investigaciones por eventuales infracciones al DL 211 y como resultado del estudio de la evolución competitiva del mercado del hospedaje.

Se hace presente que no se tratan en este artículo pronunciamientos del TDLC relacionados con mercados y plataformas digitales, puesto que aquellos emitidos a la fecha se han referido solo tangencialmente a las condiciones de competencia en estos<sup>69</sup>.

a. Decisiones emitidas por la FNE en investigaciones de control de operaciones de concentración.

i. Adquisición de control sobre Cornershop por Walmart<sup>70</sup>

Con fecha 11 de enero del año 2019, la FNE aprobó de forma pura y simple la operación de concentración consistente en la compra por Walmart Chile S.A. (Walmart) del negocio de servicios de compra y entrega a domicilio de productos consumibles *on demand* de Cornershop Technologies LLC (Cornershop)<sup>71</sup>, la que finalmente no se materializó por decisión de las empresas.

A la fecha de la notificación de esta operación, Walmart tenía por principal línea de negocios los supermercados, y contaba en Chile con actividades a través de distintos formatos de tiendas físicas y a través del comercio electrónico con su sitio web corporativo<sup>72</sup>. Por su parte, Cornershop era una aplicación digital para teléfonos celulares que ofrecía servicios en línea de compra y entrega a domicilio de productos consumibles *on demand*<sup>73</sup>.

---

<sup>69</sup> Véanse (i) la resolución n.º 64 del TDLC de fecha 13 de mayo de 2021 dictada en el procedimiento no contencioso seguido ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia rol n.º NC-461-2019 y (ii) los acuerdos extrajudiciales entre la FNE y Uber, Pedidos Ya y Rappi, aprobados por el TDLC con fecha 28 de diciembre de 2023 en los procedimientos roles n.ºs AE-29-2023, AE-30-2023 y AE-31-2023. Disponibles en [https://consultas.tdlc.cl/do\\_search?proc=2&idCausa=42167](https://consultas.tdlc.cl/do_search?proc=2&idCausa=42167), [https://consultas.tdlc.cl/do\\_search?proc=1&idCausa=42413](https://consultas.tdlc.cl/do_search?proc=1&idCausa=42413), [https://consultas.tdlc.cl/do\\_search?proc=1&idCausa=42414](https://consultas.tdlc.cl/do_search?proc=1&idCausa=42414) y [https://consultas.tdlc.cl/do\\_search?proc=1&idCausa=42415](https://consultas.tdlc.cl/do_search?proc=1&idCausa=42415) [fecha de consulta: 18 de diciembre de 2024].

<sup>70</sup> FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA Investigación rol n.º F161-2018.

<sup>71</sup> FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA (2019b) rol n.º F161-2018.

<sup>72</sup> FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA (2019a) rol n.º F161-2018, párr. 5.

<sup>73</sup> *Op. cit.* párr. 6.



La FNE caracterizó la industria en que se desenvolvían Walmart y Cornershop como aquella de comercio electrónico o *e-commerce*, que comprendería los intercambios de bienes o servicios producidos a través de internet, en este caso compras a supermercados, mediante una plataforma web o el uso de una aplicación para teléfono móvil<sup>74</sup>.

Por otra parte, la FNE describió a Cornershop como una plataforma de múltiples lados en la que interactuaban

- i) consumidores o usuarios;
- ii) tiendas que comercializaban sus productos a través de esta aplicación;
- iii) los *shoppers* o compradores que llevaban a cabo el pedido, efectuando la compra y entregándola en el domicilio del consumidor y
- iv) las marcas comerciales que publicitaban sus productos en la plataforma<sup>75</sup>.

Para efectos de analizar la operación de concentración en comento, la FNE constató que existían entre Walmart y Cornershop relaciones tanto verticales como horizontales. Por una parte, observó que entre las aplicaciones móviles y los sitios web de supermercados podía existir un grado de presión competitiva, pero, por otro lado, que entre las aplicaciones móviles y las cadenas de supermercados existiría una relación vertical, dados los servicios de venta y entrega a domicilio de los productos comercializados por supermercados ofrecidos por las primeras a los segundos<sup>76</sup>.

En cuanto a los riesgos horizontales, la FNE optó por el escenario más estricto para hacer su análisis y consideró a los servicios en línea de supermercados como competidores de las plataformas<sup>77</sup>.

Como resultado de su análisis, descartó que la operación de concentración produjera una disminución de la presión competitiva<sup>78</sup>, pero hizo hincapié en la incertidumbre sobre las condiciones futuras de competencia del mercado, dado su carácter dinámico y la movilidad en las participaciones de sus principales actores. Apuntó a que las ventas en línea constituían un medio de comercialización aún incipiente en Chile, y que este era un medio en fuerte expansión, por lo que era dable observar variaciones desde el punto de vista de la oferta en el futuro<sup>79</sup>.

<sup>74</sup> FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA (2019a) rol n.º F161-2018. párr. 13.

<sup>75</sup> *Op. cit.*, párr. 24.

<sup>76</sup> *Op. cit.* párrs. 35 a 37.

<sup>77</sup> *Op. cit.* párr. 60.

<sup>78</sup> *Op. cit.* párr. 61.

<sup>79</sup> *Op. cit.* párrs. 63 y 64.



En cuanto a los riesgos verticales, analizó como posibles aristas:

- i) el bloqueo de otras plataformas de comercialización en línea, generado por la posibilidad de que Walmart, producto de la operación de concentración, tendiera a inhibir la entrada o expansión de otras plataformas similares a Cornershop, negándoles la comercialización de sus productos<sup>80</sup>;
- ii) el debilitamiento de la competencia en el segmento de supermercados, por una posible restricción del acceso a la plataforma Cornershop para cadenas de supermercados competidoras de Walmart<sup>81</sup> y
- iii) el uso de la información sensible de competidores<sup>82</sup>.

La FNE descartó todos estos riesgos.

Sin perjuicio de haber descartado tanto los riesgos horizontales como verticales, producto de la operación de concentración, la FNE destacó que su análisis recayó sobre un mercado con especial dinamismo, cuya evolución en el tiempo no era previsible, debiendo acotarse este al caso específico que estudió<sup>83</sup>.

Asimismo, señaló:

“el acceso a información de competidores que las plataformas digitales entregan podría tener un potencial efecto pro-colusivo u otros efectos potencialmente indeseables en el mercado, lo que se podría acrecentar en caso de que exista un aumento importante de las ventas de supermercados realizadas a través del canal *on-line* y/o que aumente el número de supermercados competidores de Walmart que distribuyan sus productos a través de Cornershop”<sup>84</sup>.

Dado lo anterior, estimó recomendable observar la evolución de la industria y las posibles interrelaciones que pudieran producirse entre supermercados por su participación en la venta a través de plataformas en línea<sup>85</sup>.

## ii. Adquisición de Cornershop por Uber<sup>86</sup>

Con fecha 29 de mayo de 2020 la FNE aprobó de manera pura y simple la operación de concentración relativa a la adquisición de acciones de Corner-

<sup>80</sup> FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA (2019a) rol n.º F161-2018, párr. 67.

<sup>81</sup> *Op. cit.* párr. 72.

<sup>82</sup> *Op. cit.* párr. 77.

<sup>83</sup> *Op. cit.* párr. 85.

<sup>84</sup> *Op. cit.* párr. 85.

<sup>85</sup> *Op. cit.* párr. 86.

<sup>86</sup> FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA Investigación rol n.º F217-2019.

shop Technologies LLC (Cornershop) por parte de Uber Technologies, Inc. (Uber)<sup>87</sup>.

A la fecha de la notificación de esta operación de concentración en octubre de 2019, la empresa Uber contaba en Chile con plataformas que ofrecían, por una parte, el servicio de intermediación para el transporte de personas (Uber Rides) y, por otra, los servicios de compra y entrega a domicilio de comida preparada (Uber Eats)<sup>88</sup>, mientras que Cornershop con una plataforma que proveía los servicios de compra en línea y entrega a domicilio de bienes, principalmente de supermercados<sup>89</sup>.

La operación de concentración notificada por Uber y Cornershop a la FNE, que era parte de una transacción internacional, consistía en la adquisición por parte del primero del negocio de compra y entrega a domicilio de bienes consumibles *on demand* de Cornershop<sup>90</sup>.

La FNE determinó que estas empresas se desarrollaban en la industria de plataformas digitales, que describió como:

“un elemento fundamental para la innovación y la economía digital que ayudan a converger, facilitar y vincular interacciones entre diversos agentes a través del uso de la tecnología de la información y de las comunicaciones”<sup>91</sup>.

Expuso que los elementos que las diferenciarían de los mercados tradicionales serían:

- i) la existencia de efectos de red en su operación, y que su arquitectura sobre la base de módulos generaría vínculos entre diferentes componentes que configuran ecosistemas, lo que, a su vez, produciría complementariedades entre servicios y funcionalidades afines;
- ii) el carácter de insumo esencial de la información recopilada de los usuarios, que permitiría una mejor adaptación a sus necesidades y que podría monetizarse a través de complejas cadenas de valor;
- iii) el papel esencial de la innovación en ellas que, dada su naturaleza dinámica y de rápida evolución, les permitiría mejorar el valor del negocio frente a sus competidores y
- iv) la incertidumbre y difícil predictibilidad en la evolución de los mercados en que participan, dada la aparición de innovaciones disruptivas que pueden generar *winner-takes-all markets*<sup>92</sup>.

<sup>87</sup> FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA (2020b) rol n.º F217-2019.

<sup>88</sup> FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA (2020a) rol n.º F217-2019, párr. 13.

<sup>89</sup> *Op. cit.* párr. 14.

<sup>90</sup> *Op. cit.* párrs. 15 y 16.

<sup>91</sup> *Op. cit.* párr. 21.

<sup>92</sup> *Op. cit.* párr. 22.

La FNE propuso la existencia de cinco tipos de plataformas, dependiendo del tipo de servicio que ofrecen:

“(a) plataformas de información (motores de búsqueda); (b) plataformas de comunicación (redes sociales); (c) plataformas de intermediación de bienes y/o servicios; (d) plataformas que facilitan la contratación de capital humano (*task platforms*); y (e) plataformas que facilitan sistemas de pago y otros servicios financieros (*fintech*)”<sup>93</sup>.

Atendidas las actividades desarrolladas por Uber y Cornershop, la FNE circunscribió su análisis en plataformas digitales que permiten acceder a bienes o servicios de terceros, tales como *marketplaces* y plataformas de intermediación o plataformas colaborativas. Señaló que por medio de cualquiera de estos era posible conectar la demanda con la oferta de forma rápida y poco costosa, lo que desestructuraría la cadena de suministro tradicional<sup>94</sup>.

De entre este tipo de plataformas, describió que aquellas especializadas en entregar productos desde un comercio hasta el consumidor final habían tenido una fuerte evolución en Chile en razón del aumento de las ventas en línea impulsado por el comercio electrónico o *e-commerce*<sup>95</sup>. La FNE ilustró lo anterior señalando que mientras las ventas de comercio electrónico en el año 2015 fueron de USD 2 480 millones, el año 2019 habrían ascendido a USD 6 079 millones<sup>96</sup>.

Para esta operación, la FNE analizó riesgos horizontales y de conglomerado. En cuanto a los riesgos horizontales, se enfocó en dos de ellos.

El primero es el riesgo de eliminación de un competidor potencial. La FNE señaló que el escenario contrafactual más probable de la operación de concentración habría implicado el ingreso de Uber como plataforma digital de productos de supermercado, por lo que sería relevante evaluar los efectos de la pérdida de ese competidor en el desarrollo del mercado<sup>97</sup>.

Como segundo riesgo horizontal, la FNE analizó la disminución de los incentivos a innovar. Estimó que la innovación sería un elemento constitutivo de los mercados afectados por la operación de concentración y formaría parte de las actividades habituales de las empresas que participan en estos, puesto que estas últimas

“son el resultado de un proceso de desarrollo iterativo, cuyo atractivo o potencial competitivo proviene de su permanente evolución y de la

<sup>93</sup> FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA (2020a) rol n.º F217-2019 párr. 23.

<sup>94</sup> *Op. cit.* párr. 29.

<sup>95</sup> *Op. cit.* párr. 30.

<sup>96</sup> *Op. cit.* párr. 31.

<sup>97</sup> *Op. cit.* párr. 138.

efectividad con que constantemente resuelven los desafíos técnicos y mejoran los servicios ofrecidos”<sup>98</sup>.

Ambos riesgos fueron descartados dado que se concluyó que de perfeccionarse la operación habrían existido suficientes actores con posibilidades de desarrollo innovativo en la industria<sup>99</sup>.

Respecto de riesgos de conglomerado, la FNE hizo presente que:

“si bien hay cierto consenso a nivel comparado acerca de que la generalidad de las operaciones de concentración de conglomerado no reviste mayores aprensiones de competencia, en el caso de mercados digitales, los efectos de red, las economías de escala y de ámbito, amplifican los eventuales efectos (positivos y negativos) de operaciones de conglomerado”<sup>100</sup>.

Las posibles amenazas identificadas por la FNE en esta materia, sin embargo, fueron descartadas completamente.

Por último, en cuanto a las condiciones de entrada y expansión al mercado en análisis, concluyó que, aunque sus características daban cuenta de la existencia de ciertos factores que harían tender a costos crecientes de entrada, no habrían existido a la fecha de la aprobación de la operación de concentración limitaciones relevantes para la expansión ni barreras de entrada sustanciales que impidieran o restringieran el ingreso o reacomodo de actores a este<sup>101</sup>.

En efecto, por una parte, en su investigación contó con antecedentes de proyectos de expansión relevantes por parte de cadenas de supermercados y de plataformas competidoras, y evidencia de crecimiento relevante de actores en el mercado<sup>102</sup>. Por otra parte, sobre la oportunidad de entrada a dicho mercado, los antecedentes con los que contó la FNE habrían dado cuenta de que estos cumplirían con los estándares de oportunidad normales<sup>103</sup>. Finalmente, respecto de la suficiencia de la entrada, estimó que los proyectos de sus competidores podrían ejercer presión competitiva relevante a la entidad fusionada en un futuro mediano<sup>104</sup>.

---

<sup>98</sup> FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA (2020a) rol n.º F217-2019, párr. 166.

<sup>99</sup> *Op. cit.* párr. 174.

<sup>100</sup> *Op. cit.* párr. 178.

<sup>101</sup> *Op. cit.* párr. 332.

<sup>102</sup> *Op. cit.* párrs. 324 y 325.

<sup>103</sup> *Op. cit.* párr. 328.

<sup>104</sup> *Op. cit.* párr. 331.

b. Decisiones emitidas por la FNE en investigaciones por infracciones al DL 211 y estudios de mercado

i. Denuncia de Marcel Souldre Vaillant y otro contra MercadoLibre.com<sup>105</sup>

El día 27 de enero de 2010 la FNE desestimó sin investigación previa una denuncia contra MercadoLibre.com por supuestas conductas anticompetitivas relativas a cobros indebidos y excesivos, por estimar que no daba cuenta de la existencia de hechos, actos o convenciones que pudieran ser considerados como contrarios a la libre competencia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3.º del DL 211<sup>106</sup>.

Sin perjuicio de la escasa información disponible respecto al contenido de esta denuncia y de las consideraciones de la FNE, al realizar el correspondiente examen de admisibilidad, la resolución que la desestimó señala que se caracterizó a la plataforma como una de tipo *Marketplace*.

Por una parte, la FNE afirmó que, dadas las economías de red existentes en ese tipo de actividad, era necesaria una importante inversión en publicidad para contar con el número de usuarios que permitiría operar de forma rentable. Sin perjuicio de lo anterior, señaló que no se observaban barreras a la entrada adicionales a estas inversiones, dado que los costos de instalación de un nuevo sitio serían en general bajos<sup>107</sup>.

Por otra parte, expuso no haber constatado que MercadoLibre.com gozara de una posición dominante en el mercado (para el cual no da definición), pero que aún, en caso de que lo fuese, su política de cobro a usuarios no podría calificarse de excesiva dado que de su análisis observó que esta plataforma no contaba con “rentas sobrenormales”<sup>108</sup>.

ii. Denuncia contra Mercado Libre por servicios de transporte y logística<sup>109</sup>

Con fecha 22 de septiembre de 2020 la FNE archivó sin iniciar investigación una denuncia presentada por un particular en mayo del mismo año en contra de Mercado Libre Chile Limitada (Mercado Libre) respecto de sus servicios de transporte y logística<sup>110</sup>, prestados a través de Chilexpress S.A. (Chilexpress) y Blue Express.

<sup>105</sup> FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA Investigación rol n.º 1591-2009.

<sup>106</sup> FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA (2010) rol n.º 1591-2009.

<sup>107</sup> *Op. cit.* c. 1.

<sup>108</sup> *Op. cit.* c. 2.

<sup>109</sup> FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA Investigación rol n.º 2624-2020.

<sup>110</sup> FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA (2020d) rol n.º 2624-2020.

La denuncia habría señalado que Chilexpress ofrecería tarifas diferenciadas, dependiendo de si el envío de paquetes se realizaba a través de la plataforma de Mercado Libre con el servicio Mercado Envíos o de forma particular, siendo su valor muy superior en este último caso. Lo anterior no permitiría a los proveedores o usuarios vendedores competir a través de su propia página web, lo que haría impracticable la venta en línea directa de productos dentro de cierto rango de precios<sup>111</sup>. Asimismo, la denuncia solicitó examinar antecedentes que darían cuenta de cláusulas abusivas impuestas por Mercado Libre a los usuarios vendedores de su plataforma, contenidas en su términos y condiciones de uso<sup>112</sup>.

Al analizar la denuncia, la FNE determinó que Mercado Libre operaba en el mercado de las plataformas digitales de intermediación de compra y venta de productos, que serían aquellas que entregan servicios a compradores y vendedores de forma simultánea al facilitar sus interacciones, beneficiándose la plataforma por su modelo de negocios caracterizado por el cobro de una comisión por venta efectuada<sup>113</sup>.

Señaló que, dadas estas características,

“estas plataformas son típicamente analizadas como mercados de ‘dos lados’ o de dos grupos de usuarios. La estrategia de estas plataformas, usualmente consiste en hacer crecer uno de los ‘lados’, por ejemplo, la cantidad de vendedores que ofrecen sus productos en la plataforma, con la finalidad de mejorar su capacidad para atraer usuarios del otro ‘lado’, es decir, más compradores (y/o viceversa). Esto es posible debido a que en estos mercados, al menos uno de los grupos de usuarios, valora positivamente la presencia del otro”<sup>114</sup>.

La FNE evaluó, en primer lugar, si Mercado Libre habría tenido poder de mercado para uno o ambos lados de su plataforma. Concluyó que era improbable que tuviese, tanto del lado del usuario vendedor como del usuario comprador un grado de poder de mercado suficiente para que le permitiera distorsionar el proceso competitivo:

“pues incluso si en la actualidad tuviese una participación de mercado mayoritaria (considerando solamente las plataformas y no otras opciones de ventas en línea), la dinámica observada en el crecimiento de plataformas competidoras y la entrada de nuevos operadores dan cuenta de que sería una situación que no debiese perdurar en el tiem-

<sup>111</sup> FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA (2020c) rol n.º 2624-2020, párr. 2.

<sup>112</sup> *Op. cit.* párr. 3.

<sup>113</sup> *Op. cit.* párr. 7.

<sup>114</sup> *Op. cit.* párr. 8.

po, lo que impide, en último término, sostener que tenga actualmente una posición dominante de la cual pueda abusar”<sup>115</sup>.

En cuanto al carácter dinámico de los mercados analizados, la FNE destacó:

“la literatura especializada ha indicado que en los mercados en los cuales estas plataformas operan, se puede observar una sucesión de firmas periódicamente desplazando a sus predecesoras, tomando su lugar. Esta no sería una competencia en el clásico sentido estático, con una serie de rivales que compiten simultáneamente en base a precio. En cambio, sería una competencia dinámica, basada en la innovación y que ocurriría con el paso del tiempo”<sup>116</sup>.

En segundo lugar, analizó las condiciones de tarificación de los servicios vigentes a la fecha de su análisis entre Mercado Libre, Chilexpress y Blue Express, y estimó que, si bien los usuarios vendedores de Mercado Libre habrían accedido a tarifas preferenciales usando la modalidad Mercado Envíos de la plataforma en comparación con aquellas asociadas al envío del producto por fuera de la plataforma<sup>117</sup>, esto podía responder a diferentes explicaciones comerciales razonables<sup>118</sup>. Sumado a lo anterior, no observó obstáculos a que las plataformas en general, y entre ellas Mercado Libre, contrataran con otras empresas de paquetería, y a la inversa<sup>119</sup>.

### iii. Denuncia de la Municipalidad de Providencia contra Pedidos Ya, Rappi y Uber<sup>120</sup>

Con fecha 20 de abril de 2021, la FNE archivó la denuncia de la Municipalidad de Providencia recibida con fecha 19 de noviembre de 2020 en contra de las plataformas Pedidos Ya Chile SpA (Pedidos Ya), Rappi Chile SpA (Rappi) y Uber Chile SpA (Uber) por el desarrollo de negocios en el mercado de los restaurantes y supermercados en la modalidad de *dark kitchens* y *dark stores*<sup>121</sup>, esto es, negocios que solo ofrecen sus productos a través de servicios de entrega a domicilio, sin contar con instalaciones para atender a público directamente<sup>122</sup>.

<sup>115</sup> FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA (2020c) rol n.º 2624-2020, párr. 36.

<sup>116</sup> *Op. cit.* párr. 35.

<sup>117</sup> *Op. cit.* párr. 37.

<sup>118</sup> *Op. cit.* párrs. 38 a 41.

<sup>119</sup> *Op. cit.* párr. 42.

<sup>120</sup> FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA Investigación rol n.º 2639-2020.

<sup>121</sup> FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA (2021b) rol n.º 2639-2020.

<sup>122</sup> FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA (2021a) rol n.º 2639-2020, nota al pie n.º 1.

La FNE describió a Pedidos Ya, Rappi y Uber como plataformas de intermediación de compra y entrega de productos, que contaban con aplicaciones para dispositivos móviles y páginas web que habrían permitido a sus usuarios realizar pedidos de comida y otros productos a domicilio. Así, actuarían como intermediadoras entre los locales asociados a estas, repartidores y consumidores<sup>123</sup>. Asimismo, señaló que podían servir diferentes segmentos simultáneamente como: restaurantes, farmacias, supermercados u otros o, bien, especializarse en uno<sup>124</sup>.

De los antecedentes recabados, la FNE constató que las *dark kitchens* y *dark stores* eran modelos de negocio que se encontraban en una etapa incipiente de desarrollo por parte de este tipo plataformas<sup>125</sup>. Así, solo Pedidos Ya y Rappi lo habían desarrollado<sup>126</sup>, existiendo en el caso de la primera integración vertical, y sus ventas eran un porcentaje pequeño de aquellas totales en el segmento de supermercado que se realizaban en estas plataformas<sup>127</sup>.

Recalcando el incipiente estado de desarrollo de este modelo de negocios, que permitía a las plataformas participar directa o indirectamente en el mercado de restaurantes y supermercados, la FNE descartó que tuviera a la fecha de su análisis la aptitud de afectar los procesos competitivos en esos mercados<sup>128</sup>.

iv. Investigación iniciada de oficio por la FNE  
por el establecimiento de restricciones verticales  
por parte de Pedidos Ya, Rappi y Uber  
en los contratos celebrados con sus locales asociados<sup>129</sup>

Con fecha 20 de abril de 2021 la FNE, de oficio, dio inicio a una investigación relativa al establecimiento de restricciones verticales por parte de Pedidos Ya, Rappi y Uber en los contratos celebrados con sus locales asociados a raíz de los antecedentes que recabó en el marco del análisis de admisibilidad de una denuncia de la Municipalidad de Providencia<sup>130</sup>, abordada en el apartado precedente.

Esta investigación se acotó a los servicios ofrecidos mediante plataformas digitales de compra y entrega de productos de restaurantes en Chile. Por otra parte, definió restaurantes registrados en plataformas como:

<sup>123</sup> FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA (2021a) rol n.º 2639-2020, párr. 5.

<sup>124</sup> *Op. cit.* párr. 6.

<sup>125</sup> *Op. cit.* párr. 12.

<sup>126</sup> *Op. cit.* párrs. 8 a 10.

<sup>127</sup> *Op. cit.* párr. 11.

<sup>128</sup> *Op. cit.* párr. 12.

<sup>129</sup> FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA Investigación rol n.º 2653-2020.

<sup>130</sup> FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA Investigación rol n.º 2639-2020.



“aquellos establecimientos que ofrecen a través de plataformas alimentos y/o bebidas preparadas para su consumo en el local, para llevar y/o para entrega a domicilio a través de socios repartidores, incluyendo restaurantes de servicio completo, restaurantes de comida rápida, pizzerías, cafeterías y postres, entre otros”<sup>131</sup>.

En el marco de esta investigación, la FNE constató en los términos y condiciones, acuerdos comerciales o contratos suscritos entre estas plataformas y sus respectivos restaurantes asociados la presencia generalizada de cláusulas de nación más favorecida o cláusulas de paridad de precios, entendidas como:

“todas aquellas cláusulas, obligaciones, prácticas o condiciones comerciales conforme a las cuales se impide o restringe a los Restaurantes Asociados ofrecer sus productos a precios más bajos en otros canales de ventas, tales como Plataformas competidoras y/o canales propios con o sin reparto, ya sea que se establezca dicha obligación expresa y/o formalmente, o a través de otras prácticas que generen los mismos efectos y/o riesgos”<sup>132</sup>.

Estas cláusulas podrían, según apreció la FNE, generar efectos o riesgos nocivos en la competencia en los mercados, concretamente la disminución de la competencia entre plataformas digitales de restaurantes y la exclusión de plataformas actuales o potenciales, en perjuicio con los consumidores<sup>133</sup>.

Por su parte, se percató de la presencia acotada en estos acuerdos comerciales o contratos de cláusulas de exclusividad entre Uber, Pedidos Ya y Rappi con algunos de sus restaurantes asociados, así como en el caso de Uber y Pedidos Ya, acuerdos de semiexclusividad, entendiendo por las primeras:

---

<sup>131</sup> Cláusulas primeras de los acuerdos extrajudiciales entre la FNE y Uber, Pedidos Ya y Rappi, presentados al TDLC en los procedimientos roles n.ºs AE-29-2023, AE-30-2023 y AE-31-2023, respectivamente. Estos acuerdos extrajudiciales constan a fojas 4 a 11, 1 a 7 y 1 a 7, respectivamente, de los expedientes de dichos procedimientos. Disponibles en [https://consultas.tdlc.cl/do\\_search?proc=1&idCausa=42413](https://consultas.tdlc.cl/do_search?proc=1&idCausa=42413), [https://consultas.tdlc.cl/do\\_search?proc=1&idCausa=42414](https://consultas.tdlc.cl/do_search?proc=1&idCausa=42414) y [https://consultas.tdlc.cl/do\\_search?proc=1&idCausa=42415](https://consultas.tdlc.cl/do_search?proc=1&idCausa=42415) [fecha de consulta: 18 de diciembre de 2024].

<sup>132</sup> Cláusulas segundas de los acuerdos extrajudiciales entre la FNE y Uber, Pedidos Ya y Rappi, presentados al TDLC dando inicio a los procedimientos roles n.ºs AE-29-2023, AE-30-2023 y AE-31-2023, respectivamente. Estos acuerdos extrajudiciales constan a fojas 4 a 11, 1 a 7 y 1 a 7, respectivamente, de los expedientes de dichos procedimientos. Disponibles en [https://consultas.tdlc.cl/do\\_search?proc=1&idCausa=42413](https://consultas.tdlc.cl/do_search?proc=1&idCausa=42413), [https://consultas.tdlc.cl/do\\_search?proc=1&idCausa=42414](https://consultas.tdlc.cl/do_search?proc=1&idCausa=42414) y [https://consultas.tdlc.cl/do\\_search?proc=1&idCausa=42415](https://consultas.tdlc.cl/do_search?proc=1&idCausa=42415) [fecha de consulta: 18 de diciembre de 2024].

<sup>133</sup> *Ibid.*

“todas aquellas cláusulas, obligaciones, condiciones o prácticas comerciales existentes entre Restaurantes Asociados y Plataformas Digitales de Restaurantes, que impiden a los Restaurantes Asociados comercializar sus productos en otras Plataformas Digitales de Restaurantes, ya sea que se establezca dicha obligación expresa y/o formalmente, o a través de otras prácticas que generen los mismos efectos y/o riesgos”<sup>134</sup>

y por los segundos:

“todas aquellas cláusulas, obligaciones, condiciones o prácticas comerciales existentes entre Restaurantes Asociados y Plataformas Digitales de Restaurantes, en virtud de las cuales se establece un límite máximo de Plataformas Digitales de Restaurantes que pueden contratar simultáneamente los Restaurantes Asociados, ya sea que se establezca dicha obligación expresa y/o formalmente, o a través de otras prácticas que generen los mismos efectos y/o riesgos”<sup>135</sup>.

Apuntó a que, si bien estos tipos de cláusulas eran acotados a la fecha de la investigación, su proliferación podría generar o tender a generar riesgos o efectos anticompetitivos, por lo que determinó seguir monitoreando la evolución del mercado<sup>136</sup>.

En el marco de esta investigación, la FNE presentó al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia acuerdos extrajudiciales con Uber, Pedidos Ya y Rappi, que fueron aprobados por este<sup>137</sup>.

#### v. Estudio de mercado de hospedaje<sup>138</sup>

Con fecha 4 de abril de 2024, la FNE publicó el informe final de su estudio de mercado de hospedaje, por el que propuso la implementación de nueve medidas

---

<sup>134</sup> Cláusulas terceras de los acuerdos extrajudiciales entre la FNE y Uber, Pedidos Ya y Rappi, presentados al TDLC dando inicio a los procedimientos roles n.ºs AE-29-2023, AE-30-2023 y AE-31-2023, respectivamente. Estos acuerdos extrajudiciales constan a fojas 4 a 11, 1 a 7 y 1 a 7, respectivamente, de los expedientes de dichos procedimientos. Disponibles en [https://consultas.tdlc.cl/do\\_search?proc=1&idCausa=42413](https://consultas.tdlc.cl/do_search?proc=1&idCausa=42413), [https://consultas.tdlc.cl/do\\_search?proc=1&idCausa=42414](https://consultas.tdlc.cl/do_search?proc=1&idCausa=42414) y [https://consultas.tdlc.cl/do\\_search?proc=1&idCausa=42415](https://consultas.tdlc.cl/do_search?proc=1&idCausa=42415) y [fecha de consulta: 18 de diciembre de 2024].

<sup>135</sup> *Ibid.*

<sup>136</sup> *Ibid.*

<sup>137</sup> Véanse las resoluciones de fecha 28 de diciembre de 2023 en los procedimientos roles n.ºs AE-29-2023, AE-30-2023 y AE-31-2023, respectivamente. Disponibles en [https://consultas.tdlc.cl/do\\_search?proc=1&idCausa=42413](https://consultas.tdlc.cl/do_search?proc=1&idCausa=42413), [https://consultas.tdlc.cl/do\\_search?proc=1&idCausa=42414](https://consultas.tdlc.cl/do_search?proc=1&idCausa=42414) y [https://consultas.tdlc.cl/do\\_search?proc=1&idCausa=42415](https://consultas.tdlc.cl/do_search?proc=1&idCausa=42415) [fecha de consulta: 18 de diciembre de 2024].

<sup>138</sup> FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA Investigación FNE rol n.º EM08-2023.

regulatorias para fortalecer la competencia y fomentar el desarrollo de dicha actividad.

Al caracterizar este mercado, la FNE describió como, con la llegada de las plataformas para la intermediación de hospedajes, operó un cambio radical en su modelo de funcionamiento<sup>139</sup>:

“pasando de ser un mercado en el que los consumidores usualmente disponían de menos alternativas, enfrentaban mayores costos de búsqueda, y a su vez no podían contar con suficiente información sobre la calidad de los mismos; a un mercado fuertemente intermediado por las plataformas digitales, que proveen información relevante para la toma de decisiones de los consumidores, permitiendo la comparación prácticamente inmediata entre bienes o servicios equivalentes, reduciendo los costos de búsqueda”<sup>140</sup>.

Esta evolución habría traído consigo beneficios tales como la reducción de los costos de transacción, el aumento de la variedad de oferentes y la existencia de sistemas de calificación<sup>141</sup>, así como también problemas jurídicos:

“Uno de ellos, respecto del derecho de propiedad y el derecho de los copropietarios, concretamente cuando se trata de alojamientos turísticos que pertenecen a un edificio, condominio u otra forma de copropiedad, a la explotación comercial de inmuebles de uso habitacional, además de una serie de otros conflictos asociados a la densidad poblacional de algunos sectores; y, por otro lado, a la protección a los consumidores –sobre todo respecto a la seguridad del alojamiento–, al empleo que se crea a través de su uso, a la recaudación de impuestos asociados al servicio y al resguardo de los datos personales que se recolectan a través del uso de estas plataformas. En este sentido, se plantea el desafío de adaptar los marcos normativos de forma tal que, a la hora de ofrecer el servicio de alojamiento a través de plataformas, se aminoren los conflictos asociados a su uso y que permitan una libre competencia efectiva entre los oferentes, sin afectar el crecimiento económico, la innovación y la competitividad del mercado que se pretende regular”<sup>142</sup>.

Sobre la mutación del mercado de hospedaje por la llegada de plataformas para la intermediación de hospedajes y otros servicios, una de las recomendaciones de implementación de medidas regulatorias por parte de la FNE

<sup>139</sup> FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA (2024) rol n.º EM08-2023, párr. 55.

<sup>140</sup> *Op. cit.* párr. 214.

<sup>141</sup> *Op. cit.* párr. 56.

<sup>142</sup> *Op. cit.* párr. 57.

fue reconocer regulatoriamente a las agencias de viaje en línea (OTA), plataformas que permiten la búsqueda, comparación y reserva de hospedajes en línea, y que funcionan como intermediarios entre proveedores de servicios como hoteles o apartamentos, y consumidores finales y sujetarlos al cumplimiento de obligaciones legales para operar en el mercado<sup>143</sup>. Luego, recomendó el registro de las OTA que superaran un cierto umbral de ventas por intermediación de servicios finales prestados en Chile ante el Servicio Nacional de Turismo<sup>144</sup>.

Por último y, si bien no estimó pertinente realizar recomendaciones de medidas regulatorias al respecto, uno de los análisis de posibles limitantes a la competencia en el mercado de hospedaje que realizó la FNE en el marco de este estudio de mercado se refirió a la sugerencia de precios algorítmicos por las OTA a los hospedajes. A partir de los que concluyó que las sugerencias de precios tenían un impacto en los precios cobrados por los alojamientos, lo que probaría que las OTA tenían la capacidad de influir en una medida importante en estos<sup>145</sup>.

Asimismo, observó que en ese entonces predominaba un efecto procompetitivo de estas sugerencias, puesto que el precio cobrado tendía a ser menor cuando el mecanismo de sugerencia estaba activado. Sin embargo, señaló que lo anterior era sin perjuicio de que, de avanzarse en el uso de las OTA, ese resultado podría cambiar en el futuro<sup>146</sup>.

## CONCLUSIÓN

### ¿ES LA DMA UN MODELO A SEGUIR EN CHILE?

Tomando en consideración lo expuesto en este artículo, parece prematuro adelantarse si se debe o no implementar una regulación de mercados digitales en Chile, en especial si el ejemplo en la materia –la DMA– lleva recién un año desde su entrada en vigor. Ahora bien, esto no obsta que se pueda analizar la efectividad de esta herramienta a la luz de las críticas que al respecto se han señalado y de la normativa de libre competencia.

En este sentido, cabe destacar que los objetivos preventivos que la DMA persigue parecen no cumplirse a cabalidad. Ciertamente, una regulación *ex ante* trae aparejados beneficios tales como: velocidad en su aplicación, certeza legal sobre lo que está (o no) permitido y la prevención de prácticas anticompe-

<sup>143</sup> FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA (2024) rol n.º EM08-2023, párrs. 495 a 499.

<sup>144</sup> *Op. cit.* párrs. 500 a 506.

<sup>145</sup> *Op. cit.* párr. 486.

<sup>146</sup> *Op. cit.* párr. 486.

titivas que tengan efectos a largo plazo. Sin embargo, la DMA regula la materia de manera tal que las obligaciones de los *gatekeepers* no son autoejecutables (salvo respecto a la presentación de informes de cumplimiento) ni tampoco más ágiles, ya que se encarga, además, de establecer conductas prohibidas que, por lo tanto, se encuentran supeditadas a sanciones que deben ser precedidas de una investigación. Es decir, adopta también un enfoque correctivo.

Cabe hacer la pregunta entonces: ¿es la DMA una herramienta preventiva, correctiva, disuasiva o todas las anteriores?

Por una parte, la rigidez de la normativa no parece ser apta para adecuarse al dinamismo de este tipo de servicios, cuya forma de operar cambia día a día y, por ende, necesita poder adaptarse a circunstancias específicas, volviendo a surgir la normativa *ex post* como una alternativa eventualmente preferible.

Por otro lado, la implementación de una regulación *ex ante* puede conllevar un debilitamiento en la persecución *ex post* de las conductas que se pretenden evitar, tanto desde la elección de dónde se invierten los recursos públicos como en cuanto a los efectos que la decisión tendrá en la prevención general de dichas conductas. En consecuencia, los costos de la regulación preventiva en esta materia parecen ser excesivos al no evidenciarse claramente los beneficios que trae aparejados.

En Chile la conclusión pareciera ser la misma, pero sus fundamentos distintos, en tanto los mercados digitales locales son todavía incipientes o, al menos, esa ha sido la perspectiva que ha adoptado la FNE en la materia.

Asimismo, y sin perjuicio de que en el futuro la situación podría cambiar, los casos que hasta el momento se han conocido, han podido abordarse de manera exitosa sin nuevos instrumentos, bastando para ello el control de operaciones de concentración, las investigaciones respecto a restricciones verticales y los estudios sobre la evolución competitiva de los mercados, todos llevados a cabo por las distintas divisiones de la FNE.

En efecto, los análisis realizados por la Fiscalía en los casos descritos dan cuenta de que se han atendido varios de los riesgos que la DMA regula, tales como: prevención de bloqueos por parte de plataformas digitales, evitar debilitamientos de la competencia por restricciones de acceso, uso de la información sensible de competidores o usuarios de la plataforma, papel esencial de la innovación en las plataformas, entre otras.

En lo que al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia compete, dicha judicatura aún no se ha pronunciado sobre casos sustantivamente relevantes en lo que a plataformas digitales respecta, pudiendo ser la demanda de Copesa S.A. en contra de Google LLC y Alphabet Inc.<sup>147</sup>, la primera.

---

<sup>147</sup> TDLC (2024), rol C-505-2024, demanda de Copesa S.A. contra Google LLC y Alphabet Inc.

Así las cosas, mientras no se verifiquen razones fundadas que decanten en la necesidad de la creación de un nuevo marco regulatorio para este tipo de plataformas y mientras no se tenga claridad sobre los fines que dicha normativa buscaría, lo aconsejable parece ser no dar saltos al vacío.

## BIBLIOGRAFÍA

- AKMAN, Pinar (2021): "Regulating Competition in Digital Platform Markets: A Critical Assessment of the Framework and Approach of the EU Digital Markets Act". Disponible en [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3978625](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3978625) [fecha de consulta: 18 de diciembre de 2024].
- CARRASCO, Nicolás y RIESCO, Ricardo (2022): "Entendiendo la Ley 20.945: Historia, evolución de su tramitación y principales aportes", en Vásquez, Omar y Valdés, Domingo (coords.), *Nuevo régimen de libre competencia* (Santiago, Rubicón).
- CENTROCOMPETENCIA (CeCo) (2019): *Glosario*. Disponible en <https://centrocompetencia.com/glosario/> [fecha de consulta: 18 de diciembre de 2024].
- CRANE, Daniel A. (2024): "Defining Relevant Markets in Digital Ecosystems", *Journal of Law & Innovation*, vol. 7 No. 1.
- DEPARTMENT OF JUSTICE Y FEDERAL TRADE COMMISSION (2023): *Merger Guidelines*. Disponible en [www.ftc.gov/system/files/ftc\\_gov/pdf/2023\\_merger\\_guidelines\\_final\\_12.18.2023.pdf](http://www.ftc.gov/system/files/ftc_gov/pdf/2023_merger_guidelines_final_12.18.2023.pdf)
- FLETCHER, Amelia; CRAWFORD, Gregory; CRÉMER, Jacques; DINIELLI, David; HEIDHUES, Paul; LUCA, Michael; SALZ, Tobias; SCHNITZER, Monika; SCOTT, Fiona; SEIM, Katja; SIKINSON, Michael (2021): "Consumer protection for online markets and large digital platforms", *Digital Regulation Project. Consumer Protection for Online Markets and Large Digital Platforms. Policy Discussion Paper No. 1*. Disponible en <https://tobin.yale.edu/sites/default/files/2022-11/Digital%20Regulation%20Project%20-%20Consumer%20Protection%20-%20Discussion%20Paper%20No%201.pdf> [fecha de consulta: 18 de diciembre de 2024].
- HOVENKAMP, Herbert (2024): *Tech monopoly* (Cambridge, Massachusetts, MIT Press).
- JENNY, Frédéric (2021): "El llamado a la cautela de Frédéric Jenny en economía digital y las reacciones de agencias de competencia y regulaciones". Disponible en <https://centrocompetencia.com/frederic-jenny-forocompetencia-economia-digital-agencias-competencia-regulaciones/> [fecha de consulta: 18 de diciembre 2024].
- LEMUS, Claudia & KOKKORIS, Ioannis (2021): "Competition enforcement in digital platforms: A fragmented response to a global challenge". Disponible en <https://centrocompetencia.com/competition-enforcement-in-digital-platforms-a-fragmented-response-to-a-global-challenge/> [fecha de consulta: 18 de diciembre de 2024].
- MOTTA, Massimo (2022): "Self-Preferencing and Foreclosure in Digital Markets: Theories of Harm for Abuse Cases", *BSE Working papers* 1374: pp. 1-31.

- OECD (2020): "Abuse of dominance in Digital Markets", *OECD Roundtables on Competition Policy Papers*, No. 256 (Paris, OECD Publishing). Disponible en <https://doi.org/10.1787/4c36b455-en> [fecha de consulta: 18 de diciembre de 2024].
- PETT, Nicolas (2021): "The Proposed Digital Markets Act (DMA): A Legal and Policy Review". Disponible en <https://ssrn.com/abstract=3843497> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3843497> [fecha de consulta: 18 de diciembre de 2024].
- SCOTT, Fiona; CRAWFORD, Gregory; CRÉMER, Jacques; DINIELLI, David; FLETCHER, Amelia; HEIDUES, Paul; SCHNITZER, Monika (2021): "Equitable Interoperability: The 'Supertool' of Digital Platform Governance", *Digital Regulation Project. Consumer Protection for Online Markets and Large Digital Platforms. Policy Discussion Paper No. 4*. Disponible en <https://tobin.yale.edu/sites/default/files/2022-11/Digital%20Regulation%20Project%20-%20Equitable%20Interoperability%20-%20Discussion%20Paper%20No%204.pdf> [fecha de consulta: 18 de diciembre de 2024].
- SOKOL, Daniel, (2021): "Consejos y advertencias de Sokol sobre los desafíos de la economía digital". Disponible en <https://centrocompetencia.com/consejos-y-advertencias-de-sokol-sobre-los-desafios-de-la-economia-digital/> [fecha de consulta: 18 de diciembre de 2024].

## Normas

- UNIÓN EUROPEA (2022): *Reglamento (UE) 2022/1925 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de septiembre de 2022 sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital y por el que se modifican las Directivas (UE) 2019/1937 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Mercados Digitales) (12/10/2022)*. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A32022R1925> [fecha de consulta: 18 de diciembre de 2018].
- Decreto Ley n.º 211 (1973), que fija normas para la defensa de la libre competencia.
- FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA (2022): *Guía para el análisis de operaciones de concentración horizontales*. Disponible en [www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2022/05/20220531.-Guia-para-el-Analisis-de-Operaciones-de-Concentracion-Horizontales-version-final-en-castellano.pdf](http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2022/05/20220531.-Guia-para-el-Analisis-de-Operaciones-de-Concentracion-Horizontales-version-final-en-castellano.pdf) [fecha de consulta: 18 de diciembre de 2024].

## Jurisprudencia

- FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA (2010): rol n.º 1591-2009. Resolución en la investigación, 27 de enero de 2010.
- FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA (2019a): rol n.º F161-2018. Informe de aprobación en investigación, 11 de enero de 2019.
- FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA (2019b): rol n.º F161-2018. Resolución de aprobación en investigación, 11 de enero de 2019.



- FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA (2020a): rol n.º F217-2019. Informe de aprobación en investigación, 29 de mayo de 2020.
- FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA (2020b): rol n.º F217-2019. Resolución de aprobación en investigación, 29 de mayo de 2020.
- FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA (2020c): rol n.º 2624-2020. Minuta de archivo en investigación, 22 de septiembre de 2020.
- FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA (2020d): rol n.º 2624-2020. Resolución en investigación, 22 de septiembre de 2020.
- FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA (2021a): rol n.º 2639-2020. Minuta de archivo en investigación, 20 de abril de 2021.
- FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA (2021b): rol n.º 2639-2020. Resolución en investigación, 20 de abril de 2021.
- FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA (2024): rol n.º EM08-2023. Informe final del estudio de mercado de hospedaje en investigación, abril de 2024.
- TDLC (2024), rol C-505-2024, demanda de Copesa S.A. contra Google LLC y Alphabet Inc, 1 de marzo de 2024.



---

# MISCELÁNEOS

---



Universidad del Desarrollo  
Facultad de Derecho



# ALGUNAS PREVENCIONES EN TORNO A LA INCORPORACIÓN DE SISTEMAS DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN EL PROCESO JUDICIAL

## SOME PRECAUTIONS REGARDING THE INCORPORATION OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE SYSTEMS IN THE JUDICIAL PROCESS

*Nathalie Walker Silva\**  
*Carmen Droguett González\*\**

RESUMEN: Ante la creciente automatización del mundo<sup>1</sup>, todavía es posible evaluar la real conveniencia y necesidad de incorporar herramientas de inteligencia artificial (IA) en el proceso judicial. Aún estamos a tiempo de impedir que la IA imponga su ley, “orientando desde las alturas de su autoridad, los asuntos humanos”<sup>2</sup>; entre ellos, los vinculados a la solución de los conflictos. Esta elección repercute, en última instancia, en el tipo de sociedad en que queremos vivir<sup>3</sup>. En atención a lo anterior, en este trabajo, se ofrecen algunas consideraciones o prevenciones que pueden ser útiles al momento de evaluar la eventual incorporación de herramientas o sistemas de IA en el proceso judicial, mediante ciertos lineamientos o consideraciones básicas a tener en cuenta.

PALABRAS CLAVE: inteligencia artificial, proceso judicial, debido proceso.

---

\* Abogada. Licenciada en Derecho. Magíster en Ciencia Jurídica. Doctora en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesora de Derecho Civil, Universidad Alberto Hurtado. Facultad de Derecho. Departamento de Derecho Privado. Almirante Barroso 10, Santiago, Región Metropolitana, Chile. Correo electrónico: nwalker@uahurtado.cl ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5518-3578>

\*\* Doctora en Derecho. Académica investigadora. Facultad de Derecho, Universidad Santo Tomás, Chile. Correo electrónico: cdroguett3@santotomas.cl

<sup>1</sup> SADIN (2023) p. 37.

<sup>2</sup> *Op. cit.* p. 34.

<sup>3</sup> SANDEL (2013) p. 207.

**ABSTRACT:** Abstract: Given the growing automation of the world, it is still possible to evaluate the real convenience and need to incorporate artificial intelligence (AI) tools in the judicial process. We still have time to prevent AI from imposing its law, “guiding human affairs from the heights of its authority”; among them, those linked to the resolution of conflicts. This choice ultimately affects the type of society in which we want to live. In light of the above, this work offers some considerations or precautions that may be useful when evaluating the eventual incorporation of AI tools or systems in the judicial process, through certain guidelines or basic considerations to consider.

**KEYWORDS:** artificial intelligence- judicial process- due process of law.

## INTRODUCCIÓN

Una de las razones por las cuales la IA atrae, en forma poderosa la atención de las personas, es la impredecibilidad de sus usos. En tal sentido, hemos tenido la oportunidad de experimentar múltiples aplicaciones en la vida cotidiana, en ámbitos tan variados como: el equipamiento de los hogares, la medicina, el transporte, la contratación de personas, el arte, la entretención y un largo etcétera<sup>4</sup>. Y así como contamos con patentes indicios de sus múltiples usos actuales, también experimentamos una constante incertidumbre en torno a su presencia en el futuro; y qué facetas de nuestra vida serán colonizadas por sus sistemas.

En ese orden de cosas, la resolución de los conflictos de índole jurídico ha sido ya tocada por la vara de la tecnología, en la forma concreta de IA. Un ejemplo paradigmático se configura en el campo de alternativos de resolución de conflictos –también denominados con frecuencia por su sigla MASC o ADR (Alternative Dispute Resolution)–, los cuales han experimentado un alto grado de desarrollo en los últimos años debido, en parte, a la creciente automatización de ese tipo de procedimientos. En el caso particular de los sistemas de resolución de disputas en línea (RDL), su gran auge y vitalidad se explica, en gran medida, por la implementación de tecnologías de IA<sup>5</sup>.

Los aportes de la tecnología y, muy especialmente, de la IA, en el ámbito privado y público se han extendido de manera progresiva al ámbito del proceso judicial. Esto se ha debido, en parte, a las ventajas que ofrecen los sistemas de IA en términos de reducción de costos y de rapidez en la entrega de soluciones, lo que se ha traducido –en cierta medida– en una mayor posibilidad de acceso de los ciudadanos a la administración de justicia<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> MARCAZZOLO y WALKER (2023) p. 75.

<sup>5</sup> *Op. cit.* pp. 75-76.

<sup>6</sup> *Op. cit.* p. 76.

El cruce de fronteras entre la IA y el proceso judicial es un fenómeno que se viene discutiendo desde hace algunos años<sup>7</sup>, debido a que la aplicación al proceso de esa manifestación de la tecnología ya es una realidad en varias facetas puntuales, que ya no se limitan a usos básicos de orden procedimental, sino que alcanzan aspectos centrales de la decisión del asunto controvertido por parte del tribunal. A modo ilustrativo, en un trabajo anterior hemos tenido la oportunidad de analizar la manera en que el uso de IA ha ganado espacio en terrenos tan específicos y sensibles del proceso jurisdiccional, como es la evaluación de riesgos de reincidencia en materia penal<sup>8</sup>.

Sobre la base de toda esa complejidad esbozada, algunos autores se han planteado la interrogante acerca de si la llegada y conquista de la IA al proceso judicial es inevitable en todo el *iter* jurisdiccional<sup>9</sup>. Al respecto, en este trabajo se ofrecen algunas consideraciones o prevenciones que pueden ser útiles al momento de evaluar la eventual incorporación de herramientas o sistemas de IA en el proceso judicial, mediante ciertos lineamientos o consideraciones básicas a tener en cuenta. Tales consideraciones tienen relación, desde luego, con aspectos procesales, pero también circundan el necesario cuestionamiento acerca del tipo de sociedad en la cual queremos vivir en la actualidad y el tipo de humanidad que deseamos proyectar hacia el futuro.

## I. PRIMERA PREVENCIÓN:

### LA INCORPORACIÓN DE TECNOLOGÍA AL PROCESO NO ES, EN TODO ÁMBITO, INEVITABLE

El hecho de que, a menudo, los métodos de aprendizaje profundo no puedan ser interpretados con facilidad, incluso por los propios programadores o ingenieros que los crearon, suele otorgar a estos sistemas el aura de ser demasiado complejos para ser regulados y demasiado poderosos para no utilizarlos<sup>10</sup>. En tal sentido, las empresas tecnológicas quieren que pensemos que las innovaciones que sacan al mercado son *inevitables*, que es la forma en que opera el progreso y no se puede detener<sup>11</sup>. Pero no tiene por qué ser necesariamente así.

Siempre, y sobre todo en el ámbito del proceso, es factible que nos preguntemos si existen lugares en los que no se deba usar la IA, porque, al intro-

---

<sup>7</sup> NIEVA (2018) p. 13.

<sup>8</sup> MARCAZZOLO y WALKER (2023) pp. 75-96.

<sup>9</sup> A modo ejemplar, puede citarse la interesante reflexión planteada acerca de las fronteras entre IA y decisión judicial en GÓMEZ (2023).

<sup>10</sup> CRAWFORD (2022) p. 325.

<sup>11</sup> VÉLIZ (2022) p. 62.

ducirla, podría socavarse la justicia. Este cuestionamiento es la base para oponerse con eficacia a los relatos de la inevitabilidad tecnológica que dicen “si se puede hacer, se hará”. Así, en lugar de preguntarnos *dónde se aplicará ahora la IA* –simplemente porque puede aplicarse–, el énfasis debería estar puesto en *por qué* tendría que aplicarse, si hay razones poderosas para hacerlo<sup>12</sup>.

## II. SEGUNDA PREVENCIÓN:

SI SE OPTA POR INCORPORAR TECNOLOGÍA AL PROCESO,  
SE DEBE TENER EN CUENTA LA TENSION  
ENTRE EFICIENCIA Y JUSTICIA

Uno de los argumentos más recurrentes para introducir la IA al proceso es que implica ahorro de tiempo y recursos<sup>13</sup>. Frente a eso, cabe preguntarse qué es más importante, si la eficiencia o la justicia, o si es posible compatibilizarlas.

Al analizar los modelos matemáticos que subyacen a los programas de IA<sup>14</sup>, es posible apreciar que, con frecuencia, conducen a una elección entre justicia y eficiencia. En otra perspectiva, las tradiciones legales se inclinan, en forma natural, hacia la justicia. Por ejemplo, las Constituciones políticas incorporan la presunción de inocencia como garantía fundamental y han sido diseñadas para otorgarle valor por sobre otras consideraciones o ideas<sup>15</sup>. Lo anterior, por cuanto, la presunción de inocencia se concibe como el derecho que tienen todas las personas:

“a que se considere *a priori* como regla general que ellas actúan de acuerdo a la recta razón, comportándose de acuerdo a los valores, principios y reglas del ordenamiento jurídico, mientras un tribunal no adquiera la convicción, a través de los medios de prueba legal, de su participación y responsabilidad en el hecho punible determinada por una sentencia firme y fundada, obtenida respetando todas y cada una de las

---

<sup>12</sup> CRAWFORD (2022) p. 342.

<sup>13</sup> PEREIRA (2018) p. 29.

<sup>14</sup> Algunos de los cuales, por cumplir ciertas características abusivas y negativas –opacidad, la escala y el daño (p. 43)– han sido denominados por Cathy O’Neil como “armas de destrucción matemática”, en su libro homónimo.

<sup>15</sup> En el caso de Chile, la Constitución política vigente no lo consagra explícitamente. Sin embargo, parte de la doctrina concibe su reconocimiento implícito en la prohibición de presumir de derecho la responsabilidad penal, en armonía, en el derecho a la libertad personal que la Carta asegura y en la garantía no jurisdiccional de respeto del contenido esencial de los derechos fundamentales que la Constitución establece. STCch 1518, c. 33. En el mismo sentido STCch 1584 c. 6, STCch 2744 c. 15, STCch 2896 c. 9, STCch 2953 c. 13.

reglas del debido y justo proceso, todo lo cual exige aplicar las medidas cautelares previstas en el proceso penal en forma restrictiva, para evitar el daño de personas inocentes mediante la afectación de sus derechos fundamentales, además del daño moral que eventualmente se les pueda producir”<sup>16</sup>.

Sin embargo, desde el punto de vista de quien construye un modelo matemático de IA, la presunción de inocencia es visualizada como una importante limitación, que solo consume tiempo y recursos. Para quien diseña el sistema constituye un gransacrificio de la eficiencia en nombre de la justicia<sup>17</sup>, porque esta última no tiene cabida en sus cálculos, al tratarse de una idea y no de un dato, cuantificable y medible<sup>18</sup>. Y, más allá de la figura del arquitecto del modelo, la cuestión última reside en si nosotros, como sociedad, estamos dispuestos a sacrificar un poco de eficiencia en aras de la justicia<sup>19</sup>.

Si para lograr la eficiencia hay que sacrificar la justicia, nos parece que las cosas van mal encaminadas. Las innovaciones tecnológicas nunca pueden adoptarse con la sola finalidad de simplificar las actividades de las organizaciones o de ahorrar tiempo y deben, necesariamente, tener en cuenta su impacto en el resguardo de los derechos de los ciudadanos<sup>20</sup>.

### III. TERCERA PREVENCIÓN:

LAS APLICACIONES TECNOLÓGICAS SUELEN  
CARECER DE REGULACIÓN Y SU DISEÑO, USO  
Y FUNCIONALIDADES OBEDECEN A LOS MÁS DIVERSOS INTERESES

En tal sentido, es básico clarificar que los fines del proceso y los fines del mercado corren por carriles diversos. El proceso es una forma de poner fin, en forma

---

<sup>16</sup> NOGUEIRA (2005) p. 222. Gregorio Cámara Villar, por su parte, define el derecho a la presunción de inocencia como “un auténtico derecho fundamental cuyo contenido consiste en que nadie puede ser condenado sin pruebas que, practicadas legalmente conforme a las exigencias constitucionales, le incriminen demostrando su culpabilidad. Del mismo modo, implica que la carga de la prueba siempre recae sobre quien acusa y nunca cabe requerir prueba al acusado sobre su propia inocencia”. CÁMARA (2019) p. 333. La importancia de la presunción de inocencia, como fundamento del proceso penal, se ve reconocida en disposiciones de derecho internacional, tales como: el artículo 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

<sup>17</sup> O’NEIL (2017) pp. 119-120.

<sup>18</sup> *Ibid.*

<sup>19</sup> *Op. cit.* p. 120.

<sup>20</sup> TANCO (2022) p. 52.

pacífica, a ciertos conflictos humanos. Se rige por principios y normas propios que no obedecen a la lógica del mercado. El funcionamiento del mercado, por su parte, obedece a criterios puramente económicos, persiguiendo la maximización de beneficios, también de orden económicos. Las empresas pretenden, siempre, obtener ganancias al menor costo posible y los mercados actúan sin emitir juicios sobre los deseos que satisfacen<sup>21</sup>. No se les puede pedir otra cosa, porque no está dentro de sus fines.

A lo anterior, hay que agregar que los sistemas de IA se han construido –de modo tradicional– siguiendo la lógica del capital, la vigilancia y la militarización<sup>22</sup>. Ahí se encuentran sus orígenes, a la vez que sus motivaciones; lo que los hace compatibles con el funcionamiento del mercado. De ahí deriva su gran éxito y su extendida funcionalidad en todo tipo de escenarios de nuestra vida.

La IA jamás ha sido una técnica computacional neutral que toma determinaciones sin una dirección humana. Ese es un mito, repetido una y otra vez, para convencernos de usarla. Muy por el contrario:

“sus sistemas están integrados en mundos sociales, políticos, culturales y económicos que están delineados por humanos que determinan lo que esos sistemas hacen y cómo lo hacen”<sup>23</sup>.

El *gobierno algorítmico* de los gigantes tecnológicos forma parte de los gobiernos estatales tradicionales y, a la vez, los excede<sup>24</sup>. Por eso, pueden ejecutar con éxito sus políticas de conquista de nuevos espacios. Los algoritmos de IA pueden estar diseñados para ofrecernos productos y servicios que nos benefician y hacen de nuestra vida algo mejor. Pero también pueden usarse:

“para discriminar, para amplificar jerarquías y codificar clasificaciones estrechas. Cuando son aplicados en contextos sociales como la vigilancia policial, el sistema judicial, la salud y la educación, son capaces de reproducir, optimizar y amplificar las desigualdades existentes. Esto no es algo casual”<sup>25</sup>.

Los sistemas de IA están contruidos para ver el mundo de maneras que benefician principalmente a las empresas, a los Estados y las instituciones a las que sirven. Son manifestaciones de poder que surgen de fuerzas económicas y políticas más amplias, creadas para maximizar las ganancias y centralizar los poderes de quienes están detrás. Pero plantear este relato así, es descorazonador, “no vende”, y por eso la historia oficial de la IA no se suele contar de esta manera<sup>26</sup>.

---

<sup>21</sup> SANDEL (2013) p. 88.

<sup>22</sup> CRAWFORD (2022) pp. 41-42.

<sup>23</sup> *Op. cit.* p. 321.

<sup>24</sup> *Op. cit.* p. 281.

<sup>25</sup> *Op. cit.* p. 321.

<sup>26</sup> *Ibid.*



Por todo lo anterior, al insertar sistemas de IA en los procesos judiciales es iluso pretender que permitan alcanzar los fines del proceso, ciñéndose a los principios procesales sin una necesaria programación específica. Si se quiere que actúen con criterios éticos, es necesario programar esa ética desde el diseño de las aplicaciones y sistemas<sup>27</sup>. Lo mismo ocurre si se quieren alcanzar estándares mínimos para un uso acorde con las exigencias del debido proceso: hay que exigirlos con claridad a las empresas desarrolladoras, fijándoles reglas claras de funcionamiento y de manejo de los datos personales de los usuarios, para respetar su dignidad y derechos en todo momento, incluso, una vez finalizado el proceso.

#### IV. CUARTA PREVENCIÓN:

DEBE TENERSE EN CUENTA LA EVENTUAL INCIDENCIA  
EN EL PROCESO JUDICIAL DE FACTORES COMO EL SESGO,  
EL RUIDO ESTADÍSTICO Y LA FALTA DE GOBERNANZA  
DE LOS SISTEMAS DE IA

El diseño y funcionamiento de sistemas de IA hoy puede llegar a ser muy sofisticado y complejo de entender; lo que puede repercutir en el ejercicio de los derechos de las personas, como ocurre con la existencia de cajas negras, la falta de transparencia<sup>28</sup> y *explicabilidad* de los algoritmos, la coexistencia de derechos de propiedad intelectual sobre programas y procedimientos.

En otra arista, los datos de que se dispone para el entrenamiento de los algoritmos muchas veces son sacados de bases de datos que no tenían una finalidad civil: pueden provenir de experimentos militares, de defensa y, por tanto, son sacados de un contexto específico y trasladados a otro que no necesariamente opera con los mismos parámetros. Sobre este punto, pese a que el origen de los datos que subyacen en un sistema puede ser muy significativo y que el funcionamiento de internet tiene ya tres décadas, todavía no existen prácticas normadas para señalar de dónde provienen los datos ni cómo se adquirieron; mucho menos para rendir cuenta de los sesgos o de las políticas de clasificación que esos conjuntos de datos contienen y que influyen de modo ineludible en todos los sistemas que se alimentan de ellos<sup>29</sup>. De modo que los datos *no* son neutrales, ni objetivos, ni ‘crudos’, sino que están producidos por operaciones de generación de conocimiento, que implican interpretación, gestión y percepción efectuadas por humanos<sup>30</sup>.

<sup>27</sup> Sobre este punto, véase el capítulo “Programar ética” en LATORRE (2019) pp. 201-211.

<sup>28</sup> WEBB (2021) p. 22.

<sup>29</sup> CRAWFORD (2022) p. 160.

<sup>30</sup> COECKELBERGH (2023) p. 77. En sentido similar, Flavia Costa explica que “los datos nunca están dados”, como si fuesen hechos de la naturaleza. COSTA (2021) p. 33.

Los programas con IA se vendieron, en un principio, como llenos de atributos, porque permitirían ahorrar tiempo y se traducirían en decisiones más justas y objetivas. La idea central es que se trataba de máquinas procesando números y que, sin la intervención humana, se liberarían de los prejuicios que las personas solemos tener<sup>31</sup>. Sin embargo, esto resultó ser una ventaja solo aparente, porque lo que ocurrió –en realidad– es que las decisiones adoptadas por las máquinas no eran infalibles. Pese a existir buenas intenciones de trasfondo, los modelos empleados programan los prejuicios, los errores y los sesgos humanos en los sistemas informáticos. Esos modelos matemáticos son opacos y operan con mecanismos que son invisibles para todos, salvo para los matemáticos e ingenieros informáticos que intervienen en su diseño e implementación<sup>32</sup>. A pesar de su reputación de imparcialidad, los modelos sí reflejan objetivos e ideologías<sup>33</sup>.

Uno de los grandes peligros de un mal modelo de IA empleado en un proceso judicial es que se alimente de datos recogidos al azar y con correlaciones espurias, reforzado por desigualdades institucionales<sup>34</sup>, contaminado por ruido<sup>35</sup> y por sesgos cognitivos. Asimismo, la falta de gobernanza institucional, así como los sesgos de los arquitectos o programadores de sistemas de IA pueden poner en peligro la independencia judicial y la imparcialidad<sup>36</sup>. Esto se relaciona con la denominada “Ley de Conway”, que señala que, en ausencia de reglas e instrucciones precisas, las elecciones que hacen los equipos tienden a reflejar los valores –y sesgos– implícitos en los miembros que los componen<sup>37</sup>.

Se pone en riesgo la *independencia judicial*<sup>38</sup>, si se tiene en cuenta que:

- 1.º Hasta hoy, no existe control judicial alguno sobre la figura del programador: no es un auxiliar de la administración de justicia, no está regulado su ingreso a ningún cargo oficial, ni su selección, ni sus derechos, deberes ni responsabilidades, porque carece de un estatuto jurídico.
- 2.º Tampoco existe un órgano central con las facultades adecuadas para garantizar la independencia del programador.

---

<sup>31</sup> O’NEIL (2017) p. 11.

<sup>32</sup> *Ibid.*

<sup>33</sup> *Op. cit.* p. 31.

<sup>34</sup> *Op. cit.* p. 33.

<sup>35</sup> El ruido se entiende acá como “una variabilidad no deseada” en una muestra estadística. Véase KAHNEMAN, SIBONY y SUSTEIN (2023) p. 24.

<sup>36</sup> Sobre este punto, véase MARCAZZOLO y WALKER (2023) pp. 75-96.

<sup>37</sup> WEBB (2021) pp. 154-155.

<sup>38</sup> El modelo chileno de judicatura, como parte de un Estado de derecho, reconoce el principio de separación de poderes y, con ello, que los jueces son independientes de los poderes políticos y respecto de todos los demás jueces y tribunales, sometiéndose en forma exclusiva a la ley y no a las instrucciones de otros órganos o tribunales. BORDALÍ (2013) p. 609.

3.º Si este logra asistir al juez en la adopción de decisiones, se convierte, *de facto*, en una autoridad que opera en el proceso con total impunidad<sup>39</sup>.

La *imparcialidad judicial*<sup>40</sup> también se puede ver afectada: las características personales del programador no pueden ser obviadas: de manera consciente o inconsciente, introduce sus propias inclinaciones, gustos y prejuicios al configurar los algoritmos y ponerlos a disposición del sistema de IA. Existe, entonces, el peligro de que proporcione una información sesgada, abiertamente contraria a la necesaria imparcialidad del juzgador<sup>41</sup>. Esto ya ha ocurrido en varios casos emblemáticos, en que los jueces han confiado más en la predictibilidad de los sistemas y la información proporcionada por ellos que en su propio conocimiento y criterio jurídico. Al hacerlo, han olvidado que “la IA es muy buena a la hora de reconocer patrones, pero la sabiduría no se puede delegar en las máquinas”<sup>42</sup>.

## V. QUINTA Y FINAL PREVENCIÓN:

HAY QUE EVALUAR EN QUÉ OPORTUNIDADES  
Y EN QUÉ TIPOS DE PROCEDIMIENTOS ES VIABLE  
INCORPORAR LA IA, TRAZANDO LOS ESTÁNDARES MÍNIMOS  
PARA UN USO ACORDE A LAS EXIGENCIAS DEL DEBIDO PROCESO

Previo a incorporar IA en el proceso judicial, es necesario fijar con claridad qué clase de procedimientos e instituciones resultan más apropiadas para su utilización<sup>43</sup>. Esto, teniendo presente que los desafíos y riesgos presentes en la mejora de los sistemas de justicia “no terminan ni empiezan en aspectos de Derecho Procesal”<sup>44</sup>.

---

<sup>39</sup> GÓMEZ (2023) p. 323.

<sup>40</sup> La imparcialidad, desde un plano subjetivo, se vincula con el posicionamiento personal de los jueces en los términos de las partes de una causa judicial. Así, como derecho fundamental de los justiciables, la imparcialidad se traduce en una garantía fundamental que permite que un juez sea apartado de un caso concreto cuando existan sospechas justificadas de forma objetiva. BORDALÍ (2009) p. 272. Ahora bien, el principio de imparcialidad –que presenta especial importancia en el ámbito penal– incluye no solo la imparcialidad subjetiva, sino que, también, la imparcialidad objetiva, conforme a la cual quien indaga en la actividad instructora no puede luego juzgar.

<sup>41</sup> GÓMEZ (2023) p. 325.

<sup>42</sup> COECKELBERGH (2021) p. 164.

<sup>43</sup> GÓMEZ (2023) p. 48.

<sup>44</sup> PEREIRA (2018) p. 6.

La aplicación de tecnologías –entre ellas las de IA– no opera siempre de la misma forma ni intensidad de efectos en diversos ámbitos del proceso<sup>45</sup>. En tal sentido, es preciso diferenciar los distintos tipos de tecnologías, desde las menos intensas en sus efectos, a las más invasivas y de potencial atropello a los derechos de los justiciables de existir un uso inadecuado. Así, existen las *tecnologías de ayuda*, orientadas para brindar apoyo y consejo; las *tecnologías de reemplazo*, en que las máquinas sustituyen tareas que suelen ser efectuadas por humanos y, finalmente, encontramos las *tecnologías disruptivas*, que producen cambios en el modo de operar de los tribunales<sup>46</sup>.

Desde el punto de vista del derecho procesal afectado por la IA, son fundamentales la transparencia<sup>47</sup>, la explicabilidad<sup>48</sup> y la fiabilidad<sup>49</sup> de la decisión tomada por la máquina inteligente. Unido a lo anterior, es preciso recordar que las herramientas de IA operan sobre la base de modelos matemáticos, que son representaciones abstractas de ciertos procesos: simplificaciones de la realidad<sup>50</sup>, que es siempre más compleja que lo que el modelo pueda abarcar. Al tratarse de una simplificación, cometerán errores<sup>51</sup> y quedarán “puntos ciegos” que,

---

<sup>45</sup> Al respecto, Jordi Nieva indica que debe distinguirse entre la tramitación y búsqueda de datos, por un lado, y la actividad mental que supone el enjuiciamiento, por otro. NIEVA (2018) p. 31.

A mayor abundamiento, el diseño de tecnologías pensadas para la tramitación de procesos judiciales debiera responder a la pregunta de *para qué estructura procesal se efectúa*: si es para un proceso escrito, oral, o para un amplio volumen, o aquellos que son repetitivos. PEREIRA (2018) pp. 23-24.

<sup>46</sup> GÓMEZ (2023) p. 46. Sobre el uso de IA en los procedimientos penales y, en específico, los sistemas de evaluación de riesgos, véase MARCAZZOLO y WALKER (2023) pp. 75-96 y SOLAR (2020) pp. 125-172.

<sup>47</sup> La transparencia es lo contrario a la opacidad, esta última, un importante problema de los sistemas de aprendizaje automático, en especial los de aprendizaje profundo. Los modelos matemáticos opacos o invisibles son lo habitual, mientras que los transparentes, una rara excepción. Tal opacidad es, con frecuencia, justificada o amparada en el secreto industrial. O'NEIL (2017) p. 40.

<sup>48</sup> Una IA explicable es “capaz de explicar a los humanos sus acciones, decisiones o recomendaciones, o de facilitar información suficiente sobre los procesos por los cuales llegó a un resultado particular”. COECKELBERGH (2021) p. 165.

<sup>49</sup> Una IA fiable es aquella “en la que pueden confiar los humanos. Las condiciones para tal confianza se pueden referir a (otros) principios éticos tales como la dignidad humana, el respeto de los derechos humanos, etc., y/o a los factores sociales y técnicos que influyen en si las personas quieren o no utilizar la tecnología”. COECKELBERGH (2021) p. 165.

<sup>50</sup> O'NEIL (2017) p. 28.

<sup>51</sup> De hecho, en términos estadísticos, la “inteligencia” de un sistema puede medirse por el margen de error que cometa. De modo que, en este ámbito acotado, el objetivo de la IA puede ser concebida en función de la minimización de errores: mientras menos errores cometa, más inteligente es el sistema.

en muchos casos, no tendrán mayor importancia; pero, en otras, esas imperfecciones podrían vulnerar los derechos de los justiciables, como cuando una tecnología se transforma en una barrera de acceso a la justicia para quien no sabe usarla o no tiene los medios para acceder a ella<sup>52</sup> o cuando afecta su derecho de defensa<sup>53</sup>. Para evitar que esto ocurra, es preciso fijar normas claras sobre lo que se puede y no se puede hacer, junto con impedir que se socave la independencia y la imparcialidad judicial.

## A MODO DE CONCLUSIÓN

En la actualidad, la oferta de servicios y aplicaciones es enorme y siempre habrá propuestas de programas y dispositivos susceptibles de ser utilizados en los procesos judiciales, pero la incorporación de aquellos debe ir de la mano del atento examen sobre el objetivo y el problema que viene a solucionar<sup>54</sup>. También de la cuantificación del impacto que efectivamente se produciría, del costo económico y humano que demandaría su implementación y de la accesibilidad del ciudadano. Asimismo, deberían existir auditorías y evaluaciones acerca de cómo esa aplicación ha modificado los estándares de eficacia y eficiencia<sup>55</sup>.

Hay mucho en juego en el proceso judicial como para entregar su gestión y su lógica interna de funcionamiento a las empresas desarrolladoras de tecnología. En vista de esto, al ofrecer productos aplicables en el marco del proceso, los desarrolladores debieran explicar con detalle cómo pretenden funcionar: con qué datos van entrenar el sistema de IA, bajo qué parámetros se tomarán las decisiones –pudiendo exigírseles que expliquen con real transparencia sus pautas de funcionamiento y cómo protegerán los datos de los usuarios<sup>56</sup>–; cómo y con qué herramientas auditarán sus resultados y de qué manera harán control de daños, en caso de producirse resultados adversos.

En el ámbito de los procesos judiciales, la práctica debería ir en sentido contrario a lo que ha ocurrido en la contratación: debería ser la empresa desarrolladora de tecnologías quien deba “aceptar los términos y condiciones” del debido proceso.

---

<sup>52</sup> TANCO (2022) p. 55.

<sup>53</sup> GÓMEZ (2023) p. 63; PRESNO (2023) p. 33.

<sup>54</sup> TANCO (2022) p. 50.

<sup>55</sup> *Ibid.*

<sup>56</sup> Cómo protegerán la privacidad de los usuarios para que no se pueda explotar el verdadero recurso que se obtiene a través de la obtención de sus datos, la vida *propriadamente tal* de aquellos. Smith (2023) p. 31. En tal sentido, se ha dicho que la privacidad es “la venda en los ojos de la justicia”, lo que permite que se nos trate con igualdad e imparcialidad. VÉLIZ (2022) p. 103.

## BIBLIOGRAFÍA

- BORDALI SALAMANCA, Andrés (2009): “El derecho fundamental a un tribunal independiente e imparcial en el ordenamiento jurídico chileno”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XXXIII.
- BORDALI SALAMANCA, Andrés (2013): “La independencia de los jueces en la aplicación de la ley dentro de la organización judicial chilena”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 40, n.º 2.
- CÁMARA VILLAR, Gregorio (2019): “Cap. XXI: El derecho a la tutela judicial efectiva”, en Balaguer Callejón, Francisco (coord.), *Manual de derecho constitucional*, vol. II (Madrid, Tecnos), pp. 308-337.
- COECKELBERGH, Mark (2021): *Ética de la inteligencia artificial* (trad. Lucas Álvarez Canga, Madrid, Cátedra).
- COECKELBERGH, Mark (2023): *La filosofía política de la inteligencia artificial. Una introducción* (trad. Lucas Álvarez Canga, Madrid, Cátedra).
- COSTA, Flavia (2021): *Tecnoceno. Algoritmos, biohackers y nuevas formas de vida* (Buenos Aires, Taurus).
- CRAWFORD, Kate (2022): *Atlas de inteligencia artificial. Poder, política y costos planetarios* (trad. Francisco Díaz Klaassen, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica).
- GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis (2023): *El juez-robot (la independencia judicial en peligro)* (Valencia, Tirant lo Blanch).
- KAHNEMAN, Daniel; Sibony, Oliver; Sunstein, Cass R. (2023): *Ruido. Un fallo en el juicio humano* (trad. Joaquín Chamorro Mielke, Barcelona, Debolsillo).
- LATORRE, José Ignacio (2019): *Ética para máquinas* (Barcelona, Ariel).
- MARCAZZOLO, Ximena y WALKER, Nathalie (2023): “Empleo de sistemas algorítmicos de evaluación de riesgos en materia penal. Estándares mínimos para un uso acorde a las exigencias del debido proceso”, en Rocha, Martín; Sansó-Rubert, Daniel y Rodríguez, Nuria (coords.), *Inteligencia artificial y derecho. Reflexiones jurídicas para el debate sobre su desarrollo y aplicación* (Madrid, Dykinson S.L.).
- NIEVA FENOLL, Jordi (2018): *Inteligencia artificial y proceso judicial* (Madrid, Marcial Pons).
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2005): “Consideraciones sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia”, *Ius et Praxis*, vol. 11, n.º 1.
- O’NEIL, Cathy (2017): *Armas de destrucción matemática. Cómo el Big Data aumenta la desigualdad y amenaza la democracia* (trad. Violeta Arranz de la Torre, Madrid, Capitán Swing).
- PEREIRA CAMPOS, Santiago (2018): “Gestión adecuada y aplicación de las tecnologías en el sistema de justicia civil”. Disponible en [www.cejamericas.org/Documentos/2018/10\\_IdeassobreelmodelodereformaalajusticiacivilquepromueveCEJAen](http://www.cejamericas.org/Documentos/2018/10_IdeassobreelmodelodereformaalajusticiacivilquepromueveCEJAen)

AmericaLatinayelCaribe\_coninfografias.pdf [fecha de consulta: 20 de enero de 2024].

PRESNO LINERA, Miguel Ángel (2023): *Derechos fundamentales e inteligencia artificial* (Madrid, Marcial Pons).

SADIN, Éric (2023): *Anatomía del espectro digital. Crónicas y entrevistas sobre tecnoliberalismo* (trad. Diego Milos, Santiago, Saposcat).

SANDEL, Michael (2013): *Lo que el dinero no puede comprar. Los límites morales del mercado* (trad. Joaquín Chamorro Mielke, Buenos Aires, Debate).

SOLAR CAYÓN, José Ignacio (2020): "Inteligencia artificial en la justicia penal: los sistemas algorítmicos de evaluación de riesgos", en Solar Cayón, José Ignacio (ed.), *Dimensiones éticas y jurídicas de la inteligencia artificial en el marco del Estado de Derecho* (Madrid, Universidad de Alcalá/Defensor del Pueblo, Cuadernos Democracia y Derechos Humanos Núm. 16).

SMITH, Justin E. H. (2023): *Internet no es lo que pensamos. Una historia, una filosofía, una advertencia* (trad. Lilia Mosconi, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica).

TANCO, María Cecilia (2022): "El por qué y el par qué de la incorporación de la tecnología al proceso", en Grillo, Pablo; Hankovits, Francisco y Soto, Andrés (dirs.), *Recalculando el sistema de justicia para el siglo XXI. Bases para la modernización de la justicia civil* (Buenos Aires, La Ley).

VÉLIZ, Carissa (2022): *Privacidad es poder. Datos, vigilancia y libertad en la era digital* (trad. Albino Santos Mosquera, Santiago, Debate, primera edición en Chile).

WEBB, Amy (2021): *Nueve gigantes* (trad. María Mercedes Correa, Buenos Aires, Paidós).

### *Jurisprudencia*

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE (2010): sentencia rol 1584-09 de 17 de junio de 2010.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE (2010): sentencia rol 1518-09 de 24 de octubre de 2010.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE (2015): sentencia rol 2744-14 de 8 de octubre de 2015.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE (2016): sentencia rol 2896-15 de 25 de agosto de 2016.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE (2016): sentencia rol 2953-16 de 4 de octubre de 2016.





LA PROCEDENCIA DE LA TRIPLE FILIACIÓN  
EN EL SISTEMA CHILENO  
Y SU COLISIÓN CON EL ARTÍCULO 34  
DEL CÓDIGO CIVIL.

REFLEXIONES EN TORNO A LA SENTENCIA  
DEL 26 DE AGOSTO DE 2024  
DEL JUZGADO DE FAMILIA DE OSORNO

THE VIABILITY OF TRIPLE PARENTHOOD  
IN THE CHILEAN SYSTEM  
AND ITS CONFLICT WITH ARTICLE 34  
OF THE CIVIL CODE.

REFLECTIONS ON THE JUDGMENT  
OF AUGUST 26, 2024,  
BY THE OSORNO FAMILY COURT

*Nicolás Ibáñez Meza\**

RESUMEN: Con fecha 26 de agosto de 2024 se materializó en Chile algo que, en legislaciones comparadas ya era una realidad: la triple filiación mediante determinación judicial. Dicha sentencia, celebrada por algunos y criticada por otros, omite pronunciamiento sobre la limitación numérica de progenitores establecida por el artículo 34 del *Código Civil*. Así, se busca explorar, a propósito de las hipótesis y argumentos expresados en el fallo, si es posible dentro del sistema nacional y sin reformas legislativas, reconocer la triple filiación.

PALABRAS CLAVE: triple filiación, pluriparentalidad, interés superior del niño.

---

\* Académico de planta regular de Derecho Civil, Derecho de Familia y Derecho de Niñez y Adolescencia en la Facultad de Derecho Universidad Autónoma de Chile, sede Santiago, Región Metropolitana, Chile. Candidato a Doctor en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Adjudicatario de Beca de Doctorado Nacional por Agencia Nacional de Investigación y Desarrollo ANID resolución 1690-2022 (8 de febrero de 2022). Folio 21220006. Correo electrónico: nico las.ibanez@uautonoma.cl

**ABSTRACT:** On August 26, 2024, something that was already a reality in comparative legal systems became part of ours: triple parenthood. However, this judgement, celebrated by some and criticized by others, does not address the numerical limitation of parents established by Article 34 of the *Civil Code*. Thus, this paper seeks to explore, in light of the hypotheses and arguments expressed in the judgement, whether it is possible within the national system, and without legislative reforms, to recognize triple parenthood.

**KEYWORDS:** triple parenthood, multi-parenthood, best interest of the child.

## INTRODUCCIÓN

Este trabajo analiza la sentencia dictada el 26 de agosto de 2024 por el Juzgado de Familia de Osorno<sup>1</sup>, primera en establecer la triple filiación en Chile, fundada sobre la base de la socioafectividad. Se presenta el conflicto que aborda y su comprensión al tenor de los derechos identitarios del hijo, en especial desde la perspectiva de su interés superior y, con ello, se busca determinar cómo cohabita dicha forma de resolver con el vigente artículo 34 del *Código Civil*, norma de orden público que en el sistema nacional limita la cantidad de progenitores posibles de una persona a solo dos: padre y madre, dos padres o dos madres.

No se trata de un comentario jurisprudencial sobre la sentencia referida, sino analizar si el muro que levanta el artículo 34 del *Código Civil* es superable o no desde las perspectivas de los derechos de los niños y, también, de su interés jurídico superior.

## I. EL ESTABLECIMIENTO DE LA FILIACIÓN

### BAJO LAS NUEVAS REALIDADES SOCIOAFECTIVAS

Conocido es que el derecho se amolda a los distintos requerimientos provenientes de la evolución de las relaciones sociales. Este proceso ha sacudido paradigmas tradicionales en todos los aspectos posibles, en especial en aquellos provenientes de las clásicas figuras binarias del campo del estado civil y del derecho familiar. Soltería y matrimonio; hombre y mujer; o persona y cosa, son todos binomios que no logran hacer frente a todas las necesidades familiares e identitarias actuales, y como es claro, ello no está ajeno de problemas y dificultades, dado que son (y seguirán siendo) estructuras imperantes.

---

<sup>1</sup> En adelante e indistinto como “la sentencia” o “el fallo”.

En este devenir, evolutivo o involutivo según la postura que adopte cada sector de la doctrina, el binomio padre-madre, propio de la relación de filiación, también ha recibido el impacto de nuevas formas y vivencias sociales<sup>2</sup>, requiriendo mayor apertura. Con justa razón, dado el reconocimiento legal de nuevas formas de relaciones humanas sexoafectivas, cuando se incorporó el matrimonio por personas del mismo sexo en Chile, debió ajustarse la normativa a dicha nueva realidad en los efectos inmediatos y obvios que las uniones homosexuales maritales podían generar. Si se estaba por otorgar la posibilidad de nuevos matrimonios, y siendo aquel, indistinto de su composición, una piedra angular y fundamental de las relaciones de familia, pues bien, las normas debieron adoptar, también, medidas para regular y legitimar la filiación que en ellos pudiera ocurrir. De esta manera, la Ley n.º 21400 de 2021, sobre acceso igualitario al matrimonio, modificó el artículo 34 del *Código Civil* pasando a reconocer en el texto legal que los progenitores de una persona son su padre y su madre, sus dos madres o sus dos padres, aunque dicha norma no exige, en ninguna de las tres hipótesis, que ellos estén casados.

Aun en esta apertura, coherente con la regulación de matrimonios de personas del mismo sexo, hay una serie de otras demandas sociales que continúan a la espera de ser cubiertas<sup>3</sup> y que, aunque también afectan al campo del derecho de las familias, difieren de los contextos propios del denominado matrimonio igualitario. Situaciones derivadas de: la posesión de estado, las técnicas de reproducción humana asistida, la maternidad subrogada<sup>4</sup>, las familias ensambladas<sup>5</sup> y la socioafectividad<sup>6</sup>, dejan una gran interrogante en la búsqueda de ajustes y acomodos dentro de la estructura dual establecida por la ley en el señalado artículo 34 del *Código Civil*.

Esto es así porque en todos los casos problemáticos mencionados, la pregunta que surge es respecto a determinar quiénes serán las dos personas que ostentarán el papel de progenitores en cualquiera de sus tres hipótesis (padre y madre; dos padres o dos madres), y ello dado que en las historias fácticas que le dan sustento, las que ya no toman de base solo a la biología, hay más de dos personas vinculadas.

Con todo, puede determinarse que no basta con la sola existencia de estos antecedentes para encontrar un real problema con el artículo 34 del *Código de Bello*, sino que, además, habrá que conocer la postura frente al particular

---

<sup>2</sup> MILÁN, SAVÓN y VEGA (2023) p. 140, afirman: "contar con más de dos vínculos filiatorios, refleja el carácter inclusivo que dinamiza el derecho de las familias en la actualidad".

<sup>3</sup> Véase ÁLVAREZ (2023).

<sup>4</sup> Véase LATHROP (2023).

<sup>5</sup> MILÁN, SAVÓN y VEGA (2023) p. 141. Véase, también, BRAVO (2018) p. 220.

<sup>6</sup> ÁLVAREZ (2022) p. 169 y siguientes. También, véase ÁLVAREZ (2024).

de aquellas personas que se encuentran insertas en dicha historia. Así, cuando el asunto es adversarial, la respuesta es simple: quien se pretende progenitor debe desocupar uno de los dos puestos disponibles de la relación filial y tomar su lugar, o como lo denomina la doctrina, desplazar al progenitor actual<sup>7</sup>. Se advierte que así ha sido pensada la estructura del sistema de establecimiento de filiación en Chile, en especial en cuanto al reconocimiento del hijo que procede cuando no tiene filiación fijada; y que si la tuviera, el acto pertinente sería el de impugnar judicialmente la filiación actual, para reclamar una nueva que la reemplace (artículo 208 del CC).

A partir de lo anterior, se evidencia que la norma supone cierta voluntad de las personas vinculadas a los casos dados en dichas nuevas situaciones sociales, presumiendo que quien reclama una filiación, pareciera ser, debe desear, de manera perentoria, formar parte de la rígida dualidad indicada, tomando el lugar de otro que quedará eliminado de la vida del hijo. Por eso se establecerían reglas de prelación en este orden, como la indicada en el artículo 201 del *Código Civil* en relación con la preferencia del padre de crianza por sobre el biológico cuando existe contradicción entre uno y otro, salvo que el interés superior del niño aconseje lo opuesto.

Pero acá surgen las preguntas que motiva estas líneas: ¿qué ocurre cuando no existe ese interés contencioso?, ¿puede alguien, en vez de desplazar, simplemente sumarse a esa realidad familiar? Y con ello, ¿es un requisito de la reclamación de filiación de un hijo que ya cuenta con dos progenitores, impugnar la filiación de uno de ellos?

## II. ALGUNAS DELIMITACIONES DEL ANÁLISIS

Antes de desarrollar las temáticas ofrecidas e intentar responder a las preguntas recién planteadas, resulta imperativo definir cuatro aspectos que bien pueden alentar al lector en la continuidad de revisión de estas líneas, o motivarle a cesarlo de inmediato.

- Primero, que el análisis que acá se desarrolla no es político ni ideológico, sino jurídico, por lo que no se promueve ninguna idea distinta a la del imperio del derecho en la forma de abordar el conflicto de fijación de la filiación dado en el caso. Por tanto, no se trata de analizar la conformidad o no con el resultado de la sentencia, sino de revisar

---

<sup>7</sup> En este sentido, HERNÁNDEZ y LATHROP (2022) p. 241 exponen con claridad: “cuando se quiere impugnar por el verdadero padre o madre o por el hijo una filiación determinada, deben entablar conjuntamente la acción de reclamación de la filiación y la acción de impugnación, porque, existiendo una filiación, no se puede adquirir otra”.

el cumplimiento de los estándares requeridos por el ordenamiento jurídico en este sentido.

- Segundo, pero derivado de lo anterior, no se busca ni engalanar ni criticar la sentencia dictada, sino solo utilizar tanto los hechos como el derecho aplicado como base de la hipótesis de estas líneas, dada al tenor de las interrogantes antes formuladas. Es decir, que el caso inspira el preguntarse si es posible releer las normas cuando no existe contienda en el contexto de la socioafectividad como base para el establecimiento de relaciones de filiación y, con ello, si puede prescindirse de la impugnación para ejercer la reclamación de filiación de un hijo que ya tiene dos progenitores. De esta forma, aunque es evidente que el autor tiene una postura sobre el particular, intentará abstenerse de ella para realizar un análisis lo más objetivo posible.
- Tercero, se estima necesario tener en cuenta, como paradigma y enfoque inicial, el hecho de que la ley, buena o mala, debe aplicarse. Este es un mandato que toma mayor ahínco, incluso, en aquellas que exigen una interpretación restrictiva dado su carácter de orden público, y todo ello, dentro del marco propuesto por la estructura piramidal de las normas conforme a su jerarquía.
- Por último, una cuarta cuestión es la invitación a mantener el antecedente del caso como lo que es: una situación de triple filiación configurada por la madre del niño, su padre de crianza (marido de la madre) y su padre biológico. Por tanto, planteamientos hipotéticos sobre el hecho de que este antecedente pudiera abrir opciones para que luego vinieran cuatro, siete o quince pretendidos progenitores a pedir filiación de un niño, no solo carece de realidad por no ser un hecho del que se tenga antecedente en el país, sino que, además, ridiculiza una realidad social existente e identitaria de un niño, que no es otra que la historia de vida que motivó la sentencia. Por tanto, abrir la puerta a la triple filiación no significa que el sistema se quiebre o que dicha situación se torne mayoritaria, porque responde a hechos particulares que deben ser evaluados en su mérito.

### III. ALGUNOS ANTECEDENTES DEL CASO:

LA HISTORIA DE VIDA DEL NIÑO M.,  
SU MADRE Y SUS “DOS PAPÁS”, Y LA RELEVANCIA  
DE SU INTERÉS SUPERIOR RELACIONADO A SU IDENTIDAD

El caso da cuenta de la historia de M. de ocho años, quien nace en 2016 producto de una relación extramarital de la madre M.G. con el señor J.A. La madre

M.A. estaba casada con don F.A., lo que se mantiene hasta la actualidad, incluso teniendo más hijos con los cuales M. convive.

La unión sexoafectiva de M.G. y J.A. se dio en el contexto de la separación de ella de su marido, la que luego, en épocas de gestación final y nacimiento del niño M., ya había terminado, reanudándose la relación con F.A. De ello deriva que, cuando M. nace, es F.A. quien reconoce al niño como hijo, figurando como padre aunque no lo es biológicamente.

Así, J.A., sentado sobre la base de su vínculo biológico con el niño, decide iniciar una acción de reclamación e impugnación de paternidad. Sin embargo, de las posturas de las partes y en especial de la declaración del niño, se extrae que la situación ya era conocida por todos y, con ello, la relación paterna de hecho se había mantenido con ambos, esto es, con J.A., progenitor biológico con quien no tiene fijada la filiación, y con F.A., padre social sin vínculo biológico y cónyuge de la madre que reconoció a M.

En este marco, el niño expone con toda claridad que tiene dos padres, su padre J.A. y su padre F.A., o como explica M., “su papá y su otro papá”<sup>8</sup>. Ambos se responsabilizan de él y comparten su tiempo y cuidado. Por ello, el niño da cuenta de ciertos temores de alejarse de uno de sus dos padres producto de esta acción; y a la inversa, F.A., teme perder el contacto y relación que mantiene con M.

Dirigido al análisis jurídico, la sentencia considera que es innegable la procedencia de la acción de reclamación verificado que fuera el vínculo biológico existente, acogiendo en todas sus partes dicha acción deducida por J.A. No obstante, ello se realiza de manera previa al pronunciamiento sobre la acción de impugnación, entendiéndose que, aunque ambas acciones se hubieran ejercido en conjunto viendo a una como requerimiento de la otra, pueden ser separables en su resolución.

Así, preparando el terreno hacia el resultado ya conocido a este punto, la sentencia realiza un pertinente análisis sobre la aplicación del interés superior del niño en el caso, enlazándolo con las posibilidades que abre su regulación en la Ley de Garantías y Protección Integral a los Derechos de la Niñez y Adolescencia n.º 21430, especialmente, en cuanto a derechos de identidad se trata. De esta manera se crea la estructura sobre la cual se entiende posible acoger la acción de reclamación, aun sin dejar sin efecto el vínculo filiativo actual, procediéndose al rechazo de la acción de impugnación. Así, se ordena la inscripción del demandante J.A., padre biológico del niño M. como tercer progenitor, sumándose a su madre M.G. y a su otro padre, F.A.

---

<sup>8</sup> JUZGADO DE FAMILIA DE OSORNO (2024) rol C-421-2021, c. 4.º.

#### IV. UN PROTAGONISTA JURÍDICO INVISIBILIZADO DE LA DISCUSIÓN: EL ARTÍCULO 34 DEL *CÓDIGO CIVIL*

La hipótesis basal conforme a la cual se da paso a la triple filiación en el caso expuesto, se construye sobre un no menos interesante planteamiento. La sentencia refiere que las expresiones “padres y/o madres” que utiliza la Ley de Garantías dan un marco de apertura que, a parecer de la magistrada redactora, reconoce “la posibilidad de pluralidad de padres y/o madres, sin distinción, sin que esta pluralidad quede limitada a algún tipo de familia”.

Y es que es claro que cuando se dice “los padres y/o las madres” en el texto de la Ley de Garantías, no se ha fijado un número de ellos. Sin embargo, quedan dudas sobre si es posible, a partir de dicha ausencia de numeración, concluir que se puedan integrar más de dos personas en el papel de progenitores de un niño. Así, resulta llamativo que dicha especie de indefinición se entienda como una puerta de entrada a esta forma de resolver, dado que, aun cuando se apega a la literalidad de la norma, se diluye el mandato del artículo 22 del *Código*, que ordena interpretaciones sistemáticas dadas en el contexto en el que la norma surge. Con ello, más que darse la *correspondencia y armonía* que ordena el *Código*, se producen contradicciones en la comprensión que entiende que la Ley de Garantías, al no haber utilizado un número específico, posibilite fijar uno superior al determinado con claridad por el *Código Civil*.

Así, no convence del todo que dicha disposición signifique que se admitan tres progenitores por no haber limitado el número en su texto, y ello, derivado del campo del derecho del que se trata y de las normas de orden público que la regulan. De hecho, aun si se validara la comprensión, tampoco sería posible admitir a tres personas dentro del papel de progenitores de un niño, ya que, si la norma dice “los padres y/o las madres”, significa que las opciones que brindaría pueden ser:

- 1) los padres, o sea, dos personas;
- 2) o las madres, también dos o
- 3) los padres y las madres,

es decir, cuatro personas, ya que, apegado a la literalidad del texto, este está redactado en plural, padres y madres, y así debería ser leído, incluso, cuando se utilizara bajo la conjunción ‘y’. Así visto, la norma no dice nada sobre “los padres y la madre” y, por tanto, aumentan las dudas sobre la posibilidad dada en el razonamiento.

En otras dimensiones, la ausencia de fijación de un número en un determinado papel o calidad puede, cómodamente, entenderse como una indefinición tal que permita agregar al número de personas que sea en una determinada relación jurídica. Por ejemplo, en un aspecto patrimonial y privado, el artículo 1840 del *Código Civil* en materia de saneamiento de la evicción en la compra-



venta, habla de “los vendedores”, siendo claro que puede integrarse en ellos a dos, diez o cincuenta. Pero acá la situación es diversa, no solo por ser normas de orden público, sino porque se trata de un número de progenitores que, quiérase o no, y para bien o para mal, está determinado por la ley con claridad.

De eso se evidencia que el gran ausente en la construcción jurídica de la sentencia es el artículo 34 del *Código Civil*, que aun cuando es omitido por completo del razonamiento, representa el muro con el que el aparente pluralismo de la expresión “padres y/o madres” colisiona. Con ello, el problema que afecta a la sentencia no es (ni debe ser) una cuestión ideológica sobre si se está o no de acuerdo con la existencia de la triple filiación, sino asumir el innegable hecho de que esta es silente respecto de la limitación legal binaria impuesta por la ley, y eso es lo que complica la construcción de validez de los planteamientos.

