



FACULTAD DE DERECHO
PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DE CHILE

REVISTA CHILENA DE
DERECHO®

■ ESTUDIOS

Derecho Comercial
Derecho Constitucional
Filosofía del Derecho y Derecho Natural
Derecho Internacional
Derecho Procesal
Derecho Civil
Derecho Penal y Criminología

■ RECENSIONES

■ ENSAYOS Y CRÓNICAS

■ COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

REVISTA CHILENA DE DERECHO®

Pontificia Universidad Católica de Chile

COMITÉ EDITORIAL

Enrique Alcalde Rodríguez (Pontificia Universidad Católica de Chile) - **Etienne Picard** (Universidad de París I, Panthéon - Sorbonne) - **Félix A. Lamas** (Pontificia Universidad Católica Argentina) - **Pierre Bon** (Universidad de Pau, Francia) - **Bernardino Bravo Lira** (Universidad de Chile) - **Amelia Castresana** (Universidad de Salamanca, España) - **José Luis Cea Egaña** (Pontificia Universidad Católica de Chile) - **Hernán Corral Talciani** (Universidad de los Andes) - † **Enrique Cury Urzúa** (Pontificia Universidad Católica de Chile) - **Ramón Domínguez Águila** (Universidad de Concepción) - **Carmen Domínguez Hidalgo** (Pontificia Universidad Católica de Chile) - **Arturo Fernandois Vöhringer** (Pontificia Universidad Católica de Chile) - **Alejandro Guzmán Brito** (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso) - † **Franck Moderne** (Universidad de París I, Francia) - **Daniel Peñailillo Arévalo** (Universidad de Concepción) - **Johann Christian Pielow** (Universidad de Bochum, Alemania) - **Alejandro Romero Seguel** (Universidad de los Andes) - **Francisco Samper Polo** (Universidad de Santiago de Chile) - **Jürgen Samtleben** (Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Privatrecht Hamburg) - **Torsten Stein** (Universität des Saarlandes, Alemania) - **Andreas Wacke** (Universität zu Köln, Alemania) - **Arturo Yrarrázaval Covarrubias** (Pontificia Universidad Católica de Chile).

Director

Álvaro Paúl Díaz

Cristóbal García-Huidobro Becerra

Coordinador General

José Erick Chávez Marín

Francisco Rubio Varas

Ayudantes de Redacción

Américo Ibarra Erpel

Luciano Zúñiga García

Ayudantes de la Edición Electrónica

María José Gómez Álvarez

Bibliotecóloga de Investigación y Publicación

Andrea Valenzuela Niemann

Secretaria de la Revista

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

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

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

Índices de impacto: Journal Citation Reports.

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

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

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

ISBN 978-956-14-1515-7

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

Teléfonos: (56-2) 2354-2964

Correo electrónico de la Redacción: redaccionrhd@uc.cl

Ventas y suscripciones: ventasrhd@uc.cl

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

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

ÍNDICE

Volumen 47 N° 1

■ EDITORIAL

PAÚL D., Álvaro: *Coronavirus, legislación y restricciones de derechos* [V-VII]

■ ESTUDIOS

Derecho Comercial

TOSO, Angela: *De-risking: una consecuencia indeseada del enfoque basado en el riesgo aplicado por los bancos en materia de prevención del lavado de activos y financiamiento del terrorismo* [1-24]

Derecho Constitucional

DROGUETT, Carmen y WALKER, Nathalie: *El derecho a ser informado sobre los asuntos de interés público. Defensa de los jueces paralelos en Chile. Problemas y soluciones* [25-48]

Filosofía del Derecho y Derecho natural

DE LA VEGA, Orlando: *Falacia naturalista y Ley de Hume: su significado en Derecho Penal* [49-72]

Derecho Internacional

RIZO MASSU, Catalina: *International investment law and the right to health* [73-100]

Derecho Procesal

EZURMENDIA, Jesús: *Problemas relativos a la prueba en cada etapa de la actividad probatoria en el procedimiento de familia* [101-118]

LILLO, Ricardo: *La justicia civil en crisis. Estudio empírico en la ciudad de Santiago para aportar a una reforma judicial orientada hacia el acceso a la justicia* [119-157]

CORREA ROBLES, Carlos: *Uso y abuso de la decisión de no perseverar en el procedimiento penal* [159-185]

Derecho Civil

RODRÍGUEZ DIEZ, Javier Esteban y FORTUNAT STAGL, Jakob: *La venta de cosa ajena en la sistemática del Código Civil* [187-210]

Derecho Penal y Criminología

PERIN, ANDREA: *La relevancia de los cursos causales hipotéticos en la imputación normativa del resultado a la conducta imprudente. Su significado práctico en materia de responsabilidad médica por error de diagnóstico* [211-235]

WILENMANN, Javier: *Controlando los resultados del sistema penal: el derecho administrativo del derecho penal* [237-260]

SCHURMANN, Miguel: *Una aproximación crítica a la denominación de acciones como neutrales y su tratamiento a título de complicidad* [261-283]

■ RECENSIONES

CORRAL TALCIANI, Hernán: *Universidad de los Andes (Chile) Domínguez Hidalgo, Carmen (editora) (2019), El principio de reparación integral en sus contornos actuales. Una revisión desde el derecho chileno, latinoamericano y europeo (Thomson Reuters, Santiago). 528 págs.* [285-287]

MADRID, Raúl: *Mariano Crespo, (ed.) (2018) Filosofía trascendental, Fenomenología y Derecho natural, Colección Reason and Normativity (Ana Marta González y Alejandro Vigo, eds.), (Olms, Hildesheim, 2018)* [289-291]

■ ENSAYOS Y CRÓNICAS

PABLO PÉREZ, Rodrigo: *Peligros de la interpretación literalista de la ley: el caso del cobro de patentes por no uso de aguas existiendo un cambio de punto de captación pendiente* [293-303]

■ COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

BOREL REY, Edmundo Javier: *La falta de regulación del stalking en Chile: el rol protector de las cortes de apelaciones* [305-329]



FACULTAD DE DERECHO
PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DE CHILE

EDITORIAL

CORONAVIRUS, LEGISLACIÓN Y RESTRICCIONES DE DERECHOS

Fue providencial que planeáramos que éste fuera el primer número de la Revista Chilena de Derecho que no se imprimiría, salvo para quienes lo soliciten con un sistema de *print on demand* (dentro de los que se incluye la Facultad de Derecho de la Universidad). Contar con una revista cuyo principal formato es el digital facilitará mucho su producción en tiempos del Covid-19, en los cuales la autoridad ha exigido cuarentenas y restricciones a eventos y reuniones de personas.

Esta pandemia ha traído bastantes novedades en el área jurídica. Por una parte, nuestro Gobierno y Poder Legislativo han propuesto y aprobado modificaciones legales para hacer frente a algunos desafíos planteados por esta enfermedad. Algunas de tales normas han contado con falencias (como la ley N° 21.223, que prorrogó el plazo para renovar permisos de circulación), pero otras han sido bien recibidas por los interesados. Dentro de éstas, hay muchas que interesan a la profesión jurídica, tales como la ley N° 21.226, que establece un régimen jurídico de excepción para los procesos, audiencias y actuaciones judiciales, y para los plazos y ejercicio de las acciones que indica, por el impacto de la enfermedad Covid-19. Estas normas, así como los autoacordados, decretos y resoluciones relevantes han sido útilmente recopiladas por el Colegio de Abogados en un compendio llamado “Normas dictadas a causa de la Covid-19”¹.

Además de este tipo de normas, los abogados estaremos interesados en conocer las restricciones de derechos y libertades constitucionales, pues este coronavirus ha motivado que una o más autoridades impongan toques de queda sobre la población nacional, cuarentenas que restringen la libertad de movimiento de millones de personas, el cierre temporal de cierto tipo de negocios, entre otras medidas. A diferencia de lo que ocurrió con las órdenes que buscaban restringir ciertos derechos con posterioridad al 18 de octubre, ahora es prácticamente unánime el respaldo que ha tenido gran parte de estas medidas, a pesar de que son mucho más invasivas, y que bastantes abarcan a toda la población. Todos entendemos que ellas se decretan para obtener un bien fundamental; la preservación de la salud pública.

Sin perjuicio de lo anterior, no debemos olvidar que nuestra Constitución Política, así como los tratados vigentes en Chile, establecen límites a las restricciones que pueden imponerse a los derechos y actuaciones de las personas y demás entidades en el país. En este sentido, no cualquier autoridad puede establecer cualquier restricción, ni tampoco por cualquier medio. Por ello, los abogados debemos estar vigilantes para cuestionar los actos de las autoridades que sean contrarios a Derecho.

En esta materia, nos referiremos a un solo ejemplo. En la ciudad de Los Ángeles, el Secretario Regional Ministerial de Salud (Seremi) de la Octava Región clausuró todos los

¹ COLEGIO DE ABOGADOS (2020): *Normas dictadas a causa de la Covid-19. Actualizada al 24 de abril 2020*. Disponible en: <https://colegioabogados.cl/normas-dictadas-a-causa-de-la-covid-19/>. Fecha de consulta: 26 de abril de 2020.

templos parroquiales de dicha ciudad. Para hacerlo, se basó en la siguiente normativa: el Decreto N° 4 del Ministerio de Salud, que declaró alerta sanitaria en el país y permitió que los Seremis dispongan “de las medidas necesarias para evitar aglomeraciones de gente en espacios cerrados o abiertos que puedan fomentar la propagación del virus”, y la Resolución Exenta N° 203 del Ministerio de Salud, que dispuso la prohibición indefinida de eventos públicos a los que asistan más de 50 personas, y el cierre de cierto tipo de establecimientos de esparcimiento. El 23 de marzo de 2020, el Seremi de la Octava Región emitió la Resolución Exenta N° 1094, donde prohibió la realización de actividades deportivas, religiosas y culturales que constituyan una aglomeración de personas, y restringió el acceso de más de 50 individuos a establecimientos comerciales.

La acción del Seremi desconoce que, a diferencia de lo que ocurre con actividades culturales y deportivas, las acciones religiosas se encuentran protegidas por el derecho humano constitucional e internacional a la libertad de religión, que incluye el ejercicio del culto. Es cierto que las acciones religiosas deben respetar la normativa de la autoridad, pero dicha regulación no puede afectar la libertad de culto en su esencia, no puede establecer mayores restricciones que las estrictamente necesarias en un Estado democrático, debe ser proporcionada y no puede establecer diferencias arbitrarias, entre otros resguardos que buscan evitar que la autoridad coarte la que ha sido llamada “la primera de las libertades”.

Por su parte, las actividades religiosas en la diócesis de Santa María de Los Ángeles se estaban desarrollando según las disposiciones previas de la autoridad sanitaria, pues se cancelaron actividades extraordinarias como procesiones, y algunas ordinarias como catequesis. Además, se ordenó que determinadas personas no asistieran a misa, y que se aumentara el número de eucaristías, para que los fieles pudieran mantener la distancia dispuesta por la autoridad. Como resultado de esto, las misas se estaban celebrando con alrededor de 20 personas, las que evitaban contacto físico². Por ello, bien podía decirse que las iglesias eran más seguras que los locales comerciales con una cincuentena de personas. En consecuencia, la prohibición de la autoridad terminó siendo un acto innecesario y desproporcionado, que afectaba mediante una simple resolución exenta un derecho humano “inderogable” según tratados internacionales fundamentales³. En definitiva, este acto administrativo padecía de inconstitucionalidad. Afortunadamente, después de varios reclamos de laicos, la autoridad dejó sin efecto su prohibición.

El Derecho nacional e internacional no exigen que el Estado sea confesional, pero sí que reconozca la dimensión religiosa del hombre. Por eso, éste no puede afrontar la presente epidemia desde una perspectiva que desconozca el hecho religioso, so pena de caer en un reduccionismo materialista, que haga sentir a los creyentes como extranjeros en su propia patria. En este sentido, también es inaceptable que el Estado permita que médicos atiendan

² Esto se puede ver en la carta de Monseñor Felipe Bacarreza Rodríguez, disponible en PDF en: [BIOBIOCHILE.CL \(2020\): “Gobierno advierte a Obispo de Los Ángeles que llamó a seguir yendo a misa: intervendría Carabineros”](https://www.biobiochile.cl/noticias/nacional/region-del-bio-bio/2020/03/25/gobierno-advierde-a-obispo-de-los-angeles-que-llamo-a-seguir-yendo-a-misa-intervendria-carabineros.shtml). Disponible en: <https://www.biobiochile.cl/noticias/nacional/region-del-bio-bio/2020/03/25/gobierno-advierde-a-obispo-de-los-angeles-que-llamo-a-seguir-yendo-a-misa-intervendria-carabineros.shtml>. Fecha de consulta: 26 de abril de 2020.

³ Art. 4, PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS (1966), y Art. 27, CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (1969).

el cuerpo de los enfermos, pero que se impida que sacerdotes (equipados con los mismos elementos protectores que los médicos) atiendan el alma de aquellos que lo requieren, especialmente cuando los enfermos están prontos a expirar. En momentos en que gran parte de los católicos desconocen el valor de sus sacramentos, no se le puede pedir a la autoridad civil que los entienda, pero sí podemos pedir –y exigir– que respete la normativa nacional e internacional que resguarda la expresión de las creencias religiosas. Se debe reconocer la dimensión religiosa del ser humano, esa que hace que éste esté dispuesto a la muerte por preservar su relación con lo divino. Más aún, tener en consideración esta realidad puede ayudar al éxito de ciertas políticas públicas que de otro modo podrían parecer ideadas para autómatas.

Yendo ahora a cuestiones administrativas, no está de más pedir disculpas a quienes envían trabajos a la Revista Chilena de Derecho, porque estos meses ha habido un par de problemas con nuestro sistema de manejo de trabajos en línea. Por una parte, hubo algunos días en que no funcionó, producto de un hackeo que sufrió el sistema de revistas de la Universidad, lo que nos obligó a migrar inesperadamente a una nueva versión del *software* de manejo de trabajos. Por otro lado, encontramos varias dificultades en el proceso de cambio a este nuevo sistema. Le rogamos a nuestros lectores que tengan paciencia, pues nuestro sitio de manejo de flujos requiere de ciertos ajustes, y su apariencia necesita de algunos arreglos. Sin embargo, esta paciencia tendrá sus frutos, pues confiamos en que nuestra nueva página web sea suficientemente adecuada para permitir varios avances, por ejemplo, que a partir del próximo número publiquemos digitalmente los artículos y trabajos a medida que ellos vayan siendo aceptados, sin tener que esperar a que publiquemos la Revista como un todo.

Esperemos que nuestro próximo editorial no tenga que referirse a crisis o a epidemias. Sin embargo, si eso no llegara a ser así, consolémonos en que, como nos recuerda San Pablo, “Dios dispone todas las cosas para bien de los que lo aman...”

ÁLVARO PAÚL D.

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

DE-RISKING: UNA CONSECUENCIA INDESEADA DEL ENFOQUE BASADO EN EL RIESGO APLICADO POR LOS BANCOS EN MATERIA DE PREVENCIÓN DEL LAVADO DE ACTIVOS Y FINANCIAMIENTO DEL TERRORISMO

DE-RISKING: AN UNINTENDED CONSEQUENCE OF THE RISK-BASED APPROACH APPLIED BY BANKS REGARDING MONEY LAUNDERING AND TERRORIST FINANCING PREVENTION

ÁNGELA TOSO MILOS*

RESUMEN: Durante los últimos años se ha observado que diversos bancos alrededor del mundo han decidido no iniciar, o bien, terminar relaciones comerciales preexistentes, con ciertas categorías de clientes consideradas de mayor riesgo de lavado de activos y/o financiamiento del terrorismo (LA/FT). Esta práctica, denominada *de-risking*, constituye el objeto de estudio de este trabajo. En el artículo se revisa el contexto en que se ha originado esta práctica, se examinan las principales causas y repercusiones que se le han atribuido en relación con la prevención del LA/FT, se identifican aquellas categorías de clientes afectados por la misma, tanto en Chile como en el extranjero, y se señalan algunas posibles vías de solución a este fenómeno.

Palabras clave: lavado de activos, enfoque basado en el riesgo, inclusión financiera, debida diligencia.

ABSTRACT: In recent years, it has been observed that several banks around the world have decided not to initiate, or terminate, pre-existing commercial relationships with clients considered to be of higher risk regarding money laundering and/or terrorist financing (ML/TF). The study of this phenomenon, known as *de-risking*, is the main objective of this work. The article reviews the context in which this practice has been originated, examines the main causes and repercussions attributed to it in relation to the prevention of ML/TF, as well as those categories of clients affected by it, both in Chile and abroad, and identifies some possible ways of solving this phenomenon.

Key words: money laundering, risk-based approach, de-risking, financial inclusion, due diligence.

INTRODUCCIÓN

En el marco del diseño e implementación de los modelos de cumplimiento normativo en materia de prevención del lavado de activos y financiamiento del terrorismo (LA/FT)¹, se ha evidenciado, durante los últimos años, que diversos bancos –tanto en Chile

* Doctora en Derecho, Universidad de Salamanca, España. Profesora de Derecho Comercial. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Dirección postal: Av. Brasil 2950, Valparaíso-Chile. Dirección electrónica: angela.toso@pucv.cl.

¹ A partir de lo señalado en NIETO (2015) p. 26 y ALARCÓN (2016) p. 63, los modelos de cumplimiento normativo o *compliance* pueden definirse como aquellos sistemas de gestión cuyo objeto es prevenir y, si es necesari-

como en el extranjero— han decidido no iniciar, o bien terminar relaciones comerciales pre-existentes con ciertas categorías de clientes consideradas de mayor riesgo de LA/FT², dando lugar a un fenómeno conocido como *de-risking*³.

El protagonismo que los bancos han alcanzado en este campo se explica, probablemente, en función de las características específicas que reviste su actividad, que conlleva la realización de un gran número de operaciones, así como el establecimiento de un conjunto variado de relaciones comerciales, lo que implica una considerable exposición a daños legales y reputacionales, entre otros costos derivados del LA/FT. Otro factor que contribuye a explicar dicha práctica es la antigüedad que tienen estas entidades de crédito como sujetos obligados a adoptar modelos de prevención de LA/FT, por lo que cuentan desde hace ya tiempo con sistemas diseñados con un enfoque basado en el riesgo, que les permite disponer de mayor información para tomar decisiones en esta materia.

Se ha señalado que el *de-risking* surge a partir de una aplicación equivocada de las medidas diseñadas para evitar el LA/FT y que constituye una amenaza para el régimen de prevención de estos delitos. Al respecto, el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI)⁴ ha indicado que esta práctica podría generar una mayor vulnerabilidad del sistema para ser utilizado con fines ilícitos, toda vez que implica dejar a ciertos clientes al margen de las medidas que se adoptan en este ámbito⁵. Este planteamiento invita a reflexionar acerca de las verdaderas causas del *de-risking* y sus consecuencias en lo que atañe a la efectividad del régimen de prevención del LA/FT.

En este contexto, el presente artículo tiene por objeto examinar el escenario en que se ha originado el *de-risking*, las principales causas y repercusiones que se le han atribuido en relación con la prevención del LA/FT, identificar aquellas categorías de clientes afectados por el mismo, tanto en Chile como en el extranjero, y señalar algunas posibles vías de solución a este fenómeno. La hipótesis del trabajo consiste en sostener que el *de-risking* es un efecto indeseado del enfoque basado en el riesgo que deben aplicar los bancos para la prevención del LA/FT, que ha afectado a diversas categorías de clientes y que puede explicarse, en buena medida, en razón de los costos asociados al cumplimiento de la normativa en esta materia. A su vez, las consecuencias atribuidas a dicha práctica, en el marco de la

rio, identificar y sancionar las infracciones de leyes, regulaciones, códigos o procedimientos internos aplicables, promoviendo una cultura de respeto a las normas al interior de una organización. En particular, los modelos de prevención del LA/FT deben ser adoptados por diversos actores del sistema económico y financiero en nuestro país, señalados taxativamente en el artículo 3 de la Ley 19.913, denominados comúnmente “sujetos obligados”. En Chile, respecto de los bancos, y sobre la base de lo establecido por el GAFI, los principales instrumentos normativos que sustentan estos modelos de cumplimiento son: la Ley 19.913, de 2003; diversas circulares de la Unidad de Análisis Financiero; y, el Capítulo 1-14 de la Recopilación Actualizada de Normas (RAN) de la Comisión para el Mercado Financiero, en tanto sucesora legal de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, a partir de lo dispuesto en el artículo 2 del Decreto con Fuerza de Ley N° 3, de 1997, modificado recientemente a través de la Ley 21.130, de 2019. Finalmente, los bancos también pueden adoptar el modelo de cumplimiento establecido en el artículo 4 de la Ley 20.393, de 2009.

² ASBA (2017) p. 4.

³ GAFI (2014).

⁴ El GAFI elabora las denominadas “40 Recomendaciones”, que constituyen los principales estándares internacionales vigentes en materia de prevención del LA/FT. Al respecto, véase GAFI (2012).

⁵ GAFI (2014).

efectividad del régimen de prevención, son difíciles de comprobar, aunque deben ser analizadas para hallar soluciones que permitan equilibrar los diversos intereses que están en juego. Las soluciones que puedan plantearse en este ámbito deberían, por una parte, brindar suficiente seguridad jurídica a los bancos en el cumplimiento de sus deberes y, por otra, proteger a los clientes frente a situaciones de *de-risking* injustificado.

El estudio del *de-risking*, a partir de la experiencia desarrollada por los bancos, puede resultar útil para examinar, en general, las consecuencias derivadas de la adopción de cualquier otro modelo de cumplimiento estructurado con un enfoque basado en el riesgo. Por último, cabe hacer presente que, si bien la práctica objeto de este trabajo tiene incidencia en diversos campos (*v. gr.* libre competencia, inclusión financiera, recaudación tributaria, entre otros) el análisis que se realiza aquí está circunscrito al régimen de prevención del LA/FT.

Este artículo cuenta con cuatro apartados. En el primero se examina el contexto en que se ha originado el *de-risking*, esto es, el enfoque basado en el riesgo con relación al deber que tienen los bancos de aplicar medidas de debida diligencia respecto de sus clientes. En el segundo se vinculan dichas exigencias con la decisión que han tomado estas entidades de crédito en el sentido de practicar el *de-risking*, analizando sus principales motivos y las consecuencias que se le han atribuido, en el marco del régimen de prevención del LA/FT. En los últimos dos apartados se busca identificar las principales categorías de clientes afectadas por el *de-risking*, tanto a nivel internacional como en nuestro país, y se revisan algunas propuestas de solución para abordar la problemática que genera esta práctica. Finalmente, se formulan algunas conclusiones surgidas a partir del estudio realizado.

I. CONTEXTO EN QUE SE DESARROLLA EL *DE-RISKING*: EL ENFOQUE BASADO EN EL RIESGO DE LA/FT Y LA APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS DE DILIGENCIA DEBIDA

Según se ha señalado, en determinadas ocasiones, los bancos han decidido evitar o terminar relaciones de negocio con ciertas categorías de clientes en función del riesgo de LA/FT que dichos vínculos representan. Este fenómeno conocido, en inglés, como *de-risking*, ha sido definido indicando que se trata de aquel “...proceso en el cual las instituciones financieras abandonan o reducen significativamente ciertas líneas de negocio para evitar riesgos regulatorios y de cumplimiento”⁶, e implica una opción deliberada de bancos, en el sentido de evadir los riesgos de LA/FT, en lugar de gestionarlos⁷.

La necesidad de gestionar los riesgos en materia de LA/FT surge a partir de lo establecido por el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) y lo señalado en nuestro ordenamiento jurídico, en el sentido que los programas de prevención que adoptan los bancos en este ámbito se han de estructurar sobre la base del riesgo que estos sujetos tienen de verse expuestos a la comisión de dichos delitos⁸. Así, se pretende determinar, a través del conocimiento de los atributos específicos de sus actividades, si estas contribuyen a incre-

⁶ ASBA (2017) p. 4.

⁷ GAFI (2015a).

⁸ GAFI (2012) p. 9, Recomendación N° 1 y GAFI (2014a) p. 6.

mentar o disminuir el riesgo de LA/FT⁹. Desde esta perspectiva, el GAFI ha entendido que el enfoque basado en el riesgo (EBR) (en inglés, *risk-based approach*) es el más adecuado para enfrentar la prevención del LA/FT, ya que permitiría equilibrar los diversos intereses que están en juego, alcanzando una mayor eficiencia a través del empleo de los recursos de los bancos en aquellos supuestos especialmente vulnerables al LA/FT¹⁰.

Para aplicar el EBR se ha entendido que es necesario que los sujetos obligados identifiquen, gestionen y monitoreen los riesgos de LA/FT que afrontan en el ejercicio de su giro. En el marco de la identificación de los riesgos de LA/FT, se debe determinar la probabilidad e impacto que estos representan en las actividades desarrolladas por los sujetos obligados, para lo cual deben elaborar un mapa o matriz de riesgos, que ha de actualizarse periódicamente¹¹. Luego, se espera que dichos sujetos obligados adopten las medidas de prevención y reacción que correspondan para mitigar los riesgos identificados¹². Finalmente, es necesario realizar un seguimiento de las políticas, normas, procedimientos y medidas adoptadas, con la finalidad de formular los ajustes o correcciones necesarias para mejorar el modelo¹³. Es así como la implementación del EBR requiere de importantes esfuerzos –en términos humanos y económicos– por parte de los sujetos obligados, que se incrementan en el caso de aquellos supuestos de mayor riesgo de LA/FT.

Una de las manifestaciones más importantes de lo que se viene señalando, y que está presente en los modelos de prevención del LA/FT, se encuentra en la aplicación de las denominadas “medidas de debida diligencia” (DDC)¹⁴, que tienen por objeto la recopilación y análisis continuo de antecedentes de los clientes, relativos a su identificación; el propósito y carácter de la relación comercial que pretenden establecer; sus actividades; y, la individualización del beneficiario final, en su caso¹⁵. Dicha información debe permitir determinar si el cliente que se trata pretende ejecutar, o ha realizado, alguna operación sospechosa de LA/FT y que, por tal circunstancia, deba reportarse a la Unidad de Análisis Financiero (UAF)¹⁶. A este respecto, el GAFI indica que ha de exigirse a las instituciones financieras

⁹ ROSS y HANNAN (2007) p. 110.

¹⁰ GAFI (2014a) p. 6.

¹¹ ENSEÑAT (2016) pp. 67-70 y 72; GÓMEZ (2017) pp. 22 y 211; DEL CID (2007) pp. 161-162; GAFI (2014a) p. 9; CARRAU (2016) pp. 25 y 43; NEIRA (2016) p. 471; ARTAZA (2013) p. 558; COCA (2013) p. 57; GAFI (2007) p. 22; GAFI (2014a) p. 9; AYALA DE LA TORRE (2017) p. 25; COCA (2013) p. 57; OLAYA y SÁNCHEZ (2017) pp. 22-23; BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION (2016) p. 4; y, LÓPEZ (2017) p. 241.

¹² ENSEÑAT (2016) pp. 82-84.

¹³ CARBAYO (2016); LÓPEZ (2017) p. 240; MARIÑO y otros (2014) p. 11; ARTAZA (2013) p. 557; PIÑA (2012) p. 45; GÓMEZ (2017) p. 229; ENSEÑAT (2016) p. 86; y, BRUNEN (2017) p. 190.

¹⁴ Estas medidas se formulan en las Recomendaciones del GAFI (N° 10 a 19), así como en el ordenamiento jurídico chileno, particularmente, en las Circulares de la Unidad de Análisis Financiero (UAF) N° 49 y 57, a las que cabe agregar, en el caso de los bancos, lo dispuesto en el Capítulo 1-14 de la Recopilación Actualizada de Normas (RAN) de la CMF.

¹⁵ GAFI (2012) p. 14. En Chile, el deber de identificar al beneficiario final se formula en la Circular UAF N° 57 y tiene por finalidad evitar la instrumentalización de personas o estructuras jurídicas para el LA/FT.

¹⁶ Cabe hacer presente que la UAF no está habilitada para acceder, sin autorización previa, a aquella información de los clientes sujeta a reserva o secreto bancario. Sin embargo, podrá conocer dicha información cuando esta sea incluida en los reportes de operaciones sospechosas que los bancos o la CMF le remitan, en virtud de lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 19.913. Además, en razón de lo indicado en el numeral 35 del artículo 5

que adopten cada una de las medidas de DDC, determinando el alcance de las mismas mediante un enfoque basado en el riesgo¹⁷, de manera que los Estados deberían formular políticas de DDC que contemplen medidas diferenciadas (“simplificadas”, “normales”, y “reforzadas”) dependiendo del riesgo de LA/FT que representa el cliente u operación que se trata. De modo que, si bien las medidas de DDC deben aplicarse a todos los clientes, hay casos en que es necesario contar con procedimientos más rigurosos de recopilación y verificación de sus antecedentes. Al contrario, habrá otros supuestos en que el riesgo es menor y no será imperioso aplicar procedimientos tan estrictos¹⁸.

Las medidas de DDC aparecen clasificadas de esta manera en nuestra normativa interna de prevención del LA/FT¹⁹. Además, dicha normativa señala diversos supuestos en que los bancos han de aplicar medidas adicionales de DDC²⁰. El primer caso de este tipo es el de las “Personas Expuestas Políticamente” (PEPS)²¹, categoría que se ha formulado con la finalidad de evitar el lavado de activos derivado, en general, de actos de corrupción²². En estos supuestos, las entidades bancarias deben implementar medidas para determinar si el cliente (o el beneficiario final) es una PEP. Luego, para vincularse con estos clientes se debe obtener la aprobación de la alta gerencia del banco y tomar medidas para determinar la fuente de sus fondos. Por último, es necesario llevar a cabo un monitoreo intensificado de dichas relaciones comerciales²³. Otra categoría considerada vulnerable al LA/FT por el GAFI, así como por la Comisión para el Mercado Financiero (CMF), son las relaciones de corresponsalía bancaria. Estos vínculos se asientan sobre un principio de confianza entre las entidades de crédito, lo que puede provocar que el banco corresponsal no verifique la identidad ni las características de los clientes del banco representado, confiando en que este último habrá llevado a cabo los controles pertinentes²⁴. Es por ello que estas relacio-

del Decreto Ley N° 3.538, de 1980, cuyo texto actual fue fijado por medio de la Ley 21.000, de 2018, la CMF debe evaluar la efectividad de los controles implementados por los bancos en materia de prevención del LA/FT. En aquellos supuestos en que la CMF advierta alguna conducta u omisión que pudiere ser indiciaria de la utilización del sistema financiero y de otros sectores de la actividad económica para el LA/FT, deberá reportar a la UAF, “...comunicándole, además, todos los antecedentes que pudieren serle útiles para iniciar y llevar adelante una investigación respecto de dichas situaciones, incluyendo aquella información a la que se refiere el inciso segundo del artículo 154 de la Ley General de Bancos”. Según se señala en la Historia de la Ley 21.130, así se pretende armonizar los legítimos derechos ciudadanos, particularmente, el derecho a la protección de sus datos personales, que podría verse afectado si la UAF accede libremente a los mismos, con la entrega de herramientas a la autoridad para combatir el LA/FT. Biblioteca del Congreso Nacional (2018).

¹⁷ GAFI (2012) p. 14.

¹⁸ GAFI (2007) p. 9 y Toso (2014) p. 409.

¹⁹ Véase Circular UAF N° 59.

²⁰ Toso (2014) p. 409.

²¹ Denominados, en inglés, *Politically Exposed Persons*. En Chile, y a partir de lo señalado en GAFI (2012) p. 18, las PEPS están definidas en la Circular UAF N° 49 y en el Capítulo 1-14 RAN de la CMF como “...los chilenos o extranjeros que desempeñan o hayan desempeñado funciones públicas destacadas en un país, hasta a lo menos un año de finalizadas las mismas”. Las medidas que deben adoptar a este respecto se formulan en el apartado IV de la Circular UAF N° 49 y en el apartado II.2 del Capítulo 1-14 de la RAN CMF.

²² GREENBERG y otros (2009) p. 13.

²³ GAFI (2012) p. 16.

²⁴ SÁNCHEZ (2002) p. 314 y SÁNCHEZ (2006) p. 37. Según se indica en COMITÉ DE SUPERVISIÓN BANCARIA DE BASILEA (2001) p. 19 y SEPBLAC (2007) p. 1, la banca de corresponsales (*correspondent banking*) consiste en la provisión

nes también deben ser aprobadas por la alta gerencia del corresponsal, sobre la base de la información disponible acerca de la naturaleza de los negocios de la entidad representada, de su reputación y de la calidad de la supervisión que llevan a cabo los reguladores del país en el que está situada. También es necesario evaluar los controles de LA/FT que realiza la institución representada y convencerse acerca de que ha aplicado las medidas de DDC respecto de aquellos clientes que tienen acceso a las cuentas del banco corresponsal, entre otras medidas²⁵. Finalmente, pueden concebirse también como operaciones o clientes de mayor riesgo, aquellos ubicados en Estados que no aplican las recomendaciones del GAFI o que lo hacen de manera insuficiente; las transferencias electrónicas de fondos, cuyo riesgo de LA/FT se relaciona con la identificación de sus intervinientes (sobre todo cuando provienen de Estados que poseen una legislación laxa en materia de DDC); y, las demás categorías que el banco determine a partir de la aplicación del EBR²⁶.

De acuerdo con lo que se ha indicado, el régimen jurídico de prevención contempla la aplicación de medidas reforzadas de DDC por parte de los bancos para gestionar y monitorear aquellos vínculos comerciales de mayor riesgo de LA/FT, labor que conlleva un esfuerzo adicional a su cargo. Precisamente, en el contexto de esta tarea dichas entidades de crédito han tomado la decisión, en determinados casos, de evitar los riesgos de LA/FT en vez de gestionarlos, lo que ha dado lugar al *de-risking*. A continuación, se analizarán los principales motivos y consecuencias asociadas a esta práctica, dando cuenta del hecho que estos no han sido identificados siempre de manera adecuada.

II. LA DECISIÓN DE NO ESTABLECER O MANTENER RELACIONES DE NEGOCIOS CON DETERMINADAS CATEGORÍAS DE CLIENTES EN FUNCIÓN DEL RIESGO DE LA/FT: SUS MOTIVOS Y CONSECUENCIAS EN EL MARCO DEL RÉGIMEN DE PREVENCIÓN

A partir de lo señalado por el GAFI y nuestra regulación de prevención, es evidente que el EBR obliga a los bancos a reflexionar en torno a los riesgos de LA/FT que afrontan. En este contexto, es factible que se generen distintas posibilidades que dependen, en definitiva, del denominado “apetito de riesgo” que tenga cada institución financiera, el cual consiste en “... la cantidad de riesgo a nivel global, que los miembros de la alta dirección de una organización están dispuestos a aceptar en la búsqueda de valor”²⁷. El nivel de tolerancia es diferente respecto de cada riesgo identificado y se establece en función de su probabilidad e impacto, de las actividades de la organización, de sus valores corporativos y de los costos asociados al cumplimiento de la regulación aplicable²⁸.

de servicios bancarios por un banco (“corresponsal”) a otro (“representado”). La necesidad de la banca de corresponsales nace cuando una entidad necesita prestar un servicio en un tercer país en el que no tiene presencia física.

²⁵ Apartado II.3., Capítulo 1-14 de la RAN CME.

²⁶ GAFI (2012) pp. 16-19 y 66-67 y TOSO (2014) p. 409.

²⁷ ENSEÑAT (2016) pp. 87 y 127.

²⁸ ENSEÑAT (2016) p. 88; DURNER y SHETRET (2015) p. 8; y BRUÑEN (2017) p. 190.

En razón del eventual impacto jurídico, reputacional y, en definitiva, patrimonial que puede provocar para un banco ser sancionado en razón de una implementación inadecuada de su modelo de LA/FT, podría pensarse que la tolerancia a los riesgos de las entidades de crédito en este ámbito es baja y que ello debiera reflejarse en el despliegue de sus mayores esfuerzos para adoptar medidas que permitan mitigarlos. Sin embargo, los bancos, siguiendo el EBR, muchas veces han preferido evitar o terminar relaciones de negocio con ciertas categorías de clientes, esto es, han desarrollado el *de-risking*²⁹. Esta práctica ha afectado, en general, a aquellos clientes u operaciones consideradas más vulnerables al LA/FT, respecto de las cuales tanto el GAFI como nuestra normativa vigente en materia de prevención del LA/FT señalan que los bancos deben implementar medidas adicionales de DDC, a fin de gestionar y monitorear los riesgos involucrados. Atendida esta realidad, el *de-risking* produce un efecto indeseado y a la vez paradójico en el marco del régimen de prevención del LA/FT. Indeseado porque, desde el momento en que los bancos optan por evitar a estos clientes en lugar de gestionar el riesgo que conllevan, se están apartando de lo que pretende el sistema, que es, justamente, que dichas categorías de clientes estén sometidas a un mayor control por parte de las entidades de crédito. Y paradójico desde la perspectiva del diseño del sistema de prevención del LA/FT, ya que los bancos se deshacen de los riesgos que ciertos clientes representan a partir de los insumos que les proporciona el propio enfoque basado en el riesgo.

Se ha argumentado que el *de-risking* surge a partir de una aplicación equivocada de las medidas de prevención del LA/FT, en términos tales que dicha práctica ha sido calificada como una “falla del mercado”³⁰. Al respecto, el GAFI señala que es necesario entregar a los bancos una mayor orientación en torno al EBR, en el sentido de que se les debe aclarar que esta perspectiva en ningún caso implica la desvinculación de ciertas categorías de clientes, sin considerar el nivel de riesgo asociado a cada uno de ellos en particular. De este modo, los bancos están llamados a terminar con aquellas relaciones comerciales que así lo ameriten en el marco de la prevención del LA/FT, pero sobre la base de un análisis efectuado de manera individual respecto de cada cliente u operación, y solo cuando los riesgos de LA/FT no puedan ser mitigados³¹.

Sin embargo, de acuerdo con lo señalado por diversa doctrina especializada a partir de la experiencia verificada en este campo, el principal motivo del *de-risking* no parece radicar en una comprensión inadecuada del EBR por parte de los bancos, sino más bien en el aumento de los costos asociados al cumplimiento normativo en materia de LA/FT³². Ahora bien, se debe considerar que dichos costos se incrementan cuando existe falta de claridad en la regulación aplicable. Así, por ejemplo, en el marco de la adopción de las medidas DDC, se ha referido la existencia de una confusión respecto del alcance de estas, en el sentido de que su adecuado cumplimiento implicaría también, para los sujetos obligados, el deber de identificar a quienes tienen la calidad de clientes de sus clientes (en inglés, *know*

²⁹ GAFI (2014); HOWARD (2017a) p. 213; y DE KOKER y otros (2017) p. 119.

³⁰ DURNER y SHETRET (2015) p. 3.

³¹ GAFI (2014). En este mismo sentido, véanse LEWIS (2016) y DURNER y SHETRET (2015) p. 3.

³² Véanse, por todos, HOWARD (2017a) p. 213 y FUJII-RAJANI (2017) p. 216.

your customer's customers), de modo que, al encontrarse los bancos en situaciones en que dicha tarea se torna muy compleja han decidido terminar estas relaciones comerciales³³. Por otra parte, se ha sostenido que el *de-risking* se explicaría en virtud del incremento de la presión ejercida por los reguladores, reflejada en las sanciones aplicadas durante los últimos años a los sujetos obligados ante el incumplimiento de sus deberes. Junto con ello, se habría evidenciado un cambio en la percepción de los riesgos por parte de los bancos, que se manifestaría en una mayor conciencia del impacto legal y reputacional que puede significar para estas entidades verse involucradas en casos de LA/FT³⁴.

Por lo tanto, las decisiones que han tomado los bancos de abandonar los vínculos que mantienen con determinadas categorías de clientes parecen decir relación, fundamentalmente, con los costos económicos que implica la regulación de prevención del LA/FT³⁵, tanto desde la perspectiva de la implementación de las medidas y controles que se requieren, como debido a las eventuales sanciones legales y reputacionales a las que pueden verse expuestas las entidades de crédito en estos casos. Luego, cuando se decide practicar el *de-risking*, se estarían haciendo primar dichos costos frente a los menores beneficios que parece representar para los bancos el cumplimiento de las medidas de prevención³⁶.

Aparentemente, los costos vinculados a la aplicación de las medidas DDC se conciben como uno más de aquellos que han de asumir los bancos en la explotación de su giro. Ello permitiría explicar la práctica del *de-risking* en mercados competitivos, en que las ganancias marginales asociadas a ciertos tipos de operaciones o clientes son bajas, como ha ocurrido, por ejemplo, con las relaciones de corresponsalía bancaria, según se evidenciará en el siguiente apartado de este trabajo. Por otra parte, se ha acusado a los bancos de invocar la dificultad que reviste el cumplimiento de las medidas DDC como una excusa para proteger su industria frente a otros competidores. En Chile, este argumento ha sido invocado por los operadores de criptomonedas ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC), caso que será tratado en el último apartado de este artículo. Al respecto, cabe hacer presente que los operadores de criptomonedas no están obligados a contar con un modelo de prevención del LA/FT y, en consecuencia, no deben asumir los mismos costos que los bancos en este ámbito.

³³ GAFI (2016) p. 4 y THOMSON REUTERS (2018) p. 9.

³⁴ DURNER y SHETRET (2015) p. 8.

³⁵ Acerca del concepto de costo de regulación (*regulatory cost*), la OECD (2014) pp. 11-12, ha señalado que este comprende “...all of the costs attributable to the adoption of a regulatory requirement, whether direct or indirect in nature and whether borne by business, consumers, government and its respective authorities (i.e. taxpayers) or other groups”. En este sentido, identifica los costos de cumplimiento como una de las categorías de los costos de regulación, definiéndolos como: “... costs that are incurred by businesses or other parties at whom regulation may be targeted in undertaking actions necessary to comply with the regulatory requirements, as well as the costs to government of regulatory administration and enforcement. Compliance costs can be further divided into administrative burdens, substantive compliance costs and administration and enforcement costs”. También respecto del concepto de costo de regulación y sus clasificaciones, puede consultarse MARNELIFFE y VEREEK (2011) pp. 341-356. En particular, respecto de los diversos costos que, en la práctica, ha generado la normativa de prevención del LA/FT para los bancos, véase SAPERSTEIN y otros (2015) pp. 4-5 y THOMSON REUTERS (2018).

³⁶ GEIGER y WUENSCH (2006) pp. 13-14 y SAPERSTEIN y otros (2015) p. 5.

En cuanto a las consecuencias atribuidas al *de-risking* en el marco del régimen de prevención del LA/FT, el GAFI ha señalado que, cuanto más cobertura posea un sistema financiero, mayores son las posibilidades de prevenir eficazmente estos delitos. Luego, sostiene que si una persona (natural o jurídica) no tiene acceso al sistema, existen más probabilidades de que utilice canales financieros informales, con lo que se incrementaría el riesgo de LA/FT³⁷.

Lo indicado por el GAFI pone en evidencia la necesidad de reflexionar acerca de los reales efectos que el *de-risking* puede provocar en materia de prevención del LA/FT. En este sentido, es necesario tener presente que la circunstancia de que ciertos clientes sean arrastrados hacia la informalidad por medio del *de-risking* no significa que estos, necesariamente, vayan a realizar conductas de LA/FT. Por otra parte, la erradicación de esta práctica tampoco permite garantizar que no se cometan dichos delitos, ya que quienes incurrir en ellos podrían estar interesados en huir hacia la informalidad si observan que los bancos incrementan sus medidas y controles, por temor a ser descubiertos. En cualquier caso, se trata de cuestiones difíciles de comprobar, respecto de las cuales aún no existe evidencia científica de respaldo.

No obstante, el GAFI parece tener razón al señalar que, mientras menos sujetos migren hacia la informalidad, existen más posibilidades de control y, en consecuencia, de detectar eventuales operaciones sospechosas de LA/FT. Ello, especialmente, cuando se trata de desarrollar actividades de inteligencia financiera, a través del cotejo de los antecedentes que poseen las entidades financieras en Chile y/o en el extranjero, para lo cual la UAF requiere contar con la mayor cantidad de información posible acerca de las operaciones realizadas por los clientes bancarios. También es cierto que el *de-risking* puede llegar a potenciar la creación de industrias paralelas a la bancaria, las cuales no están sujetas a las mismas exigencias en materia de LA/FT que tienen los bancos, como ocurre, por ejemplo, con los operadores de criptomonedas. En estos supuestos, será mucho más difícil acceder a aquella información que permita detectar eventuales operaciones sospechosas de LA/FT.

En cualquier caso, la respuesta a este problema no parece consistir en obligar a los bancos a hacerse cargo de todos los riesgos de LA/FT, ya que ello podría conllevar un aumento excesivo en los costos derivados de la aplicación de las medidas de prevención. Probablemente, dichos costos serán trasladados luego a los clientes, de modo que estos podrían terminar migrando igualmente hacia la informalidad dificultándose, entonces, la aplicación de los controles. En consecuencia, para abordar adecuadamente esta problemática se considera necesario analizar, de manera particular, la situación de cada una de las categorías de clientes que pueden verse enfrentadas a la práctica del *de-risking* y plantear soluciones que se adapten a su realidad, en relación con los costos que los bancos han de asumir en estos supuestos.

Precisamente, a continuación, se identificarán las categorías de clientes que, en mayor medida, han sido vinculadas a este fenómeno, tanto en el extranjero como en nuestro país. El examen de su situación busca confirmar la idea que el *de-risking* encuentra su origen en el EBR, y su principal causa, en los costos que involucra la implementación de las medidas

³⁷ GAFI (2014) y GAFI (2015).

DDC. También se examinan algunas soluciones formuladas para afrontar dicha práctica y, según el caso, se proponen otras, a partir de la realidad de cada una de las señaladas categorías, bajo el entendido de que no existe una única solución posible a este respecto.

III. CLIENTES AFECTADOS POR EL *DE -RISKING* A NIVEL INTERNACIONAL

De acuerdo con lo evidenciado por organismos como el GAFI y el Banco Mundial, diversas entidades de crédito han decidido terminar unilateralmente sus relaciones de corresponsalía con bancos ubicados en países que no cuentan con una normativa de prevención del LA/FT suficientemente robusta, comparada con la que ellos aplican. Los bancos corresponsales han argumentado que los costos que generan estos vínculos no compensan las utilidades que producen, esencialmente en razón de los recursos que deben invertir en auditar los sistemas y procesos de las entidades que representan³⁸.

Se ha señalado que esta práctica puede llegar a generar distorsiones a la libre competencia, a través de la concentración del mercado de la banca corresponsal, contribuyendo, además, a incrementar el costo de las transacciones y dificultando el acceso de los clientes de las entidades de crédito a las operaciones de comercio exterior³⁹. Para afrontar este fenómeno, el GAFI ha elaborado guías especialmente diseñadas para la aplicación de las medidas de DDC en la banca de corresponsales, estructuradas a partir del EBR⁴⁰. Por su parte, los bancos han implementado repositorios de información acerca de las entidades de crédito que operan internacionalmente. Funcionan con plantillas, a las cuales los bancos pueden acceder, para modificar y actualizar los datos relativos a los modelos de prevención de LA/FT que poseen, de modo de facilitar la aplicación de las medidas de DDC en estos casos⁴¹.

Otros afectados por la práctica del *de-risking* desarrollada por los bancos han sido las organizaciones sin fines de lucro y los servicios de transferencia de dinero, considerados de mayor riesgo por identificarse como potenciales vehículos para la financiación del terrorismo, particularmente, a partir de los atentados perpetrados el año 2001 en Estados Unidos. En este ámbito, se ha detectado que el *de-risking* suele darse cuando estas entidades operan con clientes ubicados en países que poseen una regulación débil en materia de prevención del LA/FT, que son objeto de sanciones internacionales, con gobiernos inestables, o derechamente, en situación de conflicto político⁴². El GAFI también ha elaborado guías acerca de la aplicación de las medidas de DDC respecto de las organizaciones sin fines de lucro y los servicios de transferencia de dinero, en el marco del EBR⁴³.

³⁸ GAFI (2016) p. 4 y WORLD BANK GROUP (2015a).

³⁹ FUJII-RAJANI (2017) p. 220; INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE (2016) p. 64; y, LEWIS (2016).

⁴⁰ Véanse GAFI (2016) y GAFI (2014a).

⁴¹ Son ejemplos de este tipo de bases de datos: *Bankers Almanac*, *Depository Trust & Clearing Cooperation (DTCC)-Clariant Entity Hub*, *Markit-Genpact*, *SWIFT KYC Registry* y *Thomson Reuters Accelus*. Sin embargo, según se indica en NADAL (2016) pp. 30-32 y en COMMITTEE ON PAYMENTS AND MARKET INFRASTRUCTURES (2016) pp. 19-22, dichas bases de datos presentan inconvenientes relativos a la fiabilidad de la información en razón de la heterogeneidad en la estructura de las plantillas.

⁴² LEWIS (2016); GAFI (2014b) p. 1; NEUMANN (2017) p. 95; FUJII-RAJANI (2017) p. 213; DE KOKER y otros (2017) pp. 137-138; WORLD BANK GROUP (2015); HOWARD (2017) p. 75; y DURNER y SHETRET (2015) p. 8.

⁴³ Al respecto, véanse GAFI (2015c) y GAFI (2016).

Al formular estas guías, dicho organismo internacional ha señalado que en ningún caso es necesario que los bancos conozcan a los clientes de sus clientes (*know your customer's customer* o *KYCC*), ni siquiera en supuestos de mayor riesgo de LA/FT⁴⁴. Esta aclaración resulta especialmente importante al momento de afrontar la aplicación de las medidas de DDC respecto de las entidades representadas, en el marco de las relaciones de correspondencia bancaria y de las empresas que prestan servicios de transferencia de dinero, ya que en estos supuestos se suelen utilizar las cuentas corrientes que mantienen dichos sujetos en los bancos para gestionar aquellas operaciones requeridas por sus clientes.

A nivel internacional, también se ha observado *de-risking* respecto de quienes no cuentan con documentación de identidad u otros antecedentes fácilmente comprobables, como suele suceder, por ejemplo, con inmigrantes y refugiados. Los bancos han desarrollado esta práctica afirmándose en que no deben iniciar relaciones comerciales con clientes a los que no pueden aplicarse las medidas de DDC⁴⁵. Esta manifestación del *de-risking*, relacionada directamente con la inclusión financiera⁴⁶, ha sido afrontada por el GAFI sobre la base del enfoque basado en el riesgo, sosteniendo que es razonable considerar a ciertos clientes como de menor riesgo de LA/FT, en razón de los bajos montos o del carácter esporádico de las operaciones que realizan. De este modo, quienes están excluidos del sistema, podrían beneficiarse de la aplicación de medidas de DDC simplificadas, que son aquellas que se recomienda adoptar en los supuestos de menor riesgo de LA/FT⁴⁷. Otra alternativa señalada por dicho organismo internacional para afrontar el desafío de la inclusión financiera por parte de los bancos –en el marco de una adecuada prevención del LA/FT– consiste en proveer de productos y servicios bancarios básicos a los sectores más vulnerables de la población, con un uso restringido y aplicando medidas de DDC de manera escalonada, a partir de ciertos límites de frecuencia y cantidad, previamente formulados para las transacciones que se pueden efectuar. En este punto, y tal como lo refiere el propio GAFI, en Chile tenemos camino avanzado, ya que contamos con las denominadas “cuentasRUT”,

⁴⁴ GAFI (2015b) y GAFI (2016) p. 4.

⁴⁵ GAFI (2017) p. 39; GAFI (2013a) p. 28; y, GAFI (2012) p. 15.

⁴⁶ La inclusión financiera se concibe en OECD/INFE (2012) p. 7 como el proceso de promoción de un acceso oportuno y adecuado a una amplia gama de servicios y productos financieros regulados. En el caso de Chile, la SBIF (2016) p. 32, señala que “...el 98% de la población presenta algún tipo de inclusión financiera, de éstas, el 58% evidencia un tipo de inclusión financiera superior, es decir posee al menos algún producto con requerimiento de ingreso. El 40% restante evidencia un tipo de inclusión básica...”. Luego, solo el 2% de la población estaría excluida financieramente. Sin embargo, CUEVAS (2016) sostiene que, no obstante el crecimiento experimentado respecto de la tenencia de productos financieros en nuestro país, un porcentaje importante de la población no estaría haciendo uso de ellos.

⁴⁷ GAFI (2013) p. 33; AAMO (2012); y GAFI (2017) pp. 10 y 39. En este sentido, en GAFI (2017) pp. 11-12, se relata la situación de países como Estados Unidos, Canadá y Suiza, en que se permiten otros medios de identificación de los clientes, ampliando lo que se entiende como documentación válida (por ejemplo, tarjeta de votación, documentos tributarios, referencia de alguien que conozca al cliente que confirme su identidad). En Chile no se regula en detalle la adopción de medidas de DDC simplificadas, aun cuando el apartado II.2. del Capítulo 1-14 de la RAN CMF señala que: “...considerando la naturaleza, características y nivel de riesgo de los productos y servicios que contraten con este [cliente], podrán omitirse ciertos requisitos como, por ejemplo, la exigencia de una fotografía del cliente y la impresión digital. Las políticas deberán referirse a los procedimientos que deben aplicarse en estos casos”. La palabra entre paréntesis es mía.

que están orientadas precisamente hacia la inclusión financiera, con límites establecidos para las operaciones realizadas, lo que permite un mayor control de los riesgos de LA/FT, al tiempo que conlleva una disminución de los costos derivados de la aplicación de medidas y controles en esta materia⁴⁸.

Los clientes a los que se ha aplicado el *de-risking* a nivel internacional comprenden sectores muy diversos, aunque todos ellos poseen una característica en común, dada por el mayor riesgo de LA/FT que representan para los bancos, a la luz de lo establecido por el GAFI. Esta circunstancia permite reafirmar la idea de que esta práctica surge en el contexto del EBR. Respecto de los bancos representados y de los servicios de transferencia de dinero, el mayor riesgo está asociado a los clientes de dichos sujetos, especialmente cuando estos últimos no están sometidos a las mismas exigencias de prevención del LA/FT que el banco con el que pretenden mantener una relación de negocio. Por su parte, también se aprecia un riesgo importante en la contratación con clientes que presentan dificultades para ser identificados. En todos los supuestos señalados parece que los bancos deben incurrir en mayores costos si pretenden mitigar adecuadamente los riesgos de LA/FT, a la luz de las exigencias derivadas de la prevención de estos delitos, lo que permitiría explicar en buena medida las decisiones que han tomado ciertas entidades de crédito de desvincular a estas categorías de clientes.

IV. *DE-RISKING* EN NUESTRO PAÍS

En Chile no hemos estado ajenos a la práctica del *de-risking* ni a controversias derivadas de esta. Prueba de ello es la denuncia recibida por la Fiscalía Nacional Económica (FNE) el año 2015, referida a la negativa, por parte de diversas instituciones bancarias, de apertura de cuentas corrientes a una casa de cambio. Según la denunciante, esta conducta de los bancos habría tenido por objeto restringir la competencia en el mercado de las operaciones de cambio de divisas. Por su parte, las entidades de crédito señalaron que su negativa obedeció a una decisión tomada en función de la falta de regulación y fiscalización suficiente de este tipo de actividades en Chile, de los costos de monitoreo de los riesgos de LA/FT que implica el mantenimiento de estas relaciones comerciales, y del consiguiente riesgo reputacional⁴⁹. Como consecuencia de la denuncia presentada, la FNE inició una investigación, a partir de la cual constató “una cierta falta de transparencia” en las políticas de apertura y/o cierre de cuentas corrientes a casas de cambio y remesadoras de dinero, en términos tales que fue imposible determinar si la negativa de apertura y/o cierre de las mismas obedecía a un riesgo de LA/FT o si existía un ánimo anticompetitivo por parte de los bancos. En definitiva, tras la investigación realizada –y como presupuesto para el archivo de la misma– los bancos accedieron a ajustar sus políticas internas de prevención del LA/FT, estableciendo, como requisito para la apertura de cuentas por parte de las casas de cambio

⁴⁸ GAFI (2017) pp. 7-9 y 13. Estos límites pueden revisarse en <http://www.bancoestado.cl/imagenes/CuentaRUT/contratoCtaRUT.pdf>. Fecha de consulta: 12.4.2019. Este tema es abordado extensamente en DURNER y SHETRET (2015), así como en STANLEY y BUCKLEY (2016). También existen diversos organismos internacionales que se han ocupado de esta materia. A modo de ejemplo, pueden citarse WORLD BANK GROUP (2017) y OECD (2013).

⁴⁹ Resolución de la FNE, de 27 de junio de 2017, Rol N° 2355-15.

y remesadoras de dinero, que estas han de demostrar que cumplen con lo señalado en la Ley N° 19.913 y en las circulares de la UAF, debiendo probarse tal circunstancia mediante una auditoría realizada por una empresa independiente y acreditada. Sin embargo, la FNE ha reconocido que ello no soluciona el problema de fondo, que vendría dado por la insuficiente regulación y fiscalización de los servicios ofrecidos por las casas de cambio y remesadoras de dinero en nuestro país, factor que habría determinado el *de-risking* en este caso⁵⁰. Durante 2018, se presentaron nuevas denuncias a este respecto, las cuales fueron las cuales fueron desestimadas⁵¹.

Antes que la investigación de la FNE tuviera lugar, una conocida casa de cambio y remesadora de dinero demandó a su banco ante el TDLC, en virtud de la decisión de esta entidad de crédito de cerrar las cuentas que mantenía dicha casa de cambio con ella⁵². El banco indicó que estas cuentas le significaban una carga adicional, consistente en “...un control exhaustivo por parte de los profesionales y técnicos que laboran en la División Global de Cumplimiento, como lo ordena la normativa de prevención del lavado de activos...”; y que, por tanto, no eran rentables⁵³. Finalmente, la demanda fue rechazada por el tribunal, en atención, entre otros factores, al hecho que la casa de cambio podría utilizar los servicios de bancos distintos al demandado, de modo que el cierre de sus cuentas no habría significado su exclusión de los mercados en que opera, no evidenciándose conducta anticompetitiva alguna en este caso⁵⁴. Si bien esta sentencia se refiere a una desvinculación individual –y no a una realizada “en bloque” por diversas instituciones bancarias–, parece importante traerla a colación aquí. Primeramente, porque llama la atención que la entidad de crédito, para tomar la decisión de desvincular al cliente, indicó que el cierre de las cuentas se justificaba porque la relación comercial con la casa de cambio no resultaba rentable, revelando que este parece ser el criterio predominante al momento de optar por el *de-risking*. En segundo lugar, porque este caso podría concebirse como un antecedente del *de-risking* que se revelaría después con relación a las casas de cambio y remesadoras de dinero, a través de la investigación efectuada por la FNE. Por último, porque esta sentencia, conjuntamente con el expediente llevado adelante por la FNE, evidencia las dificultades que se presentan para considerar, tanto las desvinculaciones individuales como aquellas realizadas “en bloque”, en sí mismas, como atentatorias a la libre competencia⁵⁵. Esta última circunstancia da cuenta del hecho que las instancias a las que acudieron las casas de cambio y remesadoras de dinero en estos casos no parecen adecuadas ni suficientes para evitar el *de-risking*, en tanto fenómeno que surge como una consecuencia (indeseada) de la aplica-

⁵⁰ Informe, de 27 de junio de 2017, en Rol N° 2355-15, N° 26, 35-36, 42-43 y 48.

⁵¹ Resolución de la FNE, de 4 de junio de 2018 e informe de 1 junio de 2018, en Rol N° 2492-18.

⁵² En particular, por haber cometido con ello prácticas exclusorias; explotación abusiva de poder de mercado; negativa de venta; y, competencia desleal. Al respecto, véase AFEX TRANSFERENCIAS Y CAMBIOS LTDA. Y OTRO CONTRA BANCO DE CHILE (2013), vistos, punto 1.17.

⁵³ AFEX TRANSFERENCIAS Y CAMBIOS LTDA. Y OTRO CONTRA BANCO DE CHILE (2013), vistos, puntos 4.4 y 4.5.

⁵⁴ AFEX TRANSFERENCIAS Y CAMBIOS LTDA. Y OTRO CONTRA BANCO DE CHILE (2013), considerandos trigésimo octavo, quincuagésimo cuarto y quincuagésimo noveno.

⁵⁵ Esta dificultad también se observa en sentencias extranjeras como DAHABSHIL TRANSFER SERVICES LTD. V. BARCLAYS BANK PLC (2013), así como los demás casos tratados en DE KOKER y otros (2017) p. 140.

ción del EBR, en el marco del sistema de prevención del LA/FT. Ello, entre otras razones, porque se trata de procedimientos cuyo principal objeto es evitar o subsanar conductas anticompetitivas, de modo que no tienen por finalidad prevenir estos delitos.

Otro supuesto reciente de *de-risking* es el que ha afectado a los operadores de criptomonedas, quienes han iniciado diversos procedimientos ante el TDLC por este motivo⁵⁶. En estos procesos, los bancos han señalado que su decisión –de no abrir o bien de cerrar cuentas– estaría basada en el riesgo del LA/FT que dichos sujetos representan, en el marco de la aplicación de las medidas de DDC. Apoyándose en lo indicado por el GAFI, sostienen que las operaciones con criptomonedas hacen muy difícil la implementación de este tipo de medidas, por cuanto favorecerían el anonimato de quienes las llevan a cabo y dificultarían el acceso expedito a los registros de las transacciones⁵⁷. Sostienen, en consecuencia, que se encuentran plenamente facultados para denegar la apertura o decretar el cierre de las cuentas en estos casos. Finalmente, los bancos han puesto de relieve el hecho que los operadores de criptomonedas realizan una actividad no regulada en Chile, y que –a diferencia de lo que ocurre con las casas de cambio y las remesadoras de dinero– no están obligados a contar con modelos de prevención del LA/FT, factor que contribuye a incrementar los riesgos de vincularse comercialmente con ellos. Por su parte, los operadores de criptomonedas han señalado que no es efectivo que las transacciones en las que intermedian favorecen el anonimato, ya que la tecnología *blockchain* permite identificar a sus participantes. Además, argumentan que cuentan con modelos voluntarios de prevención del LA/FT, que permitirían mitigar los riesgos en este tipo de operaciones. Estos procedimientos aún están en curso. Sin embargo, el TDLC ordenó, como medida cautelar en dichos expedientes, la celebración de nuevos contratos (de cuenta corriente o cuenta vista) entre los operadores de criptomonedas y los bancos demandados⁵⁸.

En forma paralela al inicio de las causas ante el TDLC, los operadores de criptomonedas entablaron diversos recursos de protección, con la finalidad de que se ordenara a los bancos la reapertura de las cuentas que mantenían con ellos, señalando que el cierre de las mismas implicaba un atentado al derecho a la igualdad ante la ley, establecido en el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República, además de vulnerar lo dispuesto en los artículos 19 N° 21 y 26 de nuestra carta magna. En lo que dice relación con el fenómeno objeto de este trabajo, vale la pena destacar que las entidades bancarias sostuvieron que la decisión de cerrar las cuentas a los operadores de criptomonedas no constituye una medida discriminatoria ni arbitraria, por cuanto se trata de la desvinculación de una categoría íntegra de clientes a partir del hecho que su actividad no está regulada en Chile, esto añadido a los demás riesgos de LA/FT que dichos clientes representan, sin que haya existido ninguna diferencia de trato entre ellos. Este argumento sugiere que estamos en presencia de un su-

⁵⁶ TDLC, Roles N° C-349-2018, N° C-350-2018 y C-354-2018.

⁵⁷ GAFI (2014c) p. 9 y GAFI (2015d) p. 11. Acerca de los riesgos de LA/FT generados a partir del empleo de criptomonedas, véase también BEDECARRATZ (2018) pp. 90-95.

⁵⁸ Estos argumentos y actuaciones procesales constan en los procesos ventilados ante el TDLC, individualizados en la nota N° 56 de este trabajo.

puesto arquetípico de *de-risking*, incorporado expresamente como tal en los manuales de prevención LA/FT de ciertas instituciones bancarias⁵⁹.

En estos casos –como suele suceder en la mayoría de los supuestos de desvinculación por parte de los bancos asociada a la prevención del LA/FT–, nuestros tribunales superiores, a la luz de lo dispuesto en el artículo 1.545 del Código Civil y en el Capítulo 2-2 de la RAN CMF⁶⁰, han reconocido la facultad que tienen dichas entidades de crédito para poner término de manera unilateral al contrato de cuenta corriente, en la medida que se cumpla con lo señalado en el mismo y en el artículo 17 B, letra b), de la Ley 19.496, sobre protección de los derechos de los consumidores, cuando corresponda. Ello supone la inclusión en el contrato de las causas que permiten a un prestador de servicios financieros terminar unilateralmente esta relación de negocios⁶¹.

Según se puede observar, al igual como ha ocurrido en el extranjero, en nuestro país el *de-risking* ha operado respecto de categorías de clientes de mayor riesgo de LA/FT, a la luz de los estándares formulados por el GAFI, fundamentalmente debido a la falta de regulación y/o supervisión de la actividad que realizan⁶². Los bancos han reconocido que en estos supuestos los costos asociados a la aplicación de las medidas DDC en el marco del EBR se incrementan, haciendo poco rentable seguir manteniendo dichas relaciones de negocio.

En cuanto a las soluciones que pueden proponerse para afrontar el *de-risking* en estos casos, la formulación de una normativa adecuada que regule los diversos giros sensibles al LA/FT, y una fiscalización suficiente de la misma, pueden contribuir a evitar esta práctica. Sin embargo, esto no siempre será posible, considerando el rápido desarrollo del tráfico económico, que implica el surgimiento constante de nuevos modelos de negocios.

También puede resultar conveniente incorporar expresamente en la regulación nacional de prevención del LA/FT la aclaración realizada por el GAFI, en el sentido que los bancos no están obligados a “conocer a los clientes de sus clientes”. Así se facilitaría la aplicación de las medidas DDC, evitando el *de-risking* en casos como el de los operadores de criptomonedas, a través de una disminución de los costos asociados al cumplimiento de la normativa de prevención del LA/FT.

Finalmente, al momento de afrontar el fenómeno del *de-risking*, no hay que olvidar la existencia de un factor determinante en su desarrollo, y es que, por regla general, los bancos pueden decidir con quién mantienen relaciones comerciales, derecho que ha sido

⁵⁹ Véase *ORIONX SPA CON BANCO DEL ESTADO DE CHILE* (2018), considerando quinto.

⁶⁰ El apartado I.10. del capítulo 2-2 RAN CMF, señala: “La cuenta corriente podrá ser cerrada unilateralmente por el banco...”.

⁶¹ En este sentido, pueden consultarse *E.A.G.Y. CON BANCO SANTANDER-CHILE* (2010); *J.V.G.R. CON BANCO DE CRÉDITO E INVERSIONES* (2014); *J.A.L.F. CON BANCO EDWARDS CITY* (2014); *V.L.C.M. CON BANCO ITAÚ* (2016); *INTERVALORES CORREDORES DE BOLSA LIMITADA CON BANCO BILBAO VISCAYA ARGENTARIA CHILE* (2017); *CRYPTOMKT SPA CON BANCO SCOTIABANK CHILE S.A.* (2018); *SURBTC SPA CON BANCO ITAÚ CORPBANCA* (2018); y, *ORIONX SPA CON BANCO DEL ESTADO DE CHILE* (2018a). Esta tendencia también puede observarse en sentencias extranjeras, como es el caso de *BREDENKAMP V. STANDARD BANK* (2010) y *HLONGWANE AND OTHERS V. ABSA BANK LIMITED AND ANOTHER* (2016), ambas de Sudáfrica, así como en *E-TRANS INTERNATIONAL FINANCE LTD V. KIWI BANK LTD* (2016), pronunciada en Nueva Zelanda, todas analizadas en DE KOKER y otros (2017) pp. 136-140.

⁶² En GAFI (2014c) pp. 9-10, se identifica este riesgo dentro de aquellos vinculados a las operaciones con criptomonedas.

reconocido expresamente y de forma reiterada por nuestros tribunales⁶³. Con la finalidad de proteger a los clientes –especialmente en aquellos supuestos de *de-risking* injustificado–, conviene observar de cerca otras experiencias que pueden servir de orientación al momento de formular soluciones a esta problemática. Así, por ejemplo, en la Unión Europea, la Directiva 2014/92/EU, de 2014, sobre la comparabilidad de las comisiones conexas a las cuentas de pago, el traslado de cuentas de pago y el acceso a cuentas de pago básicas, reconoce el derecho de los consumidores de contar con servicios financieros, aunque no se trata de un derecho absoluto, ya que el banco se puede negar a abrir una cuenta, o decidir cerrarla, si el cliente incumple la normativa de prevención del LA/FT o abusa de su derecho, cometiendo fraude contra el banco⁶⁴. Lo mismo ocurre en Canadá, a partir de lo dispuesto en su *Bank Act*⁶⁵. Por último, y particularmente en relación con las remesadoras de dinero, la Directiva 2015/2366/EU, de 2015, sobre servicios de pago en el mercado interior, establece que los bancos deben proveer servicios sin obstáculos y de manera eficiente a esos clientes, de modo que, si una entidad de crédito rechaza prestar dichos servicios, debe entregar a las autoridades las razones que han motivado su negativa⁶⁶.

CONCLUSIONES

1. En el marco del EBR, los bancos deben, en primer lugar, identificar y valorar las relaciones de negocios que establecen en función del riesgo de LA/FT que estas representan. Luego, a partir de dicha valoración, el régimen jurídico de prevención contempla la aplicación de medidas adicionales de DDC para gestionar y monitorear aquellos vínculos comerciales de mayor riesgo de LA/FT. Precisamente, al desempeñar estas tareas los bancos han tomado la decisión, en determinados casos, de evitar los riesgos de LA/FT en vez de gestionarlos, dando lugar al fenómeno del *de-risking*. El principal motivo que genera dicha práctica parece radicar en los costos económicos que implica la regulación de prevención del LA/FT, de tal manera que, cuando se opta por el *de-risking*, se estaría haciendo primar dichos costos frente a los menores beneficios que parece representar para los bancos el cumplimiento de las medidas de prevención de estos delitos.