Para desarrollar lo anterior, el análisis debe detenerse, entonces, en dicha norma, tanto en un aspecto de forma como en uno de fondo. En lo primero, es pertinente tener en cuenta la ubicación de aquella dentro del *Código*, dado que forma parte de una “definición de varias palabras de uso frecuente en las leyes”. De esta forma, se entiende que toda norma, no solo el *Código Civil*, debería comprender las expresiones contenidas en ella en los términos que acá se plantean. Por otro lado, en cuanto al fondo, el referido artículo 34 es claro en definir dos cosas. Primero, que los progenitores son dos; y, segundo, que las normas deben ser leídas en esta clave. De esta forma, en el inciso primero la ley es clara en proponer que:

“los padres y las madres de una persona son sus progenitores, respecto de los cuales se ha determinado una relación de filiación. Se entenderán como tales a su madre y/o padre, sus dos madres, o sus dos padres”.

Luego, afirma:

“las leyes u otras disposiciones que hagan referencia a las expresiones padre y madre, o bien, padre o madre, u otras semejantes, se entenderán aplicables a todos los progenitores, sin distinción de sexo, identidad de género u orientación sexual, salvo que por el contexto o por disposición expresa se deba entender lo contrario”.

Así, a partir de la revisión del inciso segundo se advierte que hay flexibilización y apertura, pero no en cuanto al número, sino, más bien, a las distintas configuraciones posibles.

Derivado de lo anterior, se estima que el sustrato de construcción jurídica de la sentencia no es del todo suficiente y contradice los límites propuestos por las leyes. Sin embargo, y como se explicará a continuación, debe precisarse que el hecho de que esta sentencia en particular, no haya derribado con claridad los límites impuestos por el artículo 34 del *Código Civil*, ello no significa que por de-



finición la existencia de la triple filiación constituya una infracción jurídica y, de hecho, tampoco significa que esta sentencia se hubiera dictado contra derecho.

Así surge la necesaria reflexión y duda sobre si es posible superar la limitación numérica del *Código* con las normas que existen en Chile, tratando de buscar mecanismos que tengan el mérito de legitimar resoluciones de esta especie si se dan en el futuro. Se propone, así, una estrategia para ejercer acciones de reclamación de filiación de personas que ya cuentan con dos progenitores, sin necesidad de impugnar una de ellas.

## V. LA POSIBLE PROCEDENCIA DE LA TRIPLE FILIACIÓN EN LA LEGISLACIÓN CHILENA

Con lo dicho, se advierte que, dejando de lado toda aprehensión moral o personal sobre el particular, la omisión a la discusión sobre el artículo 34 del *Código Civil* es lo que afecta a la sentencia. No obstante, ante la posibilidad de que hipótesis como estas puedan presentarse en el futuro, como de seguro será, conviene reflexionar si sería posible (y cómo) hacer compatible la procedencia de la triple filiación con la existencia de la norma acá omitida. A este haber, y sin que constituya ni de cerca la última palabra sobre la cuestión, se barajan tres alternativas posibles que serán desarrolladas a continuación.

La primera alternativa, que sería la que ocupó la sentencia, es la de la prevalencia del interés jurídico del niño, es decir, la resolución del caso conforme a su interés superior. La segunda, se constituye por la aplicación del principio de especialidad. La tercera, sería la de la inconstitucionalidad de la norma. Con todo, se estima que la mejor estrategia sería la resultante del uso conjunto de esas tres líneas de explicación.

### *1. El interés superior del niño como fórmula de superación de los límites legales del artículo 34 del Código Civil*

La sentencia desarrolla de manera lúcida el contenido sobre el interés superior del niño M., y cómo dicho principio se relaciona tanto con su derecho a ser oído como con su derecho a la identidad en la construcción de sus mejores alternativas de desarrollo.

Entendido en los términos propuestos por el Comité de Derechos del Niño, como un principio que busca el ejercicio y realización de los derechos de un niño específico a fin de otorgarle condiciones idóneas y máximas de desarrollo<sup>9</sup>, resulta destacable la forma en la que el principio de interés superior del niño es utilizado como una herramienta al servicio de tales dimensiones.

---

<sup>9</sup> COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO (2013) p. 4.

El considerando octavo, dedicado a la reflexión sobre este punto, analiza los derechos presentes y futuros de M. vinculados al caso, teniendo en cuenta su relación con ambos varones a quienes identifica como padres según su propia declaración. Explica así, relacionado con el ejercicio del derecho a ser oído, que M.

“nos ha despejado las dudas, nos ha dicho que tiene dos padres y que quiere continuar teniéndolos vinculándose con ambos, preocupado que alguno se aleje[.] [E]l manifestó su miedo a que alguno se vaya fuera del país; es un niño que comprende los efectos de este proceso [...]”.

Luego, destaca la forma en que la identidad también es necesaria de tener en cuenta en la determinación del principio. En este orden, dando prevalencia a “la estabilidad [de] su posesión notoria de estado civil”, la sentencia está por reconocer en derecho aquello que forma parte del diario vivir del niño, realidad con la que se identifica y de la que es parte.

Ahorabién, así entendido, la pregunta es si el interés superior del niño puede ser el banquillo que permita saltar el muro dado por los límites de la norma, y adelantando la respuesta, puede afirmarse tímidamente que esa posibilidad existe. Por razones de jerarquía, una vía para superar el número de progenitores posibles impuesto por el artículo 34 del *Código* se constituye por la protección y reconocimiento de bienes jurídicos superiores. Así, dado que el principio propone que el interés del niño es, como indica su adjetivo, superior, entonces se permitiría que, ante la colisión con la norma, este deberá ser atendido por sobre aquella, prefiriéndose el ejercicio de sus derechos potenciados por el principio por encima de las limitaciones legales.

La dificultad que enfrenta esta solución es que la construcción del interés superior como una consideración que supera a cualquier otra que se le oponga, no tiene un transversal reconocimiento dogmático<sup>10</sup> ni jurisprudencial<sup>11</sup> en el país, distinto a lo que ocurre en otras legislaciones donde tal enfoque está establecido por ley<sup>12</sup>. Así, siguiendo a Cillero, puede establecerse que, en Chile,

---

<sup>10</sup> AGUILAR (2008) p. 229, así lo advierte, expresando: “el interés superior del niño en la medida que implica el deber de proteger y privilegiar los derechos de los niños, conlleva una diversidad de opiniones en la doctrina acerca de si este deber de protección es absoluto, esto es, si prevalece sobre todos los demás derechos, o bien, si es relativo”.

<sup>11</sup> CORTE SUPREMA (2016) rol n.º 35.161-2016, c. 3.

<sup>12</sup> Conforme señala O'DONNELL (2005) p. 151, algunas legislaciones reconocen al principio de interés superior de forma más categórica que la misma Convención, señalando que debe ser la consideración primordial. Así, el Código del Menor de Colombia, por ejemplo, adoptado días después de la Convención de Derechos, establece: “las personas y entidades tanto públicas como privadas que desarrollen programas o tengan responsabilidades en asuntos de menores, tomarán en cuenta sobre toda otra consideración, el interés superior del menor”. Por su parte, como advierte y critica MUÑOZ (2020) p. 367, la legislación española también así lo prevé. En específico en el artí-

el principio constituye “una primacía no excluyente de los derechos de los terceros”<sup>13</sup> y, con ello, la respuesta pierde eficacia. Además, poco ayuda a destrabar este nudo el hecho de que tampoco se aprecie completa transversalidad sobre la jerarquía de la Convención de Derechos del Niño, quedando el principio en entredicho respecto de sus posibilidades.

## 2. *Lo especial por sobre lo general.*

### *La prevalencia de la ley de garantías por sobre el Código Civil*

Una segunda vía de explicación entiende que, bajo la aplicación del artículo 13 del *Código Civil*, “las disposiciones de una ley, relativa a cosas o negocios particulares, prevalecerán por sobre las disposiciones generales”. Como el *Código Civil* constituye por excelencia la norma común aplicable, esta quedaría solapada por la regulación que aporta la Ley de Garantías y Protección Integral a los Derechos de la Niñez y Adolescencia dado su carácter especializado sobre los derechos de aquel grupo de la población. Así, bien puede estimarse que la solución sentada sobre la preferencia de esta última está ajustada a derecho, ya que no es que no se hubiera atendido al *Código*, sino que este no fue considerado por resolverse el conflicto mediante el uso de las normas especiales dadas sobre la materia.

No obstante, esta postura también presenta problemas que hacen que la recién planteada conclusión sea feble. Esto es así porque, para aplicar el principio de especialidad contenido en el artículo 13 del *Código*, se tendría que estar en presencia de una situación en la que, una y otra ley, aporten enfoques contradictorios sobre el mismo punto y en un mismo contexto, lo que en la especie no ocurre. La Ley de Garantías no propone en ninguna parte una referencia explícita o implícita a que los progenitores pueden ser más de dos, y entender dicha posibilidad como viable desde la expresión “padres y/o madres” que utiliza la norma, es una argumentación por lo pronto débil. Con esto, aunque dicho enfoque aporta a la discusión, por sí misma, no tendría el mérito para derribar la limitación legal.

## 3. *El reconocimiento de la identidad*

### *como una cuestión de derechos fundamentales*

### *que hace inconstitucional el artículo 34 del Código Civil*

Sin caer en el análisis sobre el contenido de la identidad, importa resaltar su alta relevancia sobre el cumplimiento de los derechos de los niños y de la configuración de su interés superior. El Comité de Derechos del Niño así lo ha planteado en la

---

culo. 2.1. de la Ley Orgánica de Protección al Menor 1/1996, se lee: “primará el interés superior de los mismos [los niños] sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”.

<sup>13</sup> CILLERO (1999) p. 58.

observación general n.º 14<sup>14</sup>, y de manera local, lo ha recogido expresamente el artículo 7.º de la Ley de Garantías y Protección Integral a los Derechos de los Niños y Adolescentes n.º 21430. Por ello, el principio de interés superior pone un especial acento en las materias identitarias porque, en el fondo, son las que tiñen de individualidad al principio y obligan a atender a las situaciones específicas de cada niño, lo que se fundamenta, claro está, en lo que aquel es en todas sus dimensiones.

Ahora bien, en un nuevo intento de resolver la colisión entre el artículo 34 del *Código Civil* y los derechos de identidad de los niños, esta vez, una respuesta viable se anidaría en la aplicación del principio de jerarquía. Es decir, que, si se reconoce que los derechos identitarios, indistinto de la persona que se trate, son derechos fundamentales garantizados en la Constitución, entonces resultan necesariamente superiores a los contenidos en las normas legales. Pero, ¿es el derecho a la identidad un derecho fundamental garantizado en la Constitución?

Para responder a dicha pregunta debe tenerse en cuenta que, por lo menos desde el año 2009 el Tribunal Constitucional<sup>15</sup> y, desde el año 2015, los tribunales ordinarios<sup>16,17</sup>, han vinculado la identidad con la dignidad de la per-

<sup>14</sup> COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO (2013) párr. 55-56.

<sup>15</sup> Así lo destaca ÁLVAREZ (2019) p. 345, comentando la sentencia del TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2017) rol 3364-2017, c. 12, que da cuenta de su reconocimiento constitucional derivado de formar parte de la dignidad como base de la institucionalidad. Así, citando la sentencia, expone: “forma parte de la dignidad de la persona humana el derecho a la identidad que, aunque la Constitución no lo consagra como derecho, se debe tener incorporada al concepto de dignidad personal”. En el mismo sentido, MORENO (2020) p. 308. Con todo, la vinculación entre identidad y la dignidad en fallos provenientes del Tribunal Constitucional tienen data anterior, como explica GAUCHÉ (2017) p. 194, en la sentencia del TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2009) rol 1340-2009, c. 5 y, asimismo, como desarrolla RIVEROS (2023) p. 384, en la sentencia del TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2008) rol 834-2007, c. 10.

<sup>16</sup> Si bien los primeros fallos en los que se ha pesquisado el reconocimiento del vínculo entre la identidad y la dignidad son los de CORTE SUPREMA (2015) rol 1292-2015, c. 3; CORTE SUPREMA (2015) rol 1102-2015, c. 4 y CORTE SUPREMA (2015) rol 28905-2014, c. 5, se destacan los dictados en 2023 y 2024, de manera más reciente, las que dan cuenta de una muy consistente línea jurisprudencial de casi ya una década. Destacan las sentencias de CORTE DE APELACIONES DE TALCA (2024) rol 2550-2023, c. 5; CORTE DE APELACIONES DE TALCA (2024) rol 2570-2023, c. 4 y CORTE DE APELACIONES DE TALCA (2023) rol 1358-2023, c. 4.; CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (2024) rol 16892-2023, c. 3; CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (2023) rol 15592-2023, c. 5; CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (2023) rol 16260-2023, c. 4; CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (2023) rol 14893-2023, c. 5; CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (2023) rol 15367-2023, c. 3; CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (2023) rol 3955-2023, c. 5; CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (2023) rol 14598-2023, c. 4; CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (2023) rol 12972-2023, c. 5; CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (2023) rol 161440-2022, c. 5; CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (2023) rol 162104-2022, c. 4.; CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (2023) rol 94974-2022, c. 3 y CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (2023) rol 116277-2022, c. 5; CORTE DE APELACIONES DE VALPARAISO (2023) rol 22761-2023, c. 6. y CORTE DE APELACIONES DE PUERTO MONTIT (2023) rol 1077-2022, c. 4.

<sup>17</sup> RIVEROS (2023) pp. 384-385, expone: “esta misma idea fue planteada en la década de los 80 por el Tribunal Constitucional alemán, expresando que el derecho a conocer el origen biológico se funda en el desarrollo a la personalidad y a la dignidad humana”.

sona, lo que no solo daría cuenta de la importancia de los derechos identitarios, sino, también, de su jerarquía. Visto así, se plantea que su protección es una cuestión de derechos fundamentales<sup>18</sup>, aunque no se encuentre explícitamente consagrada la identidad por la Constitución Política, dado que aquella se entiende como un “derecho constitucional implícito”<sup>19</sup>.

De esto deriva que la limitación del artículo 34 del *Código Civil*, en los casos que presenten hipótesis de filiación triple o pluriparentalidad, se torna inaplicable por inconstitucional por afectar un derecho fundamental de las personas y, en este caso, el de los derechos de identidad del niño. Nótese, que esta sería la respuesta con la que el derecho argentino logró hacer frente a idénticas problemáticas<sup>20</sup>.

Así, dada la regulación actual, parece ser que es el Tribunal Constitucional quien debiera hacer procedente dicho planteamiento, declarándose inconstitucional el artículo 34 del *Código Civil* para su aplicación de los casos en concreto en los que existan situaciones como las acá planteadas.

## CONCLUSIONES

Entendido al interés superior del niño, construido sobre las pautas propuestas por la norma específica sobre los derechos de la niñez y adolescencia en Chile, se establecen las bases de decisión que permiten hacer prevalecer dichos intereses jurídicos de los niños, tanto por razones de superioridad del principio como por cuestiones relativas a la especialidad de las normas sobre las que se sienta dicha respuesta. Pero, además, a esto debe sumarse el hecho de que no se trata de una cuestión cualquiera, sino de un asunto de derechos fundamentales y, por ello, se puede visualizar con claridad la forma en la que el artículo 34 del *Código Civil* resulta contrario a los derechos consagrados por la Constitución Política cuando se está en presencia de hipótesis fácticas de triple filiación.

Con ello, por la superioridad del interés de los niños, por la preferencia de aplicación de la Ley de Garantías por sobre el *Código Civil* y por la necesidad de

---

<sup>18</sup> Según CEVALLOS y NAVARRO (2023) p. 6586, “se basa en la idea de que todas las personas tienen el derecho intrínseco de conocer y ser reconocidas por su identidad individual”.

<sup>19</sup> ÁLVAREZ y RUEDA (2022) p. 126. Nótese que la sentencia de la CORTE DE APELACIONES DE PUERTO MONTT (2023) rol 1077-2022, c. 5, entiende que esta categoría de derecho constitucional implícito alcanza al derecho al nombre.

<sup>20</sup> HERRERA (2018), p. 153. Véase, además, respecto de doctrina argentina sobre pluriparentalidad a REY (2021); SILVA (2021); FERNÁNDEZ y HERRERA (2018); HERRERA (2018); Sentencia de JUZGADO NACIONAL DE PRIMERA INSTANCIA DE BUENOS AIRES (2022) rol sin especificar, c. 7; CÁMARA DE FAMILIA DE MENDOZA (2022) rol sin especificar, c. 9. En Chile, WEGNER (2024); ÁLVAREZ (2023); LEIVA y VERGARA (2023) y en España: FERRER-RIBA (2018).

proteger los derechos fundamentales de las personas, el límite de dos progenitores establecidos por el *Código*, podrían ser superados, haciendo procedentes acciones de reclamación de filiación de hijos que ya cuentan con ambos vínculos filiativos establecidos y sin necesidad de impugnar ninguno de ellos.

Este trabajo no tuvo como norte ni galardonar ni criticar la sentencia que lo motiva. No obstante, parece necesario advertir que, aunque aquella no recoge todos los planteamientos acá propuestos, ello no significa que se trate de una sentencia ilegal, sino más bien de una con una fundamentación incompleta. La existencia de este fallo da cuenta de una valiente apertura en materia de fijación de filiación sobre una hipótesis que, ya abordada en legislaciones comparadas, resulta nueva para Chile. Esta sentencia invita a repensar, visualizar y potenciar el derecho como una herramienta al servicio de las personas, en especial en sus dimensiones más íntimas y relevantes, como son las que derivan de las relaciones de familia. De esto sigue que, orientado a proteger y propender al fortalecimiento de todas las familias, la sentencia intentó dar las mejores opciones de desarrollo para M. y ello, a costo cero, porque acá nadie pierde nada, sino al contrario. La pérdida hubiera existido si no comprendiera que las relaciones familiares se construyen sobre el afecto y no sobre los límites que la ley impone, ya que no es la ley la que hace a las familias, sino las personas que las conforman. Más que nunca, entonces, parece necesario recordar que la finalidad del derecho son esas personas, y si aquel es utilizado para dañarle y hacerle perder condiciones que requiere, pues, entonces, al menos ameritaría su revisión. Estas líneas pretenden aportar en ese norte para tantos M.G.; J.A y F.A, y en especial, para los M. que existen en Chile.

## BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR CAVALLO, Gonzalo (2008): "El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de los Derechos Humanos", *Estudios Constitucionales* año 6 n.º 1.
- ÁLVAREZ ESCUDERO, Rommy (2019): "El derecho a conocer el origen biológico en la adopción y en las técnicas de reproducción humana asistida con donante. Una tarea pendiente", en Mondaca, Alexis y Aedo, Cristián (eds.), *Estudios de derecho de familia IV. Cuartas Jornadas Nacionales Facultad de Ciencias Jurídicas Universidad Católica del Norte* (Santiago, Editorial Thomson Reuters).
- ÁLVAREZ ESCUDERO, Rommy (2022): "Relaciones parentales sin base biológica en el derecho chileno", *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, 106.
- ÁLVAREZ ESCUDERO, Rommy (2023): "Regulación de la filiación en Chile. Incidencia de la Ley N° 21.400, panorama actual y desafíos pendientes", en López, Patricia (dir.), *Estudios de derecho de familia VI. Actas de las sextas jornadas nacionales, Facultad*



- de Derecho Universidad Diego Portales* (Santiago, Editorial Thomson Reuters) pp. 477-500.
- ÁLVAREZ ESCUDERO, Rommy (2024): “Socioafectividad como fuente de filiación y responsabilidad parental”, en Lathrop, Fabiola (dir.), *Perspectivas globales sobre el derecho de familias. Actas del Congreso Internacional de Derecho de Familias 2023* (Valencia, Editorial Tirant lo Blanch) pp. 175-196.
- ÁLVAREZ ESCUDERO, Rommy y RUEDA VALLEJO, Natalia (2022): “Derecho a la identidad, filiación y apellidos. Perspectiva desde los derechos de infancia y de la mujer en los sistemas jurídicos chileno y colombiano”, *Ius et Praxis*, año 28 n.º 2.
- BRAVO SILVA, Daniel (2018): “Relación directa y regular entre hijos y progenitores afines en caso de ruptura o término de la familia ensamblada”, en Domínguez, Carmen (coord.), *Estudios de derecho de familia III. Terceras Jornadas Nacionales, Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile* (Santiago, Editorial Thomson Reuters).
- CEBALLOS ARTEAGA, María Gema y NAVARRO VILLACÍS, Hugo (2023): “Derecho a la identidad de las personas concebidas por fecundación in vitro vs. derecho a la intimidad y anonimato del donador de esperma”, *Ciencia Latina, Revista Científica Multidisciplinaria* vol. 7 n.º 5.
- CILLERO BRUÑOL, Miguel (1999): “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”, *Revista Justicia y Derechos del Niño* n.º 9.
- FERNÁNDEZ, Silvia Eugenia y HERRERA, Marisa (2018): “Uno más uno, tres. La adopción como causa fuente de la pluriparentalidad”, *Revista de Derecho de Familia*, n.º 83: pp. 145-167.
- FERRER-RIBA, Josep (2018): “Familias y pluriparentalidades en el derecho español”, *Revista de Derecho de Familia*, n.º 85: pp. 163-177.
- GAUCHÉ MARCHETTI, Ximena (2017): “El derecho a la identidad en la infancia y adolescencia”, en UNICEF (ed.), *Constitución política e infancia: una mirada desde los derechos de los niños, niñas y adolescentes en Chile* (Santiago, Editorial UNICEF).
- HERNÁNDEZ PAULSEN, Gabriel y LATHROP GÓMEZ, Fabiola (2022): *Derecho de familia* (Valencia, Tirant lo Blanch).
- HERRERA, Marisa (2018): “Derecho y realidad: triple filiación e identidades plurales”, *Revista de Derecho de Familia* n.º 85.
- LATHROP GÓMEZ, Fabiola (2023): “La gestación por subrogación en Chile y América Latina”, en López, Patricia (dir.), *Estudios de derecho de familia VI. Actas de las Sextas Jornadas Nacionales, Facultad de Derecho Universidad Diego Portales* (Santiago, Editorial Thomson Reuters) pp. 455-476.
- LEIVA SALINAS, Katherine y VERGARA CAROCA, Ignacia (2023): “El derecho a la identidad y la filiación múltiple del niño, niña y adolescente”, en López, Patricia (dir.), *Estudios de derecho de familia VI. Actas de las Sextas Jornadas Nacionales, Facultad de*

- Derecho Universidad Diego Portales* (Santiago, Editorial Thomson Reuters) pp. 515-537.
- MILÁN MORALES, Noadis; SAVÓN RAMOS, Diana y VEGA CARDONA, Raúl (2023): “Enfoques comparativos acerca de la multiparentalidad. Necesario referente para su concepción jurídica”, *Episteme, Revista Digital de Ciencia, Tecnología e Investigación* vol. 11 n.º 1.
- MORENO PÉREZ DE ARCE, Trinidad (2020): “Posesión notoria de calidad de hijo versus el derecho a la identidad”, en Domínguez, Carmen (coord.), *Estudios de derecho de familia III. Terceras Jornadas Nacionales, Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile* (Santiago, Editorial Thomson Reuters).
- MUÑOZ MERKLE, Susy (2020): *Interés superior del niño* (Santiago, Editorial Metropolitana).
- O’DONNELL, Daniel (2005): “La doctrina de la protección integral y las normas jurídicas vigentes con relación a la familia”, en Instituto de Investigaciones Jurídicas de Universidad Autónoma de México (dir.), *Memorias del seminario de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes* (Ciudad de México, UNAM).
- REY GALINDO, Mariana (2021): “Socioafectividad, interés superior del niño y acciones de filiación”, *Revista de Derecho de Familia* n.º 98: pp. 27-36.
- RIVEROS FERRADA, Carolina (2023): “Protección de datos personales a propósito de las donaciones de material genético”, en López, Patricia (dir.), *Estudios de derecho de familia VI. Actas de las Sextas Jornadas Nacionales, Facultad de Derecho Universidad Diego Portales* (Santiago, Editorial Thomson Reuters).
- SILVA, Sabrina (2021): “De continuidades y discontinuidades: el binarismo filial en el banquillo”, *Revista de Derecho de Familia* n.º 98: pp. 37-48.
- WEGNER ASTUDILLO, Veronika (2024): “‘Nicolás tiene dos papás’... y dos mamás. Algunas notas sobre una posible lectura del reconocimiento de pluriparentalidad (de hecho) en Chile”, en Barrientos, Francisca (dir.), *Estudios de derecho de familia VII. Actas de las Séptimas Jornadas Nacionales* (Santiago, Editorial Thomson Reuters) pp. 569-588.

## Normas

- COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO CRC/C/GC/14 (2013): observación general del Comité de Derechos del Niño n.º 14, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, 17 de mayo de 2013.
- Decreto n.º 2737, por el cual se expide el Código del Menor (1989). Disponible en [www.oas.org/dil/esp/decreto\\_2737\\_de\\_1989\\_colombia.pdf](http://www.oas.org/dil/esp/decreto_2737_de_1989_colombia.pdf) [fecha de consulta: 13 de diciembre de 2024].
- Ley n.º 21430, sobre garantías y protección integral a los derechos de la niñez y adolescencia, 15 de marzo de 2022. Disponible en [bcn.cl](http://bcn.cl) [fecha de consulta: 10 de octubre de 2024].



Ley n.º 21400, que modifica diversos cuerpos legales para regular, en igualdad de condiciones, el matrimonio entre personas del mismo sexo, 10 de diciembre de 2021. Disponible en [bcn.cl](http://bcn.cl) [fecha de consulta: 10 de octubre de 2024].

Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (1996). Disponible en [www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1996-1069](http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1996-1069) [fecha de consulta: 13 de diciembre de 2024].

*Código Civil.*

### *Jurisprudencia*

CÁMARA DE FAMILIA DE MENDOZA (2022): rol sin especificar AR/JUR/93339/2022, 31 de marzo de 2022.

CORTE DE APELACIONES DE PUERTO MONTT (2023): rol 1077-2022 CL/JUR/26200/2023, 20 de junio de 2023.

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (2023): rol 116277-2022 CL/JUR/7779/2023, 24 de febrero de 2023.

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (2023): rol 94974-2022 CL/JUR/11605/2023, 22 de marzo de 2023.

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (2023): rol 162104-2022 CL/JUR/21521/2023, 24 de mayo de 2023.

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (2023): rol 161440-2022 CL/JUR/25353/2023, 14 de junio de 2023.

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (2023): rol 14598-2023 CL/JUR/41851/2023, 18 de octubre de 2023.

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (2023): rol 3955-2023 CL/JUR/43637/2023, 31 de octubre de 2023.

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (2023): rol 15367-2023 CL/JUR/45297/2023, 14 de noviembre de 2023.

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (2023): rol 14893-2023 CL/JUR/45908/2023, 22 de noviembre de 2023.

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (2023): rol 16260-2023 CL/JUR/48212/2023, 18 de diciembre de 2023.

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (2023): rol 15592-2023 CL/JUR/48608/2023, 20 de diciembre de 2023.

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (2024): rol 16892-2023 CL/JUR/1989/2024, 16 de enero de 2024.

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (2023): rol 12972-2023 CL/JUR/37084/2023, 12 de septiembre de 2023.

- CORTE DE APELACIONES DE TALCA (2023): rol 1358-2023 CL/JUR/39453/2023, 27 de septiembre de 2023.
- CORTE DE APELACIONES DE TALCA (2024): rol 2570-2023 CL/JUR/11719/2024, 12 de abril de 2024.
- CORTE DE APELACIONES DE TALCA (2024): rol 2550-2023 CL/JUR/13470/2024, 17 de abril de 2024.
- CORTE DE APELACIONES DE VALPARAÍSO (2023): rol 22761-2023 CL/JUR/45859/2023, 21 de noviembre de 2023.
- CORTE SUPREMA (2015): rol 28905-2014 CL/JUR/2684/2015, 18 de mayo de 2015.
- CORTE SUPREMA (2015): rol 1102-2015 CL/JUR/4793/2015, 25 de agosto de 2015.
- CORTE SUPREMA (2015): rol 1292-2015 CL/JUR/5755/2015, 22 de septiembre de 2015.
- CORTE SUPREMA (2016): rol 35161-2016 CL/JUR/7188/2016, 18 de octubre de 2016.
- JUZGADO DE FAMILIA DE OSORNO (2024): rol C-421-2021, 26 de agosto de 2024.
- JUZGADO NACIONAL DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CIVIL DE BUENOS AIRES (20222): rol sin especificar AR/JUR/67637/2022, 22 de junio de 2022.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2005): rol 834-2007, CL/JUR/4942/2008, 13 de mayo de 2008.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2009): rol 1340-2009, CL/JUR/7347/2009, 29 de septiembre de 2009.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2017): rol 3364-2017, CL/JUR/6060/2017, 14 de septiembre de 2017.

ENSAYO  
DE UNA METODOLOGÍA DE APLICACIÓN  
DE LA REGLA DE INTERPRETACIÓN  
PROCONSUMIDOR  
DEL ARTÍCULO 2 TER DE LA LEY N.º 19496  
SOBRE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS  
DE LOS CONSUMIDORES

ESSAY OF A METHODOLOGY  
FOR THE APPLICATION  
OF THE PRO-CONSUMER  
INTERPRETATION RULE  
OF ARTICLE 2 TER OF LAW No. 19,496  
ON THE PROTECTION OF CONSUMER  
RIGHTS

*Juan Ignacio Contardo González\**

RESUMEN: Este trabajo propone una metodología para la aplicación de la regla de interpretación proconsumidor, introducida por la Ley n.º 21398, en la Ley sobre Protección de los Derechos de los Consumidores.

PALABRAS CLAVE: interpretación de la ley, derechos de los consumidores.

---

\* Abogado. Doctor en Derecho. Magíster en Investigación Jurídica por la Universidad de los Andes (Chile). Licenciado en Ciencias Jurídicas por la Universidad Adolfo Ibáñez (Chile). Profesor de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo. Avenida La Plaza 680, Las Condes, Región Metropolitana, Chile. Correos electrónicos: jcontardo@udd.cl; jcontardo@ccycia.cl. El presente trabajo forma parte del proyecto FONDECYT regular n.º 1231254 titulado: "La intervención de terceros en el procedimiento de consumo por acciones de interés colectivo y difuso y en el procedimiento ambiental por daño" del que el autor es coinvestigador.

ABSTRACT: This work proposes a methodology for the application of the pro-consumer interpretation rule introduced by Law No. 21,398 to the consumer rights protection law.

PALABRAS CLAVE: interpretation of the law, consumer rights.

## INTRODUCCIÓN

El artículo 2 ter de la Ley n.º 19496 (en adelante, LPDC<sup>1</sup>), incorporado por la Ley n.º 21398, establece una regla de interpretación para la legislación de consumo en los términos siguientes:

“Las normas contenidas en esta ley se interpretarán siempre en favor de los consumidores, de acuerdo al principio pro consumidor, y, de manera complementaria, según las reglas contenidas en el párrafo 4º del Título Preliminar del Código Civil”.

A esta regla de interpretación se le denominará en lo sucesivo, la regla “proconsumidor”.

La primera doctrina que ya se ha pronunciado sobre este precepto está de acuerdo en tres materias:

- 1) se trata de una regla de interpretación,
- 2) es aplicable a las normas que regulan relaciones con consumidores,
- 3) la interpretación que ordena la norma es finalista: busca “siempre” la protección de los consumidores<sup>2</sup>.

Sin embargo, hasta el momento, no existen trabajos que ofrezcan una metodología que permita aplicar de manera adecuada la regla proconsumidor, de tal manera de evitar interpretaciones caprichosas alejadas del texto de la ley, so pretexto de ser más favorables al consumidor y así impedir un amplio arbitrio judicial. Este riesgo ha sido ya identificado por la doctrina<sup>3</sup>, aunque Mauricio Tapia es de la opinión que esa hipótesis sería descartable, ya que las normas de interpretación del *Código Civil* (en adelante CC) son complementarias, y de aplicación del “sentido común”<sup>4</sup>, lo que de alguna manera ordenaría la interpretación de las leyes de consumo.

Con todo, estimamos que la opinión de Mauricio Tapia es un tanto cándida. La norma del artículo 2 ter de la LPDC no indica en qué medida son com-

---

<sup>1</sup> DFL n.º 3 (2019).

<sup>2</sup> CONTARDO (2020) pp. 453-462; LAZO (2024); ISLER (2024) pp. 916-919; TAPIA (2023) p. 65 y ss.

<sup>3</sup> RODRÍGUEZ (2021); CONTARDO (2023) p. 459.

<sup>4</sup> TAPIA (2023) p. 72.

plementarias las normas del CC a la interpretación más favorable al consumidor, y si el complemento de las normas de interpretación del CC es facultativo u obligatorio. Pese a que las normas del CC sobre interpretación no tienen una jerarquía en su aplicación<sup>5</sup>, sí ofrecen al intérprete pautas de cómo aplicar cada uno de sus métodos, cosa que no ofrece *prima facie* el artículo 2 ter de la LPDC.

Por tanto, nuestro objetivo es proponer, a título de ensayo, una metodología de aplicación de las normas de interpretación de las normas de consumidores conforme a los elementos normativos fuertes del artículo 2 ter de la LPDC: interpretación *siempre* a favor del consumidor, interpretación conforme al principio proconsumidor y el complemento de las reglas de interpretación del CC. La idea que tratamos de mostrar es que el esquema de interpretación que propone Friedrich Savigny para las leyes defectuosas en el *Sistema de derecho romano actual*, es aplicable y adecuado a los elementos normativos fuertes del artículo 2 ter de la LPDC, ya que la misma norma parte de la base que la legislación de consumo es defectuosa al suponer que ella admite dos interpretaciones. En otras palabras, el sistema de interpretación de Friedrich Savigny de las leyes defectuosas puede ofrecer una metodología de aplicación de la regla de interpretación proconsumidor, consistente con la regla del artículo 2 ter de la LPDC y las normas de interpretación del CC.

## I. LA REGLA DE INTERPRETACIÓN PROCONSUMIDOR Y EL DEFECTO INTRÍNSECO DE LA LPDC

El artículo 2 ter de la LPDC supone que en la interpretación de las normas de consumo hay, al menos, dos sentidos posibles para cada regla interpretada.

Esta conclusión se obtiene a partir del tenor literal del precepto que exige al intérprete tomar la interpretación más favorable al consumidor. Esto supone que, al menos, deben existir dos sentidos de la ley interpretada de consumo: uno menos favorable al consumidor y otro más favorable a él. La norma, luego, exige aplicar el sentido más favorable hacia el consumidor.

Así, el artículo 2 ter de la LPDC parte del supuesto que la redacción de un precepto de consumidores es defectuosa en los términos de Friedrich Savigny, puesto que admite distintas posibilidades de interpretación o distintos posibles resultados hermenéuticos. Tal como adelantamos, uno más favorable al consumidor y uno menos favorable. A continuación, se resumirá de forma breve el planteamiento de Friedrich Savigny sobre los defectos de la ley, para luego volver al artículo 2 ter del LPDC.

---

<sup>5</sup> GUZMÁN (2011) pp. 211-213.

## II. LOS DEFECTOS DE LA LEY SEGÚN FRIEDRICH SAVIGNY, EN ESPECIAL, DE LAS EXPRESIONES INDETERMINADAS<sup>6</sup>

Explicaba Friedrich Savigny en el *Sistema de derecho romano actual* que los principios fundamentales para la interpretación (los clásicos elementos gramatical, histórico, lógico y sistemático) son suficientes para la interpretación de leyes en “estado normal”, es decir, aquellas que encierran un “pensamiento” (“sentido de la ley” en las palabras de nuestro CC) completo, que sería el contenido verdadero de la ley<sup>7</sup>. En otras palabras, Friedrich Savigny entiende que los elementos de interpretación tradicionales permiten obtener el sentido (o “pensamiento”) único de la ley, que no admitiría otra interpretación.

Sin embargo, procedimientos mentales adicionales son requeridos para interpretar las denominadas leyes defectuosas: las leyes con expresión indeterminada y las leyes con expresión impropia (contradicciones o antinomias)<sup>8</sup>. En estas, las operaciones normales son insuficientes, pero, al menos, llevan a descubrir el defecto y aplicar, desde luego, una metodología adicional para descubrir el “genuino sentido” de la ley, en las palabras del CC.

Las primeras, las indeterminadas –que el mismo Friedrich Savigny señala que son posibles de ser solucionadas “sin peligro alguno”<sup>9</sup>– pueden referirse a dos clases: expresiones incompletas y expresiones ambiguas.

La expresión es incompleta cuando el discurso es interrumpido, y no puede determinarse de inmediato su sentido, como cuando el legislador ordena la presencia de testigos, sin indicar su número<sup>10</sup>.

En cambio, las ambiguas pueden deberse, a su vez, a dos causas: defectos en la expresión o construcciones anfílogas (dobles sentidos, o ambigüedad de la construcción lingüística). Los defectos de expresión pueden deberse a las indicaciones de individualidad que pueden ser aplicados a otras individualidades de la misma especie, por la traducción de ideas abstractas que permi-

---

<sup>6</sup> Esta materia ha sido explicada en doctrina nacional por BASCUÑÁN (2020) p. 16 y ss; ATRIA (2016) pp. 115-118; QUINTANA (1979) p. 653 y ss. BASCUÑÁN (2020) p. 8, n. 14 cita una tesis de grado de Alejandro Méndez, que no se ha tenido a la vista, pero que, de acuerdo con el mismo Antonio Bascuñán (*ibid.*), es probable que tuvo a la vista CLARO (2013) §§ 219-236 a la hora de analizar las normas de interpretación del CC.

Tal como expresan tanto BASCUÑÁN (2020) p. 4, como GUZMÁN (2011) pp. 211-213, la influencia de Luis Claro al analizar las normas del CC según Friedrich Savigny, hizo que la doctrina nacional de alguna manera estableciera un orden de prelación de los cánones de interpretación, como lo hizo, por ejemplo, BARROS (1915) p. 28 y ss.

<sup>7</sup> SAVIGNY (1878) p. 154.

<sup>8</sup> *Op. cit.* p. 155.

<sup>9</sup> *Ibid.*

<sup>10</sup> *Op. cit.* p. 157.

tirían significados distintos, o porque ella puede ser tomada en sentido un sentido amplio y un sentido restringido<sup>11</sup>.

### III. LOS MECANISMOS DE SOLUCIÓN DE LAS EXPRESIONES INDETERMINADAS

Para solucionar los problemas de indeterminación de la ley, Friedrich Savigny propone tres operaciones.

La primera consiste en examinar la legislación en su conjunto para determinar el sentido de la ley<sup>12</sup>. Así, la sistematización de la ley permitiría salvar los problemas hermenéuticos. Este mecanismo, según el mismo Friedrich Savigny, debería preferirse a los dos siguientes, por ser más seguro<sup>13</sup>.

La segunda, es consultar el motivo de la ley, en especial-el que tiene más afinidad con su contenido.

La tercera, por la ponderación de los resultados hermenéuticos, prefiriéndose, en este orden, la interpretación más racional, luego, la que mejor se cuadre con la práctica, para, finalmente, decantarse por la “más humana y menos violenta”<sup>14, 15</sup>.

### IV. DE VUELTA AL ARTÍCULO 2 TER DE LA LPDC Y SUS ELEMENTOS NORMATIVOS IMPORTANTES

Volviendo al artículo 2 ter de la LPDC, a nuestro entender, este artículo contempla un prototípico caso de una expresión indeterminada, dado que parte del supuesto que hay dos interpretaciones posibles de la norma de consumo: uno más favorable al consumidor y uno menos favorable. Como ya expresamos, parece ser que la norma discurre sobre la base de una ambigüedad (en el sentido que le da Friedrich Savigny, como se indicó más atrás<sup>16</sup>) intrínseca en la legislación de consumo, pues se admiten dos sentidos diversos en la ley, cualquiera sea su causa (defectos en la expresión o por construcciones anfibológicas).

---

<sup>11</sup> SAVIGNY (1878) p. 157.

<sup>12</sup> *Ibid.*

<sup>13</sup> *Ibid.*

<sup>14</sup> *Op. cit.* pp. 158-159.

<sup>15</sup> BASCUÑÁN (2020) p. 17 denomina, respectivamente, a estas tres operaciones: “cánones sistématicos”, “cánones teleológicos” y “cánones valorativos generales”.

<sup>16</sup> Así también lo entiende GUZMÁN (2011) p. 129, en oposición al sentido claro de la ley.

Frente a este supuesto legal de defectuosidad normativa, el artículo 2 ter de la LPDC contiene un mecanismo que permitiría salvar la defectuosidad, lo que se revelaría a través de sus tres elementos normativos importantes o expresiones fuertes, a saber: que la interpretación deberá ser “siempre” a favor del consumidor, la interpretación debe ser conforme al principio proconsumidor y que como complemento puede acudir a las normas de interpretación de la ley del CC.

A nuestro parecer, la fijación de estos elementos fuertes permite configurar un sistema metodológico de interpretación a través de:

- 1) la fijación de un sentido de la legislación de consumo;
- 2) un reenvío normativo a las reglas de interpretación del CC y
- 3) la orientación del sentido de la interpretación.

### *1. La fijación de un sentido de la ley: la protección del consumidor*

Desde hace tiempo la doctrina era pacífica en el sentido de que las normas de consumo tienen como finalidad precisa la protección del consumidor<sup>17</sup>. De esta suerte, hay un marcado sentido teleológico en la construcción de las normas, pues ellas tienen por finalidad proteger a la parte débil de la relación de consumo, más allá que pueda configurarse de manera general la idea o principio de *favor debilis* en el derecho privado chileno<sup>18</sup>.

Esta idea es la que estaría detrás del reconocimiento expreso del principio proconsumidor, cuya primera función sería la de ordenar la labor del intérprete<sup>19</sup>.

De aquí, entonces, el legislador declara de forma expresa el “pensamiento” (en palabras de Friedrich Savigny) o “sentido” de la ley: la legislación de consumidores debe encausarse hacia su protección. Así, el legislador resuelve desde ya uno de los problemas que identifica Friedrich Savigny cual es el de encontrar el sentido de la ley cuando se trata de un texto con expresiones indeterminadas. En este caso, la interpretación debe siempre encausarse en favor del consumidor.

### *2. El reenvío a las normas de interpretación del Código Civil*

Determinado el sentido de la ley, cabe ahora preguntarse si hay un marco metodológico que permita solucionar los problemas de interpretación del texto.

<sup>17</sup> Véase el repaso que Mauricio Tapia hace sobre esta materia: TAPIA (2023) p. 54 y ss.

<sup>18</sup> LÓPEZ (2023), *passim*.

<sup>19</sup> En este sentido, véase TAPIA (2023) pp. 54-56, en especial n. 62 y 63.



Para la legislación de consumo la pregunta surge porque el artículo 2 ter de la LPDC considera a las normas del CC como “complementarias” al principio proconsumidor. El problema es si el complemento es obligatorio o facultativo para el intérprete<sup>20</sup>. Si fuera facultativo, el intérprete podría desligarse de las normas del CC y buscar un sentido a la ley desligado de cualquier cause institucional conocido. Por el contrario, si el intérprete se ve obligado a aplicar las normas del CC sobre interpretación de la ley, estará obligado a justificar a partir de las normas del CC cuál es la interpretación más favorable al consumidor.

Tal como se expresó unas líneas más atrás, para Friedrich Savigny, la solución a los problemas de indeterminación pasa por aplicar tres operaciones, cuyos resultados son bien parecidos a las normas contenidas en el CC<sup>21</sup>:

- a) La primera consiste en examinar la legislación en su conjunto para determinar el sentido de la ley que coincide con la aplicación de los elementos lógico (artículo 22[1] del CC) y sistemático de interpretación (artículo 22[2] del CC). Este resultado debería preferirse a las demás operaciones.
- b) Los motivos de la ley coincidirían con la aplicación del elemento histórico (artículo 19[2] del CC).
- c) La ponderación de los resultados hermenéuticos, equivaldría a aplicar criterios sistemáticos menos densos (“el espíritu general de la legislación”) o criterios valorativos generales (“equidad natural”) (artículo 24 del CC).

Creemos que es plausible sostener que los problemas de indeterminación de la legislación de consumo pueden resolverse *à la Savigny*, aplicando las normas de interpretación de la ley del CC, de acuerdo con el esquema recién planteado<sup>22</sup>. De esta manera, las normas de interpretación del CC pueden erigirse como un complemento necesario y, al menos, ofrecen un campo ya conocido para el intérprete para abocarse a su tarea. Es más, la aplicación de las normas de interpretación de la ley del CC provienen de una ley distinta, pero sobre la misma materia (artículo 22[2] del CC), por lo que resulta discutible que el intérprete pueda desligarse de estas normas para fundar una interpretación que se aleje del marco que ofrece el CC<sup>23</sup>.

---

<sup>20</sup> ISLER (2024) p. 918; LAZO (2024); CONTARDO (2020) p. 459.

<sup>21</sup> Se sigue, en lo sucesivo, la interpretación de BASCUÑAN (2020) pp. 18-19.

<sup>22</sup> Antonio BASCUÑAN expresa la única diferencia entre el *Sistema...* de Friedrich Savigny y las reglas del CC en los siguientes términos: “Lo único que distinguiría la regulación del Código Civil así leída de la teoría de Savigny, sería una cuestión de énfasis: en vez de admitir condicionalmente los criterios teleológicos como criterios de corrección los excluye *prima facie* bajo la presunción de su condición de pretexto”. BASCUÑAN (2020) pp. 22-23.

<sup>23</sup> En el mismo sentido, LAZO (2024).

### 3. La orientación de la interpretación de acuerdo con el principio proconsumidor

De la aplicación de las operaciones antes mencionadas, de acuerdo con el artículo 2 ter de la LPDC el resultado de la interpretación debe siempre favorecer al consumidor.

Tal como expresamos en otra oportunidad, el resultado de la interpretación debe ser considerado de manera *favorable-absoluta*, es decir, una interpretación que siempre sea favorable al consumidor; en oposición a un resultado *favorable-relativo*, que solo permitiría llegar a una solución más favorable al consumidor en caso de duda, como da cuenta la historia del precepto<sup>24</sup>.

De acuerdo con lo explicado más atrás, la opción legislativa por un sistema de interpretación *favorable-absoluto* en favor del consumidor responde a la idea del legislador, que la legislación de consumo contiene un defecto intrínseco (expresiones indeterminadas en la terminología de Friedrich Savigny). En cambio, un sistema de interpretación *favorable-relativo* admite que los preceptos de la LPDC puedan tener un único sentido al menos descubrible a través de la aplicación elemento gramatical de interpretación de la ley del artículo 19 del CC (“Cuando el sentido de la ley es claro...”), pero también con el resto de los elementos del CC.

Por cierto, la discusión sobre cuál es un mejor sistema ya pasará a una discusión de *lege ferendae*, cuando se tengan los primeros datos empíricos de cómo se está aplicando la regla de interpretación proconsumidor.

Por lo pronto, la regla impone al intérprete buscar, entre todos, los posibles sentidos que se le puede atribuir a la legislación de consumo el que sea más favorable al consumidor, entre varios posibles favorables. También, entre uno desfavorable al consumidor y otro favorable, debe preferirse el favorable<sup>25</sup>.

Sin embargo, creemos que hay materias en la LPDC que no admiten un resultado proconsumidor. Pensamos, por ejemplo, en las facultades de las asociaciones de consumidores, en las facultades del SERNAC o en la determinación de las multas infraccionales en que el resultado interpretativo no favorece al consumidor, a pesar de que la protección del consumidor sea el espíritu de la legislación de consumo. En otras palabras, la interpretación más favorable al consumidor solo será aplicable en aquellas materias que afecten directa o potencialmente a consumidores, y este debiese ser el campo de aplicación natural de la regla de interpretación proconsumidor del artículo 2 ter de la LPDC.

<sup>24</sup> Sobre la historia del precepto véase TAPIA (2023) pp. 53-54; LAZO (2024).

<sup>25</sup> TAPIA (2023) pp. 75-76.

## V. LAS REGLAS DE INTERPRETACIÓN DE LA LEY DEL CC COMO MECANISMOS DE SOLUCIÓN DE LOS PROBLEMAS INTERPRETATIVOS DE LA LPDC

Si las normas del CC resultan obligatorias para el intérprete de la legislación de consumo, cabe luego preguntarse cómo cada uno de los elementos o cánones de interpretación del CC sirven de complemento para el artículo 2 ter de la LPDC<sup>26</sup>.

A este respecto, tomamos como base la comparación que Antonio Bascuñán hace del tratamiento de Friedrich Savigny a los problemas de indeterminación de la ley con las reglas del CC<sup>27</sup>, que al menos ofrece una ayuda metodológica para intentar destrabar su falta en el artículo 2 ter de la LPDC.

### 1. *El elemento gramatical de interpretación de la ley*

Tal como es sabido, el elemento gramatical de interpretación se basa en las palabras de que se ha servido el legislador en la redacción de la ley. Este se encuentra establecido en los artículos 19, 20 y 21 del CC, los que se analizarán a continuación.

#### a. El sentido literal claro (artículo 19[1] del CC) versus el defecto intrínseco de la legislación de consumo implícito en el artículo 2 ter de la LPDC

El artículo 19[1] del CC admite que es posible obtener un sentido único de la ley a partir de las expresiones de que se ha valido el legislador (“sentido literal”)<sup>28</sup>. Si este sentido de la ley es claro, no es posible acudir al elemento histórico de interpretación (la “intención” o “espíritu” de la ley<sup>29</sup>) (artículo 19[2] del CC).

Por el contrario, tal como ya se mencionó, el artículo 2 ter de la LPDC parte de la base que hay, al menos, dos sentidos a los que se le puede atribuir a la legislación de consumo, debiendo decantarse el intérprete por el más favorable al consumidor.

La pregunta que surge es si el intérprete debe renunciar a la posibilidad de encontrar un sentido único de la ley para encontrar otros posibles sentidos,

<sup>26</sup> Alejandro Guzmán, criticando a Luis Claro y la doctrina posterior, sostiene que en el *Código* no existen los denominados “elementos de interpretación”, ni tampoco una prelación entre los cánones de interpretación que sí recoge. GUZMÁN (2011) pp. 212-213. Por nuestra parte, consideramos las expresiones ‘cánones’ o ‘elementos’ de interpretación como sinónimos.

<sup>27</sup> BASCUÑÁN (2020) pp. 18-24.

<sup>28</sup> GUZMÁN (2011) p. 132.

<sup>29</sup> *Op. cit.* (2011) pp. 101-106, aclara que no son sinónimos.

más favorables al consumidor, como establece el artículo 2 ter de la LPDC, dado que debe encontrarse la solución más favorable a este. Hay, por consiguiente, una suerte de tensión entre ambas normas, que es necesario descomprimir.

Por lo pronto, lo primero que es necesario señalar es que el artículo 19[1] del CC obliga al intérprete a ocupar siempre el análisis de las palabras de la ley, el “tenor literal”. En otras palabras, el intérprete siempre debe fijar el sentido de la ley sobre la base de las palabras que haya utilizado el legislador, y no puede desligarse de ellas para encontrar una significación a la legislación interpretada<sup>30</sup>.

Ahora bien, volviendo a la pregunta acerca si es necesario para todos los casos encontrar más de un sentido a la legislación interpretada, da la impresión de que la lectura armónica de estos preceptos (artículo 22[1] del CC) exige al intérprete, en cualquier caso, al menos, analizar el contexto de la legislación de consumo para saber si es posible encontrar más de un sentido, siempre respetando el tenor literal.

Un ejemplo puede graficar la cuestión.

Desde hace un buen tiempo se ha discutido si el ámbito de aplicación de la LPDC exige que el consumidor celebre un acto jurídico oneroso con un proveedor, en conformidad con el artículo 1 n.º 1 de la LPDC<sup>31</sup>. Por más que la LPDC lo establece de manera expresa, parte de la doctrina se decanta en contra de la necesaria exigencia de celebración de actos jurídicos y que estos sean, además, onerosos, lo que tendría importancia para varias materias, a saber: la aplicación de la LPDC a los actos jurídicos gratuitos, a los potenciales consumidores y a los consumidores materiales<sup>32</sup>, que de acuerdo con el tenor literal quedarían excluidos de la ley, puesto que estas situaciones no suponen la celebración de actos jurídicos onerosos.

Así, las interpretaciones en los extremos serían las siguientes:

- 1) De acuerdo con el artículo 19[1] del CC, el tenor literal es claro, y siempre debe exigirse la celebración de actos jurídicos onerosos; en borde opuesto,
- 2) el principio proconsumidor ordenaría obviar la expresión “acto jurídico oneroso”, so pretexto de existir casos en que la legislación de consumo debiese aplicarse cuando no existe tal acto.

En cambio, somos de la siguiente posición metodológica: en la interpretación del precepto debe exigirse, por regla general, la celebración del acto jurídico oneroso, dado que es lo que se establece de acuerdo con el tenor literal de la

---

<sup>30</sup> GUZMÁN (2011) p. 132.

<sup>31</sup> Un completo resumen de esta discusión puede verse en TAPIA (2023) p. 173 y ss.

<sup>32</sup> Véase, de nuevo, a TAPIA (2023) p. 173 y ss.

norma. Pueden, en todo caso, existir excepciones particulares, las que se pueden obtener a partir de los elementos lógico-sistemático, histórico o a través de la ponderación de los resultados hermenéuticos, en ese orden. Así, se justifica la aplicación de la ley a las promociones gratuitas (artículo 35 y ss. de la LPDC), por aplicación del elemento lógico; o a los intereses difusos, por aplicación del elemento histórico<sup>33</sup>; o a los consumidores materiales, aplicando la “equidad natural”<sup>34</sup>.

Lo importante en estas situaciones es que el intérprete se encuentra obligado, para desligarse del tenor literal del precepto, a argumentar qué razones lógico-sistemáticas, históricas o valorativas (en este orden) justifican el alejamiento del tenor literal, a casos no comprendidos con exactitud en él.

#### b. Las reglas complementarias al artículo 19 del CC

Para determinar el sentido literal de la ley, el CC establece tres reglas complementarias:

- 1) las palabras de la ley se entienden en su sentido natural y obvio (artículo 20 del CC)<sup>35</sup>, debiendo preferirse, en todo caso, el sentido que otorgan
- 2) las definiciones legales (artículo 20 del CC<sup>36</sup>) y
- 3) las palabras técnicas de toda ciencia o arte (artículo 21 del CC<sup>37</sup>).

Hay ocasiones –constatadas por la doctrina– en que la aplicación de estas reglas no favorece del todo a la comprensión del texto interpretado, generándose la hipótesis de indeterminación del texto legislado. En otras palabras, puede suceder que a pesar de aplicar las reglas de los artículos 20 y 21 del CC, el texto todavía presente dudas interpretativas.

En materia de consumidores, esta es, por ejemplo, la situación de la publicidad engañosa, que exige una tarea lógico-sistemática para determinar su sentido (artículo 22 del CC)<sup>38</sup>. Para esta cuestión, se hace necesario determinar a qué consumidor va dirigida la publicidad. Parte de la doctrina ha opinado

---

<sup>33</sup> TAPIA (2023) p. 201.

<sup>34</sup> La mayoría de la doctrina que aboga por su inclusión hace prevalecer la expresión “destinatario final” por sobre la exigencia del “acto jurídico oneroso”. Véase TAPIA (2023) p. 204 y ss. Con todo, es necesario aclarar que esta preferencia exige la aplicación de criterios valorativos menos densamente institucionales, puesto que ni la LPDC ni el CC permiten de forma expresa la preferencia de un criterio por sobre el otro.

<sup>35</sup> Sobre la diferencia entre el sentido “natural” y “obvio”, véase GUZMÁN (2011) pp. 137-138.

<sup>36</sup> Cfr. *op. cit.* p. 138.

<sup>37</sup> Sobre las palabras técnicas, véase *op. cit.* pp. 141-143.

<sup>38</sup> DE LA MAZA y LÓPEZ (2021) *passim*.

que esta noción debe analizarse a través del prisma del “consumidor medio”<sup>39</sup>. Sin embargo, la apertura de la doctrina hacia los denominados consumidores “vulnerables”<sup>40</sup>, hace que la interpretación pueda tener más de un sentido (desfavorable, favorable o más favorable al consumidor) y que se requiera una tarea adicional al lógico-sistemática consistente en ponderar los resultados hermenéuticos para adecuar la interpretación a la regla *favorable-absoluta* de interpretación del artículo 2 ter de la LPDC. Otra vez, la ponderación de los resultados hermenéuticos exige del intérprete una justificación suplementaria para sostener que el sentido de la ley debe alejarse de los parámetros estrictamente gramaticales.

## 2. Los elementos lógico y sistemático

Si esta interpretación es correcta, los elementos lógico y sistemático (artículo 22 del CC) se erigen como los cánones de interpretación más importantes a la hora de aplicar el artículo 2 ter de la LPDC. Estos elementos demandan garantizar la coherencia, en la LPDC y en la legislación general, en la interpretación, con el fin de buscar siempre el sentido más favorable al consumidor. La coherencia se busca *en la misma* LPDC (artículo 22[1]), y puede ilustrarse el sentido de la LPDC a través de la analogía interpretativa, que permite buscar el sentido de la ley por medio de otras leyes, en especial si versan sobre el mismo asunto.

Sobre esta cuestión, conviene anotar dos cosas.

En primer lugar, la LPDC debe analizarse en su conjunto y no por partes aisladas. Es decir, el sentido más favorable al consumidor no puede ser desligado de la correspondencia y armonía que debe darse al texto de la LPDC. Esta regla impide interpretaciones particulares a ciertas partes de la ley.

De todas formas, puede suceder que una misma expresión pueda tener significados particulares en la LPDC, porque ha sido ocupada para materias específicas distintas. Tal es el caso, por ejemplo, de la expresión ‘boleta’ que en los artículos 21, 40 y 41 de la LPDC alude al documento tributario, y en el artículo 25 de la LPDC al documento de cobro de servicios básicos. Esta es la razón por la que el CC alude a la “debida” correspondencia y armonía, que es la que corresponda al caso<sup>41</sup>.

En segundo lugar, la “debida correspondencia y armonía” debe darse no solo al interior de la LPDC, sino, además, con leyes y decretos especiales que establezcan derechos de los consumidores, en conformidad al nuevo inciso final del artículo 3 de la LPDC que establece:

<sup>39</sup> DE LA MAZA y LÓPEZ (2021) p. 35.

<sup>40</sup> *Op. cit.* pp. 36-37.

<sup>41</sup> GUZMÁN (2011) pp. 148-149.

“Asimismo, son derechos de todo consumidor los consagrados en leyes, reglamentos y demás normativas que contengan disposiciones relativas a la protección de sus derechos”.

En otras palabras, el marco de derechos de consumidores establecido en las leyes especiales debe ser el mismo que bajo la sola LPDC. Así, por ejemplo, las normas sobre derechos de los pasajeros en el transporte aéreo regido por el *Código Aeronáutico*, debe analizarse bajo el mismo prisma de la LPDC y la interpretación de estas normas, de la misma manera, deben interpretarse bajo el artículo 2 ter de la LPDC.

### 3. *La historia de la ley*

En el CC, el elemento histórico de interpretación tiene por objetivo solucionar los problemas de “obscuridad” de la ley, en conformidad al artículo 19[2] del CC. La oscuridad se salva a partir del conocimiento de la “intención” o “espíritu” de la ley, manifestada en la misma ley o en la historia fidedigna de su establecimiento.

Alejandro Guzmán, al estudiar la disposición sostiene que “intención” y “espíritu” son cosas distintas, distinción bien sabida por Andrés Bello. La “intención” se refiere a la voluntad del legislador, el “espíritu” a la *ratio legis*<sup>42</sup>.

Esta distinción entre intención o espíritu parece haber quedado resuelta por el artículo 2 ter de la LPDC: la “intención” del legislador es que se adopte la interpretación más favorable al consumidor; en cambio, el “espíritu” es la protección del consumidor.

Si lo señalado es cierto, la función que cumple el artículo 19[2] es la de ayudar al intérprete a buscar la interpretación más favorable al consumidor cuando los cánones lógico y sistemático resultan insuficientes para resolver el problema interpretativo.

### 4. *Lo favorable u odioso...*

Uno de los primeros comentarios al nuevo artículo 2 ter de la LPDC expresó una contradicción entre dicha norma y el artículo 23 de la LPDC que expresa:

“Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación. La extensión que deba darse a toda ley, se determinará por su genuino sentido y según las reglas de interpretación precedentes”.

---

<sup>42</sup> GUZMÁN (2011) p. 85 y ss.



Tal como expresa Alejandro Guzmán, el CC eliminó la antigua regla canónica *Odia restringi et favores convenit ampliari* (“Conviene restringir las cosas odiosas y ampliar los favores”), manteniendo una suerte de interpretación con resultado neutro basado en el “genuino sentido”, que se obtiene a partir de las reglas de interpretación precedentes (artículos 19 a 22 del CC)<sup>43</sup>.

Así, según Javier Rodríguez, lo que estaría haciendo el artículo 2 ter de la LPDC sería dar más beneficio al consumidor, lo que estaría contrariando la regla del artículo 23 y colocando en duda la complementariedad de las reglas del CC<sup>44</sup>.

Lazo, por el contrario, estima que la contradicción es aparente, ya que debe siempre la interpretación regirse por el genuino sentido de la ley<sup>45</sup>. Para Lazo, fijar una interpretación solo a partir del principio proconsumidor, implicaría que existiría

“la posibilidad de extender o restringir cualquier interpretación conforme al genuino sentido de la disposición debería entenderse no solo excluida, sino de paso derogada por el artículo 2 ter”

y además se correría el riesgo de realizar interpretaciones que vulneren el texto mismo de la ley<sup>46</sup>.

Nuestra opinión difiere de la de ambos autores, aunque se acerca más a la de Lazo. Coincidimos con él en que la regla del artículo 23 del CC es aplicable junto con el artículo 2 ter de la LPDC, aunque con algunas precisiones. Ya hemos señalado que el legislador ha determinado cuál es el sentido de la LPDC, que es la protección de los derechos de los consumidores. Así, la interpretación no puede ir en contra de este sentido. No se trata de que el texto a interpretar deba ampliarse a casos no regulados por la norma interpretada, de acuerdo con la misma prohibición del artículo 23 del CC, toda vez que lo favorable no puede servir para ampliar la interpretación. Ahora bien, es posible que dentro de ese sentido existan resultados más favorables al consumidor y otros menos favorables. Cuando se presente esta situación, ya no resulta aplicable el artículo 23, sino es necesario acudir a los criterios lógico-sistemáticos, histórico y de ponderación del resultado hermenéutico como se expresó más atrás.

---

<sup>43</sup> GUZMÁN (2011) pp. 179-183.

<sup>44</sup> RODRÍGUEZ (2021).

<sup>45</sup> Así lo pensaba Fernando Fueyo para una interpretación basada en las reglas del CC: FUEYO (2018) pp. 76-77.

<sup>46</sup> LAZO (2014).



## 5. El espíritu general de la legislación y la equidad natural

Finalmente, el artículo 24 del CC ofrece criterios de clausura a la labor interpretativa (“En los casos a que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación precedentes [...]”). Estos criterios consisten en adecuar la interpretación al “espíritu general de la legislación” y a “la equidad natural”.

Para los efectos del artículo 2 ter de la LPDC, el primer criterio resulta redundante, porque ya había sido fijado por la regla de interpretación proconsumidor. Como la hipótesis del artículo 24 del CC es que los criterios de interpretación anteriores todavía son incapaces de solucionar el problema interpretativo, hasta esta altura, la interpretación ya debería haber sido ajustada al principio proconsumidor, pero a pesar de eso la duda interpretativa se mantiene.

Cuestión distinta se presentaría si la regla de interpretación se hubiese formulado de manera *favorable-relativa*, es decir, acudir al principio proconsumidor en caso de duda. En tal caso, la corrección vía principio proconsumidor se haría solo al final de la labor interpretativa cuando las reglas de interpretación de los artículos 19 a 23 del CC hayan sido insuficientes para ordenar la labor de interpretación. Nos da la impresión que este era el sentido del denominado “proyecto Allamand”<sup>47</sup> –antecedente del artículo 2 ter–, pero que fue modificado en la Comisión de Economía del Senado<sup>48</sup>.

Por lo tanto, si el problema interpretativo se mantiene, el intérprete solo podrá acudir a la “equidad natural” para ordenar la interpretación. Alejandro Guzmán, al analizar la disposición, entiende que la equidad natural se refiere en la tradición de derecho occidental en el *Corpus Iuris Civilis*<sup>49</sup>. No obstante, se abre a otras fuentes como la ciencia jurídica acumulada, las demás ramas del derecho o el derecho extranjero que sirvan de razón y autoridad<sup>50</sup>.

A nuestro juicio, lo que está detrás del pensamiento de Alejandro Guzmán sobre el concepto de “equidad natural” es la expresión de un criterio interpretativo fundado en poderosas razones que lleven al intérprete a tomar una decisión en un determinado sentido. De esta manera, la “equidad natural” no fluye por un solo acto de voluntad del intérprete, sino exige la aplicación de la razón que supone una fundamentación sobre la base de criterios existentes en el derecho nacional, extranjero o histórico. Esta forma de entender el artículo 24 del CC en relación con el artículo 2 ter de la LPDC evita decisiones caprichosas o voluntaristas del intérprete, ya que exige siempre salvar el problema interpretativo mediante el uso de fuertes razones expresadas por el aplicador.

<sup>47</sup> Boletín n.º 12.931-03.

<sup>48</sup> TAPIA (2023) p. 54.

<sup>49</sup> GUZMÁN (2011) p. 209.

<sup>50</sup> *Op. cit.* pp. 209-210.

## A MODO DE CONCLUSIÓN

En este trabajo, hemos tratado de ensayar un método de aplicación del artículo 2 ter de la LPDC en la interpretación de la normativa de consumo.

Para estos efectos, se ha evidenciado que el tenor literal del artículo 2 ter de la LPDC parte de la premisa que la legislación de consumo es defectuosa en términos de interpretación, ya que el artículo 2 ter de la LPDC supone que la legislación de consumo siempre admite dos resultados de interpretación posibles: uno menos favorable al consumidor y uno más favorable al consumidor. La norma establece una regla de interpretación *favorable-absoluta*, porque debe seguirse siempre la interpretación más favorable al consumidor, que es lo que ordenaría el principio proconsumidor.

Para ofrecer esta metodología nos hemos valido de la propuesta de Friedrich Savigny a la solución de los problemas interpretativos de leyes con construcción lingüística indeterminada, que son aquellas que admiten más de un sentido. Aunque Friedrich Savigny no fue fuente de inspiración de las normas del CC, los resultados a los que llega son muy similares a los del CC y permiten mantener un orden lógico argumentativo en materia de interpretación.

De esta manera, las reglas de interpretación del CC se erigen como un complemento obligatorio en materia de interpretación de la ley, que exacerba el valor del cánones lógico y sistemático de interpretación, por su contenido altamente institucional, para, solo en caso de insuficiencia de estos, acudir a otros mecanismos.

## BIBLIOGRAFÍA

- ATRIA LEMAITRE, Fernando (2016): *La forma del derecho* (Madrid, Marcial Pons).
- BARROS ERRÁZURIZ, Alfredo (1915): *Curso de derecho civil. Primer año. Según el programa aprobado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile* (Santiago, Imprenta Chilena).
- BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio (2020): "Savigny revisitado", en Elorriaga, Fabián (coord.), *Estudios de derecho civil xv* (Santiago, Thomson Reuters).
- CLARO SOLAR, Luis (2013): *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- CONTARDO GONZÁLEZ, Juan Ignacio (2020): "Extensión de la regla de interpretación de la ley a favor del consumidor", en Barrientos, Francisca y Santelices, Camilo (dirs.), *Estudios de derecho del consumidor v* (Valencia, Tirant lo Blanch).
- DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo y LÓPEZ DÍAZ, Patricia Verónica (2021): "La publicidad engañosa en la ley 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores: un intento

- de sistematización desde el moderno derecho de contratos”, *Revista Chilena de Derecho* vol. 48 n.º 2: pp. 27-51.
- FUEYO LANERI, Fernando (2018): *Interpretación y juez* (Santiago, Ediciones Olejnik).
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (2011): *Las reglas del “Código Civil” de Chile sobre interpretación de las leyes* (Santiago, Abeledo Perrot-Legal Publishing).
- ISLER SOTO, Erika (2024): “El incierto reconocimiento del principio pro consumidor en el ordenamiento jurídico chileno”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana* n.º 20.
- LAZO GONZÁLEZ, Patricio (2024): “Las reglas de interpretación del Código Civil ante el artículo 2º ter de la ley N° 19.496”, Domínguez, Carmen (dir.), *Estudios de derecho civil XVII* (Santiago, Thomson Reuters, en prensa).
- LÓPEZ DÍAZ, Patricia Verónica (2023): “El débil jurídico en el derecho privado chileno: noción, configuración y tipología”, *Ius et Praxis*, vol. 29, n.º 1: pp. 124-144.
- QUINTANA BRAVO, Fernando (1979): “Savigny, el romanticismo y la hermenéutica”, *Revista de Ciencias Sociales*, n.º 14-II.
- RODRÍGUEZ DIEZ, Javier (2021): “El nuevo ‘principio pro consumidor’ y el antiguo ‘odia restringi’”, *El Mercurio Legal*. Disponible en [https://derecho.uc.cl/images/El\\_nuevo\\_principio\\_pro\\_consumidor\\_y\\_el\\_antiguo\\_\\_i\\_odia\\_restringi\\_\\_i\\_.pdf](https://derecho.uc.cl/images/El_nuevo_principio_pro_consumidor_y_el_antiguo__i_odia_restringi__i_.pdf) [fecha de consulta: 24 de mayo de 2024].
- SAVIGNY, Friedrich Karl (1878): *Sistema de derecho romano actual* (Madrid, F. Góngora y compañía).
- TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio (2023): *Derecho de protección de consumidores. Principio pro consumidor y extensión de su protección* (Santiago, Rubicón).

## Normas

*Boletín* n.º 12.931-03: Proyecto de ley que modifica la Ley N° 19.496, para ampliar los derechos de los consumidores en las materias que indica.

### *Código Civil*

DFL n.º 3 (2019), que fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 19.496, que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores, de 13 de septiembre de 2019.

Ley n.º 21398 (2021): que establece medidas para incentivar la protección de los derechos de los consumidores, de 24 de diciembre de 2021.



DE CÓMO BURLAR  
LA SOBERANÍA POPULAR:  
CNE Y TSJ,  
LOS MAGOS DE LA TIRANÍA VENEZOLANA

HOW TO OVERRIDE  
POPULAR SOVEREIGNTY:  
CNE AND TSJ,  
THE WIZARDS OF VENEZUELAN TYRANNY

*Ramsis Ghazzaoui\**

RESUMEN: Analizamos los acontecimientos acaecidos en Venezuela, previos y posteriores, con ocasión de las elecciones presidenciales llevadas a cabo en el país el 28 de julio de 2024; principalmente, se refleja la falta de independencia del Poder Electoral que encabeza el Consejo Nacional Electoral (CNE), como del Poder Judicial, en este caso representado por la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ), y que permitieron llevar adelante, como si se tratase de un acto de magia, el fraude más grotesco y monumental que haya conocido el país y el continente americano, en franco desconocimiento de la soberanía popular, con el único y desmedido propósito de mantener en el poder a Nicolás Maduro Moros y su tiranía, en contra de lo expresado en las urnas electorales por el pueblo venezolano.

PALABRAS CLAVE: soberanía popular, elecciones presidenciales, Poder Electoral, independencia judicial.

ABSTRACT: The events that occurred in Venezuela, before and after, on the occasion of the presidential elections held in the country on July 28, 2024 are analyzed; mainly, it reflects the lack of independence of the Electoral Power hea-

---

\* Doctor en Derecho, Gobierno y Políticas Públicas, Universidad Autónoma de Madrid, España. Doctor en Derecho, Universidad Carlos III de Madrid, España. Profesor de Derecho Administrativo y Derecho Constitucional, Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela. Correo electrónico: ramsis.ghazzaoui@alumni.uam.es ORCID: 0000-0002-0516-004.

ded by the National Electoral Council (CNE), as well as the Judicial Power, in this case represented by the Electoral Chamber of the Supreme Court of Justice (TSJ), and that allowed to carry out, as if it were an act of magic, the most grotesque and monumental fraud that the country and the American continent have ever known, in frank disregard of popular sovereignty, with the sole and excessive purpose of keeping Nicolás Maduro Moros and his tyranny in power, contrary to what was expressed at the polls by the Venezuelan people.

KEYWORDS: popular sovereignty, presidential elections, electoral power, judicial independence.

## INTRODUCCIÓN

“Si no gano la reelección, el país caerá en un baño de sangre, en una guerra civil”.

Estas fueron las palabras de Nicolás Maduro Moros los días previos al evento electoral del 28 de julio de 2024.

Pues bien, al día siguiente al evento electoral, Nicolás Maduro produjo un siniestro y macabro baño de sangre del pueblo venezolano. Y es que miles de ciudadanos salieron masivamente a protestar a las calles ante el gigantesco fraude que pretendió desconocer los resultados electorales, que tanto Venezuela y el mundo saben que dieron ganador al ciudadano Edmundo González Urrutia. Muertes, detenciones arbitrarias incluyendo las de menores de edad, persecuciones, desapariciones, y un sin fin de atrocidades son las que han estado presentes en el país desde aquel día, solo porque Nicolás Maduro y su pléyade de delinquentes se niegan a respetar la soberanía popular y entregar el poder.

Oficialmente, al menos veinticuatro muertes y más de dos mil doscientas detenciones han sido registradas en Venezuela luego del 28 de julio de 2024.

Ante los ojos de los venezolanos y el mundo, se llevó a cabo en pleno siglo XXI, el fraude más vulgar y monumental que en materia de elecciones presidenciales haya conocido el continente americano.

Hasta la fecha, el órgano electoral que encabeza el CNE no ha mostrado las Actas de Escrutinio, las Actas de Totalización, ni mucho menos los resultados de forma tabulada como exige la legislación electoral.

De esta manera, como si se tratara de un acto de magia, por demás desastroso y grotesco, el CNE proclamó ganador a Nicolás Maduro Moros.

Todo ello ha sido posible porque en Venezuela, desde hace mucho tiempo, rige un régimen autocrático, tiránico, encabezado, primero, por Hugo Chávez y desde 2014 ha sido continuado por Nicolás Maduro, que, basado en una apariencia de institucionalidad, bajo el fenómeno del constitucionalismo autori-

tario, se dio a la tarea de abolir por completo el principio democrático de la separación de poderes, como de todos aquellos otros que sustentan el Estado constitucional, copando y secuestrando con sus acólitos todos los poderes públicos, con el único y desmedido propósito de perpetuar la llamada revolución bolivariana, a costa, incluso, de la voluntad mayoritariamente abrumadora del pueblo.

Es preciso destacar que, si bien hablaremos del sistema electoral venezolano, nos circunscribiremos a lo que respecta a la elección presidencial, al ser el tema que motiva estas líneas dada la trascendencia de las consecuencias que de ella se han generado en detrimento de la democracia y la constitucionalidad, no solo de Venezuela, sino de todo el continente.

Como este trabajo será publicado fuera de las fronteras venezolanas, lo hemos estructurado partiendo de un breve bosquejo de las bases normativas del sistema electoral venezolano, de manera de poner en contexto al lector foráneo de la forma en que se haya conformado el mismo; posteriormente, nos referiremos a los prolegómenos del proceso electoral del 28 de julio de 2024, que ponen de manifiesto la carencia de condiciones mínimas para ello, y que impidieron que la principal líder opositora al régimen tiránico de Nicolás Maduro, María Corina Machado Parisca, pudiera inscribirse como candidata presidencial y fuera postulado en su lugar Edmundo González Urrutia; luego, haremos mención a la actuación llevada a cabo por el CNE con motivo de los resultados de esos comicios, desconociendo y secuestrando la voluntad popular expresada de forma contundente por el pueblo en las urnas electorales; continuaremos con las actuaciones desplegadas por la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, como evidencia de su inexistente independencia, su condición de apéndice y súbdito del régimen, y que solo pretendieron, de manera, por demás vulgar, consolidar el gigantesco fraude que ha sido cometido en Venezuela; por último, a modo de conclusiones, expondremos nuestras reflexiones finales.

## I. EL SISTEMA ELECTORAL VENEZOLANO.

### BASES NORMATIVAS

El artículo 136 de la Constitución venezolana de 1999<sup>1</sup>, configura el sistema de separación de poderes que rige en el país, bajo una *penta* división de los mismos al agregar a la clásica tríada del Ejecutivo, Judicial y Legislativo, los denominados poderes Ciudadano y Electoral, reconociendo a cada uno de ellos sus funciones propias y exclusivas, siendo, en consecuencia, nulos e ineficaces aquellos actos dictados en usurpación de autoridad, tal como pauta el artículo 138 *eiusdem*.

---

<sup>1</sup> La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV), enmienda n.º 1.

En lo que concierne al Poder Electoral, el artículo 292 Constitucional consagra que es ejercido por el CNE, como órgano rector, teniendo como órganos subordinados: la Junta Electoral Nacional, la Comisión de Registro Civil y Electoral, y la Comisión de Participación Política y Financiamiento; correspondiéndole, entre otras, la atribución exclusiva para organizar, administrar, dirigir y vigilar todos los actos relativos a la elección de cargos de representación popular de los poderes públicos, conforme prevé el artículo 293.5 *ibidem*.

Todo lo anterior quiere decir que ningún otro poder del Estado puede asumir alguna de esas funciones, pues, de hacerlo, incurriría en usurpación de autoridad, siendo, por consiguiente, nulos sus actos y sin efecto alguno.

Por su parte, el artículo 294 del Texto Fundamental consagra los principios que rigen a los órganos del Poder Electoral, como son, los de:

“independencia orgánica, autonomía funcional y presupuestaria, despartidización de los organismos electorales, imparcialidad y participación ciudadana; descentralización de la administración electoral, transparencia y celeridad del acto de votación y escrutinios”.

En cuanto a la integración del CNE, el dispositivo constitucional 296 estatuye que será de cinco personas, no vinculadas a organizaciones con fines políticos, tres de las cuales postuladas por la sociedad civil, una por las facultades de ciencias jurídicas y políticas de las universidades nacionales, y una por el Poder Ciudadano; durarán siete años en el ejercicio de sus funciones y serán elegidos por separado de la forma que sigue: las tres postuladas por la sociedad civil, al inicio de cada periodo de la Asamblea Nacional; y las otras dos, a la mitad del mismo.

Conforme establece el artículo 297 de la Constitución, la jurisdicción contencioso electoral compete a la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia; remitiendo a la ley orgánica la regulación de los procesos electorales, según dispone el artículo 298 Constitucional.

Es importante destacar que el artículo 5 de la Norma Constitucional consagra el principio de la soberanía popular, tal y como textualmente se transcribe de seguidas:

“La soberanía reside intransferiblemente en el pueblo, quien la ejerce directamente en la forma prevista en esta Constitución y en la ley, e indirectamente, mediante el sufragio, por los órganos que ejercen el Poder Público.

Los órganos del Estado emanan de la soberanía popular y a ella están sometidos”.

Por otro lado, el Texto Constitucional consagra en el artículo 62 el derecho a la participación política, esto es, aquel que detentan todos los ciudadanos



para intervenir libremente en los asuntos públicos, bien de manera directa, o por medio de sus representantes elegidos; y en el artículo 63, se estatuye el derecho al sufragio, ejercido mediante el voto universal, libre, directo y secreto, por el cual los ciudadanos llevan a cabo la elección de sus representantes.

Como bien es sabido, en nuestras sociedades contemporáneas la consagración constitucional del principio de la soberanía popular y su carácter intransferible dio lugar al desarrollo del principio de la democracia representativa, en el sentido de que el pueblo, titular de la soberanía, la ejerce, generalmente, a través de representantes.

Al respecto, Allan Brewer-Carías expresa que los principios de soberanía popular y de democracia representativa son consustanciales e indisolubles, siendo imposible, en un régimen democrático, la vigencia del primero sin la existencia del otro principio. De ahí que no pueda haber democracia sin representación; esta, en sí misma, está en la propia esencia de la democracia, donde la elección de cargos públicos por medio del sufragio constituye uno de los medios de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio de su soberanía, y así se encuentra expresamente estatuido en el artículo 70 de la Constitución<sup>2</sup>.

Así, en el Estado Constitucional impera el derecho a la democracia, que exige el funcionamiento de un régimen político que garantice los elementos esenciales de la misma, los cuales, sumados al catálogo de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, pueden identificarse de la forma que sigue:

- 1) el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al Estado de derecho;
- 2) la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto, como expresión de la soberanía popular;
- 3) el régimen plural de partidos y organizaciones políticas y
- 4) la separación e independencia de los poderes públicos.

Por consiguiente, tal derecho a la democracia no puede configurarse en Estados con regímenes autoritarios, toda vez que esos elementos esenciales que hemos mencionado no pueden ser garantizados por la ausencia de controles respecto del ejercicio del poder, aun cuando pueda tratarse de Estados en los

---

<sup>2</sup> Para Allan R. Brewer-Carías, no puede existir en el mundo contemporáneo una democracia que sea solo refrendaria, plebiscitaria o de cabildos abiertos permanentes. Si bien en casi todos los sistemas constitucionales contemporáneos se han incorporado mecanismos de consultas populares y de asambleas de ciudadanos con el objetivo de complementar la representatividad (referendos consultivos, aprobatorios, decisorios, abrogatorios, autorizatorios y revocatorios), los mismos no pueden sustituir a la democracia conducida por representantes electos mediante sufragio, y mucho menos convertirse en instrumentos de gobierno. En este sentido, es imperativo que dichos representantes sean realmente representativos de las sociedades y sus comunidades, y sean elegidos en sistemas de sufragio directo, universal y secreto donde impere el pluralismo político, a través de procesos electorales transparentes, libres, y que aseguren el acceso al poder con sujeción al Estado de derecho. Véase BREWER-CARIÁS (2020) pp. 33-37.

cuales, en fraude a la Constitución y a la propia democracia, los gobiernos puedan haber tenido su origen en algún ejercicio electoral.

Y es que la democracia no solo se define como el gobierno del pueblo mediante representantes elegidos, sino, muy especialmente, como un gobierno sometido a controles, en el cual, conforme al principio de separación de poderes, desempeña una función determinante el Poder Judicial.

Hay que destacar que nuestro trabajo se circunscribe al proceso electoral del 28 de julio de 2024, llevado a cabo para la escogencia del cargo de presidente de la república; por ende, solo nos referiremos, y de manera puntual, a los dispositivos normativos de mayor relevancia que regulan la elección de tal funcionario, omitiendo, por consiguiente, lo relativo a la votación de las demás autoridades públicas.

En este sentido, el Texto Constitucional establece en el artículo 228, que la elección del Presidente de la República se hará por votación universal, directa y secreta, cuya proclamación se efectuará a aquel candidato que hubiere obtenido la mayoría de votos válidos; mientras que en el artículo 231 *ibidem*, se prevé de manera expresa la fecha en la que el candidato elegido tomará posesión del cargo de Presidente de la República, como lo es, el diez de enero del primer año de su periodo constitucional, mediante juramento ante la Asamblea Nacional.

La Ley Orgánica del Poder Electoral (LOPE)<sup>3</sup>, dictada en el año 2002, reitera la cualidad del CNE como órgano rector y máxima autoridad de dicho Poder Público en Venezuela, cuyos actos se fundamentan en “la preservación de la voluntad del pueblo, expresada a través del voto en el ejercicio de su soberanía” (artículos 1 y 2). De igual forma, dicho instrumento legal reafirma la autonomía de ese órgano en el ejercicio de sus funciones, su plena independencia con respecto a las demás ramas del Poder Público (artículo 7), así como la exigencia de que sus miembros rectores estén desvinculados de organizaciones con fines políticos.

Dentro de las competencias del CNE, entre otras, destacan la de:

“organizar, administrar, supervisar y vigilar los actos relativos a los procesos electorales, de referendo y los comicios para elegir funcionarios o funcionarios cuyo mandato haya sido revocado, en el ámbito nacional, regional, municipal y parroquial”;

la de:

“totalizar, adjudicar, proclamar, con base en las actas de escrutinio, y extender la credencial a la candidata electa o candidato electo a la Presidencia de la República, dentro de los lapsos establecidos en la ley”;

---

<sup>3</sup> Véase la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n.º 37.573, de 19 de noviembre de 2002.

así como la de “garantizar y promover la participación de las ciudadanas y los ciudadanos en los procesos electorales, de referendos y otras consultas populares” (artículo 33).

Por su parte, Ley Orgánica de Procesos Electorales (LOPRE)<sup>4</sup>, dictada en el año 2009, regula todo lo relativo al sistema electoral venezolano, como expresión del principio de la soberanía popular y los derechos constitucionales del sufragio y de participación política de los ciudadanos. En este sentido, dicha norma faculta al CNE, como rector y máxima autoridad del Poder Electoral, para que ejerza:

“la suprema dirección, conducción, supervisión, vigilancia y control de los procesos electorales directamente y a través de los órganos electorales subordinados y organismos electorales subalternos” (artículo 4).

Finalmente, y en desarrollo de los preceptos de esa ley orgánica, encontramos el Reglamento General de la Ley Orgánica de Procesos Electorales (RGLOPRE), dictado por el CNE según resolución n.º 130118-0005, de 18 de enero de 2013.

Partiendo de esta base normativa, debemos expresar que, desde el año 2009, fue consolidado en Venezuela un minucioso sistema electoral automatizado para la realización de los procesos electorales, en el cual, las actas de escrutinio que se emiten en cada una de las mesas electorales constituyen la base fundamental de la elección, la piedra angular para la totalización de los resultados de las votaciones, configurándose ellas, así, como la más elemental y auténtica prueba del acto de votación.

En efecto, conforme a la LOPRE y su reglamento general<sup>5</sup>, el acto electoral es llevado a cabo en los denominados “centros de votación”, conformados por “mesas electorales”, las cuales constituyen organismos electorales subalternos de la Junta Nacional Electoral, y cuya función es celebrar los actos de instalación, constitución, votación y escrutinio<sup>6</sup>.

El acto de votación es llevado cabo una vez que las mesas electorales se encuentren constituidas con sus miembros, de manera ininterrumpida, desde

---

<sup>4</sup> Véase la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n.º 5.928 extraordinario, de 12 de agosto de 2009.

<sup>5</sup> Véanse sobre el particular los artículos 106 y ss. de la ley, y 103 y ss. del reglamento.

<sup>6</sup> Las mesas electorales están integradas por un presidente, un secretario y unos miembros principales, designados mediante sorteo público por el CNE en cumplimiento del servicio electoral obligatorio (artículos 98, 111 y 117 de la LOPRE), cuyas funciones son de carácter temporal y de ejercicio transitorio (artículo 37 del RGLOPRE), debiendo, entonces, ser considerados como funcionarios públicos electorales temporales o transitorios, culminando con el acto de escrutinio, cuyo resultado es autenticado en el acta respectiva con la firma de los mismos, en forma digital.

las 6:00 a.m. hasta las 6:00 p.m. (a menos que se hallen electores en espera de ejercer su derecho al sufragio), por medio de boletas electrónicas, donde el elector selecciona la opción de su preferencia y presiona en la pantalla respectiva el recuadro "VOTAR". Una vez que el voto es emitido, queda almacenado en el sistema automatizado respectivo, y la máquina de votación imprime un comprobante de este que es depositado en la llamada caja de resguardo, a los fines de la posterior verificación o auditoría ciudadana<sup>7</sup>.

Una vez que finaliza el acto de votación, se procede al escrutinio automatizado de los votos emitidos, esto es, "el proceso mediante el cual se contabilizan y emiten los resultados de la Mesa Electoral de manera ágil, efectiva y transparente" (artículo 138 de la LOPRE).

Tal acto de escrutinio, valga decir, es de carácter público, pudiendo ser presenciado por aquellos ciudadanos que lo deseen, sin más limitaciones que las derivadas de la capacidad física del centro de votación y de la seguridad del acto electoral (artículos 140 de la LOPRE y 334 del RGLOPRE).

A tal efecto, las respectivas máquinas de votación de las mesas electorales emitirán la correspondiente acta de escrutinio, la cual contiene la totalidad de la información y la firma de todos los miembros de mesa, los testigos electorales y del operador del sistema integrado acreditado por el CNE (artículos 142 y 143 de la LOPRE y 340 del RGLOPRE)<sup>8</sup>.

En este sentido, deberá seguirse el siguiente procedimiento: En primer lugar, el operador del sistema integrado imprimirá el primer ejemplar del acta de escrutinio; luego, una vez impreso el primer ejemplar, sin que medie ninguna instrucción, el operador del sistema integrado procederá a efectuar la transmisión de los datos de la máquina de votación al Consejo Nacional Electoral; así, transmitidos los datos, el operador del sistema integrado procederá a imprimir los otros ejemplares de las actas de escrutinio (artículo 336 del RGLOPRE).

Es importante señalar que el primer ejemplar impreso del acta de escrutinio automatizada, en el caso de la elección de Presidente de la República, es remitido al CNE, mientras que el resto de los ejemplares impresos son distribuidos de la manera que sigue: a la Junta Nacional Electoral; a la Oficina Regional Electoral correspondiente; al presidente de la mesa electoral; al secretario de la mesa electoral; a los testigos de los postulantes o sus alianzas que hayan obtenido

---

<sup>7</sup> Sobre el acto de votación, véanse los artículos 121 y ss. de la LOPRE, y 310 y ss. del RGLOPRE.

<sup>8</sup> Para asegurar la transparencia del proceso electoral, las actas de escrutinio han de ser legibles y contener la información siguiente: ubicación de la mesa electoral; número de electores; número de electores que votaron según el cuaderno de votación; cantidad de votos emitidos a favor de cada candidato, discriminados por partidos o grupos de electores y un resumen de los votos.

las tres primeras votaciones en la mesa electoral respectiva por tipo de elección; y a los otros miembros de la mesa electoral y demás testigos presentes, siempre y cuando no se hayan agotado las copias, no pudiendo ninguno de ellos recibir más de un ejemplar del acta de escrutinio (artículo 337 del RGLOPRE).

Quiere decir lo anterior que, en caso de la elección presidencial del 28 de julio de 2024, en la cual, según información del propio CNE, fueron instaladas más de treinta mil mesas electorales, se emitieron más de doscientas diez mil copias de las actas de escrutinio, las cuales se encuentran en poder de las personas y órganos antes mencionados.

Además, una vez que se produce el cierre de la votación se realiza la respectiva verificación ciudadana, que consiste en la confrontación del contenido de los comprobantes de votación con relación a los datos reflejados en el acta de escrutinio, y cuya finalidad es la verificación de la correspondencia entre los datos producto del acto de votación, referidos al número de votantes y observaciones reflejadas en el acta de escrutinio, con relación al proceso de votación desarrollado durante el evento electoral (artículos 162 de la LOPRE y 437 del RGLOPRE).

Luego que ha sido emitida el acta de escrutinio, corresponde realizar los actos de totalización, adjudicación, proclamación y extensión de credenciales, que, en el caso de la elección del cargo de presidente de la república, es de la competencia exclusiva del CNE, conforme establece el artículo 374 del RGLOPRE.

En cuanto al acto de totalización, este es automatizado, comprende la sumatoria de los resultados contenidos en todas las actas de escrutinio de las mesas electorales, y se efectúa mediante el Sistema Automatizado de Totalización aprobado por el CNE (artículos 144 de la LOPRE y 373 del RGLOPRE).

De importancia hay que mencionar que, tal y como prevé el artículo 146 de la LOPRE, una vez que ha terminado el acto de votación, todos los órganos electorales tienen la obligación de efectuar en un lapso de cuarenta y ocho horas el procedimiento de totalización, que debe incluir los resultados de todas las actas de escrutinio de la circunscripción respectiva.

Es decir, que dentro de ese lapso deben ser emitidos y difundidos los resultados que apoyan la totalización, levantándose un acta de totalización en la que se deje constancia de los totales correspondientes a cada uno de los datos registrados en las actas de escrutinio, así como dichos datos, acta por acta, tal como fueron incluidos en la totalización, presentados en forma tabulada mediante una hoja complementaria de totalización, que será emitida por el Sistema Automatizado de Totalización (artículos 150 de la LOPRE y 382 del RGLOPRE).

Totalizadas las actas de escrutinio de las mesas electorales, el Sistema Automatizado de Totalización emitirá el *Boletín Final de Totalización* y el Acta de totalización, adjudicación y proclamación y las hojas complementarias de tota-

lización, donde estarán reflejados los totales correspondientes a cada uno de los datos registrados en las actas de escrutinio, así como dichos datos, acta por acta, tal como fueron incluidos en la totalización, los cuales habrán de estar presentados en forma tabulada (artículos 150 de la LOPRE y 385 del RGLOPRE).

El acta de totalización, adjudicación y proclamación deberá contener la siguiente información:

- i) total de electoras o electores inscritas e inscritos en el Registro Electoral de la circunscripción respectiva;
- ii) total de votantes;
- iii) total de actas escrutadas;
- iv) total de actas faltantes;
- v) total de votos escrutados;
- vi) total de votos válidos;
- vii) total de votos nulos;
- viii) total de votos de los candidatos, por organización con fines políticos, grupo de electores, y por alianza, así como también por iniciativa propia;
- ix) abstención. En este sentido, el CNE debe emitir las copias certificadas que sobre dicha acta le sean solicitadas por los testigos interesados en ello (artículos 383 y 386 del RGLOPRE).

Luego del acto de totalización se realiza el acto de adjudicación, esto es, la conversión de los votos de los electores con base en el sistema electoral previsto en la Ley Orgánica de Procesos Electorales, lo cual, conforme al artículo 7, se produce sobre la mayoría relativa de votos, levantándose un acta en la que se deja constancia de los cálculos utilizados para la adjudicación (artículos 151 y 152 de la LOPRE y 387 del RGLOPRE).

Posteriormente, el CNE llevará a cabo el acto de proclamación, por el cual otorgará al candidato que hubiere obtenido la mayoría de la votación, la correspondiente credencial que le acreditará como presidente electo (artículos 153 de la LOPRE y 391 del RGLOPRE).

Dentro de los treinta días siguientes a la proclamación del candidato presidencial, el CNE publicará los respectivos resultados en la *Gaceta Electoral de la República Bolivariana de Venezuela* (artículos 155 de la LOPRE y 395 del RGLOPRE).

También, contempla la LOPRE lo relativo a las auditorías electorales, como mecanismo para garantizar la transparencia y confiabilidad de las elecciones, y por las cuales el sistema electoral automatizado puede ser verificado en todas y cada una de sus fases, tanto al *software* como al *hardware* utilizado en el proceso electoral (artículos 156 de la LOPRE y 442 del RGLOPRE).

Así las cosas, y para finalizar este punto inicial, no queda la menor duda que, en el caso de la elección del presidente de la República, el Consejo Na-

cional Electoral tiene la competencia exclusiva, como la expresa obligación, de realizar la totalización de las votaciones conforme a la información contenida en las actas de escrutinio emitidas por las mesas electorales; y solo luego de efectuado ello, podrá proceder a la adjudicación y proclamación respectiva.

Lo contrario, como señaló desde hace algún tiempo la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, acarrea la nulidad del acto, tal y como puede verse en la sentencia n.º 89, de 14 de julio de 2005, en la cual adujo que el CNE tiene el deber de

“computar e incluir de forma pormenorizada en el Acta de Totalización, Adjudicación y Proclamación, los resultados contenidos en la totalidad de las Actas de Escrutinio de la Circunscripción Electoral respectiva, lo que configura un requisito formal del acto administrativo. El incumplimiento de dicho deber acarrea la nulidad del acto”.

De esta manera, conforme la LOPRE y su reglamento general, no puede haber proclamación del cargo de presidente de la república si no se ha efectuado la totalización de las actas de escrutinio; primero hay que totalizar, seguidamente se adjudica y, por último, se proclama al candidato electo. Se trata de procedimientos que están debidamente concatenados, de tal suerte que la validez de los procedimientos anteriores determina la validez de los procedimientos posteriores.

De la forma que antecede, queda esbozado, *grosso modo*, el sistema electoral venezolano y sus bases normativas.

## II. EL PROCESO ELECTORAL PRESIDENCIAL DEL 28 DE JULIO DE 2024. PROLEGÓMENOS

El fraude acaecido en Venezuela en la elección presidencial del 28 de julio de 2024, ante la mirada del mundo entero, donde la propia institucionalidad desconoció la voluntad del pueblo expresada en las urnas electorales en ejercicio de su soberanía, quien de manera rotunda, incontestable, mayoritaria y abrumadora, eligió como Presidente de la República a Edmundo González Urrutia; fue posible porque en el país, desde hace muchísimo tiempo, la vigencia de uno de los principios fundamentales de la democracia constitucional, como lo es, la independencia y separación de poderes, es solo nominal, pues todos los poderes públicos, sin excepción, se encuentran secuestrados, arrodillados, al régimen tiránico que allí gobierna desde hace veinticinco años, encabezado, primero, por Hugo Chávez y actualmente por Nicolás Maduro.



En efecto, y para tener una mejor dimensión de lo aquí expuesto, nos referiremos a la actual integración del Poder Electoral, que, como ya vimos, es ejercido por el CNE, a cuyos miembros, entre otros requisitos, se les exige no tener filiación política alguna, en aras de la debida imparcialidad y transparencia en el ejercicio de sus funciones.

Según Acuerdo de la Asamblea Nacional de 24 de agosto de 2023, publicado en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n.º 6.758 extraordinario, de la misma fecha, fueron designados los miembros actuales del CNE, teniendo el carácter de principales los funcionarios siguientes: Elvis Eduardo Hidrobo Amoroso (presidente); Carlos Enrique Quintero Cuevas (vicepresidente); Rosalba Gil Pacheco; Acme Clarisa Nogal Méndez y Juan Carlos Delpino Boscán.

Por solo mencionar la persona de su presidente, Elvis Eduardo Hidrobo Amoroso, observamos que ha estado vinculado al régimen oficialista desde sus inicios en el año 1998 con el arribo al poder de Hugo Chávez, resultando electo diputado a la Asamblea Nacional por el partido político Movimiento V República (MVR). De igual forma, fue diputado a la AN por el Partido Socialista Unido de Venezuela (PSUV), en representación del estado Aragua, en los periodos 2005-2010 y 2010-2015. Su ejercicio parlamentario se destaca por sus constantes, desmedidos y vulgares ataques a la oposición venezolana y, muy especialmente, contra la figura de María Corina Machado Parisca.