2. En cuanto a las consecuencias atribuidas tradicionalmente al *de-risking*, el GAFI ha señalado que, cuanta más cobertura posea un sistema financiero, mayores son las posibilidades de prevenir eficazmente el LA/FT. Luego, sostiene que, si una persona (natural o jurídica) no tiene acceso al sistema, hay más probabilidades de que utilice canales financieros informales, con lo que se incrementaría el riesgo asociado a la comisión de estos delitos. Lo indicado por el GAFI evidencia la necesidad de reflexionar acerca de los verdaderos efectos que el *de-risking* puede provocar en materia de prevención del LA/FT, los cuales no coinciden necesariamente con los que indica dicho organismo. En todo caso, el GAFI tiene razón cuando

⁶³ Véase la nota anterior.

⁶⁴ Artículo 16.4, Directiva 2014/92/EU, de 2014.

⁶⁵ SC 1991, c 46, s 448.1(1).

⁶⁶ Artículo 36, Directiva 2015/2366/EU, de 2015.

señala que, mientras menos sujetos migren hacia la informalidad, existen más posibilidades de control y, en consecuencia, de detectar eventuales operaciones sospechosas de LA/FT.

3. Para afrontar adecuadamente el fenómeno del *de-risking* es necesario analizar de manera particular la situación de cada una de las categorías de clientes que pueden verse enfrentadas a esta práctica y plantear soluciones que se adapten a su realidad, en relación con los costos que los bancos han de asumir en estos supuestos. Entre las categorías de clientes a las que se les ha aplicado el *de-risking* en el extranjero, se cuentan los bancos representados; las organizaciones sin fines de lucro; los servicios de transferencia de dinero; y, los clientes que no cuentan con documentación de identidad u otros antecedentes fácilmente comprobables, como suele suceder con inmigrantes y refugiados. En Chile, las casas de cambio, las remesadoras de dinero y los operadores de criptomonedas han sido objeto de *de-risking*. En consecuencia, esta práctica ha afectado a sectores muy diversos, aunque todos ellos poseen una característica en común, dada por el mayor riesgo de LA/FT que representan para los bancos, a la luz de lo establecido por el GAFI, por lo que dichas entidades de crédito debieran aplicar medidas de DDC reforzadas a su respecto. En ese contexto, los bancos han considerado a estos clientes poco rentables. Esta circunstancia permite confirmar la idea de que esta práctica surge en el contexto del EBR, a propósito de la aplicación de las medidas de DDC, y que está basada esencialmente en los costos que conlleva para los bancos el cumplimiento de la normativa de prevención del LA/FT.

4. Dentro de las posibles soluciones que pueden formularse para afrontar el *de-risking*, particularmente respecto de aquellos clientes más vulnerables, se cuenta la provisión de productos y servicios bancarios básicos, con un uso restringido a partir de determinados límites de frecuencia y cantidad en las operaciones. Por otra parte, la incorporación expresa en la normativa de prevención del LA/FT de la aclaración realizada por el GAFI, en el sentido de que los bancos no están obligados a “conocer a los clientes de sus clientes”, también puede ayudar a evitar esta práctica en el caso de las relaciones de correspondencia, las organizaciones sin fines de lucro, las casas de cambio, las remesadoras de dinero y los operadores de criptomonedas. Respecto de estas tres últimas categorías de clientes, la formulación de una normativa adecuada en materia de LA/FT y una fiscalización suficiente respecto de su cumplimiento también pueden contribuir a prevenir el *de-risking*. Por último, al momento de plantear soluciones a esta problemática, no hay que olvidar que, por regla general, los bancos tienen la facultad de decidir con quién mantienen relaciones comerciales. A fin de proteger a los clientes, especialmente frente a supuestos de *de-risking* injustificado, conviene reflexionar en torno a la posibilidad de elaborar normativa, como la europea y canadiense, que reconozca expresamente, y regule en detalle, el derecho de los consumidores a contar con servicios financieros y que obligue a las entidades de crédito a justificar su negativa a prestarlos, cuando corresponda.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AAMO, Bjørn (2012): “Promoting Financial Inclusion through Proportionate Standards and Guidance”. Disponible en: http://www.fatf-gafi.org/publications/fatfgeneral/documents/fatfs_focusonfinancialinclusionprotectingtheintegrityoftheglobalfinancialsystem.html. Fecha de consulta: 2 de abril de 2019.
- ALARCÓN, Antonio (2016): *Manual Teórico-Práctico del Compliance Officer* (Madrid, Sepin).
- ARTAZA, Osvaldo (2013): “Sistemas de prevención de delitos o programas de cumplimiento. Breve descripción de las reglas técnicas de gestión del riesgo empresarial y su utilidad en sede jurídico penal”, *Política Criminal*, vol. 8, N° 16: pp. 544-573.
- ASOCIACIÓN DE SUPERVISORES BANCARIOS DE LAS AMÉRICAS (ASBA) (2017): “Una visión general sobre el de-risking: causas, efectos y soluciones”. Disponible en: <http://www.asbasupervision.com/es/bibl/i-publicaciones-asba/i-2-otros-reportes/1597-una-vision-general-sobre-el-de-risking-causas-efectos-y-soluciones/file>. Fecha de consulta: 2 de abril de 2019.
- AYALA DE LA TORRE, José María (2016): *Compliance. Claves Prácticas* (Madrid, Francis Lefebvre).
- BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION (2016): Sound Management of risk related to money laundering and financing of terrorism. Disponible en: <https://www.bis.org/bcbs/publ/d353.pdf>. Fecha de consulta: 2 de abril de 2019.
- BEDECARRATZ, Francisco (2018): “Riesgos delictivos de las monedas virtuales: Nuevos desafíos para el derecho penal”, *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, vol. 7, N° 1: pp. 79-105.
- BRUÑEN, Francisco (2017): “La prevención del fraude y de la corrupción”, en PUYOL, Javier (dir.), *Guía para la implantación del Compliance en la empresa* (Barcelona, Bosch-Wolters Kluwer) pp. 175-208.
- CARBAYO, Francisco (2016): “Abogados, Riesgos Legales y Compliance”, *Diario La Ley*, N° 8702, Ref. D-68.
- CARRAU, Rafael (2016): *Compliance para Pymes* (Valencia, Tirant lo Blanch).
- COCA, Ivó (2013): “¿Programas de Cumplimiento Normativo como forma de autorregulación regulada?”, en SILVA, Jesús María (dir.) y MONTANER, Raquel (coord.), *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas* (Barcelona, Atelier) pp. 43-76.
- COMITÉ DE SUPERVISIÓN BANCARIA DE BASILEA (2001): “Debida diligencia con la clientela de los bancos”. Disponible en: www.bis.org. Fecha de consulta: 2 de abril de 2019.
- COMMITTEE ON PAYMENTS AND MARKET INFRASTRUCTURES (2016): “Consultative Report. Correspondent Banking”. Disponible en: www.bis.org. Fecha de consulta: 2 de abril de 2019.
- CUEVAS, Cristián (2016): “Una nueva mirada a la inclusión financiera en Chile”, *Estudios Públicos*, vol. 143: pp. 77-107.
- DEL CID, Juan Miguel (2007): *Blanqueo internacional de capitales. Cómo detectarlo y prevenirlo* (Barcelona, Deusto).

- DE KOKER, Louis; SINGH, Supriya; y, CAPAL, Jonathan (2017): “Closure of Bank Accounts of Remittance Service Providers: Global Challenges and Community Perspectives in Australia”, *University of Queensland Law Journal*, vol. 36, N° 1: pp. 119-154.
- DURNER, Tracey y SHETRET, Liat (2015): “Bank de-risking and its effects on financial Inclusion. An exploratory study”. Disponible en: https://www.oxfam.org/sites/www.oxfam.org/files/file_attachments/rr-bank-de-risking-181115-en_0.pdf. Fecha de consulta: 2 de abril de 2019.
- ENSEÑAT, Sylvia (2016): *Manual del Compliance Officer* (Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi).
- FUJII-RAJANI, Riki (2017): “Money Remitters Left out in the Cold: Blanket De-Risking Policies, Counterterrorism and Government Intervention in New Zealand”, *Auckland University Law Review*, vol. 23: pp. 204-234.
- GEIGER, Hans y WUENSCH, Oliver (2006): “The Fight Against Money Laundering-An Economic Analysis of a Cost-Benefit Paradoxon”. Disponible en: http://www.hansgeiger.ch/files/060929_AmlEconomicAnalysis.pdf. Fecha de consulta: 2 de abril de 2019.
- GREENBERG, Theodore y otros (2009): “Stolen Asset Recovery. Politically Exposed Persons. A Policy Paper on Strengthening Preventive Measures”. Disponible en: <http://siteresources.worldbank.org/EXTSARI/Resources/5570284-1257172052492/PEPs-ful.pdf?resourceurlname=PEPs-ful.pdf>. Fecha de consulta: 2 de abril de 2019.
- GÓMEZ, Iñigo (2017): “Diseño de un sistema de *Compliance*”, en PUYOL, Javier, *Guía para la implantación del Compliance en la empresa* (Barcelona, Bosch-Wolters Kluwer) pp. 175-208.
- GRUPO DE ACCIÓN FINANCIERA INTERNACIONAL (2017): “Anti-Money Laundering and Terrorist Financing measures and Financial Inclusion. With a Supplement on Customer Due Diligence”. Disponible en: <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/content/images/Updated-2017-FATF-2013-Guidance.pdf>. Fecha de consulta: 2 de abril de 2019.
- GRUPO DE ACCIÓN FINANCIERA INTERNACIONAL (2016): “FATF Guidance on Correspondent Banking Services”. Disponible en: <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/Guidance-Correspondent-Banking-Services.pdf>. Fecha de consulta: 2 de abril de 2019.
- GRUPO DE ACCIÓN FINANCIERA INTERNACIONAL (2016a): “Guidance on a Risk Based Approach for Money or Value Transfer Services”. Disponible en: <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/Guidance-RBA-money-value-transfer-services.pdf>. Fecha de consulta: 2 de abril de 2019.
- GRUPO DE ACCIÓN FINANCIERA INTERNACIONAL (2015): “FATF takes action to tackle de-risking”. Disponible en: <http://www.fatf-gafi.org/publications/fatfrecommendations/documents/fatf-action-to-tackle-de-risking.html>. Fecha de consulta: 2 de abril de 2019.
- GRUPO DE ACCIÓN FINANCIERA INTERNACIONAL (2015a): “Drivers for “de-risking” come beyond anti-money laundering/terrorist financing”. Disponible en: <http://www.fatf-gafi.org/documents/news/derisking-goes-beyond-amlcft.html>. Fecha de consulta: 2 de abril de 2019.
- GRUPO DE ACCIÓN FINANCIERA INTERNACIONAL (2015b): “Dialogue with the Private Sector”. Disponible en <http://www.fatf-gafi.org/documents/news/private-sector-forum-march-2015.html>. Fecha de consulta: 2 de abril de 2019.

- GRUPO DE ACCIÓN FINANCIERA INTERNACIONAL (2015c): “Best Practices Paper on Combating the Abuse of Non-Profit Organizations”. Disponible en: http://www.fatf-gafi.org/publications/fatf_recommendations/documents/bpp-combating-abuse-npo.html. Fecha de consulta: 2 de abril de 2019.
- GRUPO DE ACCIÓN FINANCIERA INTERNACIONAL (2015d): “Directrices para un enfoque basado en riesgo”. Disponible en: https://www.uaf.cl/asuntos/docs_gafi.aspx?id=3. Fecha de consulta: 2 de abril de 2019.
- GRUPO DE ACCIÓN FINANCIERA INTERNACIONAL (2014): “FATF clarifies risk-based approach: case by case, not wholesale de-risking”. Disponible en: http://www.fatf-gafi.org/publications/fatf_general/documents/rba-and-de-risking.html. Fecha de consulta: 2 de abril de 2019.
- GRUPO DE ACCIÓN FINANCIERA INTERNACIONAL (2014a): “Guidance for a Risk-Based Approach. The Banking Sector”. Disponible en: <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/Risk-Based-Approach-Banking-Sector.pdf>. Fecha de consulta: 2 de abril de 2019.
- GRUPO DE ACCIÓN FINANCIERA INTERNACIONAL (2014b): “Risk of Terrorist Abuse in Non-Profit Organisations”. Disponible en: <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/Risk-of-terrorist-abuse-in-non-profit-organisations.pdf>. Fecha de consulta: 2 de abril de 2019.
- GRUPO DE ACCIÓN FINANCIERA INTERNACIONAL (2014c): “Informe del GAFI. Monedas Virtuales. Definiciones Claves y Riesgos Potenciales de LA/FT”. Disponible en: <https://www.uaf.cl/asuntos/descargar.aspx?arid=961>. Fecha de consulta: 2 de abril de 2019.
- GRUPO DE ACCIÓN FINANCIERA INTERNACIONAL (2013a): “Money Laundering and Terrorist Financing Measures and Financial Inclusion”. Disponible en: http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/AML_CFT_Measures_and_Financial_Inclusion_2013.pdf. Fecha de consulta: 2 de abril de 2019.
- GRUPO DE ACCIÓN FINANCIERA INTERNACIONAL (2012): “Estándares internacionales sobre la lucha contra el lavado de activos, el financiamiento del terrorismo y el financiamiento de la proliferación de armas de destrucción masiva. Las Recomendaciones del GAFI”. Disponible en: http://www.gafilat.org/UserFiles/documentos/es/Las_Nuevas_40_Recomendaciones.pdf. Fecha de consulta: 2 de abril de 2019.
- GRUPO DE ACCIÓN FINANCIERA INTERNACIONAL (2007): “Guidance on the Risk-Based Approach to Combating Money Laundering and Terrorist Financing. High Level Principles and Procedures”. Disponible en: <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/High%20Level%20Principles%20and%20Procedures.pdf>. Fecha de consulta: 2 de abril de 2019.
- HOWARD, Cory (2017): “Financial Crime Compliance Self- Governance: Applying the Faragher Defense to Bank Secrecy Act/Anti-Money Laundering Violations”, *The University of Memphis Law Review*, vol. 48: pp. 45-82.
- HOWARD, Cory (2017a): “Warding off Scylla and Charybdis: The Conflicts Financial Institutions face in the Context of BSA/AML and Fair Lending Responsibilities”, *Business & Bankruptcy Law Journal*, vol. 207: pp. 207-220.

- BIBLIOTECA DE CONGRESO NACIONAL (2019): “Historia de la ley 21.130, moderniza la legislación bancaria”. Disponible en: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/historia-de-la-ley/vista-expandida/7613/> Fecha de consulta: 19 de agosto de 2019.
- INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE (2016): “Rethinking Trade & Finance. ICC Global Trade Finance Survey Report 2016”. Disponible en: http://store.iccwbo.org/content/uploaded/pdf/ICC_Global_Trade_and_Finance_Survey_2016.pdf. Fecha de consulta: 2 de abril de 2019.
- LEWIS, Daniel (2016): “Keynote speech ESAAMLG Public/Private Sector Dialogue”. Disponible en: <http://www.fatf-gafi.org/publications/fatfgeneral/documents/keynote-esaaamlg-public-private-sector.html>. Fecha de consulta: 2 de abril de 2019.
- LÓPEZ, Óscar (2017): “Gestión del riesgo de *Compliance* y su control”, en PUYOL, Javier, *Guía para la implantación del Compliance en la empresa* (Barcelona, Bosch-Wolters Kluwer, Barcelona) pp. 235-253.
- MARNEFFE, Wim y VERECK, Lode (2011): “The meaning of regulatory costs”, *European Journal of Law and Economics*, vol. 32, N° 3: pp. 341-356.
- MARIÑO, Gladys; CHAPARRO, Fidela; y SANDOVAL, Inelia (2014): “Determinantes en la prevención del riesgo para el lavado de activos y la financiación del terrorismo (LA/FT) en el sector real”, *Ad-Minister*, N° 25: pp. 7-35.
- NADAL, Emilio (2016): “Banca de corresponsalía, *de-risking* y blanqueo de capitales”. Disponible en: <https://repositorio.comillas.edu/xmlui/bitstream/handle/11531/15574/TFM000567.pdf?sequence=1>. Fecha de consulta: 2 de abril de 2019.
- NEUMANN, Peter (2017): “Don’t Follow the Money: The Problem with the War of Terrorist Financing”, *Foreign Affairs*, vol. 96: pp. 93-102.
- NEIRA, Ana María (2016): “La efectividad de los *criminal compliance programs* como objeto de prueba en el proceso penal”, *Política Criminal*, vol. 11, N° 22: pp. 467-520.
- NIETO, Adán (2015): “El Cumplimiento Normativo”, en NIETO, Adán y otros (2015): *Manual de Cumplimiento Penal en la Empresa* (Valencia, Tirant lo Blanch) pp. 25-48.
- ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD) (2014): “OECD Regulatory Compliance Cost Assessment Guidance”. Disponible en: <https://www.normenkontrollrat.bund.de/resource/blob/244032/444040/bb5c3d481212a08f42ccd07e0edc471e/oecd-regulatory-compliance-cost-guidance-data.pdf>. Fecha de consulta: 2 de abril de 2019.
- ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD) (2013): “Financial Literacy and Inclusion. Results of OECD /INFE Survey Across Countries and by Gender”. Disponible en: https://www.oecd.org/daf/fin/financial-education/TrustFund2013_OECD_INFE_Fin_Lit_and_Incl_SurveyResults_by_Country_and_Gender.pdf. Fecha de consulta: 2 de abril de 2019.
- ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD) y INTERNATIONAL GATEWAY FOR FINANCIAL EDUCATION (INFE) (2012): “High-level principles on national strategies for financial education”. Disponible en: http://www.oecd.org/daf/fin/financial-education/OECD_INFE_High_Level_Principles_National_Strategies_Financial_Education_APEC.pdf. Fecha de consulta: 2 de abril de 2019.

- OLAYA, Cristina y SÁNCHEZ, Ana Luisa (2017): *Compliance. Guía Práctica de identificación, análisis y evaluación de riesgos* (Cizur Menor, Thomson Aranzadi).
- PIÑA, Juan Ignacio (2012): *Modelos de prevención de delitos en la empresa* (Santiago, Thomson Reuters-Abeledo Perrot).
- ROSS, Stuart y HANNAN, Michelle (2007): “Money laundering regulation and risk-based decision making”, *Journal of Money Laundering Control*, vol. 10, N° 1: pp. 106-115.
- SÁNCHEZ, Emilio (2006): “Estrategias de investigación en los delitos económicos complejos. La criminalidad económica organizada”, en GIMENO, Miguel Ángel, *Derecho penal económico. Estudios de Derecho judicial* (Madrid, Consejo General del Poder Judicial) pp. 11-48.
- SÁNCHEZ, Emilio (2002): “Blanqueo de capitales en el sector bancario y corrupción. Aspectos prácticos”, en FERRÉ, Juan Carlos, *Blanqueo de dinero y corrupción en el sistema bancario. Delitos financieros, fraude y corrupción en Europa*, vol. II (Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca) pp. 305-342.
- SAPERSTEIN, Lanier; SANT, Geoffrey; y NG, Michelle (2015): “The Failure of Anti-Money Laundering Regulation: Where is the Cost-Benefit Analysis”. Disponible en: https://scholarship.law.nd.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1015&context=ndlr_online. Fecha de consulta: 2 de abril de 2019.
- SEPBLAC (2007): “Guía para la prevención del riesgo de blanqueo de capitales en banca de corresponsales”. Disponible en www.sepblac.es. Fecha de consulta: 2 de abril de 2019.
- STANLEY, Rebecca y BUCKLEY, Ross (2016): “Protecting the West, excluding the rest: the impact of the AML/CFT regime on financial inclusion in the Pacific and potential responses”, *Melbourne Journal of International Law*, vol. 17, N° 1: pp. 1-22.
- SUPERINTENDENCIA DE BANCOS E INSTITUCIONES FINANCIERAS (SBIF) (2016): “Informe de Inclusión Financiera”. Disponible en: https://www.sbif.cl/sbifweb3/internet/archivos/publicacion_11243.pdf. Fecha de consulta: 2 de abril de 2019.
- THOMSON REUTERS (2018): “Revealing the true cost of financial crime. 2018 survey report”. Disponible en: <https://risk.thomsonreuters.com/content/dam/openweb/documents/pdf/risk/report/true-cost-of-financial-crime-global-focus.pdf>. Fecha de consulta: 2 de abril de 2019.
- TOSO, Ángela (2014): “Prevención del lavado de activos y crédito documentario: ¿a quién debe conocer el banco emisor? Una respuesta desde el Derecho Privado”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, año 21, N° 2: pp. 401-436.
- WILKINS, Roger (2014): “The danger of driving both illicit markets and financial exclusion”. Disponible en: [http://www.fatf-gafi.org/fr/publications/inclusionfinanciere/documents/danger-illicit-markets-financial-exclusion.html?hf=10&tb=0&cs=desc\(fatf_release-date\)](http://www.fatf-gafi.org/fr/publications/inclusionfinanciere/documents/danger-illicit-markets-financial-exclusion.html?hf=10&tb=0&cs=desc(fatf_release-date)). Fecha de consulta: 2 de abril de 2019.
- WORLD BANK GROUP (2017): “Financial Inclusion and Inclusive Growth. A review of Recent Empirical Evidence. Policy Research Working Paper N° 8040”. Disponible en: <http://documents.worldbank.org/curated/en/403611493134249446/pdf/WPS8040.pdf>. Fecha de consulta: 2 de abril de 2019.
- WORLD BANK GROUP (2015): “Report on the G20 Survey on De-risking Activities in the Remittance Market. Working Paper No 101071”. Disponible en: <http://documents.worldbank.org/curated/en/102011493134249446/pdf/WPS101071.pdf>.

worldbank.org/curated/en/679881467993185572/Report-on-the-G20-survey-in-de-risking-activities-in-the-remittance-market. Fecha de consulta: 2 de abril de 2019.

WORLD BANK GROUP (2015a): “Withdrawal from Correspondent Banking; Where, Why, and What to Do About It. Working Paper No 101098”. Disponible en: <http://documents.worldbank.org/curated/en/113021467990964789/pdf/101098-revised-PU-BLIC-CBR-Report-November-2015.pdf>. Fecha de consulta: 2 de abril de 2019.

NORMATIVA CITADA

LEY N° 21.130 (12/01/2019), moderniza la legislación bancaria.

LEY N° 21.000 (23/02/2017), crea la Comisión para el Mercado Financiero.

LEY N° 20.393 (2/12/2009), sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas.

LEY N° 19.913 (18/12/2003), crea la Unidad de Análisis Financiero y modifica diversas disposiciones en materia de lavado y blanqueo de activos.

DECRETO CON FUERZA DE LEY N° 3 (19/12/1997), del Ministerio de Hacienda, que fija el texto refundido, sistematizado y concordado de la Ley General de Bancos.

CIRCULAR N° 49, DE LA UNIDAD DE ANÁLISIS FINANCIERO (3/12/2012), ordenamiento y sistematización de las instrucciones de carácter general impartidas por la Unidad de Análisis Financiero a los sujetos obligados a informar.

CIRCULAR N° 57, DE LA UNIDAD DE ANÁLISIS FINANCIERO (12/6/2017), imparte instrucciones sobre obligaciones de identificación, verificación y registro de datos de beneficiario(s) final(es) de personas y estructuras jurídicas.

CIRCULAR N° 59, DE LA UNIDAD DE ANÁLISIS FINANCIERO (24/5/2019), introduce modificaciones a la Circular N° 49, de 2012.

CAPÍTULO 1-14 DE LA RECOPIACIÓN ACTUALIZADA DE NORMAS DE LA COMISIÓN PARA EL MERCADO FINANCIERO.

DIRECTIVA 2014/92/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO (DOUE L 257/214, 28/8/2014), sobre la comparabilidad de las comisiones conexas a las cuentas de pago, el traslado de cuentas de pago y el acceso a cuentas de pago básicas.

DIRECTIVA 2015/2366/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO (DOUE L 337/35, 23/12/2015), sobre servicios de pago en el mercado interior y por la que se modifican las Directivas 2002/65/CE, 2009/110/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) no 1093/2010 y se deroga la Directiva 2007/64/CE.

Bank Act, SC 1991, c 46, s 448.1(1).

JURISPRUDENCIA CITADA

ORIONX SPA CON BANCO DEL ESTADO DE CHILE (2018): Corte Suprema, 3 de diciembre de 2018 (recurso de protección), disponible en: <http://www.pjud.cl/documents/396729/0/CRIPOTOMONEDAS+SUPREMA.pdf/28b2de48-abb6-4173-8eac-c911177e018a>. [Fecha de consulta: 2 de abril de 2019].

SURBTC SPA CON BANCO ITAÚ CORPBANCA (2018): Corte de Apelaciones de Santiago, 25 de julio de 2018 (recurso de protección), disponible en: <http://corte.poderjudicial.cl/SITCORTEPORWEB/> [Fecha de consulta: 2 de abril de 2019].

ORIONX SPA CON BANCO DEL ESTADO DE CHILE (2018): Corte de Apelaciones de Santiago, 11 de julio de 2018 (recurso de protección), disponible en: http://corte.poderjudicial.cl/SITCORTEPORWEB/DownloadFile.do?TIP_Documento=3&TIP_Archivo=3&COD_Opcion=1&COD_Corte=90&CRR_IdTramite=22867108&CRR_IdDocumento=20288912 [Fecha de consulta: 2 de abril de 2019].

CRYPTOMKT SPA CON BANCO SCOTIABANK CHILE S.A. (2018): Corte de Apelaciones de Santiago, 27 de junio de 2018 (recurso de protección), disponible en: <http://corte.poderjudicial.cl/SITCORTEPORWEB/> [Fecha de consulta: 2 de abril de 2019].

INTERVALORES CORREDORES DE BOLSA LIMITADA CON BANCO BILBAO VISCAYA ARGENTARIA CHILE (2017): Corte de Apelaciones de Santiago, 4 de enero de 2017 (recurso de protección) en *VLex*, Código de búsqueda: VLEX-656836133, Fecha de consulta: 2 de abril de 2019.

BREDENKAMP V. STANDARDBANK, (4) SA 468 (SCA) (2010).

E.A.G.Y. CON BANCO SANTANDER-CHILE (2010): Corte de Apelaciones de Santiago, 10 de septiembre de 2010 (recurso de protección) en *VLex*, Código de búsqueda VLEX-233669159, Fecha de consulta: 2 de abril de 2019.

E-TRANSINTERNATIONALFINANCELTD V. KIWIBANK LTD, 3 NZLR 241(2016).

HLONGWANEAND OTHERS V. ABSA BANK LIMITED AND ANOTHER, 75782/13, ZAGPPHC938 (2016).

V.L.C.M. CON BANCO ITAÚ (2016): Corte de Apelaciones de Santiago, 17 de octubre de 2016 (recurso de protección) en *VLex*, Código de búsqueda: VLEX-653061893, Fecha de consulta: 2 de abril de 2019.

J.A.L.F CON BANCO EDWARDS CITY (2014): Corte de Apelaciones de Valparaíso, 28 de abril de 2014 (recurso de protección) en *VLex*, Código de búsqueda: VLEX-580977286, Fecha de consulta: 2 de abril de 2019.

J.V.G.R. CON BANCO DE CRÉDITO E INVERSIONES (2014): Corte Suprema de Santiago, 28 de agosto de 2014 (apelación recurso de protección) en *VLex*, Código de búsqueda: VLEX-525960718, Fecha de consulta: 2 de abril de 2019.

AFEX TRANSFERENCIAS Y CAMBIOS LTDA. Y OTRO CONTRA BANCO DE CHILE (2013): Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, sentencia N° 129/2013, causa Rol C-201-10, 2 de mayo de 2013.

DAHABSHILTRANSFERSERVICES LTD. V. BARCLAYS BANK PLC, EWHC 3379 (Ch) (2013).

EL DERECHO A SER INFORMADO SOBRE LOS ASUNTOS DE INTERÉS PÚBLICO: DEFENSA DE LOS JUICIOS PARALELOS EN CHILE. PROBLEMAS Y SOLUCIONES

THE RIGHT TO BE INFORMED ON PUBLIC INTEREST ISSUES: DEFENSE OF PARALLEL JUDGMENTS IN CHILE. PROBLEMS AND SOLUTIONS

CARMEN DROGUETT GONZÁLEZ*
NATHALIE WALKER SILVA**

RESUMEN: El artículo explora los denominados juicios paralelos o mediáticos y su reconocimiento en Chile, con el objetivo de descartar las posturas que refutan su legalidad, fundadas en el menoscabo del derecho a la presunción de inocencia y de las garantías de independencia e imparcialidad del juez o tribunal que conoce de un proceso penal. Como conclusión general, se postula que ello no se verifica en hipótesis donde los derechos y garantías son ejercidos correctamente, especialmente, al interior de un gobierno abierto, que promueva la transparencia, la rendición de cuentas de las autoridades y la participación ciudadana en la toma de decisiones.

Palabras clave: juicios paralelos, libertad de información, independencia, imparcialidad, presunción de inocencia.

ABSTRACT: The article explores the so-called parallel or mediatic judgments and their recognition in Chile. This, in order to discard the positions that refute its legality based on the impairment of the right to the presumption of innocence and guarantees of the independence and impartiality of the judge or court that is aware of a criminal process. As a general conclusion, it is postulated that this does not occur in hypotheses where rights and guarantees are exercised correctly, especially within an open government that promotes transparency, accountability of the authorities and citizen participation in decision-making.

Key words: parallel judgments, freedom of information, independence, impartiality, presumption of innocence.

* Doctora en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesora de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho, Universidad Andrés Bello. Dirección postal: Bellavista 0121, Providencia, Santiago. Dirección electrónica: carmen.droguett@unab.cl.

** Doctora en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesora investigadora, Facultad de Derecho, Universidad Andrés Bello. Dirección postal: Bellavista 0121, Providencia, Santiago. Dirección electrónica: nathalie.walker@unab.cl.

Este trabajo se enmarca en el proyecto interno de investigación "Jorge Millas", DI-07-2019/JM, denominado: "Libertad de información y debido proceso en casos de interés público. Análisis de la jurisprudencia constitucional chilena, española e internacional para el establecimiento de criterios que permitan delimitar la libertad de informar en la etapa prejudicial".

I. LA IMPORTANCIA DE LA INFORMACIÓN PARA UN GOBIERNO TRANSPARENTE

Vivimos en una sociedad de la información y, por tanto, en una sociedad dependiente de la comunicación¹. En ella son fundamentales los medios de comunicación y la contribución a la participación ciudadana que éstos realizan por medio de la difusión de hechos de interés público. Sin embargo, en la práctica, solemos olvidarnos de ello e imputar *a priori* a los medios de comunicación la responsabilidad por el menoscabo de los derechos de quienes son partícipes de los hechos que transmiten, con el consecuente enjuiciamiento y valoración negativa de su conducta².

Una clara muestra de lo anterior, es lo que acontece con la difusión de información vinculada a ilícitos penales y, en particular, aquella que involucra a funcionarios públicos y a personas con connotación pública (e incluso, sin ella)³. Así sucedió, por ejemplo, con las circunstancias en que se vio envuelta la doctora María Luisa Cordero en el año 2013, quien, en el marco de la realización de un programa de televisión sobre licencias falsas fue grabada –sin su consentimiento– con una cámara oculta en su oficina⁴. O el contexto que, en el año 2014 vinculó a Sergio Landskron a la explosión de una bomba en el Barrio Yungay de Santiago⁵. O el hecho delictual que el año 2017 provocó que una mujer perdiera sus ojos y que, posteriormente se vio expuesta a que un programa de televisión diera a conocer

¹ SÁNCHEZ (1996) p. 7.

² En este punto, cabe destacar la opinión de Tomás Aliste Santos, quien afirma que “[h]allar certeza en el aluvión de afirmaciones factuales que la industria de los *mass media* y las redes comunicativas vertiginosamente producen a cada instante es empresa harto dificultosa en nuestro tiempo, y, ciertamente la verdad ha ido progresivamente diluyéndose en un modelo informativo globalizado en el cual el fin que orienta el mensaje ya no es tanto ofrecer información veraz como ofrecer a la opinión pública un relato persuasivo en torno a los hechos sin que necesariamente se infiera en adecuada relación de correspondencia” ALISTE (2018) p. 42.

³ Un interesante estudio sobre la estructura general utilizada por los periódicos para ordenar información, puede verse en ORSI (2018) pp. 59-100.

⁴ En este sentido, véase el *lead* y notas vinculadas a la Sra. Cordero publicadas en los sitios electrónicos que a continuación se indican: “Doctora Cordero no se ‘averguena’”, [www.lanacion.cl](http://lanacion.cl) (13/08/2003). Disponible en: <http://lanacion.cl/2003/08/13/doctora-cordero-no-se-averguena/>. Fecha de consulta: 7 de mayo de 2019. “Colegio médico expulsa a doctora Cordero”; www.emol.com (12/06/2004). Disponible en: <https://www.emol.com/noticias/nacional/2004/06/11/150060/colegio-medico-expulsa-a-doctora-cordero.html>. Fecha de consulta: 7 de mayo de 2019. “El triste prontuario de la doctora Cordero”; www.radiozero.cl (08/07/2017). Disponible en: <https://www.emol.com/noticias/nacional/2004/06/11/150060/colegio-medico-expulsa-a-doctora-cordero.html>. Fecha de consulta: 7 de mayo de 2019.

⁵ En este sentido, véase el *lead* y notas vinculadas al Sr. Sergio Landskron en los sitios electrónicos que a continuación se indican: “Familiares de Sergio Landskron descartan su vínculo con ‘grupo terrorista’ y aseguran que fue víctima de bombazo”; www.elmostrador.cl (25/09/2014). Disponible en: <https://m.elmostrador.cl/noticias/pais/2014/09/25/familiares-de-sergio-landskron-descartan-que-estuviera-vinculado-a-grupo-terrorista-y-aseguran-que-fue-victima-de-bombazo/>. Fecha de consulta: 7 de mayo de 2019; “Video: Captan momento en que hombre se quema tras explotar artefacto en Barrio Yungay”, www.puranoticia.cl (25/09/2014). Disponible en: <https://www.puranoticia.cl/front/contenido/2014/09/25/113850/video-captan-momento-en-que-hombre-se-quema-tras-explotar-artefacto-en-barrio-yungay.php>. Fecha de consulta: 7 de mayo de 2019; “Temor en el centro de Santiago Chile: manipulaba una bomba casera, le estalló en la cara y murió en el acto”, www.elclarin.com (26/09/2014). Disponible en: https://www.clarin.com/mundo/Chile-manipulaba-casera-estallo-murio_0_S1HSZSt9DQl.html. Fecha de consulta: 7 de mayo de 2019.

detalles de su vida íntima⁶. O los hechos que a la fecha involucran a ex funcionarios de Carabineros de Chile con la muerte del comunero mapuche Camilo Catrillanca⁷. Hechos de este tipo son incluidos en periódicos de circulación nacional u otros medios escritos, en noticieros y en redes sociales, lo que provoca inmediatas reacciones en la opinión pública y que da paso al surgimiento de un juicio mediático –paralelo al desarrollo del proceso judicial– y que puede afectar derechos y garantías de quienes han protagonizado los hechos que son objeto de la información que se difunde.

La realidad nos demuestra que los juicios paralelos surgen antes de los procesos judiciales o durante su desarrollo. Es precisamente en el segundo caso, esto es, en su dimensión extraprocesal, donde –estimamos– estaría realmente su eventual compromiso con la afectación de derechos fundamentales, en cuanto podría entenderse –erróneamente– que el sujeto no contaría con garantías suficientes frente a un ejercicio de la libertad de información sobre hechos de interés público⁸.

En vista de lo anterior, es preciso señalar que este trabajo no aborda el análisis de las restricciones a la publicidad de la investigación respecto de terceros, del imputado y demás intervinientes para el éxito de la investigación (o las que son producto del secreto de sumario en los casos que el antiguo sistema procesal penal se mantiene vigente), ni las medidas de reserva de información. En el primer supuesto, estamos en presencia de medidas judiciales internas que forman parte del proceso –no extraprocesales– y que se encuentran expresamente regladas en el ordenamiento jurídico y, en el segundo supuesto, de excepciones legales a la publicidad que se ajustarían a los requisitos de constitucionalidad que fija el artículo 8° de la Constitución chilena y que limitan el principio de publicidad. Tal es el caso de los artículos 81, 274 c), 276, 277, 361, 375, 380 y 431 del Código Orgánico de

⁶ En este sentido, véase notas vinculadas en los sitios electrónicos que a continuación se indican: “Nabila Rifo demandó a Canal 13, a Tonka Tomicic y al ex director de ‘Bienvenidos’”, www.cooperativa.cl (28/12/2017). Disponible en: <https://www.cooperativa.cl/noticias/entretencion/television/canal-13/nabila-rifo-demando-a-canal-13-a-tonka-tomicic-y-al-ex-director-de/2017-12-28/163358.html>. Fecha de consulta: 7 de mayo de 2019; “Nabila Rifo llega a acuerdo extrajudicial con Canal 13 tras divulgación de su ficha ginecológica”, www.elmostrador.cl (08/06/2018). Disponible en: <https://m.elmostrador.cl/dia/2018/06/08/nabila-rifo-llega-a-acuerdo-extrajudicial-con-canal-13-tras-divulgacion-de-su-ficha-ginecologica/>. Fecha de consulta: 7 de mayo de 2019.

⁷ En este sentido, véase notas vinculadas al caso en los sitios electrónicos que a continuación se indican: “Los pasos del caos en el caso Catrillanca”, www.pautapunto.cl (20/12/2018). Disponible en: <https://www.pauta.cl/politica/paso-a-paso-del-caso-en-el-homicidio-camilo-catrillanca>. Fecha de consulta: 7 de mayo de 2019. “Menor del caso Catrillanca ‘Querí que te mate como a tu peñí’, me dijeron” (11/03/2019). Disponible en: <http://lanacion.cl/2019/03/11/menor-del-caso-catrillanca-queri-que-te-mate-como-a-tu-peni-me-dijeron/>. Fecha de consulta: 7 de mayo de 2019.

Si tomamos un par de buenos ejemplos del ámbito español, tenemos el caso Alcàsser, del año 1997, surgido del secuestro, violación, tortura y asesinato de tres adolescentes del municipio valenciano de Alcàsser, y el de Dolores Vázquez, del año 2003, tras su indebido procesamiento por el asesinato de Rocío Wanninkhof. Sobre el caso Alcàsser, véase “25 años del crimen de Alcàsser”, www.elpais.com (13/11/2017). Disponible en: https://elpais.com/elpais/2017/11/12/album/1510500183_634784.html. Fecha de consulta: 7 de mayo de 2019. Sobre el caso de Dolores Vázquez véase “La Audiencia rechaza indemnizar con cuatro millones a Dolores Vázquez”, www.elpais.com (23/10/2012). Disponible en: https://elpais.com/sociedad/2012/10/23/actualidad/1350994173_584629.html. Fecha de consulta: 7 de mayo de 2019. Asimismo, véase “Dolores Vázquez, un caso que sigue abierto 15 años después”, www.elmundo.es (13/10/2014). Disponible en: <https://www.elmundo.es/andalucia/2014/10/13/543bb3f0ca4741a3338b4580.html>. Fecha de consulta: 7 de mayo de 2019.

⁸ Sobre la complejidad y extensión de la que dan cuenta los juicios paralelos, véase LETURIA (2018) pp. 26-29.

Tribunales; de los artículos 92, 182, 289 y 463 del Código Procesal Penal; del artículo 86 de la Ley N° 19.947, que establece la nueva ley de matrimonio civil; del artículo 28 y 29 de la Ley N° 19.620, que dicta normas sobre adopción de menores y del artículo 33 de la Ley N° 19.733, sobre libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo⁹.

La constante difusión de información vinculada a ilícitos penales y, con ello, de datos que darán lugar a una investigación policial, así como las dudas que surgen en torno a la legalidad de los denominados “juicios paralelos” hace necesario precisar su contenido y, consecuentemente, los límites al ejercicio de la libertad de informar. Ello, con la finalidad de descartar aquellas posturas que objetan, en todo supuesto y sin distinción, la legalidad de los juicios paralelos, producto del menoscabo de derechos.

Lo anterior resulta primordial al interior de un régimen político democrático, sobre todo si se tiene en cuenta la función que tanto el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos atribuyen a la libertad de información, como el deber que imponen a los Estados de interpretar restrictivamente sus límites, aún de aquellos que puedan ofender, o resultar perturbadores o chocantes¹⁰. En tal sentido, no es posible considerar como democrática a una forma de gobierno si no existe en ella una plena y efectiva participación ciudadana. Y, para participar, es fundamental tener acceso a aquella información que se estima de trascendencia pública¹¹.

En este orden de cosas, un punto de partida implica sostener que información protegida es solo aquella que es obtenida legítimamente. Pero, ¿qué significa legítimamente? ¿Cuál es el límite de la facultad de difundir información tratándose de hechos que, atendido su interés público, darán lugar a juicios paralelos? Aun cuando nuestra Constitución otorga una acotada redacción a la libertad de información, si atendemos al reconocimiento internacional del derecho (particularmente el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos) y la doctrina especializada –tanto nacional como comparada–, concluiremos que son tres las facultades que configuran la libertad de información: la facultad de investigar o buscar información, la facultad de difundir la información y la facultad de recibir dicha información. Entre ellas, la facultad de difundir la información es aquella que tiene relación con la potestad de los medios para propagar o compartir información de interés público, la cual, aun cuando la norma constitucional no lo restringe, es propia o característica de los profesionales de la información más que del sujeto universal o público¹².

⁹ Una situación análoga acontece en España, donde los secretos son precisamente “datos cuya mera obtención está vetada; es decir, informaciones que el ordenamiento prohíbe que salgan del ámbito en que se producen o custodian”. URÍAS (2014) p. 92.

¹⁰ *HERRERA ULLOA vs. COSTA RICA* (2004) párrs. 128 y 129; *TRISTÁN DONOSO vs. PANAMÁ* (2009) párr. 115; *FONTEVECCIA Y D'AMICO vs. ARGENTINA* (2011) párr. 47; TEDH, Caso *LIGENS vs. AUSTRIA* (1986); *THORGEIR THORGEIRSON vs. ISLANDIA* (1992); y *JERUSALEM vs. AUSTRIA* (2001).

¹¹ En este sentido, véase, Opinión Consultiva OC-5/85 sobre la colegiación obligatoria de periodistas; *HERRERA ULLOA vs. COSTA RICA* (2004) párrs. 112 a 116; *TRISTÁN DONOSO vs. PANAMÁ* (2009) párrs. 113 a 115; *CLAUDE REYES Y OTROS vs. CHILE* (2006) párrs. 84 a 86; *KIMEL vs. ARGENTINA* (2008) párrs. 86 a 88; *LÓPEZ LONE Y OTROS vs. HONDURAS* (2015) párrs. 162 a 165; y *OTEGI MONDRAGÓN vs. ESPAÑA* (2008) párrs. 48 a 50.

¹² ORTEGA (2017) p. 109.

El contenido de los derechos fundamentales se ha ido moldeando con el progreso de la civilización¹³. En consecuencia, si bien antaño los medios de comunicación —y en principio la imprenta— incluían solo algunas notas relativas a los procesos judiciales —por cuanto la libertad de información era entendida de modo restringido— hoy las cosas han cambiado y son precisamente los procesos judiciales los que se incluyen en portadas de periódicos, noticieros y programas destinados a periodismo de investigación¹⁴.

Los juicios paralelos hoy son algo inevitable en todo el mundo. Es posible afirmar lo anterior, aun cuando autores como Isabel Huertas, destaquen que, en términos porcentuales, numéricamente los juicios paralelos son escasísimos¹⁵. El problema es que en Chile no existe un reconocimiento normativo expreso de los mismos, razón por la cual su legalidad debe ser examinada a la luz de la delimitación del umbral de protección de los derechos fundamentales en eventual conflicto. Para ello, es esencial sostener que el contenido de los derechos fundamentales no es ilimitado¹⁶. Con ello, somos contrarias a sostener que entre los derechos fundamentales “los hay absolutos como el derecho a la vida y a la integridad física o psíquica, cuya violación no goza de excepciones (por ejemplo, la tortura) y los hay relativos, que deben compatibilizarse con otros derechos merecedores de igual o superior tutela, en cuyo caso si se ejercitan con todas las garantías legales no cabe hablar propiamente de vulneración del derecho fundamental, sino de sacrificio”¹⁷. Para dar respuesta a las exigencias de un caso concreto, sostenemos que en Chile como en otros países, es la delimitación de la libertad de informar, y con ello el cumplimiento de los requisitos para el legítimo ejercicio del derecho, la que permite sostener la legalidad de los juicios paralelos al interior de un gobierno abierto, y defender su contribución a una democracia más participativa. Asimismo, afirmamos que una correcta delimitación de los derechos y garantías fundamentales que —se sostiene— serían menoscabados por los juicios paralelos, permite descartar aquella hipótesis que indica que cada vez que surge un juicio paralelo, tales derechos y garantías son vulnerados. De esta forma, si bien comprendemos que un ataque en contra de estos derechos “implica la sanción del inocente, afecta al sentimiento público sobre la calidad democrática y el buen funcionamiento del sistema judicial y pone en cuestión la igualdad en la aplicación de la ley”¹⁸, sostenemos que ello no ocurre necesariamente en todos los casos en que surge un juicio paralelo, ni tampoco de manera determinista e inevitable.

En base a lo anterior, esta investigación plantea la posibilidad de informar, dentro del marco legal, sobre hechos de interés público que pueden dar lugar a un futuro proceso.

¹³ CEA (2012) p. 52.

¹⁴ Un interesante estudio sobre la agenda temática en las noticias es el que ofrecen Maureen DÍAZ y Claudia MELLADO en DÍAZ y MELLADO (2017). En dicho documento consideran como parte del contenido de los titulares y noticias centrales de los principales diarios y noticieros de prensa escrita, *online*, televisión y radio chilena del año 2015, a aquellos que se refieren a incidentes criminales, corrupción y delitos financieros, tendencias criminales, medidas de defensa ante crímenes y procesos judiciales. En el derecho español, otro interesante estudio sobre la relevancia pública en la prensa española de información vinculada a procesos penales es la de Francesc BARATA. Véase BARATA (2009).

¹⁵ HUERTAS MARTÍN (2018) p. 413.

¹⁶ AGUILAR DE LUQUE (2014) p. 28.

¹⁷ MUÑOZ (2001) p. 245.

¹⁸ OVEJERO (2017) p. 435.

Con ello, subyace la idea de reconocer derechos y garantías incluso antes del inicio de un proceso que actúan frente a terceros –a una sociedad que busca culpable y reparación–, que protegen la celebración más tarde de un juicio justo y que amparan a las personas de sufrir injustamente una limitación indebida de sus derechos y garantías.

Delimitar un derecho es establecer su contenido¹⁹. Esto es, precisar las facultades, límites y garantías que comprende. En consecuencia, la metodología a utilizar se iniciará por la conceptualización del juicio paralelo, para luego formular los argumentos que nos permitan descartar la hipótesis que sostiene la inevitable afectación extraprocesal del derecho fundamental a la presunción de inocencia²⁰ y de las garantías procesales de independencia e imparcialidad, en todos los casos en que un medio de comunicación informa hechos de interés público vinculados a ilícitos producto de los cuales surge un juicio paralelo. En nuestra opinión, es dicho análisis el que permite a la vez amparar a los ciudadanos al margen de los procesos judiciales y fomentar la difusión de información de interés público para la sociedad. Esto es, la difusión y acceso de los ciudadanos a información relevante o beneficiosa para toda la sociedad y no simplemente de interés individual, pues será esta información la que en un gobierno abierto nos permitirá conocer y ejercer control sobre el correcto desempeño de las funciones de las autoridades.

II. HACIA UN CONCEPTO DE JUICIOS PARALELOS

Sin perjuicio del concepto que al final de este acápite proponemos, es posible sostener que un juicio paralelo es el seguimiento que las personas efectúan de ciertos hechos de eventual carácter ilícito e interés público, que son difundidos por los medios de comunicación (informativo e interpretativo) y los discernimientos que a partir de estos hechos las personas se forman.

Producto de lo anterior, postulamos que el tiempo a considerar como parte de un juicio paralelo es aquel que media entre la comisión del ilícito y la obtención de la cosa juzgada o término del proceso. Esto, aun cuando nuestra atención estará centrada principalmente en el período de tiempo previo al inicio del proceso. De esta forma, excluirémos como parte del concepto la información sobre procesos terminados, pues entendemos que en dichos casos la apreciación que la sociedad efectúa de los hechos como consecuencia del ejercicio de la libertad de informar, no puede incidir en un castigo arbitrario o abusivo impuesto a las personas objeto de investigación, sino que más bien en otros derechos, tales como el derecho al olvido. Tal es la idea presente en el artículo 9° de la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789, en orden a no ser castigado sin que exista antes un juicio justo, pues es solo dicho proceso el que asegura a la persona un correcto ejercicio del poder punitivo. Asimismo, en atención a que consideramos que el derecho ejercitado es el derecho a la libertad de información –cuyo objeto son hechos verdaderos

¹⁹ NOGUEIRA (2005b) p. 20.

²⁰ En España, el Tribunal Constitucional ha considerado muy tempranamente a la presunción de inocencia como un derecho fundamental, de carácter vinculante y con eficacia inmediata en el ámbito jurisdiccional. RUIZ-RICO y CARAZO (2013) p. 398.

de relevancia pública— y no la libertad de expresión, excluiríamos del concepto como género periodístico, la comunicación de opinión (editorial, columnas, cartas al director, ensayos y artículos).

La doctrina nacional y comparada conceptualiza, con distintos matices y valoración, a los juicios paralelos. Así, por ejemplo, Joaquín Urías sostiene que ellos describen a aquellas “informaciones con las que se busca poner en marcha una discusión pública acerca de la culpabilidad o inocencia del acusado, así como del resto de circunstancias de un proceso en curso”²¹. Por su parte, Cristina San Miguel, señala que lo que caracteriza a los juicios paralelos es el “afectar derechos fundamentales que, teniendo su origen en el proceso, pueden verse vulnerados por la cobertura informativa de los medios de comunicación”²².

No compartimos la opinión de estos autores, pues estimamos que cuando la libertad de informar es ejercida dentro del umbral de protección que asegura nuestra Constitución en su artículo 19 N° 12, los juicios paralelos no tienen por finalidad exponer la culpabilidad o inocencia de una persona, como tampoco la característica de afectar derechos fundamentales, sino que más bien la difusión de hechos de interés público. Sí compartimos la opinión de Francisco Leturia, para quien todo juicio paralelo requiere de la existencia de un proceso judicial, entendido en sentido amplio. De esta forma, éste “abarcará la etapa judicial propiamente tal, la de sumario, e incluso el tiempo que transcurre entre la comisión del delito y el inicio de cualquier investigación oficial”²³.

Tratándose del período de tiempo a considerar, coincidimos también con Cristina Pauner, para quien un juicio paralelo es un “conjunto de informaciones y noticias, acompañadas de juicios de valor más o menos explícitos, publicados o difundidos durante un determinado período de tiempo en los medios de comunicación social sobre un caso *sub iudice*, con independencia de la fase procesal en que se encuentre”²⁴. Sin embargo, es necesario hacer una precisión sobre este último concepto, pues aun cuando el Tribunal Constitucional español en su sentencia 29/2009 ha enfatizado que en la práctica es difícil distinguir libertad de información de libertad de expresión, el mismo órgano ha indicado que los juicios de valor no forman parte del ejercicio de la libertad de información, sino de la libertad de expresión, toda vez que el objeto de la libertad de información son los hechos de interés público o noticiables²⁵. De esta forma, excluimos del concepto los juicios de valor, sean explícitos o implícitos.

Ángel Juanes, por su parte, sostiene que los juicios paralelos son “asuntos penales, civiles o de otra índole, pendientes de ser juzgados, a los que los medios de comunicación social someten a comentarios, valoraciones, apreciaciones y opiniones diversas con virtualidad suficiente para crear una opinión pública sobre el hecho, adversa o favorable, pudiendo originarse un conflicto entre el derecho a la libertad de información, de una parte, y los derechos constitucionales al honor, a la intimidad, la propia imagen y, especialmente, el

²¹ URÍAS (2014) p. 100.

²² SAN MIGUEL (2018) p. 374.

²³ LETURIA (2017) p. 27.

²⁴ PAUNER (2014) p. 92.

²⁵ STC 6/1988, Fj. 5.

derecho a la presunción de inocencia, de otra”²⁶. Lo anterior es importante, pues si bien en la mayoría de los casos –estimamos– será la información que dice relación con eventuales delitos la que será considerada de interés público, los juicios paralelos pueden surgir en el marco de procedimientos de distinta naturaleza.

Un interesante punto es el que nos entrega Frank Harbottle, para quien, cuando se está frente a un juicio paralelo, es porque existe un inadecuado ejercicio de la libertad de prensa²⁷. En el mismo sentido se pronuncia Ana Oviedo, quien afirma que las más importantes violaciones de la presunción de inocencia se encuentran asociadas a los juicios paralelos, los que define como “una forma de enjuiciamiento público de conductas socialmente reprobables, que se celebran al margen del exclusivo y excluyente poder del Estado”²⁸. No coincidimos con dicho criterio, pues –como examinaremos– el surgimiento de un juicio paralelo no es sinónimo de un ejercicio impropio de la libertad de informar. Por el contrario, consideramos que ellos pueden perfectamente ser el resultado de un correcto ejercicio de tal libertad, siempre y cuando se respete el contenido esencial y el marco constitucional de los derechos y garantías que reconoce la Constitución. De esta forma, solo estaremos frente a un inadecuado ejercicio de la libertad de informar en aquellas hipótesis donde no se cumpla con los requisitos de veracidad e interés público exigidos por la Constitución para el legítimo ejercicio de la libertad de información, o bien, cuando no se cumplan los requisitos que configuran el contenido del derecho a la presunción de inocencia o de las garantías procesales de independencia e imparcialidad²⁹.

En el ámbito de la jurisprudencia internacional, es posible sostener que tanto para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los juicios paralelos se encuentran inmersos en el marco de la legalidad. Esto se infiere, por ejemplo, a partir del caso *The Sunday Times* contra Reino Unido de 1979, también conocido como el caso de la talidomida³⁰. Éste tiene su origen en la demanda contra el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, efectuada por el editor, el redactor jefe y un grupo de periodistas del semanario británico, tras la prohibición, impuesta al periódico por la Cámara de los Lores, de publicar un artículo que describía la historia de un laboratorio británico que había fabricado y distribuido medicamentos que contenían talidomida, sustancia que causaba defectos en recién nacidos de madres que habían utilizado este medicamento durante el estado de gravidez. La prohibición de la Cámara de publicar un proceso pendiente de resolución, se fundó en la necesidad de garantizar la autoridad e imparcialidad del poder judicial, que consideraban un límite a las libertades de expresión e información en conformidad lo dispuesto en el artículo 10.2 del Convenio Europeo para

²⁶ JUANES (2007) p. 70.

²⁷ HARBOTTLE (2017) p. 9.

²⁸ OVIEDO (2017) p. 434.

²⁹ En cuanto a la necesaria imparcialidad del juez que conoce de un asunto, cabe recordar la apreciación de Piero CALAMANDREI, quien sostenía que aquel debía ser un tercero totalmente extraño a la contienda, que no compartiera los intereses ni participara de las pasiones que mueven a los contendores. En tal sentido, “el interés que lo mueve es un interés superior, de orden colectivo, el interés de que la contienda se resuelva civil y pacíficamente”. CALAMANDREI (1960) p. 60.

³⁰ *SUNDAY TIMES VS. REINO UNIDO* (1979).

la Protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. En su sentencia, el Tribunal Europeo analizó el deber de reserva de los medios de comunicación tratándose de información vinculada a procesos judiciales. En su decisión constató, asimismo, la imprecisión de la norma en que la Cámara había fundado su decisión y declaró que las limitaciones a las libertades de expresión e información deben ser interpretadas restrictivamente, teniendo presente el interés público de la información para la población y su derecho a recibirla. Con ello –entendemos–, el Tribunal destacó la importancia de los medios de comunicación –en especial de la prensa escrita– en la formación de la opinión pública en materias de interés público³¹.

Al interior del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, una interesante sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es la del caso *Herrera Ulloa v. Costa Rica*³². En ella, la Corte enfatizó la importancia de la función de los medios de comunicación para el ejercicio de la dimensión social de la libertad de pensamiento y expresión en una sociedad democrática, y su responsabilidad en la función social que desarrollan. Asimismo, destacó el valor de la imparcialidad del juez como uno de los presupuestos fundamentales del debido proceso. En consecuencia, que el juez se aproxime a los hechos de la causa de modo imparcial, permite a los tribunales inspirar la confianza necesaria a las partes del caso y a la sociedad³³.

De todo lo anterior, es posible extraer dos conclusiones. La primera, es que en el análisis de legalidad de los juicios paralelos, la atención no debe enfocarse en los datos que son recogidos, sino que en la forma y el momento en que ellos son difundidos por un medio de comunicación. Lo que verdaderamente importa es la forma y la oportunidad en que el medio de comunicación da cuenta a la ciudadanía de un determinado hecho. En cuanto a la forma –como veremos– la difusión debe cumplir con los requisitos de veracidad e interés público exigidos para un legítimo ejercicio de la libertad de información. Tratándose del momento, será importante que la difusión se produzca en el tiempo que media entre la comisión del eventual ilícito y el término del proceso judicial. La segunda conclusión o consecuencia es que, en principio, los juicios paralelos son legales y necesarios, debido al significado que tiene el ejercicio de la libertad de información al interior de una sociedad democrática y la función de los medios de comunicación para el ejercicio de la dimensión social del derecho, esto es, para el intercambio de informaciones entre las personas, facultándolas a comunicar y conocer otros los puntos de vista.

De esta manera, frente a la pregunta acerca de si se puede prohibir preventivamente informar sobre asuntos que eventualmente serán sometidos a un proceso judicial, tal como afirma Joaquín Urías, es evidente que tal construcción es difícil defender en un sistema que reconoce y ampara la libertad de información³⁴. Sin embargo –hemos indicado– el surgimiento de un juicio paralelo no siempre se acompaña de un inadecuado ejercicio de la libertad de información. Por ello, es fundamental precisar las hipótesis de restricción al ejer-

³¹ *SUNDAY TIMES VS. REINO UNIDO* (1979) párr. 65.

³² *HERRERA ULLOA VS. COSTA RICA* (2004).

³³ *HERRERA ULLOA VS. COSTA RICA* (2004) párrs. 117 y 171.

³⁴ URÍAS (2014) p. 100.

cicio de este derecho, ya que si bien nuestra Constitución asegura a todas las personas en su artículo 19 N° 12 la libertad de emitir opinión y de informar sin censura previa, la Carta Fundamental también garantiza el derecho a la presunción de inocencia y las garantías procesales de independencia e imparcialidad del juez o tribunal. Tales normas son vinculantes para gobernantes y gobernados, en virtud del principio de supremacía constitucional y juridicidad, que consignan respectivamente los artículos 6° y 7° de la Constitución chilena de 1980³⁵. Por ende, son obligatorias para todo aquel que ejerce la libertad de información y por cualquier medio, comprendidos los medios de comunicación.

Nos resta, entonces, proponer un concepto de juicio paralelo. Al respecto, diremos que éste consiste en el seguimiento y discernimiento que las personas efectúan de hechos eventualmente *sub iudice* y de interés público, que han sido informados por medios de comunicación informativos e interpretativos, en el tiempo que media entre el inicio de una investigación y la etapa judicial propiamente tal; los cuales –luego de un tiempo– contribuyen a la formación de una opinión pública libre e informada. Dicho concepto se ajusta al parámetro de publicidad que, en palabras de Miguel Carbonell, es una nota omnipresente en los procesos judiciales, sin desconocer la importancia para la sociedad de una libertad de información correctamente ejercida³⁶. Asimismo, se ajusta a la idea formulada por Beccaria, en orden a que “[u]n hombre no puede ser llamado reo antes de la sentencia del juez, ni la sociedad puede quitarle la pública protección, sino cuando esté decidido que ha violado los pactos bajo que le fue concedida”³⁷.

III. ARGUMENTOS PARA RECHAZAR LAS HIPÓTESIS QUE CUESTIONAN LA LEGALIDAD DE LOS JUICIOS PARALELOS POR AFECTAR EL DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y LAS GARANTÍAS DE INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD DEL JUEZ

No hay duda de que la libertad de información es un bien que la sociedad debe defender y cuidar³⁸. Sin embargo, la forma en que este derecho es ejercido por los medios cuando se trata de información de interés público origina el surgimiento de un juicio paralelo, que puede menoscabar derechos o garantías. Tal como indicamos con anterioridad, ello sucederá en las hipótesis de inadecuado ejercicio de la libertad de informar hechos de relevancia pública; o cuando no se cumplan los requisitos de veracidad e interés público exigidos por la Constitución para el legítimo ejercicio de la libertad de información; o bien, no se verifiquen los requisitos que configuran el contenido del derecho a la presunción de inocencia o de las garantías procesales de independencia e imparcialidad. En efecto, constituyen limitaciones clásicas a la facultad de informar: el respeto de los derechos a la honra, a la intimidad, a la vida privada, a la propia imagen, a la presunción de inocencia y las garantías procesales vinculadas al funcionamiento del Estado, tales como la independencia e im-

³⁵ CEA (2013) p. 48.

³⁶ CARBONELL (2009) p. 54.

³⁷ BECCARIA (2015) p. 39.

³⁸ BARATA (2009) p. 219.

parcialidad del tribunal³⁹. Por su parte, para un legítimo ejercicio del derecho a informar, son requisitos el interés público y la veracidad de la información⁴⁰.

Tratándose de los límites a la libertad de información, si bien el artículo 19 N° 12 de la Constitución Política de la República reconoce a toda persona la facultad de informar, establece un ejercicio limitado del derecho, pues la norma indica que éste es sin perjuicio del deber de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de dicha libertad, en conformidad a la ley. Tales delitos y abusos son, en la práctica, hipótesis de afectación al contenido esencial de otros derechos y garantías reconocidas y amparadas por la normativa nacional y por disposiciones de instrumentos internacionales ratificados por Chile, que se encuentren vigentes.

En cuanto a los derechos que actúan como límites a la libertad de información, examinaremos el derecho a la presunción de inocencia y las garantías procesales de independencia e imparcialidad, en el entendido que su menoscabo por un juicio paralelo –bajo determinados supuestos– puede conducir a la aplicación de una pena arbitraria a los sujetos vinculados a la información que se difunde. El objetivo, por tanto, es establecer hasta qué punto los medios de comunicación pueden difundir información de interés público sin influir en la actividad jurisdiccional y sin afectar derechos fundamentales.

En consecuencia, pretendemos reflexionar en torno a la búsqueda de un equilibrio entre el ejercicio de la libertad de informar y el respeto a los derechos y garantías procesales. En esa línea, estimamos que existe a lo menos un importante argumento que permite descartar la convicción *a priori* de su inevitable afectación de los derechos de índole procesal producto de los juicios paralelos que surgen tras la difusión de hechos de interés público por los medios: a saber, que tanto el derecho a la presunción de inocencia como las garantías de inocencia e imparcialidad son fundamentales para un Estado de Derecho y, por tal razón, cuentan con un reconocimiento normativo que debe ser respetado e interpretado, tomando en cuenta sus límites y requisitos. Se trata de normas obligatorias para gobernantes y gobernados, y su contenido esencial –tal como sucede con la libertad de información– es vinculante para todos.

En materia de presunción de inocencia, para condenar se requiere tener certeza de culpabilidad⁴¹. Sólo a partir de dicho convencimiento, obtenido a partir de la valoración de la prueba se puede condenar⁴². De esta forma, la consagración de la presunción de inocencia como derecho fundamental proscribire la condena en la duda, pues establece como hecho inicial y cierto la inocencia del sujeto. La presunción de inocencia es, así, el derecho

³⁹ En este sentido, véase PAUNER (2014), OVEJERO (2017) y BARATA (2009).

⁴⁰ IGLESIAS (2011) p. 231.

⁴¹ En tal sentido, “el tribunal adquiere la certeza objetivamente a través de la prueba rendida en el proceso aplicando los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, y dicha convicción la externaliza a través de la sentencia, para que pueda ser controlada”. MATURANA y MONTERO (2012) Tomo II, p. 805.

⁴² TOMAS Y VALIENTE (1987) p. 25.

o garantía de seguridad, conforme al cual la ley tiene como un hecho cierto la exoneración de culpa del sujeto, mientras no exista sentencia condenatoria⁴³.

En Chile, la presunción de inocencia forma parte del bloque constitucional de derechos⁴⁴ y se incorpora por medio del artículo 5° inciso segundo de la Constitución y por los artículos 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, todos los cuales determinan que una persona es inocente hasta que se pruebe su culpabilidad y, a su vez, limitan la soberanía del Estado.

El artículo 5° inciso segundo de la Constitución establece como límite al ejercicio de la soberanía –al poder político de un Estado– los derechos esenciales de la persona humana. Producto de lo anterior, indica la norma, es deber de los órganos del Estado el respetar y promover tales derechos, garantizados por la Constitución, “así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”. A ello cabe agregar el reconocimiento implícito de la presunción de inocencia que efectúa el artículo 19 N° 3 inciso sexto de la Constitución, conforme al cual “[l]a ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal”.

Asimismo, en el rango legal, conviene citar el artículo 4° del Código Procesal Penal, que indica con claridad los límites y alcances del *ius puniendi*, pues afirma que “[n]inguna persona será considerada culpable ni tratada como tal en tanto no fuere condenada por una sentencia firme”. Por su parte, el artículo 7° del mismo Código dispone que “[l]as facultades, derechos y garantías que la Constitución Política de la República, este Código y otras leyes reconocen al imputado, podrán hacerse valer por la persona a quien se atribuyere participación en un hecho punible desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra y hasta la completa ejecución de la sentencia. Para este efecto, se entenderá por primera actuación del procedimiento cualquiera diligencia o gestión, sea de investigación, de carácter cautelar o de otra especie, que se realizare por o ante un tribunal con competencia en lo criminal, el Ministerio Público o la policía, en la que se atribuyere a una persona responsabilidad en un hecho punible”. De esta forma y en cumplimiento de lo anterior, desde la primera actuación del procedimiento –aun cuando sea de naturaleza cautelar– desplegada por el tribunal, el Ministerio Público o la policía, la ley chilena tiene por cierta la inocencia de la persona.

Consecuencialmente, está prohibida toda presunción de culpabilidad⁴⁵. El derecho a la presunción de inocencia tiene por objeto evitar los juicios condenatorios anticipados en contra del imputado sin contar con pruebas para ello⁴⁶. Asimismo, este derecho impide

⁴³ NOGUEIRA (2012) p. 191. Desde una perspectiva constitucional y en el ordenamiento español, el derecho a la presunción de inocencia “comporta el derecho a ser condenado solo mediante pruebas de cargo obtenidas con las debidas garantías, de manera que queden acreditados a través de una argumentación razonable todos los elementos fácticos del hecho punible, la intervención del acusado en el mismo, y el elemento subjetivo consistente en el vínculo entre los hechos probados y la intención que se perseguía con su realización. RUIZ-RICO y CARAZO (2013) p. 400.

⁴⁴ NOGUEIRA (2005b) p. 221.

⁴⁵ MATORANA y MONTERO (2012) Tomo I, p. 29.

⁴⁶ NOGUEIRA (2012) p. 191.

establecer la responsabilidad de una persona sin la existencia de una sentencia fundada y congruente⁴⁷.

Lo anterior –estimamos– sugiere dos importantes consecuencias: la primera es que la carga de la prueba de la culpabilidad de un sujeto recae en el Estado; mientras que la segunda consecuencia es que todo imputado debe ser tratado como inocente hasta que no exista sentencia condenatoria firme en su contra. De tal manera que constituye un deber del medio de comunicación que informa sobre una investigación en curso, o que aún no se ha iniciado, no presumir –o asumir– la culpabilidad de las personas que participan de los hechos de interés público. En tal sentido, sea o no cuestionado el derecho a la presunción de inocencia por los medios de comunicación, es un derecho que no puede ser quebrantado por la difusión informativa, ya que “solo los órganos jurisdiccionales –y, en su caso, la autoridad administrativa sancionadora–podrían originar tal menoscabo”⁴⁸. Algunas medidas que podrán adoptarse serán, por ejemplo, no considerar la formalización como juzgamiento, no tratar a las personas como condenados ante la opinión pública y el transmitir objetivamente –y con la conveniente medida– las detenciones y otras diligencias policiales efectuadas contra la persona del imputado. Para ello, es importante tener a la vista las resoluciones del Consejo de Ética de los Medios de Comunicación. Por ejemplo, la Resolución N° 220, en donde el Consejo recomendó a los medios de comunicación “examinar con el mayor cuidado los antecedentes presentados por sus fuentes a fin de no cometer errores que puedan confundir al público o que éste llegue a interpretar equivocadamente los hechos informados, y eventualmente causar daño a quienes aparecen aludidos”⁴⁹.

Por su parte, la independencia e imparcialidad de los jueces y tribunales son garantías fundamentales para asegurar el debido control de la actividad jurisdiccional. En ese sentido, Couture expresaba que la garantía constitucional de la tutela del proceso exige la concurrencia, al menos, de tres condiciones: “independencia, para que el juez pueda hallarse por encima de los poderes políticos y aún de las masas que pretenden presionar sobre las decisiones; autoridad, para que sus fallos no sean dictámenes académicos ni piezas de doctrina, y se cumplan efectivamente por los órganos encargados de ejecutarlos; y responsabilidad, para que el poder no se convierta en despotismo”⁵⁰.

Tal como sostiene Andrés Bordalí, el reconocimiento del principio de separación de poderes es un postulado básico de un Estado de Derecho, producto del cual “los jueces son independientes de los poderes políticos e independientes respecto de todos los demás jueces y tribunales”⁵¹. Esta es la idea que se encuentra detrás del artículo 76 de la Constitución chilena, norma que –junto con proporcionar un concepto de jurisdicción– indica que la función judicial recae exclusivamente en los tribunales establecidos por el legislador.