Entre agosto y octubre de 2017, se desempeñó como vicepresidente de la Asamblea Nacional Constituyente (ANC), convocada ilegítima e inconstitucionalmente por Nicolás Maduro Moros, con el único propósito de anular al Parlamento Nacional que, para la época, era de mayoría opositora. Antes de unirse a la ANC, fue director general de Consultoría Jurídica del Ministerio de la Presidencia.

En noviembre de 2017, la Oficina para el Control de Bienes Extranjeros del Departamento del Tesoro de Estados Unidos (OFAC), lo sancionó por estar asociado con actividades para el debilitamiento de los procesos electorales, la censura a los medios de comunicación y hechos de corrupción<sup>9</sup>.

El 23 de octubre de 2018, es designado como Contralor General de la República (CGR) por la espuria e inconstitucional Asamblea Nacional Constituyente, donde, lejos de ejercer sus atribuciones y perseguir la corrupción que azota a Venezuela, se dio a la tarea de “inhabilitar políticamente”<sup>10</sup> a figuras des-

---

<sup>9</sup> OFICINA PARA EL CONTROL DE BIENES EXTRANJEROS DEL DEPARTAMENTO DEL TESORO DE ESTADOS UNIDOS (OFAC).

<sup>10</sup> Solo destacar aquí, por cuanto profundizar en ello excede a nuestro trabajo, que tal potestad no le compete constitucionalmente a la Contraloría General de la República, ya que de acuerdo con los artículos 39, 42, 62 y 65 de la Constitución, la inhabilitación política solo pue-



tacadas de la oposición venezolana, entre las cuales estuvo María Corina Machado Parisca. Este cargo lo ejerció hasta su designación como rector y presidente del CNE.

Tal y como expresamos en el punto anterior, la Constitución venezolana prevé de forma expresa, en su artículo 231, la fecha en la que el candidato elegido tomará posesión del cargo de presidente de la república, esto es, el diez de enero del primer año de su periodo constitucional, mediante juramento ante la Asamblea Nacional.

En Venezuela, tradicionalmente, la elección presidencial ha tenido lugar la primera semana de diciembre, mes inmediato anterior a la fecha pautada en la Constitución para la toma de posesión. No obstante, las elecciones presidenciales correspondientes al periodo 2019-2025, tras una ilegítima e inconstitucional convocatoria de la espuria Asamblea Nacional Constituyente, fueron adelantadas para el mes de mayo de 2018.

Así, repitiendo ese esquema de 2018, el CNE encabezado por Elvis Hidrobo convocó, en marzo de 2024, unas elecciones presidenciales anticipadas, para el periodo constitucional 2025-2031, las cuales tuvieron lugar el 28 de julio de 2024.

Tal evento electoral estuvo precedido por una serie de acontecimientos políticos que comenzaron con la conformación de un nuevo CNE, de lo cual ya hicimos mención, y prosiguieron con el desconocimiento y nulidad de las elecciones primarias celebradas por la oposición para designar su candidato presidencial; la inhabilitación política de la candidata y líder de la oposición, María Corina Machado Parisca, que conllevó a la postulación de Edmundo González Urrutia; así como la persecución y encarcelamiento de distinguidos personajes políticos opositores.

En efecto, las distintas fuerzas políticas de la oposición venezolana, agrupadas a través de la llamada “plataforma unitaria”, llevaron a cabo el 22 de octubre de 2023 las denominadas primarias, para determinar quién sería el representante y candidato opositor en las elecciones presidenciales de 2024, evento

---

de ser acordada por sentencia judicial definitivamente firme. El derecho a optar a cargos de elección popular o sufragio pasivo es un derecho político en los términos del artículo 62 de la Constitución, con lo cual la inhabilitación, como condición de suspensión en ejercicio de ese derecho constitucional, solo puede ser acordada mediante sentencia judicial firme y en los casos que determine la ley. Tal materia debe ser entendida de reserva constitucional, en el sentido que no le es dado al legislador modificar los supuestos bajo los cuales pueden suspenderse los derechos políticos, permitiendo a la Administración acordar tal inhabilitación. Así, pues es contrario a la Constitución la inhabilitación acordada por el Contralor para el ejercicio de cargos de elección popular. Al respecto, véanse, entre otros a: HERNÁNDEZ (2008) pp. 55-57; CARRILLO (2009); BREWER-CARIAS (2012) p. 326 y ss; BREWER-CARIAS (2012a) pp. 355-387; BREWER-CARIAS (2017) pp. 326-337.

organizado completamente por la sociedad civil, bajo la conducción de la Comisión Nacional de Primarias, sin participación alguna de órganos ni entidades públicas civiles o militares, resultando ganadora, con una amplia mayoría, María Corina Machado Parisca, al haber alcanzado el 92,35 % de los 2 253 825 de electores que participaron en tal actividad<sup>11</sup>.

El 30 de octubre de 2023, la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia profirió la sentencia n.º 122, por la cual admitió un recurso contencioso electoral que fue interpuesto en contra de las primarias, y acordó una medida cautelar de amparo suspendiendo los efectos de las distintas fases del proceso electoral conducido por la Comisión Nacional de Primarias el 22 de octubre de 2023, al considerar que ellas (las primarias) consistían en un proceso electoral que debía haberse realizado por el CNE. Adicionalmente, la Sala Electoral expresó que María Corina Machado Parisca estaba inhabilitada administrativamente por quince años, lo que impedía que participara como candidata presidencial.

Al respecto, es necesario destacar, que el artículo 293 de la Constitución, contenido de las atribuciones del Poder Electoral, establece en el numeral 6 lo siguiente:

“Artículo 293. El Poder Electoral tiene por funciones:

[...]

6. Organizar las elecciones de sindicatos, gremios profesionales y organizaciones con fines políticos en los términos que señale la ley. Así mismo, podrán organizar procesos electorales de otras organizaciones de la sociedad civil a solicitud de éstas, o por orden de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia. Las corporaciones, entidades y organizaciones aquí referidas cubrirán los costos de sus procesos electorarios”.

Como fácilmente puede constatar, tal competencia se encuentra referida –únicamente– a los procesos por medio de los cuales los miembros de las organizaciones allí referidas eligen a las autoridades; a elecciones de alguna organización de la sociedad donde se hubiese elegido a los miembros de los órganos de dirección de estas.

Las primarias celebradas por la plataforma unitaria, aun cuando comprenden a partidos políticos, no estuvieron orientadas a escoger a quiénes ocuparían cargos en esas organizaciones; solo fueron un mecanismo de consulta para determinar quién sería el candidato presidencial unitario, lo que no se corresponde con un cargo dentro de una organización política. Como tales, las primarias no generaron ningún efecto jurídico; este se produciría cuando las organizacio-

---

<sup>11</sup> Véase en <https://runrun.es/noticias/511417/boletin-final-de-primaria-2023-machado-obtuvo-2-253-825-millones-de-votos/> [fecha de consulta: 13 de octubre de 2024].

nes políticas aglutinadas en la plataforma unitaria postulasen como candidata presidencial a María Corina Machado Parisca.

Así, el recurso contencioso electoral intentado en contra de las primarias no encajaba dentro de las competencias legales de la Sala Electoral, al no tratarse de un acto emanado de algún órgano del Poder Electoral, ni tampoco de alguno de naturaleza electoral, proveniente de organizaciones no estatales con fines políticos o de la sociedad civil.

Como bien expresa José Ignacio Hernández G., la Sala Electoral, al estimar las primarias como una elección sometida al Poder Electoral, violó el derecho de participación política reconocido en el artículo 23 de la Convención Americana, toda vez que pretende prohibir a la sociedad civil el derecho de organizarse de manera libre para seleccionar al candidato unitario, lo cual afecta los fundamentos de la democracia. Para el referido autor, esta actuación comprende un evidente caso de judicialización de los derechos políticos, y es una clara muestra del autoritarismo promovido por la Sala Electoral, imponiendo restricciones ilegítimas a los derechos políticos de los ciudadanos, incluso, con amenazas de persecución a través de procesos penales en caso de no acatar sus decisiones<sup>12</sup>.

No existen dudas que el proceso organizado por la Comisión Nacional de Primarias de la Plataforma Unitaria, fue desarrollado en su totalidad por una organización de la sociedad civil, con el respaldo de organizaciones y partidos políticos de oposición, para garantizar a los ciudadanos el ejercicio de su derecho a la participación política y libertad de expresión en la escogencia de la candidata de la oposición para la elección presidencial de 2024, en el cual no participó, ni tenía que participar, en forma alguna, el Consejo Nacional Electoral ni ningún otro órgano o ente público.

Pero, además, esta decisión de la Sala Electoral también consideró la inhabilitación administrativa de María Corina Machado Parisca para postularse como candidata presidencial, supuestamente dictada por la Contraloría General de la República, de la cual no se tiene conocimiento, ni se puede acceder al expediente.

Sobre esto hay que reiterar que la Contraloría General de la República, como órgano de naturaleza administrativa, no puede limitar, ni siquiera de forma temporal, el ejercicio del derecho político a ser electo. Además, la sanción de inhabilitación a que se contrae el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal (LOCGRSNCF), es de naturaleza accesoria a la sanción que, previo procedimiento, declara la responsabilidad del funcionario<sup>13</sup>. En este caso, ni la una ni la otra existen.

<sup>12</sup> HERNÁNDEZ (2023) pp. 366-368.

<sup>13</sup> La LOCGRSNCF prevé en el artículo 105 lo siguiente: "La declaratoria de responsabilidad administrativa, de conformidad con lo previsto en los artículos 91 y 92 de esta Ley, será san-

Queda claro con esta sentencia de la Sala Electoral, que lo pretendido por el régimen era impedir que María Corina Machado Parisca pudiera presentarse al evento electoral del 28 de julio de 2024, además del riesgo de que cualquier actividad orientada a su postulación como candidata presidencial, pudiera ser considerada como desacato, dando lugar con ello al inicio de procesos penales.

Tanto fue el empeño del régimen por intentar anular políticamente e impedir la participación de María Corina Macho Parisca en el proceso electoral presidencial del 28 de julio de 2024, que la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia n.º 5, de 26 de enero de 2024 (a la cual no se tiene acceso y solo se conoce por un aviso publicado por ese tribunal en su portal de información web), sostuvo:

“la ciudadana María Corina Machado Parisca, está INHABILITADA para ejercer funciones públicas por un periodo de quince (15) años, de acuerdo a la Resolución número 01-00-000285, de fecha 16 de septiembre de 2021, emanada de la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA”.

---

cionada con la multa prevista en el artículo 94, de acuerdo con la gravedad de la falta y el monto de los perjuicios que se hubieren causado. Corresponderá al Contralor o Contralora General de la República de manera exclusiva y excluyente, sin que medie ningún otro procedimiento, acordar en atención a la entidad del ilícito cometido, la suspensión del ejercicio del cargo sin goce de sueldo por un período no mayor de veinticuatro meses o la destitución del declarado responsable, cuya ejecución quedará a cargo de la máxima autoridad; e imponer, atendiendo la gravedad de la irregularidad cometida, su inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas hasta por un máximo de quince años, en cuyo caso deberá remitir la información pertinente a la dependencia responsable de la administración de los recursos humanos del ente u organismo en el que ocurrieron los hechos para que realice los trámites pertinentes.

En aquellos casos en que sea declarada la responsabilidad administrativa de la máxima autoridad, la sanción será ejecutada por el órgano encargado de su designación, remoción o destitución.

Las máximas autoridades de los organismos y entidades previstas en los numerales 1 al 11 del artículo 9 de esta Ley, antes de proceder a la designación de cualquier funcionario público o funcionaria pública, están obligados a consultar el registro de inhabilitados que a tal efecto creará y llevará la Contraloría General de la República. Toda designación realizada al margen de esta norma será nula”.

Compartimos la opinión expresada por José Ignacio Hernández G., al afirmar que la inhabilitación para el ejercicio de cargos de elección popular solo puede ser acordada por el juez penal, mediante sentencia definitiva, en aquellos procesos en los cuales, como pena accesoria, se imponga la inhabilitación política. Ello es lo que distingue a la inhabilitación administrativa y la inhabilitación política. La primera es impuesta por la Contraloría, y solo afecta el acceso a cargos administrativos. La segunda solo puede ser dictada por el juez penal, y afecta el ejercicio del derecho de cargos de elección popular. Véase a HERNÁNDEZ (2023) p. 370.

En virtud de lo anterior, María Corina Machado Parisca optó por una candidatura que la sustituyera, lo cual recayó sobre la ciudadana Corina Yoris. No obstante, la postulación de esta no pudo ser materializada ante el CNE, toda vez que le fue impedido acceder al sistema automatizado de postulaciones por problemas técnicos. Finalmente, la plataforma unitaria logró la postulación del ciudadano Edmundo González Urrutia como candidato presidencial.

Durante la campaña electoral, se produjeron detenciones arbitrarias de los colaboradores de la oposición, destacando la orden de captura sobre miembros principales del comando de campaña de María Corina Machado Parisca, seis de los cuales, incluyendo la jefa de este, están refugiados en la embajada de Argentina en Caracas, que hoy es regentada por Brasil ante la ruptura de relaciones diplomáticas entre Venezuela y Argentina.

A ello se agrega la persecución emprendida por la institucionalidad del régimen de Nicolás Maduro, principalmente por el SENIAT (agencia tributaria), en contra de todos aquellos que de alguna forma brindaron apoyo a la oposición, de lo cual resaltamos las multas y clausuras de hoteles y posadas donde María Corina Machado Parisca se había hospedado en sus giras por el interior del país, así como locales de comida y comercio en general; limitaciones y prohibiciones sobre medios de transporte; restricción del tránsito por autopistas, carreteras y avenidas; entre muchas otras arbitrariedades.

En este orden de ideas, destacamos lo expresado por el Centro Carter en el informe que efectuara sobre el proceso electoral presidencial de Venezuela, en su condición de observador internacional acreditado por el CNE, al afirmar de forma textual lo siguiente:

“[...]”

El proceso electoral de Venezuela en 2024 no ha alcanzado los estándares internacionales de integridad electoral en ninguna de sus etapas relevantes y ha infringido numerosos preceptos de la propia legislación nacional. Se desarrolló en un ambiente de libertades restringidas en detrimento de actores políticos, organizaciones de la sociedad civil y medios de comunicación. A lo largo del proceso electoral, las autoridades del CNE mostraron parcialidad a favor del oficialismo y en contra de las candidaturas de la oposición.

En el campo específicamente electoral, la actualización del registro de electores se realizó con numerosos inconvenientes: plazos muy cortos, relativamente escasos lugares de inscripción y una mínima campaña de información y difusión públicas. El problema se agravó en el exterior, donde los ciudadanos enfrentaron barreras legales desmedidas, incluso arbitrarias, para inscribirse en el padrón en el extranjero. El resultado de la restrictiva jornada especial se tradujo en cifras muy bajas de nuevos votantes en el exterior.

El registro de partidos y candidatos tampoco se adecuó a estándares internacionales. En los años recientes, partidos de la oposición han sufrido intervenciones judiciales en desmedro de sus liderazgos social y políticamente más reconocidos para beneficiar a personas afines al gobierno, influyendo sobre la conformación de sus candidaturas. De manera aún más importante, la inscripción de la candidatura de las principales fuerzas de oposición se halló sujeta a la discrecionalidad de las autoridades electorales que adoptaron decisiones sin respetar principios jurídicos básicos.

La campaña electoral se desarrolló con un notable desequilibrio a favor del gobierno en todos los campos. La candidatura oficialista contó con muy amplios recursos, lo que se tradujo en la gran desproporción de mítines, murales, vallas y afiches a su favor. Se observó el abuso de recursos públicos, incluyendo el uso de vehículos, la movilización de funcionarios para la campaña y el uso de programas sociales. Asimismo, la candidatura gubernamental tuvo preponderancia en la televisión y la radio, tanto en publicidad, transmisión de eventos y cobertura noticiosa. Las autoridades intentaron restringir las campañas de la oposición, incluyendo la persecución e intimidación de personas que prestaron servicios o vendieron bienes para el proselitismo opositor para generar un efecto disuasivo”<sup>14</sup>.

De igual manera, destacamos el informe del Departamento para la Cooperación y Observación Electoral (DECO) de la secretaría de la OEA, sobre la elección presidencial de Venezuela, el cual realiza un detallado relato sobre la etapa preelectoral y la jornada de votación, incluyendo el escrutinio y difusión de los resultados, así como también las irregularidades técnicas y jurídicas evidenciadas en estas fases del proceso, y lo relativo a la represión, detenciones arbitrarias, censura e intimidación que se vive en el país. Categóricamente, el informe afirma:

“antes de la jornada electoral, la elección presidencial se había caracterizado por una sucesión de obstrucciones arbitrarias al ejercicio del sufragio activo y pasivo, en la forma de artilugios ilegales, intimidación, violencia, detenciones, expulsiones, inhabilitaciones, trabas burocráticas, uso electoral del aparato estatal y otro arsenal de obstáculos a la manifestación libre de la voluntad popular. Estas acciones buscaron inclinar la balanza a favor del oficialismo, desalentar y amedrentar a la oposición engañar y confundir al electorado y, en general, burlar

---

<sup>14</sup> Disponible en [www.cartercenter.org/news/pr/2024/venezuela-073024-spanish.pdf](http://www.cartercenter.org/news/pr/2024/venezuela-073024-spanish.pdf) [fecha de consulta: 14 de octubre de 2024].

la normativa electoral y los acuerdos alcanzados en un amplio proceso de negociación con acompañamiento internacional. Desafortunadamente, los esfuerzos del oficialismo por controlar el proceso electoral no cesaron el 28 de julio, sino que más bien se intensificaron al cierre de la votación”<sup>15</sup>.

El informe deja constancia que el proceso presidencial se desarrolló en un clima de intensa polarización y desconfianza hacia el sistema electoral, al no existir fronteras entre el Estado, el gobierno y el partido oficialista, que ejerce:

“el control gubernamental de la totalidad de las instituciones públicas, incluyendo el poder legislativo, el sistema judicial, el ejército, la policía, el servicio de inteligencia, el CNE y distintos medios de comunicación”, aunado a la presencia de “grupos armados paraestatales ligados al oficialismo”.

Afirma que se trató de una contienda en extremo inequitativa, caracterizada por una desmedida concentración del poder y la eliminación de los pesos y contrapesos, que conllevó a:

“la detención y persecución de miembros de la oposición y sus colaboradores, la creación de un ambiente de intimidación y amenaza, la aplicación de subterfugios legales para neutralizar fuerzas rivales y marginalizar a segmentos del electorado, el uso de recursos públicos y redes clientelares con fines proselitistas, la falta de transparencia y las restricciones al derecho de información, entre otras”.

En lo que respecta a la inhabilitación de candidaturas y de autoridades electas y destituciones, destaca el caso de María Corina Machado Parisca y el de doce alcaldes que fueron inhabilitados por apoyar al candidato opositor Edmundo González (dos del estado Miranda, ocho del estado Trujillo y dos del estado Nueva Esparta).

En cuanto a detenciones, desapariciones y actos de intimidación, reitera lo concerniente a los seis directivos de la campaña de María Corina Machado Parisca, refugiados en la embajada de Argentina (hoy regentada por Brasil) desde el mes de abril; igualmente, refiere que la organización no gubernamental Foro Penal, hasta el 25 de julio de 2024 registraba ciento treinta y cinco arrestos arbitrarios por razones políticas, con desapariciones forzadas en el marco del proceso, lo cual aumentó con cuarenta y ocho arrestos arbitrarios más entre el 26 y el 28 de julio.

---

<sup>15</sup> Disponible en [www.oas.org/fpdb/press/Informe-al-SG-sobre-Elecciones-Venezuela-2024-30-de-julio-para-distribuir-\(1\).pdf](http://www.oas.org/fpdb/press/Informe-al-SG-sobre-Elecciones-Venezuela-2024-30-de-julio-para-distribuir-(1).pdf) [fecha de consulta: 14 de octubre de 2024].



Destaca las detenciones de al menos cuarenta y seis personas, por el solo hecho de prestar servicios o vender bienes a la oposición durante su recorrido por el país o en las concentraciones políticas. Denuncia los constantes abusos y violaciones de derechos humanos durante la campaña electoral; detenciones arbitrarias, desapariciones forzadas, persecuciones políticas, censura y obstáculos a la participación política; actos de violencia e intimidación con el fin de alterar el proceso electoral.

También, la opacidad, obstrucción de testigos y rechazo a la observación nacional e internacional, que en aras de la transparencia del proceso constituyen pilares fundamentales de todo evento electoral democrático. Únicamente el Panel de Expertos Electorales de la ONU y el Centro Carter desplegaron misiones en territorio venezolano, aunque con restricciones considerables al ejercicio libre de sus funciones. El 28 de mayo el CNE revocó la invitación a la misión de observación de la Unión Europea. Los días previos a la elección se impidió la participación de diversos invitados internacionales de las organizaciones políticas de la oposición, mediante el retiro de la invitación, bloqueo del espacio aéreo para ingresar al territorio, deportación y expulsión del país, de lo que resalta el caso de una delegación de exmandatarios de la región, cuyo avión fue retenido en Panamá y a quienes no se les permitió viajar a Venezuela, así como legisladores y otras autoridades electas de distintas naciones.

Los ataques a los medios de comunicación, al derecho a la libertad de expresión y a la información fueron patentes, mediante el continuo hostigamiento judicial, detenciones arbitrarias, amenazas, restricciones para acceder a la información, cierre de medios de comunicación y señalamientos estigmatizantes por parte de altos funcionarios del gobierno contra aquellos que investigan y participan de manera activa en asuntos de interés público y político. En efecto, entre enero y abril de 2024, se perpetraron, al menos, ciento veintiocho agresiones contra periodistas, activistas, defensores de derechos humanos, medios de comunicación y organizaciones de la sociedad civil, así como dieciocho detenciones de personas por el simple hecho de ejercer su derecho a la libertad de expresión.

Si bien pudiéramos seguir mencionando los interminables abusos, injusticias, agresiones y arbitrariedades que rodearon al proceso electoral presidencial del 28 de julio de 2024, como sería uno de ellos lo relativo a la diáspora venezolana estimada en alrededor de ocho millones de personas en el exterior<sup>16</sup>, a las que se les coartó su derecho al sufragio; por razones de espacio concluiremos sintetizando que tal proceso electoral, desde su convocatoria hasta su celebración y eventos sucesivos, solo puede catalogarse como un fraude ma-

---

<sup>16</sup> Véase [www.acnur.org/es-es/emergencias/situacion-de-venezuela](http://www.acnur.org/es-es/emergencias/situacion-de-venezuela) [fecha de consulta: 13 de octubre de 2024].



sivo; un proceso electoral que no cumplió con los más básicos estándares democráticos, donde los resultados anunciados por el CNE son falsos, han sido forjados, desconociendo con ello la soberanía popular expresada mediante el sufragio por los ciudadanos venezolanos, tal y como constataremos de seguidas.

### III. EL ÓRGANO ELECTORAL ANTE LOS RESULTADOS COMICIALES: EL DESCONOCIMIENTO Y SECUESTRO DE LA ELECCIÓN PRESIDENCIAL

Hemos visto que el sistema electoral venezolano se encuentra completamente automatizado para la realización de los procesos electorales, donde las actas de escrutinio que se emiten en cada mesa electoral son la base fundamental de la elección, la principal prueba del acto de votación, así como también lo es el comprobante que emite la máquina de votación una vez que es emitido el voto por el elector y que es depositado en la llamada caja de resguardo.

Dichas actas de escrutinio, como también hemos expuesto, son emitidas de forma automática por la máquina de votación en cada mesa electoral, y están provistas de firma electrónica, de un código de identificación QR, únicos de cada acta, las cuales, además, son firmadas digitalmente por todos los miembros de la mesa electoral y de los testigos que presencian la votación.

Estas actas de escrutinio, al momento del cierre de la mesa electoral en el caso de la elección presidencial, son transmitidas inmediatamente, por vía electrónica, al CNE, al ser el único autorizado para llevar a cabo los actos subsiguientes en ese tipo de elección, como son, los de totalización, adjudicación y proclamación.

Como ya dijimos, de tales actas de escrutinio se emiten copias para los miembros de la mesa electoral, los testigos, así como para los representantes de las organizaciones políticas. De tal manera que todos los interesados en la votación tienen copias legítimas de dichas actas y, por consiguiente, tienen la información contenida en ellas.

Así, pues, en un breve periodo y con un poco de organización, es fácilmente posible que los actores electorales puedan conocer el resultado de las elecciones, incluso con antelación a cualquier boletín que sobre ello pueda emitir el CNE.

Una vez que estas actas de escrutinio son enviadas de manera electrónica al CNE, este ha de proceder a la totalización de los votos, conforme a los resultados que están contenidos en dichas actas de escrutinio y, posteriormente, procede a la adjudicación del cargo al candidato presidencial que hubiere resultado electo, para efectuar, por último, la correspondiente proclamación.

Recordemos que, conforme a los artículos 150 de la LOPRE y 385 del RGLOPRE, el Sistema Automatizado de Totalización emite el *Boletín Final de Totalización* y el Acta de totalización, adjudicación y proclamación y las hojas complementarias de totalización, donde están reflejados los totales correspondientes a cada uno de los datos registrados en las actas de escrutinio, así como dichos datos, acta por acta, tal como fueron incluidos en la totalización, presentados en forma tabulada.

Hay que destacar que, en atención a lo pautado en el referido artículo 385 del RGLOPRE, el Acta de totalización, adjudicación y proclamación, así como el *Boletín Final de Totalización* y las hojas complementarias de totalización, deben ser firmados, en el caso de la elección presidencial, por los rectores del Consejo Nacional Electoral, estando obligados a entregar copias certificadas de ellas a los testigos interesados que así lo soliciten, tal y como establece el artículo 386 *eiusdem*.

Así las cosas, pasadas las 12:00 a.m. del 29 de julio de 2024, es decir, más de seis horas después del cierre del acto de votación, el presidente del CNE, Elvis Eduardo Hidrobo Amoroso, sin la presencia de los rectores del órgano electoral, efectuó una lectura de un supuesto *Boletín Parcial de Totalización* del resultado de las actas de escrutinio, según el cual expresó que, luego de recuperar la transmisión tras un supuesto hackeo de los sistemas informáticos, existía una “tendencia contundente e irreversible”, indicando que, con una participación del 59 %, es decir, 12 580 719 de electores, y con una transmisión de 80 % de las actas, Nicolás Maduro Moros había obtenido 5 150 092 votos, para un 51,20 %, mientras que Edmundo González Urrutia había obtenido 4 445 978 votos, para un 44,20 %. Es decir, según estos cómputos, la diferencia entre ellos sería de 704 114 votos, y aún quedaba por computarse un 20 % de las actas de escrutinio, esto es, alrededor de 2 521 945 votos.

Entonces, surge de allí una pregunta inicial, cuál es, ¿cómo podía hablarse de una “tendencia contundente e irreversible” cuando aún quedaba esa cantidad de votos por escutar? Es obvio que se trata de una afirmación falaz, ya que las tendencias irreversibles se verifican cuando el faltante por contar, en ningún caso, puede llegar a superar la diferencia existente.

Pero, lo más grave, es que ese supuesto *Boletín Parcial* no fue emitido por el Sistema Automatizado de Totalización, como tampoco en presencia de testigos de los candidatos de la oposición, a quienes les fue impedido el ingreso a la sala de totalización de datos del CNE<sup>17</sup>.

---

<sup>17</sup> Al respecto, véase [www.infobae.com/venezuela/2024/07/29/la-oposicion-de-venezuela-denuncio-que-el-regimen-paralizo-la-transmision-de-datos-desde-algunos-centros-de-votacion/](http://www.infobae.com/venezuela/2024/07/29/la-oposicion-de-venezuela-denuncio-que-el-regimen-paralizo-la-transmision-de-datos-desde-algunos-centros-de-votacion/) [fecha de consulta: 14 de octubre de 2024].

De igual manera, véanse las declaraciones del candidato presidencial Enrique Márquez, quien expresó que el boletín número uno no fue emitido en la sala de totalización ni en presencia de los

Hay que ser enfáticos en reiterar que, a tenor de la LOPRE y su reglamento general, tal *Boletín Parcial de Totalización* solo puede emitirse con base en el procedimiento de totalización, soportado, a su vez, en el procedimiento de escrutinio; debe ir acompañado de la emisión de los resultados parciales del procedimiento de totalización y, por ende, de las actas de escrutinio ya totalizadas por mesas.

Es decir, sin haberse producido la totalización de las actas de escrutinio por el respectivo sistema, sin testigos electorales, y sin la presencia de los miembros rectores del CNE, Elvis Eduardo Hidrobo Amoroso, a título personal, procedió a adjudicar y a proclamar como candidato presidencial electo a Nicolás Maduro Moros.

Aunado a ello, hay que reiterar que, tal y como establece el artículo 146 de la LOPRE, el lapso de totalización es de cuarenta y ocho horas una vez que ha terminado la votación, dentro del cual deben emitirse y difundirse los resultados sobre los que se soporta la totalización.

Así, la publicación de los resultados del procedimiento de totalización, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes al final de la votación, comprende uno de los primeros requisitos que tendría que cumplir el CNE.

En este sentido, ese lapso legal de cuarenta y ocho horas venció a las 6:00 p.m. del 30 de julio de 2024, sin que el CNE hubiese completado la fase de totalización que, como hemos repetido, requiere de la correspondiente acta o *Boletín Final de Totalización*, que, a su vez, deberá estar acompañada de la hoja complementaria de totalización con los datos registrados, en forma tabulada.

Peor aún, para la primera semana de octubre de 2024, en la cual terminamos de escribir el presente trabajo, el CNE no ha publicado ningún resultado electoral, ni los correspondientes al primer boletín ni los correspondientes al boletín final. No hay publicidad de ningún dato electoral, a pesar de lo cual, se proclamó a Nicolás Maduro como presidente electo, extendiéndole una pretendida credencial.

No puede haber proclamación del cargo de presidente si no hay totalización de las actas de escrutinio, por lo que el acto de proclamación está completamente viciado, ya que no está respaldado en el acta de totalización, no se basó en las actas de escrutinio divulgadas por mesa, y el lapso de totalización venció sin que el CNE hubiere cumplido esa fase. De ahí que esté en presencia de un vacío constitucional, al no haber presidente electo en los términos del artículo 228 de la Constitución, al haber vencido el lapso para publicar o difundir los resultados electorales basados en la totalización<sup>18</sup>.

---

testigos, en [www.elnacional.com/venezuela/enrique-marquez-denuncia-que-primer-boletin-no-se-imprimio-en-la-sala-de-totalizacion-del-cne/](http://www.elnacional.com/venezuela/enrique-marquez-denuncia-que-primer-boletin-no-se-imprimio-en-la-sala-de-totalizacion-del-cne/) [fecha de consulta: 15 de octubre de 2024].

<sup>18</sup> HERNÁNDEZ (2024a).

Es importante señalar que la inexistencia de las actas de escrutinio coloca a todos los interesados en una situación de absoluta indefensión, toda vez que se encuentran impedidos de saber la cantidad de votos obtenida por cada candidato, los de cada organización política, los resultados discriminados por mesa electoral que permita verificarlos contra las actas de escrutinio obtenidas por los testigos de los partidos, siendo, entonces, imposible llevar a cabo impugnación alguna de resultados sin esa información.

Para la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela la proclamación que llevó adelante el presidente del CNE, *motu proprio*, no se ajustó a la legislación electoral, al haber sido realizada por una autoridad que se extralimitó en sus competencias e invadió y usurpó las del órgano comicial, cuerpo colegiado y cuyos efectos devienen nulos<sup>19</sup>.

Es por ello que, para José Ignacio Hernández G., la adjudicación y posterior proclamación de Nicolás Maduro, al no haber atendido a las formalidades previstas en la Ley Orgánica de Procesos Electorales, su reglamento general, ni la Ley Orgánica del Poder Electoral, no se trató de una actuación electoral con relevancia jurídica, sino de una vía de hecho electoral, a puras actuaciones materiales de quien preside el CNE, que no pueden surtir efecto alguno. No hubo escrutinio, no hubo totalización, por lo que mal puede producirse alguna adjudicación ni proclamación<sup>20</sup>.

A tal punto llega la actuación unilateral del presidente del CNE, Elvis Eduardo Hidrobo Amoroso, que en declaraciones realizadas por uno de los rectores principales del órgano electoral, Juan Carlos Delpino Boscán, en un comunicado público emitido desde Estados Unidos de Norteamérica el 26 de agosto de 2024, afirmó que no había avalado la proclamación realizada por aquel, ya que se habían cometido irregularidades durante el proceso electoral del 28 de julio que afectaron su transparencia y resultados, y que derivaron en una pérdida de confianza en la integridad del proceso y en los resultados anunciados, de los cuales expresó que no había recibido evidencia alguna de que Nicolás Maduro hubiera obtenido la mayoría de los votos<sup>21</sup>.

A diferencia de lo anunciado por el presidente del CNE, la plataforma unitaria de la oposición, encabezada por Edmundo González Urrutia y María Corina Machado Parisca, apenas unas horas después del 28 de julio de 2024, anunciaron al país al día siguiente, que estaban en posesión de las actas de escrutinio, cuyo conteo otorgaba a Edmundo González Urrutia una aplastante vic-

<sup>19</sup> La referencia es tomada de BREWER-CARIAS (2024) pp. 38-39.

<sup>20</sup> Sobre el particular, confróntese a HERNÁNDEZ (2024a).

<sup>21</sup> Véase en [www.ntn24.com/noticias-politica/tengo-verguenza-aparece-el-rector-delpino-y-admite-que-la-noche-de-las-elecciones-se-fue-a-casa-ante-las-irregularidades-509751](http://www.ntn24.com/noticias-politica/tengo-verguenza-aparece-el-rector-delpino-y-admite-que-la-noche-de-las-elecciones-se-fue-a-casa-ante-las-irregularidades-509751) [fecha de consulta: 15 de octubre de 2024].

toria electoral sobre Nicolás Maduro; actas, las cuales, una por una, fueron puestas a disposición del público, y hoy pueden corroborarse en internet, sin traba alguna, como ha de ser en garantía de la transparencia e integridad electoral, solo ingresando el número correspondiente a su documento de identificación<sup>22</sup>.

Para finalizar lo que respecta a este punto, es necesario rescatar la noción de “elecciones auténticas”, como garantía de la democracia y de la legitimidad de los gobernantes, recogida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, es decir, votaciones universales, secretas y justas, que respeten fielmente la voluntad expresada de manera libre por los electores<sup>23</sup>.

Tal noción, a su vez, nos lleva a lo que se conoce como la integridad electoral, bajo la cual son abarcadas todas las dimensiones del ciclo electoral, esto es, no solo el acto de votación como tal, sino sus etapas previas y posteriores que van desde la legislación, organismos y autoridades electorales, hasta los actos de votación, conteo, resultados y fiscalización de los procesos, procurando con ello condiciones que garantizan procesos electorales democráticos y de alta calidad, que, además de garantizar elecciones libres y justas, permitan una mayor equidad y competitividad del sistema<sup>24</sup>.

Por ello, no es suficiente que los procedimientos electorales se desarrollen únicamente en el marco de lo establecido en las leyes aplicables, conforme a los principios de transparencia, participación e imparcialidad, entre otros; sino que se requiere, además, que el contexto institucional en el cual se desenvuelven las elecciones sea propicio al cumplimiento efectivo de esos principios, todo lo cual requiere que las elecciones sean comprendidas desde una visión general y transversal, que valore en qué medida el elector puede ejercer, efectivamente, su libertad de sufragio.

La integridad electoral, también, exige la existencia de mecanismos efectivos e imparciales de solución de conflictos electorales y de revisión de todos los actos y actuaciones relacionadas con el proceso electoral, lo cual es llevado a cabo por la justicia electoral, a la que compete el control judicial de los actos y actuaciones de contenido electoral y la protección de los derechos e intereses de los ciudadanos en el marco de procesos electorales y de relaciones jurídicas de naturaleza electoral<sup>25</sup>.

---

<sup>22</sup> Allí puede constatar que la cantidad de votantes fue de 10 888 475, de los cuales Edmundo González Urrutia obtuvo el 67 % del electorado, es decir, 7 303 480 votos, mientras que Nicolás Maduro el 30 %, lo que arroja 3 316 142 votos. Véase al efecto <https://resultadosconvzla.com/> [fecha de consulta: 15 de octubre de 2024].

<sup>23</sup> ARIAS, CANOVA y RODRÍGUEZ (2015) pp. 19 y 21.

<sup>24</sup> SIRA (2021) pp. 810-811.

<sup>25</sup> UROSA (2018) p. 319.

Esta justicia electoral, siguiendo a Daniela Urosa, corresponde a los órganos judiciales, encargados de resolver las disputas electorales y el control de la legalidad electoral, lo que incluye a todos los jueces y tribunales con competencia en materia electoral, los cuales, necesariamente, han de desplegar sus funciones de manera imparcial e independiente, pues, de lo contrario, caeríamos en un autoritarismo judicial electoral; es decir, cuando un gobierno autoritario es apoyado por la justicia electoral, que actúa como arma política del Poder Ejecutivo para mantenerlo de manera ilegítima en el poder. Dicho de otro modo, cuando los jueces electorales pierden su independencia y se convierten en actores políticos en favor de un régimen autoritario, violando las funciones constitucionales que justifican su existencia. Y no se trata simplemente de decisiones judiciales aisladas en las que se denota parcialidad por uno u otro partido político o candidato, es una conducta judicial reiterada y sistemática de control de elecciones con propósito antidemocrático de favorecer a un gobierno autoritario<sup>26</sup>.

Sobre esto último, precisamente, nos referiremos en el siguiente apartado.

#### IV. EL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA Y SU SALA ELECTORAL. LA CONSOLIDACIÓN DEL FRAUDE

Según acuerdo de la Asamblea Nacional publicado en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n.º 6.696 extraordinario, de 27 de abril de 2022, fueron designados los actuales magistrados que integran el Tribunal Supremo de Justicia (TSJ), cuya Sala Electoral quedó conformada por los personajes siguientes: Caryslia Beatriz Rodríguez Rodríguez (presidente), Fanny Márquez e Inocencio Figueroa.

En sesión extraordinaria de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ), de 17 de enero de 2024, publicada en la *Gaceta Oficial* n.º 42.803, de 22 de enero de 2024, fueron designados los miembros de la junta directiva de ese órgano judicial para el periodo 2024-2026, siendo nombrada presidenta Caryslia Beatriz Rodríguez Rodríguez.

La flamante magistrada presidenta del Tribunal Supremo de Justicia y de la Sala Electoral, Caryslia Beatriz Rodríguez Rodríguez, es militante del partido oficialista PSUV, por el cual fue electa, en las elecciones municipales de 2018, concejal por el circuito 3 del Municipio Libertador del Distrito Capital. Entre el 1 de febrero y el 26 de agosto de 2021, presidió el Concejo Muni-

---

<sup>26</sup> UROSA (2018) pp. 321-322.

cipal de Libertador, y entre el 26 de agosto y 21 noviembre se desempeñó como alcaldesa encargada del Municipio Libertador<sup>27</sup>.

El 16 de septiembre de 2024, Caryslija Beatriz Rodríguez Rodríguez fue sancionada por la Oficina de Control de Activos Extranjeros (OFAC) del Departamento del Tesoro de Estados Unidos de Norteamérica<sup>28</sup>.

Luego de la proclamación que hiciera el presidente del CNE, y en ante las manifestaciones de la oposición denunciando el grotesco fraude electoral, el 30 de julio de 2024, en la cuenta oficial del Tribunal Supremo de Justicia de la red social X (antiguo Twitter), fue emitido el mensaje institucional siguiente:

“Desde el TSJ felicitamos al Jefe de Estado Nicolás Maduro por su reelección para el periodo presidencial 2025- 2031. El Poder Judicial felicita al pueblo venezolano por desarrollar un proceso electoral en paz, transparente, eficiente, auditable y ejemplo en el mundo. Caryslija Beatriz Rodríguez”<sup>29</sup>.

Es decir, antes de que se intentara cualquier acción ante la jurisdicción electoral, cuya competencia correspondía a la Sala Electoral del TSJ, al versar sobre la elección para el cargo de presidente de la república, la presidenta del máximo tribunal ya había tomado posición, adelantando opinión con un mensaje de felicitación. Este personaje, por ese solo hecho, tenía el imperativo deber de inhibirse de conocer cualquier asunto que, sobre la materia en cuestión, fuera sometido a su conocimiento.

El 31 de julio de 2024, Nicolás Maduro Moros, representando por el Procurador General de la República, acudió ante la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia e interpuso un “recurso contencioso electoral”, por el cual solicitó a dicha Sala que se abocara e iniciara un proceso de investigación y verificación para certificar, “de manera irrestricta”, los resultados del proceso electoral realizado el 28 de julio de 2024.

Sobre ello hay que dejar muy claro que no existe en la legislación venezolana, y particularmente en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia<sup>30</sup>, al-

---

<sup>27</sup> Solo para tener una idea de la “idoneidad e imparcialidad” de este personaje para ser designada como magistrada, véase [www.instagram.com/noticiasorienteve/reel/C2N-SzFO4ZG/](https://www.instagram.com/noticiasorienteve/reel/C2N-SzFO4ZG/) [fecha de consulta: 15 de octubre de 2024].

<sup>28</sup> Véase [www.state.gov/translations/spanish/el-departamento-del-tesoro-sanciona-a-funcionarios-venezolanos-alineados-con-nicolas-maduro-en-respuesta-al-fraude-electoral/](https://www.state.gov/translations/spanish/el-departamento-del-tesoro-sanciona-a-funcionarios-venezolanos-alineados-con-nicolas-maduro-en-respuesta-al-fraude-electoral/) [fecha de consulta: 15 de octubre de 2024].

<sup>29</sup> Disponible en [https://x.com/TSJ\\_Venezuela/status/1818072469309124713](https://x.com/TSJ_Venezuela/status/1818072469309124713) [fecha de consulta: 13 de octubre de 2024].

<sup>30</sup> Véase *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n.º 6.684 extraordinario, de 19 de enero de 2022.



guna atribución que faculte a la Sala Electoral para conocer semejante solicitud. En efecto, el artículo 27 de ese texto legislativo, relativo a las competencias de la Sala Electoral, prevé lo siguiente:

“Artículo 27. Son competencias de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia:

1. Conocer las demandas contencioso-electorales que se interpongan contra los actos, actuaciones y omisiones de los órganos del Poder Electoral, tanto los que estén directamente vinculados con los procesos comiciales, como aquellos que estén relacionados con su organización, administración y funcionamiento.

2. Conocer las demandas contencioso-electorales que se interpongan contra los actos de naturaleza electoral que emanen de sindicatos, organizaciones gremiales, colegios profesionales, organizaciones con fines políticos, universidades nacionales y otras organizaciones de la sociedad civil.

3. Conocer las demandas de amparo constitucional de contenido electoral, distintas a las atribuidas a la Sala Constitucional”.

Sin embargo, mediante sentencia n.º 25, de 1 de agosto de 2024, la Sala Electoral declaró su competencia para conocer del recurso y procedió a abocarse al mismo, admitiéndolo e iniciando la investigación y verificación “para certificar de manera irrestricta los resultados del proceso electoral realizado el 28 de julio de 2024”, convocando a los candidatos presidenciales para que comparecieran ante dicha Sala el 2 de agosto de 2024, a las dos de la tarde.

Al respecto, debemos precisar que, conforme a lo dispuesto en el artículo 213 de la LOPRE, el recurso contencioso electoral es un medio judicial diseñado para la impugnación de los actos, omisiones o actuaciones del CNE; es decir, que lo pretendido por Nicolás Maduro (verificación y certificación de los resultados electorales por el que fue proclamado vencedor), es ajeno a la finalidad de la ley, por ende, contrario al principio de legalidad que rige la actuación de los órganos que conforman el Poder Público, previsto en el artículo 137 constitucional.

En efecto, el recurso contencioso electoral tiene por objetivo el ejercicio del control judicial de los procesos electorales, en aras del restablecimiento de situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por el CNE. Ello significa que Nicolás Maduro, al haber sido proclamado victorioso de la contienda electoral por el presidente del CNE, mal podría argüir una situación jurídica lesionada susceptible de restitución por el CNE; en pocas palabras, Nicolás Maduro no detenta interés procesal alguno.

La Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia regula en los artículos 179 al 192, lo relativo al proceso contencioso electoral. Así, dentro de los requisitos de la demanda, se exige que el demandante tenga interés legítimo, que



el escrito indique con precisión la identificación de las partes, y que contenga una narración circunstanciada de los hechos que dieron lugar a la infracción que se alegue y de los vicios en los que haya incurrido el supuesto agravante. Lo contrario, conlleva a la inadmisión de la demanda que, en atención al principio de legalidad, era lo que debía haber declarado la Sala Electoral, al no reunir los extremos legislativos exigidos.

Adicionalmente, debemos notar que la interposición de ese “recurso contencioso electoral” fue llevada a cabo por Nicolás Maduro bajo la representación del Procurador General de la República, esto es, del órgano que ejerce la defensa de los intereses de la república, tal y como dispone el artículo 247 de la CRBV, bajo el tenor que sigue:

“Artículo 247. La Procuraduría General de la República asesora, defiende y representa judicial y extrajudicialmente los intereses patrimoniales de la República, y será consultada para la aprobación de los contratos de interés público nacional.

La ley orgánica determinará su organización, competencia y funcionamiento”.

De esta manera, el Procurador General de la República, lejos de ceñirse a sus funciones constitucionales y legales, se erigió en defensor personal de Nicolás Maduro, lo cual denota, una vez más, la forma servil que se comportan las instituciones en Venezuela para satisfacer los designios de la tiranía.

No queda duda que la vía procesal empleada, por demás inexistente en el ordenamiento jurídico venezolano, perseguía un propósito distinto a la esencia verdadera del recurso contencioso electoral, cuál era, judicializar los comicios para que la Sala Electoral, cual mago, ratificara el gigantesco y grosero fraude, sin actas de escrutinio, sin totalización de los resultados, lo que, además y por sobre todo, constituye un claro ejercicio de usurpación de funciones, toda vez que, como hemos constatado, tales fases del procedimiento electoral corresponden, de manera exclusiva y excluyente, al Poder Electoral encabezado por el Consejo Nacional Electoral. Pero, también, al haber admitido y tramitado la Sala Electoral una pretensión procesal inexistente en la legislación de Venezuela, creando un procedimiento *ad hoc*, violó las potestades exclusivas de la Asamblea Nacional como órgano legislativo nacional.

Mediante sentencia n.º 26, de 2 de agosto de 2024, la Sala Electoral instó al Consejo Nacional Electoral para que consignara en un lapso de tres días de despacho los instrumentos relacionados con las elecciones presidenciales del 28 de julio de 2024, a saber: actas de escrutinio, actas de totalización definitiva; acta de adjudicación y acta de proclamación.

En la decisión n.º 27, de 5 de agosto de 2024, la Sala Electoral dejó constancia de haber recibido de parte del CNE todos los recaudos solicitados, en

cumplimiento de la orden judicial por ella emitida, dando, entonces, inicio a un “proceso de peritaje” del material consignado por el CNE.

Por último, mediante sentencia n.º 31, de 22 de agosto de 2024, la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, concretamente en el punto quinto, expresó:

“Esta Sala Electoral declara CON LUGAR el presente recurso contencioso electoral, en base al peritaje realizado y verificado de MANERA IRRESTRICTA E INEQUÍVOCA, y con fundamento en el informe elaborado por los expertos electorales nacionales e internacionales, altamente calificados e idóneos, quienes garantizaron el máximo nivel de excelencia técnico jurídico; CERTIFICA DE FORMA INOBJETABLE el material electoral peritado y CONVALIDA CATEGÓRICAMENTE los resultados de la elección presidencial del 28 de julio de 2024, emitidos por el Consejo Nacional Electoral, donde resultó electo el ciudadano NICOLÁS MADURO MOROS, como Presidente de la República Bolivariana de Venezuela para el período Constitucional 2025-2031. ASI SE DECIDE”. (El resaltado es de la sentencia).

Es importante referir que, conforme al artículo 257 de la Constitución, los procedimientos en los procesos judiciales deben ser “públicos”, lo cual reitera el artículo 24 del *Código de Procedimiento Civil*, al agregar: “los actos del proceso serán públicos”, a excepción de aquellos que determine el tribunal por motivos de “decencia pública”, lo cual no ha ocurrido en este caso.

Tanto el escrito de la demanda, sus soportes, los documentos supuestamente aportados por el CNE, el “peritaje realizado” como las sentencias proferidas por la Sala Electoral en el íter del proceso judicial, son desconocidas y secretas; nadie ha tenido acceso a las actas del expediente, al extremo que las decisiones que han sido proferidas no se han publicado, y de las cuales se tiene conocimiento por los avisos o resúmenes de la parte dispositiva las mismas, pero no de su motivación, pues la página de internet del TSJ, donde son puestas a disposición del público, ha permanecido inoperativa desde el mismo momento en que el citado proceso se inició.

Más allá de las consideraciones jurídicas que hemos expuesto y que pudiéramos realizar extensivamente sobre las aberraciones del CNE y de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, para burlar la soberanía popular expresada por el pueblo venezolano en los comicios presidenciales del 28 de julio de 2024, y mantener en el poder a Nicolás Maduro Moros, consideramos de importancia recordar que en el constitucionalismo contemporáneo (Estado constitucional) no hay poderes soberanos, sino poderes que realizan expresas funciones constitucionales; la Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico; esta está por encima de la voluntad de todos

los órganos constituidos del Estado, incluyendo al legislador y al juez; todos los órganos constituidos tienen la obligación de respetar la Constitución; los ciudadanos, por su parte, tienen el derecho a que se respete la voluntad popular que han expresado en la Constitución, esto es, el derecho fundamental a la supremacía constitucional.

El Estado constitucional es un Estado de democracia constitucional, esto es, un Estado fundado sobre principios democráticos, que no se realizan a través de un poder que personifica el principio de soberanía, sino a través de una Constitución que establece un conjunto de poderes en sí limitados, no supremos, cuya actuación moderan unos con otros (principio de separación de poderes, sistema de pesos y contra pesos)<sup>31</sup>.

Al aprobarse la Constitución por el pueblo en ejercicio de su soberanía, el principio de la propia soberanía popular queda sujeto al principio de la supremacía constitucional conforme a lo que el pueblo reguló. Como señala Manuel Aragón: “la democracia queda juridificada por la Constitución, que se presenta como la garantía jurídica de la democracia”<sup>32</sup>. La democracia solo está garantizada cuando se formaliza a través de la Constitución, única norma que asegura la soberanía del pueblo e imposibilita que el poder del Estado vulnere los derechos de libertad e igualdad de los ciudadanos cotitulares de esa soberanía. De ahí que, para el citado autor, “no hay más Constitución auténtica que la Constitución democrática, ni más democracia auténtica que la democracia garantizada por la Constitución”<sup>33</sup>.

Por su parte, Allan Brewer considera que la Constitución, para que pueda tener supremacía y permanencia, requiere que se cumplan, al menos, las condiciones siguientes:

- i) como ley suprema, ha de ser producto de un pacto político de la sociedad en un determinado momento y
- ii) que exista un sistema de justicia, cuya independencia y autonomía esté garantizada; esto es, un sistema en el cual las actuaciones de los órganos del Estado puedan ser objeto de control<sup>34</sup>.

Como observamos, el papel de la justicia es capital; es la encargada de preservar la vigencia del Estado constitucional, por ende, de la democracia, debiendo sancionar la invalidez jurídica de aquellos actos que sean contrarios a los respectivos condicionamientos jurídicos<sup>35</sup>.

<sup>31</sup> Al respecto, véase a FIORAVANTI (2016) p. 144.

<sup>32</sup> Véase ARAGÓN (2016) pp. 62-63.

<sup>33</sup> Cfr. ARAGÓN (2019) pp. 19-20.

<sup>34</sup> Sobre el particular remitimos a BREWER-CARIAS (2021) pp. 32-33.

<sup>35</sup> Sobre esto, téngase en cuenta lo expresado por Hans Kelsen, en el sentido que la norma inconstitucional vale como tal hasta que sea declarada inconstitucional; y lo resuelto por el órgano

Es preciso decir, sin embargo, que la unión entre la democracia y los mecanismos del constitucionalismo no ha sido, ni es, del todo pacífica, pues cuando estos se robustecen traen consigo un debilitamiento del autogobierno y, viceversa, cuando se fortalece el ideal popular conduce a un ablandamiento del sistema de pesos y contrapesos, propio del constitucionalismo moderno<sup>36</sup>.

Esta tensión, sumada a las crisis actuales de las democracias constitucionales, que se enfrentan a variados y múltiples peligros (partidocracia, populismo, militarismo, entre otros), produce el fenómeno que ha dado en llamarse como la “erosión de la democracia”, consistente en un proceso de deterioro progresivo y sustancial de tres principios básicos: el pluralismo, los derechos fundamentales (principalmente los de libertad) y toda la estructura del Estado de derecho (legalidad, institucionalidad, división de poder y la noción de control).

Tom Ginsburg y Aziz Huq, señalan que este proceso de erosión democrática suele culminar en regímenes autoritarios, donde producen una forma de autoritarismo competitivo, en el que se siguen celebrando elecciones de algún tipo, no se suprimen por completo los derechos de expresión y asociación y se preserva una cierta apariencia de Estado de derecho. Estos autores demuestran que este proceso se da, entre otros, en países como Venezuela<sup>37</sup>.

En este contexto, ha venido presentándose en los últimos tiempos una nueva forma de ejercicio del poder de manera autoritaria, pero no como si se tratara de un régimen distinto, de un sistema de gobierno en particular, sino como

---

máximo de la jurisdicción constitucional es constitucional, por más que sea inconstitucional. Véase Kelsen (1969) p. 187 y ss. Por su parte, Manuel Aragón señala que la democracia constitucional no significa otra cosa que el establecimiento de reglas de derecho que limitan el poder constituido, el poder de la propia mayoría, cuya garantía reside en la facultad que se le reconoce a un órgano (necesariamente el judicial encargado de resolver definitivamente los conflictos en derecho) para que pueda anular las decisiones adoptadas en contravención de tales reglas de derecho. La democracia no se sostiene en la regla de la simple mayoría, sino en la regla del consenso (mayorías muy cualificadas), donde son garantizadas en la Constitución unos derechos y estructuras que no están a la disposición del poder constituido (mayorías temporales y cambiantes que en cada momento se suceden como consecuencia de los procesos electorales); de lo contrario, la Constitución desaparecería, dejaría de ser una norma suprallegal, sería una hoja en blanco y el legislador podría escribir normas a su capricho. El poder constituido adopta decisiones autorizadas por la propia Constitución para el funcionamiento ordinario del Estado (decisiones que son tomadas por esas mayorías temporales o circunstanciales), pero sin sobreponerse o vulnerar lo decidido por el poder constituyente. Por consiguiente, no hay oposición entre democracia y justicia constitucional, sino que debe afirmarse que es la justicia constitucional la que hace posible la propia democracia, esto es, la que garantiza que la democracia de consenso, que produjo la Constitución y ha de regir sus reformas, no sea suplantada por la democracia de la mayoría, propia de las actuaciones del poder constituido. En suma, la justicia constitucional no es otra cosa que la aplicación jurisdiccional de la Constitución. Cfr. ARAGÓN (2019) pp. 22-23.

<sup>36</sup> GAMA (2019) p. 22.

<sup>37</sup> GINSBURG & HUQ (2018) p. 45.

una forma muy sofisticada de ejercer el poder por parte de quienes tienen una mentalidad autoritaria; un “canibalismo constitucional”<sup>38</sup>, lo cual sucede, por lo general, en Estados de deficiente desarrollo democrático.

Nos referimos a la noción de constitucionalismo autoritario, como fenómeno patológico donde el poder es ejercido bajo el ropaje de una Constitución liberal democrática, en el cual, utilizando los propios instrumentos del constitucionalismo, es desarrollado un proyecto antidemocrático y autoritario<sup>39</sup>.

Para el académico de la Universidad de Harvard, Mark Tushnet, cuando se produce ese fenómeno del constitucionalismo autoritario existen las siguientes características: concentración del poder; los partidos o personas procuran asegurar su permanencia ilimitada en el poder; reducción del control político y el control judicial; se resta eficacia a los procedimientos democráticos, al pluralismo político y a los derechos fundamentales; se persigue a sectores de la oposición política; se concentran en un monopolio estatal los medios de comunicación e información; existen dudas en cuanto a la transparencia de los procesos electorales, procurándose el fraude; hay una cooptación de los parlamentos y limitación de sus competencias y funciones; los tribunales constitucionales existen como instrumentos para los objetivos del régimen; finalmente, la justicia penal es utilizada para controlar, amedrentar y perseguir a las fuerzas de oposición<sup>40</sup>.

En general, se trata de regímenes donde el Poder Ejecutivo desarrolla un proyecto antidemocrático, utilizando las propias instituciones del Estado de derecho, al mismo tiempo, socava las mismas en provecho propio. En este sentido, el constitucionalismo autoritario, a diferencia de otras categorías, se distingue por el ejercicio del poder por parte de gobernantes con mentalidad autoritaria bajo el ropaje de una Constitución liberal democrática, lo cual les permite llevar a cabo prácticas autoritarias encubiertas por un discurso constitucionalista.

Günter Frankenberg describe el constitucionalismo autoritario como un fenómeno patológico en el que concurren diversos síntomas distintivos, a los que denomina “patrones de pesadilla”, a través de los cuales se busca frenar cualquier clase de disidencia, siendo imprescindible para ello resquebrajar todo

---

<sup>38</sup> DUQUE (2021) p. 115.

<sup>39</sup> DUQUE (2020) p. 130.

<sup>40</sup> Sobre las características expuestas, véase a TUSHNET (2014) pp. 36-49; asimismo, TUSHNET (2016) pp. 2-5. LANDAU (2013) p. 191. En igual sentido, confróntese a ROA (2019) pp. 296-297. De la misma forma, a DUQUE (2017) pp. 4-23. Por su parte, Gustavo Manzo-Ugas, al estudiar el constitucionalismo autoritario, hace referencia al régimen venezolano que rige desde 1999, como aquel que ha incumplido manifiestamente las cláusulas del pacto social, violando gravemente los derechos humanos y exponiendo a la población a penurias sin precedentes en América Latina, a través de innumerables actuaciones que se subsumen dentro de la categoría bajo estudio. Véase MANZO-UGAS (2019) pp. 444-461.

vestigio de independencia del Poder Judicial, anulando cualquier posibilidad de que se emitan fallos judiciales adversos. Manipular, desalentar o excluir la revisión judicial de las decisiones gubernamentales, constituye una de las peculiaridades más resaltantes en este tipo de regímenes<sup>41</sup>.

Bajo este fenómeno se produce una manipulación del Estado constitucional de derecho, alterando el orden constitucional, no precisamente como consecuencia de un golpe de Estado, sino por los propios poderes públicos; el propio Estado mediante el ejercicio de sus funciones, principalmente las legislativas y jurisdiccionales, da una formalidad aparente, pero destruye la noción de Estado constitucional. De esta forma, los diversos órganos del poder público (el Legislativo y, de forma significativa, el Judicial) contribuyen al irrespeto de la Constitución, de la democracia y, por ende, del Estado de derecho, al consentir el quiebre del principio de separación de poderes, subordinándose a los designios del Ejecutivo, del gobierno.

Sobre esto, es importante acotar, que el Estado de derecho, como Estado controlado y de justicia, no existe ni funciona si sus poderes públicos son quienes fomentan la arbitrariedad, ejerciendo sus funciones para destruir el derecho y evitar la justicia<sup>42</sup>.

Es indudable que la democracia moderna descansa sobre los partidos políticos, cuya significación ha aumentado incesantemente en la medida en que ha sido fortalecido el principio democrático; tanto así, que han devenido en consustanciales con las sociedades políticas modernas de nuestros días, independientemente de las características propias de cada una de ellas<sup>43</sup>.

---

<sup>41</sup> Dentro de estos “patrones de pesadilla”, el autor señala como ejemplos los siguientes: gobernar mediante decretos; la escasa o falsa protección de los derechos fundamentales; intolerancia a la oposición; manipulación de las reglas relativas a la rendición de cuentas para excluir a las autoridades políticas de todo tipo de control; constante promulgación de leyes de emergencia que otorgan al ejecutivo amplios poderes de vigilancia y represión; uso exorbitante de los servicios de seguridad del Estado (policías, militares, etc.) con fines represivos, así como la protección de estos funcionarios para evitar su enjuiciamiento por actuaciones violatorias de los derechos humanos; se producen elecciones amañadas o votaciones con resultados inverosímiles; se incentivan y realizan consultas nacionales, referéndums o peticiones, con el único propósito de desactivar conflictos y pacificar a la sociedad, toda vez que los resultados siempre son controlados, evitando el riesgo de una disidencia abierta. Véase FRANKENBERG (2020) *in totum*.

<sup>42</sup> DUQUE (2008) p. 404.

<sup>43</sup> Para Hans Kelsen, no es posible la democracia sin partidos políticos; “la democracia, necesaria e inevitablemente requiere un Estado de partidos”. Cfr. KELSEN (1969) pp. 36-37. Por su parte, Giovanni Sartori expresa que en los sistemas políticos modernos los partidos políticos son órganos funcionales, instrumentos para alcanzar beneficios colectivos, para lograr un fin común. Cfr. SARTORI (2012) p. 61. Sin embargo, desde muy temprano, ya se refería a la financiación ilegal de los partidos políticos y a la corrupción política y administrativa como fenómenos muy cercanos a la crisis de la representación; “la avaricia y la corrupción han llegado a niveles

En efecto, no cabe duda en la actualidad que la política es llevada a cabo desde los partidos y por los partidos; su sola existencia es sinónimo de la vida política modernamente organizada, como de la posibilidad de ejercicio del poder. En este sentido, el Tribunal Constitucional de España ha referido que los partidos tienen tal relevancia en las modernas democracias pluralistas, que hoy “todo Estado democrático es un Estado de partidos”<sup>44</sup>.

Los partidos políticos, entonces, son un elemento esencial de la democracia. No hay en la actualidad democracia sin partidos políticos; estos hacen posible la democracia representativa en una sociedad de masa como la actual, en virtud que, aunque deseable, la democracia directa es impracticable<sup>45</sup>.

En tal sentido, se constituyen en los principales cauces de expresión ideológica y política en las democracias contemporáneas; a través de ellos se simplifica a un razonable abanico de opciones políticas, la articulación de toda la pluralidad de opiniones y puntos de vistas individuales que existen en la sociedad<sup>46</sup>.

Sin embargo, cuando ese papel instrumental se modifica sustancialmente y los partidos asumen el monopolio de esa instrumentalidad, convirtiéndose, en la práctica, en el único vehículo para acceder a la representación del pueblo en los órganos del Estado, asumiendo un creciente control sobre el ejercicio de la representación popular y sometiendo a los representantes del pueblo a la disciplina partidista, lejos de ser una herramienta de la democracia, los partidos políticos se convierten en sus principales deformadores. Surge aquí el fenómeno polí-

---

sin precedentes. En realidad, la corrupción política ha llegado a un punto en que corrompe la política [...] cuando digo que la corrupción corrompe la política, quiero decir que corrompe la política democrática”. Véase SARTORI (1996) pp. 160-164.

<sup>44</sup> STC 3/1981, de 2 de febrero, Fj. 1. No obstante, es preciso destacar que para Juan José Solozabal, los partidos, si bien son un instrumento indispensable del sistema político y forman parte de la constitución material, entendida como la base política, ideológica y social del orden constitucional efectivo; no obstante, desde un punto de vista estrictamente normativo, ni determinan la forma institucional ni monopolizan la vida política, agotando o condicionando el ejercicio de las libertades individuales. Por tal motivo, considera que no puede aceptarse la calificación del sistema español como un Estado de partidos, ya que estos no definen indefectiblemente el diseño constitucional. Ciertamente, los partidos son reconocidos en una sede privilegiada constitucional (Título preliminar), pero no agotan el pluralismo ni son el único cauce de participación; además, están orientados a la formación y manifestación de la voluntad popular, que se verifica en las instituciones públicas del Estado. Véase SOLOZABAL (2004) pp. 185-186.

<sup>45</sup> Al respecto, Juan J. Solozabal expresa: “las democracias, con independencia de que puedan acoger algunos instrumentos de participación directa, son esencialmente sistemas representativos, en los que la intervención política de los ciudadanos se produce de modo indirecto a través de las elecciones, las cuales no son posibles sin los partidos”. Véase SOLOZABAL (2004) p. 181; asimismo, con amplitud, BIGLINO (2017) pp. 481-511.

<sup>46</sup> HESSE y STOLLEIS (2022) pp. 90-114; también, a HOLGADO (2006) p. 2691.



tico denominado “partidocracia”, que conlleva a una de las más peligrosas disfunciones de las democracias contemporáneas, y que puede producirse, bien hacia el exterior de los partidos en relación con la sociedad civil y el Estado, bien hacia el interior de ellos a través del dominio de las oligarquías partidistas.

Como señala Manuel García Pelayo, bajo el fenómeno de la partidocracia la voluntad del Estado, realmente y en pocas palabras, es la voluntad de las cúpulas de los partidos políticos; se produce una casi plena sustitución de las decisiones de los órganos del Estado por las decisiones del máximo órgano ejecutivo del partido de gobierno<sup>47</sup>.

Bajo un ropaje democrático, en la partidocracia se desvirtúa la división de poderes; los partidos son quienes, en realidad, designan a los titulares de los órganos públicos de naturaleza independiente, desbordando así sus funciones constitucionales al actuar como un poder transversal que controla decisiones que no son de su competencia. De igual manera, anulan las funciones de control entre los distintos poderes, en virtud de los efectos que sobre este control produce su poder transversal, convirtiéndose en un poder sin frenos, sin contrapesos, sin límites<sup>48</sup>.

En el caso de Venezuela, la patología de la partidocracia ha llegado a tal extremo que, tanto los magistrados del máximo tribunal del país como los titulares de los restantes Poderes Públicos, han sido designados, no precisamente por reunir los requisitos exigidos para ello (en su generalidad carecen de los mismos), sino por su militancia político partidista, vinculada al partido de gobierno, que es, en la realidad práctica, el lugar donde son tomadas las respectivas decisiones y donde es determinada la forma de conducción de tales instituciones, todo lo cual ha generado el vacío de contenido de las competencias de esos órganos constitucionales, relativizando las divisiones de poderes orgánicas.

De ahí que, en Venezuela no exista una verdadera separación de poderes; todos, sin excepción, están en manos de partidarios políticos del gobierno, por ende, controlados por este.

En efecto, la separación e independencia de los poderes públicos y del control recíproco entre los mismos, elemental en un Estado constitucional, es uno de los principios fundamentales que han sido destruidos en el país, dando paso en su lugar a un Estado totalitario, de concentración y centralización total del poder. El Poder Ejecutivo, desde el año 1999, ha ejercido el control político sobre el Poder Judicial. El Tribunal Supremo de Justicia fue colmado con magistrados afines al gobierno, asegurando su completa sujeción al Poder Ejecutivo. Esto condujo al secuestro total de la judicatura, que, desde entonces y hasta la actualidad, se encuentra totalmente integrada por jueces provisorios

---

<sup>47</sup> GARCÍA (1986).

<sup>48</sup> NIETO (2012) p. 110 y ss.



o temporales, completamente sometidos a todo tipo de presiones y que sirven como instrumentos al servicio del gobierno y de su política autoritaria.

El Poder Judicial, en lugar servir de protector de la Constitución, ha sido convertido en una herramienta para socavar el Estado de derecho y, con esto, destruir las bases del sistema del Estado constitucional venezolano.

En Venezuela no hay sujeción a la ley y al derecho por parte de los órganos del Estado; el ciudadano, en definitiva, se encuentra totalmente desamparado. El Ministerio Público, ejercido por la fiscalía general de la República, en lugar garantizar la Constitución, ha sido la herramienta principal para asegurar la impunidad en el país y la persecución política a través de procesos penales. El Defensor del Pueblo, encargado de velar por la protección de los derechos humanos, se ha convertido en un órgano oficial que ha avalado la violación de estos por parte de las autoridades del Estado.

Evidencia de ello lo encontramos plasmado en el Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos de 2019, en el que se constata que en Venezuela:

- i) hay patrones de violaciones que afectan directa e indirectamente a todos los derechos humanos: civiles, políticos, económicos, sociales y culturales;
- ii) las víctimas de estas violaciones, en su mayoría, no tienen un efectivo acceso a la justicia y a una reparación adecuada, en virtud de que el Estado, en forma sistemática, deniega tales derechos;
- iii) se han cometido violaciones a los derechos económicos y sociales, como los derechos a la alimentación y a la salud;
- iv) se ha violado la libertad de información, al imponer el gobierno una hegemonía comunicacional con una particular versión de los hechos, restringiendo la actuación de los medios independientes;
- v) las libertades políticas han sido violentadas, ya que desde el Estado se ha ejercido una represión selectiva hacia personas o grupos, como los miembros de la oposición política y aquellos que representen amenazas al gobierno por sus posiciones críticas y su capacidad de articular movilizaciones en su contra, lo cual se comprueba del uso excesivo de la fuerza que, deliberadamente, emplearon los cuerpos de seguridad para reprimir el derecho a la manifestación, para infundir miedo y desalentar futuras protestas;
- vi) en cuanto al derecho a la libertad personal, se comprobó la existencia de centenares de detenciones arbitrarias, como principal instrumento de intimidación y represión política;
- vii) existen violaciones al derecho a la vida por parte de los cuerpos de seguridad del Estado, a los que califica como “escuadrones de la muerte” o “grupos de exterminio”, responsables de cometer muertes violentas.

tas y de manipular el escenario del crimen y las pruebas para evitar su imputación, llegando, incluso, a implantar armas, drogas y hasta simular un enfrentamiento (disparando armas contra las paredes o al aire) para sostener una “resistencia a la autoridad” por parte de las víctimas<sup>49</sup>.

En las conclusiones presentadas por la misión internacional independiente de determinación de los hechos sobre la República Bolivariana de Venezuela, en fecha 15 de septiembre de 2020 ante el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, se expresó que allí, desde 2014, se produjeron asesinatos arbitrarios, ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas, detenciones arbitrarias, actos de tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes, incluyendo violencia sexual y de género, que muestran un “cuadro de horror”, compuesto por “funcionarios del horror”, “policías del horror”, “fiscales del horror”, “jueces del horror” y “custodios del horror”; todo lo cual fue considerado por la Misión en su informe como constitutivos de “crímenes de lesa humanidad”, tal y como define el Estatuto de Roma<sup>50</sup>.

El Poder Electoral, encabezado por el Consejo Nacional Electoral, se ha convertido en una especie de “agencia electoral” del propio gobierno, integrado por militantes del partido oficial y por funcionarios que con antelación ocuparon cargos dentro del gobierno nacional.

Gracias a la demolición del principio de separación de poderes y la destrucción del Estado Constitucional, en Venezuela, desde 1999, no ha habido control fiscal por parte de la Contraloría General de la República, lo que ha traído como consecuencia que el país ocupe los primeros lugares del índice de corrupción en el mundo<sup>51</sup>; y, en todo caso, las actuaciones que ha desplegado se circunscriben a medidas de inhabilitaciones políticas impuestas a funcionarios y personajes de oposición, las cuales, como vimos, son completamente arbitrarias por no estarle atribuida tal potestad.

Los cargos de la administración pública venezolana son privilegiados para familiares y amigos, sin considerar sus méritos, preparación académica ni capacidades. Quienes ocupan cargos públicos son designados por su lealtad, amistad, familiaridad y ciega obediencia con el gobernante, con el líder.

De ahí que Venezuela sea considerada como un país en el que predomina el nepotismo, la cleptocracia y el clientelismo; un país en el cual se ha institucionalizado la corrupción. Y es que, realmente, en Venezuela lo que existe es un absoluto estado de injusticia, donde no se juzga ni castiga a quienes vio-

---

<sup>49</sup> Se trata del conocido “Informe Bachelet”, el cual puede consultarse en [www.refworld.org/es/docid/5d1e31224.html](http://www.refworld.org/es/docid/5d1e31224.html) [fecha de consulta: 14 de octubre de 2024].

<sup>50</sup> La referencia la tomamos de BREWER-CARIAS (2021) pp. 75-76.

<sup>51</sup> DUQUE (2015) pp. 229-248.

lan la ley. La impunidad es total respecto de los depredadores del patrimonio público, esto es, los funcionarios corruptos y sus cómplices particulares.

Esta concepción patrimonialista del gobierno tiene por finalidad sostener el poder político del oficialismo y lograr beneficios privados excluyentes; en otras palabras, un régimen cuyo resultado ha sido el montaje de una “cleptocracia cruel y organizada”<sup>52</sup>, que ha saqueado al país para beneficio exclusivo de quienes se encuentran en la cúspide del poder. En efecto, gracias a la complejidad de esa súper red criminal, durante las últimas dos décadas, es decir, durante las administraciones de Hugo Chávez y Nicolás Maduro, la corrupción registrada no tiene comparación histórica ni geográfica, al ser el periodo donde se han producido los mayores ingresos a consecuencia de la explotación de petróleo, hidrocarburos y minerales, cuya secuela ha sumido a millones de venezolanos a la privación de sus derechos más básicos de subsistencia, padeciendo de hambre y viéndose condenados a la desnutrición, la enfermedad y, en muchos casos, a la muerte, lo que ha obligado a millones de personas a migrar en condiciones absolutamente precarias, condenando a la sociedad venezolana a una emergencia humanitaria compleja, acompañada de crisis económica, política y social sin precedentes en América, ante el recrudescido panorama político de escasez de alimentos y medicinas, e incremento del índice delictivo y debilidad institucional.

Gracias a este “Estado cleptocrático”<sup>53</sup>, la tragedia humanitaria que padece Venezuela, lamentablemente, le hace compartir una condición solo comparable con aquella que atraviesan países sumidos en guerra o pobreza extrema, como Siria, Sudán del Sur o Somalia. La gran diferencia de ello es que Venezuela, además de poseer inmensas riquezas naturales, concentra en su territorio una de las mayores reservas petroleras del mundo.

Y todo lo anteriormente descrito ha ocurrido, a pesar de que la Constitución venezolana de 1999 contiene una de las más completas declaraciones sobre derechos humanos del constitucionalismo contemporáneo, cuya preeminencia constituye uno de los principios fundamentales del Estado, quien tiene el deber de garantizar, no solo aquellos que están expresamente consagrados, sino, también, los inherentes a la persona humana y los reconocidos en tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por

---

<sup>52</sup> Se trata de una red de macrocorrupción y cooptación masiva institucional que afecta al Estado venezolano; una súper red diferenciada del soborno tradicional, al ser una estructura articulada por numerosos individuos, personas jurídicas e instituciones públicas, que controlan las más importantes instancias de decisión política, manipulándolas y reconfigurándolas para acceder y apropiarse de los recursos públicos, amparados por una amplia discrecionalidad, opacidad y concentración de poder en la gestión de los mismos. Cfr. LÓPEZ (2018) pp. 67-83.

<sup>53</sup> Para una completa visión sobre todo lo expuesto, véase a SALCEDO-ALBARÁN y GARAY-SALAMANCA (2021).

Venezuela, en la medida en que contenga normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas en la Constitución y en las leyes, los cuales, además, son de aplicación directa e inmediata por los tribunales y demás órganos del Poder Público<sup>54</sup>.

En fin, la Constitución venezolana fue convertida en un conjunto normativo maleable por todos los poderes públicos, cuyas normas tienen en la práctica la vigencia y el alcance que dichos órganos necesiten disponer en determinado momento y conforme sus particulares intereses, lo cual ha sido posible, paradójicamente, por la propia actuación de los jueces, quienes, de manera activa y pasiva, han consentido la demolición del principio del constitucionalismo, de la soberanía popular, del principio democrático representativo, como el vaciamiento del primer y fundamental pilar de cualquier Estado de derecho, cuál es, el de la separación e independencia de los poderes públicos y del control recíproco entre los mismos<sup>55</sup>.

Tales principios en Venezuela, en los últimos veinticinco años, han sido utilizados como una máscara, un disfraz, por el cual se ha establecido un Estado totalitario, de concentración y centralización absoluta del poder, donde no se hallan asegurados ninguno de los elementos esenciales y de los componentes fundamentales de la democracia constitucional.

## CONCLUSIONES

Para que en cualquier país exista una democracia verdadera, es necesario la prevalencia de un sistema en el que reine el respeto a los demás, a las minorías y a las instituciones; donde se garantice el pluralismo político, la libertad de expresión y la tolerancia; donde prevalezca la dignidad de la persona y el respeto de los derechos fundamentales; todo lo cual es posible, principalmente, si existe una real separación de los poderes públicos y la independencia de quienes los ejercen.

Sin ello, es decir, sin una democracia verdadera, en realidad, no valen para nada las constituciones, que son, a fin de cuentas, formas de limitación del poder, y mucho menos los procesos judiciales especiales para su protección.

En este sentido, el papel del Poder Judicial es capital, es el verdadero custodio del respeto y garantía del ordenamiento jurídico y la piedra angular de todo el sistema democrático.

Desde el año 1999, en el país dejó de existir la estabilidad para el ejerci-

---

<sup>54</sup> Véanse al efecto los artículos 2, 19, 22 y 23 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

<sup>55</sup> BREWER-CARÍAS (2023) pp. 10-12.

cio de la judicatura, que, desde entonces, es llevada a cabo por jueces provisorios, suplentes o temporales, sin método alguno para su escogencia que no sea la discrecionalidad o voluntad de quien designa, y quienes, en la mayoría de los casos, no cumplen los requisitos necesarios para ello.

Para que un sistema de justicia pueda funcionar, es indispensable la independencia de los jueces, que parte del cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales que son exigidos para desempeñar la carrera judicial, el cumplimiento del procedimiento establecido en el ordenamiento jurídico para su legítima designación, y que los mismos gocen de estabilidad en el ejercicio de sus funciones

En Venezuela, el principal problema radica en la falta de autonomía e independencia del Poder Judicial, plagado por jueces inútiles, incompetentes, con escasa o ninguna formación académica, partidarios del régimen gubernamental y genuflexos a él, cuyas sentencias, recurrentemente, violan los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos, y transgreden los principios y valores fundamentales del Estado de derecho.

## BIBLIOGRAFÍA

- ARAGÓN REYES, Manuel (2016): “¿Cambiar la Constitución para adaptarla o para transformarla? Requisitos y límites de la reforma constitucional”, en Correa Henao, Magdalena y Robledo Silva, Paula (eds.), *XII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. El diseño institucional del Estado democrático* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia).
- ARAGÓN REYES, Manuel (2019): “El futuro de la justicia constitucional”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* n.º 23 (1).
- ARIAS CASTILLO, Tomás, CANOVA GONZÁLEZ, Antonio y RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, Rosa E. (2015): *¿Elecciones auténticas en Venezuela? Un análisis sobre la imparcialidad, el registro y el sistema automatizado* (Caracas, Editorial Galipán).
- BIGLINO CAMPOS, Paloma (2017): “Crisis de la representación, legitimidad de ejercicio y formas de responsabilidad”, *Revista de Derecho Político* n.º 100.
- BREWER-CARIAS, Allan R. (2012): “La incompetencia de la administración controladora para dictar actos administrativos de inhabilitación política restrictiva del derecho a ser electo y ocupar cargos públicos”, en Canónico Sarabia, Alejandro (coord.), *El control y la responsabilidad en el Administración Pública. IV Congreso Internacional de Derecho Administrativo Margarita* (Caracas, Editorial Jurídica Venezolana-Centro de Adiestramiento Jurídico).
- BREWER-CARIAS, Allan R. (2012a): “El ilegítimo ‘control de constitucionalidad’ de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por parte de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela: el caso Leopoldo López

- vs. Venezuela, septiembre 2011”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* n.º 16: pp. 355-387.
- BREWER-CARIAS, Allan R. (2017): “La inconstitucional inhabilitación política y revocación de su mandato popular, impuestos al gobernador del estado Miranda Henrique Capriles Radonski, por un funcionario incompetente e irresponsable, actuando además con toda arbitrariedad”, *Revista de Derecho Público* n.º 149-150: pp. 326-337.
- BREWER-CARIAS, Allan R. (2020): “El principio de la soberanía popular, el republicanismo y el gobierno democrático representativo”, en Brewer-Carías, Allan R y Araujo Juárez, José (coords.), *Principios fundamentales del derecho público. Desafíos actuales. Libro conmemorativo de los 20 años de la publicación de la Constitución de 1999* (Caracas, Editorial Jurídica Venezolana Internacional).
- BREWER-CARIAS, Allan R. (2021): “El falseamiento del Estado de derecho. El caso de Venezuela”, en Brewer-Carías, Allan R. y Romero-Muci, Humberto (coords.), *El falseamiento del Estado de derecho* (Caracas, Editorial Jurídica Venezolana).
- BREWER-CARIAS, Allan R. (2023): “Democracias actuales y falseamiento del Estado de Derecho. Especial referencia al caso de Venezuela”. Disponible en <https://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2023/10/1386.-A.R.-BREWER-CARIAS.DEMOCRACIAS-ACTUALES-Y-FALSEAMIENTO-DEL-ESTADO-DE-DERECHO.-Conf.-Seminario-Enterria-Madrid-oct-2023.pdf> [fecha de consulta: 15 de octubre de 2024].
- BREWER-CARIAS, Allan R. (2024): “Crónica constitucional sobre el secuestro de la elección presidencial del 28 de julio de 2024”, *Colección de Crónicas Constitucionales para la Memoria Histórica* n.º 10 (Caracas, Editorial Jurídica Venezolana Internacional).
- CARRILLO ARTILES, Carlos Luis (2009): “La paradójica declaratoria de constitucionalidad del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal. Críticas y reparos frente al procedimiento de determinación de responsabilidad y sus inexplicables consecuencias sancionatorias”, *Anuario de Derecho Público* n.º 2.
- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV), *Gaceta Oficial* n.º 5.908 extraordinario, de 19 de febrero de 2009.
- DUQUE CORREDOR, Román (2008): *Temario de derecho constitucional y de derecho público* (Caracas, Legis).
- DUQUE CORREDOR, Román José (2015): “Corrupción y democracia en América Latina. Casos emblemáticos de corrupción en Venezuela”, *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano* n.º 5.
- DUQUE CORREDOR, Román José (2017): *Constitucionalismo autoritario. La destrucción del Estado social y democrático de derecho con Constituciones democráticas. El canibalismo constitucional* (Caracas, Folletos de la Fundación Alberto Adriani, Bloque Constitucional).



- DUQUE CORREDOR, Román José (2020): *Curso de derecho procesal constitucional. Técnica de interpretación constitucional (sistemática para su estudio)* (Caracas, Fundación Alberto Adriani y Proyectos y Asesorías Comunicacionales (PACCA), Colección Jurídica José Román Duque Sánchez).
- DUQUE CORREDOR, Román José (2021): “El constitucionalismo autoritario (La destrucción del Estado social y democrático de derecho con constituciones democráticas. El canibalismo constitucional)”, en Brewer-Carías, Allan R. y Romero-Muci, Humberto (coord.), *El falseamiento del Estado de derecho* (Caracas, Editorial Jurídica Venezolana).
- FIORAVANTI, Maurizio (2016): *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones* (Madrid, Editorial Trotta, séptima edición).
- FRANKENBERG, Günter (2020): “Authoritarian constitutionalism: Coming to terms with modernity’s nightmares”, in Frankenberg, Günter and Alviar García, Helena (eds.), *Authoritarian Constitutionalism. Comparative analysis and critique* (Cheltenham, Edward Elgar Publishing).
- GAMA, Leopoldo (2019): *Derechos, democracia y jueces. Modelos de filosofía constitucional* (Madrid, Marcial Pons).
- GARCÍA PELAYO, Manuel (1986): *El estado de partidos* (Madrid, Alianza Editorial).
- GINSBURG, Tom & HUQ, Aziz (2018): *How to save a Constitutional Democracy* (Chicago, University of Chicago Press).
- HERNÁNDEZ G., José Ignacio (2008): “La inconstitucionalidad de la competencia del Contralor General de la República para acordar la inhabilitación en el ejercicio de funciones públicas”, *Revista de Derecho Público* n.º 114: pp. 55-57.
- HERNÁNDEZ G., José Ignacio (2015): “Integridad electoral y estado de excepción en Venezuela”, *Revista de Derecho Público* n.º 143-144: pp. 131-134.
- HERNÁNDEZ G., José Ignacio (2023): “La judicialización de las primarias en Venezuela y la violación de los Derechos políticos: el caso de las inhabilitaciones a cargos de elección popular”, *Revista de Derecho Público* n.º 175-176: pp. 366-373.
- HERNÁNDEZ G., José Ignacio (2024): “El vacío constitucional por el vencimiento del plazo de totalización en las elecciones presidenciales venezolanas”. Disponible en [www.joseignaciohernandezg.com/2024/el-vacio-constitucional-por-el-vencimiento-del-plazo-de-totalizacion-en-las-elecciones-presidencialesvenezolanas/](http://www.joseignaciohernandezg.com/2024/el-vacio-constitucional-por-el-vencimiento-del-plazo-de-totalizacion-en-las-elecciones-presidencialesvenezolanas/) [fecha de consulta: 12 de octubre de 2024].
- HERNÁNDEZ G., José Ignacio (2024a): *Las violaciones a la legislación electoral venezolana con la proclamación de facto de Nicolás Maduro*. Disponible en [www.joseignaciohernandezg.com/wp-content/uploads/2024/07/LAS-VIOLACIONES-A-LA-LEGISLACION-ELECTORAL-VENEZOLANA-CON-LA-PROCLAMACION-DE-FACTO-DE-NICOLAS-MADURO.pdf](http://www.joseignaciohernandezg.com/wp-content/uploads/2024/07/LAS-VIOLACIONES-A-LA-LEGISLACION-ELECTORAL-VENEZOLANA-CON-LA-PROCLAMACION-DE-FACTO-DE-NICOLAS-MADURO.pdf) [fecha de consulta: 14 de octubre de 2024].
- HESSE, Konrad y STOLLEIS, Michael (2022): *Los partidos políticos en la Constitución alemana: norma y realidad* (trad. Ignacio Gutiérrez Gutiérrez, Madrid, Centro de Estudios de Partidos UNED/Marcial Pons).

- HOLGADO GONZÁLEZ, María (2006): *Partidos y representación política, derecho constitucional para el siglo XXI. Actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Universidad de Sevilla*, tomo II (Sevilla, Editorial Aranzadi).
- KELSEN, Hans (1969): *Teoría general del derecho y del Estado* (trad. Eduardo García Máyenes, México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, tercera edición).
- LANDAU, David (2013): "Abusive constitutionalism", *University of California Davis Law Review* vol. 47.
- LÓPEZ MAYA, Margarita (2018): "Populism, 21st-century socialism and corruption in Venezuela", *Thesis Eleven* vol. 149 Issue 1.
- MANZO-UGAS, Gustavo Alberto (2019): "Constitucionalismo autoritario. El incumplimiento de las obligaciones estatales y ciudadanas como hipótesis de la fractura del contrato social", *Dikaion* vol. 28, num. 2.
- NIETO, Alejandro (2012): *El desgobierno de lo público* (Barcelona, Editorial Ariel).
- OFICINA ARA EL CONTROL DE BIENES EXTRANJEROS DEL DEPARTAMENTO DEL TESORO DE ESTADOS UNIDOS (OFAC). Disponible en <https://cl.usembassy.gov/es/departamento-del-tesoro-de-ee-uu-sanciona-a-diez-funcionarios-del-gobierno-venezolano/> [fecha de consulta: 6 de octubre de 2024].
- ROA ROA, Jorge Ernesto (2019): *Control de constitucionalidad deliberativo. El ciudadano ante la justicia constitucional, la acción pública de inconstitucionalidad y la legitimidad democrática del control judicial al legislador* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia).
- SALCEDO-ALBARÁN, Eduardo y GARAY-SALAMANCA, Luis Jorge (2021): *Súper red de corrupción en Venezuela. Cleptocracia, nepotismo y violación de derechos humanos* (Bogotá, Fundación Vortex).
- SARTORI, Giovanni (1996): *Ingeniería constitucional comparada. Una investigación de estructuras, incentivos y resultados* (México D.F., Fondo de Cultura Económica).
- SARTORI, Giovanni (2012): *Partidos y sistemas de partidos. Marco para un análisis* (trad. Fernando Santos Fontela, Madrid, Alianza Editorial, segunda edición, tercera reimpresión).
- SOLOZABAL ECHAVARRIA, Juan José (2004): "Representación y partidos", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* n.º 8: La representación en el Derecho.
- SIRA SANTANA, Gabriel (2021): "La integridad electoral en Venezuela", en Brewer-Carías, Allan R. - Ayala Corao, Carlos (coords.), *Libro homenaje al Dr. Pedro Nikken*, tomo II (Caracas, Editorial Jurídica Venezolana).
- TUSHNET, Mark V. (2014): "Authoritarian constitutionalism", in Ginsburg, Tom & Simpser, Alberto, *Constitutions in Authoritarian Regimes* (Cambridge, Cambridge University Press).
- TUSHNET, Mark V. (2016): "Varieties of constitutionalism", *International Journal of Constitutional Law* vol. 14 No. 1.



U ROSA MAGGI, Daniela (2018): “Justicia electoral y autoritarismo judicial en Venezuela”, *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano* n.º 14: pp. 317-336.



LA TAXATIVIDAD LEGAL  
DE LAS CAUSALES DE IMPLICANCIA  
Y RECUSACIÓN  
Y EL CONTROL DE LA IDONEIDAD MORAL  
DEL JUEZ

THE LEGAL TAXATIVENESS  
OF THE GROUNDS FOR IMPLICATION  
AND RECUSAL AND THE CONTROL  
OF THE JUDGE'S MORAL SUITABILITY

*Gaspar Jenkins Peña y Lillo\**  
*Diego Miranda Reyes\*\**

RESUMEN: El presente trabajo examina el derecho de las partes de un juicio a presentar una implicancia o recusación contra el juez, como un mecanismo para garantizar el derecho a un juez independiente, imparcial e idóneo, integrante del contenido sustantivo del debido proceso. Este análisis constata la problemática derivada de la taxatividad de las hipótesis legales que permiten invocar una implicancia y recusación, que limita la posibilidad de señalar situaciones distintas que también podrían evidenciar la parcialidad o falta de idoneidad del juez. Finalmente, se consideran distintas alternativas para lograr proponer posibles soluciones.

PALABRAS CLAVE: imparcialidad judicial, implicancias, recusaciones, taxatividad, debido proceso.

---

\*Profesor de Derecho Constitucional e investigador del Centro de Justicia Constitucional, Universidad del Desarrollo, Chile. Estudiante del programa de Doctorado en Derecho y Ciencias Políticas de la Universitat de Barcelona, España. Correo electrónico: gjenkins@udd.cl

El autor agradece especialmente las revisiones realizadas por su ayudante Magdalena Ugar-te Urzúa.

\*\*Asociado senior, Allende Bascañán & Compañía. Magíster en Derecho, LLM, Pontificia Uni-versidad Católica, Chile. Correo electrónico: dmirandareyes@gmail.com

**ABSTRACT:** This paper examines the right of the parties in a trial to present an implication or recusal against the judge as a mechanism to guarantee the right to an independent, impartial and suitable judge, which is an integral part of the substantive content of due process. This analysis reveals the problem derived from the taxativity of the legal hypotheses that allow invoking an implication and recusal is noted, which limits the possibility of pointing out different situations that could also evidence the judge's partiality or lack of suitability. Finally, different alternatives are considered to propose possible solutions.

**KEYWORDS:** judicial impartiality, implications, recusals, taxativity, due process.

## INTRODUCCIÓN

Un elemento trascendental para la consolidación de un sistema de justicia salvable es la confianza que este debe dar a los ciudadanos, de que sus conflictos serán resueltos por un tribunal imparcial, razonable y conocedor de las normas jurídicas. Por ello, una definición básica de *heterotutela* incluirá, entre sus elementos esenciales, la presencia de un tercero (generalmente un funcionario estatal<sup>1</sup>) imparcial, ajeno a las partes y a sus intereses, encargado de resolver el asunto<sup>2</sup>.

Dicha “imparcialidad” no solo se refiere a la diferenciación entre la persona del juez y las partes involucradas en un proceso<sup>3</sup>, sino que implica, además, una exigencia funcional que envuelve a la figura del juzgador, en especial respecto de la forma en que este ha de resolver, influido solamente por el deber de dar aplicación al derecho objetivo<sup>4</sup>. Esto tiene sentido si consideramos que los jueces, por el solo hecho de ser personas, poseen grados de “parcialidad” inherentes<sup>5</sup>, lo que obliga al Estado –en su faz normativa– a asumir esta realidad y regular los elementos o criterios que se deben utilizar para resolver un asunto, instaurando el deber de juzgar mediante los parámetros que solamente fije el derecho<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> FENECH y CARRERAS (1962) pp. 107-108.

<sup>2</sup> NIEVA (2022) pp. 113-123; VARGAS y FUENTES (2018) p. 22.

<sup>3</sup> Idea que ha permitido a algunos autores afirmar que la denominación correcta para esto sería “imparcialidad”. MONTERO, GÓMEZ y BARONA (2018) pp. 99-100.

<sup>4</sup> DE LA OLIVA, DIEZ-PICAZO y VEGAS (2004) p. 26.

<sup>5</sup> Algunos autores como NIEVA (2022) pp. 113-114, plantean que la esencia de la imparcialidad consiste en que el juzgador sea independiente de sus emociones, entendiendo que el “afecto” o el “odio” pueden provocar una distorsión del debido cumplimiento de su función.

<sup>6</sup> “De hecho, como ya señalaba antes, Locke, cuya importancia sobre la evolución del sistema constitucional británico y la emergencia del norteamericano no puede ser despreciada, partía del

De esta manera, el juez no solo no puede solucionar un conflicto influenciado por alguno de los intereses de las partes, sino que tampoco podrá hacerlo conforme a ningún otro interés, vínculo, emoción u opinión distinto de la aplicación de los axiomas y postulados dados por el ordenamiento jurídico válidamente establecido. Por ello, será necesario para la ciudadanía no solo que el juez sea o se sienta imparcial, sino que, también, lo debe parecer, evitando que su actuar dé lugar a sospechas objetivamente justificadas de lo contrario<sup>7</sup>, lo que podría generar una necesidad de apartar al juzgador de la contienda jurídica. En otras palabras, ante el temor serio y razonable de que el juez no utilizará como criterio de juicio al derecho, los ciudadanos podrán exigir que el resolutor sea sustituido<sup>8</sup>.

Para que los ciudadanos puedan alegar que un juez carece de la imparcialidad necesaria, deben existir sospechas “serias y razonables” (conductas exteriorizadas apoyadas en datos objetivos<sup>9</sup>), evitando meras imputaciones temerarias. Sin embargo, es aquí donde se encuentra un punto de gran indeterminación, dado que existen diversas circunstancias que podrían afectar el deber del juez a resolver según el derecho vigente, variando, además, en el grado de intensidad de la afectación, puesto que, como se mencionó, el juzgador es un miembro de la sociedad, expuesto a las mismas influencias que los demás ciudadanos (medios de comunicación, redes sociales, conversaciones casuales, etc.). De esta manera, comprendemos que la seriedad y la objetividad de la sospecha será un asunto determinante, pero difícil de conceptualizar, más aún cuando hace relación a circunstancias “sutiles” o “de compleja constatación” por las partes de un juicio.

Este trabajo tiene como objetivo investigar sobre una de estas causales de “parcialidad” relacionada con la “idoneidad” del juez y el conocimiento del derecho al que está sometido<sup>10</sup>. Este aspecto es especialmente relevante, puesto que exige que el juzgador cuente con una sólida formación jurídica<sup>11</sup> y demuestre un respeto por la ley, a efecto de que la sociedad no dude sobre su real apreciación y entendimiento de los postulados jurídicos que debe aplicar. En última instancia, lo que se busca proteger es la confianza en la figura del juez y su formación<sup>12</sup>.

---

presupuesto de que los hombres en el estado de naturaleza son parciales por definición y que si algo define al pacto social es la posibilidad de que se huya de aquel despotismo que supone no disponer de jueces como árbitros neutrales. En definitiva, debe ser la ley, y no las personas, la que defina el conjunto de derechos que ha de aplicar el juez”. JIMÉNEZ (2002) p. 57.

<sup>7</sup> NIEVA (2022) p. 114.

<sup>8</sup> BORDALÍ (2010) p. 90.

<sup>9</sup> *Ibid.*

<sup>10</sup> Tal como lo reconocen los artículos 97 de la Constitución de Alemania y 117 de Constitución española. Véase NIEVA (2022) p. 107.

<sup>11</sup> Véase NOGUEIRA (2015) p. 201.

<sup>12</sup> Véase CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2004) Herrera Ulloa con Costa Rica, párrafo 170.

Así, exploraremos la importancia de la imparcialidad judicial, con el fin de examinar las inhabilidades que afectan al juez cuando no asegura una aplicación imparcial de la jurisdicción. Esto nos permitirá dar paso a una revisión de posibles causales de inhabilidad por falta de idoneidad profesional que sirvan para fundamentar garantías para los justiciables frente a un juez desconocedor de la ley. De este modo, realizaremos una revisión crítica del sistema y las posibles alternativas para su mejora, concluyendo con una exposición de nuestras reflexiones finales.

## I. LA IMPARCIALIDAD COMO PRESUPUESTO DEL ACTUAR JURISDICCIONAL

En Chile, el artículo 19 n.º 3 de la Constitución Política –en especial en sus incisos primero y sexto– establece un principio fundamental para el diseño del sistema de impartición de justicia: el principio de razonabilidad en el ejercicio de la jurisdicción. Este principio impone un mandato al legislador para que instaure los mecanismos necesarios que garanticen un *procedimiento racional y justo*<sup>13</sup>, mediante la configuración de instituciones procesales y presupuestos mínimos que han de ser protegidos en el marco del proceso, con el fin de que, a través de él, sea posible alcanzar una solución fundada y racional a los conflictos jurídicos. La ausencia de estos fundamentos positivos<sup>14</sup> impide la existencia de un verdadero “proceso” como tal, pues en él no concurrirían las figuras del tercero imparcial y de partes en contradicción de posiciones, ni se garantizarían la igualdad de trato o el derecho a defensa<sup>15</sup>.