La independencia y la imparcialidad de los jueces y tribunales se encuentran reconocidas en el artículo 19 N° 3 inciso sexto de la Constitución, norma de carácter vinculante

⁴⁷ MATURANA y MONTERO (2012) Tomo I, p. 31; MATURANA y MONTERO (2012) Tomo II, p. 800.

⁴⁸ HUERTAS (2018) p. 416.

⁴⁹ Consejo de Ética Medios de Comunicación. Resolución N° 220.

⁵⁰ COUTURE (2010) p. 143.

⁵¹ BORDALÍ (2013) p. 609.

para todos y que asegura a todas las personas un proceso y una investigación racionales y justos. Con ello, implícitamente, consigna el derecho a un debido proceso, pues no existe en Chile ninguna disposición constitucional que lo reconozca de manera expresa⁵². Así, la norma establece que “[t]oda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”.

La falta de reconocimiento expreso del debido proceso no obedece a un olvido del constituyente, sino que a su deseo de no utilizar una denominación que tiene sus orígenes en el derecho anglosajón (*due process of law*), por cuanto ello podría haberse interpretado como una obligación para los operadores jurídicos nacionales a interpretar la garantía en conformidad a lo indicado por la doctrina y jurisprudencia anglosajonas⁵³. La expresión de debido proceso fue intencionalmente excluida de la norma, a fin de no trasladar los conflictos interpretativos estadounidenses al derecho interno⁵⁴. Por esa razón, el constituyente de 1980 optó, en el artículo 19 N° 3, por la expresión de “racional y justo procedimiento” y es en dicha garantía en donde debe ser incorporado el reconocimiento del debido proceso como derecho fundamental de las personas⁵⁵.

Para la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, el derecho al debido proceso se integra por garantías tales como el emplazamiento de las partes, el examen y objeción de la prueba rendida, la existencia de recursos procesales, y la fundamentación de las sentencias. Sin embargo, el debido proceso no comprende solo garantías⁵⁶ vinculadas a la dimensión procesal de la justicia, sino que también a aquellas que tradicionalmente han formado parte de un debido proceso (derecho a la defensa y a un juez predeterminado por ley) y a aquellas que se incorporan por estar reconocidas en tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes en virtud de lo indicado en el ya citado artículo 5 inciso segundo⁵⁷.

Entre estas garantías del debido proceso reconocidas por tratados internacionales se encuentran, precisamente, las garantías de independencia e imparcialidad del juez o tribunal, que reconoce la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 10, la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 8.1 y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 14.1. En el Sistema de Naciones Unidas, el artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos dispone que “[t]oda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”. Mientras que,

⁵² GARCÍA (2013) p. 230 y CEA (2012) pp. 127 y 182.

⁵³ BORDALÍ (2009) p. 265. Esto ya era reconocido por el procesalista Eduardo COUTURE, al señalar que: “La Suprema Corte de los Estados Unidos ha sostenido que es garantía fundamental la existencia de un tribunal ‘competente e imparcial’ y que viola la garantía del *due process of law* la existencia de un juez inferior que cobra sus servicios solo cuando condena al demandado y no cuando lo absuelve”. COUTURE (2010) p. 143.

⁵⁴ BORDALÍ (2009) p. 265; GARCÍA (2013) p. 236.

⁵⁵ BORDALÍ (2009) p. 265; BORDALÍ, CORTÉZ y PALOMO (2013) pp. 30 y 31; MATURANA y MONTERO (2012) Tomo I, p. 30; NOGUEIRA (2003) p. 170.

⁵⁶ CENC, sesiones 101ª a 103ª.

⁵⁷ BORDALÍ (2009) p. 266.

el artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, señala que “[t]odas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente, imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil”. Por su parte, al interior del Sistema Interamericano, el artículo 8.1 de la Convención Americana establece que “[t]oda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral o de cualquier otro carácter”.

Es en este último sentido que se ha pronunciado también la Corte Interamericana de Derechos Humanos, órgano que en su sentencia recaída en el caso *Palamara vs. Chile*⁵⁸, consideró que el derecho a ser oído por un juez o tribunal independiente e imparcial es una garantía fundamental de un debido proceso⁵⁹. Lo anterior –compartimos–, equivale a sostener que es una exigencia para nuestro Estado el asegurar que el juez o tribunal, en el ejercicio de la función que desempeña, cuente con la mayor objetividad para enfrentar el proceso⁶⁰.

Tal opinión coincide con la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que ha examinado la garantía de imparcialidad de los jueces a propósito del artículo 6.1 del Convenio Europeo, instrumento que reconoce a toda persona el derecho “a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley”. En su jurisprudencia, dicho tribunal distingue entre el deber de imparcialidad subjetivo y objetivo. De acuerdo al criterio subjetivo, la convicción o interés personal del juez debe ser ajena a la causa, y no deben existir sospechas objetivas y justificadas que permitan temer que, respecto del caso concreto el juez utilizará un criterio de juicio apartado a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico⁶¹. En un sentido objetivo, en cambio, la imparcialidad se traduce en precisar si el juez ofrece las garantías suficientes para excluir cualquier duda razonable⁶². En el sentido subjetivo, el tribunal considera que la imparcialidad personal de un magistrado se presume hasta que se prueba lo contrario⁶³. Por su parte, en el sentido objetivo, el tribunal estima que con independencia de la actitud personal del juez, existen ciertos hechos verificables que autorizan a dudar de su imparcialidad⁶⁴.

Sin embargo, la frontera entre ambas nociones no es hermética y los juicios paralelos –en principio– dificultan la aplicación de la garantía de imparcialidad. Es por ello que algunos autores afirman que, en el marco del ejercicio de la libertad de información ejercida

⁵⁸ *PALAMARA IRIBARNE VS. CHILE* (2005).

⁵⁹ *PALAMARA IRIBARNE VS. CHILE* (2005) párr. 185.

⁶⁰ CEA (2012) p. 182.

⁶¹ Así también lo exponen MATURANA y MONTERO (2012) Tomo II, p. 805.

⁶² *PIERSACK CONTRA BÉLGICA* (1982) párr. 30 y *GÓMEZ DE LIAÑO Y BOTELLA CONTRA ESPAÑA* (2008) párrs. 60 a 62.

⁶³ *AFFAIRE KYPRIANOU CONTRA CHYPRE* (2005) párr. 119; RUIZ-RICO y CARAZO (2013) p. 281.

⁶⁴ *AFFAIRE KYPRIANOU CONTRA CHYPRE* (2005) párr. 118.

por los medios de comunicación, los juicios paralelos crean prejuicios sociales que pueden llegar a influir en las decisiones de los jueces a cargo de las causas⁶⁵.

Nuestra opinión se orienta en sentido contrario y ello obedece a que la imparcialidad del juez no es una condición que pueda ser exigida a toda persona –como, por ejemplo, a los medios de comunicación– sino que exclusivamente frente al juez que conoce de la causa, encargado de decidir la inocencia o culpabilidad del imputado. De esta forma, no es viable invocar el menoscabo de esta garantía por el solo hecho de dar lugar, a través de la noticia, a un debate público paralelo, previo al inicio del proceso. Ello solo será posible cuando exista, de parte del órgano llamado a resolver, una evidente animadversión en contra de la persona que es sujeto pasivo de la investigación o acusación. Es solo en este contexto en donde se produce el riesgo de que los juicios paralelos produzcan lo que casi todos temen, esto es, que “la influencia que las valoraciones y opiniones en ellos expresadas puedan tener sobre la decisión judicial que finalmente se adopte”⁶⁶.

En atención a lo expuesto, puede concluirse que es deber del medio de comunicación que informa sobre una investigación en curso (o que aún no se ha iniciado) el abstenerse de difundir hechos por medio de formas que induzcan a temer que, en el caso concreto, el juez utilizará un discernimiento de reflexión lejano a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico. Para ello, es fundamental el deber legal –que pesa sobre quien informa– de cumplir con los requisitos para que el ejercicio de su derecho se encuentre amparado por la norma constitucional que lo reconoce. Tal como se indicó previamente, dichos requisitos son el interés público y la veracidad de la información. Más aún, tendrá preponderancia el segundo requisito, por cuanto es presumible que una información vinculada a una conducta ilícita atañe a la comunidad y, por ende, será de interés o relevancia pública. Como afirma Muñoz-Torres, el interés público de la información no es algo puramente caprichoso, subjetivo o irracional, sino que se trata de temas que siempre interesan a las personas, en mayor o menor grado⁶⁷. De esta forma, una conducta ilícita es información de interés público no por capricho de la prensa, sino que porque su difusión puede, por ejemplo, dar cuenta del grado de cumplimiento del deber de fiscalización y prevención del delito de distintas autoridades. En el contexto de una noticia, la referencia a lo personal, su actualidad, prominencia, conflicto y repercusiones futuras, son elementos básicos que debe reunir un hecho para ser calificado como información de interés público⁶⁸.

El principal problema de los juicios paralelos radica en que, con frecuencia, las exigencias señaladas no se cumplen y los medios de comunicación publican informaciones sesgadas y parciales, configurándose no solo un incumplimiento al deber de veracidad, sino que también un ataque constante y extendido en el tiempo en contra de los sujetos de una investigación asociada a un proceso judicial y/o que participan de la información que se difunde. Producto de ello, sostenemos que la valoración y crítica por los medios de comunicación de un proceso judicial pendiente de resolución judicial o no iniciado, debe ser siem-

⁶⁵ URÍAS (2014) p. 101.

⁶⁶ PAUNER (2014) p. 92

⁶⁷ MUÑOZ-TORRES (2002) p. 72.

⁶⁸ En el mismo sentido, Véase DE FONTCUBERTA (2011) p. 56.

pre cuidadosa en el cumplimiento del deber de veracidad. Ello, a fin de que el ejercicio de la libertad de informar se encuentre amparado bajo el umbral normativo de protección que brinda la Constitución en el artículo 19 N° 12. En este punto, compartimos con Bilbeny la importancia de recordar que el periodismo, de un modo u otro, colabora en forma activa en la construcción de la realidad⁶⁹.

El deber de veracidad constituye uno de los principios básicos del periodismo y para llevarlo a la práctica —en casos como el de los juicios paralelos—, será necesario tomar algunas medidas; como por ejemplo, que la información sea verificada, clara, precisa, rigurosa, completa e imparcial, distinguiendo los hechos de las meras opiniones⁷⁰. Asimismo, para dar cumplimiento a dicho requisito será fundamental poner atención a los usos periodísticos empleados por los medios de comunicación. De esta forma, los profesionales de la información debieran estar en condiciones de reflexionar sobre el significado y la forma que emplean para difundir hechos de interés público. En este sentido, en asuntos legales, el uso de la palabra “presunto” debiera estar necesariamente acompañado de la palabra “inocente”⁷¹. Esto, con el objeto de evitar confusiones y precipitadas interpretaciones de parte de quien recibe y/o accede a dicha información.

La información es una modalidad de poder que se encuentra presente en toda estructura social y ella guarda estrecha relación con los sistemas políticos y económicos⁷². Asimismo, es indiscutible que, al interior de un determinado estado, los medios de comunicación son protagonistas en el ejercicio de dicha forma de poder. Los medios de comunicación no son un universo aislado y autónomo⁷³. Junto con las personas y asociaciones, son actores que ejercen las facultades propias de la libertad de información, con la finalidad última de alcanzar una opinión pública libre y deliberante.

Ya en el año 1988, Frank Bealey destacaba que “[s]in conocimiento, la democracia es un sistema defectuoso. Cuando se ignora alguna información, resultan obstaculizadas no solo la participación en la adopción de decisiones en el ámbito institucional, sino también la discusión popular y la controversia”⁷⁴. De esta forma, para poder participar de la vida en su vertiente pública, es necesario acceder a la información, lo cual transforma dicha facultad en un elemento sustancial para toda democracia. Sin embargo, consideramos que no son intrascendentes las condiciones bajo las cuales una persona —o los medios de comunicación— obtienen la información que luego se difunde. Esto, por cuanto la información a la que se accede es apta para enjuiciar a nuestros representantes. Y, dentro de esta última faceta, cobra importancia la información de interés general o interés público.

Teniendo en cuenta todo lo anteriormente expuesto, no cabe duda de que la democracia conduce necesariamente a un gobierno visible y, con ello, controlable. Sin embargo, ante este panorama, es preciso destacar que la visibilidad impulsada por los medios, para

⁶⁹ BILBENY (2012) p. 80.

⁷⁰ BILBENY (2012) pp. 87 y 88.

⁷¹ BARATA (2009) p. 223.

⁷² SÁNCHEZ (1996) p. 9.

⁷³ SÁNCHEZ (1996) p. 10.

⁷⁴ BEALEY (1988) p. 263.

cumplir su objeto fundamental, debe cumplir con los requisitos constitucionales exigidos para el correcto ejercicio del derecho. Por lo mismo, debe ser obtenida sin devaluar derechos y garantías procesales que –al igual que la libertad de informar– gozan de reconocimiento y amparo constitucional. Una interpretación contraria, sitúa a todas las personas, eventualmente, en una situación de indefensión frente a la opinión pública, pues se facultaría a los medios de comunicación a construir, bajo el umbral de protección de la libertad de información, una relación directa entre los hechos y los sujetos investigados, en etapas donde estos últimos ni siquiera han pasado a disposición de la justicia.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN: DESAFÍOS A FUTURO

Las demandas informativas no pueden ni deben devaluar derechos fundamentales. La información debe ser respetuosa con los derechos de todas las personas, incluso los de aquellos que serán sometidos a un proceso judicial. Esto es un imperativo para todos, pero especialmente lo es para los medios de comunicación, en el momento en que ejercen la facultad de difundir hechos de interés público.

Toda sociedad que se dice democrática debe defender y cuidar el respeto de su derecho a la información. Dicho cumplimiento da cuenta de los principios democráticos a los que adhiere un Estado y de la defensa de los derechos y libertades que ese Estado efectúa. Sin embargo, como todo derecho, la libertad de información no es constitutiva de un derecho absoluto, sino que tiene restricciones. En el contexto nacional, la realidad nos demuestra que por medio del ejercicio de la libertad de informar sobre la ocurrencia de hechos –comprendiendo nombres e imágenes– es posible el surgimiento de un juicio paralelo que, más que a una valoración por parte de la opinión pública, se oriente al establecimiento de una presunción de sospecha y culpabilidad de las personas vinculadas al acaecimiento de esos hechos. Es esto último lo que ocasiona la devaluación de derechos fundamentales y garantías de tales personas y no la mera existencia de un juicio paralelo.

Los juicios paralelos no constituyen *per se* un inadecuado ejercicio de la libertad de información. Al contrario, contribuyen con frecuencia a la formación de una opinión pública libre, al debate ciudadano sobre temas de interés público y a una participación ciudadana informada, fortaleciendo, con ello, a la democracia. Únicamente tuercen el ejercicio de la libertad de informar cuando menoscaban el contenido esencial de otros derechos o garantías fundamentales y cuando incumplen el requisito de veracidad de la información y lo dispuesto en los Códigos de Ética de los medios.

En síntesis, el conflicto entre el ejercicio de la libertad de información y el ejercicio de otros derechos y garantías es evitable. Si se cumplen las premisas anteriormente enunciadas, la convicción *a priori* de la afectación de derechos mediante los juicios paralelos se convierte en la excepción –no amparada por el ordenamiento jurídico– y no en la regla general, como comúnmente se considera.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AGUIAR DE LUQUE, Luis (1993): “Los límites de los derechos fundamentales”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, vol. 14: pp. 9-34.
- ALISTE SANTOS, Tomás (2018): “Poder judicial, justicia penal y medios de comunicación en un contexto comunicativo de posverdad”, en RODRÍGUEZ-GARCÍA, Nicolás; CARRIZO, Adán y LETURIA, Francisco (dirs.) *Justicia penal pública y medios de comunicación* (Valencia, Tirant lo Blanch) pp. 41-58.
- BARATA, Francesc (2009): “La devaluación de la presunción de inocencia en el periodismo”, *Análisis*, vol. 39: pp. 217-236.
- BEALEY, Frank (1988): *Democracy in the Contemporary State* (Oxford, Clarendon Press).
- BECCARIA, Cesare (2015): *Tratado de los delitos y de las penas* (Madrid, Universidad Carlos III de Madrid).
- BILBENY, Norbert (2012): *Ética del periodismo* (Madrid, Ediciones de la Universidad de Barcelona).
- BORDALÍ SALAMANCA, Andrés (2013): “La independencia de los jueces en la aplicación de la ley dentro de la organización judicial”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 40, N° 2: pp. 609-634.
- BORDALÍ SALAMANCA, Andrés; CORTEZ MATCOVICH, Gonzalo y PALOMO VÉLEZ, Diego (2013): *Proceso civil. El juicio ordinario civil de mayor cuantía* (Santiago, Abeledo Perrot-Thomson Reuters, primera edición).
- BORDALÍ 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. 33: pp. 263-302.
- CALAMANDREI, Piero (1960): *Proceso y democracia* (Trad. Héctor Fix Zamudio, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América).
- CARBONELL, Miguel (2009): *Transparencia, ética pública y combate a la corrupción. Una mirada constitucional* (Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México).
- CEA EGAÑA, José Luis (2012): *Derecho constitucional chileno*, Tomo II (Santiago de Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile).
- CEA EGAÑA, José Luis (2013): *Derecho constitucional chileno*, Tomo III (Santiago de Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile).
- COUTURE, Eduardo (2010): *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Tomo I (Santiago de Chile, Punto Lex-Thomson Reuters).
- DE FONTCUBERTA, Mar (2011): *La noticia. Pistas para percibir el mundo* (Barcelona, Editorial Paidós).
- DÍAZ, Maureen y MELLADO, Claudia (2017): “Agenda y uso de fuentes en los titulares y noticias centrales de los medios informativos chilenos. Un estudio de la prensa impresa, online, radio y televisión”, *Cuadernos.infó*, vol. 40: pp. 107-121.
- FUENTES ORELLANA, María Fernanda (2011): “El derecho a la honra como límite a la libertad de información hasta el momento de la acusación penal”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. 37: pp. 547-564.

- HARBOTTLE QUIRÓS, Frank (2017): “Independencia Judicial y Juicios Penales Paralelos”, *ACADEMO, Revista de Investigación en Ciencias Sociales y Humanidades*, Julio 2017, vol. 4, N° 1. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6069620>. Fecha de consulta: 10 de diciembre de 2018.
- HUERTAS MARTÍN, Isabel (2018): “Proceso penal y comunicación en el siglo XXI: el inevitable juicio paralelo, el prescindible juicio paralelo *show*”, en RODRÍGUEZ-GARCÍA, Nicolás; CARRIZO, Adán y LETURIA, Francisco (dirs.) *Justicia penal pública y medios de comunicación* (Valencia, Tirant lo Blanch) pp. 405-455.
- IGLESIAS BÁREZ, Mercedes (2011): *Estructura orgánica y derechos fundamentales en la Constitución española de 1978* (Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca).
- JUANES PECES, Ángel (2007): “Los juicios paralelos. El derecho a un proceso justo. Doctrina jurisprudencial en relación con esta materia. Conclusiones y juicio crítico en relación con las cuestiones analizadas”, en FRESNEDA PLAZA, Felipe (dir.), *Justicia y Medios de Comunicación* (Madrid, Consejo General del Poder Judicial) pp. 61-92.
- LETURIA INFANTE, Francisco (2017): “La problemática de los juicios paralelos en la jurisprudencia y doctrina española”, *Revista Ius et Praxis*, vol. 23, N° 2: pp 21-50.
- LETURIA INFANTE, Francisco (2018): “Tensiones y conflictos entre la administración de justicia y los medios de comunicación”, en RODRÍGUEZ-GARCÍA, Nicolás; CARRIZO, Adán y LETURIA, Francisco (dirs.) *Justicia penal pública y medios de comunicación* (Valencia, Tirant lo Blanch) pp. 25-40.
- MATURANA MIQUEL, Cristián y MONTERO LÓPEZ, Raúl (2012): *Derecho Procesal Penal*, Tomo I (Santiago, Abeledo Perrot-Thomson Reuters, segunda edición actualizada y complementada).
- MATURANA MIQUEL, Cristián y MONTERO LÓPEZ, Raúl (2012): *Derecho Procesal Penal*, Tomo II (Santiago, Abeledo Perrot-Thomson Reuters, segunda edición actualizada y complementada).
- MUÑOZ SABATÉ, Lluís (2001): *Fundamentos de prueba judicial civil. L.E.C. (Ley de enjuiciamiento civil) 1-2000* (Barcelona, J. M. Bosch Editor).
- MUÑOZ-TORRES, Juan Ramón (2002): *Por qué interesan las noticias. Un estudio de los fundamentos del interés informativo* (Barcelona, Editorial Herder).
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2003): “La constitucionalización del proceso: el acceso a la jurisdicción, tutela efectiva o debido proceso”, en FERRADA, Juan Carlos (coord.), *La constitucionalización del derecho chileno* (Santiago, Universidad Austral de Chile).
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2005a): “Consideraciones sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia”, *Ius et Praxis*, vol. 11, N° 1: pp. 221-241.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2005b): “Aspectos de una Teoría de los Derechos Fundamentales: La Delimitación, Regulación, Garantías y Limitaciones de los Derechos Fundamentales”, *Ius et Praxis*, vol. 11, N° 2: pp. 15-64.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2012): *El debido proceso en la Constitución y el sistema interamericano* (Santiago, Librotecnia, segunda edición).
- ORSI, Omar (2018): “Justicia y delito en los medios de comunicación”, en RODRÍGUEZ-GARCÍA, Nicolás; CARRIZO, Adán y LETURIA, Francisco (dirs.) (Valencia, Tirant lo Blanch) pp. 59-100.

- ORTEGA GUTIÉRREZ, David (2017): *El derecho a la comunicación. Un análisis jurídico-periodístico* (Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces).
- OVEJERO PUENTE, Ana María (2017): “Protección del derecho a la presunción de inocencia”, *UNED, Revista Teoría y Realidad Constitucional*, N° 40: pp. 431-455.
- PAUNER CHULVI, Cristina (2014): *Derecho de la información* (Valencia, Tirant lo Blanch).
- RUIZ-RICO RUIZ, Gerardo y CARAZO LIÉBANA, María José (2013): *El derecho a la tutela judicial efectiva. Análisis jurisprudencial* (Valencia, Tirant lo Blanch).
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Santiago (1996): *Los medios de comunicación y los sistemas democráticos*. (Madrid, Marcial Pons).
- SAN MIGUEL CASO, Cristina (2018): “La cobertura mediática en el sistema de la estrategia de la defensa penal”, en RODRÍGUEZ-GARCÍA, Nicolás; CARRIZO, Adán y LETURIA, Francisco (dirs.) *Justicia penal pública y medios de comunicación* (Valencia, Tirant lo Blanch) pp. 359-377.
- URÍAS, Joaquín (2014): *Principios de Derechos de la Información* (Madrid, Tecnos).

NORMAS CITADAS

CÓDIGO ORGÁNICO DE TRIBUNALES.

CÓDIGO PROCESAL PENAL.

CONSEJO DE ÉTICA MEDIOS DE COMUNICACIÓN. Resolución N° 220, 25 de julio de 2018.

CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (PACTO DE SAN JOSÉ) (22/11/1969).

CONVENIO EUROPEO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES (4/11/1950).

DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE Y DEL CIUDADANO. Aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente francesa el 26 de agosto de 1789.

DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS. Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948.

LEY N° 19.620 (5/08/1999), Dicta normas sobre adopción de menores.

LEY N° 19.733 (4/06/2001), Sobre libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo.

LEY N° 19.947 (17/5/2004), Nueva ley de matrimonio civil.

PACTO INTERNACIONAL DE DERECHO CIVILES Y POLÍTICOS. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

JURISPRUDENCIA CITADA

AFFAIRE KYPRIANOU VS. CHYPRE. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia de 15 de diciembre de 2005.

BERNS Y EWERT VS. LUXEMBURGO. Comisión Europea de Derechos Humanos. Decisión del 6 de marzo de 1991.

CLAUDE REYES Y OTROS VS. CHILE. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 19 de septiembre de 2006. Serie C N° 151.

Corte IDH. La Colegiación Obligatoria de Periodistas. Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985.

DAKTARAS VS. LITUANIA. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia de 10 de octubre de 2000.

DE ALLENET DE RIBEMONT VS. FRANCIA. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia de 10 de febrero de 1995.

FONTEVECCHIA Y D'AMICO VS. ARGENTINA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 29 de noviembre de 2011. Serie C N° 238.

GÓMEZ DE LIAÑO Y BOTELLA VS. ESPAÑA. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia de 22 de julio de 2008.

HERRERA ULLOA VS. COSTA RICA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 2 de julio de 2004. Serie C N° 107.

JERUSALEM VS. AUSTRIA. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia del 27 de mayo de 2001.

KIMEL VS. ARGENTINA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C N° 177.

KRAUSE VS. SUIZA. Comisión Europea de Derechos Humanos. Decisión del 3 de octubre de 1978.

LIGENS VS. AUSTRIA. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia del 8 de julio de 1986.

LÓPEZ LONE Y OTROS VS. HONDURAS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 5 de octubre de 2015. Serie C N° 141.

OTEGI MONDRAGÓN VS. ESPAÑA. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia del 6 de noviembre de 2008.

PALAMARA IRIBARNE VS CHILE. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 22 de noviembre de 2005. Serie C N° 135.

PIERSACK VS. BÉLGICA. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia del 1 de octubre de 1982.

SUNDAY TIMES VS. REINO UNIDO. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia de 26 de abril de 1979.

STC 190/1996.

STC 214/1991.

STC 28/1996.

STC 29/2009.

STC 107/1988.

STC 134/1999.

STC 6/1988.

THORGEIR THORGEIRSON VS. ISLANDIA. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia del 25 de junio de 1992.

TRISTÁN DONOSO VS. PANAMÁ. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 27 de enero de 2009. Serie C N° 193.

PUBLICACIONES PERIODÍSTICAS EN SITIOS ELECTRÓNICOS

- “25 años del crimen de Alcàsser”, www.elpais.com (13/11/2017). Disponible en: https://elpais.com/elpais/2017/11/12/album/1510500183_634784.html. Fecha de consulta: 7 de mayo de 2019.
- “Colegio médico expulsa a doctora Cordero”, www.emol.com (12/6/2004). Disponible en: <https://www.emol.com/noticias/nacional/2004/06/11/150060/colegio-medico-expulsa-a-doctora-cordero.html>. Fecha de consulta: 7 de mayo de 2019.
- “Doctora Cordero no se ‘averguenza’”, www.lanacion.cl (13/8/2003). Disponible en: <http://lanacion.cl/2003/08/13/doctora-cordero-no-se-averguenza/>. Fecha de consulta: 7 de mayo de 2019.
- “Dolores Vázquez, un caso que sigue abierto 15 años después”, www.elmundo.es (13/10/2014). Disponible en: <https://www.elmundo.es/andalucia/2014/10/13/543bb3f0ca4741a3338b4580.html>. Fecha de consulta: 7 de mayo de 2019.
- “El triste prontuario de la doctora Cordero”, www.radiozero.cl (8/7/2017). Disponible en: <https://www.emol.com/noticias/nacional/2004/06/11/150060/colegio-medico-expulsa-a-doctora-cordero.html>. Fecha de consulta: 7 de mayo de 2019.
- “Familiares de Sergio Landskron descartan su vínculo con ‘grupo terrorista’ y aseguran que fue víctima de bombazo”, www.elmostrador.cl (25/9/2014). Disponible en: <https://m.elmostrador.cl/noticias/pais/2014/09/25/familiares-de-sergio-landskron-descartan-que-estuviera-vinculado-a-grupo-terrorista-y-aseguran-que-fue-victima-de-bombazo/>. Fecha de consulta: 7 de mayo de 2019.
- “La Audiencia rechaza indemnizar con cuatro millones a Dolores Vázquez”, www.elpais.com (23/10/2012). Disponible en: https://elpais.com/sociedad/2012/10/23/actualidad/1350994173_584629.html. Fecha de consulta: 7 de mayo de 2019.
- “Los pasos del caos en el caso Catrillanca”, www.pautapunto.cl (20/12/2018). Disponible en: <https://www.pauta.cl/politica/paso-a-paso-del-caso-en-el-homicidio-camilo-catrillanca>. Fecha de consulta: 7 de mayo de 2019.
- “Menor del caso Catrillanca ‘Querí que te mate como a tu peñi’, me dijeron”. www.lanacion.cl (11/03/2019). Disponible en: <http://lanacion.cl/2019/03/11/menor-del-caso-catrillanca-queri-que-te-mate-como-a-tu-peni-me-dijeron/>. Fecha de consulta: 7 de mayo de 2019.
- “Nabila Rifo demandó a Canal 13, a Tonka Tomicic y al ex director de ‘Bienvenidos’”, www.cooperativa.cl (28/12/2017). Disponible en: <https://www.cooperativa.cl/noticias/entretencion/television/canal-13/nabila-rifo-demando-a-canal-13-a-tonka-tomicic-y-al-ex-director-de/2017-12-28/163358.html>. Fecha de consulta: 7 de mayo de 2019.
- “Nabila Rifo llega a acuerdo extrajudicial con Canal 13 tras divulgación de su ficha ginecológica”, www.elmostrador.cl (8/6/2018). Disponible en: <https://m.elmostrador.cl/dia/2018/06/08/nabila-rifo-llega-a-acuerdo-extrajudicial-con-canal-13-tras-divulgacion-de-su-ficha-ginecologica/>. Fecha de consulta: 7 de mayo de 2019.
- “Temor en el centro de Santiago Chile: manipulaba una bomba casera, le estalló en la cara y murió en el acto”, www.elclarin.com (26/9/2014). Disponible en: https://www.clarin.com/mundo/Chile-manipulaba-casera-estallo-murio_0_S1HSZSt9DQl.html. Fecha de consulta: 7 de mayo de 2019.

“Video: Captan momento en que hombre se quema tras explotar artefacto en Barrio Yungay”, www.puranoticia.cl (25/9/2014). Disponible en: <https://www.puranoticia.cl/front/contenido/2014/09/25/113850/video-captan-momento-en-que-hombre-se-quema-tras-explotar-artefacto-en-barrio-yungay.php>. Fecha de consulta: 7 de mayo de 2019.

FALACIA NATURALISTA Y LEY DE HUME: SU SIGNIFICADO EN DERECHO PENAL

NATURALISTIC FALLACY AND HUME'S LAW: ITS MEANING IN CRIMINAL LAW

ORLANDO HUMBERTO DE LA VEGA MARTINIS*

RESUMEN: El texto se esfuerza por aclarar el significado de la falacia naturalista y de la ley de Hume, apartándose de la comprensión tradicional de acuerdo con la cual no sería posible derivar el deber del ser, ni un juicio valorativo de uno descriptivo. Las reflexiones cierran analizando la capacidad de rendimiento de la falacia naturalista y la ley de Hume en derecho penal. En particular, mostrando cómo ellas son usadas como estrategia de encubrimiento del carácter radicalmente político de la legislación.

Palabras clave: Falacia naturalista, ley de Hume, silogismo práctico, democracia, derecho penal.

ABSTRACT: The text strives to clarify the meaning of the naturalistic fallacy and the Hume's law, departing from the traditional understanding according to which it would not be possible to derive an ought from an is, nor an evaluative judgment from a descriptive one. The reflections close analyzing the performance capacity of the naturalist fallacy and Hume's law in criminal law. In particular, showing how they are used as a strategy to cover up the radically political nature of legislation.

Key words: Naturalistic fallacy, Hume's law, practical syllogism, democracy, criminal law.

I. PRESENTACIÓN

En una temprana decisión la Corte Constitucional colombiana afirmó que del concepto estado social de derecho se deriva la siguiente comprensión del derecho: “pérdida de la importancia sacramental del texto legal entendido como emanación de la voluntad popular y mayor preocupación por la justicia material y por el logro de soluciones que consulten la especificidad de los hechos”¹. Unos renglones más adelante, con el supuesto apoyo teórico de H.L.A. Hart, agregó: “Hoy, con la nueva Constitución, los derechos son aquello que los jueces dicen a través de las sentencias de tutela”². El caso que ocupó la atención de la corte en aquella ocasión no era un caso de derecho penal, sino de administrativo. Un ejemplo en el que la Corte Constitucional colombiana aplica esa comprensión del derecho en derecho penal es su reciente declaratoria de inconstitucionalidad del delito de propaga-

* Dr. iur por la Universidad de Bonn, Alemania. Profesor Asistente del Departamento de Derecho Penal de la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá. Dirección postal: calle 40 N° 6-23 Piso 7° Edificio Gabriel Giraldo, S.J., Bogotá, Colombia. Dirección electrónica: odelavega@javeriana.edu.co.

¹ Corte Constitucional. Sentencia T-406.

² Corte Constitucional. Sentencia T-406.

ción del virus de inmunodeficiencia humana. De acuerdo con la Corte, el legislador habría contribuido a la discriminación y estigmatización del portador del virus de inmunodeficiencia humana mediante la penalización de su propagación³. Unos renglones más adelante agrega: “a pesar de que en materia de derecho penal el Legislador cuenta con una amplia libertad de configuración normativa, en su labor debe aún respetar los principios constitucionales de proporcionalidad, razonabilidad e igualdad”⁴. Ese pesar que siente la Corte por la función del legislador resulta visible en su esfuerzo argumentativo por mostrar que la decisión del legislador fue irracional. En particular, despliega argumentos para probar cómo el texto legal no consulta la especificidad de supuestos hipotéticos planteados por la corte. Y la sala penal de la Corte Suprema de Justicia colombiana acompaña a la Corte Constitucional en este propósito de fomentar un rol subordinado de la ley. Por solo mencionar un ejemplo, en una ocasión se negó a aplicar una ley por considerar que el aumento de pena previsto en ella para el delito de extorsión quebrantaba el principio de proporcionalidad. Sin dicho principio, dijo la Corte, la práctica legislativa “devendría en arbitrariedad legislativa, por cuanto se admitiría la existencia de márgenes de castigo carentes de justificación, emanados de la simple voluntad del legislador”⁵.

La situación destacada en el párrafo anterior no es originaria ni exclusiva de Colombia. Se trata del reemplazo de la supremacía de la ley por la supremacía de la constitución. Para entender por qué un juez no debería sentirse primariamente vinculado a la ley sino a la constitución se suele enfatizar “la irracionalidad en la que los procedimientos de formación de voluntad política pueden desembocar”⁶. Ese fue, justamente, el libreto seguido por la Corte Constitucional en la decisión que declaró inexecutable el delito de propagación del virus de inmunodeficiencia humana y por la sala penal de la Corte Suprema de Justicia en la decisión en la que se negó a aplicar la ley que aumentó, entre otras, la pena del delito de extorsión. Que la ley declarada inconstitucional y la inaplicada fueran emanación de la voluntad popular es secundario frente a la justicia material y la especificidad de los hechos. En este contexto Atria ha puesto de presente cómo la corriente de pensamiento denominada neo-constitucionalismo, exportada por “juristas italianos y filósofos alemanes”⁷, pretende hacerle frente a la irracionalidad de la ley erigiendo al juez y a la ciencia del derecho en juez del legislador⁸. La razón principal por la cual esa respuesta neo-constitucionalista es errada es que ella “pone en riesgo la idea de autogobierno democrático (que constituye *al menos* el ideal regulativo que funda nuestras prácticas democráticas, de acuerdo al cual

³ Véase Corte Constitucional. Sentencia C-248, p. 2015.

⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-248, p. 2024.

⁵ Corte Suprema de Justicia. Sentencia 33254. Resulta curioso, en todo caso, que la Corte Suprema de Justicia entienda desproporcionado un marco punitivo que va de 16 a 24 años, sin aducir razón alguna que hable a favor de la proporcionalidad del marco punitivo anterior a la ley inaplicada, que va de 12 a 16 años. La simple mención de la fórmula de Radbruch no contesta la pregunta de por qué solo el segundo marco punitivo sería derecho injusto.

⁶ ATRIA (2016) p. 67.

⁷ ATRIA (2016) p. 67.

⁸ Véase ATRIA (2016) p. 68. Y su afirmación, con arreglo a la cual Latinoamérica es el lugar donde mejor se ha recibido dicha corriente, se hace verdadera en Colombia; véase, aparte de las decisiones ya citadas, Corte Constitucional. Sentencia C-83.

somos *nosotros, el pueblo* quienes nos auto-gobernamos) y la idea de gobierno conforme a derecho”⁹. Ya en el campo particular del derecho penal, este carácter democrático del derecho penal es visto con preocupación por profesores de derecho penal que creen que existe un derecho penal correcto con independencia de su origen democrático¹⁰. Sin embargo, como Mañalich recientemente demostró, la idea de parámetros pre-políticos de legitimación del derecho (Mañalich lo denomina principialismo, pero coincide con lo que Atria denomina neo-constitucionalismo) pretende ofrecer “una modelación no-política de un determinado espacio de disputa política ... siendo el caso que esa modelación resulta ser irreductiblemente política, lo cual quiere decir: *políticamente controvertible*”¹¹.

Uno de los juristas italianos que ha exportado la idea, neo-constitucionalista o principialística, de parámetros pre-políticos de legitimación del derecho es Ferrajoli. De él me interesa el uso que hace de los términos ley de Hume y falacia naturalista, para mostrar cómo dichos conceptos, por sí mismos, no tienen la utilidad que el autor en comento les atribuye en derecho penal. La relevancia del ejercicio descansa en su capacidad de mostrar que ni la ley de Hume ni la falacia naturalista hacen operativa la idea, defendida por Ferrajoli, de que en un modelo de estado constitucional la ciencia jurídica puede imponer prohibiciones y obligaciones de contenido al legislador¹². Se trata en últimas, como afirma Mañalich, de una estrategia de enmascaramiento del carácter políticamente controversial de los postulados presentados como axiomas¹³. Con una grave consecuencia: cultivar esa postura promueve la ausencia de controversia de cara a decisiones de política criminal. Por el contrario, una correcta interpretación de Hume favorecerá un sano ejercicio de discusión basado en razones. Y frente a este último punto valga desde ya una aclaración. En la sección III de este artículo me interesa interpretar correctamente a Hume porque Ferrajoli afirma descansar en Hume, aunque quizás haya buenas razones para abandonar la forma humeana de razonamiento práctico¹⁴. En las líneas que siguen pretendo, entonces, abordar la falacia naturalista (sección II) y la ley de Hume (sección III).

A modo de introducción a las secciones II y III valgan las siguientes reflexiones. ¿Es posible pasar de la proposición “la olla con agua lleva 10 minutos en el fuego” a la proposición “el agua debe estar hirviendo en este momento”?¹⁵; ¿es posible concluir que “A debe ser castigado” con la sola presencia de la afirmación “A mató a B”? o, en un supuesto más complejo, ¿es posible derivar de la proposición “A desea tomarse una cerveza” la proposi-

⁹ ATRIA (2016) p. 68, bastardillas en el original.

¹⁰ Así, por ejemplo, SILVA SÁNCHEZ (2018) pp. 40-45.

¹¹ MAÑALICH (2018) p. 62, bastardillas en el original.

¹² Véase FERRAJOLI (2001) p. 34. La idea general es que este “nuevo” modelo de estado constitucional reemplazaría al modelo de estado legalista. En ese mismo contexto Suárez llega a la misma conclusión que Ferrajoli: “Existen ... unos límites ontológicos que deben ser respetados por el jurista penalista. Tanto por el legislador en la formulación de la ley como por el científico del derecho penal en la construcción dogmático-jurídica, existen unas barreras que están dadas por el ser de las cosas”; véase SUÁREZ (2010) p. 43.

¹³ Véase MAÑALICH (2018) p. 62.

¹⁴ Véase BRANDOM (2000) pp. 79-96. El punto estriba en qué se quiere privilegiar, ¿la inferencia o la referencia, la expresión o la representación?. Para una correspondiente semántica inferencial véase BRANDOM (1994) pp. 67 ss.

¹⁵ Ejemplo tomado de STRAWSON (1952) p. 235.

ción “A debe ir hasta la nevera a recoger la cerveza”?¹⁶ A primera vista es razonable pensar que solo la segunda pregunta es de interés para el jurista, mientras que las otras dos aparentan poseer un interés a lo sumo de carácter general. No obstante ello, la justificación que se dé a la respuesta de la segunda pregunta no es distinta de la justificación que se dé a las respuestas de las dos preguntas restantes, o por lo menos eso se afirmará en el presente artículo. En términos generales, y ese es el común denominador de las tres preguntas, en todas ellas se trata de la relación entre una proposición que es cierta y una proposición que debería ser cierta.

No obstante este punto en común, hay diferencias notables entre ellas. Así, la proposición “el agua debe estar hirviendo en este momento” es una proposición que debe ser cierta en un sentido no moral del término deber, de la misma forma en que a un aprendiz de ajedrez se le dice que no debe mover la torre en diagonal¹⁷. A su turno, y seguro ahí radica la importancia para el jurista, la proposición “A debe ser castigado” es una proposición que debe ser cierta en un sentido moral del término deber¹⁸. Finalmente, la proposición “A debe ir hasta la nevera a recoger la cerveza” es una proposición que debe ser cierta si se le asigna racionalidad a A. La tercera pregunta, por ello, presenta una característica estructural de la mente que en las dos primeras está tácitamente presupuesta, a saber, la referencia intencional frente al mundo¹⁹. En lo sucesivo, este importante aspecto será dejado de lado²⁰.

Otra pregunta emparentada con las anteriores es la siguiente: ¿es posible, dada la proposición “X equivale a ayudar al prójimo”, concluir en la proposición “X es bueno”? Salta a la vista que en esta pregunta no se trata, como en las tres primeras, de la relación entre una proposición que es cierta y una proposición que debería ser cierta, sino de dos proposiciones que son ciertas y cuya diferencia radica en las distintas características que acompañan sus respectivos contenidos proposicionales. Así, mientras que el contenido proposicional de la primera oración está acompañado por una característica descriptiva (ayudar al prójimo), el contenido proposicional de la segunda oración lo está por una característica valorativa (bueno). La incorporación del concepto básico axiológico de lo bueno seguro sirve de estímulo al jurista para ocuparse de esta cuarta pregunta. Una vez más, la justificación que se dé a su respuesta tampoco será distinta de la justificación que se dé de cara a las respuestas de las tres primeras preguntas formuladas arriba, o por lo menos eso se afirmará aquí²¹.

¹⁶ Ejemplo tomado de BECKERMANN (2008) p. 16.

¹⁷ Véase MACKIE (1977) p. 65. También podría decirse que deber en este contexto significa predicción, pero este cambio no haría ninguna diferencia, desde la perspectiva de Hume, con los usos de deber expuestos en los restantes ejemplos; al respecto véase GOODMAN (1983) p. 61. Otra cosa es entender que una predicción es la conclusión del reconocimiento de un compromiso cognitivo, mientras que deber es la conclusión del reconocimiento de un compromiso práctico; al respecto véase BRANDOM (2000) p. 85.

¹⁸ Esta observación no conduce necesariamente a una relación de dependencia entre el derecho y la moral. Así, es perfectamente posible que ambos tengan ámbitos de validez independientes y que, no obstante ello, los razonamientos morales sean importantes para el derecho; al respecto véase HABERMAS (1992) pp. 135 y 139.

¹⁹ Al respecto véase BECKERMANN (2008) p. 13 ss.; GRUNDMANN (2008) p. 24 ss.

²⁰ Al respecto, el desarrollo de una muy interesante teoría del significado puede verse en DAVIDSON (2001a) pp. 125 ss.; el mismo (2001b) pp. 137 ss.; acerca de la voluntad racional véase BRANDOM (2000) pp. 93 ss.

²¹ De otra parte, la proposición “X es bueno” también puede, bajo ciertas circunstancias que no son objeto de este trabajo, ser leída como “X es debido”, pues una norma de conducta es, a la vez, norma axiológica de valo-

¿Cómo han de ser contestadas estas cuatro preguntas? La prohibición lógica de deducir conclusiones prescriptivas (deber) de premisas descriptivas (ser) se denomina, desde la contribución de Hare²², ley de Hume. De conformidad con esta ley habría que contestar negativamente las tres primeras preguntas formuladas arriba. Por su parte, la definición de lo bueno a través de proposiciones descriptivas se conoce, desde la obra de G.E. Moore²³, como falacia naturalista. De acuerdo con ella la pregunta cuatro debería contestarse también de forma negativa. Pero, ¿son satisfactorias las justificaciones para estas respuestas? y, en particular, ¿tienen algún rendimiento estas justificaciones en derecho penal?. Como muy bien lo anota Mackie²⁴, en éste y en otros campos “la filosofía moral aparece como el pariente pobre de la ciencia jurídica”. No obstante esta apariencia, es mucho lo que el jurista tiene para aprender de su “pariente pobre”²⁵. Así, objeto de la sección III del presente artículo es reivindicar el sentido y alcance de las palabras de Hume, en el sentido de negar que exista una ley de Hume con el contenido: “Está prohibido pasar de una premisa descriptiva a una conclusión prescriptiva”, como creen algunos juristas²⁶ (y también algunos filósofos morales²⁷), pues esta fórmula corresponde a una visión que trivializa las definiciones de descriptivo y prescriptivo. El desarrollo de este punto permitirá aproximar una respuesta al problema de la transición entre ser y deber. Por su parte, objeto de la sección II del presente trabajo es demostrar que la así denominada falacia naturalista corresponde a una visión que trivializa las definiciones de descriptivo y evaluativo. En este sentido puede hablarse de la falacia de la falacia naturalista²⁸. El desarrollo de este punto permitirá delinear una definición del término bueno y, con ello, se aproximará una respuesta al argumento de la cuestión abierta tradicionalmente asociado a la falacia naturalista. Finalmente, lo anterior debe llevar, en la sección IV, a una revisión del significado de la ley de Hume y de la falacia naturalista en Ferrajoli.

Un punto que debe abordarse previo al análisis de la definición del término bueno y del tránsito entre ser y deber, y que vale para ambos, es el relativo a la distinción entre contenido y estatus, el cual, aplicado en ética permite hablar de juicios morales de primer nivel (contenido de la moral) y juicios morales de segundo nivel (estatus de la moral)²⁹. Así, por ejemplo, afirmar que “X es bueno” o que “A debe ser castigado” son ambos juicios morales de primer nivel. Estos juicios afirman que un determinado curso de acción es bueno o malo o debido o indebido, o proveen de un principio general mediante el cual se pueden inferir

ración y norma deontológica de determinación. Al respecto véase KINDHÄUSER (1989) pp. 150 ss.; últimamente también MAÑALICH (2009) pp. 43 ss.

²² HARE (1954-1955) p. 303; el mismo (1952) p. 29.

²³ MOORE (1903) p. 10.

²⁴ MACKIE (1977) p. 164.

²⁵ En igual sentido NEUMANN (1991) pp. 248 ss.; el mismo (1994) pp. 81 ss.

²⁶ Véase FERRAJOLI (1995) pp. 220, 241, 323 ss., 359 y 921; véase también SUÁREZ (2010) pp. 32 ss.

²⁷ Compárese MACINTYRE (1959) p. 451, con ulteriores referencias.

²⁸ La expresión es de SEARLE (1969) pp. 132 ss. No obstante, las razones que permiten aquí hablar de una falacia de la falacia naturalista son distintas de las expuestas por Searle. Una posición similar a la aquí defendida y contraria a Searle puede verse en FLEW (1964) pp. 25 ss.

²⁹ Al respecto véase MACKIE (1977) p. 9.

en detalle juicios de este tipo³⁰. Por su parte, un juicio moral de segundo nivel dice “qué pasa cuando alguien hace un juicio de primer nivel, en particular si un juicio de este tipo expresa un descubrimiento o una decisión, o también puede referirse a cómo pensamos y razonamos sobre asuntos morales, o puede ofrecer una idea acerca de los significados de varios conceptos éticos”³¹. La importancia de esta distinción radica en lo que Austin llamó análisis ilocucionario, pues lo decisivo en él es “determinar en qué sentido se está usando la alocución: preguntando o respondiendo algo, dando alguna información o afirmando o previniendo, anunciando un veredicto o una intención, pronunciando una oración, haciendo un apunte o una remisión o una crítica, identificando algo o dando una descripción, u otros usos similares”³².

Esta distinción resulta crucial de cara al análisis que aquí nos ocupa, pues la relación entre una proposición descriptiva y una valorativa (por ejemplo, la definición del término bueno a partir de cualidades naturales) así como la relación entre una proposición descriptiva y una prescriptiva (por ejemplo, la definición de deber a partir del ser) son temas ambos que se ubican en el plano del estatus de la moral, esto es, en el plano de los juicios morales de segundo nivel. Por el contrario, la proposición “A debe ser castigado” o la proposición “X es bueno”, traídas a cuento atrás, son juicios morales de primer nivel en la medida en que ellas informan que un curso de acción es debido y que un curso de acción es bueno, respectivamente. Ahora, de conformidad con la distinción entre contenido y estatus, no es objeto de este artículo razonar sobre estos contenidos, afirmando, por ejemplo, que hay razones utilitaristas para pensar que el asesino debe ser castigado o, una vez más a título de ejemplo, afirmando que hay razones deontológicas que hablan a favor de la ayuda al prójimo, por solo mencionar dos de las tesis más relevantes en el plano del contenido de la moral³³. Lo que aquí interesa, entonces, es saber qué pasa cuando se afirma “A debe ser castigado” o cuando se afirma “X es bueno” y, en particular, averiguar si dichas proposiciones están asociadas a algún tipo de proposición con carácter descriptivo, y en caso que lo estén, de qué manera.

De esta forma, una teoría que legitime el tránsito de ser a deber proveerá la justificación para la respuesta a las tres primeras preguntas formuladas atrás, de la misma forma como una teoría que legitime el paso de una oración cuyo contenido proposicional está acompañado por una característica descriptiva a una oración cuyo contenido proposicional está acompañado por una característica valorativa proveerá la justificación para la respuesta a la pregunta cuatro. Es conveniente comenzar por este último punto, es decir, por el paso de una oración cuyo contenido proposicional está acompañado por una característica descriptiva a una oración cuyo contenido proposicional está acompañado por una característica valorativa, lo que se hará, siguiendo el proceder usual en ética, sobre la base de la definición del término bueno. Aunque vale aclarar que este orden no implica que la definición

³⁰ Véase MACKIE (1977) p. 9.

³¹ MACKIE (1977) p. 9.

³² AUSTIN (1962) pp. 98 ss.

³³ Véase BROAD (1930) pp. 116 ss. y 143 ss.; ANSCOMBE (1958a) pp. 1 ss.

del término bueno sea un paso lógico previo a la transición entre ser y deber, y que si aquí se le da prioridad temporal es solo por razones didácticas³⁴.

II. DEFINICIÓN DE BUENO

Por lo menos desde la obra de G.E. Moore, cualquier intento de definición del término bueno debe dar respuesta a dos tipos de problema: la falacia naturalista y el argumento de la cuestión abierta³⁵. Antes de él, por supuesto, muchos otros pensadores se ocuparon de la definición de bueno, entre ellos Kant³⁶. La alusión a Kant, sin embargo, tiene un propósito delimitador, en la medida en que la filosofía práctica kantiana entiende a la moral principalmente como un sistema de deberes del cual se derivarían de manera inmediata los cursos de acción debidos, mientras que aquí, por el contrario, se parte del presupuesto de entender la moral como un sistema de razones que operan sobre una base empírica³⁷. Además, porque aquí se parte de la independencia e irreducibilidad de los distintos tipos de conocimiento (el conocimiento de lo subjetivo, de lo intersubjetivo y de lo objetivo)³⁸, mientras que el método idealista kantiano cree poder reducir todo a la subjetividad del individuo con su fórmula de los juicios sintéticos *a priori* para la razón pura³⁹ y su fórmula del imperativo categórico para la razón práctica⁴⁰. En relación con esto último opina Kant⁴¹: “No es posible pensar nada a lo largo del mundo, ni aún siquiera por fuera de él, que sin limitaciones pueda ser tenido por bueno, con la única excepción de la buena voluntad”.

Expuesto a muy grandes rasgos, para Kant lo bueno es aquello que es prácticamente necesario. A su turno, lo prácticamente necesario es reconocido *a priori* por la razón práctica, que no es otra cosa que la voluntad. Esto sucede mediante la adecuación de la voluntad a leyes objetivas, las que, a su turno, están regidas por un principio objetivo o mandato de la razón, el cual se expresa mediante un imperativo⁴². La buena voluntad tiene, entonces, una bondad intrínseca que hace que lo bueno sea en sí mismo una razón de lo bueno. Ahora, debe abonársele a Kant el que haga un esfuerzo por hacer inteligible una exigencia que pareciera estar latente en el uso ordinario del pensamiento moral, a saber, la determinación de un punto fijo e inamovible del cual derivar todos los requerimientos morales y que al mismo tiempo fuera un requerimiento moral⁴³. En este sentido, su segunda formulación del imperativo categórico, si bien no la más conocida, es pieza decisiva de su pensamiento⁴⁴.

³⁴ En igual sentido HARE (1952) p. 79 ss. y 151 ss.; MACKIE (1977) pp. 50 ss.

³⁵ Véase G.E. MOORE (1903) pp. 10 y 15.

³⁶ Véase KANT (1911b) Tomo IV, pp. 393 ss. y 412 ss.

³⁷ Al respecto véase BIRNBACHER (2007) pp. 136 ss. y 161.

³⁸ Al respecto véase DAVIDSON (2001b) pp. 205 ss.

³⁹ Véase KANT (1911a) Tomo III, pp. 39 ss.

⁴⁰ Véase KANT (1911b) Tomo IV, p. 416.

⁴¹ KANT (1911b) Tomo IV, p. 393.

⁴² Véase KANT (1911b) Tomo IV, pp. 412 ss.

⁴³ Véase MACKIE (1977) pp. 59 ss.

⁴⁴ Véase KANT (1911b) Tomo IV, p. 429: “Actúa de forma tal que todo el tiempo utilices a la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, al mismo tiempo como fin y nunca solo como medio”.

Sin embargo, este intento de fundar la moral ajeno a razones de experiencia puede llevar, como muy bien lo anota Geach⁴⁵, a un sistema de respuestas circulares. Entonces, para que “no es bueno” no sea una respuesta suficiente a la pregunta “¿por qué no es bueno?” se requiere un enfoque distinto al kantiano. Por esta razón de principio no se abordará aquí el análisis kantiano de lo bueno⁴⁶.

Volviendo a G.E. Moore y sus objeciones de falacia naturalista y argumento de la cuestión abierta, se tiene que de conformidad con lo primero, definir bueno mediante proposiciones descriptivas confunde las cosas que son buenas con la bondad misma. Es importante resaltar que G.E. Moore no parte de la falacia naturalista como un principio metodológico⁴⁷, sino que llega a ella como una conclusión tras su intento (frustrado) de definir el término bueno: “‘bueno’ no tiene definición porque es algo simple y no tiene partes”⁴⁸. Dado, entonces, que para G.E. Moore lo bueno solo podía ser algo simple e indefinible, y que ese algo debía ser una cualidad no natural⁴⁹, resulta comprensible que tildara de falaz cualquier descripción de lo bueno. Debe abonársele a G.E. Moore que las cosas de las que se predica bondad y la bondad son cosas distintas entre sí, y solo una definición de lo segundo constituye lo bueno. Bajo este entendido la falacia naturalista es correcta. Pero si de lo que se trata es de trazar una mera distinción entre hechos morales y hechos de cualquier otro tipo, entonces es una visión que trivializa las definiciones de descriptivo y evaluativo, como se mostrará más adelante⁵⁰. A su turno, el argumento de la cuestión abierta dice que ninguna definición del término bueno cierra las puertas a la pregunta posterior acerca de la bondad de aquello que así se define. Por ejemplo, aunque se tome la definición de bueno como ayudar al prójimo, y aunque se reconozca que X conduce a la ayuda del prójimo, aún así queda abierta la pregunta sobre si X es realmente bueno, y esto valdría para cualquier definición.

Estas objeciones, como muy bien lo destaca Mackie⁵¹, aplican particularmente al significado moral de bueno. Sin embargo, el término bueno en español tiene un uso moral y un uso no moral, al igual que sucede en otros idiomas (por ejemplo *good* en inglés y *gut* en alemán), y comoquiera que no resulta plausible asignarle a dicho término un significado moral desconectado de su significado no moral, es conveniente, antes que nada, “encontrar o un único significado general que la palabra tenga en los contextos moral y no-moral, o por lo menos un significado particular del cual sus otros significados sean consecuencia”⁵².

⁴⁵ GEACH (1956) pp. 39 ss.

⁴⁶ Una interpretación de Kant que intenta salvar este problema la ofrece Brandom, quien propone sustituir ley por compromiso en su análisis de la voluntad racional; véase BRANDOM (2000) p. 94.

⁴⁷ Así lo hace, sin embargo, FERRAJOLI (1995) pp. 220, 241, 323 ss., 359 y 921; igualmente SUÁREZ (2010) pp. 32 ss.

⁴⁸ G.E. MOORE (1903) p. 9.

⁴⁹ G.E. MOORE (1903) pp. 7, 17 y 21.

⁵⁰ Se trata de la idea de Austin, según quien descripción y evaluación son fuerzas ilocucionarias de una declaración que no se dejan reducir, en el caso de la descripción, a la dicotomía verdadero/falso, ni a la dicotomía valor/hecho, en el caso de la evaluación; véase AUSTIN (1962) pp. 147-149; en igual sentido FLEW (1964) p. 27.

⁵¹ MACKIE (1977) p. 51.

⁵² MACKIE (1977) pp. 51 ss.

En este sentido, es mérito de Geach⁵³ haber sido el primero en aplicar la distinción entre adjetivos atributivos y adjetivos predicativos al estudio del significado del término bueno⁵⁴. Según él, la dificultad en definir bueno radica en que bueno es, en términos lógicos (no gramaticales), lo que él llama un adjetivo atributivo: “‘bueno’ y ‘malo’ son siempre adjetivos atributivos, no predicativos”⁵⁵.

Un ejemplo familiar de cómo opera un adjetivo atributivo es el siguiente: “X es una pulga grande”. Aquí grande tiene el rol de adjetivo atributivo, con la siguiente consecuencia: de la proposición “X es una pulga grande” no se deriva “X es una pulga y X es grande”, de la misma forma como de la proposición “X es un elefante pequeño” no se deriva “X es un elefante y X es pequeño”. Porque si esta derivación fuera posible, entonces habría que afirmar que una pulga grande es un animal grande y que un elefante pequeño es un animal pequeño, lo que resulta contraevidente⁵⁶. Otros ejemplos son los siguientes: “X es el padre putativo de A”, de donde no se deriva “X es el padre de A y X es putativo” o “X es un buen A” (con total independencia de qué sea A), de donde no se deriva “X es bueno y X es A”. Por el contrario, un ejemplo de adjetivo predicativo es el siguiente: “X es un libro rojo”. Aquí rojo tiene el rol de adjetivo predicativo, con la siguiente consecuencia: de la proposición “X es un libro rojo” se sigue que “X es un libro y X es rojo”⁵⁷. El siguiente test permite distinguir un tipo de adjetivos del otro: “si ‘C’ es predicativo, entonces, si *x* es ambas cosas, A y B, se tiene que si *x* es CA entonces *x* tiene que ser también CB; pero si ‘C’ es atributivo y *x* es ambas cosas, A y B, *x* puede ser CA pero no CB”⁵⁸. De conformidad con este test, bueno es un adjetivo atributivo, puesto que una persona que sea abogado y barista puede ser buen abogado y no ser buen barista. Este razonamiento le permite a Geach sostener que el término bueno tiene primariamente una fuerza descriptiva⁵⁹. Los adjetivos atributivos, bajo este entendido, serían aquellos que “construyen nuevas descripciones de forma sistemática por fuera del significado de los sustantivos a los que están atados”⁶⁰.

Pese a la importancia de este aporte, la determinación de bueno como un adjetivo atributivo aún no contesta la pregunta de cómo es atributivo, es decir, qué tipo de operación realiza el término bueno sobre los predicados a los cuales está atado⁶¹. Un primer intento de respuesta a este interrogante viene dado por Hare, quien parte del supuesto según el cual bueno tiene un significado primariamente evaluativo y solo secundariamente descriptivo⁶². En apoyo de esta tesis introduce la distinción entre palabras funcionales y palabras no funcionales, así: “Una palabra es una palabra funcional si, en orden a explicar su

⁵³ GEACH (1956) pp. 33 ss. El trasladado de este pensamiento al derecho penal, en especial en lo referente a la definición de bien jurídico, puede verse en KINDHÄUSER (1989) pp. 140 ss.

⁵⁴ Posteriormente Quine hablará de adjetivos sincategoremáticos; véase QUINE (1960) p. 103.

⁵⁵ GEACH (1956) p. 33.

⁵⁶ Véase GEACH (1956) p. 33.

⁵⁷ Véase GEACH (1956) p. 33.

⁵⁸ MACKIE (1977) p. 52.

⁵⁹ Véase GEACH (1956) p. 36.

⁶⁰ MACKIE (1977) p. 52. Por esta razón Mackie los llama “operadores en predicados”.

⁶¹ Véase MACKIE (1977) p. 53.

⁶² Véase HARE (1952) p. 118; el mismo (1957) pp. 106 ss.

significado completo, nosotros tenemos que decir *para* qué es el objeto al que nos referimos con ella, o qué se supone que hace”⁶³. De esta forma, cuando bueno está asociado a una palabra funcional no hay ningún problema en reconocer el significado descriptivo de bueno⁶⁴. Ejemplos de palabras funcionales son, entre otras, taladro y cuchillo, pues su definición siempre incluirá la referencia a la función desempeñada por dichos objetos. De esta forma, conociendo el significado de taladro se estaría en la posibilidad de saber qué rasgos debe tener un taladro para ser definido como un buen taladro. De otra parte, asociar bueno a taladro significa que el taladro tiene las características que le permiten desarrollar su función⁶⁵. Por el contrario, frente a las palabras no funcionales el término bueno no tiene significado descriptivo, pues en estos casos no basta con conocer la definición del objeto para saber si el mismo es susceptible de definirse como bueno. Un ejemplo de palabra no funcional es atardecer, pues aquí no basta con conocer el significado de atardecer para saber qué rasgos debe tener un atardecer que haya de ser definido como bueno. En estos casos es necesario “conocer qué estándar ha de ser adoptado para juzgar la bondad de este tipo de cosas; y este estándar no nos es revelado, ni siquiera en parte (como en el caso de las palabras funcionales), por el significado de la palabra asociada a ‘bueno’”⁶⁶.

La anterior reflexión le permite a Hare concluir que la definición general de bueno no puede ser descriptiva, dado que ello dejaría por fuera de su uso las palabras no funcionales. Por eso propone una definición de bueno susceptible de asociarse tanto a palabras funcionales como a palabras no funcionales. Bajo dicha definición la primera función del término bueno es elogiar⁶⁷. Bajo este supuesto, entonces, bueno significa “tener las cualidades características (independientemente de lo que se trate) que son encomiables en la clase de objeto en cuestión”⁶⁸. Es decir, según Hare el elogio es el punto que une los varios usos de bueno. Elogiar, a su turno, es mencionar que algo es bueno⁶⁹. De allí que, como pone de presente Mackie⁷⁰, si bien esta definición no es falsa, sí es circular y no dice nada nuevo en la medida en que define lo bueno en términos del elogio, y el elogio en términos de lo bueno.

Del aporte de Hare debe destacarse el intento por formular una definición general de bueno que abarque tanto a las palabras funcionales como a las no funcionales. El punto a superar es, entonces, la circularidad de su definición. Un primer paso para superar esta circularidad viene dado por lo que Mackie denomina el elogio egocéntrico. Según éste, elogiar algo “es decir que la cosa satisface ciertos requerimientos, mientras que al mismo tiempo se indica que se aprueban dichos requerimientos”⁷¹. Sin embargo, este elogio egocéntrico se queda corto en la medida en que es hecho desde el punto de vista del hablante, y existen situaciones

⁶³ HARE (1952) p. 100, bastardillas en el original; acerca de las palabras funcionales y la dicotomía entre hecho y valor véase CRAGG (1976) pp. 77-94.

⁶⁴ Véase HARE (1957) p. 107.

⁶⁵ Véase HARE (1952) pp. 100 ss.; el mismo (1957) p. 107.

⁶⁶ HARE (1957) p. 108.

⁶⁷ HARE (1952) p. 127.

⁶⁸ HARE (1957) p. 108.

⁶⁹ HARE (1957) p. 106.

⁷⁰ MACKIE (1977) p. 54.

⁷¹ MACKIE (1977) p. 54.

en las que el hablante puede reconocer algo como bueno sin tener por ello que elogiarlo⁷². Un vegetariano, por ejemplo, puede decir de una carne que es una buena carne así no lo encuentre encomiable, o un no aficionado al fútbol puede reconocer que Diego Armando Maradona fue un buen jugador de fútbol así no lo encuentre encomiable. La existencia de esta posibilidad, no obstante, demuestra que el elemento común a estas situaciones de elogio es la presencia de un “cierto set de requerimientos o deseos o intereses”, y que de aquello que es definido como bueno “se puede decir que es apto para satisfacer esos requerimientos o deseos o intereses”⁷³. Este descubrimiento le permite a Mackie ofrecer la siguiente definición general de bueno: “*apto para satisfacer requerimientos (etc.) de la clase en cuestión*”⁷⁴.

La primera parte de la definición (apto para satisfacer) no se deja sustituir por satisface por dos razones. Primero, porque “basta con que la cosa sea de tal forma, que ella satisfaga deseos, intereses y requerimientos de la clase indicada si alguien se concentrara en relacionarlos con ella”⁷⁵. De esta forma, un cuchillo seguirá siendo un buen cuchillo aun cuando nunca sea usado o incluso necesitado. Segundo, porque “al llamar algo bueno estamos diciendo algo acerca de cómo es en sí mismo; nos estamos refiriendo inmediatamente a sus cualidades, sus rasgos intrínsecos, antes que referirnos directamente a cualquier relación que ese algo tenga con cualquier cosa, como sucedería si dijéramos que ese algo satisface algún interés”⁷⁶. La segunda parte de la definición (requerimientos etc. de la clase en cuestión) es deliberadamente vaga a fin de que cubra diferentes usos del término bueno. De esta forma “deja abierto precisamente cómo están especificados o indicados los requerimientos en cuestión” y, de la misma manera, “deja espacio para requerimientos que han de ser usados de diferentes maneras y en diferentes tipos de caso”⁷⁷.

Ya fue dicho antes que no resulta plausible asignarle al término bueno un significado moral desconectado por completo de su significado no moral. Entonces, dada la definición general del término bueno se tiene que su uso moral implica también la existencia de un cierto set de requerimientos etc. junto con la aptitud de aquello que se defina como bueno para satisfacer dichos requerimientos. Esto significa que no le asiste razón a G.E. Moore al pensar que bueno es un término indefinible y ajeno por completo a proposiciones descriptivas⁷⁸. Entonces, si la falacia naturalista se entiende como la prohibición de incluir proposiciones descriptivas en la definición del término bueno, ella es falsa. Esta comprensión de la falacia naturalista corresponde, por lo demás, a una visión que trivializa las definiciones de descriptivo y evaluativo, pues aunque la misma sea una excelente forma de trazar una distinción clara entre hechos morales y hechos de cualquier otro tipo, tiende también a obviar el carácter (lógico) atributivo de las proposiciones evaluativas demostrado por Geach.

Pero, ¿escapa este uso moral del término bueno al argumento de la cuestión abierta?. De conformidad con el argumento de la cuestión abierta, como ya se expuso, ninguna de-

⁷² Véase MACKIE (1977) p. 55.

⁷³ MACKIE (1977) p. 55.

⁷⁴ MACKIE (1977) pp. 55 ss., bastardillas en el original.

⁷⁵ MACKIE (1977) p. 56.

⁷⁶ MACKIE (1977) p. 56.

⁷⁷ MACKIE (1977) p. 56.

⁷⁸ Véase MACKIE (1977) p. 61.

finición del término bueno cierra las puertas a la pregunta posterior acerca de la bondad de aquello que así se define. Entonces, aun cuando se definiera bueno como ayudar al prójimo y se supiera que X conduce a la ayuda del prójimo, aún así se podría plantear la pregunta acerca de si X es realmente bueno. Pero si se tiene que X conduce a la ayuda del prójimo, y aún así se pregunta sobre la bondad de X, se pone de manifiesto que con la pregunta se está haciendo alusión a otros requerimientos distintos a aquellos que X está en capacidad de satisfacer. Por ello le asiste razón a Hare⁷⁹ cuando destaca que la fuerza del argumento de la cuestión abierta descansa en el siguiente presupuesto: si equiparáramos bondad con cualquier set de características definidas, entonces no podríamos elogiar algo por el solo hecho de poseer dichas características. Si este elogio es parte del uso moral del término bueno, entonces él ha de ser algo distinto de la bondad misma.

El elogio egocéntrico, como ya se dijo, permite romper esa circularidad pues él consiste en decir que la cosa satisface ciertos requerimientos, mientras que al mismo tiempo se indica que se aprueban dichos requerimientos. Este último punto, es decir el respaldo a los requerimientos, es la clave para replicar al argumento de la cuestión abierta: si se define lo bueno como ayudar al prójimo y X equivale a ayudar al prójimo, entonces X será bueno en la medida en que haya razones para respaldar la ayuda al prójimo. Estas razones, por supuesto, no tienen que ser egocéntricas⁸⁰, y de hecho no lo son, pues pertenece a la gramática de la moral el que sus prescripciones sean universales⁸¹. De aquí se concluye que el uso moral del término bueno tiene, aparte de su significado descriptivo, también un significado prescriptivo⁸². Es decir, bueno en el contexto moral tiene el mismo significado descriptivo que el término posee en su uso no moral, el cual viene dado por la satisfacción de la relación entre los requerimientos en cuestión y aquello que se define como bueno. Y adicionalmente a ello tiene también un significado prescriptivo, el cual viene dado por el respaldo que se le dé a los requerimientos en cuestión⁸³. El uso moral de bueno, de esta forma, posee una fuerza ilocucionaria de respaldo. En consecuencia todo aquel que afirme, en el uso moral del término, que X es bueno, siendo X equivalente con ayudar al prójimo, es porque reconoce la existencia de razones que respaldan la bondad de ayudar al prójimo.