Parte de estas garantías mínimas se centran exclusivamente en la figura del tribunal, con el objetivo de consolidar una autoridad estatal que pueda ejercer el poder soberano que se le ha entregado –la jurisdicción– de manera objetivamente independiente y subjetivamente imparcial<sup>16</sup>. El juez no debe estar expuesto a influencias o condicionamientos que afecten su conducta o decisiones durante el ejercicio de su función, pues, de lo contrario, la solución a la que llegue estará alejada de la ley, a las garantías de las partes y a la verdad de los hechos establecidos durante el juicio<sup>17</sup>, lo que permitiría calificar su decisión como arbitraria, injustificada o irracional.

---

<sup>13</sup> ESPARZA (1995) pp. 216-219. Para una explicación sobre los conceptos ‘racional’ y ‘justo’ utilizados por la Constitución chilena, véase NOGUEIRA (2007) pp. 42-46.

<sup>14</sup> PÉREZ (2018) pp. 375-376.

<sup>15</sup> MONTERO, GÓMEZ y BARONA (2018) pp. 247-248; GOZAINI (2013) p. 159; VALLESPÍN (2002) p. 19.

<sup>16</sup> NOGUEIRA (2007) p. 47.

<sup>17</sup> TARUFFO (2019) p. 14.

Según Andrés Bordalí, estas garantías centradas en la figura del juzgador deben considerarse elementos integrales del “debido proceso”, entendido como un:

“principio constitucional, es decir, un conjunto de ideas de índole jurídico-político cuya finalidad es darle operatividad a los valores de la libertad, la igualdad y la seguridad”<sup>18</sup>.

Así, la imparcialidad, la idoneidad y la independencia del juez serán presupuestos esenciales del *debido proceso*, desde una *faz orgánica* del mismo<sup>19</sup>.

### 1. De los presupuestos orgánicos de un tribunal

La jurisdicción requiere, para su efectividad que el órgano judicial este vinculado únicamente al derecho. En este sentido:

“la autonomía del Poder Judicial, es decir, su ejercicio por órganos distintos e independientes de los órganos que ejercen las otras dos funciones, es un verdadero postulado del derecho político, disciplina que considera esta independencia como un principio integrador básico del concepto Estado de Derecho”<sup>20</sup>.

De allí que la “independencia judicial” se transforma en un elemento estructurador de una vida social pacífica, convirtiéndose en una “barrera” que protege a los ciudadanos contra abusos de poder o lesiones ilegítimas a sus derechos<sup>21</sup>. En palabras de Karl Loewenstein:

“la independencia de los jueces en el ejercicio de las funciones que les han sido asignadas y su libertad frente a todo tipo de interferencia de cualquier otro detentador del poder constituye la piedra final en el edificio del Estado democrático constitucional de derecho”<sup>22</sup>.

<sup>18</sup> BORDALÍ (2011) p. 329. Véase también BORDALÍ (2011) pp. 320-321; ZAPATA (2008) p. 568.

<sup>19</sup> PACHECO y REYES (2019) p. 38; BOUTAUD (2018) pp. 18-21.

<sup>20</sup> VERDUGO y GARCÍA (2020) p. 125; LOEWENSTEIN (2018) pp. 294-295.

<sup>21</sup> En Europa, luego de la Segunda Guerra Mundial, se produjo una revitalización de la independencia judicial al punto de alzarse como un principio constitucional en sí –superando una concepción meramente procesal–, inmerso en gran parte de las Constituciones europeas de posguerra. BORDALÍ (2013) p. 617.

<sup>22</sup> LOEWENSTEIN (2018) p. 294.

Esta independencia del tribunal implica su sumisión exclusiva al derecho<sup>23</sup>, desligándose tanto de órganos pertenecientes al mismo Poder Judicial –*faz interna* de la independencia judicial<sup>24</sup>– como de todo otro órgano estatal o entidades privadas –*faz externa*<sup>25</sup>–. De esta manera, es un presupuesto de la labor de *juzgar* que el resolutor esté alejado de influencias e intereses “ajenos” a la mera aplicación de la ley, debido a que debe mantener un “desinterés objetivo”<sup>26</sup> respecto del caso que conocerá. Este elemento distingue al proceso de las formas autotutelares o autocompositivas de solucionar los conflictos jurídicos, pues, en estos modelos, la aplicación del derecho es un asunto propio (se es “juez y parte”), mientras que, en la heterotutela, la resolución proviene de un “tercero ajeno a las partes” (*nemo iudex in causa sua*)<sup>27</sup>.

<sup>23</sup> El correcto énfasis que se debe hacer de esta “sumisión exclusiva al derecho” es la estricta obediencia del juez a las normas que conforman el ordenamiento jurídico en su totalidad, siempre que se hayan dictado satisfaciendo todas y cada una de las formalidades exigidas por su procedimiento formativo. Así, la vinculación del juez será a la “ley” vigente y constitucional. OBERG y MANSO (2011) p. 78. Sin embargo, como aclara NIEVA (2022) p. 108, la expresión ‘sumisión’ puede sugerir una violación al principio de separación de funciones, al mostrar al Poder Judicial “sumiso” a las actuaciones del Poder Legislativo, por lo que este autor recomienda usar una expresión alternativa: la de garantía judicial del cumplimiento de la ley.

<sup>24</sup> Todo juez, al ejercer la jurisdicción en un caso concreto, no reconoce ni debe reconocer autoridad superior. Así, dentro de sus respectivas competencias, cada juez es la autoridad soberana, autónoma respecto de todos los demás jueces y órganos jurisdiccionales del país. De esta manera, por ejemplo, los tribunales superiores de justicia no pueden dictar normas o instrucciones dirigidas al resto de los tribunales sobre la forma en que se ha de aplicar o interpretar la ley. MONTERO, GÓMEZ y BARONA (2018), p. 104. Una manifestación de lo anterior se aprecia en el principio constitucional de inamovilidad contemplado en el artículo 80 de la Constitución chilena.

<sup>25</sup> El tribunal no puede estar sometido a ninguna entidad, ni a un interés público, privado o político especial que sea ajeno a dar cumplimiento al derecho. Por ello, se debe evitar la intromisión de los demás órganos estatales ajenos al Poder Judicial en el ejercicio de la jurisdicción, tal como lo establece el inciso primero del artículo 76 de la Constitución chilena. Asimismo, es crucial prevenir las interferencias de cualquier otro particular o entidad, grupos de presión, medios de comunicación, partidos políticos, entre otros, como se desprende del artículo 12 del *Código Orgánico de Tribunales*.

<sup>26</sup> “Cabe decir que la Administración también tutela el ordenamiento jurídico y realiza el derecho objetivo. Y así es, pero no es ése su fin *esencial*. La Administración tutela y realiza el derecho, haciendo cumplir unas normas o sancionando su incumplimiento, en cuanto ese derecho, esas normas, se refieren a la actividad administrativa misma. En cambio, la Jurisdicción tutela o realiza el derecho porque ésa es cabalmente su misión, y hace observar normas jurídicas o sanciona su infracción siendo esas normas reguladores o referentes, en último extremo, a *conductas ajenas*. La actividad jurisdiccional guarda siempre una última relación a algo ajeno. Este rasgo, denominado por Chiovenda ‘alienitá’, y que podríamos llamar (evitando un barbarismo como el de ‘ajenidad’) *desinterés objetivo*, es característico del quehacer jurisdiccional”. DE LA OLIVA, DIEZ-PICAZO y VEGAS (2004) p. 25 (las cursivas son nuestras). Para una visión crítica del concepto “desinterés objetivo”, véase NIEVA (2022) p. 71.

<sup>27</sup> MONTERO, GÓMEZ y BARONA (2018) pp. 122-123.



Sin embargo, no basta con esta forma *objetiva* de mirar la independencia, sino que aquella debe ir acompañada de una independencia *subjetiva*, que considera al juzgador en su faz humana o, en otras palabras, una *imparcialidad* esperable del juez en su singularidad, puesto que:

“si la Constitución consagra la independencia funcional, lo hace con la finalidad de que ella contribuya a la imparcialidad de los jueces, [es por ello que] entendemos que la *independencia funcional es instrumental a la imparcialidad personal del juez*”<sup>28</sup>.

## 2. De la imparcialidad judicial y sus mecanismos de protección: las impugnancias y recusaciones

La imparcialidad del juzgador, en el sentido comentado<sup>29</sup>, busca asegurar que el juez sea siempre un tercero desinteresado y desvinculado fácticamente de las partes en conflicto, libre de todo prejuicio –positivo o negativo– que pueda perturbar la aplicación del derecho objetivo al caso concreto. De esta manera:

“así como hay una *legitimación de la parte* establecida en base al *interés*, también se puede configurar una *legitimación del juez*, establecida en base al *desinterés*: y el mejor juez es el que ofrece en concreto la mayor garantía de imparcialidad”<sup>30</sup>.

Esta perspectiva se centra en la persona que ejerce el papel de juzgador y en sus relaciones con el objeto del conflicto y con las partes inmiscuidas en él<sup>31</sup>, controlando que no falle motivado por razones extraprocesales<sup>32</sup>. Surge así una segunda dimensión del “desinterés” que define al tribunal: el “desinterés subjetivo”. Este concepto reconoce que el juez, como persona que es, está dotada de una *subjetividad* irrenunciable, que lo guía en el proceso intelectual necesario para resolver un litigio<sup>33</sup>.

<sup>28</sup> PEREIRA (1993) p. 262 (las cursivas son nuestras).

<sup>29</sup> Como recalca ROMERO (2014) pp. 145-148, a pesar de la estrecha vinculación entre *independencia* e *imparcialidad*, ambas necesarias para un “juicio justo”, deben reconocerse, igualmente, la existencia de diferencias entre ellas. Véase también NOGUEIRA (2008) p. 285.

<sup>30</sup> Cita de Salvatore Satta, encontrada en ROMERO (2014) pp. 144-145 (las cursivas son nuestras).

<sup>31</sup> Velar por la imparcialidad del juzgador implica proteger, también, una perfecta y completa *igualdad* de las partes frente al juez. A esto se suman razones de decoro y de prestigio de la magistratura que aconsejan al ordenamiento jurídico velar por jueces imparciales, separando a aquellos que sean parciales respecto de determinado asunto: “la justicia no solo debe ser, sino que parecer”. VARGAS y FUENTES (2018) p. 169; CASARINO (2008a) p. 161.

<sup>32</sup> ROMERO (2014) p. 145.

<sup>33</sup> MONTERO (2008) pp. 797-798.

Es por ello que la *imparcialidad* se ha convertido en una garantía que configura la definición misma de “tribunal”<sup>34</sup> y constituye parte del núcleo esencial de la idea de “debido proceso”. Esto se debe a que “la neutralidad judiciales presupuesto para la objetividad de la jurisdicción y, en concreto, un rasgo esencial de toda actividad judicial”<sup>35</sup>. De esta manera, los jueces deben:

“ser [un] tercero neutral y desinteresado entre partes, permaneciendo ajeno a los intereses de ellas como al mismo objeto litigioso, examinando y resolviendo el conflicto intersubjetivo solamente sometido al ordenamiento jurídico como criterio de juicio”<sup>36</sup>,

sentido positivizado en normas sobre “debido proceso” encontradas tanto en la Constitución como en tratados internacionales de derechos humanos ratificados y vigentes en Chile<sup>37</sup>. De estas normas será posible extraer un derecho del justiciable que le permita controlar la imparcialidad judicial, el que se traduce en la posibilidad jurídica de que una de las partes pueda exigir la abstención o recusación del juez cuando se presenten determinadas circunstancias<sup>38</sup>.

Por ello, el reconocimiento constitucional no es suficiente por sí solo, sino que requiere, además, del complemento de una regulación legislativa posterior, que especifique las condiciones de efectividad, sus mecanismos de resguardo y las hipótesis de procedencia de aquellos, con el fin de asegurar su observancia y respeto general<sup>39</sup>. Así, es imprescindible un desarrollo legislativo que establezca, a través de fórmulas claras, las circunstancias objetivas que permitan

<sup>34</sup> “Dentro del marco del modelo democrático, el juez requiere independencia –externa e interna– en la medida en que es presupuesto indispensable de la imparcialidad, que es carácter esencial de la jurisdicción. El que no se sitúa como tercero ‘supra’ o ‘inter’ partes, no es juez”. ZAFFARONI (1994) p. 84.

<sup>35</sup> NOGUEIRA (2008) p. 287.

<sup>36</sup> *Ibid.*

<sup>37</sup> BORDALI (2009) p. 266. Así, el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8.º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a los que se puede sumar el artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Dentro del ámbito nacional, la doctrina desprende de los contenidos del artículo 19 n.º 3 de la Constitución la existencia de aquellos presupuestos orgánicos mínimos del tribunal, que garantizan la presencia de un “procedimiento racional y justo”, como la independencia judicial. Véase CARBONELL y LETELIER (2020) pp. 362-363; GARCÍA y CONTRERAS (2013) p. 235; BORDALI (2011) pp. 328-330; NOGUEIRA (2004) pp. 134-136; entre otros.

<sup>38</sup> MONTERO (2006) p. 91.

<sup>39</sup> Según NAVARRO (2011) p. 16, en Chile se estimó conveniente otorgar un mandato al legislador para establecer las garantías de un proceso racional y justo, en lugar de señalar con precisión en el propio texto constitucional cuáles serían los presupuestos mínimos del debido proceso. Sin embargo, dicha complementariedad de la ley en el desarrollo del derecho al juez imparcial no implica que su contenido sea totalmente disponible por el legislador. JIMÉNEZ (2002) pp. 307-310. Al respecto, véase el interesante análisis de BORDALI (2009) pp. 268-272.

configurar una presunción de parcialidad, la cual fundamentará la eventual petición de abstención del juez<sup>40</sup>.

La ley debe buscar la objetivización de aquellas circunstancias que pueden afectar la imparcialidad de un juzgador, regulando y reconociendo una serie de situaciones que permitirán presumir la “parcialidad” del juez. En tales casos será recomendable su abstención, puesto que solo mediante la previsión legal de estas hipótesis concretas será posible enfrentar y controlar un aspecto subjetivo que forma parte de la esfera íntima del juez, difícil de apreciar con claridad en el mundo externo<sup>41</sup>. Este deber del legislador, destinado a definir aquellas situaciones o circunstancias externas que permiten sospechar la falta de neutralidad del juez, se desarrollará mediante la implementación de catálogos taxativos o delimitados de aquellas hipótesis fácticas cuyo efecto será la constitución de una presunción legal<sup>42</sup>, o la estipulación de “cláusulas generales” más flexibles que permitan una revisión caso a caso<sup>43</sup>, dando la posibilidad a las partes de enfrentar la participación de un juez inidóneo en sus asuntos<sup>44</sup>.

En Chile, el legislador resolvió este dilema mediante la consagración de un listado taxativo de hipótesis fácticas denominadas “inhabilidades”, entendidas como aquellas:

“causas legales que, una vez constatadas y declaradas, hacen que un juez con competencia para conocer de un determinado asunto deje de tenerla, debido a carecer de la imparcialidad necesaria para intervenir en él”<sup>45</sup>.

Estas inhabilidades permiten distinguir una vertiente *subjetiva*, relacionada con el fuero interno del juez y la existencia de un conflicto de intereses emanado de su posición respecto de una de las partes de la causa; y otra variante *objetiva*, que apunta a la presencia de circunstancias externas que permiten desvirtuar o comprometer la presunción de imparcialidad o, a lo menos, sospechar la falta de ella<sup>46</sup>.

---

<sup>40</sup> El hecho de que la garantía del juez imparcial cuente con un desarrollo legislativo no implica que sea una garantía meramente legal, desapegada de su fundamento constitucional. Analizaremos los problemas derivados del desapego entre la Constitución y la ley en esta materia en los apartados siguientes.

<sup>41</sup> MONTERO (2008) pp. 797-798; MONTERO (2006) p. 83.

<sup>42</sup> Como se ve en el contenido de los artículos 195 y 196 del *Código Orgánico de Tribunales*.

<sup>43</sup> Tal como se puede entender del artículo 12 de la Ley n.º 19971.

<sup>44</sup> Para algunos autores, incluso, se puede considerar la existencia de un derecho de las partes consistente en hacer efectivas las causales de impugnancia y a recusar a los jueces cuando concurren las causales tipificadas en el ordenamiento jurídico. Véase NOGUEIRA (2004) p. 135; TAVOLARI (2000) p. 543.

<sup>45</sup> CASARINO (2008a) p. 161.

<sup>46</sup> BORDALÍ (2009) pp. 272-273.

De este modo, entendemos que las *inhabilidades* no son únicamente un asunto “intraprocesal”, dependiente de un caso concreto y sus circunstancias puntuales, sino que, también, podrán revestir la forma de un impedimento, concepto más amplio que, incluso, podría implicar que una persona esté imposibilitada de ejercer el papel de “juzgador”, ya sea respecto de un conflicto jurídico particularmente determinado, o con relación al cargo público en general<sup>47</sup>. En otras palabras, las *inhabilidades* serán un obstáculo insalvable para que un sujeto determinado pueda ejercer válidamente un cargo de naturaleza jurisdiccional, ya sea en términos generales o para un caso en concreto, en especial por existir alguna circunstancia que le impida actuar con la independencia, imparcialidad o la idoneidad exigida debido a la función pública que ejercerá o que, a lo menos, provoca una sospecha fundada sobre la falta de estas cualidades.

Esto permite clasificar las inhabilidades de acuerdo con su trasfondo. Por un lado, existen aquellas destinadas a proteger la denominada “idoneidad objetiva” del juzgador, entendida como el presupuesto orgánico fundamental del debido proceso que garantiza que el juez mantenga un desinterés efectivo respecto de los hechos y la materia que será objeto del juicio. En otras palabras, el fundamento de este tipo de inhabilidades es la existencia de una relación significativa entre el juez y el fondo del asunto, que genera una sospecha fundada de que existe un conflicto de interés<sup>48</sup>.

Por otra parte, existe un segundo tipo de inhabilidades dirigidas a resguardar la “idoneidad subjetiva” del juzgador. Nuevamente, los valores tutelados son la imparcialidad y el debido proceso, puesto que no es suficiente que el juez no tenga un interés directo en el asunto en sí mismo, sino que, también, es necesario que carezca de cualquier relación personal, ya sea de amistad o de animadversión, con alguna de las partes del conflicto. Por ello se dice que, además de un desinterés objetivo, debe mantener un desinterés subjetivo respecto del litigio<sup>49</sup>.

Ahora, dentro de la primera categoría –o, bien, considerándola como un tercer grupo–, encontramos causales que no se centran en la posición del juez

---

<sup>47</sup> Como bien plantea Humberto Nogueira Alcalá, los jueces deben ser personas íntegras, idóneas y con una calificación jurídica apropiada, todo lo cual debe garantizarse con un método de selección adecuado. NOGUEIRA (2015) p. 205. Sin embargo, todo método de selección puede sufrir de fallos puntuales, permitiendo la designación como juez de una persona que carezca de la idoneidad esperada, o que pierda la misma luego de estar investido en el cargo. Estas situaciones no pueden significar una afectación al derecho de las partes a contar con un juez imparcial. Véase CASARINO (2008b) p. 51.

<sup>48</sup> Un ejemplo de este tipo de causales las encontramos en el artículo 195 del *Código Orgánico de Tribunales*.

<sup>49</sup> Como consta, por ejemplo, en las causales del artículo 196 del *Código Orgánico de Tribunales*.

respecto del conflicto en cuestión, sino en circunstancias que, independientemente del objeto del juicio o de los litigantes, siempre afectarán su idoneidad. Este tipo de causales aspiran a proteger la llamada “idoneidad física y moral” del juzgador: las primeras, dirigidas a asegurar que quien ocupe un cargo público tenga las aptitudes mentales necesarias (en términos del *Código Civil*, que sea “capaz”<sup>50</sup>); las segundas, relacionadas con la preparación y actitud del juez. Para efectos de este trabajo, centraremos nuestra atención en las *incapacidades morales*.

## II. DE LAS IMPLICANCIAS Y RECUSACIONES COMO CONTROL DE LA IDONEIDAD MORAL DEL JUEZ EN CHILE

### 1. De la idoneidad moral del juez

La “capacidad” o “idoneidad moral” del juez no es un requisito arbitrario, ni se trata de circunstancias que impliquen un juicio meramente ético sobre la conducta del juzgador; más bien responde a una exigencia de orden constitucional. Así se desprende del artículo 76 de la Constitución, cuando plantea que será obligación de los tribunales establecidos por ley conocer y resolver las causas civiles y criminales, cosa que, en palabras del Tribunal Constitucional:

“consiste en decir el derecho en el caso concreto, resolviéndolo. Esta función no sólo le impone la obligación de decidir o resolver el asunto o conflicto sometido a su conocimiento, sino, además, la obligación de que tales decisiones contenidas en las sentencias sean dictadas conforme a derecho, tanto en el aspecto procesal como en el material o sustantivo. Es decir, la función de juzgar implica tanto decir el derecho (*iuris dictio*) como hacerlo de acuerdo a derecho”<sup>51</sup>.

Así, con esta inhabilidad se busca garantizar que el juez actúe de modo coherente con los postulados del ordenamiento jurídico que ha jurado o prometido defender, pues solo aquel que “conoce el derecho” podrá resolver “conforme al derecho”. Lo último, implica la existencia de un tribunal concentrado en su función, que conoce el derecho y que lo respeta. Por esto, el artículo 253 del *Código Orgánico de Tribunales*, mediante el establecimiento de causales de

---

<sup>50</sup> Un ejemplo de este tipo de inhabilidad se encuentra en el artículo 256 n.º 1 del *Código Orgánico de Tribunales*.

<sup>51</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2016) rol 2856-15, considerando 9.º.

inhabilidad o de incapacidad para el ejercicio del cargo (en contraposición a las “incapacidades físicas”), reconoce la importancia de esta idoneidad, pues “significa que en alguna medida se encuentra comprometido su buen comportamiento [el del juez], lo que influye en la estabilidad en el cargo”<sup>52</sup>. Por lo mismo, este tipo de inhabilidades afecta a todos los jueces, independiente de su jerarquía o categoría<sup>53</sup>, existiendo dos clases de situaciones identificadas por el artículo 256 del *Código Orgánico de Tribunales*: no podrán ser jueces los fallidos, salvo que hayan sido rehabilitados en conformidad a la ley y los condenados por crimen o simple delito.

Estos supuestos de “idoneidad o capacidad moral” del juez se exigirán a toda persona que aspire a desempeñar un cargo judicial o que esté en posesión de la calidad de “juez”, constituyendo una institución orgánico-procesal que garantiza a las partes que sus conflictos jurídicos serán resueltos por aquellos que detenten una coherencia entre ciertos aspectos de su vida personal (la declaración en quiebra o la condena penal) y la función jurisdiccional que se propone desempeñar<sup>54</sup>. Esta exigencia es tan relevante para el legislador procesal que, al considerar que la capacidad moral del juzgador es un “piso mínimo” exigible a los postulantes al cargo, lo estableció expresamente como un “requisito legal para acceder al cargo de juez”.

Por ello resulta acertado que, al igual que con los requisitos de capacidad física, el legislador procesal haya incorporado circunstancias que configuran la “idoneidad moral del juez” en el artículo 256 del *Código Orgánico de Tribunales*, ya que, de esta forma, se reafirma la idea de que ninguna persona “inidónea” podría aspirar, siquiera, a ejercer el papel de juzgador. Lo dicho se reafirma por el hecho de que, si la incapacidad moral es sobreviniente, configurará una causal de cesación del cargo de “juez”, en coherencia con lo dispuesto en los artículos 332 del *Código Orgánico de Tribunales* y 80 de la Constitución Política.

## 2. Del problema de la taxatividad legal

Las inhabilidades legales antes mencionadas están diseñadas para determinar la admisión de una persona para ejercer un cargo público –el de juez–, actuando

---

<sup>52</sup> PEREIRA (1993) p. 274.

<sup>53</sup> CASARINO (2008b) p. 51.

<sup>54</sup> El destacado procesalista argentino, Hugo Alsina (ALSINA (1957) pp. 201-202), denomina esta idea como la “dignidad de vida” del juez, y que consiste en que el juez siempre debe actuar acorde con las exigencias legales y de la convivencia social, controlando escrupulosamente los actos de su vida, ya que lo que en otros puede ser visto como una simple falta, en él se considerará indecoroso e, incluso, inhabilitante para el desempeño de su función. Así, el cargo de “juez” no solo está investido de cierta dignidad de trato (por ejemplo, referirse a ellos como “*Su Señoría*”), sino que implica deberes, como no infringir el ordenamiento jurídico que debe proteger.

como filtro previo a su designación. Sin embargo, para el caso de que la inhabilidad se configure respecto de un juez que está en conocimiento de un caso concreto, el ordenamiento jurídico-procesal consagró un catálogo taxativo de hipótesis específicas que fundan una presunción de parcialidad del juzgador<sup>55</sup>. Estas podrán ser invocadas por las partes mediante dos mecanismos: las *implicancias* y las *recusaciones*, reguladas por el artículo 194 y siguientes del *Código Orgánico de Tribunales*<sup>56</sup>.

Estos mecanismos permiten a las partes denunciar la existencia de un impedimento para que el juez continúe conociendo de un juicio determinado, al considerar que existe un interés que le hace perder la imparcialidad necesaria para ejercer sus funciones<sup>57</sup>, con lo cual se abrirá un incidente especial regulado por el artículo 113 y siguientes del *Código de Procedimiento Civil*. De hecho, el inciso primero del artículo 113 del *Código de Procedimiento Civil*, establece:

“Sólo podrá inhabilitarse a los jueces y a los auxiliares de la Administración de Justicia para que intervengan en un negocio determinado, en los casos y por las causas de impugnancia o recusación que señala el Código Orgánico de Tribunales”.

Esta norma es el primer eslabón del sistema general de inhabilidades, aplicable tanto para jueces y auxiliares de la administración de justicia como a jueces de tribunales unipersonales de excepción, ministros de tribunales colegiados, abogados integrantes, árbitros, actuarios de juicios arbitrales e, inclusive, peritos<sup>58</sup>.

En estrecha relación con la norma anterior se encuentra lo dispuesto en el inciso primero del artículo 119 del *Código de Procedimiento Civil*, que establece:

“Si la causa alegada no es legal, o no la constituyen los hechos en que se funda, o si éstos no se especifican debidamente, el tribunal desechará desde luego la solicitud”.

Este inciso es de gran importancia, pues restringe las causas de inhabilidad por razón de parcialidad exclusivamente a aquellas tipificadas de forma previa por el legislador, obligando a desechar todo incidente de impugnancia o recusación sustentado en una razón distinta, debido al lenguaje imperativo y no discrecional de la norma, que deja poco margen de acción al juez que resolverá el incidente. Esto es más restrictivo aún si comprendemos que la expresión causas

---

<sup>55</sup> Salvo excepciones, como ocurre en el sistema procesal penal (artículo 373 letra a del *Código Procesal Penal*).

<sup>56</sup> CORTEZ y PALOMO (2018) pp. 387-388.

<sup>57</sup> FIGUEROA y MORGADO (2013) p. 269.

<sup>58</sup> CORTEZ y PALOMO (2018) p. 390.



“legales” es una remisión a los artículos 195 y 196 del *Código Orgánico de Tribunales*, tal como lo reafirma Mario Casarino:

“las causas legales de impugnancia y recusación las señala taxativamente el Código Orgánico de Tribunales, en los artículos 195 y 196 [...]. Conoce de las causas de impugnancia, si el tribunal es unipersonal, el propio juez, y si es colegiado, el propio tribunal, con exclusión del miembro o miembros de cuya impugnancia se trata. De las causas de recusación, en cambio, conoce generalmente el tribunal superior de aquel que se trata de inhabilitar”<sup>59</sup>.

De esta manera, el legislador optó por un sistema de causales taxativas<sup>60</sup> que, al ser acreditadas, permiten presumir la parcialidad del juez, excluyendo, en consecuencia, todo intento por cuestionar la imparcialidad del juez que no se ajuste dentro de los parámetros específicos establecidos por la ley<sup>61</sup>. La jurisprudencia de los tribunales ha ratificado consistentemente esta interpretación, incluso en la actualidad<sup>62</sup>. Como resultado, se han rechazado múltiples incidentes de recusación o impugnancias basados en hipótesis no previstas en los artículos pertinentes, limitándose, por vía legal, la posibilidad de debatir sobre la satisfacción del derecho a un juez imparcial en cada caso<sup>63</sup>.

---

<sup>59</sup> CASARINO (2008b) p. 162. Véase también CORTEZ y PALOMO (2018) pp. 392-393; VARGAS y FUENTES (2018) pp. 172-173.

<sup>60</sup> Una explicación de esto estaría en la fuerte influencia que el derecho procesal español ha ejercido en la configuración del sistema procesal chileno (considerando, además, que las normas del *Código de Procedimiento Civil* sobre la impugnancia y recusación no han sufrido mayores modificaciones desde la versión original del *Código* de 1902. Véase NIEVA (2012) pp. 299-300.

<sup>61</sup> CORTEZ y PALOMO (2018) p. 392; VARGAS y FUENTES (2018) p. 172.

<sup>62</sup> Un buen ejemplo de esto se encuentra en una resolución dictada por la Corte Suprema, que, conociendo de un incidente de recusación por una supuesta relación de parentesco entre un juez de primera instancia y un abogado integrante de la Corte superior, acogió sentenciando: “que las causales de inhabilidad establecidas en la ley, sea como impugnancias o recusaciones, tienen como objeto el resguardo del principio de la imparcialidad que siempre, y en los casos que a los jueces les toca resolver, deben observar en el ejercicio de la jurisdicción. Pues bien, aquéllas apuntan a controlar los móviles del juez frente a influencias extrañas al Derecho y de antecedentes no provenientes del proceso, lográndose el objetivo, en tanto el juez, de oficio o a petición de parte, se abstenga de conocer y resolver aquellos casos en que concurren los presupuestos que configuran dichas inhabilidades. En tal evento, verán los justiciables satisfecho y cumplido el principio de imparcialidad del juez, frente a las partes como al objeto del proceso, asegurándose con ello que el caso de que se trate habrá de resolverse sólo y desde el Derecho, y especialmente, con obediencia a éste”. CORTE SUPREMA (2016) rol 14299-2016 Guzmán con abogado integrante de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, considerando 4.º.

<sup>63</sup> Véase los interesantes votos disidentes en CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN (2018) rol 8088-2017 Jiménez con Morales y otros y CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN (2018) rol 2289-2018 Neira con Farmacias Ahumadas y otro.



En consonancia con las normas mencionadas, el artículo 194 del *Código Orgánico de Tribunales* abre el párrafo dedicado a las impugnancias y recusaciones de los jueces, estableciendo:

“Los jueces pueden perder su competencia para conocer determinados negocios por impugnancia o por recusación declaradas, en caso necesario, en virtud de causas legales”.

De esta forma, la norma plantea desde un inicio el efecto primordial de las inhabilidades (“perder la competencia”<sup>64</sup>) y, al mismo tiempo, reafirma que su ámbito de aplicación está restringido a la existencia de una causa previamente definida por ley.

Así, la expresión “causa legal”<sup>65</sup> utilizada por la ley parece no dejar lugar a dudas sobre su significado: ocurrirá la pérdida de competencia de un juez cuando, en el caso concreto, se acredite una circunstancia de impugnancia o recusación de aquellas previa y taxativamente enumeradas por el legislador<sup>66</sup>. Esto se debe a que:

“una misma circunstancia puede tener efectos muy distintos en el ánimo de cada juez, lo que hace la ley es objetivarla y para ello estable-

---

<sup>64</sup> VARGAS y FUENTES (2018) p. 172; FIGUEROA y MORGADO (2013) p. 269; ORELLANA (2009) p. 81. Es interesante recordar que, al abordar el debate sobre si la impugnancia constituía o no una cuestión de competencia del juez, la Corte Suprema dictaminó: “las impugnancias constituyen un incidente y que consisten en ciertos hechos que pueden concurrir respecto tanto de los jueces en general, como de los auxiliares de la administración de justicia, de los cuales la ley presume una falta de imparcialidad de la persona a quien le afecta para juzgar o intervenir en un negocio determinado de su competencia, por lo que se le prohíbe intervenir en el mismo. Por otro lado, la cuestión de competencia es una incidencia formulada por las partes acerca de la falta de atribuciones del tribunal requerido para conocer de un determinado asunto judicial. Por lo ya dicho, es evidente que un juez cuya impugnancia se alega no significa que sea incompetente, sino que siéndolo, su conocimiento puede quedar abstraído por afectarle falta de imparcialidad”. CORTE SUPREMA (2005) rol 1517-2005, De la Maza con ministros de la Corte de Apelaciones de Santiago, considerando 6.º.

<sup>65</sup> La Corte Suprema, conociendo una la supuesta impugnancia (planteado mediante un recurso de queja) de un ministro de Corte de Apelaciones, estableció: “para la cautela de tal garantía [la de un tribunal imparcial], el ordenamiento jurídico contempla una serie de resguardos que contienen mandatos y prescripciones de conducta dirigidos tanto a los integrantes de los tribunales, como a las partes. Es así como los artículos 194 y siguientes del Código Orgánico de Tribunales consagran las hipótesis de pérdida de competencia de los jueces para conocer de determinados asuntos, sea por vía de impugnancia o de recusación, enumerando las hipótesis estrictas que las constituyen, las que pueden y deben ser declaradas de oficio o a petición de parte”. CORTE SUPREMA (2016) rol 11874-205 Villanueva Molina con ministros de la Corte de Apelaciones de Santiago, considerando 2.º.

<sup>66</sup> STOEHRER (2018) p. 175.

ce un catálogo de situaciones, constatables objetivamente, cuya concurrencia convierte al juez en sospechoso de parcialidad, con independencia de que en la realidad el juez concreto sea o no capaz de mantener su imparcialidad”<sup>67</sup>.

La taxatividad de las causales refleja una postura normativa que se reafirma por la existencia de casos en los que el legislador amplía expresamente el catálogo de hipótesis que puede dar paso a una implicancia o recusación. Así, es esencial en un incidente de implicancia o recusación que se explique la causa legal en que se basa, salvo que la propia ley libere al interesado de cumplir este requisito, como ocurre de manera excepcional en el caso de la inhabilidad de los receptores judiciales y los funcionarios llamados a subrogarlos<sup>68</sup> (artículo 489 del *Código Orgánico de Tribunales*<sup>69</sup>).

De esta manera, y a pesar de que la regulación establecida por el legislador para las inhabilidades busca proteger la imparcialidad, la idoneidad y la independencia del juez, esta finalidad se ve limitada por un ámbito de aplicación restringido, reduciendo su procedencia solo a los casos previamente determinados por ley, que excluyen causales referidas a las que denominaremos “inhabilidades físicas o morales”.

El hecho de que el legislador no haya contemplado a la incapacidad física o moral dentro de las causales de implicancias y recusaciones no debiera significar que estas no deban ser consideradas durante la tramitación de un litigio, en especial cuando se configuran de manera sobreviniente. De hecho, el legislador estimó que, de concurrir una circunstancia así, el juez afectado debe informar de la situación de manera oficiosa y dar curso al sistema de subrogaciones para que otro juez, no incapacitado, asuma el conocimiento del asunto. Sin embargo, este tratamiento desconoce que las incapacidades morales afectan directamente al ejercicio de la jurisdicción y, a pesar de ello, el ordenamiento jurídico chileno no proporciona explícitamente una herramienta para el caso en que el juez no se inhabilite de oficio.

De este modo, se presenta una situación que afecta razonablemente el derecho al debido proceso de los litigantes que, al encontrarse ante un juez fallido o condenado por un crimen o simple delito mientras conoce de un juicio, por ejemplo, no disponen de mecanismos legales para ejercer el derecho a solicitar y discutir la pertinencia de su abstención.

---

<sup>67</sup> OBERG y MANSO (2011) p. 104.

<sup>68</sup> STOEHLER (2018) pp. 176-177.

<sup>69</sup> “Los receptores y los funcionarios llamados a subrogarlos podrán ser inhabilitados sin expresión de causa por una vez, por cada parte, en un mismo juicio. Pasado este número se deberá expresar y probar alguna de las causas de implicancia o recusación determinadas para los jueces en cuanto les sean aplicables”.

### III. DE LA “FALTA DE IDONEIDAD MORAL DEL JUEZ” COMO CAUSAL DE IMPLICANCIA O RECUSACIÓN: DE LAS RESPUESTAS AL PROBLEMA DE LA TAXATIVIDAD

Tradicionalmente, se considera que un derecho se torna impracticable cuando su titular no puede ejercer sus facultades inherentes a aquel debido a las limitaciones que lo rodean, en especial si estas son excesivas o desproporcionadas<sup>70</sup>. En consecuencia, la regulación de un derecho fundamental –como la imparcialidad del juzgador–, debe restringirse a su complementación, desarrollo, establecimiento de vías de protección, entre otros aspectos, sin obstaculizar su legítimo ejercicio, salvo que exista una razón excepcional y de importancia que lo haga necesario<sup>71</sup>.

Entender que un derecho deja de ser tal cuando el legislador lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable<sup>72</sup> permite cuestionar si la taxatividad que hemos revisado lesiona o no el derecho a un juez imparcial, en especial al constatar que ninguna de las causales legales de inhabilidad alude a su “idoneidad moral”. Sin embargo, la pregunta adquiere mayor relevancia cuando examinamos la justificación de la taxatividad legal en relación con el derecho fundamental.

Esta pregunta, en palabras de Andrés Bordalí<sup>73</sup>, implica adoptar una postura sobre la posibilidad de invocar una causal “constitucional” de implicancia y recusación que trascienda aquellas delimitadas por el legislador: en otras palabras, definir si estamos ante un asunto de mera legalidad o uno de constitucionalidad propiamente tal. Optar por la legalidad implica aceptar las limitantes existentes, dejando en manos del legislador la decisión de establecer mecanismos amplios o restringidos para proteger la imparcialidad. Sin embargo, abogar por entender el asunto como uno de constitucionalidad, permitiría fundamentar la existencia de una “causal genérica” cuya invocación no podría ser impedida por una norma infraconstitucional.

#### *1. De la existencia de una causal “constitucional” de implicancia o recusación*

A diferencia de lo que ocurre en algunas experiencias comparadas<sup>74</sup>, la Constitución chilena no reconoce explícitamente la garantía del “juez imparcial”, el cual se ha considerado como un derecho fundamental implícito derivado

<sup>70</sup> PÉREZ (2016) p. 73 y ss.

<sup>71</sup> NOGUEIRA (2018a) p. 130; ALDUNATE (2008) pp. 261-264.

<sup>72</sup> ALDUNATE (2008) p. 264.

<sup>73</sup> BORDALÍ, CORTEZ y PALOMO (2014) p. 18 y ss.

<sup>74</sup> Por ejemplo, la Constitución de Italia (artículo 111), de Sudáfrica (artículo 165) o de Suecia (artículo 9.º), entre otras.

del derecho al debido proceso, como hemos observado. Esta noción ha consolidado la idea de que es tarea de la ley establecer mecanismos para asegurar la existencia de procedimientos racionales y justos, por lo que pareciera ser que el sistema constitucional chileno otorga al legislador una potestad exclusiva y deferente para definir la forma de proteger la imparcialidad del juez<sup>75</sup>.

Sin embargo, a nuestro entender, dicho razonamiento ofrece solo una perspectiva de la situación, ya que, como afirman Gonzalo Cortez y Diego Palomo:

“el principio de imparcialidad del juez, del que las instituciones de la implicancia y recusación constituyen el necesario desarrollo procesal, no puede abandonarse a la libre voluntad del legislador”<sup>76</sup>.

Esta postura cobra sentido si nos alejamos de la idea de que el “mandato” entregado por la Constitución al legislador debe interpretarse únicamente como una “habilitación” para regular, y lo entendemos más bien como una verdadera “obligación” para regular, tal como se puede desprender desde los artículos 1.1, 8.º y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que imponen al Estado el “deber” de asegurar las garantías judiciales, incluyendo la garantía de ser juzgado “por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial” (artículo 8.1 de la Convención)<sup>77</sup>.

De este modo, existe un estándar convencional relacionado con el debido proceso que los Estados deben alcanzar mediante la implementación de una normativa suficiente para asegurar el disfrute de los derechos fundamentales, incluido el derecho a un juez imparcial<sup>78</sup>. Para ello, el legislador se verá en

---

<sup>75</sup> Se suele señalar que esta idea tiene como punto de partida lo establecido jurisprudencialmente en TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2010) rol 1518-09 cuyo considerando 23.º establece: “de la historia fidedigna de la disposición constitucional es posible comprender, en primer lugar, que se estimó conveniente otorgar un mandato al legislador para establecer siempre las garantías de un proceso racional y justo, en lugar de señalar con precisión en el propio texto constitucional cuáles serían los presupuestos mínimos del debido proceso, sin perjuicio de dejar constancia que algunos de dichos elementos decían relación con el oportuno conocimiento de la acción y debido emplazamiento, bilateralidad de la audiencia, aportación de pruebas pertinentes y derecho a impugnar lo resuelto por un tribunal, imparcial e idóneo y establecido con anterioridad por el legislador”.

<sup>76</sup> CORTEZ Y PALOMO (2018) p. 392.

<sup>77</sup> De esta manera, la Convención no le establece a los Estados cómo debe ser su sistema procesal en particular, sino que les entrega la libertad adecuada para que sean los propios países los que definan su estructura interna, siempre que respeten y desarrollen las garantías establecidas por la Carta Interamericana y las demás normas del derecho internacional, entendidas como una “densidad normativa mínima”. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2005) *Fermin Ramírez vs Guatemala*, párrafo 66.

<sup>78</sup> Este deber se intensifica en relación con las garantías del juez natural, independiente e imparcial, ya que, como ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la ausencia de cualquiera de estos tres elementos implica la falta de un presupuesto esencial para considerar

la necesidad de implementar un sistema de justicia que respete los términos convencionales y constitucionales, los cuales no pueden sacrificarse en aras de meras formalidades<sup>79</sup>. Así, las regulaciones procesales deben ser interpretadas en clave de derechos fundamentales, asegurando que estén alineados con la garantía que se desea resguardar y desarrollar, evitando que se conviertan en obstáculos excesivos e injustificados.

Por ello, un impedimento formal, como la falta de una causal genérica de implicancias y recusaciones explícita en la ley, no puede justificar la transformación del derecho al juez imparcial en algo irrealizable<sup>80</sup>, posibilidad inadmisibles dentro de un Estado constitucional de derecho saludable. Por lo tanto, es necesario avanzar hacia entendimientos garantistas que superen esta barrera derivada de una inactividad del legislador que compromete la vigencia del derecho<sup>81</sup>.

Esta perspectiva permite argumentar en favor de la existencia de una “causal constitucional” o “causal general” de implicancia y recusación, basada en hipótesis fácticas diferentes de las consideradas por ley, pero que de igual forma comprometen la imparcialidad del juez<sup>82</sup>. Así, la “causal constitucional” se construye sobre una hipótesis fáctica que ofrece la elasticidad necesaria para abarcar situaciones que el legislador no ha logrado prever como: la ideología política, los sesgos religiosos, las declaraciones en redes sociales, los prejuicios sociales, las relaciones entre el juez y los abogados de las partes o la falta de idoneidad moral, entre otras<sup>83</sup>.

---

la existencia de un proceso propiamente tal, lo que hace innecesario cualquier otro análisis para condenar la inobservancia del derecho internacional. Véase CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2009) *Usón Ramírez vs Venezuela*, párrafo 120 y ss.; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2009) *Barreto Leiva vs Venezuela*, párrafo 75 y ss.

<sup>79</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (1993) *Cayara vs Perú*, párrafo 42. En un mismo sentido, CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (1999) *Castillo Petruzzi y otros vs Perú*, párrafo 61 y CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2000) *Bámaca Velásquez vs Guatemala*, párrafo 96. Véase TOJO y ELIZALDE (2013) p. 781.

<sup>80</sup> NOGUEIRA (2018b) p. 436.

<sup>81</sup> GOZAÍNI (2013) p. 164.

<sup>82</sup> Algunos estiman que esta “causal constitucional” solo habilitaría a someter a la ley que fija las causales taxativas de las implicancias y recusaciones a un control de constitucionalidad –entre ellos, GOZAÍNI (2013) p. 164–, mientras que otros, en los que nos encontramos, creemos posible su invocación directa, fundada exclusivamente en la normativa constitucional –por ejemplo, CORTEZ y PALOMO (2018) pp. 392-393–.

<sup>83</sup> “Las causales de inhabilidad –implicancias o recusaciones– están establecidas taxativa y restrictivamente en la ley, no obstante que resulta evidente que, a estas alturas del desarrollo de la humanidad, es imposible prever y consagrar en un texto legal todas y cada una de las causales de inhabilidad que podrían hipotéticamente afectar a un juez [...]. [Por ello] no cabe duda de que una eventual reforma a este mecanismo tendiente a concretar el principio general de la buena fe, consagrando el deber de los jueces de informar de *motu proprio* y el derecho de las partes a ser informadas de las eventuales causales de inhabilidad que puedan afectar a un juez, debiera basar-

Según Rafael Jiménez Asencio, considerar que el legislador es el único que puede fijar las causales de inhabilidad del juez no solo sería una idea impropia, sino, también, de dudosa constitucionalidad. Esto se debe a que la imparcialidad del juzgador, en esencia, revestiría la naturaleza de un derecho con autonomía propia, que los ciudadanos podrían invocar al margen de las causas legales y tasadas, de ser necesario<sup>84</sup>. De igual manera, Jordi Nieva Fenoll sostiene que la imparcialidad del juez es un asunto de la máxima importancia que requiere su concreción real e, incluso, en apariencia, no pudiendo quedar condicionado su resguardo a la mera configuración fáctica de una hipótesis legal<sup>85</sup>. Siguiendo esta idea, en Chile se podría considerar la existencia de una “causal genérica” fundada en el propio artículo 19 n.º 3, inciso sexto, de la Constitución, norma que sería el principal resguardo de la imparcialidad del juez<sup>86</sup>, puesto que sin ella no solo no estaríamos en presencia de un procedimiento racional y justo, sino que tampoco habría *proceso* propiamente tal, de acuerdo con la línea argumental de la Corte Interamericana de Derechos Humanos antes citada<sup>87</sup>.

Lamentablemente, debe destacarse que la jurisprudencia chilena aún no acepta la procedencia de una causal genérica o “constitucional”, siendo común el rechazo de impugnaciones o recusaciones que no estén fundamentadas en causales legalmente establecidas. Sin embargo, resulta interesante observar un caso en el que un juez de letras en lo civil acogió una recusación en su contra, declarando su “inhabilidad”, debido a que, a su entender, le afectaría una causal de “inhabilidad constitucional” (no contemplada de modo expreso en la Constitución Política ni en la ley) en relación con uno de los abogados de la causa que había presentado una queja disciplinaria en su contra<sup>88</sup>.

---

se en los siguientes principios: (1) eliminar la enumeración legal taxativa y precisa de las causales de inhabilidad que pueden afectar a un juez y (2) establecer el deber del juez de informar inmediatamente a las partes respecto de cualquier hecho o circunstancia que pudiera dar lugar a dudas razonables y justificadas acerca de su imparcialidad e independencia para conocer y resolver un conflicto [...]”. RIESCO (2012).

<sup>84</sup> JIMÉNEZ (2002) pp. 301-302 y 307-3011.

<sup>85</sup> NIEVA (2012) p. 301.

<sup>86</sup> CORTEZ y PALOMO (2018) p. 393.

<sup>87</sup> Según Eduardo Couture, solo se estaría frente a un proceso como tal cuando, entre otras cosas, en él participe un tribunal constituido de tal manera que dé una seguridad razonable de su honestidad e imparcialidad. COUTURE (1990) pp. 148-152.

<sup>88</sup> “3º Que, la Constitución Política de la República en su artículo 19 Nº3, asegura a todas las personas; ‘La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos’, agregando en su inciso 5º [sic], que ‘Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado’, y precisando que corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento racional y justo. 4º Que, lo anteriormente anotado importa por mandato constitucional que el juzgamiento de toda causa deberá serlo por un juez imparcial, as-

La Corte de Apelaciones de Concepción, al conocer el asunto mediante un recurso de casación en la forma, resolvió:

“Que la singular causal de ‘inhabilidad constitucional’ invocada por el magistrado, cualquiera sea su acierto, constituiría una norma de prohibición absoluta que habría hecho perder su competencia para conocer de un determinado negocio y, en consecuencia, es de orden público, por lo que no puede ser renunciada ni convalidada por las partes ni por el tribunal, agregándose que, por cierto, la situación que contempla tendería a resguardar la debida imparcialidad de los jueces en las causas que conocen, constituyendo esto último uno de los pilares fundamentales del ejercicio de la jurisdicción”<sup>89</sup>.

## 2. Causales “genéricas” de impugnancia o recusación en Chile

Frente a este criterio jurisprudencial, que impide invocar una causal “constitucional” para perseguir la inhabilidad del juez parcial, la doctrina sostiene que la solución pasa por una modificación legal. En este contexto, existen voces que abogan por una evolución del sistema de impugnancias y recusaciones contemplado en el ordenamiento jurídico nacional, con el fin de asimilarlo a otros modelos que regulan causales mediante hipótesis laxas, capaces de englobar diversas circunstancias de hecho.

Este tipo de fórmulas normativas centran su mirada, principalmente, en la existencia de antecedentes más o menos objetivos que permitan cuestionar racionalmente la presunción de imparcialidad que reviste a todo juez. Andrés Bordalí pone como ejemplo el tratamiento que da el *Código Procesal Penal* de Portugal, el cual incluye una causal de recusación basada en la acreditación de cualquier motivo serio y grave capaz de generar desconfianza sobre la imparcialidad del juez<sup>90</sup>, similar a la redacción dada del *United State Code*<sup>91</sup>, cuando consagra:

---

pecto que aparece claramente cuestionado por el apoderado de una de las partes litigantes de la presente causa, respecto del juez encargado de conocer y resolver, con lo cual se afecta la garantía consagrada favor del actor, siendo indefectible declarar mi inhabilidad constitucional para conocer de la presente causa, hasta que no cese el impedimento legal que la configura”. JUZGADO DE LETRAS EN LO CIVIL DE TOMÉ (2016) rol C-67-2016 Anabalón con Aguillón, considerandos 3.º y 4.º.

<sup>89</sup> CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN (2016) rol C-1445-2016 Anabalón con Aguillón, considerando 10.º.

<sup>90</sup> BORDALÍ, CORTEZ y PALOMO (2014) p. 20.

<sup>91</sup> Al respecto, CONTESSE (2007) pp. 398-400.



“Any justice, judge, or magistrate judge of the United States shall disqualify himself in any proceeding in which his impartiality might reasonably be questioned”<sup>92</sup>.

En Chile, como se ha explicado anteriormente, no contamos con una causal de este tipo, sino que el sistema se basa en la consagración taxativa de un listado de hipótesis fácticas restrictivas, excluyendo aquellas situaciones que no puedan ser subsumida en ellas<sup>93</sup>. Sin embargo, existen ciertos intentos que se orientan a seguir otro camino y que merecen ser destacados.

### 2.1. Causal genérica en el arbitraje comercial internacional

El artículo 243 del *Código Orgánico de Tribunales* establece que las reglas sobre implicancias y recusaciones contempladas en el *Código de Procedimiento Civil* son, también, aplicables a la justicia arbitral, con las mismas ventajas y desventajas descritas a lo largo de este trabajo. Sin embargo, este punto es objeto de crítica, ya que:

“el sistema de causal legal y taxativa ha favorecido una interpretación jurisprudencial restrictiva, que en ocasiones no es acorde con la naturaleza del arbitraje y los posibles conflictos de interés que atentan contra la independencia e imparcialidad, provenientes de las nuevas formas de ejercicio profesional de la abogacía”<sup>94</sup>.

Así, los artículos 113 y 119 del Código de Procedimiento Civil y 194 del *Código Orgánico de Tribunales* son aplicables directamente a la justicia arbitral nacional. Sin perjuicio, este tipo de arbitraje no es el único existente en el ordenamiento jurídico chileno, pues, según su ámbito de aplicación, se distingue entre el *arbitraje interno* y el *arbitraje comercial internacional*<sup>95</sup>. En consecuencia,

---

<sup>92</sup> *Unite State Code* Title 28 § 455 (a).

<sup>93</sup> Cabe reconocer la existencia de una postura que considera innecesaria la consagración de una causal genérica en el derecho procesal chileno, argumentando que la hipótesis regulada en el artículo 195 n.º 16 del *Código Orgánico de Tribunales* podría ser interpretada de manera extensiva. Esto permitiría subsumir en ella distintas situaciones que, en realidad, no están previstas por el legislador. Para una explicación detallada de esta postura, véase BORDALI (2013) p. 93.

<sup>94</sup> ROMERO (2001) p. 534.

<sup>95</sup> “El *arbitraje interno* es el mecanismo de solución concebido para resolver conflictos sobrevenidos en las relaciones jurídico-privadas, en las que todos los elementos del litigio se vinculan con el ordenamiento nacional. El *arbitraje comercial internacional*, en cambio, surge en casos de conflictos que tienen elementos de conexión que lo sustraen de la esfera de actuación del arbitraje interno; según pronto se explicará, la internacionalidad del arbitraje, por regla general, se origina respecto de situaciones que no se vinculan en su totalidad a un único derecho nacional o al menos uno de sus elementos es considerado como no nacional”. ROMERO y DÍAZ (2016) p. 6 [las cursivas son nuestras].



el ordenamiento nacional contempla dos estatutos diferenciados y autónomos, aplicables según el tipo de arbitraje en cuestión: en el arbitraje interno se aplican las reglas generales del *Código Orgánico de Tribunales* y del *Código de Procedimiento Civil*, mientras que en el arbitraje comercial internacional proceden las reglas especiales contempladas en la Ley n.º 19971<sup>96</sup>.

Lo interesante de esta distinción es que ambos estatutos arbitrales ofrecen respuestas diversas sobre la posibilidad de recusar a un juez. En materia de arbitraje interno, el artículo 243 del *Código Orgánico de Tribunales* remite este asunto a las normas comunes recogidas en el *Código de Procedimiento Civil*, lo que hace plenamente aplicables los problemas dados por la taxatividad antes comentados. Sin embargo, en el caso de un arbitraje comercial internacional, se aplicará la regla contenida en el artículo 12 de la Ley n.º 19971, que establece:

“1) La persona a quien se comunique su posible nombramiento como árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia. El árbitro, desde el momento de su nombramiento y durante todas las actuaciones arbitrales, revelará sin demora tales circunstancias a las partes, a menos que ya les haya informado de ellas.

2) Un árbitro sólo podrá ser recusado si existen circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia, o si no posee las cualificaciones convenidas por las partes. Una parte sólo podrá recusar al árbitro nombrado por ella, o en cuyo nombramiento haya participado, por causas de las que haya tenido conocimiento después de efectuada la designación”.

Como se aprecia, en el arbitraje comercial internacional no existen limitaciones significativas respecto a las eventuales causas de recusación o inhabilidad, incluso si estas se conocen después del nombramiento del árbitro (o se configuran por una causa sobreviniente). En este contexto, no habrá restricciones sobre las causales que permitan invocar la recusación contra el juez, siempre que estas sean justificadas.

Es cierto que ambos tipos de arbitrajes están dirigidos a aplicar estatutos materiales diversos<sup>97</sup>, pero esto no justifica la existencia de un régimen diferenciado para las reglas aplicables al juzgador. En ambos tipos de arbitrajes, el ár-

<sup>96</sup>“Cada normativa se comporta en forma autónoma, sin que una sea supletoria de la otra, salvo en situaciones de excepción, como es la definición de las materias de arbitraje prohibido (que se rige por las normas del arbitraje interno, por tratarse de normas de orden público), o cuando la LACI [la Ley n.º 19971] permite expresamente la aplicación del derecho interno, como ocurre en las labores de asistencia judicial que los tribunales chilenos deben otorgar a un arbitraje comercial internacional que se realiza en nuestro país”. ROMERO y DÍAZ (2016) p. 10.

<sup>97</sup> Véase ROMERO y DÍAZ (2016) p. 7.

bitro cumple el mismo papel—conocer y resolver—, por lo que en estos dos casos el juez debiera satisfacer los mismos estándares orgánicos que garantizan el ejercicio imparcial de su función. Parece que la diferencia de trato dada por el legislador a estos tipos de juicios arbitrales carece de una justificación adecuada o finalidad apreciable<sup>98</sup>.

## 2.2. De las implicancias y recusaciones en el proyecto de *Código Procesal Civil*

De esta manera, aunque a menudo se menciona al recurso de nulidad penal<sup>99</sup> como una institución que permite cuestionar la imparcialidad de un juez, lo cierto es que en el derecho procesal positivo la única causal genérica reconocida para invocar una inhabilidad por vía de implicancia o recusación (es decir, antes de la dictación de la sentencia definitiva de instancia) es la contemplada en la Ley n.º 19971, aplicable únicamente al arbitraje comercial internacional.

Sin embargo, el legislador ha comenzado a abordar gradualmente el problema que hemos señalado, al punto de que durante la discusión sobre un nuevo *Código Procesal Civil*<sup>100</sup>, este tema no ha quedado al margen. De hecho, el mensaje del proyecto afirma desde un inicio que a través de él:

“se elimina la clásica distinción entre implicancias y recusaciones estableciéndose también un único estatuto para hacer valer las inhabilidades que puedan afectar la independencia de los jueces, lo que habrá de compatibilizarse con la adecuación de la normativa orgánica”<sup>101</sup>.

Esta declaración refleja una intención de superar, por vía legislativa, el problema de la taxatividad.

Pero realmente, y a pesar de lo declarado, el proyecto parecía reiterar el error de limitar por ley las circunstancias fácticas que permiten declarar la inhabilidad del juez, como se constata en su artículo 138<sup>102</sup>, al que se suma, eso sí,

---

<sup>98</sup> A pesar de que no es materia de este estudio profundizar en esta cuestión, es interesante recordar: “si bien cabe al legislador formular diferencias o estatutos especiales, tales distinciones son constitucionalmente admisibles sólo cuando obedecen a presupuestos objetivos, pertinentes y razonables; cuando resultan proporcionadas e indispensables, amén de perseguir una finalidad necesaria y tolerable”, permitiéndonos dudar de la constitucionalidad del trato diferente comentado. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2016) rol 2856-15 considerando 3.º, letra c, de la prevención del ministro Nelson Pozo Silva.

<sup>99</sup> Mediante la causal contemplada en el artículo 373 letra a) del *Código Procesal Penal*.

<sup>100</sup> *Boletín Legislativo* n.º 8197-07, ingresado en fecha 12 de marzo de 2012.

<sup>101</sup> Mensaje del *Boletín Legislativo* n.º 8197-07 p. 31.

<sup>102</sup> “Solo podrá inhabilitarse a los jueces, a los auxiliares de la administración de justicia y a los funcionarios para que intervengan en un negocio determinado, en los casos y por las causas que señalan la Constitución Política de la República y las leyes”.

la posibilidad de reconocer causales de trasfondo constitucional y que el juez, de oficio, pueda decretar su inhabilidad para conocer un asunto si se configurara cualquier otro hecho o circunstancia que pudiera afectar su imparcialidad o independencia (según el inciso segundo del artículo 139 del proyecto<sup>103</sup>). Esta norma, aparentemente, permitiría una “causal genérica” que no sea reconocida de forma expresa, aunque solo para su invocación oficiosa por el tribunal, coexistiendo en el mismo procedimiento un sistema de causal taxativa –como regla general– con otro de causal laxa –de oficio–.

El artículo 140 del proyecto, que regula el derecho de las partes a solicitar la declaración de inhabilidad, menciona una “causal específica de inhabilidad” sin detallar cuál es (según el inciso final del artículo 140<sup>104</sup>). Esto permite deducir la existencia de una clasificación de causales entre “genéricas” y “específicas”, siendo lógico que estas últimas correspondan a las causales reguladas en los actuales artículos 195 y 196 del *Código Orgánico de Tribunales* (a las que se refiere por ahora el artículo 138 del proyecto)<sup>105</sup>. Sin embargo, el ámbito de acción de esta causal “genérica” estaría reservado únicamente para la invocación oficiosa y no para las partes, como se mencionó, lo cual se confirma por las razones de inadmisibilidad de la solicitud contenidas en el artículo 144 del proyecto<sup>106</sup>.

Esta eventual restricción, derivada de la necesidad de una declaración de oficio de la inhabilidad por causal “genérica”, no sería tan severa, en realidad, puesto que el artículo 148 del proyecto<sup>107</sup> regula la institución de la “inhabilidad amistosa”, entendida como una facultad de las partes para acudir ante el

---

<sup>103</sup> “Asimismo [todo juez, auxiliar de la administración de justicia, o funcionario a quien correspondiere intervenir en un negocio determinado] deberá informar a las partes, tan pronto tuviere conocimiento de ello, cualquier otro hecho o circunstancia que pudiere configurar la causal genérica de inhabilidad por encontrarse afectada su imparcialidad o independencia, dejando constancia de ello en el proceso”.

<sup>104</sup> “No justificándose esta última circunstancia, será desechada la solicitud, a menos que se trate de una causal específica de inhabilidad. En este último caso, podrá el tribunal imponer a la parte que maliciosamente haya retardado el reclamo de la inhabilidad, una multa que no exceda de diez unidades tributarias mensuales”.

<sup>105</sup> Clasificación respaldada por el tenor del artículo 143 del proyecto, referido a los auxiliares de justicia: “Las inhabilidades de los auxiliares de la administración de justicia y funcionarios se reclamarán ante el tribunal que conozca del negocio en que aquellos deban intervenir, y se admitirán sin más trámite cuando no necesiten fundarse en causa legal”.

<sup>106</sup> El artículo 144 del proyecto de *Código Procesal Civil* dicta: “Cuando deba expresarse causa, se declarará inadmisibile la solicitud de inhabilidad si la causa alegada no es legal, no la constituyen los hechos en que se funda, o si estos no se especifican debidamente”. Se debe destacar que esta norma inicia con la expresión “cuando deba expresarse causa”, lo que nos permite reforzar la idea de situaciones de inhabilidad que no requieran mención a causa legal.

<sup>107</sup> “Antes de pedir la inhabilidad podrá el requirente ocurrir al mismo juez, auxiliar de la administración de justicia o funcionario que se estima inhabilitado, exponiéndole la causa en que la inhabilitación se funda y pidiéndole la declare sin más trámite”.

juez y exponerle la causa (genérica o específica) de inhabilidad que estimen procedente, con el objetivo de que el juzgador la declare sin más trámite. En caso de rechazo, el artículo 149 del proyecto sugiere la posibilidad de que proceda un recurso de apelación<sup>108</sup>.

De esta forma, aunque a primera vista el sistema propuesto por el proyecto de *Código Procesal Civil* parezca reiterar el error de restringir las causales para declarar la inhabilidad de un juzgador a aquellas recogidas únicamente por el *Código Orgánico de Tribunales*, lo cierto es que se incluirían algunas alternativas de actuación para las partes que se enfrenten a un juez que revista –inicial o sobrevinientemente– algún grado de parcialidad. Esto permite apreciar una estructura más flexible que la actual, que intenta acercarse a la utilización de cláusulas “genéricas” a pesar de no reconocer de modo explícito su existencia propiamente tal.

Este mecanismo busca proporcionar una mejor respuesta a la necesidad de contar con resguardos que aseguren una relación jurídico-procesal equidistante entre las partes y el juez, intentando no romper significativamente con la tradición legalista del derecho procesal chileno, resaltando la importancia de la sospecha de parcialidad en lugar de la protección de una presunción de imparcialidad reforzada. Aunque esta fórmula no responde completamente a la solución que estimamos ideal para concretar una regulación moderna de las inhabilidades del tribunal, el proyecto de *Código Procesal Civil* ofrecería una alternativa para enfrentar el problema de la taxatividad denunciado.

## CONCLUSIONES

Como hemos argumentado, el fundamento que subyace al derecho a deducir una implicancia o una recusación es asegurar a las partes que su juzgador cumple con los presupuestos orgánicos del debido proceso, siendo un tribunal independiente, imparcial e idóneo. Este enfoque garantista de la actividad jurisdiccional, de rango constitucional, obliga al sistema jurídico a dar una respuesta adecuada a los casos en que antecedentes objetivos permitan sospechar razonablemente la existencia de situaciones, ya sean previas o sobrevinientes, puedan comprometer la imparcialidad o idoneidad del juez. En otras palabras, el ordenamiento jurídico-procesal centra su atención en un aspecto fundamental: la ausencia de inhabili-

---

<sup>108</sup> “Las sentencias que se dicten en los incidentes sobre inhabilidad serán inapelables, salvo la que pronuncie el juez de tribunal unipersonal no admitiendo a tramitación o rechazando la inhabilidad deducida ante él.

Toda sentencia sobre inhabilidad será comunicada de oficio al juez o tribunal, auxiliar de la administración de justicia o funcionario a quien afecte”.

dades en la figura del juzgador. Y es virtud de la protección de este valor que se deben entregar herramientas procesales para su control, ya sea de oficio –es decir, denunciando la impugnancia o recusación el propio juez– o a petición de parte.

Esto es particularmente relevante cuando se trata de la idoneidad moral del juez, pues en este concepto se ve comprometida la legitimidad misma del proceso como mecanismo de resolución de controversias, siendo, en este contexto, donde la distinción entre *potestas* y *auctoritas* adquiere especial nitidez. Dada la naturaleza de su función, es esperable que el juez se comporte de un modo adecuado en la gestión de sus negocios propios como, asimismo, respete las normas jurídicas que integran el ordenamiento jurídico (especialmente del ámbito penal), puesto que solo quien conoce y observa el derecho puede aplicarlo de manera adecuada. Esto es crucial, pues resulta razonable pensar que un juez fallido o condenado penalmente se verá afectado por preocupaciones e interés personales derivados de esos problemas, lo que comprometería el debido desarrollo de su función; al mismo tiempo de que permitirá presumir a las partes del asunto que conoce que aquel no tiene los conocimientos respectivos sobre los postulados jurídicos que debe utilizar para arribar a una decisión fundada en derecho.

No obstante, hemos señalado que las normas procesales vigentes imponen graves e injustificadas limitaciones para invocar una impugnancia o recusación fuera de los casos expresamente previstos por el legislador, puesto que, de lo contrario, el juez que conozca del incidente estará obligado a rechazar la solicitud sin mayor trámite.

De este modo, el actual sistema taxativo de causales de impugnancia y recusación da espacio a situaciones de indefensión que afectan a las partes cuando ellas enfrentan situaciones que permiten presumir una parcialidad o idoneidad del juez que conoce de su asunto. Esto priva al litigante de la posibilidad de contar con una herramienta procesal adecuada para impugnar la permanencia de un juez parcial en el caso concreto. Tal restricción legal, como se ha expuesto, carecería de una debida justificación, desconociendo la gravedad de las posibles consecuencias derivadas del ejercicio de la jurisdicción por un juez inhábil moralmente o afectado por circunstancias de igual relevancia.

Se puede apreciar, de esta forma, una inobservancia por parte del legislador en su deber objetivo de establecer mecanismos que protejan la garantía del juez idóneo e imparcial en los casos no contemplados por la legislación vigente, ya que solo así se asegura el cumplimiento del estándar mínimo exigido por el derecho a un procedimiento racional y justo. Esta situación ha comenzado a ser cada vez más perjudicial, impulsando reflexiones sobre la conveniencia de la taxatividad de las causales de inhabilidad del juez, lo que ha dado lugar a debates en torno a la posibilidad de implementar una “causal genérica” o de modificar y ampliar las causales legales. Estos esfuerzos merecen ser valorados, pues apuntan a mejorar el estándar de protección a un derecho fun-

damental de suma importancia dentro del Estado constitucional de derecho: el derecho al juez independiente, imparcial e idóneo.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALDUNATE LIZANA, Eduardo (2008): *Derechos fundamentales* (Santiago, Thomson Reuters).
- ALSINA, Hugo (1957): *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial* tomo II (Buenos Aires, Ediar Editores, segunda edición).
- BORDALI SALAMANCA, Andrés (2009): “El derecho fundamental a un tribunal independiente e imparcial en el ordenamiento jurídico chileno”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* vol. XXXIII, segundo semestre.
- BORDALI SALAMANCA, Andrés (2010): *La independencia judicial en el derecho chileno* (Santiago, Abeledo Perrot).
- BORDALI SALAMANCA, Andrés (2011): “Análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la tutela judicial”, *Revista Chilena de Derecho* vol. 38 n.º 2.
- BORDALI SALAMANCA, Andrés (2013): “La independencia de los jueces en la aplicación de la ley dentro de la organización judicial chilena”, *Revista Chilena de Derecho* vol. 40 n.º 2.
- BORDALI SALAMANCA, Andrés; CORTEZ MATCOVICH, Gonzalo y PALOMO VÉLEZ, Diego (2014): *Proceso civil. El juicio ordinario de mayor cuantía, procedimiento sumario y tutela cautelar* (Santiago, Thomson Reuters, segunda edición).
- BOUTAUD SCHEUERMANN, Emilio (2018): *El debido proceso sustantivo en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago).
- CARBONELL BELLOLIO, Flavia y LETELIER WARTENBERG, Raúl (2020): “Debido proceso y garantías jurisdiccionales”, en Contreras Vásquez, Pablo y Salgado Muñoz, Constanza (coords.), *Curso de derechos fundamentales* (Valencia, Tirant lo Blanch).
- CASARINO VITERBO, Mario (2008a): *Manual de derecho procesal. Derecho procesal orgánico*, tomo I (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, sexta edición).
- CASARINO VITERBO, Mario (2008b): *Manual de derecho procesal. Derecho procesal orgánico*, tomo II (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, sexta edición).
- CONTESSE SINGH, Jorge (2007): “Implicancias y recusaciones: el caso del Tribunal Constitucional. Informe en derecho sobre la inhabilidad constitucional para conocer de un caso en el que se ha vertido opinión pública con anterioridad”, *Ius et Praxis* vol. 13 n.º 2.
- CORTEZ MATCOVICH, Gonzalo y PALOMO VÉLEZ, Diego (2018): *Proceso civil. Normas comunes a todo procedimiento e incidentes* (Santiago, Thomson Reuters).



- COUTURE, Eduardo (1990): *Fundamentos del derecho procesal civil* (Buenos Aires, Ediciones Depalma, tercera edición).
- DE LA OLIVA SANTOS, Andrés; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio y VEGAS TORRES, Jaime (2004): *Derecho procesal. Introducción* (Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, tercera edición revisada y actualizada).
- ESPARZA LEIBAR, Iñaki (1995): *El principio del proceso debido* (Barcelona, Bosch Editor).
- FENECH, Miguel y CARRERAS, Jorge (1962): *Estudios de derecho procesal* (Barcelona, Librería Bosch).
- FIGUEROA YÁVAR, Juan Agustín y MORGADO SAN MARTÍN, Erika (2013): *Procedimientos civiles e incidentes* (Santiago, Thomson Reuters).
- GARCÍA PINO, Gonzalo y CONTRERAS VÁSQUEZ, Pablo (2013): “El derecho a la tutela judicial y al debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno”, *Estudios Constitucionales* vol. 11 n.º 2.
- GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo (2013): *Tratado de derecho procesal constitucional latinoamericano*, tomo III (Buenos Aires, Editorial La Ley).
- JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael (2002): *Imparcialidad judicial y derecho al juez imparcial* (Navarra, Editorial Aranzadi).
- LOEWENSTEIN, Karl (2018): *Teoría de la Constitución* (Barcelona, Editorial Ariel).
- MONTERO AROCA, Juan (2006): “Derecho a la imparcialidad judicial. Comentario al artículo II-107 del Tratado por el que se Establece una Constitución para Europa y al artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales* vol. 7, primer semestre.
- MONTERO AROCA, Juan (2008): “La imparcialidad judicial en el Convenio Europeo de Derechos Humanos”, en Ferrer Mac-Gregor Poisot, Eduardo y Zaldivar Lelo de Larrea, Arturo (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho. Derechos humanos y tribunales internacionales*, tomo IX (Ciudad de México, Marcial Pons).
- MONTERO AROCA, Juan; GÓMEZ COLOMER, Juan Luis y BARONA VILAR, Silvia (2018): *Derecho jurisdiccional. Parte general*, tomo I (Valencia, Tirant lo Blanch, vigésima sexta edición).
- NAVARRO BELTRÁN, Enrique (2011): “El debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en Arancibia Mattar, Jaime; Martínez Estay, José Ignacio y Romero Seguel, Alejandro (coords.), *Litigación pública* (Santiago, Thomson Reuters).
- NIEVA FENOLL, Jordi (2012): “El sesgo ideológico como causa de recusación”, *Ius et Praxis* vol. 18 n.º 2.
- NIEVA FENOLL, Jordi (2022): *Derecho procesal. Introducción*, tomo I (Valencia, Tirant lo Blanch, segunda edición).
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2004): “Elementos del bloque constitucional del acceso a la jurisdicción y debido proceso proveniente de la Convención Americana de Derechos Humanos”, *Estudios Constitucionales* vol. 2 n.º 1.

- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2007): *El debido proceso en la Constitución y el sistema interamericano* (Santiago, Librotecnia).
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2008): *Derechos fundamentales y garantías constitucionales*, tomo II (Santiago, Librotecnia).
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2015): “Derecho a la jurisdicción, tribunales independientes y jueces imparciales como estándar mínimo de respeto de los derechos de las personas en la Constitución y en el sistema interamericano”, en Asociación Chilena de Derecho Constitucional, *Poder Judicial. Libro homenaje al profesor Paulino Varas Alfonso* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2018a): *Derechos fundamentales y garantías constitucionales*, tomo I (Santiago, Librotecnia, quinta edición actualizada).
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2018b): *Derechos fundamentales y garantías constitucionales*, tomo II (Santiago, Librotecnia, cuarta edición actualizada).
- OBERG YÁÑEZ, Héctor y MANSO VILLALÓN, Macarena (2011): *Derecho procesal orgánico* (Concepción, Legal Publishing).
- ORELLANA TORRES, Fernando (2009): *Manual de derecho procesal. Derecho procesal orgánico*, tomo I (Santiago, Librotecnia, cuarta edición actualizada).
- PACHECO ILABACA, Fabián y REYES LÓPEZ, Jaqueline (2019): *Análisis jurisprudencial del Tribunal Constitucional de Chile y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, respecto a los elementos del debido proceso* (Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago).
- PEREIRA ANABALÓN, Hugo (1993): *Curso de derecho procesal. Derecho procesal orgánico*, tomo I (Santiago, Editorial Jurídica Conosur).
- PÉREZ LUÑO, Antonio (2016): *Los derechos fundamentales* (Madrid, Editorial Tecnos, undécima edición).
- PÉREZ SOLA, Nicolás (2018): “El contenido del derecho a un proceso con todas las garantías en la segunda instancia penal a la luz de la jurisprudencia del TEDH”, *Teoría y Realidad Constitucional* vol. n.º 42.
- RIESCO EYZAGUIRRE, Ricardo (2012): “Causales de inhabilidad de los jueces: se necesita cambios normativos”. Disponible en <https://www.ichdp.cl/causales-de-inhabilidad-de-los-jueces-se-necesita-cambios-normativos/> [fecha de consulta: 14 de octubre de 2024].
- ROMERO SEGUEL, Alejandro (2001): “La independencia e imparcialidad en la justicia arbitral”, *Revista Chilena de Derecho* vol. 28 n.º 3.
- ROMERO SEGUEL, Alejandro (2014): *Curso de derecho procesal civil. Los presupuestos procesales relativos al órgano jurisdiccional y a las partes*, tomo II (Santiago, Thomson Reuters, segunda edición actualizada).
- ROMERO SEGUEL, Alejandro y DÍAZ VILLALOBOS, José Ignacio (2016): *El arbitraje interno y comercial internacional* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, segunda edición actualizada).



- STOEHREL MAES, Carlos (2018): *De las disposiciones comunes a todo procedimiento y de los incidentes* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, sexta edición revisada y actualizada por Davor Harasic Yaksic).
- TARUFFO, Michele (2019): "Consideraciones generales sobre la independencia de los jueces", en Nieva Fenoll, Jordi y Oteiza, Eduardo (dirs.), *La independencia judicial: un constante asedio* (Madrid, Marcial Pons).
- TAVOLARI OLIVEROS, Raúl (2000): *El proceso en acción* (Santiago, Editorial Libromar).
- TOJO, Liliana y ELIZALDE, Pilar (2013): "La Comisión Interamericana de Derechos Humanos", en Steiner, Christian y Uribe, Patricia (coords.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario* (Santiago, Konrad-Adenauer-Stiftung).
- VALLESPÍN PÉREZ, David (2002): *El modelo constitucional de juicio justo en el ámbito del proceso civil* (Barcelona, Editorial Atelier).
- VARGAS PAVEZ, Macarena y FUENTES MAUREIRA, Claudio (2018): *Introducción al derecho procesal. Nuevas aproximaciones* (Santiago, DER Ediciones).
- VERDUGO MARINKOVIC, Mario y GARCÍA BARZELATTO, Ana María (2020): *Manual de derecho político. Instituciones políticas*, tomo I (Santiago, Tirant lo Blanch, cuarta edición).
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl (1994): *Estructuras judiciales* (Buenos Aires, Editorial Ediar).
- ZAPATA LARRAÍN, Patricio (2008): *Justicia constitucional. Teoría y práctica en el derecho chileno y comparado* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

### *Jurisprudencia*

- CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN (2016): rol C-1445-2016, Anabalón con Aguilón, 17 de noviembre de 2016.
- CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN (2018): rol 8088-2017, Jiménez con Morales y otros, 22 de febrero de 2018.
- CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN (2018): rol 2289-2018, Neira con Farmacias Ahumadas y otro, 13 de abril de 2018.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (1993): Cayara vs Perú, 3 de febrero de 1993.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (1999): Castillo Petrucci y otros vs Perú, 30 de mayo de 1999.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2000): Bámaca Velásquez vs Guatemala, 25 de noviembre de 2000.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2004): Herrera Ulloa con Costa Rica, 2 de julio de 2004.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2005): Fermín Ramírez vs Guatemala, 20 de junio de 2005.

- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2009): Barreto Leiva vs Venezuela, 17 de noviembre de 2009.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2009): Usón Ramírez vs Venezuela, 20 de noviembre de 2009.
- CORTE SUPREMA (2005): rol 1517-2005, De la Maza con Ministros de la Corte de Apelaciones de Santiago, 28 de septiembre de 2005.
- CORTE SUPREMA (2016): rol 11874-2015, Villanueva Molina con Ministros de la Corte de Apelaciones de Santiago, 22 de enero de 2016.
- CORTE SUPREMA (2016): rol 14299-2016, Guzmán con abogado integrante de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, 7 de marzo de 2016.
- JUZGADO DE LETRAS EN LO CIVIL DE TOMÉ (2016): rol C-67-2016, Anabalón con Aguilón, 22 de abril de 2016.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2010): rol 1518-09, requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de María Angélica Sánchez Vogel y otros, respecto del artículo 169 del Código Sanitario, en recurso de amparo rol 3073-2009 de la Corte de Apelaciones de Santiago, 21 de octubre de 2010.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2016): rol 2898-15, requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de la parte que indica del artículo 768, inciso segundo, del Código de Procedimiento Civil, en el marco de los recursos de casación en la forma y en el fondo rol 12874-2015 de la Corte Suprema, 21 de julio de 2016.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2016): rol 2856-15, requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Casinos de Juegos Temuco S.A. respecto del inciso tercero del artículo 55 de la Ley N° 19.995, en la parte que indica, en los autos sobre reclamación judicial de multa administrativa, caratulados Casinos de Juegos Temuco S.A. con Superintendencia de Casinos de Juego, de que conoce la Corte de Apelaciones de Temuco, por recurso de apelación, bajo el rol 879-2014, 15 de diciembre de 2016.

# LA CUESTIÓN PREJUDICIAL DOMÉSTICA EN EL ARBITRAJE DE INVERSIONES

## DOMESTIC PRELIMINARY RULING ISSUE IN INVESTMENT ARBITRATION

*Lucas Alejandro Villagrán Gajardo\**

RESUMEN: En este trabajo se analiza un supuesto específico de interacción entre el derecho doméstico y el derecho internacional en el marco de los arbitrajes de inversión, el cual ha sido caracterizado como “cuestión prejudicial doméstica”. A su vez, pretende plantear un modelo de análisis vinculado a la prejudicialidad, que explique el razonamiento que han tenido algunos tribunales arbitrales cuando se han enfrentado a este supuesto, además de abogar por su aplicación. Deseablemente, la aplicación sostenida de este modelo podría servir como remedio ante el problema de contradicción entre tribunales arbitrales de inversión y tribunales domésticos, que se estima, afecta a la legitimidad del sistema internacional de inversiones.

PALABRAS CLAVE: arbitraje de inversión, prejudicialidad, derecho doméstico, derecho internacional, dualismo, monismo.

ABSTRACT: This paper aims to analyze a specific case of interaction between domestic law and international law in the context of investment arbitration, which has been characterized as a “domestic preliminary ruling”. At the same time, it aims to propose a model of analysis linked to preliminary rulings, which explains the reasoning that some arbitral tribunals have had when faced with this case, in addition to advocating its application. Desirably, the sustained application of this model could serve as a remedy to the problem of contradiction between investment arbitration tribunals and domestic courts, which is considered to affect the legitimacy of the international investment system.

---

\* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Ayudante del Departamento de Derecho Procesal y Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Correo electrónico: lucas.villagran@derecho.uchile.cl

KEYWORDS: investment arbitration, prejudiciality, domestic law, international law, dualism, monism.

## INTRODUCCIÓN

Las teorías que tradicionalmente han explicado la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional han sido el monismo y el dualismo. De acuerdo con la doctrina dualista, ambos ordenamientos constituyen sistemas autónomos y permanecen separados, teniendo ambos sus propias esferas de aplicación<sup>1</sup>. Por otra parte, para la escuela monista, el derecho internacional y nacional son partes de un solo ordenamiento jurídico, asumiendo la rama internacional una posición superior en este orden<sup>2</sup>.

Sin embargo, las discusiones doctrinales entre el monismo y dualismo han perdido relevancia en la actualidad, pues se ha tendido a dar mayor preferencia a la práctica por sobre la teoría<sup>3</sup>. En efecto, se ha constatado que existen múltiples puntos de contacto y divergencia entre ambos sistemas jurídicos, estudiándose la interrelación entre los tribunales nacionales que aplican el derecho doméstico y los tribunales internacionales que aplican el derecho internacional público<sup>4</sup>.

El anterior panorama se ha replicado en el contexto de los arbitrajes de inversión. Si bien suele postularse que estos se insertan dentro del derecho internacional público<sup>5</sup>, resulta innegable que los tribunales domésticos y el derecho nacional poseen un papel en diversas aristas de estas disputas<sup>6</sup>. Esto conlleva a que las disputas de inversiones tengan un amplio efecto en el contexto doméstico de la inversión sujeta a disputa<sup>7</sup>, lo cual va de la mano con la naturaleza híbrida “público-privada” de este mecanismo de resolución de disputas, naturaleza que se expresa en dimensiones como: el régimen legal aplicable al arbitraje, los actores involucrados en las disputas, la función que cumplen los tribunales y las materias objeto de las decisiones finales<sup>8</sup>.

De la misma forma que la disputa de inversiones incide en el ámbito interno, el derecho nacional interno representa un papel trascendental en la re-

---

<sup>1</sup> BALDWIN (1916) p. 180.

<sup>2</sup> PRISLAN (2019) p. 7.

<sup>3</sup> *Ibid.*

<sup>4</sup> Véase SHANY (2008) p. 2 ss; TZANAKOPOULOS (2011) p. 133 ss.; VIRDZHINIYA (2021) p. 21 ss.

<sup>5</sup> ROBERTS (2015) p. 356.

<sup>6</sup> PRISLAN (2019) p. 1.

<sup>7</sup> URUEÑA (2016) p. 106.

<sup>8</sup> *Op. cit.* pp. 104-105.

solución de disputas referidas a inversiones<sup>9</sup>. En efecto, existe una serie de supuestos en que el derecho doméstico es esencial para estimar si ha existido vulneración al tratado de inversiones<sup>10</sup>, en términos tales que la disputa exige hacer referencia al derecho nacional en que se situó la inversión<sup>11</sup>. Dentro de estas situaciones, uno de los supuestos más relevantes es el de aquello que podría llamarse una “cuestión prejudicial doméstica”; es decir, aquel supuesto en el cual existe una cuestión previa que es regulada en virtud del derecho nacional (y, por lo tanto, es naturalmente materia de competencia de las Cortes domésticas), y que constituye un paso lógico-jurídico para entrar en el juzgamiento sobre la vulneración de una inversión. Este tipo de supuestos son usuales en las disputas de inversiones<sup>12</sup>, y representan una situación de contacto entre el derecho internacional y el derecho doméstico, lo cual exige coordinación y diálogo entre ambos ordenamientos y, en particular, de los órganos adjudicadores pertenecientes de los mismos.

En este trabajo se abordará el panorama actual de este tipo de supuestos, observando sus características, contornos, tratamiento, los problemas que conlleva y sus posibles soluciones. Para ello:

- I. se abordará primeramente la serie de supuestos en que el derecho nacional tiene un papel relevante en una disputa de inversiones.
- II. Posteriormente, se distinguirán aquellos supuestos en que la cuestión doméstica debe ser resuelta como cuestión previa, es decir, como un paso lógico-jurídico necesario para entrar en la resolución de la disputa sobre inversiones.
- III. Luego, se analizará cuál ha sido la actitud que han tomado los tribunales arbitrales en materia de inversiones cuándo se han enfrentado al problema de la cuestión previa doméstica, y se observará con especial detención la situación en que ha existido una sentencia doméstica que ha resuelto aquella cuestión con anterioridad al procedimiento de inversiones.
- IV. En este contexto, se relacionarán estas circunstancias con el creciente problema de deslegitimación que aqueja al arbitraje inversor-Estado hoy.
- V. Enseguida, se analizará la institución de la cosa juzgada como mecanismo utilizado en los ordenamientos domésticos del derecho continental y el *common law* para concretizar el valor de la coherencia entre decisiones judiciales.

---

<sup>9</sup> HEPBURN (2017) p. 4.

<sup>10</sup> *Ibid.*

<sup>11</sup> SCHREUER (2014) pp. 17-18.

<sup>12</sup> HEPBURN (2017) p. 2; CHERNYKH (2022) p. 305.

VI. Como se argumentará, la proyección de esta institución (en su vertiente positiva) hacia el arbitraje de inversiones podría servir como remedios ante el problema de incoherencia que aqueja hoy al arbitraje de inversiones, además de explicar el razonamiento que algunos tribunales han tenido en situaciones de cuestiones previas, encontrándose cierto reconocimiento implícito de la prejudicialidad heterogénea.

VII. Este modelo de análisis será sometido a eventuales críticas que podrían plantearse (VII).

Finalmente, se entregará un panorama general a la luz de las conclusiones de este trabajo.

## I. LA RELEVANCIA DEL DERECHO DOMÉSTICO EN EL ARBITRAJE DE INVERSIONES

El objeto de todo procedimiento de protección de inversiones es juzgar la responsabilidad internacional de un Estado por la vulneración a una inversión extranjera<sup>13</sup>. Por tanto, la aplicación del derecho internacional público es una consecuencia lógica derivada de la naturaleza de estas disputas, y del hecho de que la materia objeto de la disputa se encuentra regulada por el derecho internacional<sup>14</sup>.

Ahora bien, ha sido reconocido que el ordenamiento internacional no es autosuficiente en materia de inversiones extranjeras<sup>15</sup>, razón por la cual debe ser combinado con el derecho nacional del Estado contratante para lograr el juzgamiento internacional<sup>16</sup>. A pesar del papel central que podrían tener los ordenamientos domésticos en el arbitraje de inversiones, este tópico ha recibido poca atención de parte de la doctrina<sup>17</sup>. El derecho del Estado receptor regula una multitud de cuestiones técnicas en la relación de inversión como: su admisión, la concesión de licencias, las relaciones laborales, las cuestiones tri-

---

<sup>13</sup> DE BRABANDERE (2014) p. 125.

<sup>14</sup> Eric de Brabandere explica que en los primeros casos conocidos por los tribunales del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), era considerado que el derecho internacional tenía un papel secundario en relación con el derecho doméstico, dado que las demandas eran eminentemente contractuales y gobernadas por las normas internas. Esta determinación ha cambiado en la actualidad, en que se considera que el principal ordenamiento a aplicar por parte de los tribunales arbitrales es el derecho internacional. Ello se debe a que el arbitraje de inversiones contemporáneo se funda, principalmente, en tratados internacionales, no en contratos. *Op. cit.* pp. 125-126.

<sup>15</sup> *Op. cit.* p. 126.

<sup>16</sup> Algunas autoras son enfáticas en destacar que la referencia al derecho nacional es requerida en todas las fases del juzgamiento internacional de inversiones. CHERNYKH (2022) p. 306.

<sup>17</sup> HEPBURN (2017) pp. 4-5.

butarias, las cuestiones sobre divisas, entre otras<sup>18</sup>; todas las cuales pueden terminar incidiendo en la apreciación sobre la existencia de vulneración de los derechos de un inversionista.

Dado esto, existe una variedad de situaciones en que el ordenamiento jurídico del Estado receptor puede resultar trascendental para la resolución de la disputa por el Tribunal Arbitral. Como categorías generales y, a grandes rasgos, es posible distinguir las siguientes:

### *1. El papel del derecho doméstico con relación a las cláusulas de trato justo y equitativo*

La mayoría de los tratados de inversiones contienen cláusulas de trato justo y equitativo, siendo este uno de los conceptos más invocados en disputas de inversiones<sup>19</sup>. En esencia, el propósito de este tipo de cláusulas es integrar los vacíos dejados por estándares más específicos<sup>20</sup>, por lo que este tipo de disposiciones suelen tener un carácter general y abstracto<sup>21</sup>. Por lo tanto, el recurso al ordenamiento doméstico suele ser relevante para apreciar si es que ha existido una vulneración a la inversión respecto a este tipo de disposiciones. En este punto, lo que se ha determinado es que el cumplimiento de la legalidad interna por parte del Estado receptor es un criterio indicador para establecer si ha existido vulneración al trato justo y equitativo que merecía la inversión<sup>22</sup>. Si bien existe cierta jurisprudencia arbitral que ha negado la relevancia del derecho doméstico en el análisis de este tipo de cláusulas, en la práctica, la mayoría de los tribunales examinan la legalidad de la actuación de los Estados demandados al momento de evaluar la existencia de arbitrariedad y vulneración al trato justo y equitativo que merece una inversión<sup>23</sup>, constituyendo un elemento necesario, pero insuficiente para la determinación de vulneración a este tipo de cláusulas.

### *2. El papel del derecho doméstico en demandas de expropiación ilegal*

El derecho doméstico tiene incidencia en todas las fases del juzgamiento sobre una presunta expropiación ilegal. En primer lugar, es reconocido que el derecho doméstico representará un papel determinante cuando un tribunal deba re-

---

<sup>18</sup> SCHREUER (1996) p. 89.

<sup>19</sup> DOLZER & SCHREUER (2008) p. 119.

<sup>20</sup> *Op. cit.* p. 122. Como destacan los autores, este tipo de disposiciones suelen representar un papel similar al de la buena fe en los códigos de las jurisdicciones del *civil law*.

<sup>21</sup> HEPBURN (2017) p. 13.

<sup>22</sup> *Op. cit.* p. 14.

<sup>23</sup> *Op. cit.* p. 39.

solver una disputa sobre la existencia de los derechos del inversionista que se reclaman expropiados<sup>24</sup>, siendo el caso *Emmis v. Hungary* uno de los precedentes más recordados en esta materia. En segundo lugar, ha sido sostenido que el derecho doméstico también tiene un papel importante en otras fases del juzgamiento en una demanda sobre expropiación; por ejemplo, en la resolución sobre si la expropiación de derechos del inversionista ha, de hecho, ocurrido<sup>25</sup>. En este sentido, el derecho interno puede proveer aquellos estándares necesarios para apreciar la ocurrencia de un procedimiento expropiatorio, o si ha existido un despojo arbitrario por parte de una entidad administrativa de la propiedad del inversionista o no<sup>26</sup>.

En tercer lugar, el derecho interno también puede ayudar en el establecimiento de si la expropiación ha sido ilegal de acuerdo con los estándares del derecho internacional<sup>27</sup>. En este último supuesto, la referencia al derecho doméstico tendrá relación con la aplicación del debido proceso que debe mediar en cualquier procedimiento expropiatorio.

De esta forma, se estima que el derecho doméstico posee un papel determinante en todas las etapas del juzgamiento de demandas sobre expropiación ilegal.

### 3. *El papel del derecho doméstico en la determinación de los remedios procedentes*

Tal como es destacado por algunos autores, la determinación de los remedios disponibles en el derecho internacional de inversiones es un tópico al que se le ha puesto poca atención en la literatura<sup>28</sup>, y que en la práctica es guiado vagamente por los principios del ordenamiento jurídico internacional<sup>29</sup>. Dado este contexto, existe una serie de casos en que los tribunales arbitrales han hecho referencia al derecho doméstico del Estado contratante para determinar el remedio adecuado a una situación particular, existiendo tres tipos de casos en general: cuando las instituciones locales han fallado al tener que actuar de determinada manera con relación a la inversión (caso en el cual no es claro el régimen de remedios por el cual debiera optarse); cuando una parcialidad de la inversión del demandante está en disputa (sin que se vea afectada la jurisdicción) y cuan-

---

<sup>24</sup> PATHAK (2021) p. 380.

<sup>25</sup> Véase TRIBUNAL (2006) *Saluka Investments BV (The Netherlands) v. The Czech Republic* (UNCITRAL) ¶ 271-275.

<sup>26</sup> *Op. cit.* ¶ 271.

<sup>27</sup> HEPBURN (2017) p. 41.

<sup>28</sup> JANA (2016) p. 288.

<sup>29</sup> HEPBURN (2017) p. 69.



do existe disputa sobre la extensión temporal de los derechos del demandante en orden a calcular la correspondiente indemnización hacia el futuro<sup>30</sup>. A ello, puede agregarse los supuestos en que los tribunales arbitrales se han enfrentado a la pregunta sobre si remedios no pecuniarios se encuentran disponibles en el sistema de inversiones (cuestión en que los tribunales del CIADI parecen diferir de otros sistemas<sup>31</sup>). En todos estos casos, el ordenamiento doméstico orientará al tribunal arbitral; o en la determinación del remedio más adecuado o en la extensión de la compensación procedente.

#### 4. *El papel del derecho doméstico en presencia de cláusulas paraguas*

La cuestión referida a la relación entre tratados y contratos ha recibido amplia atención tanto en la doctrina como en la jurisprudencia de inversiones<sup>32</sup>. Esto, en particular, debido a la existencia de cláusulas paraguas o *umbrella clauses* en los tratados de inversión, las cuales tienen el efecto de poner los compromisos contractuales asumidos por un Estado bajo el paraguas protector del tratado, convirtiendo una vulneración contractual en una violación al tratado<sup>33</sup>. En términos prácticos, la cláusula paraguas consagra una obligación internacional del Estado receptor de la inversión, consistente en el deber de respetar los compromisos que ha asumido, pero su juzgamiento requiere el análisis sobre el cumplimiento de las obligaciones contractuales contraídas en el marco del ordenamiento jurídico interno<sup>34</sup>. De esta forma, es necesario el análisis del cumplimiento de las obligaciones del Estado contraídas en el marco de un contrato de inversiones, cuestión que hace necesaria la referencia al ordenamiento jurídico doméstico. Por ello, es establecido que la cláusula paraguas constituye un punto de contacto entre el ordenamiento doméstico y el internacional<sup>35</sup>.

#### 5. *El papel del derecho doméstico en la afirmación de la jurisdicción del tribunal*

Como es ampliamente conocido, la jurisdicción de los tribunales arbitrales de inversión cuando tienen origen en un tratado posee cuatro dimensiones: la jurisdicción *ratione materiae*, la jurisdicción *ratione personae*, la jurisdicción *ratione*

---

<sup>30</sup> HEPBURN (2017) pp. 73-74.

<sup>31</sup> JANA (2016) p. 289.

<sup>32</sup> CRAWFORD (2008) p. 351.

<sup>33</sup> SCHREUER (2004) p. 250.

<sup>34</sup> MEREMINSKAYA (2009) p. 44.

<sup>35</sup> *Op. cit.* p. 13.

*temporis* y la jurisdicción *ratione voluntatis*. Cada una de estas aristas posee distintos elementos en los cuales el derecho doméstico puede tener mayor o menor relevancia. En cuanto a la dimensión *ratione materiae*, por ejemplo, el enfoque común es que los tratados estipulen que la controversia deba ser susceptible de ser calificada como una “disputa legal” referida a una inversión<sup>36</sup>, lo cual implica que las partes deban hacer alusión a la naturaleza legal, bajo el ordenamiento interno, del derecho u obligación que ha sido incumplida y que requiere reparación<sup>37</sup>. Lo mismo sucede con la caracterización de un negocio como una “inversión”<sup>38</sup> en lo cual, sin perjuicio de que disposiciones de los tratados relevantes, también se suele hacer referencia a normas internas para delimitar el concepto en la disputa. En lo relativo a la competencia *ratione personae*, la cuestión sobre la nacionalidad del inversionista relativa a uno de los Estados contratantes será algo eminentemente regulado por el derecho del Estado doméstico<sup>39</sup>. En cuanto a la competencia *ratione temporis* y *ratione voluntatis*, estos son elementos en los que tiene preponderancia el derecho internacional público, sin perjuicio de que el derecho doméstico podría resultar relevante según las eventualidades del caso.