Al anterior razonamiento se le podría objetar que, de alguna manera, no escapa al argumento de la cuestión abierta en la medida en que solo desplaza el lugar donde se ubica la cuestión abierta: antes en la pregunta por lo bueno y ahora en la pregunta por las razones que respaldan los requerimientos en cuestión. Entonces, dado que la expresión set de requerimientos de la clase en cuestión es deliberadamente vaga, ¿cómo se puede cerrar o, al menos, reducir la vaguedad del significado del término bueno? La respuesta a esta pregunta exige un estudio sobre el estatus ontológico de los requerimientos en cuestión y, en particular, del tema de su objetividad o subjetividad. La importancia del tema estriba, en lo que aquí concierne, en que se suele afirmar que la posibilidad de reconocer un carácter objetivo

⁷⁹ Véase HARE (1952) pp. 83 ss.

⁸⁰ Véase MACKIE (1977) pp. 60 ss.

⁸¹ Al respecto véase BIRNBACHER (2007) pp. 31 ss.

⁸² Véase MACKIE (1977) pp. 60 ss.

⁸³ Véase MACKIE (1977) pp. 61 sp.

en los requerimientos en cuestión lleva, en el plano de la moral, al reconocimiento de valores morales objetivos, y esto último, a su turno, permitiría poner el uso moral de bueno a salvo del argumento de la cuestión abierta. Esta decisiva cuestión merece un desarrollo pormenorizado y, por lo tanto, no será abordado aquí⁸⁴. Omitir este punto, sin embargo, no afecta los objetivos trazados para el presente artículo, dado que el respaldo que constituye el significado prescriptivo del uso moral del término bueno, como ya se dijo, no puede ser un respaldo egocéntrico. Eliminada la subjetividad, solo bastaría fundamentar la forma en que pueden ser reconocidos valores morales objetivos (lo que, se repite, no será desarrollado aquí).

III. TRANSICIÓN DEL SER AL DEBER

Antes se hizo ya referencia a una supuesta ley de Hume con el contenido: Está prohibido pasar de una premisa descriptiva a una conclusión prescriptiva. Pero, ¿existe realmente tal prohibición en Hume? Como bien lo afirma MacIntyre⁸⁵, la relación entre aserciones de hecho y juicios morales planteada por Hume es uno de aquellos temas que, en la historia de la filosofía, ha quedado rígidamente fijado en la discusión, y en este caso sobre el supuesto equivocado de una tal prohibición. Para desvirtuar ese supuesto equivocado, nada mejor que oír lo que dijo Hume:

“In every system of morality, which I have hitherto met with, I have always remark'd, that the author proceeds for some time in the ordinary way of reasoning, and establishes the being of a God, or makes observations concerning human affairs; when of a sudden I am surpriz'd to find, that instead of the usual copulations of propositions, *is*, and *is not*, I meet with no propositions that is not connected with an *ought*, or an *ought not*. This change is imperceptible; but is, however, of the last consequence. For as this *ought*, or *ought not*, expresses some new relation or affirmation, 'tis necessary that it shou'd be observ'd and explain'd; and at the same time that a reason should be given, for what seems altogether inconceivable, how this new relation can be a deduction from others, which are entirely different from it. But as authors do not commonly use this precaution, I shall presume to recommend it to readers; and am persuaded, that this small attention wou'd subvert all the vulgars systems of morality, and let us see, that the distinction of vice and virtue is not funded merely on the relations of objects, nor is perceiv'd by reason”⁸⁶.

Lo primero que hay que decir sobre este pasaje es que Hume afirma ser testigo de cambios imperceptibles que tienen lugar en el uso ordinario de razonamientos. Estos cambios imperceptibles se presentan entre proposiciones cuya cópula es “es” o “no es” y aquellas cuya cópula es “debe” o “no debe”. Estas últimas proposiciones, afirma Hume, expresan una nueva relación, lo que hace necesario, según él, dar una razón que explique dicho cambio, el cual, de otra forma, sería inconcebible dada la diferencia entre los distintos tipos de

⁸⁴ Cómo puede reconocerse objetividad en el tema de los valores puede verse en PUTNAM (2002) pp. 7-45; el mismo (2004) pp. 15-32; véase también DAVIDSON (2004) pp. 39 ss. y 52 ss.

⁸⁵ Véase MACINTYRE (1959) p. 451.

⁸⁶ HUME (1949) pp. 469 ss., bastardillas en el original.

relación⁸⁷. Notable resulta también su afirmación final, según la cual notar estos cambios impercetibles subvertirá los sistemas vulgares de moralidad.

Del párrafo anterior debería concluirse que Hume es lo suficientemente claro y que no hay razón para atribuirle una prohibición de transición, sino simplemente la exigencia de justificación. ¿Por qué entonces se habla de la ley de Hume en el sentido de una prohibición? Un primera explicación⁸⁸ parte de asumir que según Hume los argumentos son o deductivos o defectuosos, tal como se desprendería de su escepticismo acerca de la inducción⁸⁹. De esta forma la proposición prescriptiva no sería más que una conclusión deductiva donde la proposición descriptiva sería la premisa menor y solo haría falta una proposición adicional como premisa mayor para justificar el paso⁹⁰. Así, por ejemplo, para justificar el tránsito de la aserción de hecho “A mató a B” (premis menor) al juicio moral “A debe ser sancionado” (conclusión) solo haría falta otro juicio moral del siguiente tenor: “Aquel que mate a otro debe ser sancionado” (premis mayor). De igual forma, para pasar de “la olla con agua lleva 10 minutos en el fuego” (premis menor) a “el agua debe estar hirviendo en este momento” (conclusión), solo haría falta la regla “siempre que la olla con agua lleve 10 minutos en el fuego, el agua hierve” (premis mayor).

Ahora, es bien sabido que el escepticismo de Hume acerca de la inducción descansa en la exigencia errónea según la cual la inducción debe ser mostrada como una forma de deducción⁹¹. De conformidad con dicha exigencia, entonces, resulta evidente que en ausencia de un método inductivo y de una premisa mayor no habría posibilidad de tránsito entre la proposición descriptiva y la proposición prescriptiva. De otra parte, como bien lo anota MacIntyre⁹², “si nuestro problema es justificar la inducción, entonces esta premisa mayor envuelve en sí misma una aserción inductiva que requiere de justificación”. Con otras palabras: si para justificar el paso de la premisa menor (la proposición descriptiva) a la conclusión (la proposición prescriptiva) se introduce una premisa mayor sin justificación alguna, dicho procedimiento solo implicará un cambio del paso a justificar, pero no una justificación, y así se podría extender el procedimiento hasta el infinito. Con ello solo quedarían dos posibilidades: o es imposible el tránsito de una proposición descriptiva a una prescriptiva en ausencia de inducción y de la premisa mayor o, aún disponiendo de un método inductivo, dicho tránsito es injustificable en la medida en que regresa al infinito. Si éste es el entendimiento de la ley de Hume, entonces es cierto que ella prohíba el paso de una proposición descriptiva a una prescriptiva.

Sin embargo una interpretación más fiel a Hume, es decir una interpretación que tenga en cuenta el párrafo ya transcrito, donde no se dice expresamente que sea prohibido pasar de una proposición descriptiva a una prescriptiva, y que también tenga en cuenta otros pasajes de su obra donde expresamente se pasa de proposiciones descriptivas a pro-

⁸⁷ En igual sentido MACINTYRE (1959) pp. 459 ss.; véase también FLEW (1964) pp. 27 ss.; MACKIE (1977) pp. 64 ss.

⁸⁸ Al respecto véase MACINTYRE (1959) pp. 453 ss.; sobre Hume y la inducción véase GOODMAN (1983) pp. 59-62.

⁸⁹ Véase HUME (1949) p. 89.

⁹⁰ Así HARE (1952) pp. 56 ss.

⁹¹ Véase MACINTYRE (1959) p. 453.

⁹² MACINTYRE (1959) p. 454.

posiciones prescriptivas, servirá para refutar el argumento basado en el escepticismo acerca de la inducción. Pues Hume, al tratar el tema de la justicia, da el paso de una proposición descriptiva a una prescriptiva, así: para Hume llamar un acto justo o injusto significa decir que el mismo cae bajo una regla. Ahora, y esto es lo importante, según él esto debe ser así, es decir, debe haber reglas de justicia, porque “sin justicia la sociedad habrá de disolverse inmediatamente y cada uno habrá de caer en una condición salvaje y solitaria, la cual es infinitamente peor que la peor situación que es posible suponer en sociedad”⁹³. Entonces, de la premisa descriptiva “la obediencia a las reglas de justicia es beneficiosa” se pasa a la premisa prescriptiva “debe haber reglas de justicia”⁹⁴. Con ello, de ser cierto que Hume planteó una prohibición de tránsito del ser al deber, es también cierto que fue el primero que la quebrantó⁹⁵. Dado que no es razonable⁹⁶ atribuirle esta última convicción a la luz de sus convicciones referentes a la justicia, debe concluirse que Hume nunca planteó la prohibición que se le atribuye. La así denominada ley de Hume, entonces, debe entenderse como la necesidad de justificar el tránsito de una proposición descriptiva (ser) a una proposición prescriptiva (deber).

Un desafío en apariencia más interesante es el planteado por la posición de Searle⁹⁷, quien, con el entendimiento usual de la ley de Hume a la base, cree haber podido deducir el deber a partir del ser. Su argumento parte de presentar el siguiente ejemplo, según él contraintuitivo:

Jones pronunció las palabras “yo, por medio del presente acto, prometo pagarte a ti, Smith, cinco dólares”.

1. Jones prometió pagarle a Smith cinco dólares.
2. Jones se puso a sí mismo en la obligación de pagarle a Smith cinco dólares.
3. Jones está bajo la obligación de pagarle a Smith cinco dólares.
4. Jones debe pagarle a Smith cinco dólares⁹⁸.

Asumiendo un carácter *ceteris paribus* para cada una de estas oraciones, se tiene que la oración 2 se deriva de la oración 1, la 3 de la 2, la 4 de la 3 y, finalmente, la 5 de la 4, siendo la oración 1 una oración descriptiva y sin que sea necesario agregar oración prescriptiva alguna para que las sucesivas oraciones se deduzcan de las que inmediatamente les anteceden. Es decir, la oración 1 contiene la 2, la 2 la 3, la 3 la 4 y la 4 la 5⁹⁹. Ahora, la oración 1 contiene la oración 2 en virtud del significado especial de las palabras “yo, por medio del presente acto, prometo...”, las que constituyen el acto de prometer, mientras que el paso desde la oración 2 a la 5 es mediado por tautologías. Esta cadena de razonamientos

⁹³ Véase HUME (1949) p. 497; acerca de esta interpretación véase MACINTYRE (1959) pp. 456 sp.

⁹⁴ Parcialmente en contra MACINTYRE (1959) p. 457, quien considera necesario reemplazar la expresión “es beneficiosa” de la premisa descriptiva por la expresión “es consensuada”.

⁹⁵ Véase MACINTYRE (1959) p. 457.

⁹⁶ Acerca de los principios de racionalidad a la hora de atribuir convicciones y sobre el carácter “reivindicable” de las mismas véase DAVIDSON (2001b) p. 211.

⁹⁷ Véase SEARLE (1964) pp. 43 ss.; el mismo (1969) pp. 175 ss.

⁹⁸ SEARLE (1969) p. 177.

⁹⁹ Véase SEARLE (1969) pp. 177 ss.

le permite concluir a Searle¹⁰⁰ lo siguiente: “Así, hemos derivado (en el estricto sentido que ‘derivar’ admite en el lenguaje natural) un ‘deber’ de un ‘ser’”. El punto central del argumento de Searle es que, según él, el modelo clásico de derivación del deber como conclusión lógica de un silogismo práctico es “incapaz de tratar con hechos institucionales”¹⁰¹. Así, prometer algo es un hecho, pero este hecho tiene carácter institucional, es decir, no es un mero hecho bruto¹⁰². Esta distinción entre hechos brutos y hechos institucionales sería, entonces, la llamada a salvar la brecha entre descripción y prescripción. Pues a cada hecho institucional subyace una regla o un sistema de reglas de la forma “X cuenta como Y en el contexto C”, y el carácter de estas reglas es constitutivo en la medida en que las instituciones son sistemas de reglas constitutivas¹⁰³. De allí que la prueba de su deducción descansa en la siguiente regla constitutiva: “hacer una promesa es ponerse bajo una obligación, y esta regla es una regla de significado de la palabra ‘descriptiva’ ‘promesa’”¹⁰⁴.

Sin embargo, como Mackie¹⁰⁵ correctamente demostró, el argumento de Searle pone de presente dos formas de hablar: una forma de hablar por fuera de la institución y una forma de hablar con la institución. Desde fuera la institución puede ser descrita, por ejemplo, se puede reconocer que hay una práctica social llamada promesa, la cual tiene como uno de sus elementos el que se le puedan hacer ciertas demandas a aquellos que participan de la práctica. De esta forma se puede decir, desde fuera, que la institución de la promesa exige que se guarden las promesas. Hablar con la institución, por el contrario, implica invocar la institución y no simplemente reportar sus características. De esta forma se puede decir, con la institución, que si alguien promete algo debe cumplir lo prometido, justamente porque prometió. Ahora, lo que aquí interesa resaltar es que con independencia de cómo se mire la institución, desde fuera o desde dentro, ambas formas de hablar son materia de la lógica, así: para la forma de hablar desde fuera de la institución vale una lógica general cuyas premisas y conclusiones se refieren a hechos brutos, mientras que para la forma de hablar con la institución vale una lógica especial cuya especialidad radica en que sus premisas y conclusiones se refieren a hechos institucionales¹⁰⁶.

Entonces, si hablando por fuera de la institución de la promesa se dice que “Jones debe pagarle a Smith cinco dólares” se está haciendo alusión a un hecho bruto, razón por la cual no emerge problema alguno de relación entre proposiciones descriptivas y proposiciones prescriptivas. Por su parte, si hablando con la institución de la promesa se dice que “Jones debe pagarle a Smith cinco dólares” se está haciendo alusión a un hecho institucional, lo que significa que dicha proposición prescriptiva no se obtiene directamente de las oraciones 1 a 4 que le anteceden, sino que se obtiene de dichas oraciones y de las reglas

¹⁰⁰ SEARLE (1969) p. 181.

¹⁰¹ SEARLE (1969) p. 184.

¹⁰² Sobre la distinción entre hechos brutos y hechos institucionales véase SEARLE (1969) pp. 50 ss.; véase también ANSCOMBE (1958b) pp. 69 ss.

¹⁰³ SEARLE (1969) pp. 51 ss.; sobre la distinción entre reglas regulativas y reglas constitutivas véase SEARLE (1969) pp. 33 ss.

¹⁰⁴ SEARLE (1969) p. 185.

¹⁰⁵ Véase MACKIE (1977) pp. 67 ss.

¹⁰⁶ Véase MACKIE (1977) pp. 67 ss.

que rigen la institución de la promesa (lógica especial)¹⁰⁷. Ahora, como muy bien lo destaca Mackie¹⁰⁸, “puede ser peligrosamente desorientador hablar de hechos institucionales si después se van a presentar juntas estas dos interpretaciones”. De lo anterior surge evidente que el error de Searle radica en tomar la conclusión “Jones debe pagarle a Smith cinco dólares” como hecho institucional y pretender que ella se deriva de las oraciones 1 a 4, tomadas como referidas a hechos brutos, solo en virtud de la lógica general¹⁰⁹. De esta forma, Searle pierde de vista que su derivación del deber, entendido este deber como un hecho institucional, también es fruto de un silogismo práctico, aun cuando dicho silogismo esté regido aquí por una lógica especial.

Del análisis del argumento escéptico acerca de la inducción y del argumento de Searle queda claro que sí hay una relación entre proposiciones descriptivas y proposiciones prescriptivas. Por tanto, el entendimiento usual de la ley de Hume, según el cual estaría prohibido pasar de una a otra, es una comprensión que trivializa el asunto, pues el punto crucial no es trazar una distinción entre ser y deber, sino saber cuándo y cómo existe una relación entre uno y otro. Abordar este asunto implica delinear una teoría que justifique el tránsito del ser al deber. Para ello, en primer lugar, debe ponerse de presente que el término deber, al igual que el término bueno, tiene en castellano un uso moral y un uso no moral, como también sucede en otros idiomas (por ejemplo *ought* en inglés y *sollen* en alemán), y que aquí tampoco resulta plausible asignarle a dicho término un significado moral desconectado de su significado no moral.

En este contexto el significado general del término deber es el siguiente: hay una razón para la prescripción. En palabras de Mackie¹¹⁰, el equivalente general de “*a* debe ser *G*” es “hay una razón para que *a* sea *G*”. Ahora, contrario a lo que opina Mackie¹¹¹, no son los distintos usos de deber los que determinan las distintas clases de razones, sino las distintas clases de razones las que determinan los distintos usos de deber. Por este motivo tampoco le asiste razón cuando afirma que en el uso no moral del término deber el tránsito de la proposición descriptiva a la prescriptiva no constituye una nueva relación¹¹². El origen de este error, sin duda, está en la posición escéptica defendida en moral por Mackie, pues la negación tajante de la existencia de valores morales objetivos¹¹³ parecería envolver una mayor dificultad en el uso moral de deber, cuyas razones habrían de ser construidas (las razones que justifiquen la nueva relación), frente a una menor dificultad en su uso no moral, donde las razones estarían ya fijadas en una regla (natural o social). Esto es errado, porque las reglas que soportan el paso de ser a deber en su uso no moral son reglas que también han sido construidas o descubiertas. Entonces, tanto en su uso moral como en su uso no moral el término deber establece siempre una nueva relación frente a la proposición descriptiva con que se encuentre asociada.

¹⁰⁷ Véase MACKIE (1977) p. 68.

¹⁰⁸ MACKIE (1977) p. 68.

¹⁰⁹ Véase MACKIE (1977) pp. 68 ss.

¹¹⁰ Véase MACKIE (1977) pp. 73 ss.

¹¹¹ Véase MACKIE (1977) p. 74.

¹¹² Véase MACKIE (1977) pp. 65 ss.

¹¹³ El desarrollo de su posición escéptica en moral puede verse en MACKIE (1977) pp. 15 ss.

La reflexión anterior permite afirmar lo siguiente. La ley de Hume no prohíbe el paso de una proposición descriptiva (ser) a una prescriptiva (deber), sino que establece la necesidad de justificar mediante razones el tránsito de una a otra. La razón justificante hace concebible el tránsito de la proposición descriptiva a la proposición prescriptiva en la forma de un silogismo práctico, donde la razón justificante opera como premisa mayor, la proposición descriptiva como premisa menor y, finalmente, la proposición prescriptiva como conclusión¹¹⁴. De esta forma, cuando se concluye que “el agua debe estar hirviendo en este momento”, que “A debe ser castigado” o que “A debe ir hasta la nevera a recoger la cerveza” en presencia de las proposiciones “la olla con agua lleva 10 minutos en el fuego”, “A mató a B” o “A desea tomarse una cerveza”, respectivamente, significa que hay una razón para que el agua esté hirviendo, una razón para que A sea castigado y una razón para que A vaya hasta la nevera a recoger la cerveza. Esta razón es la que media entre la proposición descriptiva y la prescriptiva y sin ella no es legítimo transitar de una a otra. Ahora, qué características ha de tener una razón para que sea considerada como una razón justificante es un tema que escapa a los objetivos del presente artículo¹¹⁵.

IV. ¿SON LA LEY DE HUME Y LA FALACIA NATURALISTA LÍMITE DE ALGO EN DERECHO PENAL?

Como ya se dijo en la sección I de este artículo, los defensores del neo-constitucionalismo y de la principialística pretenden presentar asuntos políticamente controvertibles como pre-políticos, propiciando así un debilitamiento de la democracia (Atria habla de un ciclo de la adjudicación¹¹⁶, Mañalich habla de la generación de una específica forma de falsa conciencia¹¹⁷). En lo que sigue pretendo poner de presente cómo el discurso neo-constitucionalista o principialista de Ferrajoli, más conocido como garantismo, asume esa estrategia de disimulación mediante el recurso a una forma sublimada de iusnaturalismo¹¹⁸. En particular me interesa, como ya anuncié, el uso que hace de la ley de Hume y de la falacia naturalista como límites del derecho penal.

Al tratar el tema de la separación entre derecho y moral, Ferrajoli apunta que la misma tiene, entre otros, un sentido asertivo, razón por la cual dicha separación debe entenderse como una “*tesis meta-lógica* –y concretamente una aplicación de la llamada ley de Hume– que veta en tanto que ‘falacia naturalista’ la derivación del derecho válido o ‘como es’ del derecho justo o ‘como debe ser’ y viceversa”¹¹⁹. A renglón seguido propone “llamar *ideologías* a todas las tesis y doctrinas viciadas por falacias semejantes”¹²⁰. Y remata diciendo

¹¹⁴ Véase HARE (1952) pp. 56 ss.

¹¹⁵ Al respecto, desde una perspectiva intuicionista, véase ROSS (1930) pp. 12, 29, 41 y 155-173; desde la perspectiva de la teoría del discurso véase HABERMAS (1983) pp. 60-86; en el ámbito jurídico véase M.S. MOORE (2002) pp. 632 ss.

¹¹⁶ Véase ATRIA (2016) p. 104.

¹¹⁷ Véase MAÑALICH (2018) p. 62.

¹¹⁸ Así lo define Mañalich; al respecto véase MAÑALICH (2018) p. 63.

¹¹⁹ FERRAJOLI (1995) p. 220, bastardillas en el original.

¹²⁰ FERRAJOLI (1995) p. 220, bastardillas en el original.

que: “Por ‘ley de Hume’ se entiende la tesis según la cual no se pueden derivar lógicamente conclusiones prescriptivas o morales de premisas descriptivas o fácticas, ni a la inversa”¹²¹.

Un análisis detallado de esta cita de Ferrajoli arroja lo siguiente: de la proposición “X es derecho” (el derecho como es) no puede derivarse la proposición “X es derecho justo” (el derecho como debe ser). Es evidente que la relación que hay entre estas dos proposiciones no es aquella que existe entre una proposición que es cierta y otra que debería ser cierta, sino aquella relación que se presenta entre una proposición cuyo contenido está acompañado por una característica descriptiva y otra cuyo contenido está acompañado por una característica valorativa. De conformidad con lo expuesto arriba, entonces, la prohibición de pasar de una proposición a otra no vendría dada por la ley de Hume sino por la falacia naturalista. Esta crítica, por supuesto, puede entenderse como algo menor, y no en vano se suelen equiparar ambos conceptos. Por lo demás, debe abonársele a Ferrajoli el que guarde coherencia con su comprensión de este postulado y entienda (al igual que lo hacía G.E. Moore) el fundamento de la moral como algo subjetivo, no susceptible de ser conocido¹²². Las razones por las cuales esta comprensión es equivocada ya se expusieron en su lugar.

Un punto que por lo pronto resulta más espinoso que el anterior viene dado por la consecuencia que Ferrajoli extrae al aplicar aquí la falacia naturalista como límite. Dice así:

“En su virtud resultan excluidas de la ‘ciencia jurídica positiva’, en tanto que no fundadas empíricamente en el derecho positivo, todas las diversas definiciones sustancialistas del delito por medio de connotaciones ontológicas de tipo moral, natural, político o social en vez de meramente legales, así como las legitimaciones ideológicas del derecho penal conectadas con ellas”¹²³.

Aquí hay un paso en falso. En efecto, la falacia naturalista prohibiría transitar de la proposición “X es derecho” (el derecho como es, la ciencia jurídica positiva) a la proposición “X es derecho y X tiene una determinada connotación valorativa” (el derecho como debería o no ser). Ahora, y aquí es donde está el paso en falso, eso no es lo mismo que afirmar: de la proposición “X es derecho” no se puede concluir la proposición “X es derecho y X tiene una determinada connotación valorativa”, luego entonces “X no tiene una determinada connotación valorativa” (“las diversas definiciones sustancialistas del delito por medio de connotaciones ontológicas de tipo moral, natural, político o social en vez de meramente legales” excluidas por Ferrajoli). Que esto no es cierto se demuestra mediante un ejemplo contraintuitivo: de la proposición “está prohibido matar” no se puede concluir, de conformidad con la falacia naturalista, la proposición “matar es malo”, luego entonces “matar no es malo”. La razón de la equivocación de Ferrajoli estriba en que la existencia de una prohibición no contesta la pregunta relativa a si lo prohibido está o no dotado de una determinada connotación valorativa, con independencia de la prohibición lógica de pasar de premisas descriptivas a conclusiones valorativas, pues esto último no tiene nada que ver con lo primero, como ya se demostró. Lo que aquí falta son las razones que respalden (o no) la determinada connotación valorativa, y no la relación descriptiva entre la connota-

¹²¹ FERRAJOLI (1995) p. 241.

¹²² FERRAJOLI (1995) pp. 920 ss.

¹²³ FERRAJOLI (1995) p. 222.

ción valorativa y aquello de lo cual se predica (o no) dicha connotación. Arriba se denominó esta característica como la fuerza ilocucionaria de respaldo presente en el uso moral de proposiciones evaluativas, y se desligó de su función descriptiva. En este punto, por tanto, Ferrajoli presupone lo que intenta demostrar. Ahora bien, esto no significa que Ferrajoli no dé otras razones, ajenas por completo a lo que es su comprensión de ley de Hume y de la falacia naturalista, a favor de la exclusión propuesta. Pero presentar dichas razones bajo un manto de pretendida científicidad neutral a la política debilita la discusión pública de un tema radicalmente político.

En un segundo momento, al tratar la pregunta de por qué castigar, Ferrajoli vuelve a servirse de la ley de Hume y de la falacia naturalista como supuestos límites en derecho penal. Así, afirma: “El vicio metodológico detectable en muchas de las respuestas examinadas hasta el momento a la pregunta ‘¿por qué castigar?’ consiste en su confusión de la función o motivación con el fin, o del ser (de hecho o de derecho) con el deber ser (axiológico) de la pena, y en la consiguiente consideración de las explicaciones como justificaciones o viceversa”¹²⁴. Para luego agregar:

“Llamaré ‘ideologías’ tanto a las doctrinas como a las teorías que incurrn en la confusión entre modelos de justificación y esquemas de explicación. ‘Ideología’ ... es en efecto toda tesis o conjunto de tesis que confunde el ‘deber ser’ y el ‘ser’ (o las proposiciones normativas y las proposiciones asertivas), contraviniendo de este modo el principio meta-lógico conocido como ‘ley de Hume’, según el cual no se pueden derivar lógicamente conclusiones prescriptivas o morales de premisas descriptivas o fácticas, ni viceversa”¹²⁵.

De estos fragmentos se extrae lo siguiente: del ser de la pena no se deriva el deber de la pena. Dicho de otro modo: de la proposición “X es una pena” no se extrae la proposición “X debe ser una pena”. De conformidad con lo expuesto al inicio de este artículo surge evidente que la relación en la que estas proposiciones se encuentran entre sí es aquella relación en la que se encuentra una proposición cuyo contenido es cierto frente a una proposición cuyo contenido debe ser cierto. El tránsito de una a otra estaría prohibido por la ley de Hume, como bien lo anota Ferrajoli. Sin embargo, al igual que en el momento anterior, el punto crucial surge cuando Ferrajoli intenta derivar una consecuencia del uso de esta ley como límite en el tema de por qué castigar. Al respecto afirma lo siguiente:

“Podemos ahora trazar los requisitos metaéticos de un modelo de justificación de la pena capaz de escapar a los distintos tipos de falacia –naturalista y normativista– presentados hasta el momento, y por consiguiente de no verse degradado a ideología de legitimación apriorística ... El primer orden de requisitos se refiere a la valoración del fin penal justificador y de los medios penales a justificar ... Para que queden excluidas auto-justificaciones ideológicas del derecho penal y de las penas viciadas por la falacia naturalista, es necesario en primer lugar que el fin sea reconocido y compartido como un *bien extra-jurídico*, externo al derecho, y en segundo lugar que el medio jurídico sea reconocido como un *mal*, es decir, como un coste humano y social que precisamente por ello ha de ser justificado.

¹²⁴ FERRAJOLI (1995) p. 322.

¹²⁵ FERRAJOLI (1995) p. 323.

Sólo así ... se evita la petición de principio que reduce la justificación a la descripción, el fin a las funciones o a los efectos jurídicos, el deber ser al ser del derecho”¹²⁶.

La argumentación de Ferrajoli en este pasaje es más compleja. Lo primero que debe destacarse es que lo motiva la clara distinción entre los niveles de descripción y justificación, que para él son equivalentes, en este contexto, a ser y deber, respectivamente. La pretensión de justificar la pena, entonces, mediante el expediente de describir la pena estaría, así, prohibida por la ley de Hume. Su quebrantamiento aquí llevaría a lo que él denomina una teoría apriorística. Una vez establecido este punto, introduce dos elementos: el fin penal y el medio penal, ambos necesitados de justificación. Dado que, según él, debe distinguirse claramente entre descripción y justificación, debe entenderse entonces que Ferrajoli parte de las proposiciones, independientes entre sí, “X es el fin penal” y “Z es el medio penal”. Éstas serían meras proposiciones descriptivas y estarían, por tanto, necesitadas de justificación. Ahora, como de una premisa descriptiva no se podría derivar una conclusión prescriptiva, según la ley de Hume, entonces de estas dos premisas no se podría, sin más, derivar las premisas “X debe ser el fin penal” y “Z debe ser el medio penal”.

Hasta aquí Ferrajoli se mueve en terreno seguro. Sin embargo, a renglón seguido agrega, como si se tratara de una consecuencia de la aplicación de la ley de Hume, que el fin penal debe ser un bien extra-jurídico y el medio penal un mal, so pena de reducir la justificación a la descripción. Es decir, Ferrajoli agrega las proposiciones “X es el fin penal y X tiene la característica A (bien extra-jurídico)” y “Z es el medio penal y Z tiene la característica B (mal)”. No se ve, sin embargo, cómo estas definiciones de fin penal y medio penal pueden ser formuladas en cumplimiento de la ley de Hume, pues ésta se limitaría a afirmar que de la proposición “X es el fin penal” no se puede transitar a la proposición “X debe ser el fin penal”. Salta a la vista, de otra parte, que la proposición agregada por Ferrajoli “X es el fin penal y X tiene la característica A” se encuentra frente a la proposición “X es el fin penal” en la misma relación en que se encuentra una proposición cuyo contenido está acompañado por una característica valorativa y otra cuyo contenido está acompañado por una característica descriptiva. Lo mismo cabe decir de la proposición agregada por Ferrajoli “Z es el medio penal y Z tiene la característica B” frente a “Z es el medio penal”. Ahora, la deducción de las primeras a partir de las segundas es algo que estaría prohibido por la falacia naturalista, como el mismo Ferrajoli acepta. No se entiende, entonces, por qué afirma llegar a estas definiciones como consecuencia del correcto entendimiento de la ley de Hume, la que antes bien quebranta, o de la falacia naturalista, en la que antes bien incurre.

Una vez más podemos esquematizar el proceder de Ferrajoli así: de la proposición “X es el fin penal” no se puede concluir, de conformidad con la falacia naturalista, “X es el fin penal y X tiene la característica A (u otra característica valorativa)”. Sin embargo, afirma Ferrajoli, en aplicación de este límite se obtiene que “X es el fin penal y X tiene la característica A”. Lo mismo cabe decir frente a sus reflexiones referidas al medio penal. Resulta evidente que aquí Ferrajoli quebranta su propio principio metodológico al presuponer, una vez más, lo que debería demostrar. Esta suposición, además, parte de un supuesto que no siempre tendría que ser cierto, a saber: que una descripción del fin o del medio penal

¹²⁶ FERRAJOLI (1995) pp. 326 ss., bastardillas en el original.

no estaría en lo absoluto relacionado con su justificación. Es cierto que hay razones para afirmar que esto no siempre tiene que ser así, y Ferrajoli apela a la historia del derecho para demostrarlo. Pero la posibilidad de asociar descripción y prescripción o, en términos más generales, ser y deber es el punto central para el cual Ferrajoli no tiene respuesta. Lo que no significa, una vez más, que sus suposiciones intuitivas y prerreflexivas no puedan ser correctas. Simplemente, no las somete a discusión pública.

Momentos similares a los dos ya reseñados se encuentran a lo largo de la obra de Ferrajoli. Así, al abordar el tema de la “legitimidad, validez, vigencia y efectividad” del derecho (“De acuerdo con la ley de Hume de la inderivabilidad entre juicios de hecho y juicios de valor —que es el primer significado, meta-lógico, que habíamos asociado a la tesis de la separación entre derecho y moral—, ni la validez ni la eficacia de una norma pueden ser deducidas de su vigencia”¹²⁷), lo mismo que al abordar el tema de “la obligación jurídica y la obligación política de obedecer las leyes” (“... de la simple afirmación de una obligación jurídica no podemos derivar lógicamente, sin violar la ‘ley de Hume’, la tesis de la existencia de una obligación moral de cumplirla”¹²⁸). Dado que aquí también se repiten las críticas ya expuestas, no es necesario volver sobre ellas.

En su lugar ha de resaltarse que, a la luz de lo expuesto, la ley de Hume y la falacia naturalista, por sí mismas, no constituyen límite alguno de utilidad en derecho penal y, más bien, requieren de una teoría que provea una respuesta a la pregunta crucial, a saber: cuándo se puede pasar de una premisa descriptiva a una conclusión prescriptiva o, emparentado con lo anterior, cuándo se puede dar el tránsito de una premisa descriptiva a una valorativa. Esta comprensión nos ubica en el plano de la discusión con fundamento en razones. Y en este punto vuelvo a Atria: quizás sea mejor distinguir un escenario donde el discurso está sometido al tipo de razones que Atria, siguiendo a Detmold, denomina “extrínsecas”, de otro escenario donde el discurso está sometido al tipo de razones que Atria, siguiendo a Detmold, denomina “intrínsecas”¹²⁹. O, con otras palabras, distinguir, como en el modelo de estado legalista, entre legislación y adjudicación.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ANSCOMBE, G.E.M. (1958a): “Modern Moral Philosophy”, *Philosophy*, vol. 33, N° 124: pp. 1-19.
- ANSCOMBE, G.E.M. (1958b): “On Brute Facts”, *Analysis*, vol. 18, N° 3: pp. 69-72.
- ATRIA, Fernando (2016): *La forma del derecho* (Madrid, Barcelona, Buenos Aires y San Pablo, Marcial Pons).
- AUSTIN, J.L. (1962): *How to do things with Words* (Londres, Oxford University Press).
- BECKERMANN, Ansgar (2008): *Analytische Einführung in die Philosophie des Geistes* (Berlín, Walter de Gruyter, tercera edición).

¹²⁷ FERRAJOLI (1995) p. 359.

¹²⁸ FERRAJOLI (1995) p. 921.

¹²⁹ Véase ATRIA (2016) p. 80, pie de página 3.