## II. LA CUESTIÓN DOMÉSTICA COMO CUESTIÓN PREVIA

Como es apreciable, existen múltiples puntos en que la disputa de inversiones se superpone con disputas domésticas y, por lo tanto, el ordenamiento jurídico internacional se superpone con el nacional. En algunos de estos supuestos, la cuestión doméstica constituye un presupuesto lógico-jurídico para la afirmación de una cuestión internacional relativa a la vulneración de la inversión, pudiendo ser objeto de un juicio autónomo por parte de los tribunales nacionales. En otros términos, existe una determinada cuestión “x”, que es necesaria determinar y que cae dentro de la órbita del ordenamiento jurídico interno, para, posteriormente, entrar en la resolución de una cuestión principal “y”, que es el juzga-

---

<sup>36</sup> UNCTAD (2003) p. 48. Una forma típica de este requerimiento puede encontrarse en el artículo 9 del TBI de 1994 entre Lituania y Holanda, el cual dispone: “Cada Parte Contratante por el presente instrumento consiente en someter cualquier disputa legal que surja entre esa Parte Contratante y un inversionista de la otra Parte Contratante, en relación con una inversión de ese inversionista en el territorio de la Parte Contratante, al Centro Internacional [...]”.

<sup>37</sup> *Op. cit.* p. 50.

<sup>38</sup> El precedente más citado en lo referido a la identificación de una inversión es TRIBUNAL (2011) *Salini Costruttori SpA. Amd Italstrade S.p.A v. Kingdom of Morocco* [I] ¶52 ss.

<sup>39</sup> DOUGLAS (2009) p. 77.

miento de la responsabilidad internacional del Estado. Este tipo de situaciones han sido tratadas en la literatura como “*incidental issues*”<sup>40</sup>, y se producen cuando una norma interna conlleva consecuencias jurídicas no solo respecto de circunstancias puramente fácticas, sino, también, respecto de otras relaciones o estatutos jurídicos<sup>41, 42</sup>.

Si bien es destacado que existe un amplio espacio para que estas situaciones se produzcan<sup>43</sup>, este trabajo se centrará en dos supuestos que, a juicio del investigador, resultan prístinos y simplifican el análisis (ello, sin perjuicio de que las conclusiones de este trabajo puedan ser extrapoladas a todos los demás supuestos de cuestiones prejudiciales domésticas). El primero, es la determinación previa de la existencia, alcance y terminación de un derecho de propiedad sobre bienes que se alegan expropiados. Y el segundo, es la determinación previa sobre la legalidad de la actuación administrativa estatal en disputas sobre vulneración al trato justo y equitativo. En ambos casos, existe una cuestión doméstica sustantiva susceptible de ser discutida como objeto procesal autónomo en un juicio interno, y que es presupuesto para el juzgamiento sustantivo de vulneración a la inversión.

En cuanto a lo primero, es reconocido que, incluso, en una disputa sobre protección de inversiones, los derechos presuntamente expropiados deben existir bajo la ley doméstica que los ha creado<sup>44</sup>. De esta forma, la pregunta sobre el alcance o existencia de los derechos afectados puede caer bajo la órbita de competencia de un tribunal arbitral comercial<sup>45</sup> o de un tribunal doméstico<sup>46</sup>, ambos aplicando la legislación interna del Estado receptor.

Respecto al segundo supuesto, la determinación interna sobre la legalidad de una determinada actuación estatal puede constituir una cuestión preliminar al juzgamiento internacional sobre infracción al trato justo y equitativo debido al inversionista. Este supuesto se da, por ejemplo, en el caso de deber

---

<sup>40</sup> Véase DOUGLAS (2009) p. 50 ss.; CHERNYKH (2022) p. 293 ss.

<sup>41</sup> CHERNYKH (2022) p. 294.

<sup>42</sup> En el ámbito puramente doméstico, por ejemplo, algunas situaciones que ilustran esta idea son: la afirmación de la validez de dos contratos de matrimonio para la determinación de existencia de un delito de bigamia; o la afirmación de validez de un acuerdo de transferencia de acciones para la posterior resolución de una disputa sobre la inscripción de esas acciones; o la determinación de existencia de un vínculo laboral entre dos sujetos para el juzgamiento posterior de responsabilidad de un empresario por el hecho de su dependiente. En todos estos casos, existen dos situaciones jurídicas distintas, pero vinculadas que constituyen “cuestiones de carácter sustantivo y no procesal susceptibles, por sí mismas, de ser discutidas como objeto autónomo en un proceso principal”. RIVERO (2015) p. 414.

<sup>43</sup> CHERNYKH (2022) p. 313 ss.

<sup>44</sup> TRIBUNAL (2006) *EnCana Corporation v. Republic of Ecuador* ¶184.

<sup>45</sup> PATHAK (2021) p. 380.

<sup>46</sup> DOUGLAS (2009) p. 52.

determinar si un organismo administrativo ha actuado arbitrariamente en la imposición de un impuesto exuberante al inversionista, violando el estándar de trato justo y equitativo<sup>47</sup>. Ahora bien, respecto de este punto, cabe hacer una precisión: la pregunta sobre la legalidad de la actuación estatal solo constituirá una cuestión prejudicial doméstica en tanto se considere que aquello es un elemento necesario, pero insuficiente para apreciar la vulneración al trato justo y equitativo<sup>48</sup>. En el caso de que se considere que la legalidad de la actuación estatal es irrelevante para la apreciación de vulneración al tratado de inversiones, entonces este supuesto no constituirá una cuestión previa doméstica.

Dicho lo anterior, resulta necesario distinguir este tipo de supuestos de aquellos en que el derecho doméstico es necesario para el procedimiento de protección de inversiones, pero no como cuestión previa. Es decir, supuestos en que no existe vinculación lógico-jurídica dentro de un razonamiento deductivo, sino que una mera conexión objetiva entre los elementos del juicio internacional y de una disputa interna<sup>49</sup>.

Aquí, la situación que resulta confusa es la de la cláusula paraguas y las reclamaciones contractuales. En el usual caso en que existe, por un lado, un contrato de inversiones entre el inversionista y una agencia estatal y, por el otro, una cláusula paraguas en el tratado protector de aquel contrato, el inversionista puede accionar por un incumplimiento contractual del Estado ante el foro competente designado en el contrato, y también puede accionar reclamando la vulneración a la cláusula paraguas ante el tribunal arbitral de inversiones<sup>50</sup>. Si bien en ambos casos el juicio tendrá como elemento común la constatación del

---

<sup>47</sup> PRISLAN (2019) p. 108.

<sup>48</sup> Esta línea de análisis parece encontrarse en el razonamiento del tribunal en TRIBUNAL (2003) ADF Group Inc. v. United States of America, el cual razonó que se requiere “algo más” que la simple ilegalidad bajo el derecho doméstico para caracterizar la actuación estatal como arbitraria bajo los términos del tratado: “An unauthorized or ultra vires act of a governmental entity of course remains, in international law, the act of the State of which the acting entity is part, if that entity acted in its official capacity. But something more than simple illegality or lack of authority under the domestic law of a State is necessary to render an act or measure inconsistent with the customary international law requirements of Article 1105(1), even under the Investor’s view of that Article”. *Op. cit.* ¶190.

<sup>49</sup> Las cuestiones prejudiciales suponen la conexidad, en términos que se trata de pretensiones que tienen elementos comunes. Pero no basta la conexidad para hallarse ante un supuesto de prejudicialidad, sino que, además, es preciso que entre estas pretensiones exista subordinación lógica, de modo que lo que debe resolverse es presupuesto lógico necesario para poder resolver otra cosa. Si las acciones no se encuentran en relación de subordinación lógica, puede decirse que se encuentran en relación de conexión objetiva, pero no de prejudicialidad. Véase PRIORI (2010) pp. 281-282.

<sup>50</sup> ZARRA (2016) p. 6 haciendo referencia al caso TRIBUNAL (2002) Compañía de Aguas del Aconquija SA and Compagnie Générale des Eaux/Vivendi Universal v. Argentine Republic ¶95-96.

cumplimiento o incumplimiento del contrato, el objeto del juicio será distinto, sin encontrarse vinculado lógicamente. En el primer caso, el inversionista usualmente buscará la condena del Estado por responsabilidad civil contractual (con sus elementos: causalidad, culpa, daño); en el segundo caso, el juicio versará sobre la responsabilidad internacional del Estado por inobservancia de sus compromisos asumidos. Como es obvio, la afirmación de responsabilidad contractual no es antecedente lógico de la afirmación de responsabilidad internacional, sin perjuicio de que ambos estatutos de responsabilidad compartan el incumplimiento como elemento objetivo. Por ende, la situación de reclamaciones contractuales y cláusulas paraguas no se encuentran en relación de cuestión previa y cuestión principal.

En cuanto a las cuestiones meramente jurisdiccionales, estas tampoco son cuestiones previas en el sentido en que se han conceptualizado en este trabajo. La cuestión previa doméstica necesariamente tiene incidencia en el fondo de la disputa de inversiones. Las cuestiones domésticas con incidencia en la jurisdicción de los tribunales de inversión son, en cambio, requerimientos impuestos por los tratados en cuanto a su órbita de protección, que no tienen relación con la reclamación de fondo, que es interpuesta en el procedimiento de inversiones. Ello no obsta a que una cuestión prejudicial doméstica sea, al mismo tiempo, una cuestión que incida en la jurisdicción del tribunal (como el caso de la existencia de la inversión para afirmar la jurisdicción *ratione materiae*).

Por último, no existirá cuestión prejudicial doméstica cuando el derecho doméstico es utilizado como herramienta para afirmar cuestiones fácticas, para llenar vacíos referidos a remedios procedentes, para llevar a cabo el cálculo de las indemnizaciones procedentes, u otros elementos similares.

### III. LA EXPERIENCIA JURISPRUDENCIAL

#### SOBRE LA CUESTIÓN PREVIA DOMÉSTICA:

#### LA COSA JUZGADA DOMÉSTICA

Delimitados los supuestos de cuestión previa doméstica y diferenciados de otros tipos de situaciones, la pregunta fundamental en este punto es: ¿cuál ha sido la actitud que han tomado los tribunales arbitrales de inversión cuando se han visto enfrentados a una pregunta sobre una cuestión prejudicial doméstica? Para abordar esta pregunta, es necesario precisar que la institución en juego aquí es la cosa juzgada<sup>51</sup>. Es decir, la actitud de la jurisprudencia frente a la cuestión prejudicial doméstica depende de que se considere que una decisión doméstica pueda o no tener efecto de cosa juzgada en la disputa de inversiones.

---

<sup>51</sup> PRISLAN (2019) p. 78.

Como punto de partida, resulta necesario reconocer que una parte considerable de la doctrina internacionalista en materia de inversiones sostiene la estricta separación conceptual entre el ordenamiento internacional y nacional<sup>52</sup> (a veces, presentado mediante la idea de “superioridad del ordenamiento internacional”<sup>53</sup>), en línea con la teoría dualista. El correlato de ello es que resultaría imposible que un juicio doméstico tuviese efectos normativos en el procedimiento internacional de inversiones<sup>54</sup>, mas simplemente constituiría una mera cuestión fáctica. En caso de existir contradicción entre tribunales nacionales (sea arbitrales o judiciales) y tribunales de inversión, esto podría ser considerado como “la triste consecuencia de la pertenencia de los adjudicadores a sistemas diferentes y autónomos”<sup>55</sup>.

La línea jurisprudencial mayoritaria se muestra en un sentido similar<sup>56</sup>. Uno de los casos que pueden citarse como muestra de ello es *Wena Hotels v. Egipto*<sup>57</sup>, el cual refería a una disputa sobre una presunta expropiación ilegal. En él, *Wena Hotels (Wena)*, una empresa británica, suscribió dos contratos de arrendamiento en 1989 de dos hoteles ubicados en Egipto con *Egyptian Hotels Company (EHC)*, una empresa pública afiliada a la autoridad en el sector de turismo de Egipto. Poco después de haber entrado en los contratos, disputas surgieron entre ambas empresas en relación con sus respectivas obligaciones bajo uno de ellos.

A juicio de *Wena*, uno de los hoteles había sido entregado en condiciones inferiores a las estipuladas, razón por la cual decidió retener parte de la renta como lo permitía el contrato. Por su parte, *EHC* hizo efectiva parte de la garantía que había sido otorgada por parte de la arrendataria. En mayo de 1990, *Wena* comenzó un procedimiento arbitral *ad hoc* de carácter comercial, en virtud de una cláusula compromisoria contenida en el contrato, relativo a la disputa que había sido mantenida. En aquel procedimiento, el tribunal determinó negativamente la existencia de derechos de propiedad de *Wena* respecto del contrato pactado bajo el derecho nacional del Estado receptor, y determinó que debía pagar el monto restante de las rentas.

Luego, la misma empresa inició un procedimiento CIADI en contra del gobierno de Egipto, en virtud de que “*EHC* había operado en línea con los li-

<sup>52</sup> NOVÝ (2017) p. 541; McLACHLAN (2009) p. 362; SHANY (2004) p. 244; INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION (2009a) p. 17.

<sup>53</sup> PRISLAN (2019) p. 121; PATHAK (2021) p. 386.

<sup>54</sup> PRISLAN (2019) p. 125.

<sup>55</sup> CUNIBERTI (2006) p. 396.

<sup>56</sup> El razonamiento detrás sería que la consecuencia de la separación conceptual del ordenamiento doméstico e internacional y la relación jerárquica entre adjudicadores de ambos sistemas sería la imposibilidad de afectaciones entre sí. TRIBUNAL (2007) *Industria Nacional de Alimentos, A.S. and Indalsa Perú S.A. v. The Republic of Peru* ¶¶87-88.

<sup>57</sup> TRIBUNAL (2000) *Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt*.

neamientos políticos del Gobierno egipcio”<sup>58</sup>, imputándosele a este último una expropiación ilegal y la vulneración al trato justo y equitativo que debía proporcionarle en virtud del Acuerdo de Promoción y Protección de Inversiones suscrito entre el Reino Unido y Egipto. Al momento de decidir el caso, el panel decidió no considerar como relevante aquello decidido por el tribunal *ad hoc* en 1990, y encontró al Estado responsable de la expropiación, condenándolo a la compensación del inversionista. El laudo fue sometido a un procedimiento de anulación<sup>59</sup>, en el cual Egipto objetó, precisamente, la inobservancia de aquello establecido por el tribunal comercial diez años antes. Ante ello, el comité de anulación sostuvo:

“que la disputa del tribunal involucraba a partes diferentes [...], y concernía a una materia totalmente distinta al aspecto comercial de los contratos de arrendamiento”<sup>60</sup>.

Más aún, el tribunal argumentó:

“El comité no puede ignorar que obviamente existe una conexión entre los arrendamientos y el APPI dado que el primero fue diseñado para operar bajo la protección de este último como una materialización de la inversión. Pero esta es simplemente una condición precedente para la operatividad del APPI. No significa la amalgamación de instrumentos legales diferentes y mecanismos de resolución de disputas [...]. La función privada y pública de estos instrumentos ha de mantenerse separada y distinguida”<sup>61</sup>.

Así, el tribunal terminó por confirmar la decisión que había sido dictada en contradicción a lo que había sostenido el tribunal comercial.

Como es claro en este precedente, el tribunal parece haber adoptado la comprensión bajo la cual lo decidido en el ámbito doméstico no le resultaba vinculante. El fallo de anulación fue criticado por algunos autores, sosteniéndose que su razonamiento implicaba una “sobre simplificación de la aparente distinción entre los dominios del arbitraje comercial y el arbitraje de inversiones”<sup>62</sup>, y en particular, que:

“si Wena hubiera incumplido sus obligaciones en virtud de los contratos de arrendamiento de tal forma que EHC tuviera derecho a res-

<sup>58</sup> TRIBUNAL (2000) *Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt* ¶68.

<sup>59</sup> TRIBUNAL (2002) *Wena Hotels Ltd v. Arab Republic of Egypt*.

<sup>60</sup> *Op. cit.* ¶29.

<sup>61</sup> *Op. cit.* ¶35.

<sup>62</sup> DOUGLAS (2009) pp. 57-58.



cindir los contratos de arrendamiento de conformidad con la legislación aplicable, no habría habido inversión que expropiar”<sup>63</sup>.

Es decir, la crítica fue formulada en términos de la contradicción lógica producida entre la decisión doméstica y la decisión internacional. Cabe destacar, además, que el fallo fue calificado por parte de la doctrina como gravemente deficiente en cuanto a su fundamentación de los remedios y el interés procedente<sup>64</sup>.

En el contexto de actuaciones administrativas ilegales y vulneración al trato justo y equitativo, otro fallo que también demuestra esta inclinación a desconocer la cosa juzgada doméstica es *Helnan v. Egypt*<sup>65</sup>. En este caso, el demandante era una empresa danesa que suscribió un contrato para la gestión y explotación de un hotel cinco estrellas en el Cairo con la Organización Egipcia de Turismo y Hoteles (EGOTH). A raíz de una rebaja de la categoría del hotel por parte del Ministerio de Turismo, Helnan (el inversionista) inició un arbitraje contractual doméstico bajo las reglas del Centro Regional del Cairo de Arbitraje Internacional.

Este procedimiento terminó con un laudo que declaró terminado el contrato de gestión y requirió al inversionista devolver el hotel a EGOTH. Los intentos del inversionista por anular el laudo dictado fueron infructíferos, toda vez que los recursos interpuestos fueron rechazados por los tribunales superiores de Egipto. Luego de que el laudo fuera ejecutado y el hotel fuese devuelto a EGOTH, el inversionista inició un procedimiento CIADI en contra de Egipto, alegando que su inversión había sido objeto de trato arbitrario, vulnerando el tratado bilateral de inversiones entre Egipto y Dinamarca.

El tribunal, en este caso, considerando el efecto del laudo dictado por el arbitraje doméstico y que el mismo había sido confirmado por las Cortes egipcias, constató que debía

“aceptar las conclusiones de los tribunales locales siempre que no se demuestren deficiencias, de procedimiento o de fondo, en los procedimientos domésticos, que sean de tal naturaleza que las hagan inaceptables desde el punto de vista del derecho internacional, como en el caso de una denegación de justicia”<sup>66</sup>.

Si bien esta declaración parece ir en contra del razonamiento del caso *Wena* y mostrar una inclinación a la coordinación de procedimientos, en realidad implicó una conclusión similar al del caso anteriormente analizado.

---

<sup>63</sup> DOUGLAS (2009) p. 58.

<sup>64</sup> MAUPIN (2008).

<sup>65</sup> TRIBUNAL (2008) *Helnan International Hotels A/S v. Arab Republic of Egypt*.

<sup>66</sup> *Op. cit.* ¶106.



En particular, el tribunal se limitó a referir a la denegación de justicia como solo una de varias posibilidades para contrariar lo decidido en el arbitraje doméstico, reconociendo que las deficiencias sustantivas también podrían hacer problemático el resultado de los procedimientos locales desde la perspectiva del derecho internacional. El tribunal sostuvo, además, que en cuanto a la aplicación de la cosa juzgada, una decisión de un tribunal nacional resultaba aplicable “solo dentro del orden legal al cual pertenece”, el cual, en este caso, era el ordenamiento jurídico egipcio y no el derecho internacional<sup>67</sup>. Por tanto, el tribunal concluyó que las determinaciones arribadas en el arbitraje local solo eran vinculantes “meramente como cuestiones de derecho doméstico”<sup>68</sup>. Finalmente, el tribunal terminó por rechazar las pretensiones del inversionista, considerando que el descenso en la categoría del hotel no había causado las decisiones de los tribunales en el ámbito interno.

Esta línea jurisprudencial es clara en rechazar el efecto vinculante que tienen las decisiones domésticas en el procedimiento de protección de inversiones. Para ello, esta postura ha tomado dos carices distintos: uno, que enfatiza la autonomía del sistema de adjudicación del derecho de inversiones por oposición a la litigación doméstica y, otro, que se centra en la distinción de los ordenamientos jurídicos internacional y doméstico en su conjunto<sup>69</sup>. Sin perjuicio de la faceta que se adopte, en ambos casos la línea argumentativa se dirige a desacreditar el carácter vinculante de las decisiones nacionales en el juzgamiento internacional.

Esta postura puede reconducirse en sus orígenes a la decisión “Certain German Interests in Polish Upper Silesia” de la Corte Permanente de Justicia Internacional, de 15 de mayo de 1925<sup>70</sup>. En aquel caso, la Corte fue enfática en declarar que el hecho de que el Tribunal Mixto operara en la esfera del derecho doméstico y la Corte en el marco del derecho internacional tornaba imposible la superposición de competencias entre ambos tribunales<sup>71</sup>, cuestión determinante para rechazar la excepción de litispendencia que había sido opuesta.

Si bien existen múltiples laudos en los que ha sido adoptada esta visión<sup>72</sup>, razonablemente podría cuestionarse si es que este enfoque se condice con la realidad del ingreso del derecho internacional en el derecho doméstico y en las decisiones internas<sup>73</sup>, y del papel que tienen los tribunales domésticos en las disputas

<sup>67</sup> TRIBUNAL (2008) *Helnan International Hotels A/S v. Arab Republic of Egypt* ¶ 123.

<sup>68</sup> WEHLAND (2019) p. 216.

<sup>69</sup> PRISLAN (2019) p. 123.

<sup>70</sup> TRIBUNAL (1925) *Certain German Interests in Polish Upper Silesia*.

<sup>71</sup> SHANY (2004) p. 240.

<sup>72</sup> WEHLAND (2019) p. 216.

<sup>73</sup> NOVÝ (2017) p. 542.

internacionales<sup>74</sup>. En este sentido, ¿hasta qué punto la desvinculación de las decisiones internas por parte de los tribunales arbitrales de inversión afecta la legitimidad del arbitraje de inversiones como mecanismo de resolución de disputas? O visto desde otra dimensión, ¿la contradicción lógica entre las decisiones domésticas y las de los tribunales de inversión incide en la legitimidad de este mecanismo de adjudicación?

#### IV. LA CRISIS DE LEGITIMIDAD

##### DE LOS ARBITRAJES INVERSOR-ESTADO:

##### EL PROBLEMA DE LA CONTRADICCIÓN Y LA COHERENCIA

La crisis de legitimidad del arbitraje inversor-Estado viene siendo un tema en discusión desde hace décadas<sup>75</sup>, en las cuales se han ido acumulando voces críticas al régimen internacional de inversiones en construcción<sup>76</sup>. En la actualidad, existe una percepción de sesgo en el arbitraje de inversiones que ha conllevado a que muchos Estados estén terminando (o considerando terminar) sus tratados bilaterales de inversión y denunciando (o considerando denunciar) la convención CIADI<sup>77</sup>. En términos generales:

“existe una desconfianza generalizada y fundamental por el público sobre la justicia e imparcialidad del modelo tradicional de resolución de disputas inversor-Estado. Esto ha afectado significativamente la aceptación pública del sistema de resolución de inversiones y de empresas llevando aquel tipo de casos”<sup>78</sup>.

En particular, una de las distintas causas de deslegitimación del sistema se debe al incremento de decisiones contradictorias (en particular, generado durante el periodo 2005-2010), lo cual ha producido incertidumbre respecto de la significación de los derechos incluidos en tratados de inversiones<sup>79</sup>. Esto ha conllevado al descontento con el sistema para afrontar el problema de la falta de consistencia y coherencia en la interpretación de problemas jurídicos, cuestión que permanece irresuelta<sup>80</sup>.

Este problema se manifiesta de forma prístina cuando los tribunales arbitrales de inversión aplican el derecho doméstico, campo en el cual la autoridad

---

<sup>74</sup> Véase TZANAKOPOULOS (2011).

<sup>75</sup> Véase FRANCK (2004).

<sup>76</sup> QUINTERO (2022) p. 55.

<sup>77</sup> ZARRA (2018) p. 142.

<sup>78</sup> MALMSTRÖM (2015).

<sup>79</sup> QUINTERO (2022) p. 56.

<sup>80</sup> BEHN, LANGFORD & LÉTOURNEAU-TREMBLAY (2020) pp. 217-223.

de estos tribunales no es evidente<sup>81</sup>. Por el contrario, quienes se encuentran en mejor posición para resolver una cuestión jurídica interna son las propias Cortes domésticas, más aún si el problema jurídico tiene implicancias públicas<sup>82</sup>. Ello conlleva a que la legitimidad de los tribunales de inversión dependa, en cierta medida, de la deferencia que tengan con los tribunales domésticos<sup>83</sup>. Si existe falta de deferencia de los tribunales arbitrales de inversión con los tribunales internos, esto usualmente conlleva a decisiones conflictivas, lo cual termina por amenazar la estabilidad y legitimación de estos tribunales y el sistema internacional de inversiones<sup>84</sup>.

Lo anterior se ve agravado por la autocomprensión tradicional de los tribunales arbitrales de inversión, quienes frecuentemente invocan su naturaleza autónoma como justificación teórica para desestimar la procedencia de herramientas de coordinación como la excepción de litispendencia<sup>85</sup>. Ya sea por la evocación de la autonomía del sistema de los tribunales arbitrales de inversión o por el dualismo entre el derecho internacional o el derecho doméstico, es claro que este enfoque (como se vio, generalizado de los tribunales de inversión) produce la incomunicabilidad entre las decisiones judiciales que son tomadas en el ámbito interno y las decisiones arbitrales a escala internacional. El resultado es un amplio espacio para la producción de contradicción e incoherencia.

En un escenario como este, surge la necesidad de, o recurrir a nuevas instituciones para hacer frente al problema jurídico contingente de incoherencia entre decisiones internacionales y domésticas, o de modificar la comprensión tradicional de las instituciones que se encuentran a disposición en el derecho internacional (derecho principalmente aplicable en la consecución del procedimiento este tipo de disputas<sup>86</sup>) para afrontarlo. Así, si existe el problema de decisiones contradictorias entre tribunales arbitrales de inversión y tribunales domésticos en cuanto a cuestiones preliminares, la pregunta que surge es si puede la cosa juzgada representar un papel relevante en remediar esta situación.

Ante aquella pregunta, lo que debiera tomarse en consideración es que el derecho internacional encuentra su fundamento y fisonomía originaria en analogías del derecho doméstico<sup>87</sup>. Por ello, la referencia conceptual al ordenamiento jurídico doméstico para interpretar las instituciones internacionales (sin desvirtuar la autonomía del ordenamiento jurídico internacional) está com-

---

<sup>81</sup> PRISLAN (2019) p. 424.

<sup>82</sup> *Op. cit.* p. 425.

<sup>83</sup> HEPBURN (2017) p. 109.

<sup>84</sup> BRENNINKMEIJER (2023) p. 381.

<sup>85</sup> PATHAK (2021) p. 393.

<sup>86</sup> BROWN (2010) p. 664.

<sup>87</sup> NOVÝ (2017) p. 539.

pletamente justificada<sup>88</sup>. Así, la comprensión de la cosa juzgada en el plano internacional puede tomar buenas lecciones de la función que cumple esta institución en los ordenamientos domésticos.

## V. EL PAPEL DE LA COSA JUZGADA EN EL DERECHO DOMÉSTICO Y SU PROYECCIÓN AL ARBITRAJE DE INVERSIONES

En el contexto interno, la institución de la cosa juzgada se ha fundado en distintas ideas. La primera justificación general de la institución de la cosa juzgada en la tradición del *civil law* como regla de clausura viene dada por su papel en la seguridad jurídica<sup>89</sup>, a lo cual se añade la protección de la estabilidad de las decisiones<sup>90</sup> y la protección de la paz social<sup>91</sup>. Por su parte, la *res judicata* en el contexto del *common law* encuentra su fundamento en dos justificaciones diferentes:

- i) una justificación pública fundada en los intereses de la comunidad en la resolución definitiva de las disputas y en el carácter final y conclusivo de las decisiones judiciales y
- ii) una justificación privada fundada en el interés particular de un individuo en ser protegido frente a una litigación reiterada, innecesaria y abusiva por las mismas causas<sup>92</sup>.

Si bien esto ha sido el objeto tradicional predicado respecto de la cosa juzgada (vinculado a la clausura de litigación), existe un segundo valor inherente a esta institución, que se configura por la finalidad de evitar la dictación de fallos contradictorios con miras a preservar el prestigio de los tribunales<sup>93</sup>. Esto se vincula con el papel que tiene la cosa juzgada como institución con la legitimidad y el prestigio de la actividad jurisdiccional<sup>94</sup>. Esto ha sido especial foco de atención en algunos países del *common law*, en que las consideraciones fundantes de política pública de la *res judicata* se han encontrado en la evitación de la relitigación y de decisiones contradictorias sobre los mismos asuntos, con el objetivo de prevenir el potencial peligro de desconfianza en el proceso adjudicativo<sup>95</sup>.

---

<sup>88</sup> De ahí que una de las fuentes del derecho internacional, bajo el artículo 38 c) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, sean los principios generales del derecho.

<sup>89</sup> EZURMENDIA (2021) p. 51.

<sup>90</sup> *Op. cit.* p. 87.

<sup>91</sup> *Op. cit.* p. 90.

<sup>92</sup> MATURANA (2022) p. 575.

<sup>93</sup> *Op. cit.* p. 577.

<sup>94</sup> CALAZA (2011) p. 51.

<sup>95</sup> MATURANA (2022) p. 579.

En la tradición jurídica continental, esto se materializa mediante los denominados efectos negativo y positivo de la cosa juzgada: por un lado, se busca evitar la repetición de un proceso sobre un objeto idéntico; por el otro, se logra vincular lógico-jurídica o prejudicialmente a dos o más procesos, de modo que el tribunal que conozca de los procesos ulteriores no puede desconocer las cuestiones que ya han sido falladas en el primer juicio, manteniéndose la coherencia, la armonía y la consistencia entre los procesos involucrados<sup>96</sup>. En particular, este último efecto constituye un mecanismo clave para el sistema de comunicación y coordinación de la actividad de los órganos judiciales<sup>97</sup>. Este no solo ha sido tomado en consideración para coordinar la actividad entre tribunales estatales, sino que, también, entre tribunales judiciales y tribunales arbitrales de carácter comercial dentro de una determinada jurisdicción. Por ejemplo, un tribunal arbitral con sede en Suiza vulneraría el orden público procesal si dicta un laudo sin tomar en consideración el efecto de cosa juzgada de una decisión previa arbitral o judicial entre las mismas partes, o si omite las conclusiones arribadas en una decisión preliminar que decida un asunto prejudicial<sup>98</sup>.

En la tradición jurídica anglosajona, existe una mayor diversidad en cuanto a las instituciones que cautelan la coherencia de las decisiones judiciales. En Estados Unidos, por ejemplo, el tema de la cuestión previa usualmente es abordada desde la institución del *issue preclusion*, el cual consiste en el efecto mediante el cual una cuestión particular, que fue resuelta mediante una resolución judicial final en una primera acción, no puede volver a ser objeto de litigación cuando la misma cuestión particular surge en una acción posterior basada en una diferente *cause of action*<sup>99</sup>. En Inglaterra y Gales, en cambio, el mismo problema ha sido abordado desde la regla del *issue estoppel*, bajo la cual se establece que las partes de un procedimiento judicial están vinculadas a las declaraciones vertidas por un tribunal en un proceso judicial anterior sobre cuestiones fácticas o jurídicas que fueron necesarias para su resolución final, por lo que las partes estarían impedidas de presentar argumentos inconsistentes con estas declaraciones<sup>100</sup>.

De esta forma, y en términos generales, es posible constatar que varios sistemas jurídicos han dado un valor especial a la coherencia y a la economía procesal, estableciendo distintas herramientas procesales para impedir la contradicción. Esto ha involucrado no solo a las Cortes judiciales, sino, también, a los tribunales arbitrales, a los cuales les es impuesta la obligación de respetar

---

<sup>96</sup> MATURANA (2022) pp. 577-578.

<sup>97</sup> RIVERO (2015) p. 1.

<sup>98</sup> SCHAFFSTEIN (2012) pp. 130-131.

<sup>99</sup> MATURANA (2022) pp. 606-607.

<sup>100</sup> *Op. cit.* pp. 584-585.

las constataciones de decisiones previas<sup>101</sup>. El fin último de esto sería mantener el prestigio y la autoridad de los órganos jurisdiccionales, cuestión esencial para evitar desincentivar a los ciudadanos de acudir al aparato judicial para obtener la resolución de sus conflictos, en lugar de caer en una regresión a la autodefensa<sup>102</sup>.

Dicho lo anterior, surge a la luz lo siguiente. El mecanismo de la cosa juzgada pretende, entre otras cosas, desempeñar un papel de legitimación de los tribunales, precisamente como forma de prevenir la desconfianza pública hacia ellos y desincentivar la resolución violenta de los conflictos entre los ciudadanos por medio de la autotutela. *Mutatis mutandis*, este es el mismo problema que se ha producido en relación con los tribunales de inversión en cuanto a la falta de consistencia y coherencia. El problema de legitimidad y desconfianza hacia el sistema de resolución de disputas de inversiones podría causar un retorno a mecanismos alternativos como el diplomático, que conllevan un alto grado de tensión política y pueden desencadenar en conflictos armados. Debe recordarse que el arbitraje de inversión nació como una alternativa deseable ante mecanismos atentatorios para la paz internacional<sup>103</sup>.

Si el problema al que se enfrentaron los ordenamientos domésticos es similar, conceptualmente, al que enfrenta hoy el derecho internacional de inversiones, ¿puede la institución de la cosa juzgada servir como un remedio ante esta situación, tal como lo fue en los ordenamientos internos?

## VI. UN NUEVO MARCO DE ANÁLISIS

### SOBRE LA CUESTIÓN PREVIA DOMÉSTICA:

#### LA PREJUDICIALIDAD

En un escueto trabajo publicado el año 2008, incorporado en otra obra, Christoph Schreuer propuso la idea de incorporar el mecanismo de los *preliminary rulings* en los arbitrajes de inversión<sup>104</sup>. A su juicio:

“un método para asegurar la coherencia de las decisiones que ha sido remarcadamente exitoso es permitir decisiones preliminares mientras el procedimiento original se encuentra pendiente. Bajo aquel sistema, un tribunal suspendería el procedimiento y requeriría la decisión en cuestión jurídica emanada de un cuerpo establecido a tal efecto”<sup>105</sup>.

<sup>101</sup> INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION (2006b) p. 77 ss.

<sup>102</sup> CALAZA (2011) p. 19.

<sup>103</sup> En términos generales véase BEHN, FAUCHALD & LANGFORD (2022) p. 61 ss.

<sup>104</sup> SCHREUER (2008).

<sup>105</sup> *Op. cit.* p. 209.

Toma esta solución del modelo europeo comunitario, en el cual el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) puede dictar decisiones prejudiciales que son vinculantes para los tribunales domésticos, en virtud del artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (antiguo artículo 234). Aplicado al arbitraje de inversiones, a su juicio, este método podría resultar fructífero para aliviar la inconsistencia y la fragmentación<sup>106</sup>.

En los hechos, su propuesta sobre *preliminary rulings* es equivalente a incorporar el mecanismo de la prejudicialidad entre tribunales internacionales, tal como existe hoy entre el TJUE y los tribunales domésticos de Europa. Quien ejercería la jurisdicción sobre la cuestión prejudicial sería un ente especialmente encargado de decidir aquellas cuestiones (“un cuerpo establecido a tal efecto”), y quien ejercería jurisdicción sobre la cuestión principal sería el tribunal arbitral de inversiones.

Ahora bien, su propuesta fue llevada a cabo observando el contexto de decisiones contradictorias al interior del sistema de inversiones, entre tribunales del mismo ordenamiento jurídico<sup>107</sup>. El problema tratado en esta investigación, en cambio, es el de una cuestión prejudicial doméstica, en el cual las cuestiones vinculadas por un nexo lógico-jurídico caen dentro de la órbita de dos tribunales con competencia disímil. Esto es lo que en la doctrina procesal se ha llamado supuestos de prejudicialidad heterogénea, en los cuales la cuestión prejudicial y principal son de diversa naturaleza y orden de competencia<sup>108</sup>. Entonces, la cuestión acá es si la decisión de una cuestión prejudicial por parte de un tribunal doméstico o un tribunal arbitral comercial podría tener efecto vinculante en el procedimiento de inversiones.

A juicio del autor de esta investigación, y con ciertas prevenciones que serán tratadas en la siguiente sección, resultaría conveniente reconocer un efecto vinculante de las decisiones emitidas dentro del contexto jurídico interno en los procedimientos de protección de inversiones, cuando estas decisiones han resuelto cuestiones prejudiciales a la disputa de inversiones. Existen buenas razones, ligadas a la coherencia y legitimidad del sistema, para vincular las decisiones emanadas de tribunales arbitrales comerciales o judiciales con las de los tribunales arbitrales de inversión. Si se reconociera este efecto, las partes podrían alegar el nexo prejudicial entre procesos, y de esta forma excluir un nuevo pronunciamiento respecto de aquello (y solo aquello) que ya fue resuelto en una decisión anterior<sup>109</sup>.

---

<sup>106</sup> SCHREUER (2008) p. 211.

<sup>107</sup> Véase el comentario de Kaj Hobér a la propuesta de Christopher Schreuer en HOBÉR (2015) p. 8.

<sup>108</sup> ROMERO (2015) p. 455.

<sup>109</sup> ROMERO (2002) p. 93.



En primer lugar, una solución como ella propendería hacia la coherencia entre las constataciones de los tribunales internos y los juicios de inversión, aportando, finalmente, a la legitimación del sistema internacional de inversiones. Desde el punto de vista de la credibilidad del sistema, resulta indeseable que existan decisiones conflictivas entre juzgamientos domésticos e internacionales de inversión<sup>110</sup>. Así, encontrar un espacio de diálogo entre este tipo de tribunales no debiera ser visto como una amenaza de la autonomía de los tribunales arbitrales de inversión<sup>111</sup>, sino que debiera ser visto como un elemento fundamental para la legitimación de este tipo de adjudicación<sup>112</sup>.

En segundo lugar, permitir la vinculación entre tribunales domésticos y tribunales arbitrales de inversión en cuanto a sus decisiones prejudiciales dialogaría de manera adecuada con las pretensiones que se tienen respecto de esta forma de adjudicación por su involucramiento con el derecho público<sup>113</sup> y los intereses de la población de los Estados receptores<sup>114</sup>. En términos generales, se ha dicho que la naturaleza pública de este tipo de adjudicación y el involucramiento de los intereses públicos hacen deseable que los tribunales arbitrales de inversión tengan un grado de deferencia por las decisiones estatales<sup>115</sup>. Ello podría ser logrado reconociendo el efecto vinculante de la decisión previa sobre aquella cuestión prejudicial, cuando ella fue decidida como objeto central de un juzgamiento interno. En último término, un efecto como este implicaría destear a este mecanismo de adjudicación del sesgo proinversionista y antisoberanía del cual ha estado teñido.

Además, reconocer el efecto de cosa juzgada prejudicial limitaría la extensión temporal y los gastos de un procedimiento doméstico de inversiones, que han sido destacadamente altos<sup>116</sup>, al sustraer la decisión sobre determinadas cuestiones ya decididas. Esto determinaría que el tribunal debiera poner el foco en menos cuestiones, lo cual, además, disminuiría el riesgo de una decisión poco rigurosa respecto del derecho doméstico.

Siguiendo esta última idea, es claro que quienes se encuentran en una mejor posición para emitir una decisión sobre un asunto de derecho local son los tribunales domésticos que lo aplican<sup>117</sup>. Por ello, parece adecuado que los tribunales arbitrales en materia de inversiones reconozcan el papel de ayuda que pueden tener las decisiones domésticas en la decisión de un asunto inter-

---

<sup>110</sup> JOOSTE (2017) p. 32.

<sup>111</sup> BRENNINKMEIJER (2023) p. 400.

<sup>112</sup> SWARABOWICZ (2017) p. 293.

<sup>113</sup> KOSKENNIEMI (2017) p. 343.

<sup>114</sup> ZARRA (2018) p. 139.

<sup>115</sup> *Ibid.*

<sup>116</sup> DOLZER & SCHREUER (2008) p. 276.

<sup>117</sup> PRISLAN (2019) p. 424.



no. Solo en ausencia de una decisión que zanje el asunto doméstico entre las partes, el tribunal podría reclamar para sí la jurisdicción amplia para decidir el asunto doméstico. Esta situación es similar a lo que la ciencia procesal conoce como “prejudicialidad no devolutiva”, en el cual se reconoce a un propio tribunal la competencia para resolver la cuestión prejudicial como un elemento más del pronunciamiento sobre el fondo<sup>118</sup>. En existencia de una decisión interna, el tribunal arbitral de inversiones estaría vinculado a ella debiendo respetar lo constatado, solo pudiendo apartarse de esta cuando el pronunciamiento mismo de aquel tribunal haya sido contrario a los estándares del derecho internacional (como será visto en la siguiente sección).

Cabe destacar que este modelo de análisis ha sido implícitamente reconocido por algunos tribunales en el marco de cuestiones prejudiciales domésticas. El ejemplo más claro es *Emmis v. Hungary*<sup>119</sup>. En él, los inversionistas alegaron la expropiación ilegal de la propiedad sobre licencias en virtud de un acuerdo de radiodifusión suscrito con el Consejo Nacional de Radiodifusión y Televisión de Hungría. Los inversionistas, en el caso, tenían el derecho de renovar su licencia después del 18 de noviembre de 2009 bajo la condición de que durante sus licencias ofrecieran un servicio idóneo, se ajustarán a las disposiciones contractuales y ofrecieran una tarifa adecuada<sup>120</sup>. El Consejo Nacional de Radiodifusión y Televisión, sin embargo, decidió no renovar la licencia y realizó un nuevo llamado a concurso público.

De esta forma, los inversionistas iniciaron un procedimiento arbitral ante el CIADI en octubre del 2011, alegando la presunta expropiación ilegal de la inversión sobre la licencia de una de las radios nacionales. Ante ello, el Estado demandado se defendió argumentando que el tribunal carecía de jurisdicción<sup>121</sup> para pronunciarse sobre el asunto, dado que en el caso no existía una “inversión”, y que los demandantes habían fallado en demostrar la existencia de derechos de propiedad susceptibles de ser expropiados en relación con la licitación del año 2009<sup>122</sup>.

Ante ello, el tribunal determinó que, a menos que la parte demandante tuviese derechos de propiedad bajo el derecho húngaro en el periodo posterior al 18 de noviembre de 2009, no era posible que hubiese existido una ex-

<sup>118</sup> ROMERO (2015) p. 468.

<sup>119</sup> TRIBUNAL (2014) *Emmis International Holding, B.V, Emmis Radio Operating, B.V. and MEM Magyar Electronic Media Kereskedelmi ÉS Szolgáltató KFT v. The Republic of Hungary*.

<sup>120</sup> *Op. cit.* ¶49.

<sup>121</sup> Debe destacarse que, aunque el tópico haya sido debatido en sede jurisdiccional y no de mérito, ello no obsta a que se trate de una cuestión prejudicial, en tanto la existencia de la inversión constituye un presupuesto lógico-jurídico para la afirmación de expropiación ilegal. Véase Sección II.

<sup>122</sup> TRIBUNAL (2014) *Emmis International Holding, B.V, Emmis Radio Operating, B.V. and MEM Magyar Electronic Media Kereskedelmi ÉS Szolgáltató KFT v. The Republic of Hungary* ¶46.

propiación bajo los términos del tratado de inversiones<sup>123</sup>. En este orden de ideas, para determinar la existencia de derechos de propiedad del inversionista, era necesario hacer referencia al derecho nacional del Estado receptor, pues el “Derecho Internacional Público no crea derechos de propiedad”<sup>124</sup>. El tribunal razonó que cuando se presentaba una pregunta propia del derecho interno, el mismo debía intentar determinar el contenido del derecho aplicable en concordancia con cómo sería entendido y aplicado por los tribunales nacionales. A su juicio:

“tanto las determinaciones de los tribunales nacionales como el contenido de la ley interna que son llamados a aplicar pueden ser de gran ayuda para un tribunal internacional”<sup>125</sup>.

De esta forma, el tribunal arbitral de inversiones procedió a determinar si es que la parte demandante tenía derechos de propiedad al momento de realizarse la presunta expropiación, observando a dinámica propia del derecho y los tribunales nacionales húngaros<sup>126</sup>. Finalmente, el tribunal arbitral declinó su competencia por falta del elemento *ratione materiae*.

Si bien en este caso no existía una decisión previa emanada de un tribunal doméstico, el razonamiento del tribunal pareciera indicar que quienes se encuentran en mejor posición para zanjar las cuestiones dentro de la órbita del derecho nacional son los tribunales domésticos, siendo vinculante esta decisión en el ámbito internacional. En caso de no existir una decisión nacional previa que tenga autoridad de cosa juzgada, el tribunal arbitral de inversiones podría reclamar la competencia para zanjar aquella cuestión relacionada con el derecho nacional<sup>127</sup>, tal como si fuera un supuesto de prejudicialidad no devolutiva.

Por otro lado, en el marco de demandas de vulneración al trato justo y equitativo, han existido algunos tribunales que efectivamente han limitado su órbita de revisión en deferencia a una decisión interna que decide sobre la legalidad de la actuación estatal<sup>128</sup>. Un caso prístino en esta línea fue *Alghanim vs.*

<sup>123</sup> TRIBUNAL (2014) *Emmis International Holding, B.V, Emiss Radio Operating, B.V. and MEM Magyar Electronic Media Kereskedelmi ÉS Szolgáltató KFT v. The Republic of Hungary* ¶156.

<sup>124</sup> *Op. cit.* ¶162.

<sup>125</sup> *Op. cit.* ¶176.

<sup>126</sup> *Op. cit.* ¶178 ss.

<sup>127</sup> Nótese que el tribunal en el caso *Emmis* aceptó la distinción entre el derecho nacional e internacional, y razonó que cada orden legal mantenía su propia independencia en el juzgamiento del caso. Sin embargo, sostuvo que, para determinar la existencia de derechos de propiedad susceptibles de ser expropiados, debía referirse al derecho doméstico del Estado anfitrión.

<sup>128</sup> WEHLAND (2019) p. 212 ss.

Jordan<sup>129</sup>. En este caso, los inversionistas kuwaitíes tenían el 66 % de la empresa jordana UMC, a través de una segunda empresa jordana llamada UTT. En 2004, le fue concedida a UMC una licencia para explotar una red de telecomunicaciones móviles en Jordania. Dos años más tarde, los demandantes a través de UTT vendieron su participación en UMC a un inversor bahreiní. En 2008, el Departamento Jordano de Impuestos sobre la Renta y las Ventas (Jordanian Income and Sales Tax Department) decidió que UTT debía pagar el impuesto sobre la renta por la venta de su participación en UMC. UTT impugnó esta decisión ante el tribunal tributario de apelación y luego ante la Corte de Casación de Jordania, recursos que no prosperaron, siendo el último desestimado en el año 2012.

En 2013, los demandantes iniciaron un procedimiento CIADI en contra de Jordania por vulneración al TBI entre Jordania y Kuwait. Los demandantes sostenían que la imposición del impuesto no tenía fundamento legal en el derecho jordano, y que esta medida, en realidad, resultaba de presiones políticas. En particular, se alegó que la responsabilidad del Estado no lo era por las decisiones de los tribunales, sino que por “infracciones no corregidas por los tribunales”.

Al momento de resolver la controversia, el tribunal se remitió a las conclusiones del tribunal del caso *Azinian v. México* y, en particular, a la afirmación de que:

“una autoridad gubernamental no puede ser reprochada por actuar de una manera validada por sus tribunales, a menos que la conducta misma de los tribunales constituya una violación del tratado”<sup>130</sup>.

Bajo su entendimiento, debía considerar todo el curso de acción del Estado demandado, tomando en consideración no solo la medida tributaria impuesta, sino que, también, la decisión de los tribunales jordanos<sup>131</sup>. De esta forma, el tribunal consideró:

“a menos que el tribunal encuentre que la decisión de los tribunales jordanos de lugar a la denegación de justicia, la consecuencia será que la ISTD [la entidad administrativa] no puede ser condenada por haber actuado sobre la base de una interpretación del derecho validada por las Cortes”<sup>132</sup>.

---

<sup>129</sup> TRIBUNAL (2017) *Fouad Alghanim and Sons Co. for General Trading and Contracting and others v. Hashemite Kingdom of Jordan*.

<sup>130</sup> *Op. cit.* ¶318.

<sup>131</sup> *Op. cit.* ¶365.

<sup>132</sup> *Op. cit.* ¶366.

El tribunal concluyó que la decisión de la Corte de Casación no era arbitraria, sino que resultaba “razonablemente abierta a la Corte en base al derecho”<sup>133</sup>.

Para efectos de este trabajo, lo que resulta particularmente interesante y relevante de este caso es el análisis que se llevó a cabo por el tribunal sobre la existencia de una motivación política detrás del impuesto, cuestión que no parece haber sido objeto en el juicio interno<sup>134</sup>. En este punto, dos de los árbitros del tribunal concluyeron que las medidas habían sido aplicadas conforme a derecho y, por lo tanto, no habían sido políticamente motivados. Sin embargo, el tercer árbitro concluyó que el impuesto sí había sido políticamente motivado y que, por lo tanto, el Estado había actuado de forma arbitraria. Pero frente a esta constatación, el árbitro agregó que se encontraba de acuerdo con el análisis y la conclusión del tribunal arbitral sobre las decisiones de los tribunales jordanos y la ausencia de denegación de justicia<sup>135</sup>. De hecho, sostuvo:

“si las Demandantes hubieran presentado su solicitud de arbitraje inmediatamente después de la imposición de la Medida Fiscal en 2008, [su] decisión podría haber sido bien diferente”<sup>136</sup>.

En esta aseveración, a juicio del autor de este trabajo, el tribunal y en particular este árbitro, consideraron el efecto vinculante de la decisión emanada de los tribunales jordanos, aun cuando no se encontraran de acuerdo con su razonamiento sustantivo.

Como es claro, en ambos casos los tribunales parecen haber constatado la relevancia en la coherencia con las decisiones internas y el derecho doméstico. A su vez, en ambos casos parece no haber existido renuncia, sino que realce de la separación conceptual entre el derecho nacional y el derecho internacional (traducido también como “autonomía de los tribunales arbitrales de inversión”). De esta forma, el análisis muestra que la incorporación de la prejudicialidad ya sea por la modificación de los tratados internacionales vigentes o por medio de la proactividad jurisprudencial de los tribunales de inversiones, puede traer múltiples beneficios en cuanto a la necesidad de coherencia sistémica, y puede significar un remedio ante la necesidad imperiosa de legitimación que tiene el arbitraje de inversiones en el escenario global contemporáneo.

---

<sup>133</sup> TRIBUNAL (2017) Fouad Alghanim and Sons Co. for General Trading and Contracting and others v. Hashemite Kingdom of Jordan ¶486.

<sup>134</sup> WEHLAND (2019) p. 218.

<sup>135</sup> TRIBUNAL (2017) Fouad Alghanim and Sons Co. for General Trading and Contracting and others v. Hashemite Kingdom of Jordan *Op. cit.* ¶19.

<sup>136</sup> *Op. cit.* ¶20.

## VII. POSIBLES CRÍTICAS A LA INTRODUCCIÓN DEL MODELO DE LA PREJUDICIALIDAD DOMÉSTICA EN EL ARBITRAJE DE INVERSIONES

Si bien la incorporación del modelo de la prejudicialidad doméstica en el arbitraje de inversiones podría atraer múltiples beneficios, existen, también, cuestionamientos que podrían efectuarse a esta idea. Estas críticas son eventuales, dado que, a conocimiento del autor, el modelo no ha recibido escrutinio por parte de la doctrina ni la jurisprudencia. Sin perjuicio de ello, es de importancia significativa el tratarlas, pues ellas permitirán ponderar si es realmente conveniente la aplicación de la prejudicialidad por parte de los tribunales de inversión, y en caso de que la respuesta sea afirmativa, observar cuáles son sus límites.

### 1. *La separación dualista entre el derecho nacional e internacional, o “la autonomía del derecho de inversiones”*

El primer argumento, y uno de los principales, que podría plantearse en contra del modelo de la prejudicialidad doméstica está vinculado con la idea de que la vinculación a las decisiones domésticas implicaría, en últimos términos, difuminar la existencia del derecho internacional. Ello, de hecho, parece ser la razón por la cual los tribunales de inversiones consistentemente han afirmado que una decisión doméstica no puede tener efectos vinculantes en un procedimiento internacional, y que la litispendencia y la *res judicata* solo aplican dentro de “un mismo orden legal”<sup>137</sup>. En los términos del tribunal de anulación en *Luchetti v. Perú*:

“mientras que un juzgamiento internacional que produce cosa juzgada constituirá en principio un obstáculo para una nueva examinación de la misma materia, la cosa juzgada a nivel nacional produce sus efectos jurídicos a nivel doméstico, y no será más que un elemento fáctico en un juzgamiento internacional”<sup>138</sup>.

Este argumento también ha sido presentado en la forma de “la autonomía del derecho de inversiones”<sup>139</sup>. En ello se afirmó el tribunal de *Wena v. Egipto*<sup>140</sup> para arribar a su conclusión de desatender la decisión doméstica que había emanado de un tribunal arbitral comercial. A su vez, parece ser la razón por la

<sup>137</sup> MAGNAYE & REINISCH (2016) p. 271.

<sup>138</sup> TRIBUNAL (2007) *Industria Nacional de Alimentos, A.S. and Indalsa Perú S.A. v. The Republic of Peru* ¶87.

<sup>139</sup> PATHAK (2021) p. 392.

<sup>140</sup> Véase Sección III.

cual el tribunal de *Malicorp v. Egipto* justificó su decisión de ignorar lo resuelto en un tribunal arbitral interno vinculado a la relación contractual entre el inversionista y el Estado, afirmando que el arbitraje de inversiones constituía un “método especial” diferente a los mecanismos de resolución-contractuales<sup>141</sup>. La razón que justificaría estos razonamientos, presumiblemente, sería el propósito de evitar a los tribunales domésticos<sup>142</sup>, eludiendo el aparente sesgo que existiría en contra de los inversionistas y la falta de independencia de estos tribunales respecto del Estado<sup>143</sup>.

Ante esta argumentación, lo primero que debiera observarse es que no existe una regla clara en el derecho consuetudinario internacional que permita resolver las resoluciones conflictivas entre tribunales internos y tribunales internacionales<sup>144</sup>. Tampoco existe un principio general en el derecho internacional que permita afirmar el carácter autónomo y diferenciado de los tribunales arbitrales de inversión<sup>145</sup>. Por otro lado, la afirmación rígida a estas ideas ha implicado la impermeabilidad del sistema de inversiones frente al contexto al que se desarrolla; esto es, un contexto que exige cada vez mayor coordinación entre adjudicadores nacionales e internacionales.

A mayor abundamiento, el argumento que podría plantearse en relación con la autonomía de los tribunales de inversión es que el sentido de existencia de este mecanismo sería la evitación de los tribunales domésticos por parte de los inversionistas, debido a la aparente parcialidad y sesgo que representarían ellos para la adjudicación de la disputa sobre inversiones. En este razonamiento, el efecto vinculante de las decisiones domésticas atentaría contra este valor protector que consagraría el sistema de inversiones.

Si bien la anterior objeción es plausible, es preciso destacar que el valor de otorgar un espacio jurisdiccional diferenciado del ámbito jurídico doméstico no es absoluto, ni constituye el único fin del arbitraje de inversiones. Existen otros valores que pretenden cautelar esta institución, como es la despolitización de las disputas de inversiones<sup>146</sup>. De hecho, en los trabajos preparatorios de la Convención de Washington (o Convención CIADI, la cual constituye uno de los hitos más importantes en el desarrollo del arbitraje de inversiones), el propósito de establecer un mecanismo internacional para la resolución de disputas de inversiones de forma alternativa a los tribunales domésticos parece haber

---

<sup>141</sup> TRIBUNAL (2011) *Malicorp Limited v. The Arab Republic of Egypt* ¶103.

<sup>142</sup> SCHREUER (2010) p. 71.

<sup>143</sup> KAUFMANN-KOHLER & POTESTÀ (2020) p. 20.

<sup>144</sup> CUNIBERTI (2006) p. 397.

<sup>145</sup> Véase JOOSTE (2017) p. 33.

<sup>146</sup> KAUFMANN-KOHLER & POTESTÀ (2020) p. 19.

representado un papel mínimo<sup>147</sup>. La Convención CIADI no pretendía reemplazar la resolución de disputas en los tribunales domésticos, sino que buscaba proveer un mecanismo alternativo a ser usado solo en determinadas circunstancias<sup>148</sup>.

Así, la aparente oposición drástica que existiría entre la resolución de disputas en tribunales domésticos y tribunales arbitrales de inversión sería más bien aparente, en términos que el arbitraje de inversiones constituiría un mecanismo caracterizado por su especialidad técnica y despolitizada, no por su autonomía frente a los tribunales nacionales. Por ello, no parece correcto esgrimir una argumentación de esta línea como forma de eludir la vinculación de una decisión previa sobre una cuestión prejudicial doméstica.

Sumado a ello, debe recordarse que el arbitraje de inversiones suele ser caracterizado como un mecanismo *sui generis*, que tiene una naturaleza “híbrida”, en la cual tiene incidencia tanto el derecho doméstico y el internacional, y en el cual una de las partes no es un Estado<sup>149</sup>. Por ello, este mecanismo no es un procedimiento puramente internacional, sino que se encuentra a medio camino entre un tribunal de naturaleza pública internacional, y uno de naturaleza comercial y privada. Cuando se tiene en cuenta esto, resulta plausible considerar que las decisiones prejudiciales sobre cuestiones domésticas puedan tener incidencia vinculante directa en los juicios de inversiones, en línea con su naturaleza mixta y heterogénea.

## 2. *La ausencia de base normativa para la aplicación de la prejudicialidad*

Un segundo argumento que podría plantearse a este efecto es la ausencia de herramientas normativas en el derecho internacional que justifiquen la aplicación de la prejudicialidad. Esta idea debe reconducirse, necesariamente, a las fuentes desde las cuales emana el derecho internacional. Estas fuentes sirven como criterios integradores al momento de entregar respuestas en la consecución del procedimiento; por lo tanto, para llenar aquellos vacíos, los tribunales pueden hacer referencia a la costumbre internacional, a los principios generales del derecho, y pueden hacer uso de sus poderes inherentes<sup>150</sup>.

En este sentido, lo que se ha considerado tradicionalmente es que la cosa juzgada constituye un principio general del derecho aplicable en los procedi-

<sup>147</sup> KAUFMANN-KOHLER & POTESTÀ (2020) p. 20.

<sup>148</sup> *Ibid.*

<sup>149</sup> Véase DOUGLAS (2003) p. 159; DOUGLAS (2009) p. 6.

<sup>150</sup> BROWN (2010) p. 664.



mientos internacionales<sup>151</sup>, cuestión que ha sido sostenida consistentemente por los tribunales arbitrales de inversión<sup>152</sup>. Ahora bien, tal como fue establecido la conceptualización de la cosa juzgada varía en derecho continental y en el *common law* e, incluso, dentro de estas tradiciones, existen diferencias relevantes entre los distintos ordenamientos jurídicos.

Dicho esto, ¿por qué debieran los tribunales arbitrales de inversión asumir el criterio de la cosa juzgada prejudicial presente en el *civil law*? A juicio del autor de esta investigación, la razón es esencialmente práctica. Como establecía Christoph Schreuer, el mecanismo de *preliminary rulings* ha sido exitoso en asegurar la coherencia al interior del contexto jurídico europeo. Al mismo tiempo, parece ser una herramienta efectiva en asegurar la coherencia en el juzgamiento de un tribunal arbitral de inversiones y un tribunal doméstico. Cabe destacar, además, que el criterio utilizado hoy para evaluar la procedencia de la cosa juzgada por los tribunales arbitrales de inversión es el test de “triple identidad”<sup>153</sup>; es decir, su conceptualización predominante en el derecho internacional de inversiones está vinculada a la concepción de la cosa juzgada en el *civil law*<sup>154</sup>, en su vertiente negativa. Esta conceptualización es, a su vez, la predominante en el derecho internacional público, cuestión que ha sido afirmada por la Corte Internacional de Justicia<sup>155</sup>. Por ello, reconocer el efecto prejudicial de la cosa juzgada implicaría, simplemente, complementar el entendimiento que ha tenido esta institución en la tradición jurídica continental, integrando su entendimiento con el efecto positivo.

De esta forma, el reconocimiento de la cuestión prejudicial doméstica dialoga con el entendimiento que existe en la actualidad en el derecho internacional sobre la cosa juzgada, y resultaría efectivo para asegurar la coherencia y coordinación entre los tribunales domésticos y los tribunales de inversión.

### 3. El riesgo de la denegación de justicia

Otra objeción que podría plantearse al efecto vinculante de una decisión sobre una cuestión prejudicial doméstica es en el caso en que exista vulneración al debido

---

<sup>151</sup> MAGNAYE & REINISCH (2016) p. 265.

<sup>152</sup> TRIBUNAL (1998) *Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia* ¶26; TRIBUNAL (2002) *Waste Management Inc. v. United Mexican States* [II] ¶39; TRIBUNAL (2005) *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria* ¶181; TRIBUNAL (2005) *Petrobart Limited v. Kyrgyz Republic* VIII.4.3.

<sup>153</sup> KAUFMANN-KOHLER & POTESTA (2020) p. 41.

<sup>154</sup> PATHAK (2021) p. 384.

<sup>155</sup> TRIBUNAL (2016) *Question of the Delimitation of the Continental Shelf between Nicaragua and Colombia beyond 200 Nautical Miles from the Nicaraguan Coast. Nicaragua v. Colombia* ¶55.



proceso en el juzgamiento interno. Puesto, en otros términos, que la decisión interna pugne con los estándares del derecho internacional no por su contenido, sino porque ella haya emanado de un procedimiento viciado, vulnerando las garantías procesales del inversionista extranjero en aquel juicio doméstico. Es decir, que la sentencia doméstica constituya en sí misma una denegación de justicia, o un pretexto formal que esconda un ilícito internacional<sup>156</sup>.

Esta constituye una crítica que debe ser tomada en consideración. En cierta medida, esta objeción es una extensión del argumento sobre la autonomía del sistema de inversiones. A juicio del autor de este trabajo, la hipótesis de denegación de justicia constituye la única causal por la cual un tribunal arbitral de inversiones podría desatender lo resuelto en un tribunal interno bajo el modelo de la prejudicialidad. En otros términos, para desatender lo resuelto en el ámbito interno, el inversionista debería acreditar que la decisión doméstica ha emanado de un tribunal parcial, o que se ha vulnerado el derecho a su debida defensa, o que no se le ha permitido presentar prueba, u otro tipo de vulneración procesal. En el caso que no existiera aquello, el tribunal de inversiones debería sujetarse a la decisión interna.

En esta línea, se ha mostrado una serie de tribunales arbitrales de inversión que han hecho referencia a la decisión de *Azinian v. Mexico*<sup>157</sup>, dictada en el marco de un procedimiento por una medida administrativa presuntamente vulneradora de la cláusula de trato justo y equitativo contenida en el NAFTA. En el caso, el razonamiento del tribunal fue en la línea de que una vez que una medida administrativa había sido ratificada por los tribunales internos, ello excluía la revisión de aquella medida en el ámbito internacional. Lo único que podría ser revisado en el procedimiento de inversiones sería el procedimiento ante aquel tribunal doméstico, en el cual el inversionista debería demostrar la denegación de justicia<sup>158</sup>.

Así, este supuesto constituye una morigeración y un límite al modelo de la prejudicialidad doméstica, y una causal que permitiría proteger a los inversionistas en caso de que sus garantías integradoras del debido proceso se vieran afectadas. En los demás casos, los árbitros internacionales se encontrarían vinculados por la decisión interna. De esta forma, se podría construir un modelo firme que asegure la coherencia entre las decisiones internas y las decisiones de los tribunales de inversiones, sin que aquello implique la total sumisión a lo resuelto en el ordenamiento jurídico interno cuando se han vulnerado las garantías procesales básicas de los inversionistas extranjeros.

<sup>156</sup> WEHLAND (2019) p. 214.

<sup>157</sup> TRIBUNAL (1999) *Robert Azinian, Kenneth Davitian, and Ellen Baca v. United Mexican States* ¶99.

<sup>158</sup> WEHLAND (2019) p. 214.

## CONCLUSIONES

El arbitraje de inversiones enfrenta un momento difícil en el mundo contemporáneo; no por nada se estima que hoy este mecanismo se encuentra en “crisis”<sup>159</sup>. En este trabajo, se ha dado cuenta de una de las causas que, presumiblemente, y en último término, explica parte de aquella crisis de deslegitimación en que se encuentra este mecanismo de adjudicación. La afirmación formalista del dualismo existente entre el sistema internacional de inversiones y el contexto jurídico doméstico ha implicado una amenaza a la legitimación del sistema de inversiones<sup>160</sup>, dejando un amplio espacio para la incoherencia entre las decisiones de tribunales de inversión y decisiones internas<sup>161</sup>.

Al mismo tiempo, ha sido explorada una posible solución al problema de incoherencia en cuanto a cuestiones prejudiciales refiere. Como fue observado, el mecanismo de la cosa juzgada positiva en el contexto jurídico interno concretiza el valor de la coherencia y la coordinación entre tribunales como forma de legitimar la actividad judicial. En últimos términos, lo que se pretende es desincentivar a los ciudadanos de otros mecanismos de acción violenta, y resguardar la confianza en la actividad jurisdiccional. *Mutatis mutandis*, se observa un problema similar en el contexto de los arbitrajes de inversión, en el cual existe una creciente desconfianza a este mecanismo de adjudicación, lo cual ha llevado a algunos Estados a denunciar tratados como la Convención de Washington<sup>162</sup>.

A juicio del autor de este trabajo, la adopción del efecto de cosa juzgada positiva y el efecto vinculante de las decisiones judiciales internas por parte de los tribunales arbitrales de inversión podría constituir una herramienta útil para subsanar aquel espacio de incoherencia. Esta solución no impugna (ni pretende impugnar) la distinción entre el sistema internacional de inversiones y los ordenamientos domésticos. En cambio, pretende crear un espacio de coordinación y diálogo, como forma de legitimar y mantener con vigencia el arbitraje de inversiones.

Sin embargo, lo anterior depende de la proactividad y deferencia que tengan los tribunales arbitrales al momento de enfrentarse a situaciones como las estudiadas en este artículo. Los precedentes jurisprudenciales que se dicten en los próximos años pueden determinar el futuro que tenga el arbitraje de inversiones y la resolución pacífica de disputas sobre inversiones extranjeras. Ha-

<sup>159</sup> DIETZ, DOTZAUER & COHEN (2019); VADI (2020); DANI & AKHTAR-KHAVARI (2016).

<sup>160</sup> BRENNINKMEIJER (2023) p. 400.

<sup>161</sup> PATHAK (2021) p. 404

<sup>162</sup> Véase <https://ciarglobal.com/honduras-denuncia-el-convenio-ciadi-su-retirada-sera-efectiva-en-agosto/#:~:text=El%20Art%C3%ADculo%2071%20del%20Convenio,25%20de%20agosto%20de%202024> [fecha de consulta: 25 de mayo de 2024].

brá que observar si los tribunales aplican el modelo planteado en estas páginas, o encuentran alguna otra solución adecuada al anhelo imperioso de legitimación que tiene este mecanismo de resolución de disputas en la actualidad.

## BIBLIOGRAFÍA

- BALDWIN, Simeon (1916): "The Relation of International Law to the Law of England and of the United States of America. By Cyril M. Picciotto, with an Introduction by L. Oppenheim LL. D., New York: McBride, Nast & Co. 1915", *American Journal of International Law* vol. 10 No. 1.
- BEHN, Daniel; FAUCHALD, Ole Kristian & LANGFORD, Malcolm (2022): *The Legitimacy of Investment Arbitration. Empirical Perspectives* (Cambridge, Cambridge University Press).
- BEHN, Daniel; LANGFORD, Malcolm & LÉTOURNEAU-TREMBLAY, Laura (2020): "Empirical Perspectives on Investment Arbitration: What Do We Know? Does It Matter?", *Journal of World Investment and Trade* No. 21.
- BRENNINKMEIJER, Mees (2023): "Jurisdictional overlap between domestic courts and investment arbitration: an occasion for judicial dialogue", *Arbitration International* vol. 39 No. 3.
- BROWN, Chester (2010): "Procedure in investment treaty arbitration and the relevance of comparative public law", in Schill, Stephan, *International Investment Law and Comparative Public Law* (Oxford, Oxford University Press).
- CALAZA, Sonia (2011): *La cosa juzgada* (Madrid, Editorial La Ley).
- CHERNYKH, Yuliya (2022): *Contract Interpretation in Investment Treaty Arbitration* (Leiden, Martinus Brill Nijhoff).
- CRAWFORD, James (2008): "Treaty and Contract in Investment Arbitration", *Arbitration International* vol. 24, No. 3.
- CUNIBERTI, Gilles (2006): "Parallel Litigation and Foreign Investment Dispute Settlement", *Foreign Investment Law Journal* vol. 21.
- DANI, Mojtaba & AKHTAR-KHAVARI, Afshin (2016): "The uncertainty of legal doctrine in indirect expropriation cases and the legitimacy problems of investment arbitration", *Widener Law Review* vol. 22 No. 1.
- DE BRABANDERE, Eric (2014): *Investment Treaty Arbitration as Public International Law. Procedural Aspects and Implications* (Cambridge, Cambridge University Press).
- DIETZ, Thomas, DOTZAUER, Marius & COHEN, Edward (2019): "The legitimacy crisis of investor-state arbitration and the new EU investment court system", *Review of International Political Economy* vol. 26 No. 4: pp. 749-772.
- DOLZER, Rudolph & SCHREUER, Christoph (2008): *Principles of International Investment Law* (Oxford, Oxford University Press).

- DOUGLAS, Zachary (2003): "The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration", *British Yearbook of International Law* vol. 74.
- DOUGLAS, Zachary (2009): *The international law of investment claims* (Cambridge, Cambridge University Press).
- EZURMENDIA, Jesús (2021): *Reflexión contemporánea sobre la cosa juzgada. Comparación entre modelos de civil law y common law* (Barcelona, JB Bosch Editor).
- FRANCK, Susan (2004): "The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law through Inconsistent Decisions", *Fordham Law Review* vol. 73.
- HEPBURN, Jarrod (2017): *Domestic law in international investment arbitration* (Oxford, Oxford University Press).
- HOBÉR, Kaj (2015): "Investment Treaty Arbitration and Its Future - If Any", *Arbitration Law Review* vol. 7.
- JANA, Andrés (2016): "Reparation in Investment Treaty Arbitration", *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)* vol. 110.
- JOOSTE, Philippus (2017): "The preclusive effect of national court decisions: in international investment arbitration - Res Judicata or Issue Estoppel Applicable or Not?", *Victoria University of Wellington Legal Research Paper, Student/Alumni Papes* No. 15. Disponible en [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2984735](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2984735) [fecha de consulta: 15 de diciembre de 2024].
- KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle y POTESTÀ, Michele (2020): *Why investment arbitration and not domestic courts? The origins of the modern investment dispute resolution system, criticism, and future outlook* (Ginebra, Springer Open).
- KOSKENNIEMI, Martti (2017): "It's not the Cases, It's the System", *Journal of World Investment and Trade* No. 18.
- MAGNAYE, Jose & REINISCH, August (2016): "Revisiting Res Judicata and Lis Pendens in Investor-State Arbitration", *The Law & Practice of International Courts and Tribunals* vol. 15 No. 2.
- MALMSTRÖM, Cecilia (2015): "Proposing an Investment Court System", *European Commission*. Disponible en [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP\\_15\\_5651](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_15_5651) [fecha de consulta: 27 de abril de 2024].
- MATURANA, Javier (2022): "La cosa juzgada entre lo penal y lo civil ¿Vincular o no vincular? Un breve viaje de ida y de vuelta a través de diferentes sistemas jurídicos", en Ezurmendia, Jesús, *Principios de justicia civil* (Barcelona, JB Bosch Editor).
- MAUPIN, Julie (2008): "The Awards in Wena Hotels Limited v. Arab Republic of Egypt", in Álvarez, Guillermo & Reisman, Michael, *The Reasons Requirement in International Investment Arbitration* (Leiden, Martinus Brill Nijhoff) pp. 231-260.
- McLACHLAN, Campbell (2009): *Lis pendens in International Litigation* (The Hague, Martinus Nijhoff Publishers).

- MEREMINSKAYA, Elina (2009): "La cláusula paraguas: lecciones de convivencia para los sistemas jurídicos", *Revista Internacional de Arbitraje* n.º 11.
- NOVÝ, Zdeněk (2017): "Lis Pendens between International Investment Tribunals and National Courts", *Česká ročenka mezinárodního práva veřejného a soukromého* vol. 8.
- PATHAK, Harshad (2021): "Jurisdictional Conflicts between Investment Treaty and Commercial Arbitration-The Role of Lis Pendens", *Journal of International Dispute Settlement* vol. 12 No. 3.
- PRIORI, Giovanni (2010): "La suspensión del proceso por prejudicialidad en el proceso civil peruano", *Ius et Veritas* vol. 20 n.º 40.
- PRISLAN, Vid (2019): *Domestic courts in investor-state arbitration: partners, suspects, competitors*. Doctoral Thesis, Leiden University. Disponible en <https://scholarlypublications.universiteitleiden.nl/access/item%3A2910219/view> [fecha de consulta: 15 de diciembre de 2024].
- QUINTERO, Rafael (2022): "A Haberman response to the legitimacy crisis of Investment Arbitration", *ELTE Law Journal* No. 1.
- RIVERO, Renée (2015): *La prejudicialidad en el proceso civil. Medios procesales para la coherencia de sentencias dictadas en procesos con objetos conexos. Estudio comparado del Derecho español y chileno*. Tesis doctoral (Valencia, Universidad de Valencia).
- ROBERTS, Anthea (2015): "Triangular treaties: the extent and limits of investment treaty rights", *Harvard International Law Journal* vol. 56.
- ROMERO, Alejandro (2015): "La prejudicialidad en el proceso civil", *Revista Chilena de Derecho* vol. 42 n.º 2.
- ROMERO, Alejandro (2002): *La cosa juzgada en el proceso civil chileno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- SCHAFFSTEIN, Silja (2012): *The Doctrine of Res Judicata before International Arbitral Tribunals*, Phd Thesis, University of Geneva and University of London.
- SCHREUER, Christoph (1996): "International and Domestic Law in Investment Disputes. The Case of ICSID", *Austrian Review of International and European Law Online* vol. 1 No. 1.
- SCHREUER, Christoph (2004): "Travelling the BIT route: of waiting periods, umbrella clauses and forks in the road", *The Journal of World Investment and Trade* vol. 5 No. 2.
- SCHREUER, Christoph (2008): "Preliminary Rulings in Investment Arbitration", in Sauviant, Karl, *Appeals Mechanism in International Investment Disputes* (Oxford, Oxford University Press): pp. 207-212.
- SCHREUER, Christoph (2014): "Jurisdiction and applicable law in investment treaty arbitration", *McGill Journal of Dispute Resolution* vol. 1.
- SCHREUER, Cristoph (2010): "Interactions of international tribunals and domestic courts in investment law", in Rovine, Arthur, *Contemporary issues in international arbitration and mediation. The Fordham Papers* (Leiden, Martinus Brill Nijhoff).

- SHANY, Yuval (2004): *The competing jurisdictions of international courts and tribunals* (Oxford, Oxford University Press).
- SHANY, Yuval (2008): "National courts as international actors: jurisdictional implications", *Hebrew University International Law Research Paper* No. 22-08. Disponible en [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1292056](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1292056) [fecha de consulta: 15 de diciembre de 2024].
- SWARABOWICZ, Michal (2017): "Identity of Claims in Investment Arbitration: A Plea for Unity of the Legal System", *Journal of International Dispute Settlement* vol. 8 n.º 2.
- TZANAKOPOULOS, Antonios (2011): "Domestic Courts in International Law: the international judicial function of national courts", *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review* vol. 34 No. 1.
- URUEÑA, René (2016): "Subsidiarity and the public-private distinction in Investment Treaty Arbitration", *Law and Contemporary Problems* vol. 79 No. 2: pp. 99-121.
- VADI, Valentina (2020): "Crisis, continuity, and change in international investment law and arbitration", *Michigan Journal of International Law* vol. 42.
- VIRDZHINIYA, Georgieva (2021): "Hierarchy between Domestic and International Tribunals: Utopia or Near Future?", *Anuario Colombiano de Derecho Internacional* vol. 14: pp. 21-71.
- WEHLAND, Hanno (2019): "Domestic Courts and Investment Treaty Tribunals: The Effect of Local Recourse Against Administrative Measures in the Breach of Investment Protection Standards", *Journal of International Arbitration* vol. 36 No. 2.
- ZARRA, Giovanni (2016): *Parallel proceedings in investment arbitration* (The Hague, Eleven International Publishing y Giappichelli Editore).
- ZARRA, Giovanni (2018): "The Issue of Incoherence in Investment Arbitration: Is there need for a Systemic Reform?", *Chinese Journal of International Law* vol. 17 No. 1.

### Otros documentos

- INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION (2009a): *ILA Final Report on Lis pendens and Arbitration*. Disponible en <https://academic.oup.com/arbitration/article/25/1/3/208210?searchresult=1> [fecha de consulta: 15 de diciembre de 2024].
- INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION (2009b): *ILA Final Report on Res judicata and Arbitration*. Disponible en <https://academic.oup.com/arbitration/article/25/1/67/208234?searchresult=1> [fecha de consulta: 15 de diciembre de 2024].
- UNCTAD (2003): *UNCTAD Series on issues in international investment agreements*. Disponible en [https://unctad.org/system/files/official-document/iteiit30\\_en.pdf](https://unctad.org/system/files/official-document/iteiit30_en.pdf) [fecha de consulta: 15 de diciembre de 2024].

### Jurisprudencia

- TRIBUNAL (1925): Certain German Interests in Polish Upper Silesia, PCIJ Series A No. 6, Preliminary Objections, May 15, 1925.



- TRIBUNAL (1998): Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia, ICSID Case No. ARB/81/1, Decision on Jurisdiction in Resubmitted Proceeding, May 10, 1988.
- TRIBUNAL (1999): Robert Azinian, Kenneth Davitian, and Ellen Baca v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB (AF)/97/2, November 1, 1999.
- TRIBUNAL (2002): Wena Hotels Ltd v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/98/4, Decision (Annulment Proceeding), February 5, 2002.
- TRIBUNAL (2002): Waste Management Inc. v. United Mexican States [II], ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, Decision on Mexico's Preliminary Objection concerning the Previous Proceedings, June 26, 2002.
- TRIBUNAL (2000): Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/98/4, Award, December 8, 2000.
- TRIBUNAL (2002): Compañía de Aguas del Aconquija SA and Compagnie Générale des Eaux/Vivendi Universal v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB 97/3, Decision on Annulment, July 3, 2002.
- TRIBUNAL (2003): ADF Group Inc. v. United States of America, ICSID Case No. ARB (AF)/00/1, January 9, 2003.
- TRIBUNAL (2005): Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria, ICSID Case No. ARB/03/24, Decision on Jurisdiction, February 8, 2005.
- TRIBUNAL (2005): Petrobart Limited v. Kyrgyz Republic, SCC Case No. 126/2003, Arbitral Award, March 29, 2005.
- TRIBUNAL (2006): EnCana Corporation v. Republic of Ecuador (UNCITRAL), Award, February 3, 2006.
- TRIBUNAL (2006): Saluka Investments BV (The Netherlands) v. The Czech Republic (UNCITRAL), Partial Award, March 17, 2006.
- TRIBUNAL (2007): Industria Nacional de Alimentos, A.S. and Indalsa Perú S.A. v. The Republic of Peru, ICSID Case No. ARB/03/4, Decision on Annulment, September 5, 2007.
- TRIBUNAL (2008): Helnan International Hotels A/S v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/05/19, Award, July 3, 2008.
- TRIBUNAL (2011): Malicorp Limited v. The Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/08/18, Award, February 7, 2011.
- TRIBUNAL (2011): Salini Costruttori SpA. Amd Italstrade S.p.A v. Kingdom of Morocco [I], ICSID Case No. ARB/00/4, July 31, 2011.
- TRIBUNAL (2014): Emmis International Holding, B.V, Emmis Radio Operating, B.V. and MEM Magyar Electronic Media Kereskedelmi ÉS Szolgáltató KFT v. The Republic of Hungary, ICSID Case No. ARB/12/2, Award, April 16, 2014.
- TRIBUNAL (2016): Question of the Delimitation of the Continental Shelf between Nicaragua and Colombia beyond 200 Nautical Miles from the Nicaraguan Coast (Ni-

caragua v. Colombia), International Court of Justice, Preliminary Objections, March 17, 2016.

TRIBUNAL (2017): *Fouad Alghanim & Sons Co. for General Trading & Contracting & others v. Hashemite Kingdom of Jordan*, ICSID Case No. ARB/13/38, Separate Opinion of L. Yves Fortier, December 14, 2017.



# CIENCIA Y TECNOLOGÍA FRENTE AL DESAFÍO ECOLÓGICO

## SCIENCE AND TECHNOLOGY FACING THE ECOLOGICAL CHALLENGE

*Raúl F. Campusano Droguett\**

“The major problems in the world are the result of the difference  
between how nature works and the way people think”.  
Gregory Bateson

**RESUMEN:** La finalidad del artículo es reflexionar sobre la relación entre ciencia y tecnología, por una parte, y ecología y ambiente, por la otra, y que esta reflexión pueda servir de insumo al momento de diseñar políticas públicas y legislación ambiental. El primer capítulo es una introducción al tema. El segundo capítulo aborda aproximaciones teóricas al sentido de la ciencia y la tecnología. El tercer capítulo explica la promesa tecno-científica y el cuarto señala aprehensiones frente a ella. El quinto capítulo levanta algunas ideas alrededor de la geoingeniería. El texto concluye con una sección de conclusiones y bibliografía. La reflexión de síntesis es que la ciencia y tecnología han sido, y son pilares, básicos y esenciales del bienestar y avance del ser humano y requieren de políticas públicas y legislación que prevengan o minimicen sus aspectos no deseados.

**PALABRAS CLAVE:** ciencia, tecnología, ecología, ambiente, políticas públicas, legislación.

**ABSTRACT:** The purpose of the article is to reflect on the relationship between science and technology on the one hand, and ecology and the environment on the other, with the hope that this reflection can serve as input when designing

---

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

El autor desea agradecer a Edgardo Araneda MDA UDD, quien aportó insumos a este trabajo.

public policies and environmental legislation. The first chapter is an introduction to the topic. The second chapter addresses theoretical approaches to the meaning of science and technology. The third chapter explains the techno-scientific promise, and the fourth points out concerns regarding it. The fifth chapter raises some ideas around geoengineering. The text concludes with a section of conclusions and bibliography. The synthesis reflection is that science and technology have been and continue to be fundamental and essential pillars of human well-being and progress, and they require public policies and legislation that prevent or minimize their undesirable aspects.

KEYWORDS: science, technology, ecology, environment, public policies, legislation.

## INTRODUCCIÓN

La continuidad del progreso depende de la continuidad del esfuerzo humano. Bajo su impulso, la ciencia y la tecnología han sido parte del *ethos* de la especie desde los albores de la humanidad<sup>1</sup>. Ciencia y tecnología se han convertido en una forma preferente de reaccionar ante los desafíos la realidad<sup>2</sup>. Cada nuevo descubrimiento permitió atender los problemas que se iban presentando en la existencia humana. No obstante, fue trayendo consigo nuevos dilemas y desafíos. Tecnología y ciencia son fundamentales para la sociedad moderna. Cada cambio técnico importante repercute en diversos niveles: económico, político, religioso, cultural, ocupando en lo global prácticamente todos los espacios de la vida cotidiana<sup>3</sup>. Habitamos cada vez más en lo que el historiador de la tecnología Thomas

---

<sup>1</sup> El geógrafo Erle Ellis describe cómo los humanos han transgredido los límites ecológicos desde la época de cazadores-recolectores, y para ello se ha apoyado en la tecnología. Agrega que la civilización humana se basa no en los sistemas naturales, sino en los humanos como la agricultura, las ciudades y la industria. Para este autor, fue la tecnología la que nos hizo humanos. A medida que nuestros cuerpos, nuestros cerebros y nuestras herramientas evolucionaron, también lo hizo nuestra capacidad para modificar radicalmente nuestro entorno. Cazamos mamuts y otras especies hasta la extinción. Quemamos bosques y sabanas enteros para eliminar presas y despejar tierras para la agricultura. Y mucho antes de que las emisiones humanas comenzaran a afectar el clima, ya habíamos cambiado el albedo de la Tierra al reemplazar muchos de los bosques del mundo con agricultura cultivada. Si bien nuestras capacidades para alterar el entorno se han expandido sustancialmente durante el último siglo, la tendencia es de larga data. La Tierra de hace cien, o doscientos, o trescientos años ya había sido moldeada profundamente por el esfuerzo humano. SHELLENBERGER and NORDHAUS (2015) pp. 11-13.

<sup>2</sup> BREY, BRIGGLE and SPENCE (2012) p. 35.

<sup>3</sup> Por ejemplo, la casa se ha ido convirtiendo en una elaborada concatenación de dispositivos. Hoy, una casa es el centro de las tecnologías eléctricas, de comunicaciones, de calefacción, de

P. Hugues (2004) denomina un ‘mundo construido por humanos’ o la segunda naturaleza de la que nos hablaba Cicerón<sup>4</sup>. Siendo esto así, puede ser interesante analizar la relación entre ciencia y tecnología, por una parte, y ecología, por la otra, desde la perspectiva del derecho y las alternativas de regulación jurídica.

El texto se inicia con esta introducción. El segundo capítulo aborda aproximaciones teóricas al sentido de la ciencia y la tecnología. El tercer capítulo explica la promesa tecno-científica y el cuarto señala aprehensiones frente a ella. El quinto capítulo levanta algunas ideas alrededor de la geoingeniería. El texto concluye con una sección de conclusiones y bibliografía. La reflexión de síntesis es que la ciencia y tecnología han sido y son pilares básicos y esenciales del bienestar y avance del ser humano y requieren de políticas públicas y legislación que prevengan o minimicen sus aspectos no deseados.

## I. APROXIMACIONES TEÓRICAS

### AL SENTIDO DE LA CIENCIA Y LA TECNOLOGÍA

Anzaldo (1988), señala que hubo dos acontecimientos de importancia decisiva en la historia de la tecnología occidental: la difusión del cristianismo y el surgimiento de las ciencias naturales exactas<sup>5</sup>. Según este autor, uno de los efectos fundamentales del cristianismo fue que contribuyó a la eliminación del sistema económico propio de la Antigüedad, que estaba basado en la esclavitud. Esto habría traído como consecuencia la necesidad de reemplazar la mano de obra barata con el uso de la energía natural. Además, la explotación a gran escala de la energía natural confirió una vida propia a la tecnología.

En el mundo antiguo la tecnología había estado preferentemente al servicio del Estado, la cultura, o el arte, y las invenciones y proyectos desarrollados fuera de estas áreas se consideraban como pasatiempos (por ejemplo, los inven-

---

plomaría y, por supuesto, de construcción mecanizada. Para su constructor, es esencialmente estas cosas, de hecho, se ha convertido en la “máquina para habitar”, “la casa-herramienta” prevista por Le Corbusier ya en la década de 1920. LE CORBUSIER (1998), p. XVI. En efecto, dicha máquina para vivir se basa en la hipótesis de que se puede mejorar el diseño de una vivienda, bajo criterios funcionalistas que apunten a una adecuación de sus tipologías para mejorar la calidad debida de las personas y la eficiencia de las tareas diarias que desarrollen dentro de ella. FERREIRA (2019) p. 128.

<sup>4</sup> De natura Deorum II, p. 60. Citado por GLACKEN (1996) p. 37. Véase, además, capítulo 1.1 p. 27.

<sup>5</sup> ANZALDO (1988).

tos de Herón de Alejandría en el siglo I a. C.)<sup>6</sup>. En efecto, incluso el concepto griego de *techne* correspondía a una cuestión de ver o saber, no de hacer<sup>7</sup>.

Es a partir de la Era Moderna<sup>8</sup> que se acelera el avance científico y tecnológico. Según Jacob Bronowski, el primer intento de delinear las relaciones ideales entre la ciencia, la tecnología y la sociedad fue publicado en 1527 por el filósofo y abogado británico Francis Bacon en su libro *The New Atlantis*. Habló de un viaje imaginario a una pequeña isla en los Mares del Sur, donde una civilización se basaba en la ciencia y la tecnología.

“El fin de nuestro fundamento es el conocimiento de las causas y los movimientos secretos de las cosas; y la ampliación de los límites del imperio humano, para efectuar todas las cosas posibles”.

En la imaginación de Francis Bacon, a los científicos se les otorgan los mismos honores que a la realeza y realizan su trabajo en una organización (denominada la “Casa de Salomón”), haciendo descubrimientos científicos y convirtiendo estos descubrimientos en tecnología. Esta visión fue premonitoria, mucho antes de que la ciencia demostrara que podía influir en la tecnología de manera importante.

En otro de sus libros, titulado *The New Organon*, argumenta que el conocimiento y el poder deben combinarse y usarse para la “conquista de la naturaleza para el alivio del estado del hombre”<sup>9</sup>. Asimismo, René Descartes articuló de manera similar una promesa de las nuevas ciencias de

“hacernos dueños y que nos permitan disfrutar sin ningún problema de los frutos de la tierra y de todos los bienes y cosas que se encuentran allí”<sup>10</sup>.

<sup>6</sup> ANZALDO (1988). Según nos relata el filósofo belga Gilbert Hottois (1946-2019), el pensamiento griego menospreciaba la técnica, el dominio práctico y colocaba en un nivel superior a la vida contemplativa o teórica. De hecho, Platón (*Las Leyes*, VIII, 846) y Aristóteles (*Política*, III), 5 propusieron que en sus ciudades ideales ningún trabajador manual pudiera ser ciudadano. Lo anterior, dado que consideraban que el trabajo artesanal y manual era vergonzoso y deforma el alma a la vez que el cuerpo. En síntesis, para todos los filósofos la vida contemplativa era superior a las formas más altas de actividad práctica. HOTTOIS (1991) pp. 11-12.

<sup>7</sup> ROJCEWICZ (2006) p. 57. Para este autor, para el filósofo alemán Martin Heidegger las asocia con otras dos palabras griegas; ‘*episteme*’ (conocimiento) y ‘*aletheuein*’ (revelar la verdad). En particular, señala que Platón no contrapone ‘*techne*’ y ‘*episteme*’ en el sentido de la distinción entre hacer y conocer, lo práctico y lo teórico, sino, más bien, tanto para Platón como para los primeros griegos, tanto ‘*techne*’ como ‘*episteme*’ significan simplemente saber. Ambas palabras son nombres de conocimiento en el sentido más amplio.

<sup>8</sup> Principalmente a partir de la publicación de la *Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, editada en Francia, entre los años 1751 y 1772, bajo la dirección de Denis Diderot y Jean Le Rond D’Alambert.

<sup>9</sup> BREY, BRIGGLE and SPENCE (2012) p. 2, BACON (2000) p. xxiv.

<sup>10</sup> DESCARTES (1637) VI.

Luego, bajo esta visión, se ha posicionado la idea de que el control tecnológico de la naturaleza liberará y enriquecerá la vida. Desde entonces, el ideal de la buena vida parece estar ligado a la tecnología y los medios que ofrece para controlar el mundo exterior<sup>11</sup>. Fue así que el “fenómeno técnico” se fue convirtiendo en la característica de las sociedades modernas, independiente de la ideología política. El filósofo, sociólogo, teólogo francés Jacques Ellul (1912-1994), afirmó que la técnica “se ha vuelto autónoma”<sup>12</sup> en un contexto de lo que el sociólogo alemán Max Weber denomina la “jaula de hierro de la racionalidad”, esto es, una sociedad racionalizada (bajo la forma de burocracia), cuya modernidad se caracteriza por una forma única de pensamiento y acción técnicos que amenaza los valores no técnicos a medida que se extiende cada vez más en la vida social<sup>13</sup>.

Dentro de esta autonomía y autodeterminación los efectos se sucedieron<sup>14</sup>. En este sentido, como señala el doctor en neurocibernetica Bruce Douglas:

“con el control (y el poder que trajo) vinieron, más oportunidades para que las personas decidieran cómo querían vivir; y cuanto más ‘dominio’ adquirirían, más capacidad tenían para resistir que las condiciones en las que vivían fueran dictadas por otras fuerzas. Por lo tanto,

---

<sup>11</sup> Esta visión se contrapuso con otras visiones de mundo, que hasta entonces habían prevalecido. Algunos ejemplos: i) el Buda enseña que para terminar con el sufrimiento y alcanzar el nirvana, uno debe eliminar el apego a las cosas de este mundo. Los deseos vuelven una y otra vez; tratar de satisfacerlos es una búsqueda inútil, ii) de manera similar, Aristóteles argumenta que la eudaimonia, o florecimiento, es cuestión de instruir al alma para que desee correctamente. Para estas escuelas de pensamiento, lograr la buena vida consiste mucho menos en controlar la naturaleza que en purificar o perfeccionar el yo, iii) para Epicuro, el bienestar consiste en la satisfacción de los placeres simples y naturales que son fáciles de cumplir y abandonar otros deseos, como los de riqueza extrema, poder y fama, que en última instancia causan la infelicidad. BREY, BRIGGLE and SPENCE (2012) pp. 2 y 6.

<sup>12</sup> Según Jacques Ellul, que la técnica sea autónoma, significa que en última instancia solo depende de sí misma, traza su propio camino, es un factor primario y no secundario, debe ser considerada como un “organismo” que tiende a cerrarse a sí mismo, a la autodeterminación: es un objetivo en sí mismo. La autonomía es la condición misma del desarrollo técnico. ELLUL (1977a) p. 135.

<sup>13</sup> FEENBERG (1999) p. 3.

<sup>14</sup> En su libro *La technique ou l'enjeu du siècle* (1990), Jacques Ellul señala: “La técnica deja de ser objeto para el hombre para convertirse en su propia sustancia: ya no se pone frente al hombre, sino que se integra en él y progresivamente lo absorbe”, p. 4. Y más adelante agrega: “En la actualidad, la técnica ha llegado a tal punto de evolución que se transforma y progresa sin una decisiva intervención del hombre [...] Ya no es el hombre ingenioso quien descubre alguna cosa [...], el salto adelante lo produce precisamente esta suma anónima de condiciones, no hay más que una mínima intervención del hombre para que se produzca un progreso importante, p. 80.

no tendrían que estar a merced de fuerzas misteriosas (o ‘destino’) en ningún lugar cercano al grado en que lo habían estado las generaciones pasadas”<sup>15</sup>.

El mismo autor agrega que el problema era que el empoderamiento que trajo la búsqueda tenía cara de Jano<sup>16</sup>. Era solo un lado, es decir, de lo que había resultado ser un estado de cosas muy complejo y hasta contradictorio. Porque, si bien era cierto que la búsqueda estaba empoderando a las sociedades que habían quedado atrapadas en ella, no era en absoluto, en opinión de Max Weber, que fuera inequívocamente emancipadora<sup>17</sup>. En efecto, el impulso de racionalizar refleja el deseo de dominio sobre los seres humanos y sobre naturaleza. Además, obliga a las personas afectadas a seguir moviéndose indefinidamente, adelante por un camino determinado, es decir, que, si bien es una fuente de movimiento, es un movimiento que impide que las personas giren en otras direcciones (mucho menos detener el proceso)<sup>18</sup>.

La fe en el progreso tecno-científico históricamente se ha sustentado en dos creencias “deterministas” ampliamente difundidas:

- i) que la necesidad técnica dicta el camino del desarrollo y
- ii) que ese camino se descubre a través de la búsqueda de la eficiencia<sup>19</sup>.

Asimismo, dicho determinismo se basa en dos premisas, a saber:

- i) el progreso técnico que parece seguir un curso unilineal, una vía fija, desde configuraciones menos a más avanzadas (en ella, cada etapa del desarrollo tecnológico permite la siguiente, y no hay ramificaciones fuera de la línea principal) y
- ii) las instituciones sociales deben adaptarse a los imperativos de la base tecnológica.

Por otro lado, el determinismo afirma que las tecnologías tienen una lógica funcional autónoma que puede explicarse sin referencia a la sociedad. En este contexto, la tecnología es social solo a través del propósito al que sirve.

Luego, como señala Andrew Feenberg (1999), el destino de la sociedad parece depender, al menos parcialmente, de un factor no social que la influye sin sufrir una influencia recíproca. No obstante, para este autor, en la medida en que se siga viendo lo técnico y lo social como dominios separados, aspectos importantes de estas dimensiones de la existencia permanecerán fuera de alcance como sociedad abierta. Por lo tanto, el destino de la democracia está ligado a la adecuada comprensión de la tecnología.

---

<sup>15</sup> DOUGLASS (2018) p. 39.

<sup>16</sup> Dios bifronte romano, con mirada contrapuesta en su dirección.

<sup>17</sup> DOUGLASS (2018) p. 39.

<sup>18</sup> *Op. cit.* p. 37.

<sup>19</sup> FEENBERG (1999) p. 77.

La ciencia y la tecnología proporcionan una fuerza dinámica de impulso inexorable e indica los métodos mediante los cuales puede efectuarse la conquista progresiva de la naturaleza. La tecnología ha recibido relativa atención de los pensadores históricos y de aquellos observadores sociales que escudriñan el horizonte del futuro. Como señala Andrew Feenberg, ocupados por las tareas prácticas, los tecnólogos han descuidado los aspectos filosóficos de su trabajo. Por lo general, informan de sus hallazgos en términos de física y mecánica: máquinas, kilovatios hora, kilometraje recorrido y productos básicos producidos. Rara vez se refieren al efecto de sus trabajos sobre la humanidad, los ajustes sociales necesarios por sus operaciones y las potencialidades futuras. Pero de todas las ideas pertinentes al concepto de progreso, a la interpretación de lo que ha sucedido durante los últimos doscientos años y está sucediendo en el mundo, ninguno es más relevante que la tecnología<sup>20</sup>.

Gilbert Hottois pone el acento en la interdependencia entre la ciencia y la tecnología<sup>21</sup>. La ciencia es tanto sujeto como complemento de la tecnología. Por un lado, la ciencia establece un estándar de explicación y se piensa que brinda la descripción más precisa de nuestro mundo y, por el otro, la tecnología se apoya en ella para entregar soluciones concretas a los problemas del mismo. La fundamentación propiamente científica de la tecnología no comenzó hasta mediados del siglo XIX<sup>22</sup>. Hasta entonces, según nos da cuenta Albert Borgmann (1984), el espíritu científico era tecnológicamente fructífero en formas híbridas y aproximadas, en la audacia de la experimentación, en el cuidado de la observación y en los placeres del descubrimiento y la realización<sup>23</sup>. Con posterioridad y de modo gradual en el siglo XIX y de modo más evidente en el siglo XX, los frutos de la promesa de la tecnología llegaron a ser más manifiestos.

Un aspecto interesante es que, por sus profundas raíces, la actividad tecnológica contemporánea esté ligada a la práctica científica. Por otra parte, esta unión es tanto más patente cuanto más se la asocia a formas más avanzadas de tecnología. Es interesante constatar que, al principio, los temas científicos siguieron a las instauraciones tecnológicas (como es el caso de la máquina de vapor) mientras que, en tiempos más recientes, por el contrario, es la teoría la que ha precedido a las realizaciones técnicas, por ejemplo, la energía atómica. Parece, pues, que hay un carácter específico en la tecnología contemporánea: su interacción estrecha con la ciencia<sup>24</sup>.

---

<sup>20</sup> FEENBERG (1999) p. 77.

<sup>21</sup> HOTTOIS (2004) pp. 23-24.

<sup>22</sup> BORGMANN (1984) p. 51.

<sup>23</sup> *Ibid.*

<sup>24</sup> *Ibid.*



Esto plantea, de inmediato, dos cuestiones: por un lado, nos lleva a preguntarnos, considerando la intensidad de esta interacción, si existe aún una distinción entre ciencia y tecnología y, por otra parte, explicar cómo es posible esta interacción<sup>25</sup>.

Convertida, sobre todo, en provocación, intervención y manipulación, la investigación científica no es solo una reflexión sobre lo real en sí. Ciertamente, lo teórico es activo en el proceso de investigación, aunque esto constituya solo una etapa –la de la construcción de un modelo, por ejemplo, que a modo de plano sirve de elemento de representación al servicio de actividades prácticas, físicas– y sea un trampolín hacia nuevas investigaciones prácticas<sup>26</sup>. Así como la ciencia teórica podía ser llamada pura e inocente, la tecnociencia, al ser esencialmente actividad productora y modificadora del mundo, no es nunca totalmente inocente<sup>27</sup>.

## II. LA PROMESA TECNO-CIENTÍFICA

La idea de que la vida está mejorando se basa en múltiples logros de la sociedad tecnológica moderna. La antigua visión optimista de la tecnología de la Ilustración sigue estando bien representada en la sociedad contemporánea. Lo anterior, dado que la tecnología se ve con frecuencia como un instrumento de progreso social y económico que mejora la vida de las personas y se ve como un medio que da a las personas poderes adicionales para obtener lo que quieren o necesitan, por lo que están en mejores condiciones para realizar una buena vida<sup>28</sup>. Han sido numerosas las voces que han promovido esta posición:

Stephen Moore (1960-): en su libro *Getting Better All the Time 100 Greatest Trends of the Last 100 years*, publicado el año 2000, en temas económicos estadounidense, expresa que ha habido más mejoras en la condición humana en los últimos cien años que en todos los siglos anteriores combinados desde que el hombre apareció por primera vez en la tierra<sup>29</sup>. Para Philip Brey *et al.*

---

<sup>25</sup> BORGMANN (1984) p. 51.

<sup>26</sup> *Ibid*

<sup>27</sup> *Ibid.*

<sup>28</sup> BREY, BRIGGLE and SPENCE (2012) p. 29.

<sup>29</sup> *Ibid.* Según nos relata Simon Moore, en 1933, la Feria Mundial de Chicago, se tituló (acertadamente a su juicio) “El siglo del progreso”. Lo complementa diciendo que se ha inventado más en los últimos cien años que en los milanteriores. Aún más, que la mayor parte de la historia humana ha sido una era prolongada de falta de progreso. Desde el momento en que el hombre caminó por primera vez sobre la tierra hasta alrededor de 1700, las mejoras en la vida humana fueron mínimas. Sí reconoce que hubo grandes descubrimientos periódicos: el fuego, la agricultura, la energía hidráulica y la rueda. No obstante, considera que de generación en generación las ganancias en los niveles de vida eran imperceptibles. MOORE (2000) pp. 2-3.



(2012), uno es el aumento sin precedentes del nivel de vida material; el ciudadano promedio vive más cómodamente ahora que los reyes hace unos siglos y en dichos logros, tecnología mecánica es vista como una fuente principal de estos beneficios<sup>30</sup>. Otra mejora importante es que la posibilidad de una muerte prematura se reduce considerablemente; menos personas mueren en epidemias. A la tecnología médica se le atribuye gran parte de ese avance. Además, se han mitigado una serie de males sociales como: la pobreza, la desigualdad, la ignorancia y la opresión<sup>31</sup>.

Steven Pinker (1954-)<sup>32</sup>: el conocido científico canadiense expresa que la ciencia obliga a asumir la responsabilidad por el bienestar de nosotros mismos, nuestra especie y nuestro planeta; y, por la misma razón, socava cualquier sistema moral o político basado en fuerzas místicas, búsquedas, destinos, dialécticas, luchas o edades mesiánicas. Luego, en su opinión, los hechos científicos apuntan hacia una moralidad defendible, a saber, principios que maximizan el florecimiento de los seres humanos y otros seres sintientes<sup>33</sup>. El progreso consiste, entonces, en desplegar el conocimiento para permitir que toda la humanidad florezca de la misma manera que cada uno de nosotros busca florecer<sup>34</sup>. Para este autor, la maximización de este florecimiento humano (vida, salud, felicidad, libertad, conocimiento, amor, riqueza de la experiencia), es el que se puede denominar “humanismo”.

Julian Huxley (1887-1975): este biólogo evolutivo y escritor británico fue quien acuñó el término ‘transhumanismo’ como sinónimo de lo antes se llamaba ‘humanismo evolucionista’. En su libro *Religion without revelation*<sup>35</sup> (1957) señala que la biología evolucionista nos muestra el destino del hombre sobre

---

<sup>30</sup> En el libro *Nuestra huella ecológica*, sus autores William Rees y Mathis Wackernagel muestran un diálogo imaginario respecto al tema de la obsesión tecnológica. Este se da entre un robot y un supuesto Sr. Footnote, el primero con una posición favorable a la tecnología, el segundo no. En su sentencia el robot señala: “Por miles de años la gente ha estado preocupada por la posibilidad de quedar sin tierras o sin recursos. Pero no, la revolución tecnológica ha incrementado la abundancia y generado la disminución de los precios de los bienes y servicios. Gracias a la tecnología, un simple granjero produce más que lo que producían 200 granjeros hace 200 años. Gracias a la tecnología, millones de personas en Norte América viven una vida más cómoda, son más sanas, se sienten más seguras y comen incluso mejor que lo que los reyes y reinas podrían haber soñado hace unos cientos de años atrás”.

<sup>31</sup> BREY, BRIGGLE and SPENCE (2012) p. 55.

<sup>32</sup> Para más detalle, véase capítulo 3.2.7.

<sup>33</sup> PINKER (2018) p. 453.

<sup>34</sup> *Op. cit.* capítulo 23 “Humanismo”. Esta afirmación se apoya en la sentencia expresada por el filósofo neerlandés Baruch Spinoza: “Los que se rigen por la razón nada desean para sí mismos que no desean para el resto de la humanidad”.

<sup>35</sup> Disponible en <https://archive.org/details/in.ernet.dli.2015.90330/page/n237/mode/2up> [fecha de consulta: 23 de agosto de 2024].

la Tierra como una cooperación entre el hombre y la naturaleza, con el hombre en una posición dirigente. Además, en su libro *New Bottles for New Wine* señala que la vida humana ha sido generalmente, como la describió Thomas Hobbes, “desagradable, brutal y breve”; la gran mayoría de los seres humanos (si no han muerto ya jóvenes) han sido afligidos por la miseria de una forma u otra: pobreza, enfermedad, mala salud, exceso de trabajo, crueldad u opresión. Han tratado de aliviar su miseria por medio de sus esperanzas y sus ideales. El problema ha sido que las esperanzas por lo general han sido injustificadas, los ideales, por lo general, no se han correspondido con la realidad.

No obstante, según este autor, un cambio profundo se produce en la historia de la humanidad:

“la exploración entusiasta pero científica de las posibilidades y de las técnicas para realizarlas hará racionales nuestras esperanzas y situará nuestros ideales en el marco de la realidad, mostrando cuánto de ellos son realmente realizables”<sup>36</sup>.

Sobre la relación seres humanos–naturaleza, considera que ésta última no es un mecanismo sino un proceso<sup>37</sup>.

Nick Bostrom (1973-): este filósofo sueco, es el cofundador junto a David Pearce de la Asociación Transhumanista Mundial y escritor de varios libros referidos al transhumanismo<sup>38</sup>. Según este autor, desde el punto de vista transhumanista, no hay necesidad de comportarse como si hubiera una profunda diferencia moral entre la tecnología y otros medios para mejorar la vida huma-

<sup>36</sup> HUXLEY (1959) capítulo “Transhumanism” pp. 16-17. Además, señala: “La especie humana puede, si quiere, trascenderse a sí misma [...]. Necesitamos un nombre para esta creencia. Quizás transhumanismo le convendría: el hombre que sigue siendo hombre, pero auto-trascendiéndose, realizando nuevas posibilidades de y para la naturaleza humana. Yo creo en el transhumanismo: cuando haya mucha gente afirmando esto verdaderamente, la especie humana estará a las puertas de un nuevo tipo de existencia, tan diferente de la nuestra como la nuestra lo es de la del hombre de Pekín”.

<sup>37</sup> HUXLEY (1959) capítulo “Man’s place and role in nature” p. 41. Señala que, para definir el lugar del hombre en la naturaleza, “debemos descubrir qué situación ocupa en el proceso; para determinar su papel, necesitamos descubrir algo de los caracteres esenciales no sólo de la naturaleza, sino del hombre mismo como resultante dentro de su proceso; y esta exploración conducirá a nuevos puntos de vista sobre la unidad del conocimiento. Nuestra época es la primera en la que podemos obtener una imagen del lugar y el papel del hombre en la naturaleza que es razonablemente amplia y se basa en el conocimiento científico. Podemos estar seguros de que el cuadro es todavía muy imperfecto, que su amplitud se ampliará mucho y que su base científica se fortalecerá poderosamente; pero subsiste el hecho de que nuestro siglo es el primero en el que se ha hecho posible cualquier cuadro completo y científico”.

<sup>38</sup> *Human Enhancement* (2009), *Superintelligence: Paths, Dangers, Strategies* (2014), *Anthropic Bias: Observation Selection Effects in Science and Philosophy* (2002), *Global Catastrophic Risks* (2008).

na. Al defender la dignidad poshumana, se promueve una ética más inclusiva y humana, que abarque a las futuras personas tecnológicamente modificadas, así como a los humanos del tipo contemporáneo. Eliminando la distorsión de la visión moral, nos permite percibir las oportunidades que existen para un mayor progreso humano<sup>39</sup>. Los transhumanistas ven la dignidad humana y poshumana como compatibles y complementarias. Insisten en que la dignidad, en su sentido moderno, consiste en lo que somos y en lo que tenemos el potencial de llegar a ser, no en nuestro origen causal. Lo que somos no es una función únicamente del ADN, sino, también, del contexto tecnológico y social. La naturaleza humana en este sentido más amplio es dinámica, parcialmente creada por el ser humano y mejorable<sup>40</sup>.

Bruno Latour (1947-): el filósofo, sociólogo y antropólogo francés es autor de libros que abordan la relación entre seres humanos, tecnología y ambiente<sup>41</sup>. Una singular visión la ofrece en el capítulo “Love your Monster”, incluido en el libro del mismo nombre, y lleva por subtítulo “Postenvironmentalism and the Anthropocene”<sup>42</sup>. Mas allá de resentir los peligros del mal uso de la tecnología, su confianza en ella permanece. En su reflexión toma como referencia el libro de Mary Shelley (entonces Mary Godwin): *Frankenstein o El moderno Prometeo*, el cual es parábola de la relación de la humanidad con la naturaleza y la tecnología. Para Bruno Latour, el crimen del Dr. Frankenstein no fue que inventó una criatura a través de una combinación de arrogancia y alta tecnología, sino que abandonó a la criatura a sí misma. Al respecto señala: “no es que hayamos fallado en cuidar la creación, sino que hemos fallado en cuidar nuestras creaciones tecnológicas” y agrega:

“nuestro pecado no es que creamos tecnologías, sino que fallamos en amarlas y cuidarlas. Es como si decidiéramos que no podemos continuar con la educación de nuestros hijos”<sup>43</sup>.

<sup>39</sup> BOSTROM (2010) p. 65. En HANSELL and GRASSIE (2010).

<sup>40</sup> *Ibid.*

<sup>41</sup> Entre otros, los siguientes: *Laboratory life: the construction on scientific facts* (1986), *We have never been modern* (1993), *Politics of nature: how to bring the sciences into democracy* (2004), *Facing Gaia: Eight Lectures on the New Climatic Regime* (2017), *Down to Earth: Politics in the New Climatic Regime* (2018), *Shaping technology/building society: studies in sociotechnical change* (1992), *Les vues de l'esprit. Une introduction à l'anthropologie des sciences et des techniques* (2015).

<sup>42</sup> Los editores son Michael Shellenberger y Ted Nordhaus.

<sup>43</sup> Para Bruno Latour, usamos al monstruo como un modificador de propósito general para denotar crímenes contra la naturaleza, sin embargo, lo que hacemos es asociar al monstruo con su creador. Cuando tememos a los alimentos modificados, los llamamos *frankenfoods* y *frankenfish*. LATOUR (2011) p. 22. Al respecto, recordando a Mary Shelley, señala: “Cuando el Dr. Frankenstein se encuentra con su creación en un glaciar en los Alpes, el monstruo afirma que no nació como un monstruo, sino que se convirtió en un criminal solo después de que su horrorizado creador lo dejó solo, quien huyó del laboratorio una vez que la cosa horrible se retorció. a la

Argumenta, además, que debemos aprender a amar a nuestras tecnologías como lo hacemos con nuestros hijos, no rechazarlos a la primera señal de problemas<sup>44</sup>. Se puede confiar en la tecnología, sí, pero siempre hay que acompañar muy críticamente los nuevos desarrollos.

Yuval Noah Harari (1976): para este historiador israelí, observando la propuesta del transhumanismo como un movimiento intelectual y cultural que propone una transmutación tecnológica de la humanidad tal como la conocemos, para superar sus incapacidades físicas y cognitivas, implicando un inminente tránsito desde lo que este autor, desde la figura del *homo sapiens* a la del *homo deus*, la cual se encuentra descrita en el último capítulo de su libro *De animales a dioses: Breve historia de la humanidad* (2014), expresa lo siguiente:

“Es cierto que todavía no tenemos el ingenio para lograrlo, pero no parece existir ninguna barrera técnica insuperable que nos impida producir superhumanos. Los principales obstáculos son las objeciones éticas y políticas que han hecho que se afloje el paso en la investigación en humanos. Y por muy convincentes que puedan ser los argumentos éticos, es difícil ver cómo pueden detener durante mucho tiempo el siguiente paso, en especial si lo que está en juego es la posibilidad de prolongar indefinidamente la vida humana, vencer enfermedades incurables y mejorar nuestras capacidades cognitivas y mentales. [...] Puesto que pronto podremos manipular también nuestros deseos, quizá la pregunta real a la que nos enfrentamos no sea ‘¿En qué deseamos convertirnos?’ , sino ‘¿Qué queremos desear?’ . Aquellos que no se espanten ante esta pregunta es que probablemente no han pensado lo suficiente en ella”.

En su libro más reciente, *Nexus*, levanta una advertencia sobre los posibles avances en inteligencia artificial<sup>45</sup>.

### III. APREHENSIONES FRENTE A LA PROMESA TECNO-CIENTÍFICA

Durante los siglos XIX y XX predominó la idea de que las fuentes fiables para mejorar la condición humana proceden de las nuevas máquinas, técnicas y pro-

---

vida”. “Recuerda, soy tu criatura”, protesta el monstruo, “debería ser tu Adán; pero yo soy más bien el ángel caído, a quien tú apartaste del gozo sin maldad... Fui benévolo y bueno; la miseria me hizo un demonio. Hazme feliz y volveré a ser virtuoso”. Es finalmente esta última frase, a la búsqueda de la responsabilidad, la que persigue Bruno Latour, una que se adelanta a las nefastas consecuencias. Amar a nuestros monstruos.

<sup>44</sup> SHELLENBERGER y NORDHAUS (2011), libro electrónico Kindle, posición 52.

<sup>45</sup> HARARI (2024).

ductos. Dicha situación se dio, incluso, con los temas ambientales y sociales que acompañaron a dichos avances. El doctor en ciencias políticas estadounidense Langdon Winner (1944-), en su libro *The Whale and the Reactor* (2020) se pregunta: ¿por qué una cultura tan marcada en innumerables instrumentos, técnicas y sistemas sofisticados se ha mantenido tan reticente a examinar sus propios cimientos? Para este autor, gran parte de la respuesta se puede encontrar en el asombroso dominio que la idea de “progreso” ha ejercido sobre el pensamiento social durante la era industrial en adelante<sup>46</sup>. Más allá de dicha tendencia, han sido múltiples y cada vez crecientes las voces en la historia que se han levantado adoptando una posición crítica, incluso pesimista, respecto a la preeminencia de la tecnología en el mundo contemporáneo. Para ellos, la promesa de la ciencia y tecnología, esto es libertad y prosperidad, no se ha concretado. En el siglo XIX, la tecnología basada en la ciencia comenzó a transformar industrias enteras. En los siglos XX y XXI, ha hecho que la guerra sea más eficiente (de hecho, una gran guerra nuclear podría acabar con toda la vida humana) y ha cambiado prácticamente todos los aspectos de nuestras vidas<sup>47</sup>. La confianza inicial en los medios fue derivando en desconfianza en los resultados<sup>48</sup>. La opinión de que la vida está empeorando suele estar alimentada por la preocupación por los nuevos desarrollos. Se considera que el desarrollo tecnológico implica riesgos cada vez mayores, lo que se refleja en una sensación generalizada de inseguridad<sup>49</sup>.

Jean-Jacques Rousseau (1712-1778): tempranamente la visión favorable a la tecnociencia comenzó a ser sujeto de fuertes críticas. En efecto, ya en 1754, argumentó que, debido al uso habitual, las comodidades que brinda el progreso tecnológico había:

“perdido casi todo su placer, degenerando en necesidades genuinas, y la privación de ellas se volvió mucho más dolorosa que el placer de poseerlas; y la gente era infeliz al perderlos sin ser feliz al poseerlos”<sup>50</sup>.

---

<sup>46</sup> WINNER (2020) p. 18.

<sup>47</sup> BRIDGSTOCK, BURCH, FORGE LAURENT and LOWE (1998) p. 4.

<sup>48</sup> BORGMANN (1984) p. 308.

<sup>49</sup> En esta escalada de nuevos temores que las tecnologías suscitan, según Tsjalling Swiestra dichos miedos son de dos tipos: i) la posibilidad de que la tecnología no cumpla con su promesa, por ejemplo, descomponiéndose, explotando o envenenándonos a nosotros y al ambiente. El otro temor se refiere a la posibilidad opuesta, es decir, que la nueva tecnología cumplirá con su promesa, que de hecho satisfacer nuestros deseos y los concederá. Sin embargo, el temor es que, al hacerlo, la tecnología nos impida a vivir una buena vida. Este segundo temor es el que se manifiesta en el debate sobre la biotecnología. BREY, BRIGGLE and SPENCE (2012) p. 272.

<sup>50</sup> ROUSSEAU (1754). A modo de ejemplo, BREY, BRIGGLE and SPENCE (2012) p. 2, señala que somos infelices sentados en nuestros autos atrapados en un atasco de tráfico, pero seríamos aún más miserables si alguien nos quitara el auto porque ahora no podemos ir al trabajo, al supermercado,

En el prefacio de esta obra, se pregunta si en la sucesión de los tiempos, ante tanto cambio a su constitución original, ¿cuánto hay de fondo propio que las circunstancias y los progresos han cambiado o añadido a su estado primitivo?<sup>51</sup>.

Sigmund Freud (1856-1939): en su libro *La sociedad y sus descontentos* (1923), afirma que en las últimas generaciones, el ser humano ha dado pasos extraordinarios en el conocimiento de las ciencias naturales y la aplicación técnica de las mismas, y ha establecido su dominio sobre la naturaleza de una forma nunca antes imaginadas<sup>52</sup>. Bajo esta visión, la sociedad con el soporte tecnológico creciente se aleja cada vez más de la naturaleza: la ambiental y la humana. Al respecto, señala que la humanidad está orgullosa de sus hazañas y tiene derecho a estarlo. Pero los hombres empiezan a darse cuenta de que:

“todo este poder recién ganado sobre el espacio y el tiempo, esta conquista de las fuerzas de la naturaleza, esta satisfacción de anhelos seculares no ha aumentado la cantidad de placer que pueden obtener en la vida, no ha hecho ellos se sienten más felices. La conclusión válida de esto es simplemente que el poder sobre la naturaleza no es la única condición de la felicidad humana, así como no es el único objetivo de los esfuerzos de la civilización, y no hay base para inferir que su progreso técnico es inútil desde el punto de vista de la felicidad”<sup>53</sup>.

Luego, para este autor, la civilización actual no nos inspira un sentimiento de bienestar<sup>54</sup>.

---

al cine o a cualquiera de los otros. lugares remotos que requieren que tengamos autos. Según este autor, la línea de razonamiento de Jean-Jacques Rousseau ayuda a explicar la bien documentada “paradoja del progreso” de las últimas décadas. Los informes subjetivos de felicidad se han estancado desde 1950. A pesar de tener el doble de bienes de consumo y el doble de nivel de vida y consumir el doble de energía, las personas no son más felices. Pero esto no es realmente una paradoja. Uno solo tiene que notar la estrecha conexión entre cualquier nivel dado de desarrollo tecnológico y la percepción de una buena vida. BREY, BRIGGLE and SPENCE (2012) p. 2.

<sup>51</sup> ROUSSEAU (1754) Prefacio. Al respecto, lo compara con la estatua de Glauco, “que el tiempo, el mar y las tempestades habían desfigurado de tal modo, que se parecía menos a un dios que a una fiera salvaje, el alma humana, alterada en el seno de la sociedad por mil causas sin cesar renacientes, por la adquisición de multitud de conocimientos y de errores, por los cambios ocurridos en la constitución de los cuerpos y por el choque continuo de las pasiones, ha cambiado, por decirlo así, de apariencia hasta el punto de ser casi irreconocible, y en lugar de un ser que obra siempre por principios ciertos e invariables, en lugar de esa celeste y majestuosa sencillez de que su autor le había marcado ya solo hallamos el disforme contraste de la pasión que cree razonar y del entendimiento en delirio”. Glauco: En la mitología griega, pescador que adquiere accidentalmente el don de la inmortalidad, convirtiéndose con ello en una divinidad marina

<sup>52</sup> FREUD (1923) p. 36.

<sup>53</sup> *Ibid.*

<sup>54</sup> No obstante, reconoce que es muy difícil formarse una opinión sobre si en épocas anteriores la gente se sentía más feliz y qué papel representaron sus condiciones culturales.

Más adelante, agrega que ya es hora de que volvamos la atención a la naturaleza de esta cultura, cuyo valor es tan discutido desde el punto de vista de la felicidad:

“Hasta que hayamos aprendido algo examinándolo por nosotros mismos, no buscaremos fórmulas que expresen su esencia en pocas palabras. Nos contentaremos con repetir que la palabra cultura describe la suma de los logros e instituciones que diferencian nuestras vidas de las de nuestros antepasados animales y sirven a dos propósitos, a saber, el de proteger a la humanidad contra la naturaleza y el de regular las relaciones de los seres humanos entre sí. ellos mismos. Para aprender más que esto, debemos reunir las características individuales de la cultura tal como se manifiestan en las comunidades humanas”<sup>55</sup>.

Los sentimientos son encontrados, puesto que, expresado en términos metafóricos, los seres humanos son especies invasivas (no necesariamente mal intencionada)<sup>56</sup>.

Johan Huizinga (1872-1945): para este historiador neerlandés, el terreno más apropiado para comenzar a describir las manifestaciones de la crisis de la cultura es el campo científico. En él se encuentra unido un progreso inconfundible y continuo a pesar de la crisis real y, al mismo tiempo, una convicción inquebrantable de que más adelante en el camino encontraremos un bien mayor<sup>57</sup>. Para este autor, la ciencia parece haberse acercado a los límites de nuestra capacidad de pensar<sup>58</sup>. Piensa que la sociedad manifiesta síntomas que podrían entenderse mejor bajo la rúbrica de “juicio deteriorado” y agrega:

“¿Qué error el del siglo pasado, cuando se pensaba que el progreso científico y la expansión de la educación pública conducirían necesariamente

---

<sup>55</sup> FREUD (1923) p. 37.

<sup>56</sup> Por un lado, son como Bucéfalo, el caballo de Alejandro Magno, que va diseminando a su paso los grandes logros de la cultura, pero por otro son como Othar, el caballo de Atila, de él se decía que por donde pisaba no volvía a crecer la hierba. La referencia a que nuestra especie es como el “caballo de Atila de la evolución”, la realiza la paleoantropóloga y directora del Centro Nacional de Investigación sobre Evolución Humana en España, María Martín-Torres, quien afirma: “A nuestro paso y con nuestro estilo de vida disminuye la diversidad biológica, incluyendo la humana. Somos una de las fuerzas ecológicas de mayor impacto en el planeta y esa historia, la nuestra comenzó a fraguarse en el Pleistoceno”. MARTÍN-TORRES (2019).

<sup>57</sup> HUIZINGA (2017) p. 37.

<sup>58</sup> *Op. cit.* p. 41. “Es sabido, además, que un físico, actuando siempre en esa atmósfera mental en la que ya no cuenta la historia humana, siente una fuerte opresión, que puede llevar a la desesperación. Sin embargo, no le corresponde, ni quiere, volver atrás”. Luego, considera: “hay razones suficientes para hablar de una crisis del pensamiento y de la ciencia actual, una crisis tan profunda y poderosa, con tal tribulación del espíritu. Que sería difícil, en cualquiera de los períodos que nos precedieron, señalar algo similar”.



te al mejoramiento continuo de la sociedad ¿Y quién en su sano juicio todavía admite que, con la conversión de los triunfos de la ciencia en triunfos aún más admirables de la tecnología, la civilización estará a salvo? ¿O que la erradicación del analfabetismo conducirá al final de la barbarie? La sociedad actual, en gran parte educada y mecanizada, es muy diferente a la de los sueños del progreso”<sup>59</sup>.

Martín Heidegger (1889-1976): el filósofo alemán señala que esencia y el dominio de la tecnología consisten en el hecho de que, a través de ella, la naturaleza se ha convertido en un objeto. La naturaleza es establecida por el humano, detenida por él, para que pueda rendirle cuentas a él y a sus planes para ella. La tecnología es la objetivación de la naturaleza<sup>60</sup>. Asimismo, expresa que la tecnología moderna es una imposición sobre la naturaleza (en el sentido de que una persona puede ser una imposición sobre otra, es decir, aprovechándose injustificadamente de la otra. La idea es que, a través de la tecnología moderna, los humanos infligen los recursos de la naturaleza, los secuestran y se los llevan por la fuerza<sup>61</sup>. Lo que Martín Heidegger quiere decir con “imponer” es “jugar a ser Dios”. Jugar a ser Dios, a ponerse por encima de la naturaleza, mirar a la

---

<sup>59</sup> HUIZINGA (2017) p. 44. Bajo esta situación que considera desalentadora, este autor cree que vivimos en un mundo que, sobre sí mismo, sobre su naturaleza y posibilidades, en todos los aspectos, tiene más información a su disposición de la que ha estado disponible en cualquier otro periodo de la historia. El ser humano, como sujeto, se conoce a sí mismo y a su mundo mejor que nunca. La frase “conócete a ti mismo” ha sido vista como la idea misma de la sabiduría. De ahí, la conclusión es: “el mundo se ha vuelto más sabio”. Sin embargo, Johan Huizinga considera esta conclusión ingenua y agrega: “tantas tonterías ya ni siquiera se prestan al ingenio y la burla de un noble humanista, sincero y preocupado como Erasmo de Rotterdam. Es necesario observar minuciosamente la infinita locura de nuestro tiempo, como una enfermedad social, exponiendo sus síntomas de manera sobria y objetiva, para determinar la naturaleza del mal y luego pensar en un remedio”.

<sup>60</sup> Martin Heidegger, *Country Path Conversations* (1944), citado por WENDLAND, MERWIN and HADJIOANNOU (2019) p. 1.

<sup>61</sup> ROJCEWICZ (2006) pp. 75-76. Un ejemplo de esta visión está en el siguiente párrafo del libro de Martín Heidegger *La cuestión de la tecnología* donde se refiere al cambio de la tecnología de un viaje molino: “En cambio, hoy la tierra es interpelada; es decir, es arrebatado por su carbón y mineral. La tierra se considera ahora precisamente como una veta de carbón, el suelo como un depósito de minerales. El campo que solía cultivar el agricultor de antaño se presentaba de otra manera, es decir, cuando cultivar todavía significaba cuidar y nutrir. El agricultor de antaño no desafiaba la tierra del campo. Al sembrar el grano, el agricultor consignó la semilla a las fuerzas del crecimiento, y luego se ocupó de su aumento. Mientras tanto, el ordenamiento del campo ha sido absorbido por la vorágine de un ordenamiento diferente, el que se impone a la naturaleza. Lo impone en el sentido de desafiarlo. La agricultura es ahora una industria alimentaria mecanizada. Se le impone al aire que renuncie al nitrógeno, al suelo que renuncie al mineral, al mineral que renuncie, entre otras cosas, al uranio, y a este último se le impone que arroje energía atómica, que puede ser liberada con fines destructivos o pacíficos”.



naturaleza como subordinada a la propia oferta. Para él, esta es una actitud imperiosa, adolescente, violenta. La tecnología moderna viola la naturaleza; obliga a la naturaleza a entregar sus tesoros, los estrangula fuera de la naturaleza y la naturaleza, entonces, debe, “desembarazarse”<sup>62</sup>. También considera a la tecnología moderna como encanto (*fördern*), teniendo dos connotaciones:

- i) el primero es uno neutral, donde el significado es transmitir, avanzar o promover (metafóricamente es lo que se podría llamar una cinta transportadora [*förderband*]),
- ii) también puede sugerir el uso de la fuerza bruta y, entonces, significa no simplemente transportar, sino arrastrar (contra resistencia), izar (como peso muerto), extraer (como esfuerzo)<sup>63</sup>.

Además, considera la tecnología moderna como una mirada reveladora que dispone una revelación que ordena, un disponer desafiante. Bajo esta actitud de la tecnología moderna, los recursos y energías de la naturaleza están a disposición, están allí para satisfacer los deseos humanos<sup>64</sup>. También da cuenta del carácter de reserva permanente (*stock* disponible) y desecho. Bajo esta óptica, todo existe para satisfacer nuestras necesidades y nuestro placer y nada merece respeto por estar posiblemente fuera de los usos que puede hacer de ello. Las cosas de la naturaleza no son solo consumibles, son desechables y no debemos sentir reparos en violarlos y dejarlos desperdiciados. Si todo es desechable, entonces nada tiene una base permanente. Las cosas naturales son solo recursos, provisiones de las que podemos valernos, ni siquiera son dignas de respeto como provisiones, son insignificantes, ya que se pueden desechar a voluntad<sup>65</sup>.

Herbert Marcuse (1898-1979): el filósofo y sociólogo alemán-estadounidense tomó una posición de crítica férrea de las ideologías científicas y el determinismo tecnológico en la formación de las hegemonías modernas. Abordó dichas ideas en su libro *El hombre unidimensional. Ensayo sobre la ideología de la sociedad industrial avanzada* (1954). En este, rechazó la idea de que existe un único camino de progreso basado en la racionalidad técnica y abrió un espacio para la reflexión filosófica sobre el control social del desarrollo tecnológico. Al igual que Michel Foucault, argumentó que las formas modernas de dominación son técnicas<sup>66</sup>. Para él, la tecnología es ideológica cuando impone un sistema de dominación y fuerza fines extrínsecos sobre los materiales humanos y naturales en contradicción con su propio potencial de crecimiento intrínseco. Lo que los seres humanos y la naturaleza son y pueden llegar a ser está

---

<sup>62</sup> ROJCEWICZ (2006) p. 77.

<sup>63</sup> *Op. cit.* p. 78.

<sup>64</sup> *Op. cit.* pp. 81-82.

<sup>65</sup> *Op. cit.* pp. 84-85.

<sup>66</sup> MARCUSE (1954) p. 39.

subordinado a los intereses del sistema<sup>67</sup>. Se trata de una sociedad industrial que, haciendo suya la tecnología y la ciencia, se organiza para el cada vez más efectivo dominio del hombre y la naturaleza y para la cada vez más efectiva utilización de sus recursos<sup>68</sup>.

Claude Levi-Strauss (1908-2009): este antropólogo, filósofo y etnólogo francés focaliza su atención en los mitos, pues cree que solo en ellos pueden encontrarse explicaciones (metafóricas) para la escindida situación de los seres humanos en la naturaleza. Dentro de esta visión, da a entender que todo lo que importa viene en conjuntos de a dos, a modo de ejemplo: el conjunto binario Naturaleza/Cultura, en la cual encuentra una ambigüedad esencial, incluso una tragedia en la génesis de la conciencia humana. Recordando el mito de Prometeo, señala que la apropiación del fuego para las necesidades y deseos humanos codifica el paso catastrófico por el que el hombre adquirió control sobre los factores principales de su marco biológico. El control del fuego es la premisa del progreso sociocultural. Pero este ha sido alcanzado –dice– a un precio considerable:

“al poseer un hogar, un arte de cocinar, el hombre rompió con el mundo animal, con sus relaciones inmediatas compartidas. Luego, con la ruptura de la naturaleza, el avance en la cultura, ha implicado un extrañamiento respecto del entorno y del animal en nosotros mismos. Se destruye el gran lazo comunicante”<sup>69</sup>.

---

<sup>67</sup> MARCUSE (1954) p. 39. Para este autor, uno de los aspectos más perturbadores de la civilización industrial avanzada, según lo señala en el libro señalado, es “el carácter racional de su irracionalidad. Su productividad y eficiencia, su capacidad de incrementar y difundir las comodidades, de convertir lo superfluo en necesidad y la destrucción en construcción, el grado en que esta civilización transforma el mundo-objeto en extensión de la mente y el cuerpo del hombre hace cuestionable hasta la noción misma de alienación. La gente se reconoce en sus mercancías; encuentra su alma en su automóvil, en su aparato de alta fidelidad, su casa, su equipo de cocina. El mecanismo que une el individuo a su sociedad ha cambiado, y el control social se ha incrustado en las nuevas necesidades que ha producido”.

<sup>68</sup> *Op. cit.* p. 48. En ello “la racionalidad tecnológica revela su carácter político a medida que se convierte en el gran vehículo de una dominación más acabada, creando un universo verdaderamente totalitario en el que sociedad y naturaleza, espíritu y cuerpo, se mantienen en un estado de permanente movilización para la defensa de este universo”.

<sup>69</sup> STEINER (2011) p. 32. Como señala filósofo franco-americano George Steiner (1929-2020), sintetizando el pensamiento de Claude Levi-Strauss: “Al descubrir estas sombras de los restos de Edén, el hombre occidental se propuso destruirlas. Mató a innumerables inocentes, destrozó las selvas, carbonizó la sabana. Luego, su furia devastadora se volvió hacia las especies animales. Una tras otra, fueron acosadas hasta la extinción o la supervivencia ficticia del zoológico. Esta devastación fue con frecuencia deliberada: un resultado directo de la conquista militar, de la explotación económica y de la imposición de tecnologías uniformes sobre las formas indígenas de vida”.

Con los años su visión se intensificó, como lo expresa en su libro *Tristes trópicos* evidenciando una melancólica paradoja<sup>70</sup>. Por ello, desde este desgarrar, expresa el libro citado que antes que “antropología” habría que escribir una “entropología” como nombre de una disciplina dedicada a estudiar ese proceso de desintegración en sus manifestaciones más elevadas<sup>71</sup>.

Jürgen Habermas (1929-): para este filósofo alemán, miembro de la Escuela de Frankfurt, la tecnología es una “ideología materializada”<sup>72</sup>. En su libro *La técnica como ideología*, considera la tecnología como una forma general de acción que responde al interés genérico humano por el control y, como tal, trasciende los intereses políticos particulares, y es políticamente neutral en sí mismo. La controversia de valores y, por tanto, la política pertenece al ámbito comunicativo del que depende la vida social. La tecnología solo adquiere sesgo político cuando invade el ámbito comunicativo<sup>73</sup>. No obstante, el desarrollo técnico y científico poco a poco se disocia de la acción comunicativa y del ámbito simbólico, constituyendo al hombre como parte de la maquinaria. Para este autor, el peligro está en que la tecnocracia sirve como ideología para una política dirigida a la resolución de tareas técnicas que pone en segundo plano a las tareas prácticas, algunas pueden erosionar el marco institucional<sup>74</sup>. Las sociedades industriales se dirigen hacia a un control del comportamiento hasta que hay un momento donde la diferencia entre acción racional con respecto a fines e interacción desaparecen de las ciencias del hombre y de su conciencia<sup>75</sup>. Es en ese momento que la fuerza ideológica de la tecnocracia queda demostrada al encubrir esto. Algunas consecuencias negativas de la tecnocracia son:

- i) la racionalidad política se elimina y solo se busca la satisfacción de necesidades, la búsqueda de satisfactores superfluos y el incremento en la retribución monetaria,

---

<sup>70</sup> STEINER (2011) p. 36. George Steiner lo recuerda del siguiente modo: “Con los años, la ira visionaria de Lévi-Strauss se ha intensificado. El destrozamiento de los órdenes vegetal y animal en nombre del progreso tecnológico, la explotación de la mayor parte de la humanidad en beneficio de unos pocos, el escasamente revisado supuesto de la superioridad occidental sobre las comunidades llamadas primitivas, subdesarrolladas, todo esto llena a Lévi-Strauss de una repugnancia despectiva. La barbarie política del siglo XX, fenómenos como el holocausto y la carrera de armamento nuclear, le parecen a Lévi-Strauss algo más que un mero accidente. Son los correlativos directos del trato asesino hacia la ecología por parte del hombre blanco. Habiendo asolado lo poco que quedaba de Edén [...], el depredador occidental debe ahora volverse sobre sí mismo”.

<sup>71</sup> LEVI-STRAUSS (1988) p. 467. Este libro corresponde a la autobiografía filosófica del autor.

<sup>72</sup> FEENBERG (1999) p. 7.

<sup>73</sup> *Ibid.*

<sup>74</sup> *Ibid.*

<sup>75</sup> *Ibid.*

- ii) la ética pasa a un segundo plano, y la producción y el desarrollo científico y tecnológico pueden existir sin la censura ética, colocando a los críticos en el plano de enemigos anacrónicos del avance y el progreso,
- iii) mistifica y manipula el lenguaje y
- iv) desaparece el interés por las personas y se fomenta el deseo de adquisición de nueva tecnología<sup>76</sup>.

En este proceso se lleva a cabo una fetichización de la ciencia y la técnica, es decir, que se les otorga un poder que no tienen<sup>77</sup>. La ciencia y la técnica obtienen el poder de influir en todos los procesos de la vida social, ajustándolos a sus necesidades, de esta manera garantizan su reproducción y multiplicación. La vida se vuelve un ejercicio de acumular tecnología y objetos, y de dejarse llevar por la voz del experto científico<sup>78</sup>.

Günther Anders (1902-1992): este filósofo alemán se levanta como un crítico ante las consecuencias de haberle fiado el progreso de la humanidad al desarrollo técnico como iluminación del espíritu. Su obra principal, *La obsolescencia del hombre*<sup>79</sup> versa sobre las transformaciones que sufre la condición humana en la era de revolución industrial y tecnológica de posguerra, esto es, a la luz de las tecnologías de la era electrónica<sup>80</sup>. Para el autor, la técnica es la determinación fundamental de una nueva antropología. Su obra es, en sus propias palabras “una antropología filosófica en la era de la tecnocracia”<sup>81</sup>. Sostiene una nueva crítica a la sustracción que la técnica efectúa en la finalidad del trabajo y la acción humanas. En su opinión, el ser humano, inserto en la megamáquina, propia del modelo productivo, es incapaz de anticipar el resultado de su trabajo, ni siquiera imaginarlo, pues se encuentra alienado con respecto a su desproporción para con la técnica. Así, el ser humano de la cadena de montaje se ve mediatizado como una pieza más de la maquinaria y no ya como sujeto de sus propias acciones. Tanto es así que en la “medialidad” a la que nos aboca la técnica ya no somos “actuales”, sino solo colaboradores

“[...] La promesa secreta del hombre ‘medial’ es ‘no ver’, por tanto, no saber lo que hace: en suma, permanecer ciego respecto a la finalidad<sup>82</sup>.”

<sup>76</sup> FEENBERG (1999) p. 7.

<sup>77</sup> Para Jürgen Habermas, la conciencia tecnocrática es: “por una parte, menos ideológica que todas las ideologías precedentes; pues no tiene el poder opaco de una ofuscación que sólo aparenta, sin llevarla a efecto, una satisfacción de intereses. Pero por otra parte, la ideología de fondo, más bien vidriosa, dominante hoy, que convierte en fetiche a la ciencia, es más irresistible que las ideologías de viejo cuño”. HABERMAS (1986) p. 96.

<sup>78</sup> *Ibid.*

<sup>79</sup> Publicada en dos volúmenes, el primero en 1956 y el segundo en 1980.

<sup>80</sup> Televisión, radio-comunicaciones, cibernética.

<sup>81</sup> ANDERS (1980) p. 13.

<sup>82</sup> ANDERS (1956) p. 278.

Hoy, la técnica se ha convertido en el sujeto de la historia; de que nosotros sólo somos co-históricos con esta historia; y, por último, de que habitualmente se difumina la comprensión de esta conversión de la técnica en sujeto”<sup>83</sup>.

Además, esta sustracción de la finalidad la acción hace que el ser humano reconfigure su percepción de la dimensión temporal. El hombre, obsoleto ante la técnica, no tiene ninguna verdadera relación con el futuro. Según Günther Anders, el

“hombre vive sin tiempo, [...] y por tanto, sin el horizonte, en que únicamente podría emerger el final del futuro, o sea, la posible catástrofe”<sup>84</sup>.

Kostas Axelos (1924-2010): Para este filósofo griego la técnica es instrumento y arma del diálogo-duelo entre hombre y mundo. Por un lado, brutal como arma, por otro, un instrumento que entrega innegables soluciones que ayudan al bienestar humano<sup>85</sup>. Además, tiende a hacerse cargo de todo lo que es. De ella se habla generalmente en términos de exterioridad, mas es el resorte interior de todo lo que se hace. Es la técnica que pone en marcha mitos y religiones, poesía y literatura, arte y política, ciencia y pensamiento; su rotación conecta la producción<sup>86</sup> y el consumo. La técnica hace el trabajo de figuras que alguna vez fueron mitológicas; mejor que Prometeo e Ícaro, piensa y quiere domar la naturaleza. Aboliendo las viejas mitologías, segrega su propia mitología técnica y “mitos” modernos y planetarios<sup>87</sup>. Frente a ella, el humanismo es impotente. El humanismo y la tecnología se engendran mutuamente. La técnica resulta del humanismo, es humanismo solidificado y constantemente fluido. Domina la naturaleza y la historia, que es lo que pretendía el humanismo<sup>88</sup>. Además, siguiendo la sentencia

<sup>83</sup> ANDERS (1956) p. 279. Al respecto, señala: “A lo que me refiero es al hecho de que nosotros –y por ‘nosotros’ entiendo la mayoría de nuestros contemporáneos, incluidos sus hombres de Estado, que viven en países industrializados– hemos renunciado (o nos hemos dejado llevar a esa renuncia) a considerarnos a nosotros mismos (a las naciones, a las clases da la humanidad) como los sujetos de la historia; a que nos hemos destronado (o nos hemos dejado destronar) y en nuestro lugar hemos colocado a otros sujetos de la historia o, mejor, a un único sujeto: la técnica, cuya historia no es, como la del arte o la de la música, una entre otras ‘historias’, sino la historia, al menos se ha convertido en la historia en el curso de la historia reciente, cosa que se constata de la manera más terrible por el hecho de que el ser o no ser de la humanidad depende de su desarrollo y utilización”.

<sup>84</sup> *Op. cit.* p. 280.

<sup>85</sup> AXELOS (2019), libro electrónico Kindle, posición 173.

<sup>86</sup> Para este autor la técnica no es solo producción, sino, también, y sobre todo, una provocación: provoca, la materia, la vida y el pensamiento. *Op. cit.* posición 133.

<sup>87</sup> *Op. cit.* posición 173.

<sup>88</sup> *Ibid.*

del filósofo griego Heráclito: “el tiempo es un niño que mueve las fichas en un juego”<sup>89</sup>, expresa que es el ser humano completo quien es el jugador y el juguete, hagalo que haga. El ser errante del ser humano juega un juego en el que sus planes se frustran permanentemente. Los juegos de niños son, sin embargo, solo una especie y una prefiguración de los juegos de los niños grandes, que son seres humanos, seres maravillosos y miserables, juguetes fallidos, aun cuando se tomen en serio a sí mismos. El juego no es solo una de las fuerzas fundamentales, una de las configuraciones. Los penetra a todos, los abarca: todos “son” el juego y “hacen” el juego que no es el de alguien o el de algo. Detrás de las máscaras nadie ni nada se esconde, excepto el juego del mundo<sup>90</sup>.

Gilbert Hottois (1946-2019): el filósofo belga cree, así como la ciencia teórica podía ser llamada pura o inocente, la tecnociencia, al ser esencialmente actividad productora y modificadora del mundo, no es nunca totalmente inocente. La praxis es éticamente problemática.

#### IV. GEOINGENIERÍA

Durante las últimas décadas, la reflexión ambiental global se ha ido involucrando profunda y concretamente, en ciencia y tecnología, teniendo por objetivo de sus prácticas el cuidado del ambiente. Como señala el filósofo estadounidense Andrew Feenberg (1999), el mundo tecnológico que habitaremos en los próximos años será en gran medida producto de la actividad pública<sup>91</sup>, y muchos de esos esfuerzos se orientarán a la ecología y ambiente. La inteligencia artificial representará un papel central en esta ecuación.

La inteligencia artificial está abriendo variadas, nuevas y sorprendentes formas de enfrentar y desarrollar la gestión ambiental. La calidad de los datos ambientales está mejorando, al igual que las imágenes satelitales de alta resolución, y esto solo ha sido un beneficio para la capacidad del aprendizaje automático en el conocimiento de las ciencias ambientales. Según el profesor en relaciones internacionales y ambiente Peter Dauvergne<sup>92</sup>, existen beneficios de la inteligencia artificial que ya se acumulan para la conservación global. Al-

---

<sup>89</sup> Para Heráclito, componer y disolver alternadamente el mundo no es hacer nada diferente que “construirlo eterno, pero tal que cambie su forma, como si uno, volviéndose de niño en hombre y de hombre en niño, creyera disolverse, ora ser”. MONDOLFO (2007) p. 17.

<sup>90</sup> AXELOS (2019) libro electrónico Kindle, posición 217.

<sup>91</sup> FEENBERG (1999) p. ix.

<sup>92</sup> Su investigación cubre la política de los movimientos sociales, el consumo, la tecnología y las corporaciones, especialmente las consecuencias de la desigualdad social y la degradación de los ecosistemas en el sur global.

gunos ejemplos nos los da en su libro *AI in the Wild Sustainability in the Age of Artificial Intelligence*<sup>93</sup>:

1. El aprendizaje automático está mejorando el registro científico de especies migratorias y el estudio del cambio climático<sup>94</sup>.
2. Las redes neuronales profundas están mejorando el mapeo de alta resolución de los bosques<sup>95</sup> y el modelado y pronóstico de la pérdida de biodiversidad.
3. Los análisis de IA respaldan los esfuerzos para proteger los santuarios de vida silvestre y preservar los arrecifes de coral<sup>96</sup>.
4. Seguimiento a la sobrepesca para ayudar a profundizar la comprensión científica del cambio ambiental mundial del recursos y ecosistemas<sup>97</sup>.
5. Los drones inteligentes están ayudando a los guardabosques estatales y a los activistas comunitarios a combatir la caza furtiva, la tala ilegal y la minería ilegal<sup>98</sup>.

---

<sup>93</sup> DAUVERGNE (2020) p. 53.

<sup>94</sup> Según nos relata Peter Dauvergne, un ejemplo del valor del aprendizaje automático para el seguimiento de especies es eBird, una base de datos en línea de acceso abierto de avistamientos y grabaciones de observadores de aves voluntarios. Fundado en 2002 por el Laboratorio de Ornitología de la Universidad de Cornell y la Sociedad Nacional Audubon de Estados Unidos, hoy, cientos de miles de observadores de aves de todo el mundo cargan regularmente avistamientos, marcan listas de verificación y realizan observaciones utilizando la aplicación gratuita de eBird.

<sup>95</sup> En todo el mundo los ecologistas recurren a la inteligencia artificial para ayudar a salvar las últimas selvas tropicales que quedan. Por ejemplo, Rainforest Connection, una empresa emergente de tecnología, sin fines de lucro, proporciona sistemas de alerta y monitoreo “bioacústicos” para ayudar a los guardabosques estatales y las comunidades indígenas a combatir la tala ilegal, el desmonte y la caza furtiva en los trópicos.

<sup>96</sup> Por ejemplo, investigadores australianos están tratando de resolver esta amenaza para la Gran Barrera de Coral, desplegando un sumergible semiautónomo conocido como RangerBot para sacrificar estrellas de mar corona de espinas que se alimentan de pólipos de coral. Estas han sido una de las principales causas de pérdida de coral en las últimas tres décadas. Pequeñas poblaciones de estas estrellas de mar son nativas de la Gran Barrera de Coral. RangerBot se basa en la tecnología de visión por computadora para navegar por el arrecife e identificar estrellas de mar e, incluso, encontrar las que están enroscadas en el coral. Un solo RangerBot no solo puede erradicar cientos de estrellas de mar por salida, sino que, también, puede ayudar a mapear el blanqueamiento de corales y medir la calidad del agua en tiempo real.

<sup>97</sup> Según Peter Dauvergne, para comprender por qué y dónde se produce la sobrepesca, un equipo de investigadores está utilizando el aprendizaje automático para evaluar la “huella global” de la pesca. David A. Kroodsma, director de investigación de Global Fishing Watch, es el autor principal de un estudio que descubrió que las flotas industriales pescaban en más de la mitad del área oceánica del mundo. Usando redes neuronales convolucionales para identificar las características de las embarcaciones y la actividad pesquera, el equipo de investigadores pudo rastrear más de setenta mil embarcaciones pesqueras entre 2012 y 2016 mediante el análisis de veintidós mil millones de mensajes de posicionamiento terrestres y satelitales.

<sup>98</sup> Según el mismo autor, por ejemplo, para empoderar a los oficiales de conservación que intentan prevenir la caza furtiva de marfil, la organización no gubernamental Resolve ha cons-



6. Los dispositivos robóticos inteligentes están ayudando a erradicar especies invasoras, limpiar la contaminación y reconstruir los campos.

No obstante, el evidente grado de avance en las ciencias ambientales en los últimos años, no se puede soslayar que también se han creado situaciones no deseadas. Como señala el mismo autor, a pesar de que la inteligencia artificial mejora la gestión ambiental y la ciencia de la conservación, la deforestación tropical continúa causando estragos. Las poblaciones mundiales de animales salvajes continúan cayendo, y el número de aves, mamíferos, peces, reptiles y anfibios se ha reducido en al menos un 60 % o desde 1970. Los arrecifes de coral continúan muriendo. La sobrepesca continúa casi sin cesar. La calidad del agua dulce continúa deteriorándose. La contaminación de los océanos sigue aumentando. La pérdida de biodiversidad sigue estando muy por encima de las tasas de extinción natural. Mientras tanto, la crisis del cambio climático continúa escalando, con temperaturas globales promedio aún encaminadas a aumentar otros dos a cuatro grados centígrados para fines de este siglo, lo que traerá olas de calor cada vez más severas, sequías prolongadas, tormentas violentas, aumento del nivel del mar y extinción de especies.

El cambio climático provocado por causas antropogénicas es quizá el problema ambiental más importante al que se enfrenta la sociedad global. Numerosos expertos han enfatizado durante treinta años la necesidad de prevenir y minimizar el cambio climático antropogénico mediante la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero. Sin embargo, la reducción de emisiones hasta la fecha ha sido menor de lo necesario y es probable que seguirá siéndolo. Científicos, líderes políticos, defensores ambientales y otros observadores informados han ido adoptando diferentes acciones a través de tratados internacionales. Sin embargo, dado los relativos avances en el control, algunos científicos y otros ahora están considerando e investigando una categoría más drástica de respuestas al cambio climático.

En efecto, la geoingeniería o la ingeniería climática es la manipulación deliberada a gran escala del entorno planetario y en su alcance corresponde al control tecnológico de los procesos climáticos para contrarrestar el calentamiento global antropogénico. El término fue utilizado por primera vez a principios de la década de 1970 por el físico italiano Cesare Marchetti (1927). La “geoingeniería solar” bloquearía o reflejaría una pequeña porción de la luz solar entrante, enfriando el planeta y reduciendo el cambio climático. Sin embargo, dicha solución propuesta ha provocado cierta resistencia en la comunidad interna-

---

tuido una cámara trampa de aprendizaje profundo llamada TrailGuard AI. Cuando cazadores furtivos potenciales o vehículos sospechosos se cruzan en su camino, el dispositivo pequeño y fácil de camuflar transmite una fotografía a la sede del parque, donde los guardabosques deciden si investigar más a fondo.



cional. La pregunta que subyace es, ¿se puede revertir el calentamiento global o mantenerse dentro de límites 'seguros'? Desde al menos fines de la década de 1980, la respuesta estándar es que puede ser, pero solo si las emisiones de gases de efecto invernadero se reducen significativamente y pronto. Si bien los problemas relacionados con el cambio climático ahora son ampliamente conocidos y han estado en el dominio público durante muchos años, la geoingeniería es relativamente nueva<sup>99</sup>. En la etapa que se encuentra en la actualidad es una tecnología prospectiva.

En términos prácticos y desde consideraciones filosóficas<sup>100</sup>, las preguntas a las que se expone son amplias y complejas: ¿qué es exactamente?, ¿nos salvará de la amenaza del cambio climático?, ¿o es una distracción que nos aleja de enfrentarnos a lo que necesitamos hacer para abordar la sustitución de los combustibles fósiles? La pregunta al final es, ¿si existe una solución tecnológica que pueda mantener el clima cerca de su norma histórica?

Las principales evaluaciones institucionales de la geoingeniería han sido tratadas como un desafío técnico y científico. La filosofía que la sustenta es que casi cualquier problema, natural o creado por los seres humanos, pueden solucionarse. No obstante, existe conciencia que la manipulación intencional del clima es peligrosa y todavía existen demasiadas incertidumbres para que los gobiernos las desplieguen, existe un pequeño, pero un creciente número de científicos que están trabajando para desarrollar la idea de intervenir el planeta con las técnicas de la ingeniería. Como observa el periodista científico Eli Kintisch, existen científicos, como el grupo denominado "Geoclique" que explica que el cambio climático es tan amenazante que lo razonable es desarrollar un "Plan B" porque los gobiernos están fracasando en reducir las emisiones de gases de efecto invernadero (GEI) como deberían y, de cualquier modo,

---

<sup>99</sup> Según declara la Fundación Heinrich Böll y el grupo ETC (2017), a inicios de la década de 1990, varios países (Alemania, Estados Unidos, Japón, Canadá, México, India y Sudáfrica) invirtieron en experimentos nacionales o intergubernamentales para explorar alguna forma de remoción de dióxido de carbono (rdc) o de fertilización oceánica. Además, al menos Estados Unidos, China, Rusia y la República de Corea han llevado a cabo o están desarrollando experimentos de geoingeniería. Las instituciones científicas en Estados Unidos, China y Rusia están analizando técnicas que, en teoría, podrían disminuir las temperaturas al bloquear o reflejar la luz solar (las cuales se agrupan bajo el término "Gestión de la radiación solar" o "Modificación del albedo").

<sup>100</sup> El escritor, filósofo y periodista británico Gilbert Keith Chesterton (1874-1936), en su libro *Heretics* expresa que lo más importante que podemos saber de alguien es justamente aquello. CHESTERTON (1905) Introducción p 15. Citando a este autor, el filósofo y psicólogo estadounidense William James (1842-1910), en su obra *Pragmatismo* expresa que cada uno de nosotros tiene una filosofía y que "lo más importante e interesante sobre [nosotros] es la forma en que determina la perspectiva en [nuestros] varios mundos". JAMES (1881) Conferencia I "El dilema actual de la filosofía" p. 55.

el nivel de dióxido de carbono en la atmósfera y su permanencia ya es riesgoso para la humanidad.

Entre otros científicos que han adoptado esta postura está David Keith, con su libro titulado *A Case for Climate Engineering* (2013). La seriedad y urgencia de la situación amerita la adopción de medidas especiales y la comunidad científica y técnica tiene la capacidad de aportar estrategias y soluciones reales<sup>101</sup>. Además, como señala el mismo David Keith: “la geoingeniería solar es una herramienta barata que podría ecologizar el mundo”<sup>102</sup>. Por su parte, Jack Stilgoe (2015) señala que el surgimiento de la geoingeniería ha abierto un espacio tanto científico como político, en el que los científicos se encuentran navegando con mayor o menor confianza y ambivalencia<sup>103</sup>.

También hay opositores a la geoingeniería. Para ellos, el enfoque de la modificación del clima surge del imaginario tecnocientífico de la época y, en este, los científicos ayudan a generar y sostener ese imaginario<sup>104</sup>. Se argumenta que la ingeniería es una ocurrencia de ingenieros, no de científicos del clima, ni ecólogos o sociólogos. Sus críticas se dirigen hacia el contexto ético del impulso hacia la geoingeniería sus implicaciones. Algunos de los argumentos que se levantan son los siguientes:

1. En realidad, no se sabe cómo “intervenir el planeta” con geoingeniería. Su intervención sería demasiado arriesgada dado el actual estado de ignorancia sobre las consecuencias.
2. Para que cualquier tecnología de geoingeniería tenga impacto en el clima planetario deberá ser desplegada a megaescala. Las consecuencias no previstas de su despliegue serían globales y necesariamente transfronterizas.
3. No se sabe cuánto costará, especialmente si fracasa o cuando fracase e impida el desarrollo de alternativas constructivas o provoque efectos adversos. Sin embargo, sus proponentes afirman que la geoingeniería no será costosa.
4. Hay bastante poca ingeniería en el mundo de la geoingeniería. La tecnología es simplemente imaginada<sup>105</sup>.
5. No se sabe cómo retirar una tecnología de escala planetaria una vez que se ponga en operación.

---

<sup>101</sup> *Op. cit.* p. 31.

<sup>102</sup> BASKIN (2019) p. 124.

<sup>103</sup> STILGOE (2015)

<sup>104</sup> BASKIN (2019) p. 39.

<sup>105</sup> STILGOE (2015) p. 7. Para el historiador de la ciencia y tecnología estadounidense James Fleming, la mayor parte de la ciencia de la geoingeniería es “especulación científica basada en cálculos al dorso del sobre”.

6. La geoingeniería volvería al mundo dependiente de la “regulación” del clima global por parte de élites tecnocráticas, complejos militares, industriales y empresas transnacionales<sup>106</sup>.

Adicionalmente, se argumenta que los pronósticos del cambio climático y sus impactos son inciertos por varias razones, entre ellas la variabilidad natural. El clima cambia naturalmente a través de procesos de diversas escalas de tiempo<sup>107</sup>. El cambio climático observado y futuro no es solo antropogénico porque estos procesos naturales lo reducen o aumentan<sup>108</sup>.

De la misma manera, no se tiene certeza qué impactos tendrá en la salud humana y en el ambiente. Los geoingenieros podrían estar subestimando la dificultad que implica introducir cambios en los ecosistemas con resultados previsible, incluso, si son alteraciones “más suaves o ligeras”, como talar árboles para aumentar la capa de nieve en el suelo y reflejar mayor cantidad de luz del sol lejos de la Tierra o, bien, esparcir arena absorbente de CO<sub>2</sub> en los suelos. Los experimentos intencionales de manipulación de los sistemas planetarios podrían tener el mismo impacto que el “experimento no intencional” de geoingeniería que representó la Revolución industrial (es decir, el cambio climático antropogénico): daños desproporcionados a la población que vive en las áreas tropicales y subtropicales del mundo<sup>109</sup>.

Según identifica David Collingridge en su libro *El contrato social de la tecnología*, las implicaciones de una tecnología son difíciles de predecir en sus primeras etapas, pero a medida que se llega a un acuerdo con ellas, se vuelve más arriesgada y difícil de controlar<sup>110</sup>.

El filósofo estadounidense Stephen M. Gardiner sostiene que respecto a la solución que propone la geoingeniería, se pone el enfoque en el lugar equivocado. Gardiner considera éticamente miope y moralmente esquizofrénico la forma en que está abordando el problema<sup>111</sup>. Estima que el marco actual del

---

<sup>106</sup> STILGOE (2015) p. 7.

<sup>107</sup> Algunos de estos como El Niño están bien caracterizados, mientras que otros lo están menos.

<sup>108</sup> BASKIN (2019) p. 10.

<sup>109</sup> *Ibid.*

<sup>110</sup> STILGOE (2015) p. 22. Un ejemplo de ello, lo entregó en 1963 Colin Buchanan, asesor del Ministerio de Transporte inglés, señalando respecto al automóvil: “Estamos alimentando a un costo inmenso a un monstruo de gran potencial destructivo. Y, sin embargo, lo amamos mucho”. Considerado en su aspecto colectivo como “el problema del tráfico”, el automóvil es una amenaza que puede estropear la civilización. Pero traducido a términos de nuestro propio automóvil, lo consideraríamos como una de nuestras posesiones más preciadas o una de nuestras ambiciones más queridas, una comodidad inmensa, una expansión de las dimensiones de la vida, un instrumento de emancipación, un símbolo de la era moderna.

<sup>111</sup> GARDINER (2013) pp. 11-38. Stephen Gardiner da como ejemplo cuatro formas de geoingeniería éticamente preocupantes: (i) geoingeniería no autorizada (como la realizada por un

debate sobre la geoingeniería se hace en términos de emergencia “cueste lo que cueste”. Señala que es éticamente miope, en el sentido de perder panorama más amplio, en la medida en que margina arbitrariamente cuestiones morales centrales, como, por ejemplo, cómo se llega a esta situación y por qué no estamos buscando mejores formas de salir. También lo encuentra moralmente esquizofrénico en el sentido de ser “un estado caracterizado por la coexistencia de elementos contradictorios o incompatibles” porque tiende a enfatizar y respaldar fuertes preocupaciones éticas, que de otro modo no estaríamos dispuestos a actuar y que, si se aceptara con seriedad y coherencia, nos llevaría a abordar tanto la política climática en general como la geoingeniería en particular de maneras muy diferentes.

El primer informe sobre geoingeniería de la Royal Society del año 2009, concluyó que los mayores desafíos para el despliegue exitoso de la geoingeniería pueden ser los problemas sociales, éticos, legales y políticos asociados con la regulación, más que los problemas científicos y técnicos. Esto sigue siendo cierto una década más tarde. ¿Quién tiene la autoridad legítima para hacer decisiones con respecto a cambiar intencionalmente el clima del mundo?<sup>112</sup>.

## CONCLUSIONES

De acuerdo con lo expresado a lo largo del texto, proponemos los siguientes temas para la reflexión:

- a. Regulación jurídica adecuada. Lo señalado apunta a aceptar la necesidad de diseñar políticas públicas y legislación adecuada que logre combinar la promoción del avance en ciencia y tecnología que siga sirviendo a las necesidades e intereses de la humanidad, con los necesarios resguardos que eviten o minimicen los daños y perjuicios ambientales. Así, la legislación ambiental debe construirse sobre la base de evidencia científica sólida y contar la suficiente flexibilidad para poder adaptarse apropiadamente a los crecientes, rápidos y acelerados avances tecnológicos, atendiendo a que se mantenga la protección ambiental.
- b. Consideraciones éticas y bioéticas. Al momento de abordar la toma de decisiones en políticas públicas y legislación, debiera incorporarse

---

solo estado, corporación o individuo sin la consulta adecuada y la aprobación de otros, (ii) geoingeniería sin consenso (como la que se puede dar en algunos países proclives a su uso), (iii) geoingeniería depredadora (como la que tienen como objetivo desfavorecer sistemáticamente los intereses de algunos países con motivos estratégicos), geoingeniería militarizada (como la militarización del sistema de control climático).

<sup>112</sup> BASKIN (2019) p. 2.

una reflexión desde la perspectiva de la ética y la bioética. Esto es relevante en todos los aspectos de la relación tecnología-ecología y es especialmente necesaria en los campos de la biotecnología, la edición génica, la ingeniería genética y la inteligencia artificial. En estos campos hay preguntas que cobran especial interés como, por ejemplo, el tema del control de estas tecnologías, las finalidades y aplicaciones que pueden tener, la forma en que se toman decisiones a su respecto y quiénes controlan estas tecnologías. Las decisiones debieran ser informadas, transparentes, con participación.

- c. Aplicación del principio de la responsabilidad. El objetivo de políticas públicas y legislación debiera ser el desarrollo de tecnologías sustentables. Las nuevas tecnologías debieran buscar aplicaciones que se dirijan a minimizar el impacto ambiental. El sistema debiera promover innovaciones que sean compatibles con la protección y promoción ambiental. Así debiera ser el caso de tecnologías de energías renovables o verdes, agricultura regenerativa, eficiencia energética, economía circular, diseño sustentable, etc. El principio inspirador debiera ser el de la responsabilidad en el desarrollo de tecnologías sustentables.
- d. Integración de la aproximación interdisciplinaria. Al momento de diseñar políticas públicas y legislación ambiental se observa como necesaria la incorporación interdisciplinaria. Primero en relación con las ciencias ecológicas. Luego, con las ciencias en general. Y también con las humanidades y las ciencias sociales. Las variables sociales, económicas y culturales deben ser integradas en el análisis de la interacción entre tecnología y ambiente.
- e. Aplicación moderada de una aproximación de precaución. Debiera encontrarse un punto de equilibrio y ponderación entre los extremos, esto es, entre una desconfianza que demonice todo avance científico y tecnológico y una confianza ciega y acrítica en toda expresión y posibilidad científico tecnológica. Dentro de estas consideraciones se encuentra el tema de sistemas de producción y consumo insostenible.
- f. Superar el falso dilema entre tecnología y ambiente. En efecto, no se trata de tecnología o ambiente, sino que se propone tecnología y ambiente en un contexto en el que los avances científicos y tecnológicos son ponderados mediante políticas públicas y legislación sabia y sensata, que no la inhiba y que proteja y promueva el ambiente. No es imaginable hoy una vida en sociedad sin ciencia y tecnología. Y tampoco parece aconsejable. Parte importante del bienestar existente hoy y parte importante de las sociedades en las que se desarrolla la vida son posibles gracias a la ciencia y tecnología disponible y aplicada. De la misma forma, no toda tecnología es aconsejable en todo

momento y lugar. Esta distinción es clave y constituye el espacio de la reflexión informada, ética y técnica de elaboración de políticas públicas y legislación. La ciencia y tecnología pueden, por cierto, ser parte del problema y pueden ser parte de la solución. El adecuado uso y decisión respecto de políticas públicas y legislación es lo que puede mover la balanza en una u otra dirección.

Adicionalmente a lo señalado, hay otras consideraciones que pueden aportarse a la reflexión. Una de ellas es considerar los conocimientos y prácticas tradicionales y ancestrales. Al hablar de ciencia y tecnología debiera integrarse la debida consideración a los mencionados conocimientos y prácticas. Esto es aplicable a todas las áreas y especialmente a aquella de la ecología y el ambiente. Es mucho lo que se puede aprender aquí y es mucho lo que se puede hacer y transformar.

Debiera incorporarse al análisis la idea que la economía circular puede ser promovida y acelerada a través de avances y aplicaciones científicas y tecnológicas, partiendo en la mesa de diseño, mucho antes de producir cosa alguna. Todo el ciclo de vida del producto puede ser optimizado a través de adecuadas tecnologías. Y aquí el concepto de innovación y aprendizaje cobra un valor aún mayor al que ya tiene. La biodegradación, el reciclaje, la optimización de procesos y el aumento de la eficiencia en productos, procesos y servicios son algunos ámbitos pertinentes. Así, se podría comenzar a hablar de progreso y desarrollo en términos que incorpore la variable ecológica al centro.

De igual forma, parece adecuado incorporar consideraciones de transparencia y justicia ambiental. En efecto, parte de la desconfianza ciudadana ante la ciencia y aplicaciones tecnológicas tiene relación con la falta de información, falta de información y falta de sistema de acceso a justicia ambiental adecuados. Tecnología sí, pero no a espaldas de la ciudadanía. Por supuesto, esto requiere una ciudadanía informada, educada, curiosa, interesada en los asuntos públicos, responsable, sensata y de valores éticos y democráticos.

La dicotomía entre aquellos que ven a la ciencia y la tecnología como la razón de la catástrofe ecológica y aquellos que las ven como los instrumentos que resolverán tal catástrofe está muy bien expresada en las siguientes citas de Ernst Friedrich Schumacher y de Steven Pinker, respectivamente. Dice Ernst Friedrich Schumacher:

“Even bigger machines, entailing even bigger concentrations of economic power and exerting ever greater violence against the environment, do not represent progress: they are a denial of wisdom. Wisdom demands a new orientation of science and technology towards the organic, the gentle, the nonviolent, the elegant and beautiful”<sup>113</sup>.

---

<sup>113</sup> SCHUMACHER (1973).

Dice Steven Pinker:

“Problems are solvable. That does not mean that they will solve themselves, but it does mean that we can solve them if we sustain the benevolent forces of modernity that have allowed us to solve problems so far, including societal prosperity, wisely regulated markets, international governance, and investments in science and technology”<sup>114</sup>.

Es razonable pensar en una mirada intermedia que, usando y confiando en los avances y aplicaciones científicas y tecnológicas, mantenga una mirada atenta para mantener siempre nuestro humanismo y nuestra humanidad.

Quisiéramos terminar estas líneas con una idea de Carl Sagan, que ilustra el dilema de la sociedad:

“We’ve arranged a society on science and technology in which nobody understands anything about science and technology, and this combustible mixture of ignorance and power sooner or later is going to blow up in our faces”.

El desafío de tomar decisiones de políticas públicas y legislación sobre ciencia, tecnología y ambiente, requiere como requisito previo que la sociedad toda se reencuentre con la necesidad de saber y de aprender ciencia y tecnología. Desde allí se podrá entender mejor este dilema, este peligro y esta oportunidad.

## BIBLIOGRAFÍA

- ANDERS, Gunther (1956): *L'obsolescence de l'homme*, vol. I: Sur l'âme à l'époque de la deuxième révolution industrielle (Paris, Éditions Ivrea).
- ANDERS, Gunther (1980): *The Obsolescence of Man*, vol. II: On the Destruction of Life in the Epoch of the Third Industrial Revolution (Paris, Éditions Ivrea).
- APPEL, Karl-Otto (1990): *Una ética de la responsabilidad en la era de la ciencia* (Buenos Aires, Editorial Almagesto).
- AXELOS, Kostas (2019): *Vers la pensée planétaire. Le devenir-pensée du monde et le devenir-monde de la pensée* (Paris, Éditions Les Belles Lettres).
- BABICH, Babette (2022): *Gunther Anders Philosophy Of Technology* (London, Bloomsbury Academic).
- BARICCO, Alessandro (2021): *Lo que estábamos buscando. De la pandemia como criatura mítica* (Barcelona, Editorial Anagrama).

---

<sup>114</sup> PINKER (2018) p. 155.



- BINFIELD, Kevin (ed.) (2004): *Writings of the Luddites* (Baltimore, John Hopkins University Press).
- BORGMANN, Albert (1984): *Technology and the Character of Contemporary Life* (Chicago/London, University of Chicago Press).
- BREY, Philip; BRIGGLE, Adam and SPENCE, Edward (eds.) (2012). *The Good Life in a Technological Age* (New York, Routledge).
- BRIDGSTOCK, Martin; BURCH, David; FORGE, John; LAURENT, John and LOWE, Ian (1998). *Science, Technology and Society. An Introduction* (Cambridge, UK, Cambridge University Press).
- CAMPBELL, Timothy C. (2011): *Improper Life. Technology and Biopolitics from Heidegger to Agamben* (Minneapolis, University Minnesota Press).
- DOUGLASS, Bruce (2018): *The Iron Cage Revisited. Max Weber in the Neoliberal Era* (New York, Routledge).
- ELLUL, Jacques (1977a): *Le Système Technicien* (Paris, Calmann-Lévy).
- ELLUL, Jacques (1977b): *La Technique ou l'enjeu du siècle* (Paris, Economica).
- FEENBERG, Andrew (1991): *Critical Theory of Technology* (New York, Oxford University Press).
- FEENBERG, Andrew (1995): *Alternative Modernity. The Technological Turn in Philosophy and Social Theory* (Berkeley, Los Angeles/London).
- FEENBERG, Andrew (1999): *Questioning Technology* (London, Routledge).
- FEENBERG, Andrew (2010): *Between Reason and Experience. Essays in Technology and Modernity* (Cambridge, Massachusetts/London, MIT Press).
- FEENBERG, Andrew (2017): *Technosystem. The Social Life of Reason* (Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press).
- FERREIRA ROSENDE, Federico (2019). "La vivienda como una máquina para vivir: relación usuario-vivienda". *Ergonomía, Investigación y Desarrollo* vol. 1 n.º 1.
- FOX, Nichols (2002): *Against the Machine. The Hidden Luddite Tradition in Literature, Art, and Individual Lives* (Washington, D.C., Island Press/Shearwater Books).
- FRANKEL, Charles (1969): *The Faith of Reason. The Idea of Progress in the French Enlightenment* (New York, Octagon Books).
- GARDINER, Stephen (2013): "Geoengineering and Moral Schizophrenia", in Burns, Will C.G.; Strauss, Andrew L. (eds.), *Climate Change Geoengineering. Philosophical Perspectives, Legal Issues, and Governance Frameworks* (Cambridge, Cambridge University Press).
- GOODSELL, Jeff (2010): *How to Cool the Planet. Geoengineering and the audacious quest to fix Earth's climate* (New York, Houghton Mifflin Harcourt).
- HARARI, Yuval Noah (2024). *Nexus: A Brief History of Information Networks from the Stone Age to AI* (New York, Random House).



- HARARI, Yuval Noah (2015a): *Sapiens. A Brief History of Humankind* (New York, Harper Perennial).
- HARARI, Yuval Noah (2015b): *Homo Deus. A Brief History of Tomorrow* (London, Harvill Secker).
- HEIDEGGER, Martin (1977): *The Question Concerning Technology and Other Essays* (New York/London, Garland Publishing, Inc.).
- HOTTOIS, Gilbert (1991): *El paradigma bioético. Una ética para la tecnociencia* (Barcelona, Editorial Anthropos).
- HOTTOIS, Gilbert (2014): *Le transhumanisme est-il un humanisme?* (Bruxelles, Académie Royale de Belgique).
- IHDE, Don (2010): *Heidegger's Technologies. Postphenomenological Perspectives* (New York, Fordham University Press).
- JONES, Steven E. (2006): *Against Technology. From the Luddities to Neo-Luddism* (New York/London, Routledge).
- KAPLAN, David. M. (2017): *Philosophy, Technology and the Environment* (Cambridge, Massachusetts, MIT Press).
- LACK, Anthony (2014): *Martin Heidegger on Technology, Ecology, and the Arts* (New York, Palgrave Macmillan).
- LAMBRUSCHINI, Patricia (2021): *Max Weber. Las antinomias entre lo racional y lo irracional* (Buenos Aires, Prometeo Libros).
- LE CORBUSIER (1998): *Hacia una arquitectura* (Barcelona, Ediciones Apóstrofe).
- LENTON, Tim & VAUGHAN, Naomi (eds.) (2013): *Geoengineering responses to climate change. Selected entries from the Encyclopedia of Sustainability Science and Technology* (Exeter, Springer).
- LEVI-STRAUSS, Claude (1988): *Tristes trópicos* (Barcelona, Ediciones Paidós Ibérica).
- MISA, Thomas; BREY, Philip and FEENBERG, Andrew (eds.) (2003). *Modernity and Technology* (Cambridge, Massachusetts, MIT Press).
- MONDOLFO, Rodolfo (2007): *Heráclito. Textos y problemas de su interpretación* (Ciudad de México, Siglo XXI Editores).
- MORTON, Oliver (2015): *The planet remade. How geoengineering could change the world*. Princeton, Princeton University Press).
- MUELLER, Gavin (2021): *Breaking Things at Works. The Luddites are right about why you hate your job* (London/New York, Verso).
- PINKER, Steven (2018): *Enlightenment Now: The Case for Reason, Science, Humanism, and Progress* (London, Penguin Books).
- RESCHER, Nicholas (1980): *Unpopular Essays on Technological Progress* (Pittsburgh, University Pittsburgh Press).

- REYNOLDS, Jesse L. (2019): *The governance of solar geoengineering. Managing climate change in the Anthropocene* (Cambridge, UK, Cambridge University Press).
- RIIS, Soren (2018): *Unframing Martin Heidegger's Understanding of Technology. On the Essential Connection between Technology, Art, and History* (Lanham, Lexington Books).
- ROJCEWICZ, Richard (2006): *The Gods and Technology. A Reading of Heidegger* (New York, University of New York Press).
- ROYAL SOCIETY (2009): *Geoengineering the climate: science, governance and uncertainty* (London, Excellence in Science).
- SADIN, Eric (2017): *La humanidad aumentada. La administración digital del mundo* (Buenos Aires, Caja Negra Editora).
- SANTARIUS, Tilman & LANDGE, Steffen (2020): *Smart Green World. Making Digitalization Work for Sustainability* (New York, Routledge).
- SCAFF, Lawrence A. (1989): *Fleeing the Iron Cage. Culture, Politics, and Modernity in the Thought of Max Weber* (Berkeley/Los Angeles, University California Press).
- SLABOCH, Matthew W. (2018): *A Road to Nowhere. The Idea of Progress and its Critics* (Pennsylvania, University Pennsylvania Press).
- SMITH, Mary Roe (1994): *Does the Technology Drive History? The Dilemma of Technological Determinism* (Cambridge, Massachusetts/London, MIT Press).
- STEINER, George (2011): *Nostalgia del absoluto* (Madrid, Ediciones Siruela).
- STILGOE, Jack (2015): *Experiment Earth. Responsible innovation in geoengineering* (New York, Routledge).
- SWANSON, Jennifer (2018): *Geoengineering Earth's climate. Resetting the thermostat* (Minneapolis, Lerner Publishing Group, Inc.).
- SWIFT, Jonathan (2005): *Gulliver's Travels* (New York, Oxford University Press).
- SWIFT, Jonathan (2011): *Los viajes de Gulliver* (Madrid, Diario El País Epub gratis).
- THIELE, Leslie P. (2011): *Indra's Net and the Midas Touch. Living Sustainability in a Connected World* (Cambridge Massachusetts, MIT Press).
- VEAK, Tyler (ed.) (2006): *Democratizing Technology. Andrew Feenberg's Critical Theory of Technology* (New York, University New York Press).
- WACKERNAGEL, Mathis - REES, William (2001): *Nuestra huella ecológica. Reduciendo el impacto humano sobre la Tierra* (Santiago, LOM Ediciones).
- WACKERNAGEL, Mathis - BEYERS, Bert (2019): *Ecological Footprint. Managing our Biocapacity Budget* (ciudad, New Society Publishers).
- WEBER, Max (2005): *The Protestant Ethic and the Spirit of Capitalism* (London/New York, Routledge).
- WENDLAND, Aaron J.; MERWIN, Christopher and HADJIOANNOU, Christos (eds.) (2019): *Heidegger on Technology* (New York & London, Routledge).

WINNER, Langdon (2020): *The Whale and the Reactor. A search for limits in an age of high technology* (Chicago, University of Chicago Press).



EL USO DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL  
EN EL ÁMBITO TRIBUTARIO  
Y EL PELIGRO DE LA ELUSIÓN TRIBUTARIA  
POR ALGORITMOS,  
SITUACIONES PARA EL DEBATE

THE USE OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE  
IN THE TAX FIELD  
AND THE DANGER OF TAX AVOIDANCE  
BY ALGORITHMS,  
SITUATIONS FOR DEBATE

*Matías Pascuali Tello\**

RESUMEN: La inteligencia artificial (IA) está transformando la manera en que las empresas gestionan sus obligaciones fiscales. Sin embargo, esta automatización podría generar riesgos de conductas elusivas, dependiendo de la forma cómo se diseñan estas herramientas. Este artículo analiza cómo la IA se puede utilizar en la planificación tributaria, mejorando la eficiencia, precisión y cumplimiento de las normativas fiscales, con la existencia de potenciales riesgos de incumplimientos o elusiones fiscales.

PALABRAS CLAVE: elusión tributaria, inteligencia artificial, algoritmos.

ABSTRACT: Artificial intelligence (AI) is transforming how businesses manage their tax obligations. However, this automation could pose risks of elusive behaviours, depending on how these tools are designed. This article explores how AI can be used in tax planning, improving efficiency, accuracy, and compliance with tax regulations, while also acknowledging the potential risks of non-compliance or tax evasion.

KEYWORDS: tax avoidance, artificial intelligence, algorithms.

---

\* Profesor investigador del Centro de Derecho Regulatorio y Empresa de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo. Correo electrónico: mpascuali@udd.cl

## INTRODUCCIÓN

El fenómeno de la digitalización tributaria ha sido uno de los grandes avances tecnológicos en el área impositiva en los últimos años, este acontecimiento ha sido implementado en diversos ámbitos para facilitar y cooperar con distintos actores, así, la digitalización tributaria ha sido usada por las administraciones tributarias, para efectos de automatizar procesos reduciendo costos y posibilidades de errores humanos; por otro lado, los contribuyentes han utilizado mecanismos tecnológicos para disminuir costos en asesorías y minimizar riesgo de incumplimientos legales y tributarios.

Un elemento poco estudiado de la digitalización tributaria es la utilización de herramientas de IA para la planificación tributaria, área que puede resultar muy útil en cuanto a reducir costos y riesgos impositivos, pero que, al instruir al algoritmo para la maximización de recursos, puede provocar la generación de prácticas elusivas.

Para analizar esta situación es necesario referirnos al fenómeno tecnológico de la este tipo de inteligencia y como ésta deriva en efectos tributarios.

## LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL

La IA es una rama de la informática que se dedica al desarrollo de sistemas capaces de realizar tareas que normalmente requieren inteligencia humana.

Podemos definir como la capacidad de una máquina para imitar funciones cognitivas humanas como el aprendizaje y la resolución de problemas. Estas tareas incluyen el reconocimiento de voz, la toma de decisiones, la traducción de idiomas y la percepción visual.

Se ha convertido en una herramienta esencial en diversos campos, desde la medicina hasta la industria automotriz, y su impacto en la sociedad sigue creciendo.

Ha sido un tema de interés desde mediados del siglo XX, cuando Alan Turing planteó la pregunta: “¿pueden las máquinas pensar?” en su famoso artículo “Computing Machinery and Intelligence”<sup>1</sup>. Desde entonces, ha evolucionado de forma significativa, abarcando una amplia gama de subcampos y aplicaciones.

No obstante, la expresión inteligencia artificial se acuñó por primera vez el año 1956, en una reunión celebrada en el Dartmouth College, donde se discutió la forma de emular el comportamiento inteligente de las personas utilizando una computadora<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> TURING (1950) pp. 433-460.

<sup>2</sup> ZEGARRA (2021) p. 27.

## TIPOS DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL

Existen distintos tipos de IA, dentro de ellas podemos mencionar:

- Débil o específica: diseñada para realizar tareas específicas como: jugar al ajedrez, reconocimiento de voz y traducción de idiomas. La que se encuentra en los asistentes virtuales como Siri o Alexa es un ejemplo de IA débil.
- Fuerte o general: tiene la capacidad de entender, aprender y aplicar conocimientos en diversas áreas, similar a un humano. Aún no se ha logrado su completo desarrollo, pero es el objetivo final de muchos investigadores.
- Reactiva: solo puede responder a situaciones específicas en función de la información actual sin utilizar experiencias pasadas para informar sus decisiones. Un ejemplo es Deep Blue, la computadora de ajedrez de IBM.
- Con memoria limitada: puede utilizar experiencias pasadas para tomar decisiones futuras. La mayoría de las aplicaciones de IA actuales, como los vehículos autónomos, pertenecen a esta categoría.
- Teoría de la mente: una forma más avanzada que comprende las emociones, creencias y pensamientos de otras entidades. En la actualidad, esto se encuentra en etapas muy tempranas de desarrollo.
- Autoconciencia: el nivel más avanzado de IA hipotética, donde no solo entiende las emociones y pensamientos de otros, sino, también, las propias. Aún no existe en la realidad.

Ahora bien, para los efectos de este artículo nos referiremos a la denominada Inteligencia Artificial Generativa, la cual es una categoría particular que se centra en la creación de contenido nuevo.

Utiliza algoritmos para generar textos, imágenes, música y otros contenidos creativos a partir de datos existentes, el dato que se genera se denomina dato sintético.

Lo relevante en ella es que el dato sintético se genera a partir de las instrucciones que se establecen en la creación del algoritmo.

## ALGORITMOS

Puede definirse el algoritmo como un número de pasos o procesos ordenados de forma lógica dirigidos a la solución de un problema específico, que trae aparejada la realización de acciones concretas o instrucciones para el procesamiento de datos de entrada para la obtención de una solución para el problema planteado<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> NAHABETIÁN (2024) p. 277.

Con ellos se busca plantear un problema y que la IA busque o entregue una solución al problema planteado, en este sentido la intervención humana solo existe a nivel de diseño o instrucción, sin que haya una participación en la solución ni en la ejecución de esta.

La mayoría de los algoritmos de aprendizaje automático se utilizan, principalmente, para hacer predicciones o estimaciones basadas en algunos datos de entrada. Son más bien modelos de generación de inferencias donde el resultado es una etiqueta de clasificación o una cantidad numérica para inferir sobre los datos de entrada. Sin embargo, los algoritmos de aprendizaje automático también se pueden utilizar de manera inversa para generar datos a partir de etiquetas dadas. Estos modelos se denominan modelos generativos, que son los utilizados en la IA generativa.

Aunque el concepto de modelos generativos ha cobrado protagonismo con la invención de ChatGPT, estos modelos han estado en desarrollo durante muchas décadas. Los modelos de Markov o, de manera específica, los modelos ocultos de Markov (HMM), fueron algunos de los primeros modelos de IA generativa<sup>4</sup>.

## INTELIGENCIA ARTIFICIAL E IMPUESTOS

La IA ha entrado de manera violenta en la mayoría de los ámbitos del derecho; por ejemplo, existen áreas tales como el derecho civil, con la responsabilidad derivada de decisiones automatizadas, en el área de la libre competencia, donde se ha comenzado a discutir la posibilidad de la existencia de colusiones por algoritmos de determinación de precios; en materia judicial, donde se ha discutido la posibilidad de su utilización en fallos, etcétera.

El ámbito tributario no podía quedarse atrás y se ha comenzado a discutir los efectos de la IA en diversas áreas en la tributación, por ejemplo, podemos mencionar algunas áreas de interés de la IA en el ámbito tributario.

### *Automatización de procesos*

La IA permite la automatización de tareas repetitivas y administrativas, como la recopilación de datos financieros y la preparación de declaraciones tributarias.

---

<sup>4</sup> JOSHI (2024) p. 141.



### *Detección de riesgos*

Los algoritmos pueden identificar patrones y anomalías en los datos fiscales, ayudando a detectar posibles riesgos de incumplimiento. Esto mejora la precisión y reduce el error humano en la toma de decisiones tributarias, estas herramientas de detección de riesgos pueden ser usadas por los contribuyentes como herramientas de *compliance* tributario o por la autoridad para detectar patrones de conducta de contribuyentes.

### *Simulaciones y modelos predictivos*

Las herramientas de IA permiten realizar simulaciones basadas en modelos tributarios complejos. Esto ayuda a las empresas a anticipar el impacto de diferentes escenarios impositivos y a evaluar los riesgos asociados a decisiones estratégicas.

### *Cumplimiento normativo*

La IA también facilita el cumplimiento de las normativas tributarias mediante la automatización de la verificación de transacciones y la generación de informes precisos. Esto es útil en entornos regulatorios complejos y cambiantes.

## DESAFÍOS Y CONSIDERACIONES ÉTICAS

Guillermo Sánchez-Archidona señala que la IA en materia tributaria puede contribuir a solucionar un problema tributario para el Estado o para agravarlo más<sup>5</sup>.

Su uso en la planificación tributaria también plantea desafíos y consideraciones éticas. La transparencia en los algoritmos y la protección de datos son aspectos críticos que deben ser abordados para garantizar un uso justo y equitativo de esta tecnología.

A estas alturas, no es ningún secreto que las herramientas de IA generativa han conquistado el mundo. Sin embargo, existen áreas en que aún debemos esperar al desarrollo y las respuestas regulatorias, para efectos de proteger a los individuos.

En materia tributaria (y también en otras áreas) tiene el problema de que su uso puede ser muy útil tanto para los contribuyentes como para las autoridades tributarias, pero también puede usarse para abusos.

---

<sup>5</sup> SÁNCHEZ e HIDALGO (2021) p. 37.

## LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA

El uso de herramientas tecnológicas por parte de las administraciones tributarias se ha transformado en una necesidad u obligación, esto mediante la adaptación de procesos por nuevas formas de defraudación por medios tecnológicos o la necesidad de interactuar en los nuevos entornos digitalizados en que actúan los actores del mercado<sup>6</sup>.

Las administraciones tributarias, con el avance de la tecnología, se han visto obligadas a asumir el uso de la IA en sus procesos.

Para entender su papel en la tributación, podemos decir que es como un *software* que se adapta de forma automática a diferentes contenidos y que toma decisiones sin instrucciones específicas<sup>7</sup>.

Esta inclusión de la IA en los procesos de la administración tributaria traen beneficios relevantes tales como la posibilidad del manejo y procesamiento de grandes cantidades de información, con la automatización de su análisis y evitando el error humano en la apreciación o calificación de dicha información; esto último también puede ser uno de los peligros del uso de estas tecnologías por estos entes, ya que el análisis humano tiene una característica que no posee el análisis automatizados, al menos con la tecnología existente al día de hoy, que es la posibilidad de analizar los casos en sus circunstancias especiales y humanas, las máquinas no tienen “criterio” para salirse de la regla o instrucción lo que puede ser bueno, pero también puede provocar injusticias en la aplicación de las normas.

Las áreas en que mayor desarrollo se ha dado en las administraciones tributarias son el control de riesgos fiscales y los modelos predictivos de análisis de datos<sup>8</sup>. Además, existen funciones típicas de las administraciones tributarias en que la IA puede ser particularmente útil, por ejemplo:

- Detección de elusión fiscal: las autoridades tributarias están utilizando algoritmos avanzados para identificar patrones sospechosos y comportamientos atípicos. Por ejemplo, la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT) en España ha identificado más de ciento setenta millones de relaciones familiares no declaradas mediante el uso de algoritmos.
- Estandarización de los procesos: al entregar a la IA la estandarización de procesos, estos son más fácilmente corregidos y pueden evitarse problemas humanos.

---

<sup>6</sup> SUBERRIOLA (2021) p. 114.

<sup>7</sup> HUANG (2018) p. 1818.

<sup>8</sup> MARTÍN (2023) p. 29.

El uso de algoritmos en el ámbito impositivo por parte de las autoridades ha generado debates sobre la transparencia y la equidad, pues el uso de técnicas de IA en los programas de control y fiscalización podría conducir a decisiones automatizadas que no siempre reflejan la realidad fiscal de los contribuyentes.

## EL PROBLEMA DE LOS SEGOS EN LAS ADMINISTRACIONES TRIBUTARIAS

Los sesgos en la IA representan un desafío significativo y preocupante. Se refieren a las decisiones y predicciones sistemáticamente erróneas que una IA puede hacer debido a prejuicios en los datos con los que fue entrenada o en la manera en que se diseñó el algoritmo.

Estos pueden originarse en los datos de entrenamiento. Si los datos tienen prejuicios históricos, sociales, raciales o de género, la IA aprenderá y los perpetuará. Además, los propios diseñadores de la IA pueden introducir sesgos de manera inadvertida a través de sus decisiones de diseño. Las elecciones sobre qué datos incluir, cómo preprocesarlos y qué métricas optimizar pueden reflejar prejuicios inconscientes.

Los sesgos en IA pueden tener consecuencias graves como: discriminación en la contratación, prejuicios en sistemas de justicia criminal, acceso desigual a servicios de salud y más. Estos problemas pueden exacerbar las desigualdades existentes y perpetuar la discriminación.

En materia tributaria, son muy relevantes, ya que en los modelos predictivos en análisis de riesgos de incumplimiento, si bien estos sesgos también pueden existir en el caso de análisis humanos de la información de los contribuyentes, el uso de la IA en estas decisiones puede perpetuarlos o hacerlo sistemático y no un error humano o de aplicación.

Es crucial desarrollar métodos para detectar y mitigar sesgos en los sistemas de IA. Esto incluye la diversificación de los equipos que la diseñan, la revisión continua de los datos y algoritmos utilizados, y la implementación de regulaciones y estándares para garantizar la equidad y la transparencia.

## USO DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL POR PARTE DE LOS CONTRIBUYENTES

Si bien la mayoría de la doctrina y la bibliografía sobre IA y tributación tiene relación con su uso por parte de las administraciones tributarias para fiscalizar y

detectar riesgos de incumplimiento, también es una herramienta relevante para el contribuyente. Quien puede utilizarla en diversas tareas relevante para su operación impositiva; por ejemplo, el manejo masivo de documentos y datos puede permitir a las grandes empresas facilitar sus procesos de determinación y declaraciones de impuestos evitando errores humanos de digitación y registro.

También es posible utilizarla en relación con estructuras de *compliance* tributario, principalmente en caso de detección de factores de riesgos de incumplimientos, la emisión automática de instrumentos tales como códigos de conducta tributaria e, incluso, el establecimiento, o de tecnologías que permitan la declaración y pago automático de los impuestos, estos últimos también puede denominarse cumplimiento automático de obligaciones tributarias<sup>9</sup>.

Creemos que el área en que puede ser más útil es en la creación de algoritmos que ayuden en la estructuración de operaciones en entornos de planificaciones tributarias.

## PLANIFICACIÓN TRIBUTARIA E INTELIGENCIA ARTIFICIAL

La planificación tributaria es un componente esencial de la gestión financiera empresarial. Con el avance de la tecnología, la IA ha emergido como una herramienta poderosa para optimizar estos procesos.

Esta implica la organización de las actividades empresariales de manera que se minimicen las obligaciones fiscales dentro del marco legal. La IA, con su capacidad para analizar grandes volúmenes de datos y detectar patrones, ofrece nuevas oportunidades para mejorar estos procesos.

La planificación tributaria mediante algoritmos es un fenómeno emergente que combina técnicas avanzadas de IA y *big data* para optimizar las estrategias fiscales de individuos y empresas.

El problema se produce cuando el algoritmo, cumpliendo su instrucción de minimizar la carga tributaria diseña estructuras que pueden considerarse prácticas elusivas, esto puede pasar por diversos motivos.

El gran problema de la IA en cuanto a instrumento planificador es que la elusión tiene la característica de ser, en las formas, absolutamente legal, el perjuicio se produce en la sustancia; las prácticas elusivas pueden ser a simple vista actuaciones legales, pero que atentan contra el espíritu de la norma, este atentado al espíritu es muy difícil de detectar por parte de la IA.

---

<sup>9</sup> SUBERRIOLA (2021) p. 123.

La IA está revolucionando la planificación tributaria en las empresas, ofreciendo mejoras significativas en eficiencia, precisión y cumplimiento normativo. Pero es crucial abordar los desafíos éticos y de transparencia para maximizar los beneficios de esta tecnología.

## ELUSIÓN TRIBUTARIA POR ALGORITMOS

Podemos definir a la elusión tributaria como la evitación o disminución de la carga impositiva como consecuencia de la realización de actividades que cumplen la ley en lo formal, pero atentando contra su sentido<sup>10</sup>.

El gran problema de esta figura es que es un concepto abstracto que se encuentra en la diferencia entre forma y sustancia<sup>11</sup>, es decir, la elusión es un problema radicado en la sustancia de la operación, mientras que en la forma la operación es válida.

Lo anterior hace que para una IA sea de muy difícil detección un caso de elusión, pues el componente sustancia es un elemento muy subjetivo que requiere una capacidad analítica que esta tecnología aún no es capaz de descifrar.

La elusión ha sido una preocupación constante para las autoridades tributarias a escala mundial. Con el avance de la tecnología, los algoritmos y la IA han comenzado a representar un papel crucial en este ámbito.

La elusión tributaria por algoritmos se refiere a la utilización de algoritmos avanzados y tecnologías de IA para identificar y explotar lagunas o debilidades en las leyes y regulaciones tributarias con el fin de minimizar la carga impositiva de manera legal en las formas, pero que atentan contra el espíritu de la norma, lo que es cuestionable desde un punto de vista ético y en la mayoría de los casos es sancionable.

Sin embargo, el problema de sancionar conductas que han sido generadas a través de algoritmos es que en la elusión debe haber un componente de violación a la buena fe del contribuyente, es más, creemos que para que exista elusión no debe existir buena fe del contribuyente, la buena fe es un requisito de la elusión, al menos en el derecho nacional, por ejemplo, el artículo 4 bis inciso segundo del *Código Tributario* en su parte pertinente señala:

“[...]La buena fe en materia tributaria supone reconocer los efectos que se desprendan de los actos o negocios jurídicos o de un conjunto o serie de ellos, según la forma en que estos se hayan celebrado por los contribuyentes”.

<sup>10</sup> FUNDACIÓN DE ESTUDIOS SISTÉMICOS TRIBUTARIOS (FESIT) (2014) p. 370.

<sup>11</sup> NAVARRO (2021) p. 59.

Vemos que en el ámbito de la elusión tributaria el estándar de buena fe es subjetivo, es la creencia o reconocimiento interno del contribuyente de que los efectos se desprende de sus actos.

La pregunta es, ¿cómo entendemos la buena o mala fe en una decisión sintética tomada por una IA sobre la base de instrucciones algorítmicas?

Para efectos del uso de tecnologías de IA por parte de contribuyentes, estas tecnologías pueden usarse en distintos niveles; en el caso de esta pregunta nos interesa el uso de inteligencias artificiales para la estructuración de las operaciones o planificación tributaria y, luego, tecnologías de automatización de declaraciones o pagos, a estas últimas algunos autores las denominan tecnologías de cumplimiento automático de impuestos<sup>12</sup>.

El tema relevante es que, como ya señalamos, las conductas elusivas deben estar acompañadas por una situación subjetiva del contribuyente, la mala fe, este requisito, creemos, no puede calificarse en la celebración o realización del acto elusivo, ya que al ser un acto automático y sintético no existe una valoración ni posición subjetiva humana.

El tema, entonces, radica en que, si queremos que una conducta, que en el resultado pueda configurarse como elusiva, debemos intentar encontrar una actuación humana contraria a la buena fe y esto lo puede suceder en momentos distintos y previos a la ejecución de la conducta.

La calificación subjetiva la podemos encontrar en dos momentos al establecer la instrucción o *prompt* al algoritmo o al adquirir un *software* de IA ya entrenado.

En el primer caso cabe hacerse la pregunta si puede atribuirse mala fe en la instrucción o en la redacción del *prompt* y, en el segundo caso, si puede existir mala fe al decidir la adquisición de un programa que permita la implementación de IA en el proceso tributario.

El primer caso lo veremos en los párrafos siguientes, mientras que la buena o mala fe al momento de decidir adquirir un programa con IA creemos que no se podría configurar el tipo de mala fe necesario para que de la aplicación de dicho programa resulten conductas elusivas.

Estos algoritmos pueden analizar grandes volúmenes de datos para encontrar estrategias que reduzcan la responsabilidad fiscal, como la reestructuración de transacciones financieras, la creación de entidades en jurisdicciones con impuestos más bajos o la utilización de deducciones y créditos fiscales de manera más eficiente.

La elusión tributaria mediante algoritmos representa un desafío significativo para las autoridades fiscales. Si bien los algoritmos pueden ser herra-

---

<sup>12</sup> SUBERRIOLA (2021) p. 123.

mientas poderosas para detectar y prevenir la elusión fiscal, también pueden ser utilizados para cometerla. Es crucial que las normativas evolucionen para abordar estos desafíos y garantizar un sistema fiscal justo y equitativo.

El problema se puede producir al combinar algoritmos de planificación tributaria con procesos de automatización en la declaración y pago de los impuestos por parte de un contribuyente.

## DISEÑO DE UN *PROMPT* DE IA DE PLANIFICACIÓN TRIBUTARIA

Un *prompt* puede definirse como la instrucción o conjunto de instrucciones que se le dan a una IA para que realice una tarea específica. Esencialmente, es el texto o comando que se le proporciona para que genere una respuesta, solución a un problema o lleve a cabo una acción específica.

En el caso de estar frente a una IA de planificación tributaria es muy relevante el *prompt* que se le entregue, ya que será la única intervención humana en el proceso y fijará los límites de actuación del algoritmo.

Es, además, relevante, pues el *prompt*, creemos, es el único momento en que podríamos hacer un juicio de valor sobre una intención subjetiva de un contribuyente para realizar una conducta elusiva en la planificación.

No obstante, puede ser que muchas veces, a pesar de que un contribuyente al dar instrucciones a la IA, de absoluta buena fe, igualmente podrían generarse conductas elusivas, esto se da por la naturaleza de la conducta elusiva.

Así, por ejemplo, un *prompt* de una planificación tributaria podría ser el siguiente: “estructura las operaciones para que se reduzca la carga tributaria, respetando y cumpliendo la Ley”, analizando este *prompt* no existe la posibilidad de considerar la existencia de mala fe o la búsqueda de una conducta elusiva, sin embargo, la elusión tributaria tiene la característica de que, en general, son conductas en que formalmente se cumple la ley, pero, en el fondo, o en la sustancia, existe una violación al espíritu de la norma o hay un abuso del derecho.

Lo anterior nos puede generar el problema de que la IA, cumpliendo las instrucciones, genere estructuras que reduzcan la carga tributaria, pero dichas estructuras se encuentren dentro del marco legal solo en forma y no en sustancia.

El análisis fino que debemos realizar para detectar una conducta elusiva requiere el poder distinguir intenciones o actitudes en cuanto a analizar la norma de en su espíritu, por lo que la IA puede, en este caso, cumplir la norma en lo formal sin respetar su espíritu, generando conductas que en los resultados pueden ser elusivas.

Por lo anterior, creemos que será muy difícil determinar o atribuir la calidad de conducta elusiva a una decisión sintética tomada por una IA.

#### CALIFICACIÓN DE LA BUENA FE AL MOMENTO DEL DISEÑO DEL *PROMPT*

La buena fe es un elemento que excluye la existencia de una conducta elusiva, esta buena o mala fe no está presente al momento de la planificación por parte de una IA generativa, lo que nos hace preguntarnos, ¿cómo podemos sancionar una conducta que en los hechos es elusiva, pero que fue tomada por una IA generativa? Para responder esta pregunta debemos atender a la buena o mala fe de quien dio la instrucción o diseñó el algoritmo, es decir, si la buena o mala fe está o no presente en el diseño o en la instrucción a la IA.

Si es posible atribuir mala fe en el diseño del *prompt* se puede calificar la conducta como elusiva, sin embargo, si no es posible imputar mala fe a la instrucción creemos que con la normativa actual es muy difícil calificar una conducta como elusiva, aunque en los hechos la conducta calce con la calificación de elusión en nuestro *Código Tributario*.

Lo anterior es un problema mayúsculo de la IA, sobre todo por el principio de buena fe establecido en el propio artículo 4 bis del *Código* en materia de elusión, es decir, para poder atribuir una conducta elusiva el Servicio de Impuestos Internos debiera poder imputar mala fe al diseño del *prompt*, lo que es muy difícil.

#### DESAFÍOS Y PREOCUPACIONES DEL USO DE LA IA EN EL ÁMBITO TRIBUTARIO

Además del problema de la posibilidad de elusión tributaria por algoritmos, existen otras preocupaciones que es necesario tener en consideración con relación a la utilización de la IA en el ámbito tributario.

Muchos de estos problemas no son exclusivos del ámbito tributario, sino, en general, de la IA, pero que producen efectos en el ámbito impositivo.

Algunos problemas son:

##### 1) *Seguridad de los datos*

Mantener segura la información de los contribuyentes es crucial, por lo que se deben incorporar medidas de seguridad constantes durante todo el proceso de



creación y lanzamiento de soluciones de IA para mantener seguros los datos, mantener la privacidad y evitar el uso indebido de la información.

## 2) *Precisión*

La precisión de la información generada por IA es otra preocupación. La IA generativa no puede garantizar la precisión perfecta del contenido que crea. Muchas soluciones de esta tecnología generativa generan resultados basados en patrones en los datos con los que fueron entrenadas. Esto ha dado lugar a algunos ejemplos muy públicos de contenido creado por IA generativa que contiene información inventada o alucinada. Las empresas deben desarrollar políticas en torno al uso, la revisión y la edición del contenido que la crea para garantizar que la información sea precisa y relevante.

## 3) *Responsabilidad*

A medida que se implementan sistemas de IA generativa para tomar decisiones en *software* de impuestos y contabilidad, los resultados inexactos o injustos pueden provocar informes financieros defectuosos, lo que puede llevar a graves consecuencias financieras y legales, y exponer a las empresas a posibles problemas de responsabilidad. Se deben incorporar mecanismos de auditoría y *compliance* para realizar un seguimiento de las decisiones tomadas por la IA generativa.

## 4) *Sesgo*

El sesgo algorítmico puede dar lugar a resultados injustos, que afectan a determinadas personas, empresas o situaciones de forma desigual con implicaciones éticas y legales imprevistas. Se deben realizar esfuerzos para identificar y reducir estos en los datos de entrenamiento, el diseño de algoritmos y los procesos de toma de decisiones.

## CONCLUSIÓN

La IA llegó para quedarse y su uso puede resultar muy beneficioso tanto para administraciones tributarias como para contribuyentes, sin embargo, al implantar estas tecnologías es necesario tener en consideración y tomar medidas para evitar los potenciales problema que pueden generarse.

El tema de la elusión tributaria por algoritmos es uno de los problemas más complicados que creemos debe ser tomado en serio, es necesario estable-

cer normativas que permitan o tomen en consideración estas planificaciones sintéticas, para que la IA no se transforme en una herramienta para disminuir de forma ilegítima, la carga tributaria de los contribuyentes.

## BIBLIOGRAFÍA

- FUNDACIÓN DE ESTUDIOS SISTÉMICOS TRIBUTARIOS (FESIT) (2014): *Estudios sobre el sistema tributario chileno* (Valencia, Tirant lo Blanch).
- HUANG, Zhouwen (2018): "Discussion on the Development of Artificial Intelligence in Taxation", *American Journal of Industrial and Business Management* vol. 8 No. 8.
- JOSHI, Ameet (2024): *Artificial Intelligence and Human Evolution* (Redmond, Apress).
- MARTÍN LÓPEZ, Jorge (2023): *Inteligencia artificial y comprobación: transparencia y no discriminación* (Navarra, Aranzadi).
- NAHABETIÁN, Laura (2024): "Inteligencia artificial: un desafío a nuestra existencia humana", *Actualidad Jurídica* n.º 50.
- NAVARRO, María Pilar (2021): *Normas generales antielusión y su sanción en el derecho chileno* (Valencia, Tirant lo Blanch).
- SUBERRIOLA CARIZÚ, Irene (2021): "Las herramientas tecnológicas al servicio del nuevo modelo de cumplimiento tributario cooperativo", en Moreno González, Saturnina (ed.), *Nuevas tecnologías disruptivas y tributación* (Navarra, Aranzadi).
- SÁNCHEZ, Guillermo e HIDALGO, Archidona (2021): "El derecho tributario en la búsqueda de soluciones para los retos que plantean la robótica y la inteligencia artificial en la sociedad", *Revista Derecho UNED* n.º 27: pp. 17-56.
- TURING, Alan M. (1950): "Computing Machinery and Intelligence", *Mind* vol. LIX Issue 236.
- ZEGARRA, Santiago (2021): "Fiscalidad e inteligencia artificial", en Serrano Antón, Fernando (ed.), *Inteligencia artificial y administración tributaria: eficiencia administrativa y defensa de los derechos de los contribuyentes* (Navarra, Aranzadi).

LEY “KARIN”:  
AGRADECIENDO LOS LATIGAZOS.  
BREVE ANÁLISIS CRÍTICO  
DE LA LEY N.º 21643

“KARIN” LAW:  
GIVING THANKS FOR THE LASHES BRIEF  
CRITICAL ANALYSIS OF LAW No. 21643

*Julio Alvear Téllez\**

RESUMEN: Los alcances de la Ley n.º 21643 exceden al infame acoso laboral sufrido por Karin Salgado. Para saldar el problema, esta normativa crea otros. En primer lugar, habilita un tráfgo interminable de milimétricas disposiciones administrativas de ministerios, superintendencias y otros organismos, rumbo a una ciclópea sobre-regulación, con previsibles efectos nocivos para la contratación, el emprendimiento y las relaciones personales. En segundo lugar, los aspectos más controvertidos de la ley registran una clara inspiración en las ideologías “woke” y su deriva antihumanista, en la medida en que encapsula las relaciones humanas en una suerte de “violencia estructural”, por lo que todas las dimensiones de la vida humana en el trabajo están llamadas a ser objeto de control. Este tipo de legislación, promocionada o aprobada por los legisladores de casi todas las corrientes políticas, nos hace pensar en el síndrome del esclavo satisfecho, que agradece sus cadenas y latigazos.

PALABRAS CLAVE: Ley n.º 21643, Ley “Karin”, acoso laboral y sexual, ideología “woke”.

ABSTRACT: The scope of Law No. 21643 exceeds the infamous workplace harassment suffered by Karin Salgado. To solve the problem, this regulation creates others. Firstly, it enables an endless stream of millimetric administrative provisions from ministries, superintendencies and other organizations, heading towards a cyclopean over-regulation, with foreseeable harmful effects for hiring,

---

\* Doctor en Derecho y Doctor en Filosofía. Profesor titular de Derecho Constitucional de la Universidad del Desarrollo. Correo electrónico: jalvear@udd.cl

entrepreneurship and personal relationships. Secondly, the most controversial aspects of the law register a clear inspiration in “woke” ideologies and their anti-humanist drift, to the extent that it encapsulates human relations in a kind of “structural violence”, so all The dimensions of human life at work are called to be the object of control. This type of legislation, promoted or approved by legislators of almost all political currents, makes us think of the syndrome of the satisfied slave, who appreciates his chains and whips.

KEYWORDS: Law No. 21643, “Karin” LAW, workplace harassment, sexual harassment, “woke” ideology.

## I. ANTECEDENTES

La Ley n.º 21643 (Ley “Karin”) tuvo su origen en una moción parlamentaria (*Boletín* n.º 15.093-13, del 14 de junio de 2022) impulsada por diputados de diversas tendencias políticas<sup>1</sup>.

En la moción se encuentran las ideas generales que acompañarán el proceso legislativo hasta su término. Salvo en asuntos accidentales, la ley aprobada se articuló de manera bastante coherente con las ideas matrices indicadas en la iniciativa original.

El objetivo de la propuesta fue enfrentar el acoso laboral como “uno de los principales problemas interpersonales que se desarrollan en el mundo laboral”<sup>2</sup>.

Sin embargo, la moción parlamentaria dejó constancia que el acoso laboral ya estaba recogido por nuestra legislación. Anotan los parlamentarios:

“Desde el nivel legal, en términos estrictos, actualmente el Código del Trabajo, en su artículo 2º inciso segundo, señala un concepto de acoso laboral, entendido como toda conducta que constituya agresión u hostigamiento, ejercida por el empleador o por uno o más trabajadores, en contra de otro u otros, por cualquier medio, y que tenga como resultado para el o los afectados menoscabo, maltrato o humillación, o bien que amenace o perjudique su situación laboral o sus oportunidades en el empleo, siempre que todas estas conductas se practiquen en forma reiterada”<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Firman el proyecto: Luis Alberto Cuello Peña y Lillo, Daniella Cicardini Milla, Mauricio Ojeda Rebolledo, Camila Musante Müller, Andrés Celis Montt, Ximena Ossandón Irrazábal y Erika Olivera de la Fuente.

<sup>2</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE (2024) p. 3.

<sup>3</sup> *Ibid.*

También se preocupaba nuestra legislación por el procedimiento para sancionar el acoso, particularmente el de carácter sexual. Por eso la moción agrega:

“El artículo 5 del Código del Trabajo señala que ‘El ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador, tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de éstos’. Adicionalmente, debe tenerse presente lo establecido en el título IV del Libro II, ‘De la Investigación y Sanción del Acoso Sexual’ del Código del Trabajo, por cuanto ya se contemplan una serie de normas que determinan la forma de proceder en caso de que se presente una denuncia por acoso al interior de la empresa, que podrían ser aplicables a casos de acoso laboral no constitutivo de violencia sexual. En específico, se contempla la forma de realizar la denuncia, obligaciones para el empleador luego de la recepción de la denuncia que tengan como principal objetivo la protección del trabajador denunciante, la posibilidad de denunciar directamente a la Inspección del Trabajo y la aplicación de sanciones o medidas dentro de un determinado plazo”<sup>4</sup>.

¿Para qué, entonces, una nueva ley sobre la materia?

Si revisamos la idea matriz del proyecto junto con los distintos objetivos que se van indicando<sup>5</sup>, podemos llegar a la siguiente sistematización:

- a) La nueva ley tiene por objetivo imponer “un cambio de cultura” tanto en la Administración Pública como al interior de la empresa. “Tolerancia cero” para con todo tipo de violencia laboral, adoptándose, como veremos, una noción elástica y amplísima de violencia, y diversos instrumentos para erradicarla, particularmente en el ámbito preventivo.
- b) Las categorías funcionales a la violencia laboral (“acoso laboral”, “acoso sexual”, etcétera) se extienden hasta implicar el nivel subjetivo y psicosocial, producto de la nueva lectura que se adopta sobre la naturaleza de la violencia en el lugar del trabajo.
- c) Se impone al empleador nuevas obligaciones derivadas del “genérico deber de seguridad” a fin de prevenir

“los riesgos laborales, especialmente aquellos que se materializan en una afectación de la salud mental de los trabajadores, con ocasión de alguna conducta desarrollada en función del trabajo”.

<sup>4</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE (2024) p. 4.

<sup>5</sup> *Op. cit.* pp. 3-7.

Hay una tendencia a convertir al empleador en una suerte de superpsicólogo a la vez que un superpolicía de investigación.

- d) La ley introduce reglas para asegurar al interior de la empresa mecanismos precisos de prevención y sanción del acoso laboral, con protocolos y procedimientos de:

“intervención psicológica a las víctimas, tendientes a asegurar un acompañamiento profesional coetáneo al momento que se presente la denuncia de acoso laboral, todo proporcionado por el empleador”.

Lo anterior no significa que no pueda seguir utilizándose el procedimiento judicial de tutela. Lo que busca la ley es “poner énfasis en los procedimientos internos de la empresa o institución, promoviendo la detección y prevención del acoso laboral”, acompañados de mecanismos eficientes de “denuncia, investigación y sanción de conductas”. Recordemos que se trata, de “cambiar la cultura” empresarial y de la Administración Pública, supuestamente afectadas en su sustancia por conductas de violencia en el trabajo.

- e) La ley se presenta en honor a Karin Salgado. A este respecto, se refiere:

“los parlamentarios que patrocinan esta moción parlamentaria, recuerdan el caso de Karin Salgado, Técnico en Enfermería Nivel Superior, quien decidió quitarse la vida el día martes 12 de noviembre de 2019. Como es de público conocimiento, Karin antes de morir dejó un escrito en el cual cuenta su angustiada experiencia de acoso laboral al interior del Hospital Hermina Martín de Chillán, tras la realización de un sumario, en el cual si bien no era la persona investigada sino tan solo había sido llamada a declarar como testigo, se provocó una serie de injustas acciones en su contra por parte de sus superiores, descuentos en sus remuneraciones y otras humillaciones, que le hicieron insostenible seguir trabajando en el establecimiento. Karin fue descrita por sus cercanos como una funcionaria de la salud con una vocación de servicio destacada, con alto compromiso por sus labores en el establecimiento y por el respeto de sus compañeros de la Unidad de Pediatría”<sup>6</sup>.

Es probable que la iniquidad sufrida por Karin Salgado haya llevado a nuestros parlamentarios a legislar “en caliente”. Pues en la ley en comento se adoptan ciertos presupuestos fácticos y conceptuales difíciles de solventar. Los que, en definitiva, en vez “promover al interior de cada lugar de trabajo una cultura de sano trato como respon-

---

<sup>6</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE (2024) p. 5.

sabilidad colectiva”, se ofrece el riesgo de obtener exactamente lo contrario. El camino al infierno está empedrado de buenas intenciones, decía un viejo refrán popular. Al que había que agregar otro de similar sabiduría práctica: y es que el diablo se encuentra en los detalles.

La moción parlamentaria fue patrocinada por el Ejecutivo y se transformará en ley luego de un año y medio de debate en el Congreso. Contó con el apoyo de la Central Única de Trabajadores y de la Confederación de la Producción y el Comercio. Nada menos. Toda una proeza. Eso de dispararse en los pies está de moda en nuestro país en la clase dirigente.

Para el Ejecutivo, en cambio, la Ley “Karin” brindó una oportunidad para “adecuar la normativa nacional a los parámetros internacionales establecidos”, promoviendo

“al interior de los lugares de trabajo una cultura de sano trato entre las personas trabajadoras, y de los empleadores para con ellas, siguiendo modelos ya recomendados e implementados”<sup>7</sup>.

El Ejecutivo destacó los que, a su juicio, son los aportes fundamentales de esta ley:

- a) Nuevas definiciones legales que amplían las ya existentes.
- b) Nuevas y precisas medidas de prevención y resguardo en la materia.
- c) Mayores procedimientos de investigación.
- d) Uniformización del estándar de funcionario público con el de los trabajadores (“personas trabajadoras”) del sector privado, para los efectos de la aplicación de la normativa.
- e) Establece las directrices a las que deberán ajustarse los procedimientos de investigación de casos de acoso laboral, sexual o de violencia en el trabajo<sup>8</sup>.

Dentro de las definiciones son de notar el nuevo concepto, más extendido, de acoso laboral<sup>9</sup> y el concepto de violencia en el trabajo<sup>10</sup>.

<sup>7</sup> MINISTERIO DEL TRABAJO Y PREVISIÓN SOCIAL (2024) considerando 5.

<sup>8</sup> *Op. cit.* considerandos 6 y 7.

<sup>9</sup> Acoso laboral: “toda conducta que constituya agresión u hostigamiento ejercida por el empleador o por uno o más trabajadores, en contra de otro u otros trabajadores, por cualquier medio, ya sea que se manifieste una sola vez o de manera reiterada, y que tenga como resultado para el o los afectados su menoscabo, maltrato o humillación, o bien que amenace o perjudique su situación laboral o sus oportunidades en el empleo”. Artículo 2 letra a) del *Código del Trabajo*, modificado por el artículo 1.1 letra a) de la Ley n.º 21643. El término ‘acoso’, en el idioma español, supone una cierta habitualidad. ‘Acosar’ implica “apremiar de forma insistente” o “perseguir sin dar tregua”. RAE (2023) voz ‘acosar’. En la definición de la Ley “Karin” basta que el acto “se manifieste una sola vez” para constituir acoso.

<sup>10</sup> Violencia en el trabajo ejercida por terceros ajenos a la relación laboral: “aquellas conductas que afecten a las trabajadoras y a los trabajadores, con ocasión de la prestación de servicios,

## II. PRESUPUESTOS FÁCTICOS Y CONCEPTUALES DE LA LEY “KARIN”.

El articulado de la Ley “Karin” se funda en una serie de presupuestos fácticos y conceptuales:

1. El “acoso laboral” no es una excepción a la regla, sino que, pura y simplemente, es la regla en las relaciones humanas del trabajo. De ahí que, en opinión de los autores de la ley, sea una realidad omnipresente y extendida:

“una realidad silenciosa que viven miles de trabajadoras y trabajadores en sus lugares de trabajo, cuyas consecuencias se materializan no solamente en la realización de sus cotidianas labores, sino también en su vida personal, familiar y privada”.

El trabajo, complementan:

“debería ser un lugar apto para el desarrollo personal en el más amplio sentido, y no una amenaza o espacio de coacción a ese desarrollo”<sup>11</sup>.

La excepción convertida en regla se denota a nivel paradigmático cuando los parlamentarios extienden el triste caso de Karin Salgado cual si fuera algo habitual en Chile. Aquí sus palabras:

“La historia de Karin Salgado es la historia de miles de trabajadoras y trabajadores del país. Es la historia de enfermeras, cajeras de supermercados y muchas otras, que por privacidad a las víctimas, no mencionaremos. Es una historia dolorosa para miles de trabajadores, que motiva la realización de cambios relevantes en nuestra legislación laboral, tanto en el ámbito público como privado, que aseguren el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas al interior de sus lugares de trabajo y con ocasión de las relaciones interpersonales que en el trabajo se desarrollan”<sup>12</sup>.

¿Sobre qué base factual operan estas afirmaciones de los miles y miles de casos similares a los de Karin Salgado? Los parlamentarios no adelantaron estudios o estadísticas científicas que avalen estos su-

---

por parte de clientes, proveedores o usuarios, entre otros”. Artículo 2 letra c) del *Código del Trabajo*, modificado por el artículo 1.1 letra a) de la Ley n.º 21643. De acuerdo con esta definición de violencia en el trabajo, el empleador también es responsable en sede laboral por la conducta de terceros ajenos a la relación de trabajo.

<sup>11</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE (2024) p. 3.

<sup>12</sup> *Op. cit.* p. 5.



puestos. Nadie se preguntó si acaso el Rey caminaba desnudo, como en el célebre cuento de Hans C. Andersen. Y es que no tiene por qué ser verdad lo que los parlamentarios piensan que es verdad, sin mayor contrastación<sup>13</sup>.

2. Otro presupuesto de la ley es que el empleador incumple su deber de seguridad dada la sola existencia de hechos que constituyan "acoso laboral". Si hay acoso, es que es responsable (¿por omisión?). De ahí, dos consecuencias, que detallaremos más adelante: ante cualquier denuncia recibida se han de activar los protocolos para iniciar la investigación. No hay instancias previas de evaluación de razonabilidad, gravedad o verosimilitud. En segundo lugar, basta una sola conducta para constituir acoso.
3. Si el empleador incumple su deber de seguridad, se coloca en posición de vulnerar los derechos fundamentales del afectado, particularmente el derecho a la integridad física y psíquica.

Al respecto, dicen los parlamentarios:

"cobra especial relevancia el rol que debe desempeñar el empleador, en el entendido que sobre él existe un deber de seguridad. Este deber se ha conceptualizado como parte del contenido no patrimonial del contrato de trabajo, que se traduce en la obligación del empleador de crear y mantener condiciones seguras en el ambiente y en las instalaciones de los recintos de trabajos que están bajo su dirección. Este deber debe ser apreciado en función de las garantías fundamentales del trabajador, puntualmente, como ya se ha esbozado, en el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de los trabajadores"<sup>14</sup>.

Al connotar que el acoso laboral es también un problema relacionado con la seguridad, se busca estratégicamente implicar la competencia regulatoria no solo de la Dirección del Trabajo, sino, también, de la Superintendencia de Seguridad Social, como veremos.

4. La noción de integridad física y psíquica es bastante amplia, y se extiende al derecho fundamental a la salud. En este plano, se afirma en la moción:

"el deber de seguridad no debe ser apreciado exclusivamente bajo la idea de riesgos a la salud física de los trabajadores con ocasión del

<sup>13</sup> ANDERSEN (1837) incorporó el famoso cuento sobre "El traje nuevo del emperador". El original, sin embargo, parece ser obra de Don Juan Manuel, *El Conde Lucanor*. Exemplo XXXII. "De lo que contesció a un rey con los burladores que fizieron el paño".

<sup>14</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE (2024) p. 3.

trabajo, sino dentro de una idea mayor, la seguridad y la salud íntegra de los trabajadores, incluso y especialmente cuando su afectación tenga como origen conductas de acoso laboral”.

Lo que incluye “el desarrollo de enfermedades de la salud mental dentro de su amplio abanico”.

El mundo moderno, como se sabe, arrastra al ser humano a un enjambre de afecciones a la salud mental. La celeridad de la vida, la masificación, la hiperconexión, las crisis económicas, la inseguridad política, el auge de la delincuencia, etc.; pueden producir una serie de efectos en este plano, que directa o indirectamente afectaran las relaciones laborales. En este contexto, ¿en qué grado es posible afirmar que “el desarrollo de enfermedades de la salud mental dentro de su amplio abanico” es producto del incumplimiento de los deberes de seguridad del empleador? Estas y otras interrogantes, con ser tan obvias, son cuestiones que no se formularon al aprobar la normativa. De esta manera se termina atribuyendo al empleador una “hiperresponsabilidad” (que también se proyecta a la conducta de los trabajadores) sin base científica suficiente y sin justificación jurídica proporcional.

5. Se articula una suerte de “bloqueo de constitucionalidad” anómalo, por medio del cual se subordinan de un modo directo las relaciones laborales reguladas por la legislación chilena al *soft law* y programas corporativos emanados de las Naciones Unidas, así como a la normativa dictada por la OIT.

Al respecto, en la moción parlamentaria se afirma:

“desde el punto de vista de los instrumentos internacionales relacionados con el acoso laboral, se debe tener a la vista el Convenio 155 de 1981 de la OIT, sobre ‘La Seguridad y la Salud de los Trabajadores’ y el Convenio 190 de ‘Sobre la violencia y el acoso’, del año 2019. En particular respecto de este último, establece una serie de principios fundamentales, además de directrices respecto de la protección y prevención, las cuales deberán ser observadas por los Estados que hayan ratificado este convenio”<sup>15</sup>.

Más adelante, precisamos este punto. Por el momento es oportuno constatar que se rodea la relación laboral de otro enjambre regulatorio: el proveniente de la normativa internacional, sin mayores márgenes de deferencia normativa.

6. En lo conceptual, es la categoría “violencia en el trabajo” la que sirve para justificar toda la normativa que la ley construye.

---

<sup>15</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE (2024) p. 4.

El punto crítico es que la noción de “violencia” es amplísima, de modo que la autoridad administrativa podría ir extendiendo elástica mente su significado hacia una tipificación indeterminada de conductas. De hecho, para ensayar una delimitación, los parlamentarios se basan en la *Guía para la detección y la prevención del acoso laboral* del año 2020, del Instituto de Salud Pública, que incluye –de modo no taxativo– las siguientes conductas: el *mobbing*, el acoso psicológico en el trabajo, el psicoterror laboral, el acoso moral, la victimización laboral, la supervisión abusiva, el terror psicológico, el hostigamiento laboral, el *bullying* laboral, el maltrato, el acoso sexual y el acoso laboral<sup>16</sup>.

La suma de las conductas precedentes, en todas sus dimensiones subjetivas, imponen la necesidad de una infinita capacidad de vigilancia para lograr los objetivos preventivos que exige la Ley “Karin”. Al fin y al cabo, todo puede constituir para alguien que se siente ofendido por algo una “violencia en el trabajo”.

Esta idea, aunque nos parezca absurda, anida como idea rectora de la ley. Es lo que sugieren los parlamentarios cuando declaran:

“la promoción de un ambiente laboral seguro y sano exigirá poner los esfuerzos en la radicación de la violencia laboral en cualquiera de sus múltiples formas, pues como lo ha señalado la OIT, ‘la violencia laboral se puede ejercer de diversas maneras, generalmente se catalogan como física, psicológica o verbal, sexual, o incivismo’ ”<sup>17</sup>.

A lo que agregan:

“estas conductas pueden desarrollarse al interior del trabajo, ya sea en relaciones simétricas, asimétricas o de jerarquía, como también de forma interna, dentro de la organización, como también externa, vale decir, entre trabajadores internos y externos de la institución o entre personal y clientes, pacientes, proveedores, usuarios, etc.”<sup>18</sup>.

Como vemos, parece no haber residuo.

7. La pasión por reglamentarlo todo. En coherencia con lo apuntado precedentemente, la Ley “Karin” tiende a un modelo de regulación tan intenso que se vuelve incompatible con las estrategias de regulación responsable del derecho comparado<sup>19</sup>. Si revisamos el reglamen-

<sup>16</sup> INSTITUTO DE SALUD PÚBLICA (2020).

<sup>17</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE (2024) p. 4.

<sup>18</sup> *Op. cit.* p. 3.

<sup>19</sup> AYRES & BRAITHWAITE (1992), pp. 35-53. Para efectos de análisis hipotético, si uno siguiera, por ejemplo, un modelo de pirámide de estrategia regulatoria, no podría darse cabida, en la prác-

to pertinente, activado por el nuevo artículo 211-B del *Código del Trabajo*, introducido por ley en comento, podemos comprobar una enorme cantidad de categorías, cuyo juego en las disposiciones reglamentarias hacen prever una regimentación monstruosa de las relaciones laborales.

Someros ejemplos. En el artículo 2 del reglamento se establecen entre los principios básicos para los procedimientos de investigación del acoso sexual, laboral y la violencia en el trabajo, la “no discriminación”<sup>20</sup>, la denominada “perspectiva de género”<sup>21</sup>, y la llamada “No revictimización o no victimización secundaria”<sup>22</sup>. La normativa se encarga de definirlos, con elementos conceptuales tan amplios, que, en una interpretación laxa, podrían servir para regular –y denunciar– una vez más casi todas las dimensiones de la vida laboral.

Tales principios operan en correlación con otras categorías que los intensifican. Véase, por ejemplo, las nuevas situaciones que, según el reglamento, empleadores y trabajadores deben atender para “realizar” la ley: se anotan aho-

---

tica, a espacios como la “self-regulation”, la “enforced self-regulation” o, incluso, para la “command regulation with discretionary punishment”.

<sup>20</sup> MINISTERIO DEL TRABAJO Y PREVISIÓN SOCIAL (2024): artículo 2 letra b): “No discriminación. El procedimiento de investigación reconoce el derecho de todas las personas participantes de ser tratadas con igualdad y sin distinciones, exclusiones o preferencias arbitrarias basadas en motivos de raza, color, sexo, maternidad, lactancia materna, amamantamiento, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional, situación socioeconómica, idioma, creencias, participación en organizaciones gremiales, orientación sexual, identidad de género, filiación, apariencia personal, enfermedad o discapacidad, origen social o cualquier otro motivo, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación.

Para alcanzar este principio se deberán considerar, especialmente, las situaciones de vulnerabilidad o discriminaciones múltiples en que puedan encontrarse las personas trabajadoras”.

<sup>21</sup> MINISTERIO DEL TRABAJO Y PREVISIÓN SOCIAL (2024): artículo 2 letra a): “Perspectiva de género. Deberán considerarse durante todo el procedimiento, las discriminaciones basadas en el género que pudiesen afectar el ejercicio pleno de derechos y el acceso a oportunidades de personas trabajadoras, con el objetivo de alcanzar la igualdad de género en el ámbito del trabajo, considerando entre otras, la igualdad de oportunidades y de trato en el desarrollo del empleo u ocupación.

<sup>22</sup> MINISTERIO DEL TRABAJO Y PREVISIÓN SOCIAL (2024): artículo 2 letra a): “No revictimización o no victimización secundaria. Las personas receptoras de denuncias y aquellas que intervengan en las investigaciones internas dispuestas por el empleador deberán evitar que, en el desarrollo del procedimiento, la persona afectada se vea expuesta a la continuidad de la lesión o vulneración sufrida como consecuencia de la conducta denunciada, considerando especialmente los potenciales impactos emocionales y psicológicos adicionales que se puedan generar en la persona como consecuencia de su participación en el procedimiento de investigación, debiendo adoptar medidas tendientes a su protección”.

ra nuevas formas de acoso: acoso horizontal<sup>23</sup>, acoso vertical descendente<sup>24</sup>, acoso vertical ascendente<sup>25</sup>, acoso mixto o complejo<sup>26</sup>. También nos acompaña el riesgo laboral<sup>27</sup> y los factores de riesgos psicosociales laborales<sup>28</sup>.

Para entrar en detalles sobre esta normativa, la Superintendencia de Seguridad Social ha dictado la "Circular sobre asistencia técnica para la prevención del acoso sexual, laboral y violencia en el trabajo y otros aspectos contenidos en la Ley 21.643"<sup>29</sup>.

El eje de las disposiciones de la Superintendencia radica en la extensión impredecible del deber de seguridad del empleador. A este propósito, la circular dispone:

"En materia de prevención, lo primero que cabe señalar es que el artículo 184 del Código del Trabajo establece que 'El empleador estará obligado a tomar todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores, informando de los posibles

---

<sup>23</sup> MINISTERIO DEL TRABAJO Y PREVISIÓN SOCIAL (2024): artículo 3, inciso segundo, letra a): "Acoso horizontal. Es aquella conducta ejercida por personas trabajadoras que se encuentran en similar jerarquía dentro de la empresa".

<sup>24</sup> MINISTERIO DEL TRABAJO Y PREVISIÓN SOCIAL (2024): artículo 3, inciso segundo, letra b): "Acoso vertical descendente. Es aquella conducta ejercida por una persona que ocupa un cargo jerárquicamente superior en la empresa, la que puede estar determinada por su posición en la organización, los grados de responsabilidad, posibilidad de impartir instrucciones, entre otras características".

<sup>25</sup> MINISTERIO DEL TRABAJO Y PREVISIÓN SOCIAL (2024): artículo 3, inciso segundo, letra c): "Acoso vertical ascendente. Es aquella conducta ejercida por una o más personas trabajadoras dirigida a una persona que ocupa un cargo jerárquicamente superior en la empresa, la que puede estar determinada por su posición en la organización, los grados de responsabilidad, posibilidad de impartir instrucciones, entre otras características".

<sup>26</sup> MINISTERIO DEL TRABAJO Y PREVISIÓN SOCIAL (2024): artículo 3, letra a): "Acoso mixto o complejo. Es aquella conducta ejercida por una o más personas trabajadoras de manera horizontal en conocimiento del empleador, quien en lugar de intervenir en favor de la persona afectada no toma ninguna medida o ejerce el mismo tipo de conducta de acoso. También puede resultar en aquella circunstancia en que coexiste acoso vertical ascendente y descendente".

<sup>27</sup> MINISTERIO DEL TRABAJO Y PREVISIÓN SOCIAL (2024): artículo 3, letra a): "Riesgo laboral. Es aquella posibilidad de que las personas trabajadoras sufran un daño a su vida o salud, a consecuencia de los peligros involucrados en la actividad laboral, considerando la probabilidad que el daño ocurra y la gravedad de éste".

<sup>28</sup> MINISTERIO DEL TRABAJO Y PREVISIÓN SOCIAL (2024): artículo 3, letra b): "Factores de riesgos psicosociales laborales. Son aquellas condiciones que dependen de la organización del trabajo y de las relaciones personales entre quienes trabajan en un lugar, que poseen el potencial de afectar el bienestar de las personas, la productividad de la organización o empresa, y que pueden generar enfermedades mentales e incluso somáticas en los trabajadores, por lo que su diagnóstico y medición son relevantes en los centros de trabajo".

<sup>29</sup> SUPERINTENDENCIA DE SEGURIDAD SOCIAL (2024).

riesgos y manteniendo las condiciones adecuadas de higiene y seguridad en las faenas, como también los implementos necesarios para prevenir accidentes y enfermedades profesionales'. La citada norma legal consagra el deber general de protección que tiene el empleador de resguardar la vida y salud de las personas trabajadoras. En virtud de dicho deber general, la entidad empleadora tiene la obligación de adoptar todas las medidas pertinentes para que el desarrollo de las labores no signifique a la persona trabajadora riesgo a su integridad física y psíquica, manteniendo las condiciones de higiene y seguridad adecuadas, y proporcionando los implementos necesarios para evitar accidentes y enfermedades profesionales, que garanticen una eficaz protección"<sup>30</sup>.

Ahora se incorpora a este general deber de seguridad, toda la meticulosa normativa de la Ley "Karin", su reglamento y las distintas regulaciones de los órganos contralores, entre ellas, la presente circular de la Superintendencia, donde se regla cómo han de "identificarse los peligros y la evaluación de los riesgos psicosociales asociados con el acoso sexual, laboral y violencia en el trabajo". Y "con perspectiva de género", a mayor abundamiento. Es así como se dispone:

"La entidad empleadora en la gestión de la prevención de los riesgos, debe considerar la violencia y el acoso, así como los riesgos psicosociales asociados, con perspectiva de género. Para tales efectos, la entidad empleadora debe identificar los factores de riesgos, incorporándolos en la matriz de riesgo para ser gestionados, mitigados o en su caso, corregidos, considerando la evaluación de los mismos, sin perjuicio de la utilización obligatoria del cuestionario CEAL-SM/SUSESO y de la gestión de sus resultados.

Lo anterior significa que, aun cuando el resultado en dicho cuestionario sea de riesgo medio o bajo en la dimensión violencia en el trabajo, el empleador debe realizar el análisis necesario de los riesgos que posibilitan la violencia y el acoso en el trabajo, para su adecuada gestión preventiva. Para tales efectos, el empleador debe analizar el resultado de las 7 preguntas de la dimensión violencia y acoso (VA) del cuestionario CEAL-SM/SUSESO, señalada en las páginas 11 y 70 del Manual del Método Cuestionario CEAL-SM/SUSESO, identificando como riesgo aquellas respuestas distintas a 'NO'. El empleador podrá organizar con el comité de aplicación actividades de diálogo para la evaluación de esos resultados. En el caso de las entidades empleadoras

---

<sup>30</sup> SUPERINTENDENCIA DE SEGURIDAD SOCIAL (2024) p. 3.

con menos de 10 personas trabajadoras, la identificación de los riesgos y su medición, podrá realizarse mediante la pauta contenida del Anexo N° 54: 'Pauta sugerida para la evaluación de riesgos psicosociales y violencia y acoso en el trabajo y establecimiento de medidas preventivas en empresas con menos de 10 trabajadores', de esta circular"<sup>31</sup>.

Es interesante revisar el "Cuestionario de evaluación del ambiente laboral-salud mental"<sup>32</sup>, que contiene ochenta y ocho preguntas, cincuenta y cuatro de las cuales están destinadas a medir las doce dimensiones de riesgo psicosocial en el trabajo<sup>33</sup>. Si nos tomamos en serio estas doce dimensiones, sería muy difícil que pasara un solo día sin que cada trabajador –y empleador– no incurriera en alguna situación de riesgo<sup>34</sup>.

Frente a todo esto, el empleador debe ser vigilante para activar, cuando corresponda, las medidas de resguardo<sup>35</sup> y las medidas correctivas<sup>36</sup>, entre otras obligaciones, según los casos.

Si aplicamos toda esta normativa, habría que preguntarse si el empleador tendrá tiempo para dedicarse a las labores de su giro.

<sup>31</sup> SUPERINTENDENCIA DE SEGURIDAD SOCIAL (2024) p. 6.

<sup>32</sup> PÉREZ, CANDIA, CEA (2022-2023).

<sup>33</sup> Tres preguntas sobre carga de trabajo (CT), tres sobre exigencias emocionales (EM), cuatro sobre compañerismo (CM), tres sobre equilibrio trabajo vida privada (TV), etc. El esquema general puede verse en PÉREZ, CANDIA, CEA (2022-2023) p. 5.

<sup>34</sup> Véase, por ejemplo, HE2 Su trabajo, ¿le exige esconder sus emociones?; WF2 ¿Siente que su trabajo le consume demasiada ENERGÍA teniendo un efecto negativo en su vida privada?; QD3 ¿Se retrasa en la entrega de su trabajo? RE3 En su trabajo, ¿es tratado de forma justa?; CO3 ¿Tiene que hacer tareas que usted cree que deberían hacerse de otra manera?; QD1 ¿Su carga de trabajo se distribuye de manera desigual de modo que se le acumula el trabajo?; QD2 ¿Con qué frecuencia le falta tiempo para completar sus tareas?; UT1 En su trabajo, durante los últimos doce meses, ¿ha estado expuesto(a) a bromas desagradables?, etcétera. PÉREZ, CANDIA, CEA (2022-2023) pp. 7-12.

<sup>35</sup> MINISTERIO DEL TRABAJO Y PREVISIÓN SOCIAL (2024) artículo 3 letra f): "Medidas de resguardo. Son aquellas acciones de carácter cautelar que se implementan por parte del empleador una vez recibida la denuncia o durante la investigación para evitar la ocurrencia de un daño a la integridad física y/o psíquica, así como la revictimización de la persona trabajadora, atendiendo a la gravedad de los hechos denunciados, la seguridad de las personas involucradas y las posibilidades derivadas de las condiciones de trabajo, las cuales deberán ser consideradas en el reglamento que establece la normativa, según corresponda".

<sup>36</sup> MINISTERIO DEL TRABAJO Y PREVISIÓN SOCIAL (2024) artículo 3 letra g): "Medidas correctivas. Son aquellas medidas que se implementan por el empleador para evitar la repetición de las conductas investigadas conforme al procedimiento regulado en el presente reglamento, sean o no sancionadas, las que deberán establecerse en las conclusiones de la investigación y materializarse, en los casos que corresponda, en la actualización del protocolo de prevención de acoso sexual, laboral y de violencia en el trabajo".



### III. ADELANTANDO ALGUNAS CONCLUSIONES

Desconocemos si los parlamentarios que aprobaron la Ley n.º 21643 son conscientes de todos los alcances y consecuencias de lo que acordaron. Nos están regalando –presente griego– un tráfigo interminable (otro más) de milimétricas disposiciones administrativas de ministerios y superintendencias, que nunca acaban. “Haz esto, y esto otro, y esto otro”. “No mires para arriba”, “no mires para abajo”, “no mires para el lado”, “no mires para adelante ni para atrás”...

Con la Ley “Karin” –si seguimos su lógica– no estamos solucionando un problema, sino que creando otros. Serios problemas para empresarios, emprendedores y trabajadores. Desde un kiosco hasta una multinacional.

Estamos frente a una de esas típicas leyes “caso”, cada vez más habituales en Chile: un paquete de disposiciones que se dictan al calor de una situación concreta (el inicuo acoso laboral sufrido por Karin Salgado). Pero en vez de con-formar reglas generales para ordenar problemas esenciales, imponen un incontinente y desordenado astrolabio de recetas normativas (como diría Muñoz Machado) que junto a sus prolongaciones reglamentarias pretenden regular, sin residuo, toda conducta futura, diríamos, en sus infinitos detalles. La Ley n.º 21643 podría asemejarse a lo que la doctrina alemana llama “ley-medida”. Pero también tiene parecidos con una “ley-plan”, incluso, con una “ley *ad hoc*”, dado que la materia ya estaba regulada en nuestra legislación. O sea, si dicen que el legislador puede hacer cualquier cosa, acá tenemos un ejemplo. Ley general, “ley-medida”, “ley-plan”, “ley *ad hoc*”, confusión de técnicas normativas, todo a la batidora. De lo cual resulta una inmensa selva normativa en expansión. ¡Qué tiempos aquellos en que teníamos una pulcra técnica legislativa!

Segundo punto. Resulta muy difícil determinar, a ciencia cierta, cuál es el bien jurídico que la ley busca proteger: sus alcances normativos exceden en mucho al perverso acoso laboral sufrido por Karin. Es como pasarse ocho pueblos, de acuerdo con el lenguaje coloquial.

Una vez más, no sabemos si los parlamentarios que aprobaron esta iniciativa tuvieron discernimiento de ello. Porque al reglamento de esta ley no le importa mucho el caso de Karin, sino cumplir con “el Objetivo 8 de la Agenda 2030”<sup>37</sup>, como adelantamos, y someter las relaciones laborales chilenas al

---

<sup>37</sup> El reglamento declara que para las Naciones Unidas los “cuatro pilares” del “trabajo decente” son elementos centrales de la Agenda 2030 de Desarrollo Sostenible (considerando 1). A este propósito, sostiene la necesidad de cumplir con el objetivo 8: “el Objetivo 8 de la Agenda 2030 de las Naciones Unidas insta a promover [...] el Trabajo Decente, siendo una guía en la ruta de la labor a desarrollar por la Organización Internacional del Trabajo”. MINISTERIO DEL TRABAJO Y PREVISIÓN SOCIAL (2024) considerando 2. O sea, para el reglamento, los criterios del “trabajo decente” fijados por las Naciones Unidas, deben, a su vez, ser releídos a partir de las variables establecidas a este respecto por la OIT.



Convenio 190 de la OIT que busca, según la interpretación del Ministerio, "un enfoque inclusivo que permita abordar las causas subyacentes de la violencia y acoso en el mundo del trabajo"<sup>38</sup>.

Eso de "causa subyacente" huele a filosofía estructuralista: las expresiones y conductas de un sujeto estarían determinadas por las estructuras, que es donde realmente anida la violencia que hay que remover (del explotador hacia el explotado, del hombre hacia la mujer, del nacional hacia el inmigrante, etcétera)<sup>39</sup>.

La hipótesis de estos ideólogos es como sigue: sin que lo sintamos, sin que lo sepamos, nuestras expresiones pueden manifestar esa violencia estructural (en una mirada, en un cambio en el tono de voz, en un gesto, en la verbalización de un sentimiento recóndito, etc.), que es lo que hay que prevenir o, en su caso, sancionar (o reeducar). No somos violentos por los egoísmos y pasiones que debemos combatir dentro de nosotros mismos; somos violentos porque hemos sido disciplinados por las estructuras de una sociedad perversa (capitalista, hetero-patriarcal, etnocéntrica, elijan ustedes el modelo).

De acuerdo con esta hipótesis de la "violencia subyacente", todas las dimensiones de la vida humana en el trabajo deberían ser objeto de control; no hay nada que pueda escapar al cedazo de una eventual violencia estructural: ni las relaciones genuinas de amistad, ni la voluntad de trabajar en equipo, ni la solidaridad, ni las expresiones lúdicas de nuestra existencia. Adiós a la inocencia. Todo puede ser una mascarada de una violencia subyacente.

Esta es la razón "filosófica" de por qué el acoso deja de ser una práctica que requiere una cierta permanencia en el tiempo: ahora basta un solo acto (conducta, palabra, gesto, entonación, etc.) para tipificar un acoso laboral ("por cualquier medio, ya sea que se manifieste una sola vez" dice el artículo 1.1. de la Ley n.º 21643).

Ese es el motivo de por qué puede haber violencia en cualquier ámbito de las relaciones humanas. Si la violencia subyace a toda relación humana, habrá que combatirla, incluso, precaviendo actos que en sí no son violentos, pero que se han de reputar tales por proceder, aun indirectamente, de estructuras "subyacentes". En eso la Ley n.º 21675 (de violencia de género) hace un "buen

---

<sup>38</sup> MINISTERIO DEL TRABAJO Y PREVISIÓN SOCIAL (2024) considerando 4: "Que, en el contexto antes expuesto, el Estado de Chile ratificó el Convenio N° 190 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la violencia y el acoso, que se promulgó por decreto supremo N° 122, de 2023, del Ministerio de Relaciones Exteriores. Dicho convenio tiene, entre otros, el objetivo de proteger los derechos laborales y promover un entorno de trabajo seguro y sin restricciones, proveyendo un marco para la creación y mejora de normas y políticas que adopten un enfoque inclusivo que permita abordar las causas subyacentes de la violencia y acoso en el mundo del trabajo".

<sup>39</sup> En rigor, estamos ante vulgarizaciones de la denominada *French Theory*. Un panorama general, en CUSSET (2008), pp. 1-390.

trabajo” (una vez más gracias a nuestros parlamentarios): clasifica la violencia en violencia física, violencia psicológica, violencia sexual, violencia económica, violencia simbólica, violencia institucional, violencia política, violencia en el trabajo y violencia gineco-obstétrica (artículo 6 n.º 1 a 9). No es broma. Por eso, también, el reglamento de la Ley n.º 21643, recién citado, habla de “acoso horizontal”, “acoso vertical descendente”, “acoso vertical ascendente” y “acoso mixto o complejo”, según referimos.

En este contexto, recordemos que la Ley n.º 21643 extiende la noción de violencia más allá del ámbito laboral (“violencia en el trabajo”, artículo 1.1). Y la Superintendencia de Seguridad Social exige, como acabamos de indicar, en los “Contenidos mínimos del protocolo indicados en la Ley N° 21.643”, que se prevenga no solo la violencia y el acoso, sino la “escalada de conductas” que conducen a ellas, como “los comportamientos incívicos” (*v. gr.* “comportamientos descorteses que carecen de una clara intención de dañar”), “el sexismo” (*v. gr.* “sexismo inconsciente o benévolo hacia las mujeres”; “defensa de los prejuicios de género tradicionales”) <sup>40</sup>, etcétera.

¿No atentan estas normas contra los derechos fundamentales de la inmensa mayoría de la población? Creemos no necesario incidir en este punto. Parece obvio. Solo quisiéramos acentuar que en un mundo donde hasta el “inconsciente” puede ser sospechoso u objeto de control, claro está que el empleador debe hacer las veces de “panóptico” (financiado por él). Y así la Superintendencia de Seguridad Social le obliga a adoptar

“medidas para prevenir y controlar tales riesgos, con objetivos medibles, para controlar la eficacia de dichas medidas y velar por su mejoramiento y corrección continua” <sup>41</sup>.

Pero también ha de convertirse en una suerte de “super-tutor” y policía, como dijimos, pues ante cualquier denuncia ha de adoptar medidas de “resguardo” y medidas “correctivas” <sup>42</sup>.

No nos vamos a referir aquí al carácter antihumanista de esta pseudofilosofía (¿nos inscribimos habitualmente en la violencia?). Sí, hay que destacar el efecto perverso de este tipo de legislación: se puede convertir en una verdadera invitación a la automatización progresiva. Si tras el ser humano hay siempre riesgo probable de violencia en sus infinitas formas que hay que prevenir y controlar, es mejor no contar con el ser humano...

Otro punto a considerar. Toda denuncia debe ser tramitada. No existe estándar de admisibilidad probatoria. Si el conflicto es entre dos trabajadores,

<sup>40</sup> SUPERINTENDENCIA DE SEGURIDAD SOCIAL (2024) pp. 7-8.

<sup>41</sup> *Op. cit.* p. 9.

<sup>42</sup> MINISTERIO DEL TRABAJO Y PREVISIÓN SOCIAL (2024) artículo 3 f) y g).

el empleador tampoco puede "mediar", o examinar él o un tercero abonado la seriedad de la denuncia. Tras cualquier denuncia, el único camino que tiene el empleador es iniciar la investigación formal (o que dicha investigación se desarrolle ante la Inspección del Trabajo). Todo ha de "juridizarse". O sea, todo es serio y gravoso. ¿Por qué? Pareciera que hay un patológico temor al vacío jurídico.

Por parte del denunciante (imaginemos un compañero de trabajo respecto de otro) no se requiere de un hecho objetivo: basta la autopercepción del afectado. Basta que la persona perciba que vive en una situación de acoso laboral, sexual o de violencia, para denunciar. Esto porque el objetivo primordial no es satisfacer las expectativas de los involucrados en el conflicto, sino deterrar la violencia "subyacente". En todo esto, la ley es bastante lógica: si la violencia es "estructural" y la estructura condiciona la subjetividad, las denuncias pueden ser hechas desde esta instancia en estado puro. ¿No es esto una invitación a reproducir y expandir el conflicto entre los trabajadores?

Todo esto, claramente, supone un "cambio de paradigma" en las relaciones laborales: el empleador va a tener que hacerse cargo no solo de la violencia visible (ello, en mayor o menor medida, ya estaba regulado), sino de esa impredecible y oscura violencia "invisible", la que anida, incluso, en el "subconsciente" (la *SUSESO dixit*), que solo los iluminados conocen. Claro, si la ley se aplica en toda su intensidad y amplitud regulatoria.

Obviamente que la operatividad ideológica de esta ley supera todo lo aceptable dentro de los márgenes de un Estado laico (no lo decimos de manera irónica). Nos muestra, además, que la discusión constitucional sobre el viejo principio de subsidiariedad está superada en Chile: vivimos en la era de la reglamentación estatal pesada, acerada, milimétrica, ferozmente invasiva, casi stalinista.

Lo curioso es que todos la sufren, pero nadie protesta de forma eficaz. Parecido al síndrome del esclavo satisfecho, que agradece sus cadenas y los latigazos. O al Síndrome de Estocolmo, donde la víctima se enamora de su captor. Basta que le anuncien los grilletes con bonitas palabras y ya le convencieron para someterle.

¿Y nuestros legisladores? Puese comportan como si fueran afectados por el Síndrome de Münchhausen: dicen solucionar un problema, pero están generando otros, ficticios. Para que después ministerios y superintendencias nos sometan como un pupilo. Obsequio del "monstruo más frío de los monstruos fríos" como diría Friedrich Nietzsche.

## BIBLIOGRAFÍA

- Andersen, Hans Christian (1837): *Eventyr, Fortalte for Børn* (Copenhagen, Bianco & Schneider for C.A. Reitzel).
- AYRES, Ian & BRAITHWAITE, John (1992): *Responsive regulation. Transcending the Deregulation Debate* (New York/Oxford, Oxford University Press).
- CUSSET, François (2008): *French Theory: How Foucault, Derrida, Deleuze, & Co. Transformed the Intellectual Life of the United States* (Minneapolis, University Minnesota Press).
- INSTITUTO DE SALUD PÚBLICA (2020): *Guía para la detección y la prevención del acoso laboral*. Disponible en [www.ispch.cl/wp-content/uploads/2021/02/Guia-para-la-Detecci%C3%B3n-y-Prevenci%C3%B3n-del-Acoso-Laboral-v1.pdf](http://www.ispch.cl/wp-content/uploads/2021/02/Guia-para-la-Detecci%C3%B3n-y-Prevenci%C3%B3n-del-Acoso-Laboral-v1.pdf) [fecha de consulta: 7 de octubre de 2024].
- JUAN MANUEL, Don, Príncipe de Villena, *El Conde Lucanor*. Disponible en [www.cervantesvirtual.com/obra-visor/el-conde-lucanor--0/html/](http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/el-conde-lucanor--0/html/) [fecha de consulta: 10 de noviembre de 2024].
- PÉREZ FRANCO, Juan Manuel; CANDIA TAPIA, Macarena; CEA ARAYA, Karla (coords.) (2022-2023): *Manual del Método Cuestionario CEAL-SM/SUSECO*. Disponible en [www.suseso.cl/613/articles-481095\\_archivo\\_03.pdf](http://www.suseso.cl/613/articles-481095_archivo_03.pdf) [fecha de consulta: 15 de noviembre de 2024].
- RAE (2023): *Diccionario de la lengua española*. Disponible en <https://dle.rae.es> [fecha de consulta: 5 de noviembre de 2024].

## Normas

- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE (2024): *Historia de la Ley N.º 21.643*. Disponible en [https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/74167/1/documento\\_6632\\_1705355996303.pdf](https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/74167/1/documento_6632_1705355996303.pdf) [fecha de consulta: 17 de octubre de 2024].
- LEY 21643 “KARIN”, del 15 de enero de 2024. Modifica el Código del Trabajo y otros cuerpos legales, en materia de prevención y sanción del acoso laboral, sexual o de violencia en el trabajo.
- MINISTERIO DEL TRABAJO Y PREVISIÓN SOCIAL (2024): Decreto 21, del 3 de julio de 2024. Aprueba reglamento que establece las directrices a las cuales deberán ajustarse los procedimientos de investigación de acoso sexual, laboral o de violencia en el trabajo.
- SUPERINTENDENCIA DE SEGURIDAD SOCIAL (2024): Circular 3813, de 7 de junio de 2024. Asistencia técnica para la prevención del acoso sexual, laboral y violencia en el trabajo y otros aspectos contenidos en la Ley N.º 21.643 (Ley Karin) imparte instrucciones a los organismos administradores y empresas con administración delegada y modifica los títulos II y III del libro III. Denuncia, calificación y evaluación de inca-

pacidades permanentes, los títulos I y II del libro IV. Prestaciones preventivas y el título I del libro V. Prestaciones médicas, todos del compendio de normas del seguro social de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales de la Ley N° 16.744.



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-Vallenar<sup>1</sup>.

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 \$209 417 600<sup>2</sup>. 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 vehículos<sup>3</sup>. En síntesis, manifestó que las resolu-

---

<sup>1</sup> Véase causa rol contencioso administrativo-681-2022, seguida ante la Corte de Apelaciones de Santiago.

<sup>2</sup> UTM al mes de mayo de 2024: \$65 443. Véase [www.bcentral.cl/inicio](http://www.bcentral.cl/inicio) [fecha de consulta: 10 de mayo de 2024].

<sup>3</sup> 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].



ciones 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 multas<sup>4</sup>, 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 señalados<sup>5</sup>, “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 una<sup>6</sup>. Finalmente, la propuesta de sanción fue la más gravosa.

Fundándose medularmente en los antecedentes señalados, la sociedad concesionaria solicitó en el primer otrosí de su reclamación y en conformidad

---

Así, para el caso de los postes SOS, el artículo 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 artículo 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”.

<sup>4</sup> 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.

<sup>5</sup> Las bases de licitación aplicables en la especie disponen en su artículo 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 artículo 1.º de la Ley n.º 21044 en relación con lo dispuesto en el artículo 2.º de la misma ley.

<sup>6</sup> 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.

con el artículo 36 ter de la Ley de Concesiones de Obras Públicas (LCOP<sup>7</sup>), la suspensión 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 artículo 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”<sup>8</sup>.

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 confirió 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)<sup>9</sup>.

---

<sup>7</sup> Cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el Decreto Supremo n.º 900, véase MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS (1996a).

El artículo 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”.

<sup>8</sup> Reclamación, p. 27.

<sup>9</sup> 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”.

Con fecha 13 de enero de 2023, el Consejo de Defensa del Estado (CDE), en representación del órgano reclamado, evacuó el traslado conferido respecto de la solicitud de suspensión de los efectos de las resoluciones sancionatorias<sup>10</sup>. 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 artículo 48 n.º 2 del reglamento de la LCOP (norma que no había citado la sociedad reclamante)<sup>11</sup>. 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”<sup>12</sup>.

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 Iltrma. 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”<sup>13</sup>.

Agregó, también, el órgano reclamado, que el artículo 36 ter de la LCOP contempla los mismos requisitos dispuestos por los artículos 279 y 298 del *Código de Procedimiento Civil (CPC)*, esto es, aquellos necesarios para conceder una “medida precautoria”<sup>14</sup>. Sobre este particular, el CDE sostuvo que no podía concederse la medida de suspensión, pues no existían motivos graves ni

---

<sup>10</sup> 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.

<sup>11</sup> El reglamento de la LCOP fue aprobado por Decreto Supremo n.º 956, véase MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS (1997).

<sup>12</sup> Presentación del CDE, p. 2.

<sup>13</sup> *Ibid.*

<sup>14</sup> *Ibid.* En rigor, debido a la alusión que se realiza al artículo 279 del CPC, la denominación correcta sería una medida prejudicial precautoria.

calificados y tampoco comprobantes que constituyan a lo menos presunción grave del derecho que se reclama.

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 deuda<sup>15</sup>.

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 artículo 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 críticamente 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”<sup>16</sup>.

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”<sup>17</sup>, acompañando nuevos antecedentes para acreditar este punto.

---

<sup>15</sup> 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.

<sup>16</sup> 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.

<sup>17</sup> 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”<sup>18</sup>.

## 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 concesión<sup>19</sup>.

En primer lugar, es discutible que la medida de suspensión dispuesta por el artículo 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 artículo 36 ter de la LCOP son similares a los ordenados para el caso de las medidas prejudiciales precautorias, esto es, la existencia de motivos graves y calificados (artículo 279 del CPC), debiendo acompañarse comprobantes que constituyan, a lo menos, presunción grave del derecho que se reclama (artículo 298 del CPC).

También cabe considerar que en la *Historia de la Ley* n.º 20.410, que modificó la LCOP<sup>20</sup>, 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)<sup>21</sup>.

<sup>18</sup> 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.

<sup>19</sup> Los puntos que enseguida se indican tienen relación con los argumentos esgrimidos a propósito de la solicitud efectuada en conformidad con el artículo 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.

<sup>20</sup> Volveremos sobre esta ley más adelante.

<sup>21</sup> *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 artículo 36 ter de la LCOP– es “asegurar el resultado de la acción” (artículo 290 del CPC), es decir, evitar “que se burle la acción del demandante”<sup>22</sup>. 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”<sup>23</sup>.

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 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 artículo 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 financieras que permitan responder en estos eventos (cuya utilización, en todo caso, tampoco es inocua).

---

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”.

<sup>22</sup> Mensaje del Código de Procedimiento Civil.

<sup>23</sup> SEGUEL (2014) p. 64.

### 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 quince días contados desde la fecha en que se hizo efectiva<sup>24</sup>. 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 costos<sup>25</sup>.

También debe tenerse presente que, en la mayoría de los contratos de concesión vigentes, conforme a sus bases de licitación, no constituir o reconstituir

---

<sup>24</sup> En efecto, el reglamento de la LCOP dispone en su artículo 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.

<sup>25</sup> 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.



las garantías del contrato es una circunstancia o incumplimiento grave, lo que representa una causal de extinción o término anticipado del contrato conforme al artículo 79 del reglamento y 27 de la LCOP<sup>26</sup>.

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 ocurrido<sup>27</sup>. 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 multas<sup>28</sup>, y la cuantía total de las multas impuestas en un año. Lo anterior, se muestra a continuación<sup>29</sup>:

---

<sup>26</sup> Por ejemplo, las bases de licitación de la sociedad concesionaria Ruta del Algarrobo, disponen en su artículo 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 artículo 79 del reglamento de la LCOP y 28 de la LCOP disponen herramientas para el caso que el MOP constate un incumplimiento grave de las obligaciones del concesionario, evitando, de ser posible, la extinción.

<sup>27</sup> 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.

<sup>28</sup> Debe considerarse que cada resolución sancionatoria puede imponer una o más multas.

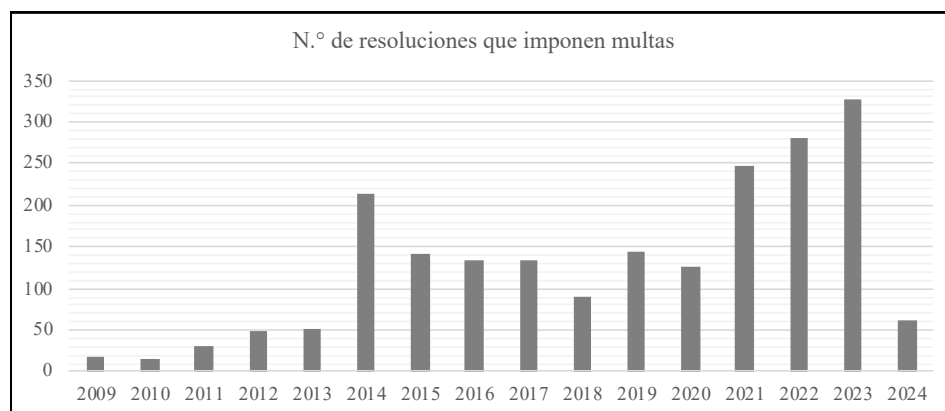
<sup>29</sup> Para consultar el registro de sanciones de la DGC desde el año 2009 a julio de 2018, véase [http://transparencia.dgop.cl/ccop/marco/terceros\\_index\\_Sanciones.html#](http://transparencia.dgop.cl/ccop/marco/terceros_index_Sanciones.html#) [fecha de consulta: 10 de mayo de 2024]. Para consultar 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 en seguida 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.

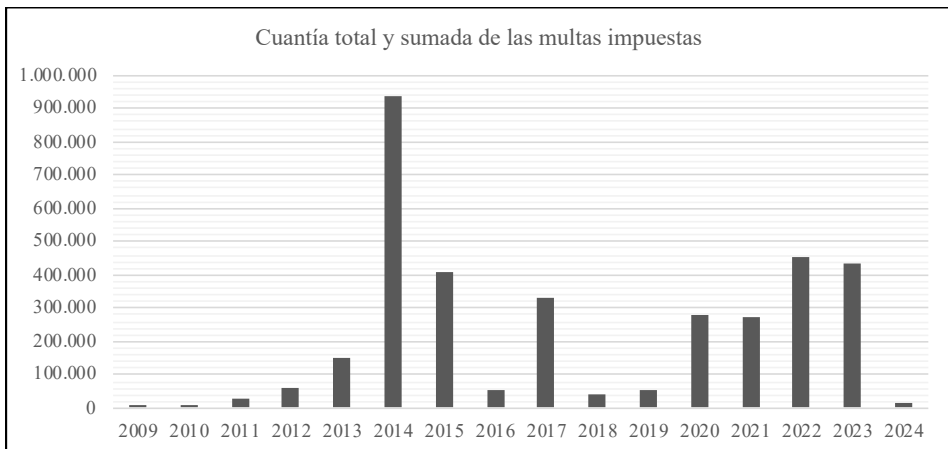
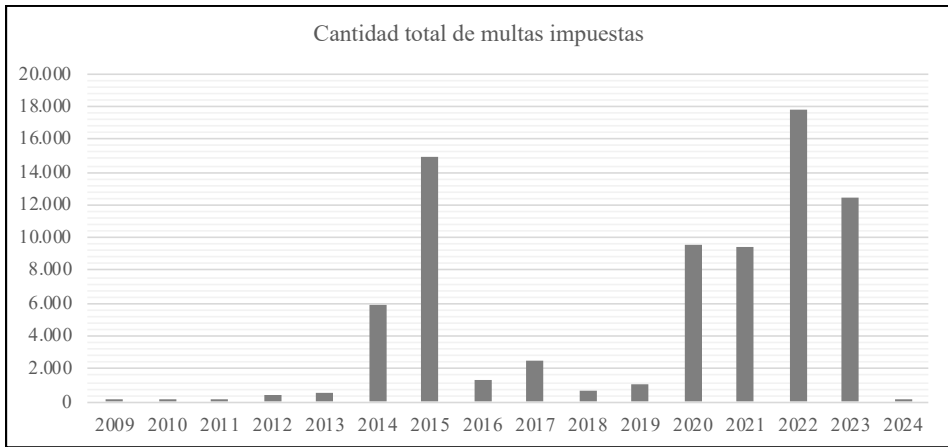
Con todo, los registros obtenidos de las fuentes indicadas en primer lugar no coinciden con los informes de la DGC para el año 2014. Ello, se explicaría por la existencia en las primeras de



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



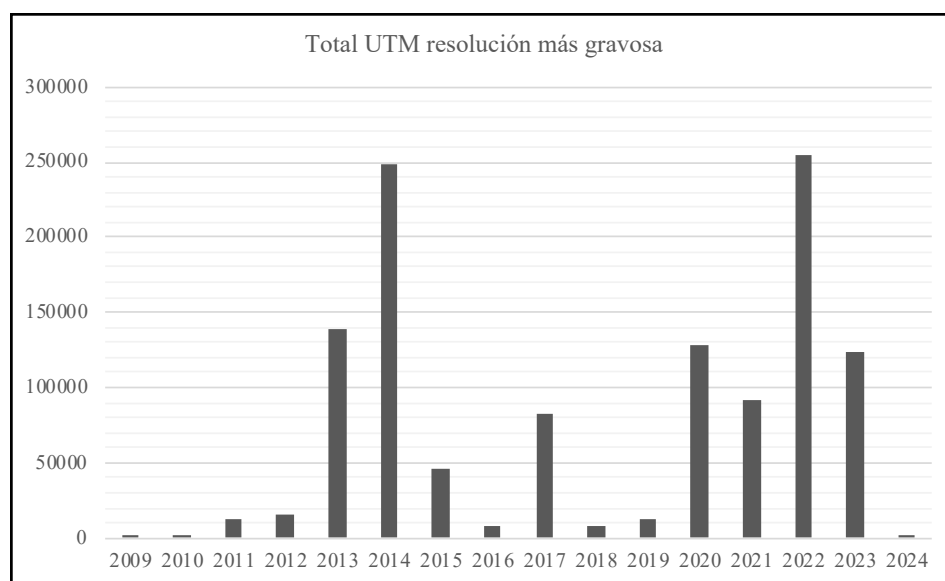
la resolución exenta n.º 1680, de 14 de mayo de 2014, la cual impuso 551 multas de 450 UTM cada una por un total de 247 950 UTM. Sin embargo, ella no se ve reflejada en los informes de la DGC. Se consultó vía solicitud de transparencia si la mencionada resolución fue dejada sin efecto, no obteniéndose 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	1800
2011	n.º 18-2011	37	350 c/u	12950
2012	n.º 2566-2012	36	450 c/u	16200
2013	n.º 3037-2013	308	450 c/u	139050

2014	n.º 1680-2014	551	450	247950
2015	n.º 1698-2015	4641	10 c/u	46410
2016	n.º 501-2016	40	200 c/u	8000
2017	n.º 1726-2017	184	450 c/u	82800
2018	n.º 712-2018	18	450 c/u	8100
2019	n.º 1557-2019	59	200 c/u	11800
2020	n.º 2322-2020	261	490 c/u	127890
2021	n.º 3284-2021	4548	20 c/u	90960
2022	n.º 2741-2022	12760	20 c/u	255200
2023	n.º 4249-2023	6146	20 c/u	122920
2024	n.º 458-2024	24	100 c/u	2400



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, \$5 496 452 750, mientras que el año 2023, en el mes de diciembre, se alcanzó las 122 920 UTM, esto es, \$7 893 430 720<sup>30</sup>. 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 directora de la conducta o al interés público comprometido, volviéndose extremadamente gravosas<sup>31</sup>. 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 contrato<sup>32</sup> 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 artículo 36 ter de la LCOP antes del plazo de treinta días dispuesto para el pago.

---

<sup>30</sup> 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](http://www.bcentral.cl/inicio), sección “UTM” [fecha de consulta: 26 de abril de 2024].

<sup>31</sup> 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.

<sup>32</sup> 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.

Ciertamente habría que analizar cada caso en específico para conocer si las sociedades concesionarias terminaron pagando la multa dentro de plazo 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 titularizar la 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 1983<sup>33</sup>, es considerado por parte de la doctrina como el origen histórico del régimen actual de concesiones de nuestro país<sup>34</sup>. 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.

<sup>33</sup> 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.

<sup>34</sup> RAMÍREZ (2019) p. 40.

El DFL MOP 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.

El artículo 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 artículos 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<sup>35,36</sup>.

En efecto, el artículo 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

---

<sup>35</sup> El inciso primero del artículo 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.º 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) artículo 7 letra p.

<sup>36</sup> El reglamento del DFL MOP n.º 591, no fue objeto de modificaciones hasta que se derogó mediante el artículo 70 del Decreto n.º 240, del MOP, de 1991, que aprobó el reglamento del DFL MOP n.º 164.

por el artículo 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 artículo 52 del mismo reglamento<sup>37</sup>, en caso de procederse al cobro de las garantías por el no pago de las multas, aquellas debían 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 DFLMOP n.º 591, sobre indemnizaciones, contemplaba en su artículo 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 motivara<sup>38</sup>, 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 corresponda.

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

---

<sup>37</sup> 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 condiciones 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".

<sup>38</sup> 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".

treinta días contados desde su aplicación<sup>39</sup>. 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 tribunales ordinarios de justicia, se pudieran haber presentado medidas cautelares innominadas con esa finalidad, conforme al régimen común del CPC<sup>40</sup>. 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 DFLMOP 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 artículo 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)<sup>41</sup> y
- ii) reemplazó el artículo 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.

---

<sup>39</sup> 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.

<sup>40</sup> 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.

<sup>41</sup> 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 [...]”.



## 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 1991<sup>42</sup>. En este cuerpo normativo también se consideraron diferentes capítulos que tenían por finalidad regular el régimen del contrato de concesión y, en lo referente a la aplicación de multas, se estableció de un modo similar al dispuesto por el DFL MOP n.º 591<sup>43</sup>.

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”<sup>44</sup>.

La modificación afectó a los artículos 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”<sup>45</sup>.

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”<sup>46</sup>.

<sup>42</sup> Este último cuerpo normativo fue dictado en cumplimiento del artículo 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).

<sup>43</sup> Véanse artículos 18, 28 y 29 en MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS (1991a).

<sup>44</sup> *Historia de la Ley* n.º 19252, p. 14.

<sup>45</sup> RUFÍAN (2018) p. 108.

<sup>46</sup> RAMÍREZ (2019) p. 156.

Luego, en el ámbito reglamentario, el artículo 50 del Decreto MOP n.º 240, de 1991<sup>47</sup>, 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”.

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 días<sup>48</sup>. 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 1993<sup>49</sup>. Esta concesión será la primera –en consecuencia– que determina bases de licitación en algún grado similares a aquellas que puedan encontrarse en la actualidad<sup>50</sup>.

Estas bases de licitación detallaron diferentes hipótesis de incumplimiento por parte de la sociedad concesionaria que ameritarían la imposición de multas<sup>51</sup>. Además, determinaron en su título I.70 el plazo para proceder al pago de estas, reproduciendo prácticamente el mismo tenor dispuesto por el artículo 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 artículos 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

---

<sup>47</sup> El reglamento del DFL MOP N°164, no fue objeto de modificaciones hasta que se derogó mediante el artículo 1.º transitorio del actual reglamento de la LCOP.

<sup>48</sup> 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 artículo 48 del *Código Civil*.

<sup>49</sup> MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS (2016) p. 6.

<sup>50</sup> Véase <https://concesiones.mop.gob.cl/PROYECTOS/Paginas/default.aspx> [fecha de consulta: 10 de mayo de 2024].

<sup>51</sup> 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.

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 artículo 35 del DFL MOP n.º 164<sup>52</sup>. La reclamación debía ser presentada en el plazo de treinta días contados desde la fecha del hecho que la motivara, es decir, desde la notificación de la multa por carta certificada<sup>53</sup>. 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 República<sup>54</sup>.

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 artículo 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

---

<sup>52</sup> Este artículo 35 del DFL MOP n.º 164, en su versión original, era similar al artículo 36 del DFL MOP n.º 591.

<sup>53</sup> 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.

<sup>54</sup> 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.

- 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 obra<sup>55</sup>. En consecuencia, se acordó que la medida de 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”<sup>56</sup>.

### 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 ello<sup>57</sup>.

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 respectivo<sup>58</sup>. En cuanto al procedimiento de pago, el artículo 48 del reglamento dispuso, en lo que importa:

<sup>55</sup> *Historia de la Ley* n.º 19460, pp. 341-342.

<sup>56</sup> 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.

<sup>57</sup> Véanse artículos 18, 29 y 30 de la LCOP en su versión original.

<sup>58</sup> 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.

“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 artículo 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 grave<sup>59</sup>, circunstancia que representa una causal de extinción anticipada del contrato conforme al artículo 79 del reglamento y 27 de la LCOP<sup>60</sup>.

---

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 artículo 48 se inserta en el texto principal. Esta norma no ha sido objeto de modificación y se mantiene en iguales términos hasta esta fecha.

<sup>59</sup> 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.

<sup>60</sup> 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.

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 164<sup>61</sup>. 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 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”<sup>62</sup>.

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 previa<sup>63</sup>;
- 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 Santiago<sup>64</sup>;
- 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 con-

---

<sup>61</sup> Véase artículo 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.

<sup>62</sup> 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.

<sup>63</sup> Mediante la modificación de los artículos 28, 29 y 30 de la LCOP.

<sup>64</sup> Mediante la sustitución del artículo 36, la introducción de un artículo 36 bis nuevo.

tados desde notificada la multa, mientras que, en caso de acudir ante la Corte de Apelaciones, el plazo sería de quince días hábiles<sup>65, 66</sup>.

Asimismo, la Ley n.º 20410 agregó en la LCOP un nuevo artículo 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:

---

<sup>65</sup> Por aplicación del artículo 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 artículo 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”.

<sup>66</sup> 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 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.



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 en treinta días contados desde el hecho que la motivara, es decir, la imposición de la multa.	No existe norma expresa sobre el particular. Posibilidad de solicitar una medida cautelar innominada conforme al régimen general (CPC).	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, 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. V/S Originalmente, reclamación ante la Comisión Conciliadora, sin plazo. Previa modificación legal, se permite la reclamación ante la Comisión Arbitral, en el plazo de ciento veinte días contados desde notificada la multa o la reclamación ante la Corte de Apelaciones, en el plazo de quince días contados desde notificada la multa.	Originalmente, no varió la regulación del régimen anterior. Previa modificación legal, se incorporó el artículo 36 ter, actualmente vigente.	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. 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)<sup>67</sup>.

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 artículo 10.º de la Ley n.º 18575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, el artículo 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 artículo 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 oficio<sup>68</sup>,

“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”<sup>69</sup>.

---

<sup>67</sup> 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 (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.

<sup>68</sup> CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (2012) dictamen n.º 836.

<sup>69</sup> Cabe destacar que, recientemente, la Corte de Apelaciones de Temuco al tenor del artículo 57 citado, determinó que la autoridad administrativa no puede pronunciarse sobre el fondo del

Conviene considerar que la etapa de impugnación administrativa puede durar treinta días hábiles administrativos (lunes a viernes), conforme dispone el artículo 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.

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 artículo 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 concesión<sup>70</sup>, 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”<sup>71</sup>. 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 ausen-

---

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.

<sup>70</sup> 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.

<sup>71</sup> CORTE SUPREMA (2021) rol n.º 41056-2021, considerando décimo sexto. Con igual tesis, BERMÚDEZ (2014) p. 279.

cia de un caso fortuito o fuerza mayor, entre otros<sup>72</sup>), tarea que es de competencia exclusiva y excluyente de los tribunales establecidos por ley (tercero ajeno al conflicto), sean ordinarios o arbitrales (Corte de Apelaciones o comisión arbitral)<sup>73, 74</sup>.

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 decisión<sup>75</sup>.

Para otra parte de la doctrina y jurisprudencia, la aplicación de multas en un contrato administrativo responde al ejercicio del *ius puniendi* estatal<sup>76</sup>, por lo que debe verificarse un “debido proceso administrativo” en caso de que

---

<sup>72</sup> 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”, RODRIGUEZ (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 inexecución o retardo; (ii) la imputabilidad del deudor y (iii) su constitución en mora. En este sentido, véase PRADO (2019).

<sup>73</sup> CORRAL (2012) p. 199.

<sup>74</sup> 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.

<sup>75</sup> “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.

<sup>76</sup> 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 dispues- to 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.

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 eficacia<sup>77</sup>. Proceso dentro del cual, por cierto, deberán verificarse ciertas garantías sustantivas propias del régimen administrativo sancionatorio, como la proporcionalidad e interdicción de la arbitrariedad, entre otros<sup>78</sup>.

En línea con lo señalado, reconociendo la falta de definición sobre la naturaleza jurídica de las multas impuestas en un contrato de concesión<sup>79</sup>, 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”<sup>80</sup>.

## 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 proce-

---

<sup>77</sup> “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° 7203-19-INA, considerando trigésimo tercero, Instituto Profesional de Chile con Consejo Nacional de Educación.

<sup>78</sup> POZO (2017) pp. 69-74.

<sup>79</sup> 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.

<sup>80</sup> HERNÁNDEZ (2014) p. 412.

der 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 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 connaturales 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 anterior<sup>81</sup>.

---

<sup>81</sup> Algo similar ocurre en la Ley de Contratos del Sector Público española, Ley n.º 9/2017. Véase artículo 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”.

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).
- CELIS DANZINGER, Gabriel (2016): *Contratos administrativos* (Santiago, Editorial El Jurista).
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2012): *La "cláusula penal". Función y eficacia del contrato penal en el derecho chileno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- 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).
- 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).
- ZÚNIGA URBINA, Francisco; CLEMO GARCÍA, Fernanda (2024): *Las multas en el contrato administrativo* (Valencia, Editorial Tirant lo Blanch).

### *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 (2021): rol n.º 41056-2021, Automática y Regulación S.A. con Municipalidad de Recoleta.
- 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 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. Disponible en [www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/7003/](http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/7003/)

*Historia de la ley* n.º 19460. Disponible en [www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/6735/](http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/6735/)

*Historia de la Ley* n.º 20410. Disponible en [www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4796/](http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4796/)

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#](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](https://concesiones.mop.gob.cl/Documents/libro-Concesiones_obras-publicas-chile-20.pdf) [fecha de consulta: 10 de mayo de 2024].

¿ES POSIBLE ACREDITAR  
DOLO O CULPA GRAVE DE LOS USUARIOS  
EN FRAUDES BANCARIOS  
SEGÚN LA LEY N° 20009?  
ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE CRITERIOS  
INTERPRETATIVOS  
EN LOS JUZGADOS DE POLICÍA LOCAL

IS IT POSSIBLE TO PROVE FRAUD  
OR GROSS NEGLIGENCE  
ON THE PART OF USERS IN BANKING  
FRAUDS ACCORDING TO LAW NO. 20009?  
JURISPRUDENTIAL ANALYSIS  
OF INTERPRETATIVE CRITERIA  
IN LOCAL POLICE COURTS.

*Sebastián Aguayo Rosso\**

RESUMEN: Este trabajo analiza los diversos criterios jurisprudenciales que han adoptado los tribunales de primera y segunda instancia al momento de conocer las causas iniciadas conforme al artículo 5 de la Ley n.º 20009, cuyo objetivo es que el juez declare que los usuarios actuaron con dolo o culpa grave respecto de las operaciones objetadas.

PALABRAS CLAVE: fraude bancario, dolo o culpa grave, juzgados de policía local.

ABSTRACT: This work analyzes the various jurisprudential criteria that the courts of first and second instance have adopted when hearing the cases initiated in

---

\* Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas de la Universidad del Desarrollo. Cursando el magíster en Derecho de Daños y Responsabilidad Civil de la Universidad de Los Andes. Correo electrónico: [sebastianaguayor@gmail.com](mailto:sebastianaguayor@gmail.com)

accordance with article 5 of Law No. 20,009, whose objective is for the judge to declare that the users acted with deceit or gross negligence regarding the objected operations.

KEYWORDS: bank fraud, deceit or gross negligence, local police court.

## INTRODUCCIÓN

El 29 de mayo de 2020 entraron en vigencia las diversas modificaciones que introdujo la Ley n.º 21234 a la Ley n.º 20009, que “establece un régimen de limitación de responsabilidad para titulares o usuarios de tarjetas de pago y transacciones electrónicas en caso de extravío, hurto, robo o fraude”, la cual ha sido objeto de diversas críticas en los casi cuatro años desde su entrada en vigencia y que motivó su reciente modificación mediante la Ley n.º 21673, que fue publicada en el *Diario Oficial* con fecha 30 de mayo de 2024. Cabe recordar que esta ley tuvo por objetivo principal ampliar la protección de los usuarios de productos bancarios o financieros, estableciendo la obligación de los emisores de cancelar los cargos o restituir los fondos dentro de plazos acotados con un límite de hasta treinta y cinco unidades de fomento en caso de que un usuario objete y desconozca haber autorizado alguna transacción. Si la institución bancaria o financiera recopila antecedentes que acrediten la existencia de dolo o culpa grave por parte del usuario, la normativa faculta a los emisores para ejercer una acción declarativa ante el Juzgado de Policía Local del domicilio del usuario para lograr la restitución de las treinta y cinco unidades de fomento o “abono normativo” y eximirse de su eventual responsabilidad en el supuesto fraude denunciado. El mayor problema que se ha suscitado para las instituciones bancarias y financieras ha sido acreditar el dolo o culpa grave de los usuarios debido al alto estándar probatorio impuesto por el legislador. Es por ello que este análisis pretende, por una parte, revisar los problemas prácticos e interpretativos que han surgido con ocasión del conocimiento de las acciones emanadas de la Ley n.º 20009 que son de competencia de los mencionados tribunales especiales y, por otra, conocer cuáles han sido los criterios jurisprudenciales en primera y segunda instancia respecto de la prueba del dolo o culpa grave de los usuarios.

I. TRAMITACIÓN DE LA ACCIÓN DECLARATIVA  
ESTABLECIDA EN EL ARTÍCULO 5 DE LA LEY N.º 20009  
ANTE LOS JUZGADOS DE POLICÍA LOCAL.  
COMENTARIOS A LOS PROBLEMAS INTERPRETATIVOS  
QUE SE HAN PLANTEADO

1. *Competencia*

Históricamente los Juzgados de Policía Local han conocido asuntos infraccionales y paulatinamente se han ido transformado en tribunales con competencia residual o multimateria, toda vez que por distintas leyes especiales se les han ido entregando el conocimiento de diversas materias que no eran de su competencia. Este fue el caso de la Ley n.º 20009, la cual en su artículo 5 inciso tercero le entrega competencia al Juzgado de Policía Local del domicilio del usuario (titulares de los medios de pago) para conocer la demanda interpuesta en su contra por los emisores (prestadores del servicio financiero de pagos) con el propósito que se declare la existencia de dolo o culpa grave por parte de estos al momento de la realización de las transacciones que desconocen haber autorizado. Si bien resulta bastante claro que los Juzgados de Policía Local deben conocer de esta acción civil de naturaleza declarativa, resulta llamativo que, a pesar del tenor literal de la norma, algunos tribunales se declararon incompetentes para conocer de dichas acciones. Esto se debió en gran medida a la novedad de conocer demandas civiles autónomas, ya que por regla general siempre han conocido de la respectiva acción civil dentro del proceso contravencional<sup>1</sup>. Solo a modo referencial, puede citarse la sentencia de fecha 27 de julio de 2021 de la Corte de Apelaciones de La Serena, que revocó la resolución de incompetencia apelada “teniendo únicamente presente el claro tenor del artículo 5 inciso 3º de la Ley 20.009”<sup>2</sup>. Actualmente, el criterio es uniforme y no existe duda respecto de la competencia de estos tribunales para conocer de este tipo de acción.

---

<sup>1</sup> El artículo 9 inciso 1.º de la Ley n.º 18287 sobre procedimiento ante los Juzgados de Policía Local dispone que “el Juez será competente para conocer de la acción civil, siempre que se interponga, oportunamente, dentro del procedimiento contravencional”.

<sup>2</sup> CORTE DE APELACIONES DE LA SERENA (2021) rol 21-2021. A modo de ejemplo, véanse las sentencias dictadas por LA CORTE DE APELACIONES DE LA SERENA (2021) rol 4-2021 y 91-2021, y también las pronunciadas por la CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN (2021) rol 18-2021, 19-2021 y 20-2021.

## 2. Procedimiento aplicable a la acción deducida

Conforme lo dispuesto en el inciso 7.º del artículo 5 de la normativa en estudio, el procedimiento para ejercer la acción será el establecido en el párrafo 1.º del título IV de la Ley n.º 19496, sobre protección de los derechos de los consumidores. En este sentido, Hernán Corral hace presente que:

“este párrafo establece reglas generales y no un procedimiento propiamente tal, por lo que habrá que entender que se refiere al procedimiento del párrafo 2º de dicho título”<sup>3</sup>.

Esto tiene suma importancia en atención a que el párrafo 2.º de la citada normativa incorpora en su artículo 50 H diversas novedades al procedimiento tradicional, tales como: la posibilidad de notificar la acción según los incisos 2.º y 3.º del artículo 44 del *Código de Procedimiento Civil* (notificación personal subsidiaria) o la “carga dinámica de la prueba” que faculta al tribunal a distribuir la carga de la prueba conforme a la disponibilidad y facilidad probatoria que posea cada una de las partes del litigio. Por lo tanto, no resulta baladí determinar con claridad las normas aplicables en la especie, siendo razonable entender que dichas modalidades resultan del todo aplicables en la sustanciación del proceso, máxime si se tiene en cuenta que en este tipo de causas los usuarios demandados son también consumidores que pueden comparecer sin asistencia letrada según el artículo 50 C de la Ley n.º 19496, debiendo el juez aplicar la interpretación que sea más favorable para la parte que se encuentra en desventaja y necesita de una tutela efectiva de sus derechos en virtud del “principio pro consumidor”. En consecuencia, a mi juicio resultan aplicables a este tipo de procedimiento tanto las reglas contempladas en el párrafo 1.º y 2.º de la Ley n.º 19496, y en lo no previsto en estos párrafos se deberá estar a lo establecido en las Leyes n.º 18287 y 15231 que regulan tanto la organización como el procedimiento ante los Juzgados de Policía Local y, en subsidio, a lo dispuesto en las normas contenidas en el *Código de Procedimiento Civil* en conformidad al artículo 50 B de la Ley n.º 19496.

Por último, es importante destacar que conforme lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley n.º 18287, los jueces de policía local valoran la prueba conforme a las reglas de la sana crítica, es decir, aquel:

“sistema de valoración de la prueba en que el juez aprecia libremente la prueba rendida en autos, atendiendo a criterios objetivos y sujeto al respeto de parámetros racionales como los principios de la lógica, los co-

---

<sup>3</sup> CORRAL (2020).

nocimientos científicamente afianzados y las máximas de la experiencia, debiendo fundamentar su valoración, exponiendo las razones, tenidas en consideración para estimar o desestimar todas las pruebas”<sup>4</sup>, siendo esta la forma en que el juez ponderará la prueba rendida al momento de determinar la existencia de dolo o culpa grave por parte de los usuarios.

### *3. Plazo para la interposición de la demanda declarativa*

Es bastante usual que se critique la técnica legislativa utilizada al momento de redactar alguna normativa, no siendo este caso una excepción a dicho comentario. Al comenzar a leer el artículo en comento, surgen interrogantes relacionadas con la determinación del plazo para interponer la demanda y si es posible interponer acciones en caso de que la cuantía de las operaciones sea inferior a treinta y cinco unidades de fomento. El tenor de los incisos 1.º, 2.º y 3.º del artículo 5 de la normativa en análisis es el siguiente:

“El emisor deberá proceder a la cancelación de los cargos o a la restitución de los fondos correspondientes a las operaciones reclamadas en virtud del artículo 4, dentro de cinco días hábiles contados desde la fecha del reclamo, cuando el monto total reclamado sea igual o inferior a 35 unidades de fomento.

Si el monto reclamado fuere superior a 35 unidades de fomento, el emisor deberá proceder a la cancelación de los cargos o la restitución de los fondos, según corresponda, por un valor de 35 unidades de fomento en igual plazo que el inciso precedente. Respecto del monto superior a dicha cifra el emisor tendrá siete días adicionales para cancelarlos, restituirlos al usuario o ejercer las acciones del inciso siguiente, debiendo notificar al usuario la decisión que adopte de la manera indicada en el inciso tercero del artículo 2.

Si en el plazo anterior, el emisor recopilara antecedentes que acrediten la existencia de dolo o culpa grave por parte del usuario, podrá ejercer ante el juez de policía local todas las acciones que emanan de esta ley, siendo competente aquel que corresponda a la comuna del domicilio del usuario”.

La interpretación mayoritaria de los Juzgados de Policía Local y de las Cortes de Apelaciones es entender que en caso de que el monto reclamado sea superior a treinta y cinco unidades de fomento, el plazo para interponer la de-

---

<sup>4</sup> MATURANA (2014).

manda es de doce días hábiles. Esto se concluye a partir del hecho de que los emisores tienen cinco días hábiles para cancelar los cargos o restituir el monto reclamado hasta el límite de treinta y cinco unidades de fomento, y en caso de existir un saldo superior, tienen siete días hábiles adicionales para decidir cancelar o restituir la diferencia o, bien, ejercer las acciones que contempla la normativa. Como el inciso tercero establece “si en el plazo anterior” se podrán ejercer las acciones ante el juez de policía local, se estima que corresponde al de doce días hábiles ya explicado. A este respecto, cabe destacar que el legislador estableció en el artículo I inciso final que el plazo de días hábiles excluye los sábados, domingos y festivos, es decir, corresponden a los días hábiles bancarios.

En cuanto a este breve plazo para interponer la acción, resulta pertinente señalar que, incluso, luego de transcurrido varios años desde la entrada en vigencia de las modificaciones a la Ley n.º 20009, aún existe controversia respecto a dilucidar si los doce días hábiles corresponden a un plazo de caducidad para ejercer la acción o si solo está establecido para recopilar los antecedentes necesarios para fundamentar las acciones, rigiéndose la interposición de la demanda conforme a las normas generales de la prescripción. A mi juicio, resulta bastante claro que se trata de un plazo de caducidad, toda vez que el artículo reitera la terminología “ejercer las acciones”, dándole al banco la alternativa de interponerlas o no en atención a los antecedentes que logre recopilar. En este sentido, se ha pronunciado el Segundo Juzgado de Policía Local de Talca, que no dio lugar a la interposición de la demanda en atención a su extemporaneidad, siendo esclarecedor a este respecto los fundamentos de la resolución que rechaza la reposición interpuesta por el emisor, al sostener que:

“el término ‘ejercer’ que emplea el legislador en las normas ya citadas, debe entenderse como lo define la RAE, en cuanto señala que es ‘hacer uso de un derecho, capacidad o virtud’. El banco entonces ha hecho uso de su derecho a demandar al usuario, y en tal virtud debe hacerlo en el plazo conferido al efecto por el artículo 5º ya citado”<sup>5</sup>.

Si se entendiera que este plazo de doce días hábiles fuera solo para que el emisor recopile los antecedentes necesarios para fundamentar su acción, disponiendo de los plazos generales de prescripción para deducir las acciones, se estaría vulnerando gravemente el espíritu del legislador, ya que no puede olvidarse que esta normativa intenta proteger a los usuarios de los medios de pago en su calidad de consumidores, por lo que permitir que los emisores pudiesen demandar hasta cinco años después del reclamo interpuesto, significaría dejarlos en indefensión y crearía una incertidumbre inaceptable. Durante el transcurso

---

<sup>5</sup> SEGUNDO JUZGADO DE POLICÍA LOCAL DE TALCA (2022) rol 1861-2022.



de mi investigación, he podido constatar que en el ámbito nacional se ha tendido a uniformar el criterio en este sentido<sup>6</sup>, existiendo en la práctica por parte de los Juzgados de Policía Local un control de admisibilidad de la demanda, en el que se revisa si se interpuso dentro del plazo legal. Se ha llegado a señalar que:

“dicha norma, dada su especialidad, implica que el juez a quo debe pronunciarse respecto del plazo al momento de revisar los requisitos de admisibilidad de la demanda, toda vez que al tratarse de una norma especial, introduce exigencias adicionales al artículo 254 del Código de Procedimiento Civil para revisar la admisibilidad o no de la demanda”<sup>7</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, la Corte de Apelaciones de Santiago durante el mes de julio de 2024 ha revocado diversas sentencias de primera instancia que declararon la extemporaneidad de la acción por estimar que:

“el plazo de 12 días establecido en el inciso segundo del artículo 5° de la Ley 20.009, se refiere al término que tiene el Banco para proceder a la restitución de los montos reclamados y no para interponer la demanda respectiva”<sup>8</sup>,

lo cual podría ser un cambio de criterio jurisprudencial relevante si se tiene en cuenta las numerosas causas que en su oportunidad no cumplieron con este requisito de admisibilidad y fueron declaradas extemporáneas en primera instancia.

Por último, cabe preguntarse si el emisor se encuentra facultado para interponer la demanda declarativa si el monto reclamado es inferior a treinta y cinco unidades de fomento, y si esto fuera procedente, cuál sería el plazo para ello. Si bien la frase con que comienza el artículo 5 inciso 3.° de la Ley n.° 20009 “si en el plazo anterior” podría dar lugar a entender que el emisor solo podría interponer la acción si el monto reclamado fuera superior a treinta y cinco unidades de fomento en atención a que el inciso 2.° es el que regula tal situación, no puede desatenderse que esta circunstancia implicaría vulnerar el derecho que tiene el emisor de acceder a los tribunales de justicia para solicitar la protección de sus intereses. Por lo anterior, estimo que los emisores se encuentran facultados para interponer demandas si el monto reclamado es inferior a trein-

---

<sup>6</sup> Pudiendo citarse a modo referencial las siguientes resoluciones que fueron confirmadas pura y simplemente por las respectivas Cortes de Apelaciones: PRIMER JUZGADO DE POLICÍA LOCAL DE VALPARAÍSO (2022) rol n.° 4762-2022; PRIMER JUZGADO DE POLICÍA LOCAL DE QUILLOTA (2023) rol n.° 344-2023 y JUZGADO DE POLICÍA LOCAL DE CONCHALÍ (2021) rol n.° 96.333-2021.

<sup>7</sup> CORTE DE APELACIONES DE ANTOFAGASTA (2023) rol 135-2023.

<sup>8</sup> CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (2024) rol 1130-2023 y rol 1134-2023.

ta y cinco unidades de fomento<sup>9</sup>, pudiendo encontrarse con mayor frecuencia casos en que los Juzgados de Policía Local conozcan sin reparo alguno si la cuantía es inferior al límite señalado<sup>10</sup>. Ahora bien, una vez zanjado lo anterior se debe establecer cuál es el plazo para deducir la acción. Si bien en apariencia no existiría ninguna referencia al plazo, toda vez que el inciso 1.º solo señala que el emisor tiene cinco días para proceder con la cancelación de los cargos o la restitución de los fondos, sin embargo, si se considera que el inciso 3.º al establecer “si en el plazo anterior” comprende tanto el plazo de cinco días como el adicional de siete, haciendo referencia a todo tipo de reclamos sin importar su cuantía, se puede concluir que la demanda debería, también, ser interpuesta dentro de los doce días hábiles. No creo que sea exigible al emisor que presente la demanda dentro del plazo de cinco días hábiles, ya que además de ser un plazo muy exiguo para efectuar una adecuada investigación, dicho plazo hace referencia exclusivamente a la cancelación de los cargos o restitución de los fondos<sup>11</sup>.

*4. Caducidad de la demanda por no ser notificada  
dentro del plazo de cuatro meses:  
aplicación del artículo 9 inciso 4.º  
de la Ley n.º 18287*

El artículo 9 inciso 4.º de la Ley n.º 18287, que establece el procedimiento ante los Juzgados de Policía Local dispone que “si deducida la demanda, no se hubiere notificado dentro del plazo de cuatro meses desde su ingreso, se tendrá por no presentada”. Esta norma de caducidad es de común utilización como apercibimiento por parte de los jueces de policía local en las causas iniciadas por infracciones a la Ley de Tránsito, siendo objeto de debate que sea una norma de general aplicación. Esto en atención a que es posible concluir que el artículo 9 se refiere exclusivamente a causas en que exista una acción civil deducida dentro de un proceso contravencional, en especial en los casos de accidentes del tránsito conforme señala su inciso 2.º. Sin embargo, aunque el tenor literal de la norma permite colegir que resultaría inaplicable esta normativa a las demandas

---

<sup>9</sup> En este sentido, véase CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (2022) rol n.º 1.938-2020, que revocó una resolución que negaba darle tramitación a la demanda en consideración a que la cuantía era inferior a treinta y cinco unidades de fomento.

<sup>10</sup> Por ejemplo, véase JUZGADO DE POLICÍA LOCAL DE QUILICURA (2021) rol 160.105-2021 y SEGUNDO JUZGADO DE POLICÍA LOCAL DE MAIPÚ (2021) rol 1612-2021.

<sup>11</sup> La CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (2024) rol n.º 338-2022, se ha pronunciado en este sentido al revocar una resolución que rechazaba dar tramitación a una demanda por no ser deducida dentro del plazo de cinco días hábiles, sin embargo, no explicita cuál sería el plazo aplicable en la especie.

declarativas interpuestas en conformidad a la Ley n.º 20009, los Juzgados de Policía Local la han interpretado de forma amplia, declarando la caducidad de las demandas interpuestas si no fueran notificadas dentro del plazo de cuatro meses desde su presentación. Este criterio ha sido compartido por diversas Cortes de Apelaciones<sup>12</sup> y, si bien en la mayoría de los casos las Cortes solo se limitan a confirmar las resoluciones apeladas, la Corte de Apelaciones de Santiago en una sentencia de fecha 9 de agosto de 2024 desarrolla este tema explicando:

“un adecuado análisis de la norma aplicada por la sentenciadora de primera instancia, permite establecer en primer término que la Ley Nro. 18.287 regula el procedimiento a seguir ante los Juzgados de Policía Local, sin efectuar ningún tipo de distingo; y que por otro lado, la Ley Nro. 18.597 que modificó el cuerpo legal aludido e introdujo el artículo 9 en análisis, tampoco realizó mayores distinciones o matices a si se aplicaba a algunas materias y no a otras”<sup>13</sup>,

razón por la cual entiende que el referido inciso 4.º no mantiene una concatenación con los demás incisos del artículo que autorice entender que su aplicación es única y excluyente respecto de los juicios de tránsito. Se debe precisar que esta interpretación no es uniforme, pudiendo encontrarse, también, sentencias revocatorias de resoluciones en este sentido, argumentando que esta regla resulta ajena al procedimiento especial que contempla la Ley n.º 20009, de modo que no resulta posible extender el apercibimiento que se refiere exclusivamente a las situaciones infracciones que se ventilan ante los tribunales de policía local<sup>14</sup>. En este orden de ideas, si bien resulta dudosa la aplicación general de esta regla en estos casos, no puede negarse que la interpretación amplia se aviene de mejor forma con el espíritu del legislador que intenta proteger al usuario, permitiendo darle certeza que su situación será conocida por el tribunal competente dentro de plazos razonables, vulnerándose en forma manifiesta los derechos de los usuarios-consumidores si se les permitiese a los emisores notificar las demandas según las normas generales.

---

<sup>12</sup> En este sentido, véase las resoluciones dictadas por el TERCER JUZGADO DE POLICÍA LOCAL DE LAS CONDES (2022) rol n.º 4922-2022 y por el SEGUNDO JUZGADO LOCAL DE MAIPÚ (2021) rol 392-2021, confirmadas por la Corte de Apelaciones de Santiago. También puede citarse la resolución pronunciada por el JUZGADO DE POLICÍA LOCAL DE INDEPENDENCIA (2022) rol 31.724-2021.

<sup>13</sup> CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (2024) rol n.º 1029-2023.

<sup>14</sup> Véase CORTE DE APELACIONES DE SAN MIGUEL (2023) rol n.º 207-2022 y CORTE DE APELACIONES DE RANCAGUA (2023) rol n.º 170-2022.

### 5. *Acumulación de autos con causas iniciadas por infracción a la Ley n.º 19496*

Una situación que también ha suscitado cierta controversia en primera instancia ha tenido lugar cuando una de las partes promueve el incidente de acumulación de autos, solicitando que un proceso iniciado por la acción contemplada en la Ley n.º 20009 se acumule a otro iniciado por una supuesta vulneración de los derechos de los consumidores. La doctrina ha definido este incidente como:

“la reunión de dos o más procesos que se tramitan separadamente, con en el objeto de que constituyan un solo juicio y terminen por una sola sentencia, para mantener la continencia o unidad de la causa”<sup>15</sup>.

En términos generales y teniendo presente los ejemplos que establece el artículo 92 del *Código de Procedimiento Civil*, la jurisprudencia y la doctrina han concluido que la “continencia o unidad de la causa” se destruye en el caso que los juicios de que se trate tengan en común, al menos, dos de los siguientes elementos:

- a) las partes;
- b) el objeto de la acción y
- c) la causa de pedir de la acción.

Por lo anterior, si concurriesen dos de los elementos de la “triple identidad” se debiera dar lugar a la acumulación de autos.

Al analizar los objetos de ambas acciones, se puede advertir en forma clara que son distintos: en el proceso en que se interpone una acción en que se denuncia una vulneración a la Ley n.º 19496 se persigue la responsabilidad infraccional del proveedor, y si se dan los presupuestos necesarios, determinar las indemnizaciones a las que haya lugar; en cambio, en el caso del proceso seguido en conformidad a la Ley n.º 20009 se pretende que el juez competente mediante una acción declarativa, establezca que el usuario actuó con dolo o culpa grave en las operaciones que motivaron su reclamo ante la institución bancaria o financiera. En consecuencia, si bien es cierto que ambos procesos tendrán su origen en los mismos hechos, esto es, en las operaciones bancarias que desconoció autorizar o consentir el usuario-consumidor, resulta necesario precisar que cada acción tiene consecuencias y finalidades diversas, no siendo procedente que se dé lugar al incidente de acumulación de autos.

---

<sup>15</sup> CASARINO (2005).

## 6. *Demanda reconvenzional del usuario*

También es posible observar que algunos usuarios han demandado reconvenzionalmente al emisor, buscando perseguir la responsabilidad infraccional y civil derivada de supuestas vulneraciones a sus derechos como consumidores, siendo, a mi juicio, bastante claro que dicha demanda reconvenzional resulta improcedente y no puede ser conocida en el mismo procedimiento iniciado conforme a la Ley n.º 20009, que tiene una naturaleza meramente declarativa, debiendo ser conocida su pretensión en un juicio diverso que permita determinar las responsabilidades de las instituciones bancarias o financieras en caso de ocurrir una defraudación<sup>16</sup>. En este mismo orden de ideas se ha sostenido que:

“una interpretación armónica de las normas señaladas, no permite entender que un cliente pueda reconvenir al Banco en el contexto del procedimiento de la Ley 20.009, menos aún querrellarse infraccionalmente en su contra, puesto que se trata de una normativa especial cuyo único objeto es perseguir la responsabilidad del cliente bancario que ha obrado con culpa grave o dolo en sus operaciones bancarias, no conteniendo una norma especial que así lo disponga, como tampoco la contemplan las otras leyes a las que ésta se remite en forma supletoria [...]”<sup>17</sup>.

## II. ACREDITACIÓN DEL DOLO O CULPA GRAVE DE LOS USUARIOS

### 1. *Contexto normativo*

El objetivo de la acción declarativa es que el juez de policía local declare que existió dolo o culpa grave por parte del usuario en la realización de las operaciones que objetó ante el emisor y que negó haber consentido o autorizado. Los incisos 4.º y 5.º del artículo 5 de la Ley n.º 20009 regulan los dos posibles escenarios: en el caso de que los esfuerzos del emisor sean insuficientes y no logre acreditar las imputaciones que formula, este quedará obligado a restituir al usuario el saldo retenido, debidamente reajustado, aplicando, para ello, la tasa de interés máximo convencional calculada desde la fecha del aviso y al pago de las

<sup>16</sup> En TERCER JUZGADO DE POLICÍA LOCAL DE LAS CONDES (2021) rol 2994-2021, además de acogerse la demanda interpuesta por el emisor, se rechazó la demanda reconvenzional interpuesta por el usuario argumentando en este mismo sentido.

<sup>17</sup> CORTE DE APELACIONES DE VALPARAÍSO (2023) rol n.º 110-2022.

costas personales o judiciales. En cambio, si se acreditare por sentencia firme o ejecutoriada que el usuario actuó con dolo o culpa grave, facilitando la comisión del fraude, se procederá a dejar sin efecto la cancelación de los cargos o la restitución de fondos, sin perjuicio de las indemnizaciones que correspondan según la normativa aplicable.

## 2. *Estándar probatorio exigido por el legislador: carga de la prueba*

La normativa en comento exige acreditar por parte del emisor que el usuario actuó con dolo o culpa grave en las operaciones, lo cual implica demostrar en cada caso concreto que las transacciones las realizó él mismo o que entregó información sensible a un tercero, quien efectuó las operaciones sin su consentimiento. A este respecto, debe recordarse que el *Código Civil* en su artículo 44 señala que el dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro, en tanto, que la culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo. Por consiguiente, acreditar la culpa grave consiste en probar un comportamiento groseramente descuidado, que conlleva no entender lo que para cualquiera sería claro y evidente, es decir, no compartir con nadie las claves ni datos bancarios sensibles.

Durante la tramitación de las modificaciones a la Ley n.º 20009, la Asociación de Bancos e Instituciones Financieras manifestó que el proyecto tenía ciertos aspectos inconstitucionales, especialmente en lo relacionado con la imposición de un estándar probatorio tan alto como lo es el dolo o culpa grave, que haría, en la práctica, imposible su acreditación, alejándose de la regla general establecida en materia de consumidor, que es la culpa leve<sup>18</sup>. Esta alegación ni siquiera fue analizada por el Tribunal Constitucional, el cual declaró el proyecto como constitucional, permitiendo su publicación y entrada en vigencia. Este cuestionamiento efectuado hace más de cuatro años no fue considerado por el legislador en la reforma más reciente a la normativa en comento al mantener el mismo estándar probatorio, sin embargo, incorporó presunciones de dolo o culpa grave que facilitan su prueba. Si bien algunos emisores han pretendido que los jueces de policía local apliquen el artículo 1547 inciso 3 del *Código Civil*, que establece que la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo, y en razón de ello, correspondería al usuario demandado invocar y acreditar algún eximente de responsabilidad, esta pretensión

---

<sup>18</sup> El diario *La Tercera* recoge diversas opiniones a este respecto, véase MARUSIC (2020).

a todas luces resulta improcedente en atención a que en este tipo de procedimientos el *onus probandi* se invierte y pesa sobre la institución emisora demandante, en razón de que la Ley n.° 20009 efectúa una excepción a las reglas generales en su artículo 4 incisos 5.° y 6.° que está en armonía con su claro espíritu de intentar limitar la responsabilidad de los usuarios al disponer que en los casos en que éstos desconozcan haber autorizado una operación, corresponderá al emisor probar que dicha operación fue autorizada por el usuario y que se encuentra registrada a su nombre, sin que el solo registro de las operaciones baste, necesariamente, para demostrar que fue autorizada por el usuario, ni que el usuario actuó con culpa o descuido que le sean imputables<sup>19</sup>.

### III. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES

#### DE LOS JUZGADOS DE POLICÍA LOCAL:

#### ¿ES POSIBLE ACREDITAR EL DOLO O CULPA GRAVE?

##### 1. *Exigencia de recopilación de antecedentes previos*

Un criterio recurrente de los jueces de policía local ha sido hacer hincapié en la obligación previa que tienen los emisores de recopilar antecedentes que acrediten la existencia del dolo o culpa grave que pretenden sea declarada, debiendo al momento de la interposición de la acción acompañar las pruebas conducentes a tal propósito<sup>20</sup>. Si bien la oportunidad procesal para rendir la prueba es el comparendo de contestación y prueba, no puede soslayarse que la acción interpuesta debe estar fundamentada en la investigación que la institución bancaria o financiera efectuó luego del reclamo del usuario, siendo deseable y exigible que los antecedentes reunidos permitan que el libelo se baste a sí mismo para plantear al menos los indicios del dolo o culpa grave que se le atribuye al cliente.

##### 2. *La prueba acompañada por el emisor es genérica y carece de la objetividad necesaria*

La crítica más importante que puedo realizarle a la prueba acompañada por los emisores tiene relación con su calidad: los bancos e instituciones financieras fundan principalmente su demanda en un certificado elaborado por la unidad

<sup>19</sup> CORTE DE APELACIONES DE ARICA (2022) rol n.° 23-2022.

<sup>20</sup> Véase JUZGADO DE POLICÍA LOCAL DE COYHAIQUE (2021) rol 12.097-2020 y JUZGADO DE POLICÍA LOCAL DE PANGUIPULLI (2022) rol 998-2021.

encargada de la prevención y análisis de fraudes, el cual a todas luces no resulta suficiente para acreditar sus pretensiones. Muchas veces el informe solo se limita a efectuar un resumen de los hechos narrados por el cliente, para luego analizar en forma escueta las razones por las cuales no se detectaría un patrón de fraude, conclusiones que muchas veces no se condicen con el caso en concreto, siendo muchas veces una reiteración constante y genérica carente de fundamentos que ni siquiera analiza la habitualidad de las transacciones y el contexto en que se efectuaron. Esto sumado a la clara falta de imparcialidad y objetividad del documento al ser emitido por la misma parte demandante, ha significado que los jueces de policía local le resten cualquier valor probatorio conforme su apreciación basada en la sana crítica. Lo mismo puede decirse respecto de algunos “informes en derecho” que algunos emisores acompañan y que fueron elaborados varios años antes del reclamo interpuesto por el usuario, lo cual también ha sido considerado por los jueces al momento de fundamentar sus sentencias<sup>21</sup>.

### 3. *La buena fe del usuario se presume*

No puede soslayarse que:

“la ley establece el derecho del usuario a desconocer algún acto o transacción cuando ésta no ha sido realizada por ella, de esta forma corresponde a la demandante probar el dolo o la culpa grave mediante hechos positivos, toda vez que la buena fe se presume (artículo 707 del Código Civil)”<sup>22</sup>,

razón por la cual el esfuerzo probatorio de los emisores debe centrarse en desvirtuar la presunción que ampara a todo usuario y acreditar una conducta manifiestamente negligente de su parte, sin que sea suficiente para tales efectos meros indicios basados en la supuesta inviolabilidad de los sistemas de seguridad.

### 4. *Vulneración a los sistemas de seguridad del emisor y detección de patrones de fraude*

En la diversa jurisprudencia estudiada, he podido observar que los emisores tienden a acreditar ante los tribunales de primera instancia que cumplen con

---

<sup>21</sup> A modo de ejemplo pueden citarse las siguientes sentencias: SEGUNDO JUZGADO DE POLICÍA LOCAL DE SAN BERNARDO (2021) rol n.º 4.085-2021; TERCER JUZGADO DE POLICÍA LOCAL DE TALCA (2022) rol n.º 6208-2021; JUZGADO DE POLICÍA LOCAL DE COYHAIQUE (2023) rol 22.987-2022 y TERCER JUZGADO DE POLICÍA LOCAL DE LAS CONDES (2021) rol 1.940-2021.

<sup>22</sup> CORTE DE APELACIONES DE TALCA (2023) rol 176-2022.



las medidas y protocolos de seguridad que la normativa sectorial les exige, no obstante, estos esfuerzos no resultan fructíferos debido a que se limitan a acompañar prueba genérica que en gran medida solo acredita la realización de campañas publicitarias para alertar a los consumidores respecto de posibles fraudes, presumiendo en sus demandas que como sus sistemas de seguridad serían muy eficientes e infalibles, la única opción posible es que el usuario hubiese actuado con dolo o culpa grave. Esto claramente no se ajusta a la realidad, por cuanto es de público conocimiento que los delincuentes cada vez son más avezados y hábiles vulnerando los sistemas de seguridad de las entidades bancarias y financieras, no siendo aceptable que los emisores pretendan exonerarse de su responsabilidad demandando a los usuarios sin efectuar un análisis de los patrones de fraudes y habitualidad del comportamiento del demandado, considerándose que:

“el banco necesariamente debió advertir lo irregular de la operación, atendida la profesionalidad de su giro, por los montos y lo seguido de cada transacción, pese a que el protocolo, entendido en este caso como los procesos de validación e ingreso de claves, indicaba lo contrario”<sup>23</sup>.

Es bastante obvio que los emisores han tomado la decisión de demandar en forma casi indiscriminada a sus propios clientes, sin efectuar una investigación acuciosa respecto del patrón de las transacciones, siendo, en la mayoría de los casos, palmario, que se trata de operaciones con un patrón de fraude que debería haber sido detectado por los sistemas de seguridad de los emisores.

En este orden de ideas, cobra especial relevancia el artículo 6 de la Ley n.º 20009, que establece que los emisores, operadores, comercios y otros establecimientos afiliados a un sistema de tarjetas de pago, así como las demás entidades que intervengan o presten servicios asociados a pagos y transacciones electrónicas, u otros sistemas de características similares, deberán adoptar las medidas de seguridad necesarias para prevenir la comisión de ilícitos y resguardar la prestación segura del respectivo servicio en los términos señalados por el artículo 23 de la Ley n.º 19496. A continuación, el citado artículo establece una serie de medidas de seguridad mínimas que los emisores deberán considerar, tales como:

- i. Contar con sistemas de monitoreo que tengan como objetivo detectar aquellas operaciones que no corresponden al comportamiento habitual del usuario;
- ii. Implementar procedimientos internos para gestionar las alertas generadas por dichos sistemas de monitoreo;

---

<sup>23</sup> SEGUNDO JUZGADO DE POLICÍA LOCAL DE PROVIDENCIA (2021) rol 29.950-2021.

- iii. Identificar patrones de potenciales fraudes, conforme a las prácticas de la industria y recomendaciones, los que deberán incorporarse al sistema de monitoreo de operaciones;
- iv. Establecer límites y controles en los diversos canales de atención que permitan mitigar las pérdidas por fraude. Los referidos límites y controles deberán basarse en consideraciones de riesgo objetivas, generales y no discriminatorias, en relación con la naturaleza del medio de pago y la clase de operaciones que permita efectuar.

Y es en razón de dichas exigencias, que muchos jueces al ponderar la prueba rendida por las partes y conforme a lo dispuesto en el artículo 6 inciso 4.º de la referida ley que señala:

“la falta o deficiencia de tales medidas será considerada para la determinación de las responsabilidades correspondientes a cada uno de ellos, que pudiere perseguir en su contra el usuario u otro afectado”,

rechazan las demandas interpuestas en contra de los usuarios al evidenciarse que los emisores han fracasado al momento de implementar sistemas de seguridad efectivos y confiables<sup>24</sup>, sosteniendo, incluso, que:

“cuando el titular de una cuenta bancaria o tarjeta de crédito es engañado mediante maniobras tecnológicas fraudulentas, es porque las medidas de control del Banco para mantener a buen resguardo el dinero de sus clientes han fallado”<sup>25</sup>.

5. *No se verifica un actuar con culpa grave si el usuario entrega sus claves al ser engañado por un supuesto ejecutivo telefónico*

Si un usuario recibe un llamado telefónico por alguien que dice ser ejecutivo bancario y con el pretexto de efectuarle la devolución de comisiones, cambiar o activar una tarjeta u otros trámites, logra que el cliente facilite directa o indirectamente información sensible respecto de sus productos financieros o bancarios, los emisores casi de forma automática le imputan culpa grave en atención a que entregó sus claves obviando todas las advertencias y sugerencias que las instituciones bancarias o financieras realizan permanentemente a este respecto. Sin embargo, en su mayoría, los jueces de primera instancia han rechazado calificar tal comportamiento de negligencia grave y sostienen que los

<sup>24</sup> A modo de ejemplo pueden citarse las sentencias dictadas por el SEGUNDO JUZGADO DE POLICÍA LOCAL DE SAN BERNARDO (2022) rol n.º 4.084-2021 y n.º 4.085-2021.

<sup>25</sup> CORTE DE APELACIONES DE CHILLÁN (2023) rol n.º 36-2022.

emisores deben restituir los fondos objetados. El principal argumento dado por estos es que a pesar de existir una entrega de claves directa o indirecta, como podría ser la digitación de las claves en el teléfono celular, la prueba rendida por los emisores resulta insuficiente para acreditar una negligencia grave por parte de los usuarios, considerándose un factor determinante para exonerarlos de responsabilidad que los sistemas de seguridad de los emisores resulten deficientes al no detectar a tiempo operaciones con un claro patrón fraudulento<sup>26</sup>. A pesar de que la reciente reforma a esta normativa contempla como presunción de dolo o culpa grave la entrega de las claves por parte del usuario a sabiendas que podrán ser usadas para giros o transacciones, estimo que esta situación no constituye *per se* una conducta negligente, toda vez que debe analizarse su contexto, y así parece entenderlo el legislador al exigir un conocimiento cabal por parte del usuario de las consecuencias que podría ocasionar la entrega de sus claves. En este sentido, llama poderosamente la atención que, si bien varios usuarios reconocen que entregaron algún tipo de información (clave, número de coordenada, etcétera), no puede soslayarse que la mayoría aseveró que su interlocutor manejaba información secreta y sensible que solo alguien perteneciente al banco o institución financiera podría conocer, tales como el número de RUT, número de cuenta, saldo, entre otros, circunstancias que les permitían suponer razonablemente que estaban conversando con un ejecutivo bancario real. Es por ello que en estos casos prima la buena fe de los usuarios, debiendo ser una señal de alerta para todos los emisores el hecho de que falsos ejecutivos tengan información sensible de sus clientes, siendo necesario y urgente que revisen sus protocolos internos de seguridad y de protección de datos personales.

Sin perjuicio de lo expuesto en lo precedente, cabe destacar que recientemente la Corte de Apelaciones de Santiago han revocado algunas sentencias de los Juzgados de Policía Local de su jurisdicción que rechazaban las demandas interpuestas en contra de clientes que entregaron sus claves secretas, argumentando que:

“el demandado actuó negligentemente: pues, a pesar que constantemente se advierte a los usuarios acerca de no entregar las claves bancarias por vía telefónica, igualmente las proporcionó bajo el supuesto que quien lo llamaba le indicaba sobre supuestas devoluciones, sin que el demandado haya explicado por qué dicha aseveración podía inducir a estimarse como cierta, de tal manera que su comportamiento

---

<sup>26</sup> A este respecto, véase las siguientes sentencias: SEGUNDO JUZGADO DE POLICÍA LOCAL DE PUENTE ALTO (2020) rol 271.381-2020; JUZGADO DE POLICÍA LOCAL DE LO BARNECHEA (2021) rol 264.753-2020 y TERCER JUZGADO DE POLICÍA LOCAL DE LAS CONDES (2021) rol 20.217-2020.

atenta contra la debida prudencia en el recaudo de su patrimonio, no pudiendo entonces traspasar la responsabilidad de ese descuido a la entidad bancaria”<sup>27</sup>.

#### 6. *El aviso oportuno del usuario es demostrativo de su diligencia*

Muchos usuarios se han defendido ante los jueces de policía local, esgrimiendo que se han comportado con la debida diligencia al efectuar el aviso al emisor el mismo día de los hechos, ya sea si se percataron de la existencia de transacciones que no habían autorizado o si extraviaron su tarjeta de crédito o débito. Dichas alegaciones han sido acogidas tanto en primera como en segunda instancia, señalándose que:

“la demandada avisó a la demandante el mismo día de las operaciones cuestionadas, esto es, con la oportunidad esperable de un contratante diligente”<sup>28</sup>.

Asimismo, se ha concluido que el extravío de la tarjeta física por parte de una usuaria no constituye un caso de dolo o culpa grave si es que la demandada se comunica inmediatamente con el emisor para solicitar su bloqueo una vez que se percata del extravío<sup>29</sup>.

#### 7. *Rebeldía del usuario demandado en el proceso seguido en su contra*

Por último, resulta interesante analizar lo que sucede con el usuario rebelde: en este caso el cliente encontrándose legalmente emplazado no comparece a ninguna de las instancias para formular alegaciones o defensas, debiendo entenderse que el usuario efectúa una negación genérica de las imputaciones que se le atribuyen, recayendo la carga probatoria en el emisor, siendo indiferente que el cliente comparezca o no ante el juez de policía local. Es por lo anterior que existen diversas sentencias en que se rechazan las pretensiones de los emisores a pesar de la rebeldía del usuario, circunstancia que no se pondera al momento de analizar la existencia de dolo o culpa grave<sup>30</sup>.

<sup>27</sup> CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (2024) rol n.º 321-2022.

<sup>28</sup> CORTE DE APELACIONES DE SAN MIGUEL (2023) rol n.º 190-2022.

<sup>29</sup> JUZGADO DE POLICÍA LOCAL DE EL BOSQUE (2022) rol 898-2021.

<sup>30</sup> En este sentido, véase TERCER JUZGADO DE POLICÍA LOCAL DE LAS CONDES (2021) rol 16.923-2021 y SEGUNDO JUZGADO DE POLICÍA LOCAL DE MAIPÚ (2021) rol 1612-2021.

#### IV. BREVE COMENTARIO A LA NUEVA REFORMA

##### A LA LEY N.º 20.009:

##### ¿POSIBLE INDEFENSIÓN Y VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS USUARIOS-CONSUMIDORES?

El 30 de mayo de 2024 se publicó en el *Diario Oficial* la Ley n.º 21673 que introdujo modificaciones en diversos cuerpos normativos, entre ellos, la Ley n.º 20009, siendo necesario efectuar algunos comentarios sobre el particular. El mensaje del proyecto de ley fundamenta las modificaciones introducidas en que se ha verificado un incremento sustancial en los reclamos, pudiendo atribuirse tal situación a que los usuarios tienen un menor resguardo con sus propios productos financieros o, bien, porque se ha provocado un incentivo a cometer autofraudes, es decir, desconocer una operación efectivamente autorizada, a sabiendas que es poco probable que ello tenga consecuencias. Si bien las autoridades y representantes de los emisores han declarado en varios medios de comunicación que el autofraude es una externalidad negativa real, lo cierto es que de los numerosos casos estudiados para efectuar el presente análisis, no he logrado encontrar ninguna sentencia que declare el dolo por este motivo. Estimo que esto es consecuencia del alto estándar probatorio exigido por la normativa que ha impedido a las instituciones bancarias acreditar tal circunstancia, sin embargo, no parece prudente generalizar y aseverar que el autofraude es una práctica habitual y recurrente entre los usuarios-consumidores, máxime si no existen antecedentes jurisprudenciales suficientes que den cuenta de lo anterior. Ahora bien, es innegable que esta ley corrige e ingresa modificaciones muy positivas, tales como el aumento de los plazos para la investigación de los antecedentes y la cancelación o restitución de los fondos, además, de contemplar un incidente de abandono del procedimiento que tiende a dar mayor certeza y seguridad a los usuarios. No obstante, introduce algunos cambios que a mi juicio podrían afectar los derechos de los clientes, especialmente la inclusión de presunciones simplemente legales de dolo o culpa grave. Esto por razones prácticas, ya que se debe recordar que los usuarios se encuentran facultados para comparecer sin asistencia letrada en este tipo de causas, lo cual dificultará sus posibilidades de éxito y defensa real si no cuentan con una asesoría jurídica adecuada que les permita desvirtuar las presunciones que son simplemente legales y admiten prueba en contrario, pudiendo generarse situaciones injustas si es que no se les garantiza una oportuna defensa de sus derechos. Es por ello que los jueces de policía local al momento de conocer estas controversias deberán tener siempre presente el espíritu protector que inspiró esta legislación, propendiendo a un adecuado equilibrio que permita resguardar tanto los derechos de los usuarios como los legítimos intereses de los emisores.

## CONCLUSIONES

El presente análisis tuvo como objetivo recopilar y sistematizar los diversos criterios jurisprudenciales que ha suscitado la vigencia de las modificaciones que la Ley n.º 21234 introdujo a la Ley n.º 20009, específicamente en cuanto a la acción que es de competencia de los Juzgados de Policía Local que pretende que se declare la existencia de dolo o culpa grave por parte de los usuarios en las operaciones que estos cuestionan y objetan. Más allá de las diversas problemáticas procesales suscitadas durante la tramitación de las demandas interpuestas por los emisores que analicé en la primera sección de este artículo, la inquietud principal que motivó esta investigación fue determinar si en estos juicios era posible o no acreditar el dolo o la culpa grave que se le imputa a los usuarios. Conforme lo analizado y estudiado, la respuesta a mi juicio es afirmativa. Si bien no puede desconocerse la complejidad que ello conlleva, no puede soslayarse que los esfuerzos probatorios de los emisores han sido débiles y poco eficientes, presumiendo mayoritariamente el actuar doloso o negligente de los usuarios simplemente porque sus sistemas de seguridad serían infalibles e infranqueables, premisa que resulta absurda y alejada de la realidad si se tiene en cuenta que en gran parte de los casos estudiados existía un evidente patrón de fraude que debería haber sido detectado oportunamente por los sistemas de monitoreo y seguridad de los emisores. Estimo que en la práctica no existe un real impedimento para acreditar el dolo o culpa grave de los usuarios, sino que la principal razón de los malos resultados de los emisores se debe principalmente a que las investigaciones previas y antecedentes recopilados son deficientes y no permiten lograr el convencimiento de los jueces respecto a sus pretensiones. Es por ello que parece positivo el aumento de los plazos para la recopilación de antecedentes que introduce la más reciente modificación, siendo esta una oportunidad para que los emisores puedan replantearse la forma en que están enfocando sus investigaciones, debiendo centrar sus esfuerzos en mejorar el análisis tanto del comportamiento transaccional del usuario como del contexto en que se desarrolló el fraude denunciado. Esto debe complementarse con una urgente actualización de los sistemas de seguridad implementados por los emisores, especialmente en lo relacionado a la detección de patrones sospechosos, por cuanto en la mayoría de los casos estudiados el fraude se podría haber evitado total o parcialmente si el sistema de monitoreo hubiese detectado en forma oportuna la realización de las operaciones desconocidas por el usuario.

## BIBLIOGRAFÍA

- CASARINO VITERBO, Mario (2005): *Manual de derecho procesal. Derecho procesal civil*, tomo III (Santiago: Editorial Jurídica de Chile).
- CORRAL, Hernán (2020): “Responsabilidad por fraudes con tarjetas y transferencias de dinero electrónicas. Las novedades de la Ley N° 21.234, de 2020”. Disponible en [www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Análisis-Jurídico/2020/06/19/908606/Responsabilidad-por-fraudes-con-tarjetas-y-transferencias-de-dinero-electronicas-Las-novedades-de-la-Ley-N-21234-de-2020.aspx](http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Análisis-Jurídico/2020/06/19/908606/Responsabilidad-por-fraudes-con-tarjetas-y-transferencias-de-dinero-electronicas-Las-novedades-de-la-Ley-N-21234-de-2020.aspx) [fecha de consulta: 5 de febrero de 2024].
- MARUSIC, Mariana (2020): “¿Se puede probar la culpa grave? La disputa que tendrá que dirimir el TC para que el proyecto de fraude con tarjetas se convierta en ley”. Disponible en [www.latercera.com/pulso/noticia/se-puede-probar-la-culpa-grave-la-disputa-que-tendra-que-dirimir-el-tc-en-el-proyecto-de-fraude-con-tarjetas/MZ2YJ54ILVGGFL7OSWWA HBX6UY/](http://www.latercera.com/pulso/noticia/se-puede-probar-la-culpa-grave-la-disputa-que-tendra-que-dirimir-el-tc-en-el-proyecto-de-fraude-con-tarjetas/MZ2YJ54ILVGGFL7OSWWA HBX6UY/) [fecha de consulta: 5 de febrero de 2024].
- MATURANA BAEZA, Javier (2014): *Sana crítica. Un sistema de valoración racional de la prueba* (Santiago, Editorial Thomson Reuters).

### *Normas*

#### *Código Civil.*

#### *Código de Procedimiento Civil.*

- Ley n.° 19496, que Establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores, 7 de marzo de 1997.
- Ley n.° 18287, que Establece procedimiento ante los Juzgados de Policía Local, 7 de febrero de 1984.
- Ley n.° 20009, que Establece un régimen de limitación de responsabilidad para titulares o usuarios de tarjetas de pago y transacciones electrónicas en caso de extravío, hurto, robo o fraude, 1 de abril de 2005.
- Ley n° 21673, que Adopta medidas para combatir el sobreendeudamiento, 30 de mayo de 2024.

### *Jurisprudencia*

- CORTE DE APELACIONES DE ANTOFAGASTA (2023): rol Policía Local 135-2023, 28 de julio de 2023.
- CORTE DE APELACIONES DE ARICA (2022): rol Policía Local n.° 23-2022, 19 de mayo de 2022.
- CORTE DE APELACIONES DE CHILLÁN (2023): rol Policía Local n.° 36-2022, 25 de enero de 2023.

- CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN (2021): rol Policía Local 18-2021, 18 de junio de 2021.
- CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN (2021): rol Policía Local 20-2021, 6 de agosto de 2021.
- CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN (2021): rol Policía Local 19-2021, 5 de noviembre de 2021.
- CORTE DE APELACIONES DE LA SERENA (2021): rol Policía Local 4-2021, 31 de mayo de 2021.
- CORTE DE APELACIONES DE LA SERENA (2021): rol Policía Local 21-2021, 27 de julio de 2021.
- CORTE DE APELACIONES DE LA SERENA (2021): rol Policía Local 91-2021, 7 de septiembre de 2021.
- CORTE DE APELACIONES DE RANCAGUA (2023): rol Policía Local n.º 170-2022, 1 de marzo de 2023.
- CORTE DE APELACIONES DE SAN MIGUEL (2023): rol Policía Local n.º 207-2022, 1 de febrero de 2023.
- CORTE DE APELACIONES DE SAN MIGUEL (2023): rol Policía Local n.º 190-2022, 12 de octubre de 2023.
- CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (2022): rol n.º Policía Local 1.938-2020, 29 de junio de 2022.
- CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (2023): rol Policía Local 2538-2021, 21 de septiembre de 2023.
- CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (2023): rol Policía Local n.º 400-2022, 20 de diciembre de 2023.
- CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (2023): rol Policía Local n.º 320-2022, 27 de diciembre de 2023.
- CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (2024): rol Policía Local n.º 321-2022, 17 de enero de 2024.
- CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (2024): rol Policía Local n.º 338-2022, 17 de enero de 2024.
- CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (2024): rol Policía Local n.º 1130-2023, 30 de julio de 2024.
- CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (2024): rol Policía Local n.º 1134-2023, 30 de julio de 2024.
- CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (2024): rol Policía Local n.º 1029-2023, 9 de agosto de 2024.
- CORTE DE APELACIONES DE TALCA (2023): rol Policía Local 176-2022, 14 de abril de 2023.



- CORTE DE APELACIONES DE VALPARAÍSO (2023): rol Policía Local n.º 110-2022, 3 de octubre de 2023.
- JUZGADO DE POLICÍA LOCAL DE CONCHALÍ (2021): rol n.º 96.333-2021, 20 de septiembre de 2021, confirmada por la CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (2023), rol Policía Local n.º 2632-2021, 5 de julio de 2023.
- JUZGADO DE POLICÍA LOCAL DE COYHAIQUE (2021): rol 12.097-2020, 30 de julio de 2021, confirmada por la CORTE DE APELACIONES DE COYHAIQUE (2021), rol 45-2021, 28 de octubre de 2021.
- JUZGADO DE POLICÍA LOCAL DE COYHAIQUE (2023): rol 22.987-2022, 29 de marzo de 2023, confirmada por la CORTE DE APELACIONES DE COYHAIQUE (2023), rol n.º 22-2023, 3 de julio de 2023.
- JUZGADO DE POLICÍA LOCAL DE EL BOSQUE (2022): rol 898-2021, 23 de mayo de 2022, confirmada por la CORTE DE APELACIONES DE SAN MIGUEL (2023), rol Policía Local n.º 244-2022, 5 de mayo de 2023.
- JUZGADO DE POLICÍA LOCAL DE INDEPENDENCIA (2022): rol 31.724-2021, 5 de mayo de 2022, confirmada por la CORTE DE APELACIONES DE SAN MIGUEL (2023), rol Policía Local 333-2022, 8 de agosto de 2023.
- JUZGADO DE POLICÍA LOCAL DE LO BARNECHEA (2021): rol 264.753-2020, 27 de septiembre de 2021, confirmada por la CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (2023), rol 2650-2021, 5 de julio de 2023.
- JUZGADO DE POLICÍA LOCAL DE PANGUIPULLI (2022): rol 998-2021, 1 de marzo de 2022, confirmada por la CORTE DE APELACIONES DE VALDIVIA (2022), rol Policía Local n.º 105-2022, 12 de agosto de 2022.
- JUZGADO DE POLICÍA LOCAL DE QUILICURA (2021): rol 160.105-2021, 30 de septiembre de 2021, confirmada por la CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (2023), rol Policía Local n.º 145-2022, 11 de octubre de 2023.
- PRIMER JUZGADO DE POLICÍA LOCAL DE QUILLOTA (2023), rol n.º 344-2023, 9 de febrero de 2023, confirmada por la CORTE DE APELACIONES DE VALPARAÍSO (2023), rol Policía Local 111-2023, 20 de marzo de 2023.
- PRIMER JUZGADO DE POLICÍA LOCAL DE VALPARAÍSO (2022): rol n.º 4762-2022, 19 de agosto de 2022, confirmada por la CORTE DE APELACIONES DE VALPARAÍSO (2022), rol 353-2022, 16 de noviembre de 2022.
- SEGUNDO JUZGADO DE POLICÍA LOCAL DE MAIPÚ (2021): rol 1612-2021, 12 de agosto de 2021, confirmada por la CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (2024), rol 358-2022, 17 de enero de 2024.
- SEGUNDO JUZGADO LOCAL DE MAIPÚ (2021): rol 392-2021, 31 de agosto de 2021, confirmada por la CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (2023), rol Policía Local 2538-2021, 21 de septiembre de 2023.
- SEGUNDO JUZGADO DE POLICÍA LOCAL DE PROVIDENCIA (2021): rol 29.950-2021, 3 de diciembre de 2021, confirmada por la CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (2023), rol Policía Local n.º 301-2022, 22 de noviembre de 2023.

- SEGUNDO JUZGADO DE POLICÍA LOCAL DE PUENTE ALTO (2022): rol 271.381-2020, 26 de octubre de 2022, confirmada por la CORTE DE APELACIONES DE SAN MIGUEL (2023), rol Policía Local 395-2022, 17 de enero de 2023.
- SEGUNDO JUZGADO DE POLICÍA LOCAL DE SAN BERNARDO (2021): rol n.º 4.085-2021, 31 de diciembre de 2021, confirmada por la CORTE DE APELACIONES DE SAN MIGUEL (2022), rol Policía Local 25-2022, 22 de abril de 2022.
- SEGUNDO JUZGADO DE POLICÍA LOCAL DE SAN BERNARDO (2022): rol n.º 4.084-2021, 17 de febrero de 2022, confirmada por la CORTE DE APELACIONES DE SAN MIGUEL (2023), rol Policía Local 374-2022, 28 de noviembre de 2023.
- SEGUNDO JUZGADO DE POLICÍA LOCAL DE TALCA (2022): rol 1861-2022, 14 de junio de 2022, confirmada por la CORTE DE APELACIONES DE TALCA (2022), rol n.º 151-2022, 19 de diciembre de 2022.
- TERCER JUZGADO DE POLICÍA LOCAL DE LAS CONDES (2021): rol 20.217-2020, 20 de septiembre de 2021, confirmada por la CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (2023), rol Policía Local n.º 2878-2021, 27 de septiembre de 2023.
- TERCER JUZGADO DE POLICÍA LOCAL DE LAS CONDES (2021): rol 16.923-2021, 16 de noviembre de 2021, confirmada por la CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (2023), rol Policía Local 306-2022, 20 de diciembre de 2023.
- TERCER JUZGADO DE POLICÍA LOCAL DE LAS CONDES (2021): rol 1.940-2021, 22 de diciembre de 2021, confirmada por la CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (2023), rol Policía Local 205-2022, 11 de octubre de 2023.
- TERCER JUZGADO DE POLICÍA LOCAL DE LAS CONDES (2021): rol 2994-2021, 21 de diciembre de 2021, confirmada por la CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (2023), rol Policía Local N° 320-2022, 27 de diciembre de 2023.
- TERCER JUZGADO DE POLICÍA LOCAL DE LAS CONDES (2022): rol n.º 4922-2022, 14 de febrero de 2022, confirmada por la CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (2023), rol Policía Local n.º 400-2022, 20 de diciembre de 2023.
- TERCER JUZGADO DE POLICÍA LOCAL DE TALCA (2022): rol n.º 6208-2021, 23 de junio de 2022, confirmada por la CORTE DE APELACIONES DE TALCA (2023), rol Policía Local 147-2022, 14 de abril de 2023.

# DOS FUNDAMENTOS DE LAS POTESTADES SANCIONADORAS ADMINISTRATIVAS

## THE FUNDAMENTALS OF ADMINISTRATIVE SANCTIONING POWER

*Nicolás Enteiche Rosales\**

RESUMEN: El artículo propone el modo en que se integran dos fundamentos de las competencias sancionadoras administrativas. Se han de diseñar por el legislador competencias de sanción administrativa que consideren el cumplimiento del regulado de las normas, y que no denieguen los principios y garantías constitucionales que tienen lugar, con matices, en el derecho administrativo sancionador. Además, la Administración del Estado y los jueces han de aplicar los referidos principios y garantías, teniendo en cuenta las estrategias de cumplimiento normativo diseñadas por el legislador.

PALABRAS CLAVE: derecho constitucional, derecho administrativo, regulación económica, multa.

ABSTRACT: The article proposes how two foundations of administrative sanctioning powers are integrated. The legislator must design Administrative sanctioning powers to consider compliance with the regulations and not deny the principles and guarantees of constitutional criminal law that take place, with nuances, in the administrative sanctioning law. Furthermore, the State Administration and judges must apply the abovementioned principles and guarantees, considering the regulatory compliance strategies designed by the legislator.

KEYWORDS: constitutional law, administrative law, economic regulation, fine.

---

\* Profesor de Derecho Administrativo. Investigador del Centro de Justicia Constitucional de la Universidad del Desarrollo. Doctor en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Correo electrónico: nenteiche@udd.cl

## INTRODUCCIÓN

La sanción administrativa fue objeto de dedicación de los constituyentes frustrados del año 2022 y 2023. Terminado este periodo intenso de propuestas normativas, y de acuerdo con los temas que requerirían cambios a la Constitución de 1980, el producto del ejercicio de las competencias sancionadoras administrativas parece no ser un asunto de interés del constituyente.

Al contrario, en el año 2024 han sido otras preocupaciones las que han llamado la atención del debate constitucional, como el cambio al sistema político o a la forma en que se nombran los ministros de los tribunales superiores de justicia, notarios y conservadores<sup>1</sup>.

Superada la atención mediática, la sanción administrativa ha vuelto al desarrollo por los tribunales, el legislador y la Administración del Estado. También la doctrina ha aportado, de modo sustancial, al progreso de la disciplina sancionadora administrativa.

Este artículo se enfoca en los motivos de la creación o modificación de las potestades sancionadoras administrativas, o los poderes de un órgano estatal administrativo, no jurisdiccional, para aplicar medidas como multas o clausuras. En específico, el artículo analiza dos razones que explican que el legislador otorgue a la Administración del Estado la potestad de sancionar.

Un motivo justifica las competencias de sanción desde su juridicidad, pues deben ofrecer garantías suficientes a sus destinatarios; y el otro motivo fundamenta las potestades de sanción desde su funcionalidad, dado que deben ser útiles para que la institucionalidad sea acatada por los regulados. La razón que explica las competencias de sanción desde su juridicidad, argumenta que, fruto del *ius puniendi* estatal, la facultad de sancionar se puede conferir tanto a un tribunal (por ejemplo, a los competentes en materia penal) o a la Administración (por ejemplo, a una superintendencia), de lo que se desprenden límites comunes a ambas clases de potestades. Por su parte, la razón que explica las potestades de sanción desde su funcionalidad, considera que ellas son útiles, debido a que son parte necesaria del esquema de atribuciones administrativas que deben instar a los regulados a que cumplan las normas<sup>2</sup>.

En este artículo proponemos que ambos fundamentos de las competencias sancionadoras administrativas deben integrarse.

Para realizar lo anterior:

- I explicaremos el fundamento relacionado con la juridicidad, el *ius puniendi*, y mostraremos el fundamento vinculado a la función, el cumplimiento normativo,

---

<sup>1</sup> En este sentido, véase Proyecto de ley n.º 16580 y Proyecto de ley n.º 17115.

<sup>2</sup> MONTT (2010).

- II expondremos que estos fundamentos no se oponen, sino que se complementan y
- III analizaremos, de modo prospectivo, estos fundamentos, los que deben integrarse en el establecimiento y ejercicio de las competencias sancionadoras administrativas.

## I. DOS FUNDAMENTOS

### DE LAS POTESTADES SANCIONADORAS ADMINISTRATIVAS

El derecho administrativo sancionador chileno se ha desapegado, por razones prácticas y sustanciales, del reproche de su inconstitucionalidad, lo que ha permitido que se desarrollen aspectos que antes no eran tratados o eran abordados de modo tangencial. Uno de aquellos temas comprende los fundamentos o las razones que explican la existencia de las potestades sancionadoras administrativas.

Sibien es posible hallar múltiples razones que podrían explicar las competencias de sanción administrativa, como la autotutela administrativa, el vínculo de las personas con la Administración y muchas otras<sup>3</sup>, existen dos fundamentos que han alcanzado un alto grado de notoriedad y que sirven para justificar esta clase de poderes:

1. el fundamento desde la juridicidad, consistente en que el Estado puede sancionar a través de un órgano judicial o uno administrativo, fruto de lo cual estas potestades están limitadas constitucionalmente y
2. el fundamento desde la funcionalidad, el cual se traduce en que las potestades de sanción se explican por el efecto de instar a sus destinatarios a cumplir las normas.

#### 1. *Juridicidad* y *ius puniendi*

Uno de los basamentos que fundamentan el poder de aplicar sanciones administrativas consiste en que el Estado, en ejercicio o no de la jurisdicción, puede aplicar esta clase de medidas. Así, los tribunales de justicia, específicamente los que poseen competencia penal, pueden aplicar penas; y los órganos administrativos también tienen la atribución de materializar esta clase de medidas, llamadas sanciones administrativas. Lo anterior responde al concepto *ius puniendi* estatal, que dicotomiza el llamado a aplicar una respuesta a las contravenciones normativas en una propiamente penal y otra administrativa.

---

<sup>3</sup> Así, en derecho disciplinario público se habla de que la jerarquía o las relaciones especiales de sujeción son fundamentos de las competencias sancionadoras administrativas, OSPINA (2018) pp. 29-55.

Este modo de concebir la explicación de los poderes de sanción tiene una consecuencia indisoluble: la aplicación de un orden penal, materializado en la integración matizada de los principios y garantías constitucionales que rigen en cuanto a las penas. Así, el derecho penal y el derecho administrativo sancionador cuentan con el común denominador de la aplicación de análogos actos, lo que justifica que se les aplique un estatuto parecido.

Ahora bien, el *ius puniendi* estatal no es el único argumento que permite la aplicación de un orden penal a la sanción administrativa. El orden penal también se aplica, pues la pena y la sanción administrativa tienen similares consecuencias en los derechos fundamentales de sus destinatarios; ya que la Constitución no distingue entre la pena y la sanción administrativa; debido a que las leyes no oponen la pena a la sanción administrativa y, por último, puesto que las propiedades de la sanción administrativa son similares a las de la pena, existiendo entre ellas, únicamente, diferencias accidentales y de grado<sup>4</sup>.

Todo lo anterior explica que la sanción administrativa esté asociada a un estatuto constitucional similar al que rige en el derecho penal (artículo 19 numerales 2.º y 3.º); los principios y garantías constitucionales son aplicables tanto en una como en otra disciplina. Sin embargo, al no ser medidas idénticas, en el derecho administrativo sancionador tienen lugar de forma matizada<sup>5</sup>, en consonancia a lo considerado por el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema<sup>6</sup>.

Este fundamento de las competencias sancionadoras administrativas y sus consecuencias tienen sustento asentado en la doctrina iberoamericana<sup>7</sup>. También, uno de los recientes proyectos de Constitución, presentado por el Consejo Constitucional (2023), lo tuvo en vista para regular la materia. El artículo 16.9 letra b) de la reseñada propuesta regulaba los principios y garantías aplicables al ejercicio de los poderes de sanción administrativa, definiendo el modo en que se integraban al derecho administrativo sancionador.

La norma señalaba:

“las competencias sancionadoras administrativas solo se ejercen a través de un proceso previo, racional y justo, legalmente tramitado, por conductas determinadas en su núcleo esencial por la ley, y cuya comisión haya sido evitable para el supuesto infractor. Las sanciones administrativas están sujetas a los principios de legalidad, irretroactividad en perjuicio, proporcionalidad y necesidad”.

---

<sup>4</sup> ENTEICHE (2023a).

<sup>5</sup> CORDERO (2023) pp. 818-824.

<sup>6</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2023), rol 13.482-2022, considerando décimo octavo y CORTE SUPREMA (2023), rol 47.810-2023, considerando décimo primero, respectivamente.

<sup>7</sup> A modo de ejemplos recientes, en Colombia, OSPINA (2018) pp. 23 y 50-55 o RINCÓN (2018) pp. 116-125; en Perú, STUCCHI (2023) pp. 29-44 y 60-63 y en Venezuela, ARAUJO-JUÁREZ (2019) pp. 25-30 o TRIAS (2019) pp. 99-100.

La relevancia que para este fundamento tienen los principios y garantías constitucionales es muy alta. Tres de los principios que tienen un sitio importante son los de juridicidad o legalidad, tipicidad y proporcionalidad.

En el derecho administrativo sancionador, los principios de juridicidad o legalidad aparejan la necesidad de que las potestades sancionadoras administrativas estén contenidas en una norma de rango legal. El principio de tipicidad implica que la conducta infraccional y la sanción administrativa estén determinadas, con distintos grados de completitud, en normas de rango legal y que el órgano administrativo haga una correcta aplicación de aquella. Por último, el principio de proporcionalidad conlleva enjuiciar las normas y la aplicación que de ellas hace el órgano administrativo, con miras a encontrar la debida relación entre la conducta infraccional y la medida sancionadora aplicada.

## 2. *Funcionalidad y cumplimiento normativo*

Otro basamento de la potestad sancionadora administrativa se enfoca en el efecto que tienen las medidas sancionadoras en sus destinatarios. Un diseño legislativo eficiente y responsivo, a fin de que se pueda obtener el sometimiento de los regulados a las leyes, impone la necesidad de contemplar sanciones administrativas.

Existe una serie de aproximaciones que tienen por común denominador instar por el entendimiento de la potestad sancionadora como un instrumento de cumplimiento normativo. Sea porque el legislador debe establecer múltiples medidas que encaminen a los regulados a cumplir las normas, de modo voluntario o compulsivo y esencialmente gradual<sup>8</sup>; debido a que lo relevante no son cuestiones ontológicas, sino de índole consecuencialista<sup>9</sup> y por la inaplicación del contenido normativo penal al administrativo sancionador.

Así, las sanciones administrativas se examinan conectadas con el respeto al ordenamiento jurídico, específicamente a las leyes en que el organismo sancionador materializa sus funciones. Ya que la sanción administrativa se establece junto con otras medidas, se les debe escrutar de acuerdo con el papel que tienen en el cumplimiento normativo de los regulados.

Entendidas de este modo, las competencias sancionadoras administrativas son relevantes por su papel instrumental: la satisfacción de los organismos administrativos de las necesidades públicas a las que se deben. Esta visión está anclada en el principio constitucional de servicialidad, que exige a la Administración del Estado “promover el bien común” (artículo 1.º, inciso cuarto), lo cual se realiza siempre que se atiendan las “necesidades públicas de forma continua y permanente” (artículo 3, inciso primero de la Ley n.º 18575 de 1986).

---

<sup>8</sup> MONTT (2010) p. 10.

<sup>9</sup> LONDOÑO (2014) p. 156.



Esta dedicación al bien común y a la satisfacción de las finalidades propias de la Administración solo se puede realizar propendiendo a las funciones de los organismos o servicios públicos, lo cual se materializa a través de un ejercicio competencial eficiente y eficaz de los órganos administrativos (artículos 3.º y 53 de la Ley n.º 18575 de 1986).

Por su parte, la eventual regulación de los principios y garantías constitucionales queda entregada a las leyes. Por ello, los límites establecidos en la Constitución a propósito de la pena son secundarios en las potestades sancionadoras administrativas. Se argumenta que, dado que aquellas normas constitucionales no se aplican al derecho administrativo sancionador o debido a que el legislador es el encargado de definir el modo de aplicación de las medidas administrativas, el fundamento de las competencias sancionadoras administrativas está en la existencia de estrategias que incentiven el sometimiento de los particulares a las normas legales.

Este fundamento tenía acogida en el proyecto de constitución, presentado por la Convención Constitucional (2022), pues contemplaba la entrega del poder de sanción administrativa al legislador sin límites expresos. El artículo 175.3 de la referida propuesta constitucional facultaba a la ley a otorgar el poder de aplicar sanciones, a cualquier organismo administrativo, al disponer que el legislador podía establecer

“entre otras, potestades normativas, fiscalizadoras, instructoras, interpretativas y sancionatorias. En ningún caso estas potestades implican ejercicio de jurisdicción”.

Además, los artículos 81.2<sup>10</sup>, 128.2<sup>11</sup>, 144.2 letra h)<sup>12</sup>, 170.3<sup>13</sup> y 376<sup>14</sup>, dotaban a distintos organismos con este poder. El proyecto de Constitución presentado

---

<sup>10</sup> El artículo 81.2 señalaba: “el Estado protegerá el ejercicio de estos derechos, mediante procedimientos eficaces y un órgano con facultades interpretativas, fiscalizadoras, sancionadoras y las demás que le otorgue la ley”.

<sup>11</sup> Señalaba la norma: “quien dañe el medioambiente tiene el deber de repararlo, sin perjuicio de las sanciones administrativas, penales y civiles que correspondan conforme a la Constitución y las leyes”.

<sup>12</sup> El artículo 170 establecía: “la Agencia Nacional del Agua tiene las siguientes atribuciones: [...] h) Imponer las sanciones administrativas que correspondan, las que podrán ser reclamadas ante los tribunales de justicia”.

<sup>13</sup> El precepto regulaba el asunto del siguiente modo: “los órganos competentes deberán coordinar su actuar a través de las instancias y los mecanismos que correspondan para el cumplimiento de estos fines y perseguir la aplicación de las sanciones administrativas, civiles y penales que correspondan, en la forma que determine la ley”.

<sup>14</sup> La norma prescribía: “existirá un órgano autónomo denominado Agencia Nacional de Protección de Datos, que velará por la promoción y protección de los datos personales, con facultades de normar, investigar, fiscalizar y sancionar a entidades públicas y privadas, el que contará con las atribuciones, la composición y las funciones que determine la ley”.



por el Consejo Constitucional (2023) incluía esta perspectiva en su artículo 16.9 letra b), ya que luego del análisis de los principios y garantías aplicables en la materia debía considerarse la “necesidad” de la sanción administrativa.

De acuerdo con esta visión, los principios de tipicidad y proporcionalidad, como tales, no tienen un papel significativo. Ello se debe a que la definición de las conductas o deberes de los regulados podrían explicitarse, incluso, en resoluciones administrativas, por lo que el principio de tipicidad no tendría acogida. Del mismo modo, las competencias sancionadoras administrativas podrían no aplicarse a la luz de la conducta cometida o el deber infringido, sino que podrían ejercerse, únicamente, en razón del fundamento del cumplimiento normativo por los regulados. Así, la sanción administrativa se expide para que no se cometa, a futuro, la misma conducta, o a fin de que no se infrinja el mismo deber.

## II. COMPLEMENTO ENTRE DOS FUNDAMENTOS

### DE LA POTESTAD SANCIONADORA ADMINISTRATIVA

El análisis de las competencias sancionadoras administrativas puede integrar los fundamentos enunciados con anterioridad, los que no colisionan y deben entenderse como complementarios.

1. la complementariedad avanza en la comprensión de las potestades sancionadoras administrativas,
2. las que se estructuran en leyes especiales que acogen este fundamento, por regla general, si son recientes.

#### 1. *Complemento, no disenso*

Los fundamentos de las competencias sancionadoras administrativas contribuyen a entender su papel y estructura. Un enfoque que ponga énfasis en sus límites tendrá como objetivo proteger a sus destinatarios, mientras que una perspectiva que mire sus efectos tendrá por finalidad integrar el acervo de potestades sancionadoras administrativas en el correcto funcionamiento de un área regulada.

Estimamos que los reseñados fundamentos no se excluyen, sino que explican las competencias sancionadoras administrativas desde distintos puntos de vista. El motivo de la existencia de las potestades de sanción no tiene como razón de ser –únicamente– que los regulados se sometan a las normas.

La jurisprudencia no ha considerado, al adherir explícitamente a uno u otro fundamento, que ambos colisionen o se opongan.

La jurisprudencia constitucional ha estimado que el *ius puniendi* estatal explica las competencias sancionadoras administrativas. El Tribunal Constitu-

cional señala que el fundamento de las potestades sancionadoras administrativas es “el *ius puniendi* propio del Estado”<sup>15</sup>, el cual posibilita que los principios penales aplicables en el orden penal se integren a las sanciones administrativas. De igual modo, la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia ha hecho propia la fundamentación que se enfoca en los límites impuestos al Estado, toda vez que se ha aceptado la aplicación matizada de los principios penales en razón de que “la potestad sancionadora de la Administración forma parte del denominado ‘*ius puniendi*’ del Estado”<sup>16</sup>.

La reseñada jurisprudencia, que emplea el fundamento de la potestad judicial y administrativa para explicar las competencias sancionadoras administrativas, no descarta que las potestades sancionadoras se puedan entender, además, porque las normas legales deben cumplirse por los regulados.

Por otra parte, la propia Corte Suprema ha argumentado que el fundamento de las potestades sancionadoras administrativas es el efecto que ellas irrogan en el área regulada específica. Una sentencia que emplea este enfoque realza el sector regulado en el cual se produce el conflicto y remarca que el sistema sancionatorio administrativo debe incentivar la “aplicación de medidas que sean adecuadas, oportunas y eficaces”<sup>17</sup>. Las sanciones administrativas son para la sentencia “un medio, vía y/o instrumento que el legislador entrega al órgano del Estado, para que proteja y haga efectivo el cumplimiento de la política pública”<sup>18</sup>. Con todo, la Corte Suprema no excluye el fundamento del *ius puniendi* estatal de las competencias sancionadoras administrativas.

Recientemente<sup>19</sup>, el Tribunal Constitucional ha desarrollado el cumplimiento normativo como razón de las potestades sancionadoras administrativas excluyendo el fundamento del *ius puniendi* estatal<sup>20</sup>. Sin embargo, en otras sentencias posteriores se vuelve a adherir al fundamento del *ius puniendi*<sup>21</sup> estatal o se valora el efecto que en su desarrollo tiene la ciencia penal o procesal<sup>22</sup>.

Así, la jurisprudencia examinada, salvo excepciones, no descarta que las competencias sancionadoras administrativas se conciben por el poder que posee la judicatura y la Administración del Estado para sancionar.

Ahora bien, además de que la jurisprudencia consolidada de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional no opone ambos fundamentos, es posible entenderlos copulativamente.

<sup>15</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2019) rol 6.250-2019, considerando tercero.

<sup>16</sup> CORTE SUPREMA (2023) rol 47.810-2023, considerando décimo primero.

<sup>17</sup> CORTE SUPREMA (2023) rol 162.139-2022, considerando noveno.

<sup>18</sup> *Op. cit.* considerando séptimo.

<sup>19</sup> LARROULET (2024).

<sup>20</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2023) rol 13.405-2022.

<sup>21</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2023) rol 13.482-2022, considerando quinto y décimo octavo.

<sup>22</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2024) rol 14.011-2023, considerando décimo segundo.

Para comprender en conjunto los basamentos de las potestades sancionadoras administrativas y penales puede acudir a un aspecto relacionado: la finalidad de la sanción administrativa.

La finalidad de la sanción administrativa está indisolublemente ligada al fundamento de la competencia sancionadora administrativa. El sentido que debe dársele al producto del ejercicio de una competencia de sanción (para qué se sanciona), es útil para explicitar la razón del establecimiento de la posibilidad de sancionar (por qué existe la atribución de sancionar). Sin que ambos puntos sean lo mismo, pueden integrarse, pues el “para qué” de la sanción tiene que ver con el propósito u objetivo de una medida determinada; y el “por qué” de la competencia se relaciona con la razón de ser de la posibilidad de ejercer alguna medida sancionadora.

Al estudiarse la finalidad de las penas o su legitimación en el derecho penal, se recuerda la tradicional lucha de escuelas<sup>23</sup> suscitada en Alemania. Una escuela, agrupada en lo que se denomina teoría absoluta de la pena, propone que su objetivo es retribuir o reprimir. Otras escuelas, asociadas a las teorías relativas, señalan que la pena destaca el cumplimiento de la norma, lo que se difunde bajo la denominación de teoría de la prevención general positiva; o que la pena debe inducir a no cometer la misma conducta, lo cual se llama teoría de la prevención general negativa; o que la pena debe resocializar, lo que se ha dado a conocer como teoría de la prevención especial<sup>24</sup>.

Estas perspectivas han sido actualizadas y refundidas a través de las propuestas de autores que señalan que la finalidad de la pena no debe entenderse como un compartimento estanco, sin comunicación ni armonización con los demás. Santiago Mir, al describir el devenir de las teorías de la finalidad de la pena, da cuenta de la evolución hacia la comprensión de su propósito dado por las teorías eclécticas, que combaten “la exclusividad de cada una de esas concepciones”<sup>25</sup>. El estado actual de la discusión en derecho penal importa prescindir de una visión excluyente entre retribución y prevención.

---

<sup>23</sup> GARRIDO (1997) p. 77.

<sup>24</sup> En Chile, recientemente, NAVAS (2023) pp. 71-80.

<sup>25</sup> Santiago Mir razona: “las críticas expuestas a cada una de las posiciones extremas que cabe adoptar ante la cuestión de la función de la pena –1) realización de la Justicia; 2) protección de la sociedad a través de la amenaza de la pena dirigida a la colectividad; 3) protección de la sociedad evitando la reincidencia del delincuente– se dirigen principalmente a combatir la exclusividad de cada una de estas concepciones. No es, por ello, de extrañar que la ‘lucha de escuelas’ que tuvo lugar a principios del siglo XX en Alemania dejara paso a una dirección ecléctica, iniciada por Merkel, que desde entonces ha venido constituyendo la opinión dominante en aquel país. En el nuestro, ha sido y es éste el planteamiento más generalizado: se entiende que la retribución, la prevención general y la especial son distintos aspectos de un fenómeno complejo como la pena”; MIR (2016) p. 94.

Esta visión, caracterizada por el estudio conjunto de las finalidades de la pena, dándoles preeminencia a unas sobre las otras, pero sin eliminar a todas por completo; o connotando las distintas finalidades que caracterizan a la pena a lo largo de su proceso de formulación y aplicación, debe ser incorporada al derecho administrativo sancionador.

En cuanto al fin de la sanción administrativa, el Tribunal Constitucional ha señalado que su sentido “es la represión de una infracción, lo que constituye la regla general en el Derecho Administrativo chileno”<sup>26</sup>. A su vez, la Corte Suprema ha admitido otros fines de la sanción administrativa, por ejemplo, ha destacado su efecto disuasivo, en razón del monto elevado de las sanciones de multa en el área del mercado financiero<sup>27</sup>. Así, al igual que en el caso del fundamento de las competencias sancionadoras administrativas, las finalidades de las sanciones no se oponen, ya que se pueden complementar.

Es necesario, entonces, una comprensión generalizada del fenómeno sancionador, que no se limite *ex ante* a aceptar la imposición de un fundamento de las potestades sancionadoras administrativas o de una finalidad de la sanción administrativa sobre los otros.

## 2. Complemento en las leyes especiales recientes

El estudio exclusivo de la sanción administrativa a la luz de uno de sus fundamentos (el cumplimiento normativo) podría presentar vacíos de cara a los derechos fundamentales de los destinatarios de las sanciones; y el análisis aislado de otro de sus fundamentos (el *ius puniendi* estatal) podría desconocer el correcto funcionamiento de las áreas reguladas en que operan las potestades de sanción administrativa.

Es por ello que el desarrollo dogmático de la sanción administrativa debe encargarse de precisar la definición de los matices con los que se aplican los límites penales al derecho administrativo sancionador y, a la vez, ha de integrar las disposiciones que el legislador establezca a fin de que las sanciones tengan un papel en el cumplimiento normativo de los regulados<sup>28</sup>.

La definición de los matices con los que tienen lugar los principios y garantías constitucionales del derecho penal en la sanción administrativa es especialmente relevante a la luz de la legislación más antigua, sobre todo aquella anterior a la Constitución de 1980. Parte de las leyes preconstitucionales fue-

<sup>26</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2019) rol 6.250-2019, considerando noveno.

<sup>27</sup> CORTE SUPREMA (2023) rol 30.509-2021, considerando décimo primero.

<sup>28</sup> De acuerdo con Santiago Montt, “sin negar la dimensión de garantía propia de la luz roja, la sanción administrativa es vista por el Derecho Administrativo de la luz verde desde una perspectiva consecuencialista y de prevención general”, MONTT (2010) p. 19.

ron elaboradas sin considerar los principios y garantías dirigidos a la protección del destinatario del *ius puniendi* estatal (como el *Código Sanitario* de 1968, en el área sanitaria; o el Decreto Ley n.º 2222 de 1978 y el Decreto con Fuerza de Ley n.º 292 de 1953, en el área marítima). Por lo anterior, estos cuerpos normativos han sido declarados inaplicables por inconstitucionales en lo que concierne a las potestades sancionadoras administrativas, a diferencia de lo que acontece con las leyes más recientes, las que, salvo excepciones, han sorteado incólumes múltiples requerimientos de inaplicabilidad deducidos en su contra.

En este punto, es relevante que la jurisprudencia defina, de modo consistente, los márgenes aplicativos de los principios y garantías constitucionales, a fin de que los órganos sancionadores y los regulados conozcan su configuración y exigibilidad en los sectores regidos por leyes desactualizadas. En esta clase de legislación, pretérita y desconocedora de aquellos principios y garantías, es importante su integración.

En cuanto al fundamento relativo al cumplimiento normativo se da la misma tendencia: las leyes añosas, como las antes citadas, no lo contemplan como fundamento de las potestades sancionadoras administrativas.

Las competencias sancionadoras administrativas que propenden al cumplimiento normativo corresponden a aquellas formuladas por la legislación más moderna. Los legisladores recientes se han ocupado, en aras del cumplimiento normativo, de diseñar competencias y beneficios dirigidos a los regulados (como el *Código Tributario* de 1974 modificado sustancialmente el año 2009 y con posterioridad, en el área tributaria; o la Ley n.º 20417 de 2010, en el área medioambiental).

Dado que la sanción administrativa tiene lugar como una de las últimas alternativas para instar por el cumplimiento normativo de los regulados, es relevante tener en cuenta este fundamento. Sin embargo, dado que la complejidad de las normas legales más antiguas no incorpora esta perspectiva, se hace dificultoso que se plasme en la ley el fundamento del cumplimiento normativo por el regulado.

La definición de los matices con los que operan los principios, como el de tipicidad y proporcionalidad, y las definiciones legislativas que habiliten, o no, a los organismos administrativos a instar por el cumplimiento normativo se analizan en conjunto. No pueden concebirse los principios ni las garantías con que se aplican las competencias sancionadoras administrativas sin integrar en este análisis el modo en que el legislador configura el cumplimiento normativo. Sin embargo, tampoco puede predicarse que el cumplimiento normativo desdeñe los principios y garantías constitucionales.

Mientras se defina de mejor forma la aplicación matizada de los principios y garantías constitucionales del derecho penal y a medida que se desarro-

lle el estudio de la eficiencia y la responsabilidad en el cumplimiento normativo, se robustecerá el análisis del derecho administrativo sancionador.

### III. PROSPECTIVA DEL FUNDAMENTO

#### DE LAS POTESTADES SANCIONADORAS ADMINISTRATIVAS

Para definir el fundamento de las potestades sancionadoras administrativas es necesario armonizar el cometido de cada uno de los poderes del Estado, unos formulan o elaboran las potestades sancionadoras administrativas y otros las aplican y controlan. Cada uno de ellos tiene un papel que ha de cumplir y, por ende, recogen y plasman, de modo distinto, los fundamentos de las competencias sancionadoras administrativas.

De similar manera, en derecho penal, existen autores que han empleado este razonamiento, por ejemplo, al escrutar la finalidad de la pena y al examinar el papel de las reglas que contiene la norma penal. Así, se ha explicado que existen etapas que anteceden a la aplicación de la pena a partir de las cuales se pueden analizar sus diversas finalidades<sup>29</sup>; por otra parte, se ha argumentado la distinción entre dos clases de normas: las llamadas “reglas de conducta” y las “reglas de imputación”<sup>30</sup>.

Estimamos que, en el derecho administrativo sancionador, existe:

1. una etapa de formulación de las potestades sancionadoras administrativas, a cargo del legislador, que debe disponer normas. En esta etapa se integra el fundamento del cumplimiento normativo, sin que puedan desconocerse los principios y garantías constitucionales que limitan el poder estatal sancionador, y
2. otra etapa de aplicación de las competencias sancionadoras administrativas, de responsabilidad de la Administración del Estado que debe ejercerlas y de los tribunales de justicia que han de revisar si su ejercicio se conforma a derecho. En esta etapa se integra el contenido dispuesto en la primera, valorándose las particularidades de la conducta infraccional y del infractor.

---

<sup>29</sup> Esta idea, expuesta en el derecho penal por Claus Roxin en su “teoría dialéctica”, afirma que es necesario analizar el fin de la pena de acuerdo con las etapas de su formulación; imposición y medición; y su ejecución, ROXIN (1976) pp. 20-24.

<sup>30</sup> Se trata de lo manifestado por Joaquim Hruschka, quien concibe, de modo diferenciado las reglas de comportamiento de las reglas de imputación, HRUSCHKA (1994) pp. 344-346.

### 1. *La formulación legislativa de las competencias sancionadoras administrativas*

El legislador debe prever, al establecer potestades sancionadoras administrativas o de cualquier otra naturaleza, que sus disposiciones se cumplan. Si las leyes, entonces, prevén que la Administración del Estado ejerza una competencia, esta intervención debe lograr acometer su finalidad, consistente en satisfacer las “necesidades públicas de forma continua y permanente”<sup>31</sup>. Por ello, el incumplimiento o falta de materialización práctica de cualquier competencia es una negación al papel del Estado. Solo con la satisfacción de las carencias que debe atender la Administración del Estado, en caso que así se disponga por el legislador, se satisfará el bien común.

El legislador puede establecer que el Estado administrador ejerza competencias siempre que lo estime necesario, resguardando los límites y formas constitucionales. Una vía por la cual el legislador realiza lo anterior es al crear un organismo administrativo y al dotar a sus órganos de potestades, a través de las llamadas leyes especiales.

Ahora bien, en caso de que el legislador opte por crear potestades de sanción administrativa debe tener presente que sobre él pesa una gran responsabilidad jurídica. El diseño de las competencias de sanción administrativa, fruto del principio de juridicidad, está entregado a la ley, por lo cual, la obra del legislador es la que determinará si los dos fundamentos de las competencias de sanción administrativa se plasmarán, o no, en las normas y en su aplicación.

¿A qué razón deben responder la formulación legislativa de las competencias administrativas, entre ellas las sancionadoras?

Lo deseable es que la política legislativa sancionadora inste a que los destinatarios de las normas las cumplan, y que con ello el acometimiento de la función o finalidad del organismo sancionador tenga algo que decir en las competencias sancionadoras administrativas. Por ello, en esta etapa prima el fundamento de las potestades sancionadoras administrativas relacionadas con el cumplimiento normativo, lo que se relaciona con las finalidades de la sanción administrativa vinculadas con la prevención general<sup>32</sup>. Así, el legislador al diseñar las po-

<sup>31</sup> Ley n.º 18575, artículo 3.º, inciso primero.

<sup>32</sup> Para Claus Roxin, el legislador, al establecer la pena, en lo que denomina como etapa de “conminación legal” actúa “solo y siempre, por la necesidad de protección, preventivo-general y subsidiaria, de bienes jurídicos y prestaciones” la eventual imposición de penas es la primera etapa por la que el derecho punitivo se enfrenta a la sociedad, sin que esta potencialidad implique, únicamente, la amenaza y la intimidación. La prevención general apareja, además, la certeza para las personas de que existen comportamientos prohibidos y otros permitidos; ROXIN (1976) pp. 20-24. Por su parte, Joachim Hruschka define las reglas de comportamiento como las que tienen una función retrospectiva y prospectiva. La función prospectiva apareja la existencia de “mandatos o



testades sancionadoras administrativas debe establecer competencias que prevengan las contravenciones normativas, y tendrá que incorporar beneficios para incentivar que los regulados se sometan a las leyes especiales<sup>33</sup>. Estos instrumentos pueden articularse a fin de asegurar el respeto a la legalidad<sup>34</sup>. Dado que las potestades sancionadoras administrativas son de *ultima ratio*, las sanciones deben ser utilizadas de modo postrero, siempre que otras medidas no ocasionen que el particular se someta a la ley<sup>35</sup>.

Sin embargo, no todas las leyes especiales tienen por objetivo tal labor. La mayoría de las leyes especiales que no cumplen con estos elementos son de antigua data, pues, como dijimos, han sido elaboradas y no actualizadas luego de la entrada en vigencia de la Constitución de 1980. Dado que las competencias sancionadoras administrativas deben regularse por una ley expresa<sup>36</sup>, si las leyes especiales no contemplan mecanismos de prevención general ni instan al cumplimiento normativo, estos se entienden excluidos del sector regulado en que se omiten. De igual modo, no todas las leyes especiales antiguas respetan, en sí mismas, el fundamento del *ius puniendi* estatal, que ocasiona la aplicación de un orden penal. Ello se explica, ya que en el derecho administrativo sancionador existen leyes especiales que pueden ser cuestionadas, al no integrar de modo matizado los principios y garantías constitucionalmente dispuestos para las penas.

Algunas leyes especiales vetustas, por ejemplo, no prevén registros públicos de sanciones administrativas; no definen las conductas que constituyen infracciones ni establecen sanciones con los debidos mecanismos de graduación para su imposición; no contienen instrumentos que, más allá de la sanción administrativa, incentiven el cumplimiento normativo; o no establecen cuantías elevadas para sancionar las conductas infraccionales más gravosas. Para ilustrar la anterior premisa vale contrastar el contenido normativo de una ley especial añosa con una ley especial reciente.

---

prohibiciones que se dirigen al sujeto sometido a la norma indicándole lo que debe hacer o dejar de hacer, o son reglas permisivas que se dirigen al sujeto sometido a la norma indicándole lo que le está permitido hacer o dejar de hacer"; HRUSCHKA (1994) p. 344.

<sup>33</sup> Este punto está ligado con el establecimiento de mecanismos restaurativos, incorporados en la hipótesis de la realización de una conducta infraccional. Estos mecanismos buscan "el actor ponga término a la infracción, reparando el interés jurídico vulnerado con ella, y hacerlo de manera pronta y efectiva". MÉNDEZ (2024) p. 313.

<sup>34</sup> NIETO (2011) pp. 32-38.

<sup>35</sup> *Op. cit.* p. 35.

<sup>36</sup> Para Cristóbal Osorio "[...] las competencias que constituyen la potestad ablatoria de las autoridades administrativas no se presumen ni pueden ser consideradas como tácitas. No hay competencias inherentes a las potestades, e incluso no cabe inferir una prórroga competencial hermenéutica. Las competencias que constituyen la potestad ablatoria de las autoridades administrativas requieren de una habilitación legal previa, específica, tasada y reglada". OSORIO (2017) p. 161.



El *Código Sanitario* de 1968 no regula la existencia de la publicidad de las medidas sancionadoras a través de un registro público de sanciones<sup>37</sup>. De igual manera, el *Código Sanitario* puede interpretarse en el sentido de que cualquier contravención a las leyes especiales o a los reglamentos presidenciales o subordinados sanitarios que las ejecutan y explicitan pueden ser fuente de futuras sanciones<sup>38</sup>. También, el *Código Sanitario* contempla sanciones que no están formuladas adecuadamente en la ley, debido a que no están clasificadas de acuerdo con su gravedad, no establecen tramos diferenciados de multa, ni disponen suficientes parámetros de graduación para la adecuada fijación de su cuantía<sup>39</sup>. A su vez, el *Código Sanitario* no prevé que las conductas de los eventuales sancionados respondan a incentivos, puesto que no permite que estos puedan acreditar ante la autoridad sanitaria que cumplen con las normas ni autoriza que esta sumisión sea beneficiada con algún aliciente. Por último, el *Código Sanitario* establece una sanción de multa que puede alcanzar como máximo, siempre y cuando exista reincidencia, dos mil unidades tributarias mensuales.

Por el contrario, la Ley n.º 21091 de 2018, que regula a la Superintendencia de Educación Superior, establece el imperativo de contar con un registro público de sanciones administrativas emitidas en los últimos cinco años<sup>40</sup>. Además, la ley individualiza las conductas que pueden dar lugar a sanciones administrativas<sup>41</sup>, las clasifica de acuerdo con su gravedad en “gravísimas, graves y leves”<sup>42</sup>, establece tramos diferenciados de multa para cada una de ellas<sup>43</sup>, integra nueve criterios de graduación de la cuantía final de la sanción pecuniaria<sup>44</sup>, y desarrolla dos de ellos, la circunstancias agravantes y atenuantes<sup>45</sup>. De igual

---

<sup>37</sup> Por más que, con motivo del principio de transparencia, la comunidad pueda acceder eventualmente a las resoluciones de sanción administrativa.

<sup>38</sup> El artículo 174, inciso primero del *Código Sanitario* señala: “la infracción de cualquiera de las disposiciones de este Código o de sus reglamentos y de las resoluciones que dicten los Directores de los Servicios de Salud o el Director del Instituto de Salud Pública de Chile, según sea el caso, salvo las disposiciones que tengan una sanción especial [...]”.

<sup>39</sup> Señala, la parte final del artículo 174, inciso primero del *Código Sanitario*, que la sanción de multa por las infracciones será “de un décimo de unidad tributaria mensual hasta mil unidades tributarias mensuales. Las reincidencias podrán ser sancionadas hasta con el doble de la multa original”.

<sup>40</sup> Ley n.º 21.091 artículo 39 expresa: “sin perjuicio de lo dispuesto en la ley N° 20.285, la Superintendencia mantendrá a disposición del público a través de su sitio electrónico, al menos, lo siguiente: [...] d) Registro Público de Sanciones de los últimos cinco años”.

<sup>41</sup> *Op. cit.* artículos 53 a 55.

<sup>42</sup> *Op. cit.* artículo 52.

<sup>43</sup> *Op. cit.* artículo 57.

<sup>44</sup> *Op. cit.* artículo 58.

<sup>45</sup> *Op. cit.* artículos 61 y 62.

modo, dentro de las circunstancias atenuantes de la responsabilidad se incorpora el hecho de “subsana los reparos u observaciones representados por la Superintendencia” y que el eventual sancionado, considerando la gravedad de la infracción, no haya “sido objeto de alguna de las sanciones previstas en las normas aplicables a la educación superior” dentro de distintos plazos<sup>46</sup>. Por último, las conductas infraccionales más graves pueden ser sancionadas con hasta diez mil unidades tributarias mensuales<sup>47</sup>.

Como aparece del recuento anterior, existen leyes especiales vetustas que no recogen ninguno de los fundamentos de las competencias sancionadoras administrativas, dado que ni previenen ni incentivan el cumplimiento normativo del regulado (ya que no establecen mecanismos de publicidad ni incorporan incentivos para instar a que los eventuales sancionados se sometan a las leyes especiales, ni prevén multas que disuadan a los particulares), ni plasman los principios y garantías constitucionales que, matizadamente, deben aplicarse en el derecho administrativo sancionador (puesto que no connotan los principios de juridicidad o legalidad ni el de tipicidad, al poderse interpretar que cualquier contravención normativa puede ser sancionada; tampoco explicitan el principio de proporcionalidad, al no clasificarse las conductas infraccionales de acuerdo con su gravedad y al no formularse parámetros de graduación de las sanciones de multa). Al contrario, existen leyes especiales recientes que cumplen con aquella tarea<sup>48</sup>.

## 2. *La aplicación administrativa y el control judicial de las competencias sancionadoras administrativas*

Los órganos de la Administración deben ejercer sus competencias administrativas y los tribunales de justicia tienen que verificar la sumisión integral a derecho de tal aplicación del poder estatal. Con todo, la competencia del órgano administrativo y del órgano jurisdiccional están condicionadas a la formulación de las potestades sancionadoras administrativas realizadas por las leyes especiales.

¿A qué razón debe responder la aplicación de las competencias administrativas, entre ellas las sancionadoras?

La respuesta se encuentra en la ley especial. El legislador predetermina la razón de las competencias que formula, por lo que no es posible que el órgano administrativo ni el judicial asuman un fundamento diferente al estable-

<sup>46</sup> Ley n.º 21091 artículo 61 letras a y b,.

<sup>47</sup> *Op. cit.* artículo 57 letra d).

<sup>48</sup> Pablo Méndez expone más casos de leyes especiales recientes que incorporan mecanismos de cumplimiento normativo, MÉNDEZ (2024) pp. 322-332.

cido en el ámbito legal. Esto es especialmente relevante en la etapa de aplicación y control judicial de las competencias sancionadoras administrativas, caracterizada por la valoración retrospectiva que los órganos administrativos y judiciales deben hacer respecto de la conducta infraccional y del infractor<sup>49</sup>.

Pero no toda la legislación especial, como dimos cuenta con anterioridad, sigue los mismos patrones al configurar las potestades sancionadoras administrativas.

En cuanto a la legislación especial reciente que tiene en vista la prevención general e insta por el cumplimiento normativo a través de un diseño eficiente y responsivo, la Administración deberá considerar este contenido en sus actos administrativos y la judicatura tendrá que respetarlo en sus sentencias. De igual modo, la legislación especial novel que contempla una definición de las matizaciones con las que se aplican los principios y garantías constitucionales en el derecho administrativo sancionador tiene que ser materializada a través de los actos de los funcionarios administrativos y las decisiones de los jueces. Estas leyes especiales no provocan problemas, puesto que, en general, su contenido legislativo y sus fundamentos se replican en la etapa del ejercicio competencial.

Al contrario, la respuesta es más compleja en el caso de la legislación especial vetusta y no actualizada, en que estén ausentes como fundamentos la prevención general y la conminación al cumplimiento normativo, y la matización de los principios y garantías constitucionales. La dificultad está en que, al no contemplarse la prevención general ni el cumplimiento normativo, y al no especificarse el modo en que rigen los principios y garantías constitucionales, ninguno de estos fundamentos podría evidenciarse en la aplicación del poder sancionador. Así, lo único que podría provenir del ejercicio de las competencias sancionadoras administrativas son medidas que no prevengan ni que propendan al cumplimiento de la norma, y que no retribuyan adecuadamente al regulado de acuerdo con la conducta infraccional realizada.

Ni la Administración del Estado ni los tribunales de justicia pueden sustituir el contenido de la ley, por lo que no es posible que algún aspecto de las potestades sancionadoras administrativas sea reemplazado por la actuación de algún funcionario estatal. Sin embargo, cada órgano está llamado a integrar en las atribuciones sancionadoras administrativas el sentido último de ambos fun-

---

<sup>49</sup> Para Claus Roxin, en la etapa de "imposición de la pena", "conserva su validez la finalidad de prevención general que atiende al ordenamiento" y "la pena no puede, en mi opinión, sobrepasar la medida de la culpabilidad". ROXIN (1976) pp. 25-27. Por su parte, Joachim Hruschka define las reglas de imputación como las que tienen una función retrospectiva, y envuelven, en distintos niveles, la determinación de la existencia del hecho u omisión y del merecimiento del hecho u omisión. HRUSCHKA (1994) p. 346.

damentos, de cara a reconducir las carencias legislativas dentro de los límites constitucionales y legales<sup>50</sup>.

La Administración del Estado en el ámbito normativo puede incorporar contenido relevante. Si el legislador ha reconocido la existencia de la potestad reglamentaria de ejecución del presidente de la república y de la potestad reglamentaria subordinada de los jefes de servicio, estas pueden agregar contenido útil. Por ejemplo, los jefes de servicio, a través de resoluciones y sin contrariar la ley, pueden: emitir normas que promuevan el cumplimiento normativo, y están habilitados para emitir normas que expliciten o ilustren el modo en que las competencias sancionadoras administrativas se ejercen de un modo conforme con los principios y garantías constitucionales.

De igual modo, la Administración del Estado, al ejercer una competencia sancionadora administrativa deficitaria de sustancia en el ámbito legal y los tribunales al controlarlas, están compelidos a aplicar la Constitución de 1980. Por tal motivo, deben hacer operativos el contenido del principio de subsidiariedad por el cual es menester considerar a la sanción administrativa como una medida de *ultima ratio*, plasmando el fundamento del cumplimiento normativo. De igual modo, deben aplicar los principios y garantías constitucionales, por ejemplo, los principios de juridicidad o legalidad, de tipicidad y de proporcionalidad, entre otros, a la luz de la conducta infraccional y del infractor, y las matizaciones que concurran en la configuración de cada uno de aquellos, dando cuenta del fundamento del *ius puniendi* limitado. La definición de la sumisión a derecho del ejercicio de las potestades sancionadoras administrativas es un momento clave para que se operativicen los anteriores principios de cara a la conducta infraccional específica y al infractor en el caso concreto.

## CONCLUSIONES

No existe solo una razón de ser de las competencias sancionadoras administrativas. Un basamento tiene que ver con el cumplimiento de las leyes especiales en la cuales están formulados los fines y poderes administrativos, otro se vincula con la marca indeleble de las potestades sancionadoras administrativas como una de las vías por las que el Estado se hace cargo de las infracciones administrativas.

Ambos fundamentos de las competencias de sanción administrativa son reconocidos con distintas intensidades por las leyes especiales. Mientras las más recientes se preocupan de plasmarlos en el diseño competencial, otras, más an-

---

<sup>50</sup> ENTEICHE (2023b).

tiguas, no los recogen. Con todo, hay una alternativa para que los anteriores basamentos sean explicitados por los órganos administrativos y los jueces, a través de su actuación, respetuosa de la Constitución de 1980 y de las leyes.

Sin embargo, la solución definitiva no es que los aplicadores del derecho resuelvan las falencias de las leyes que aplican, sino que las leyes especiales vetustas se actualicen e incorporen mecanismos de prevención e insten al cumplimiento normativo, y que expliciten las matizaciones con las cuales operan los principios y garantías constitucionales en cada sector regulado.

## BIBLIOGRAFÍA

- ARAUJO-JUÁREZ, José (2019): “La potestad administrativa sancionatoria. Existencia, fundamentos y límites”, en Hernández-Mendible, Victor (coord.), *Derecho administrativo sancionador* (Caracas, Centro para la Integración y el Derecho Público).
- CORDERO, Eduardo (2023): *Curso de derecho administrativo* (Valparaíso, Editorial Libromar SpA).
- ENTEICHE, Nicolás (2023a): *Consistencia del régimen de derecho sancionador regulatorio chileno*. Tesis para optar al grado académico de Doctor en Derecho (Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, Facultad de Derecho) 634 pp.
- ENTEICHE, Nicolás (2023b): “La eficiencia sancionadora en los principios de subsidiariedad y proporcionalidad”, en Lara, José Luis y De la Riva, Ignacio (dirs.), *El principio de subsidiariedad y su impacto en el derecho administrativo* (Valencia, Tirant lo Blanch) pp. 387-405.
- GARRIDO, Mario (1997): *Derecho penal. Parte general*, tomo I (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- HRUSCHKA, Joachim (1994): “Reglas de comportamiento y reglas de imputación”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* n.º 3.
- LARROULET, Matías (2024): “El Tribunal Constitucional y el derecho administrativo sancionador: ¿abandono de la tesis del ius puniendi propio del estado?”. Disponible en <https://ojs.uc.cl/index.php/RDA/article/view/75085/63820> [fecha de consulta: 5 de agosto de 2024].
- LONDOÑO, Fernando (2014): “Tipicidad y legalidad en el derecho administrativo-sancionatorio”, *Revista de Derecho de la Universidad Austral* vol. 27 n.º 2.
- MÉNDEZ, Pablo (2024): “Las transformaciones del derecho administrativo sancionador: orden público y responsividad en el siglo XXI”, en Jiménez, Guillermo, *Problemas actuales del derecho administrativo chileno. Actas de las XVIII Jornadas de Derecho Administrativo* (Valencia, Tirant lo Blanch).
- MIR, Santiago (2016): *Derecho penal. Parte general* (Barcelona, Reppertor).

- MONTT, Santiago (2010): *Autonomía y responsividad: dos expresiones de la vocación justificadora del derecho administrativo y sus principios fundamentales (documento de trabajo)* (Santiago, Centro de Regulación Económica) 23 pp.
- NAVAS, Iván (2023): *Lecciones de derecho penal chileno. Parte general* (Santiago: Editorial Tirant lo Blanch).
- NIETO, Alejandro (2011): *Derecho administrativo sancionador* (Madrid, Tecnos).
- OSORIO, Cristóbal (2017): “La necesidad de meditar el elemento de la competencia de las actuaciones administrativas. Una revisión más allá del cotejo actuación administrativa-norma atributiva de competencia”, *Revista de Derecho Público* n.º 86.
- OSPINA, Andrés (2018): “El fundamento del poder de sanción de la Administración: terapia para el abandono de un complejo”, en Montaña, Alberto y Rincón, Jorge (eds.), *El poder sancionador de la Administración Pública: discusión, expansión y construcción* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia).
- RINCÓN, Jorge (2018): “Origen, justificación y presupuestos de la potestad sancionadora de la Administración en el ordenamiento jurídico colombiano”, en Montaña, Alberto y Rincón, Jorge (eds.), *El poder sancionador de la Administración Pública: discusión, expansión y construcción* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia).
- ROXIN, Claus (1976): *Problemas básicos del derecho penal* (Madrid, Reus S.A).
- STUCCHI, Pierino (2023): *Presunción de inocencia e imparcialidad objetiva en el procedimiento administrativo sancionador* (Lima, Palestra).
- TRÍAS, Diana (2019): “Comentarios sobre las garantías procesales establecidas en el artículo 49 de la Constitución y su aplicación en los procedimientos administrativos sancionatorios”, en Hernández-Mendible, Víctor (coord.), *Derecho administrativo sancionador* (Caracas, Centro para la Integración y el Derecho Público).

### *Jurisprudencia*

- CORTE SUPREMA (2021): rol 30.509-2021, 18 de octubre de 2021.
- CORTE SUPREMA (2023): rol 47.810-2023, 7 de septiembre de 2023.
- CORTE SUPREMA (2023): rol 162.139-2022, 2 de octubre de 2023.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2019): rol 6.250-2019, 5 de noviembre de 2019.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2023): rol 13.405-2022, 9 de mayo de 2023.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2023): rol 13.482-2022, 13 de junio de 2023.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2024): rol 14.011-2023, 16 de enero de 2024.

### *Fuentes jurídicas*

- Constitución de 1980, de 11 de agosto de 1980.
- Código Tributario* de 31 de diciembre de 1974.

*Código Sanitario* de 31 de enero de 1968.

Decreto con Fuerza de Ley n.º 292 DE 1953, de 5 de agosto de 1953.

Decreto Ley n.º 2.222 de 1978, de 31 de mayo de 1978.

Ley n.º 20417 de 2010, de 26 de enero de 2010

Ley n.º 21091 de 2018, de 21 de noviembre de 2018.

Ley n.º 18575 de 1986, de 5 de diciembre de 1986.

### *Otros documentos*

CONVENCIÓN CONSTITUCIONAL (2022): *Constitución Política de la República de Chile*. Disponible en [www.chileconvenccion.cl/wp-content/uploads/2022/08/Texto-CPR-2022-entregado-al-Pdte-y-publicado-en-la-web-el-4-de-julio.pdf](http://www.chileconvenccion.cl/wp-content/uploads/2022/08/Texto-CPR-2022-entregado-al-Pdte-y-publicado-en-la-web-el-4-de-julio.pdf) [fecha de consulta: 25 de mayo de 2024].

CONSEJO CONSTITUCIONAL (2023): “Propuesta de nueva constitución”. Disponible en [www.procesoconstitucional.cl/docs/Propuesta-Nueva-Constitucion.pdf](http://www.procesoconstitucional.cl/docs/Propuesta-Nueva-Constitucion.pdf) [fecha de consulta: 25 de mayo de 2024].

Proyecto de ley n.º 16580: Moción de un grupo de diputados con la que inicia un proyecto de ley que modifica a la Constitución Política de la República para establecer un umbral electoral aplicable a la distribución de escaños en la Cámara de Diputadas y Diputados, e incorporar como causal de cesación del cargo de diputado o senador la renuncia al partido político que hubiera declarado su candidatura. Disponible en [https://tramitacion.senado.cl/appsenado/index.php?mo=tramitacion&ac=getDocto&iddocto=17148&tipodoc=mensaje\\_mocion](https://tramitacion.senado.cl/appsenado/index.php?mo=tramitacion&ac=getDocto&iddocto=17148&tipodoc=mensaje_mocion) [fecha de consulta: 25 de mayo de 2024].

Proyecto de ley n.º 17115: Moción de un grupo de diputados con la que inicia un proyecto de reforma constitucional que modifica el sistema de nombramiento de miembros del Poder Judicial, elimina los ministros de la Corte Suprema ajenos a la carrera judicial y crea el Consejo del Poder Judicial. Disponible en [www.camara.cl/verDoc.aspx?prmID=17341&prmTIPO=INICIATIVA](http://www.camara.cl/verDoc.aspx?prmID=17341&prmTIPO=INICIATIVA) [fecha de consulta: 25 de mayo de 2024].





ÍNDICE  
*REVISTA DERECHO PÚBLICO*  
*IBEROAMERICANO*  
FACULTAD DE DERECHO  
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO  
AÑO XIII - N.º 25 - OCTUBRE DE 2024

REVISTA DEL CENTRO DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL  
ISSN 0719-2959

WWW.DERECHOIBEROAMERICANO.CL

ESTUDIOS

*Derechos fundamentales*

Armando S. Andruet (h): Escenarios utópicos o distópicos en perspectiva digital: La dialéctica del ‘ser humano mejorado’ y del ‘artefacto humanizado’

Juan Fernando Segovia: La autoconservación y la propiedad de uno mismo. El fundamento moderno de los derechos humanos

*Principios político-constitucionales*

Salvador Mohor A.: El papel del Estado subsidiario y las supuestas externalidades negativas

Javier Fernández Sandoval: El concepto de ley natural en la *Relección del derecho de guerra* de Francisco de Vitoria

*Derecho militar*

Diego José Dörner Santa María: ¿Qué es un “bando”? Aproximación a su naturaleza jurídica

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

Vicente Hargous F. y Luis Robert V.: ¿Es posible una interpretación razonable de una “educación no sexista”? (Comentario a la sentencia rol 15.276-24 del Tribunal Constitucional)

## RECENSIONES

Juan Pablo Serra: *Perfiles filosóficos. Hombre sociedad y derecho en el pensamiento contemporáneo* de José María Carabanete

# 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