- BIRNBACHER, Dieter (2007): *Analytische Einführung in die Ethik* (Berlín, Walter de Gruyter, segunda edición).
- BRANDOM, Robert B. (1994): *Making It Explicit* (Cambridge y Londres, Harvard University Press).
- BRANDOM, Robert B. (2000): *Articulating Reasons* (Cambridge y Londres, Harvard University Press).
- BROAD, C.D. (1930): *Five Types of Ethical Theory* (Londres, Routledge & Kegan Paul).
- CRAGG, A.W. (1976): "Functional Words, Facts and Values", *Canadian Journal of Philosophy*, vol. 6, N° 1: pp. 77-94.
- DAVIDSON, Donald (2001a): *Inquiries into Truth and Interpretation* (Oxford, Oxford University Press, segunda edición).
- DAVIDSON, Donald (2001b): *Subjective, Intersubjective, Objective* (Oxford, Oxford University Press).
- DAVIDSON, Donald (2004): *Problems of Rationality* (Oxford, Oxford University Press).
- FERRAJOLI, Luigi (1995): *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal* (trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruíz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocio Cantarero Bandrés, Madrid, Editorial Trotta).
- FERRAJOLI, Luigi (2001): "Pasado y futuro del Estado de derecho", *Revista internacional de filosofía política*, vol. 17: pp. 31-45.
- FLEW, Antony (1964): "On not Deriving 'Ought' from 'Is'", *Analysis*, vol. 25, N° 2: 25-32.
- GEACH, P.T. (1956): "Good and Evil", *Analysis*, vol. 17, N° 2: pp. 33-42.
- GOODMAN, Nelson (1983): *Fact, Fiction, and Forecast* (Cambridge y Londres, Harvard University Press, cuarta edición).
- GRUNDMANN, Thomas (2008): *Analytische Einführung in die Erkenntnistheorie* (Berlín, Walter de Gruyter).
- HABERMAS, Jürgen (1983): *Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln* (Fráncfort del Meno, Suhrkamp).
- HABERMAS, Jürgen (1992): *Faktizität und Geltung* (Fráncfort del Meno, Suhrkamp).
- HARE, R.M. (1952): *The Language of Morals* (Londres, Oxford University Press).
- HARE, R.M. (1954-1955): "Universalisability", *Proceedings of the Aristotelian Society*, vol. 55: 295-312.
- HARE, R.M. (1957): "Geach: Good and Evil", *Analysis*, vol. 17, N° 5: pp. 103-111.
- HUME, David (1949): *A Treatise of Human Nature* (Londres, Oxford University Press, año original de edición: 1739).
- KANT, Immanuel (1911a): "Kritik der reinen Vernunft", *Kants gesammelte Schriften. Akademie Ausgabe*, Tomo III (Berlín, Georg Reimer, año original de edición: 1787).
- KANT, Immanuel (1911b): "Grundlegung zur Metaphysik der Sitten", *Kants gesammelte Schriften. Akademie Ausgabe*, Tomo IV (Berlín, Georg Reimer, año original de edición: 1785).
- KINDHÄUSER, Urs (1989): *Gefährdung als Straftat* (Fráncfort del Meno, Vittorio Klostermann).
- MACINTYRE, A.C. (1959): "Hume on 'is' and 'ought'", *The Philosophical Review*, vol. 68, N° 4: pp. 451-468.
- MACKIE, J.L. (1977): *Ethics. Inventing right and wrong* (Londres, Penguin Books).

- MAÑALICH, Juan Pablo (2009): *Nötigung und Verantwortung* (Baden-Baden, Nomos).
- MAÑALICH, Juan Pablo (2018): “El principialismo político-criminal como fetiche”, *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 29: pp. 59-71.
- MOORE, G.E. (1903): *Principia Ethica* (Londres, Cambridge University Press).
- MOORE, M.S. (2002): “Legal Reality: A Naturalist Approach to Legal Ontology”, *Law and Philosophy*, vol. 21, N° 6: pp. 619-705.
- NEUMANN, Ulfrid (1991): “Moralphilosophie und Strafrechtsdogmatik”, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Beiheft 44: pp. 248-259.
- NEUMANN, Ulfrid (1994): “Die Moral des Rechts”, *Jahrbuch für Recht und Ethik*, vol. 2: pp. 81-94.
- PUTNAM, Hilary (2002): *The Collapse of the Fact/Value Dichotomy* (Cambridge y Londres, Harvard University Press).
- PUTNAM, Hilary (2004): *Ethics without Ontology* (Cambridge y Londres, Harvard University Press).
- QUINE, Willard Van Orman (1960): *Word and Object* (Nueva York y Londres, The Technology Press of the Massachusetts Institute of Technology y John Wiley & Sons).
- SEARLE, John R. (1964): “How to Derive ‘Ought’ From ‘Is’”, *The Philosophical Review*, vol. 73, N° 1: pp. 43-58.
- SEARLE, John R. (1969): *Speech Acts* (Londres, Cambridge University Press).
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (2018): *Malum passionis. Mitigar el dolor del derecho penal* (Barcelona, Atelier).
- STRAWSON, P.F. (1952): *Introduction to Logical Theory* (Londres, Methuen & Co Ltd.).
- SUÁREZ LÓPEZ, Carlos Alberto (2010): “La falacia naturalista y la falacia normativista en la ciencia del derecho penal: dos errores metodológicos y una propuesta para su superación”, *Derecho penal contemporáneo*, vol. 33: pp. 31-48.
- ROSS, W.D. (1930): *The Right and the Good* (Londres, Oxford University Press).

JURISPRUDENCIA CITADA

- Corte Constitucional. Sentencia del 5 de junio de 1992. Magistrado Ponente: Ciro Angarita Barón. Sentencia T-406.
- Corte Constitucional. Sentencia del 1 de marzo de 1995. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz. Sentencia C-83.
- Corte Constitucional. Sentencia del 5 de junio de 2019. Magistrado Ponente: Cristina Pardo Schlesinger. Sentencia C-248, *Jurisprudencia & Doctrina* N° 575 (2019), pp. 2006-2036.
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 27 de febrero de 2013. Magistrado Ponente: José Leonidas Bustos Ramírez. Sentencia 33254.

INTERNATIONAL INVESTMENT LAW AND THE RIGHT TO HEALTH

DERECHO INTERNACIONAL DE INVERSIONES Y EL DERECHO A LA SALUD

CATALINA SOFÍA RIZO MASSU*

ABSTRACT: This article reflects on the hurdles of the right to health within international investment dispute settlement. Its main purpose is to analyze the way in which both, the right to health and property rights should fit there. In doing so, relevant jurisprudence, normative and pragmatic arguments are provided. Some of the measures and strategies proposed so far to foster cohabitation between both branches of international law are challenged in an attempt to demonstrate that none of them will effectively contribute to better protect the right to health. Likewise, it offers less explored solutions, such as engaging the World Health Organization and the International Court of Justice, and a shift in the onus of proof through the application of the Precautionary Principle.

Key words: International Court of Justice, Investor-State Dispute Settlement, Precautionary Principle, Right to Health, World Health Organization.

RESUMEN: Este artículo aborda los obstáculos que enfrenta el derecho a la salud en el sistema internacional de resolución de controversias de inversiones extranjeras. Analiza jurisprudencia relevante, argumentos normativos y pragmáticos y pretende que, tanto la protección al derecho a la salud como a la propiedad, tengan cabida. Desafía las actuales estrategias propuestas para fomentar la convivencia de ambos derechos, demostrando que ninguna de ellas contribuirá de manera efectiva a mejorar la protección del derecho a la salud. Asimismo, explora nuevas medidas para enfrentar el problema, como la incorporación de la Organización Mundial de la Salud y la Corte Internacional de Justicia, y la alteración en la carga de la prueba mediante la aplicación del principio de precaución.

Palabras clave: Corte Internacional de Justicia, Sistema Internacional de Resolución de Controversias de Inversiones Extranjeras, Principio de Precaución, Derecho a la Salud, Organización Mundial de la Salud.

INTRODUCTION

Challenges faced by the interplay between international investment law (IIL) and other international regimes have become evident at a fast speed¹. Central to the debate are those concerns on how to adapt regulatory powers of the state to a variety of crises around

* Master of International Law from University College London (UCL). Chief of the Women and Work Area at the National Service for Women in Chile. Postal address: Capullo 2245, Providencia, Chile. E-mail: c.rizo.massu@gmail.com.

¹ JACOB (2010) p. 31.

the world² and their permeation in the field of investment law³. Furthermore, when assessing costs and benefits of investment protection treaties, it is frequently argued that the impact on governments vary from a "regulatory chill" to a loss of their right to regulate⁴ as their autonomy to develop and implement policy is constrained⁵.

Possible clashes between IIL and international health law (IHL) are particularly interesting for two reasons; (1) sensitive matters that are at stake and decisions taken on them have far-reaching implications for the well-being of millions of people⁶; and (2) the way in which international law has evolved in both fields. Traditionally, IIL is predominantly a creature of treaties and customs⁷ and so far its main aim has been to shape a stable legal framework for foreign investment⁸. Conversely, health affairs have become a globalized challenge⁹, encompassing a variety of complex concerns which are hard to tackle without international cooperation¹⁰. In this regards, IHL has evolved from a minimalist position focused solely on health care¹¹ and a narrow preventive approach on cross-border infectious disease control¹² towards a more inclusive one that aims to tackle non-communicable diseases (NCDs) and improve the health of individuals¹³. However, what has been more critical from the interplay perspective, is the shift in the regulatory strategy from a prohibitionist system¹⁴ to a strict regulatory market¹⁵ where certain substances "sit in a regulatory no man's land" and "are neither completely regulated as licit products nor treated as illicit ones"¹⁶. This specific type of framework regulation is more likely to collide with vested rights within IIL, broadening the sphere of conflict among both regimes¹⁷.

To understand the scenario in which these interests come into play, the first section of this essay situates the framework of health and property rights in international law. The second section outlines some of the key issues within IIL that are likely to undermine an adequate level of protection of the right to health. The purpose of both is to demonstrate the hurdles of the right to health when a dispute between states and foreign investors arise.

² ZHAN (2013) p. 17.

³ DIEPEVEEN *et al.* (2014) pp. 146-147.

⁴ SKOVGAARD *et al.* (2013) pp. 16-17.

⁵ BLAKE (2013) p. 797.

⁶ See WHO (2016) p. 104.

⁷ ALVAREZ (2016).

⁸ ZHAN (2013) p. 17.

⁹ BETTCHER *et al.* (2000).

¹⁰ TAYLOR (2002) p. 975.

¹¹ YAMIN (1996) pp. 398, 410.

¹² RUGER (2008) pp. 423, 434-435.

¹³ GOSTIN *et al.* (2013) p. 790.

¹⁴ See the SINGLE CONVENTION ON NARCOTIC DRUGS (1961); the CONVENTION ON PSYCHOTROPIC SUBSTANCES (1971) and the UNITED NATIONS CONVENTION AGAINST ILLICIT TRAFFIC IN NARCOTIC DRUGS AND PSYCHOTROPIC SUBSTANCES (1988).

¹⁵ See the WHO FCTC (adopted 2003, entered into force 27 February 2005).

¹⁶ BETTCHER *et al.* (2000) p. 196.

¹⁷ BETTCHER *et al.* (2000) p. 194.

The final section, examines some less explored solutions as alternatives to enlighten the debate with the aim of contributing to a more balanced system.

1. PUBLIC INTERNATIONAL LAW: THE OUTER SETTING

This section frames the general landscape within which these two rights come into play to set the outer rules of the game, focusing on the variety of commitments in the international agenda and their asymmetric structure.

1.1. THE INTERNATIONAL AGENDA

Different branches of international law have evolved separately due to contextual and ideological dissimilarities¹⁸. One view of fragmentation is to rely on the presumption of lawfulness within the different regimes¹⁹, namely that "investment law and human rights are two fields of international law pursuing the same powerful project of a global rule of law"²⁰. Indeed, health and private property are both human rights and matters of public interest²¹. As such, both deserve a sufficient degree of protection. Another perspective is that different fields focus on differing aspects²², thus increasing tension between the varieties of commitments that governments acquire²³.

In recent years, it has been frequently argued that property rights have expanded "too far, at the expense of the public weal"²⁴. To illustrate, the cases challenging tobacco control measures that were brought against Uruguay and Australia were grounded on the argument that regulations issued by the host states to comply with the World Health Organisation (WHO) Framework Convention on Tobacco Control (FCTC) violated international investment agreements (IIAs)²⁵. Despite an assessment of specific state measures, the FCTC encouraged states to introduce regulations that went beyond its requirements²⁶, even if colliding with economic interests of the related industry²⁷. Indeed, this exemplifies the incoherence and inconsistency between these regimes.

Within the broader international setting there is little difference. The Sustainable Development Goals (SDGs) and article 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR), both embrace a broad scope of the right to health and encompass comprehensive policy directions in which both preventive and *ex post* actions are expected to be taken²⁸.

¹⁸ ALVAREZ (2016).

¹⁹ BETTCHER *et al.* (2000) p. 195.

²⁰ JACOB (2010) p. 3.

²¹ DESIERTO (2015) p. 37.

²² ALVAREZ (2016).

²³ DUMBERRY and DUMAS-AUBIN (2014) p. 569.

²⁴ VADI (2009) pp. 773, 774.

²⁵ ZHAN (2013) p. 23.

²⁶ See Art 2(1) of the WHO FCTC.

²⁷ ZHAN (2013) p. 24. See Art. 5.3 of the WHO FCTC.

²⁸ WHO, SUSTAINABLE DEVELOPMENT GOALS (SDGs).

Whichever option one holds, it is a fact that governments acquire commitments with other states or non-state actors and, as a consequence, voluntarily raise the cost of violations to these commitments²⁹. The 2001 International Law Commission's articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (ILC), indicates that non-compliance of specific obligations create secondary obligations for the states³⁰. Thus, attribution and breach are enough to incur in an internationally wrongful act³¹. It is not accepted that a state's non-compliance is justified in other international obligations³². The state may try to rely on the breach of international obligations of an investor's home state to allege that the host state's policy measure was adopted as "a countermeasure in response to an anterior breach by a home state"³³. In this case, the argument would be grounded in the previous violation of the duty of the investor's home state to ensure that their nationals do not act in ways that cause violations of the state's fundamental obligations to "respect," "protect," and "fulfill" ICESCR rights³⁴. However, invoking the ICESCR independently of the IIA would only be an available option where the state is a party to both the IIA and the ICESCR³⁵ and even the latter is not a uniform interpretation³⁶.

Also, countermeasures are a valid means to be taken against other states but not against investors³⁷. ILC article 50 (1) (b) is clear when setting forth that "[c]ountermeasures shall not affect: (b) obligations for the protection of fundamental human rights", so their effect will ultimately depend on the nature of the investors' rights³⁸. In any case, according to ILC article 27, compensation for material losses would still be due. Thus, even if the foreign investor's home state waived responsibility, such action would impact more on the amount of compensation due rather than on any possible exemption to what is likely to be owed.

Another possible path for the host state could be to seek refuge in the consent of the investor's home state as a causative circumstance precluding wrongfulness for the breach of an investment treaty³⁹. This implies having the home state of the investor consenting to the policy measure taken by the host state to safeguard health rights. Consent, however, is unlikely to be successfully opposable to the investor as a third party⁴⁰.

²⁹ BLAKE (2013) p. 797.

³⁰ See Arts. 30-31.

³¹ PAPANINSKIS (2013a) pp. 617 and 627.

³² See ILC, DRAFT ARTICLES ON RESPONSIBILITY OF STATES FOR INTERNATIONALLY WRONGFUL ACTS (2001) ch V.

³³ PAPANINSKIS (2013a) p. 631. See ILC, DRAFT ARTICLES ON STATE RESPONSIBILITY OF STATES FOR INTERNATIONALLY WRONGFUL ACTS (2001) Art 22.

³⁴ DESIERTO (2015) p. 345.

³⁵ DESIERTO (2015) pp. 71 and 345.

³⁶ Compare PAPANINSKIS (2014).

³⁷ PAPANINSKIS (2013a) pp. 630-632.

³⁸ PAPANINSKIS (2013a) p. 632.

³⁹ See ILC, DRAFT ARTICLES ON STATE RESPONSIBILITY OF STATES FOR INTERNATIONALLY WRONGFUL ACTS (2001) article 20.

⁴⁰ See PAPANINSKIS (2013a) pp. 630-632.

In this context, balancing trade-offs between the pursuit for economic interests and the promotion of public health, frequently involves dramatic choices⁴¹. Professor Vadi has suggested applying a similar solution to the one given in the 2003 UNESCO Convention for the Safeguarding of Intangible Cultural Heritage⁴². Thus, to ensure an appropriate counterbalance between intangible property rights and the right to health in IIL, the proposed plan would be to safeguard only those rights that are "compatible with existing human rights instruments"⁴³. Other solutions stress the drafting of treaty exceptions⁴⁴, conflict clauses⁴⁵ and even exclusions of specific sectors from the scope of treaty protection⁴⁶.

In my view, opting for a blanket choice for all future cases is unlikely to be consistent with a proper assessment of the specific circumstances of the case and might, therefore, turn into partial or short-time solutions. After all, threats to the right to health can come from a variety of industries that may not even be envisaged today or when subscribing to a given investment treaty. A sensible view of the issue will allow an adequate study of the legal and factual circumstances surrounding the dispute at stake without weakening the right to health and without allowing health issues to be used as an excuse to illegitimately undermine investor's protection either⁴⁷. In short, a more balanced approach is needed where the question of the place of other regimes within investment law is as important as the question about the place of investment law within other international systems⁴⁸.

1.2. VESTED RIGHTS, SOFT LAW AND POLICY

Whilst taking into account that a flexible option is a preferred approach for these assessments, extreme flexibility is hardly sufficient to adequately protect health rights. Indeed, a deep asymmetrical relationship between health and property rights has been highlighted as the basis of an uneven playing field that ultimately undermines health protection⁴⁹.

As a first dimension, one can point out the difference between dealing with binding and non-binding commitments. It is thought that many global health concerns are better tackled through policy than through justiciable rights⁵⁰. Thus, save for a few exceptions⁵¹, the IHL path has been to advance in a variety of policy initiatives through UN agencies and other international organisations. The result has been to directly involve corporate investors via codes of conduct setting forth their duties. However, such codes are not

⁴¹ WU (2010) p. 141.

⁴² See Art. 3.

⁴³ VADI (2009) p. 788.

⁴⁴ EUROPEAN FEDERATION FOR INVESTMENT LAW AND ARBITRATION [EFILA].

⁴⁵ VADI (2009) p. 801.

⁴⁶ ZHAN (2013) p. 26.

⁴⁷ EFILA.

⁴⁸ DIEPEVEEN *et al.* (2014) p. 147.

⁴⁹ DUMBERRY and DUMAS-AUBIN (2014) p. 569.

⁵⁰ WIDDOWS (2015) pp. 391 and 397; FERRAZ (2011) p. 1643; PIETERSE (2008) p. 364.

⁵¹ RUGER (2008) pp. 434-435.

binding⁵², making it hard to integrate them with the obligations of states⁵³. *Ergo*, while investors are often adequately protected by IIAs⁵⁴, no specific obligations⁵⁵ are directly imposed on them⁵⁶ (except for *jus cogens* norms for which corporations can be held directly accountable)⁵⁷.

Additionally, in IIAs, counterpart duties imposed on the investor's home state are not found either⁵⁸. Through treaties host states voluntarily risk their ability to either "pursue preferred policies"⁵⁹ or to respond to their citizens' demands⁶⁰. They tie their hands in the understanding that they will get the "development contribution they seek from foreign investment in return"⁶¹. Hence, the question that should immediately arise is which kind of development are states seeking for⁶². With a concept of development evolving from an economic approach to a human-centered one⁶³ the question has no univocal answer. On one hand, development can broadly encompass an individual's potential through enlarging their choices and increasing their well-being⁶⁴, which is in line with article 28 of the Universal Declaration of Human Rights (UDHR) that establishes what to expect from a human right and the goals set in the international agenda⁶⁵. On the other hand, if a right cannot be matched with binding and specific duties⁶⁶, it is somewhat unclear to what extent a non-state party can actually be subject to human rights obligations⁶⁷. The difficulty of this situation can be envisaged in the decision-making process of a dispute. When arbitrators render an award, there is a high probability that they will face, on the one hand, vested rights and binding law and, on the other, mere policy implementation. Even where measures are focused on protecting the right to health, vested rights will inevitably have more weight than recommendations, self-regulation or policy choices⁶⁸.

As a second dimension of this imbalance, IIL has been conceived as a one-sided regime⁶⁹. Host states cannot request for arbitration since "this is a preserve of investors"⁷⁰.

⁵² JACOB (2010) p. 43.

⁵³ BJORKLUND (2013) p. 188.

⁵⁴ Compare BJORKLUND (2013) p. 188.

⁵⁵ JACOB (2010) p. 13.

⁵⁶ DESIERTO (2015) p. 321.

⁵⁷ DUMBERRY and DUMAS-AUBIN (2014) pp. 572 -573

⁵⁸ DESIERTO (2015) p. 321.

⁵⁹ SKOVGAARD *et al.* (2013) pp. 21-22.

⁶⁰ ALVAREZ (2016).

⁶¹ ZHAN (2013) p. 25.

⁶² See ZHAN (2013) pp. 13 and 15.

⁶³ ROBEYNS (2006) pp. 351 and 353.

⁶⁴ ALKIRE (2010) p. 4.

⁶⁵ See Art. 28 of the UDHR and WHO, SUSTAINABLE DEVELOPMENT GOALS (SDGs).

⁶⁶ POGGE (2008) p. 70.

⁶⁷ JACOB (2010) p. 13.

⁶⁸ See the OECD (2011).

⁶⁹ DUMBERRY and DUMAS-AUBIN (2014) p. 573.

⁷⁰ JACOB (2010) p. 13.

Thus, states can only bring "closely connected counterclaims" against them⁷¹. Indeed, traditional IIAs techniques "on the surface give too much power to investors"⁷². Notwithstanding, investment treaties are "an attempt to redress the power enjoyed by the state precisely because of its sovereign authority"⁷³. "Without a treaty the state enjoys asymmetrical power vis-a-vis the investor"⁷⁴. This is a practical reason that explains why the system evolved the way it did. States are sovereign to design rules and make investors comply with them in their territory. Conversely, without these treaties the investor would likely be in a disadvantaged position to defend themselves from state abuses.

Ergo, human rights are more likely to appear as a defense justifying state measures in IIDS⁷⁵, rather than independently invoked to safeguard human rights⁷⁶. Notwithstanding, if a direct invocation was hypothetically allowed in IIDS, it is dubious that an ad-hoc arbitral tribunal constituted on a case-by-case basis by consent of the parties, would be competent to decide matters of human rights law arising out of the dispute⁷⁷. The tribunal's jurisdiction is defined in the agreement to arbitrate contained in the treaty or elsewhere⁷⁸. One way of looking at this is to solely focus on the "precise formulation of the dispute resolution clause" wording in relation to the investment⁷⁹. A different way of articulating the argument would be to point out that IIAs are not created in a "legal vacuum but in a system of public international law"⁸⁰. In the latter option, arbitral tribunals may be able to integrate the dispersed obligations of states into the interpretative process through treaty interpretation techniques relying on article 31 (3)(c) of the Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT)⁸¹.

For instance, the tribunal in the *Philip Morris v. Uruguay* case acknowledged that the measure challenged was based on bona fide to protect public health and that Uruguay had constitutional duties in line with the objectives of the FCTC regarding health issues. Furthermore, the tribunal interpreted the fair and equitable treatment (FET) clause contained in the Switzerland-Uruguay Bilateral Investment Treaty (BIT) using the tools provided in article 31 of the VCLT "through the lens of broader international law"⁸², view which I share. In the *Philip Morris v. Australia* case, however, the applicable law might have been a concern had the tribunal not dismissed the claim due to admissibility issues. Article 10 of the Hong Kong-Australia BIT established that disputes should be submitted

⁷¹ BJORKLUND (2013) p. 188.

⁷² BJORKLUND (2013) p. 189.

⁷³ BJORKLUND (2013) p. 188.

⁷⁴ BJORKLUND (2013) p. 188.

⁷⁵ JACOB (2010) p. 13.

⁷⁶ ALVAREZ (2016).

⁷⁷ JACOB (2010) p. 26.

⁷⁸ JACOB (2010) p. 26.

⁷⁹ Compare JACOB (2010) p. 27.

⁸⁰ JACOB (2010) pp. 30-31.

⁸¹ BJORKLUND (2013) p. 188.

⁸² *PHILIP MORRIS BRANDS SÄRL, PHILIP MORRIS PRODUCTS S.A. AND ABAL HERMANOS S.A. v. ORIENTAL REPUBLIC OF URUGUAY* (2016), ICSID, para. 13 and PETERSON (2016b).

to arbitration under the UNCITRAL rules⁸³. In turn, such rules enshrine that where no specific agreement by the parties can be found, “the arbitral tribunal shall apply the law which it determines to be appropriate”⁸⁴. Given the elasticity in the applicable law and without a specific provision pertaining to the matter in the relevant BIT, it is uncertain if the tribunal would have considered or not the FCTC as part of the applicable law in the proceedings⁸⁵.

Certainly, home states in similar situations could base their actions on article 2(1) of the ICESCR through the UN Protect, Respect and Remedy Framework and Guiding Principles on Business and Human Rights. The latter “articulates three core principles arising from international human rights treaty practices: ‘the State duty to protect against human rights abuses by third parties, including business; the corporate responsibility to respect human rights; and the need for more effective access to remedies’”⁸⁶. Still, for future cases such a path would be easier to reach if specific reference to the “other relevant rules” enshrined in article 31(3)(c) were found in the respective treaty⁸⁷.

It is widespread knowledge that corporations can impact the realization of human rights⁸⁸. Hence, it would be odd to suggest “that only states are bound not to violate human rights and all other entities may violate such rights at will”⁸⁹. To avoid abuses, straight forward options such as including CSR clauses in treaties⁹⁰, drafting model BITs⁹¹ or even opting for a sole multilateral investment agreement have been proposed⁹². In my view, these alternatives may shift attention away from the ultimate purpose of seeking such changes. To make reforms work, it is key to assess the supposed effectiveness a specific reform is expected to achieve and “what are the costs and benefits of relying on it”, before any steps are taken⁹³. If the aim is to protect the right to health, not solely because it falls under the scope of a given state’s regulatory powers, but because it has a value in itself due to its possible effect on an individual’s health, these are not necessarily the best techniques to undertake.

Even if the proposed “clean hands theory” is incorporated into the investment framework⁹⁴ or remedies are made available to those injured by corporations⁹⁵, the preventive ambit of protection of the right to health linked to ill-health⁹⁶ and the privation of an

⁸³ AGREEMENT BETWEEN THE GOVERNMENT OF AUSTRALIA AND THE GOVERNMENT OF HONG KONG FOR THE PROMOTION AND PROTECTION OF INVESTMENTS, ATS 1993 30 art 10.

⁸⁴ RES 65/22 OF THE UNCITRAL (2011) Art. 35.1.

⁸⁵ LANG (2013) pp. 777 and 785.

⁸⁶ DESIERTO (2015) p. 346.

⁸⁷ For different views see PAPARINSKIS (2014) p. 247; DESIERTO (2015) pp. 350 and 352.

⁸⁸ SHELTON (2002) p. 273.

⁸⁹ BILCHITZ (2016) pp. 203 and 206.

⁹⁰ DUMBERRY AND DUMAS-AUBIN (2014) p. 600.

⁹¹ See MANN *et al.* (2005) and the preamble of the U.S. MODEL BILATERAL INVESTMENT TREATY (2012).

⁹² BILCHITZ (2016).

⁹³ JOHN (2011) p. 37.

⁹⁴ DUMBERRY and DUMAS-AUBIN (2014) p. 589.

⁹⁵ Compare ALVAREZ (2016).

⁹⁶ See MONTGOMERY (1992) pp. 184, 186-187.

individual's control over their own health status will remain unprotected⁹⁷. In a context in which both states and corporations are advocating for their own sake and where the host state might even be "complicit in the commission of human rights violations by a foreign corporation"⁹⁸, third parties' legitimate interests to protect their own health are likely to be left without a voice.

2. INTERNATIONAL INVESTMENT LAW: THE INNER SETTING

This section examines the inner structure of IIL to highlight critical aspects that are likely to interfere with an individual's protection of their right to health.

2.1. VAGUENESS IN THE PRIMARY RULE

Despite the existence of more than 3000 bilateral investment treaties⁹⁹, general applicable principles of IIL can be identified¹⁰⁰. In practice, I share the view that two have been deemed as pivotal from a right-to-regulate perspective: provisions on expropriation and the FET clause¹⁰¹. Most of the investors' successful claims¹⁰² are based on these principles but it is often alleged that no clear definition can be found in indirect expropriation¹⁰³ and that FET is too vague as a standard¹⁰⁴. An initial issue, therefore, concerns the vague formulation of the primary rule in investment treaties¹⁰⁵. The relationship between treaty language, expropriation and FET is reflected in the following scenario: a tribunal is likely to award damages for the breach of an investment treaty¹⁰⁶. Where states exercise their right to regulate but regulation has a considerable negative impact on foreign investments, the investor may well challenge the state's measure under certain provisions¹⁰⁷: when there is no direct expropriation, a creeping or indirect expropriation can occur and when the latter is unclear, a FET breach is likely to be found¹⁰⁸. Hence, having clarity between these factors is not only useful to present a good case but is key to assess if the state has actually breached primary obligations, giving raise to secondary obligations under ILC articles¹⁰⁹. This assessment may end up with a generous interpretation of these elements, which would likely imply large compensations due by the states to investors. Conversely, if a narrow in-

⁹⁷ YAMIN (1996) p. 422. See also article 12 ICESCR.

⁹⁸ DUMBERRY and DUMAS-AUBIN (2014) p. 572.

⁹⁹ ZHAN (2013) p. 21.

¹⁰⁰ SCHILL (2009) p. 69.

¹⁰¹ See the discussions in *PARKERINGS-COMPAGNIET V. LITHUANIA* (2007), ICSID, section 8.3; *METHANEX CORPORATION V. UNITED STATES* (2005), UNCITRAL, Chapter IV B and MANN (2008) p. 20.

¹⁰² DOLZER AND SCHREUER (2012) p. 130.

¹⁰³ OECD (2004) p. 3.

¹⁰⁴ JACOB (2010) p. 45.

¹⁰⁵ PAPANINSKIS (2013a) p. 628.

¹⁰⁶ SKOVGAARD *et al.* (2013) p. 19.

¹⁰⁷ JACOB (2010) p. 13.

¹⁰⁸ PETERSON (2016b).

¹⁰⁹ See CRAWFORD (2002) pp. 874, 876.

terpretation of the same provisions is held, this may imply the investor losing their right to be compensated for states actions interfering directly with their investments. Thus, the way in which some key principles or provisions are contemplated will ultimately have a direct impact on the outcome of the case¹¹⁰.

To illustrate, in the *Methanex v. Unites States* case, the investor claimed damages of US\$970 million for the regulatory ban on a gasoline additive¹¹¹. Relying on the *Metalclad v. Mexico* decision, *Methanex* alleged that the US regulatory measure breached Article 1110 of NAFTA and had such an economic impact on their investment that it was tantamount to expropriation and required compensation¹¹². The tribunal, however, drew a sharp line holding that "regulatory measures that are for a public purpose, non-discriminatory and enacted in accordance with due process are not, by definition under international law, expropriations. Not being expropriations or measures tantamount to expropriation, they are not, therefore subject to any compensation"¹¹³. In this case, the Tribunal embraced a broad policy approach to assess policy powers¹¹⁴ and held that "the California ban was a lawful regulation"¹¹⁵.

The examples of *Methanex* and *Metalclad* highlight the divergent approaches to this same issue: *Metalclad* relied on the economic impact of the measure whereas *Methanex* preferred to focus on the purpose of the measure taken without even addressing the factor contemplated as critical in the *Metalclad's* case¹¹⁶. Notwithstanding, factors such as "the economic impact of the government action; the extent of interference with distinct, reasonable investment backed expectations; and the character of the government action" are all elements that are likely to be considered in the assessment of other cases¹¹⁷.

As an additional point to highlight, the *Methanex* tribunal seemed to rely on the inexistence of a specific commitment as the turning point when deciding the case¹¹⁸. However, due to the critical importance of health issues, one may well think of a state arguing that the situation falls under the doctrine of *rebus sic stantibus*, and rely on a fundamental change in circumstances to explain that the undertakings can no longer be applicable¹¹⁹. Nevertheless, due to the exceptional application of this doctrine and the strict requirements set forth in VCLT article 62, this would be a risky move by the state¹²⁰. Another option may be to ask the arbitral tribunal for "reduced compensation for environmental and human rights measures"¹²¹. In my view, this is a difficult approach to embrace for practical reasons. Most

¹¹⁰ EFILA.

¹¹¹ *METHANEX V. UNITED STATES* (2005), *UNCITRAL*, Part I Preface para. 1.

¹¹² MANN (2005).

¹¹³ MANN (2005).

¹¹⁴ MANN (2005).

¹¹⁵ *METHANEX V. UNITED STATES* (2005), *UNCITRAL*, Part IV, Ch D Article 1110 NAFTA, para. 15.

¹¹⁶ MANN (2005).

¹¹⁷ MANN (2005).

¹¹⁸ *METHANEX V. UNITED STATES* (2005), *UNCITRAL*, Part IV, Chapter D Article 1110 NAFTA, para. 7.

¹¹⁹ MANN (2005).

¹²⁰ DENNIS and CHAMBERLAIN (1932) pp. 53 and 67.

¹²¹ MANN (2008) p. 21.

tribunals have rejected it on the grounds that "all expropriations are for a valid public purpose, yet still subject to proper levels of compensation defined in the IIAs themselves once the measure is found to be an expropriation"¹²². Moreover, to suggest that some human rights issues can be treated as "exceptions to compensation rules" would imply to hierarchically organize public values, which is not endorsed neither in "law or policy today"¹²³.

In the *Philip Morris v. Uruguay* case, a different issue attracted public attention; the possibility of having an investor claiming compensation "for losses of expected profits" in cases where rules applied by the state seem to be "non-discriminatory" and profits appear to be gained from "causing public harm"¹²⁴. *Philip Morris* held that mandatory "large warning labels on cigarette packs prevent it from effectively displaying its trademarks"¹²⁵, causing a remarkable decrease in their sales, which in turn, led to a substantial loss of market share¹²⁶. They alleged that article 1 of Ordinance 514 of Uruguay mandating graphic images to illustrate the adverse health effects of smoking were not designed to warn of the actual health effects of smoking but to harvest fear and spread horror. Thus, they argued that the measure was not the best way to promote health policies¹²⁷. When states face these types of allegations, the manner in which arbitrators conceive legitimate expectations will be crucial. To consider them as an inherent and core part of property rights or as a factual reality deserving protection from the application of the rule of law would likely shift the outcome of the case¹²⁸. Consequently, the precise idea of whether the rule of law entails a merely formal idea or embrace a substantive dimension may well vary¹²⁹. Hence, different perspectives of arbitrators¹³⁰ originating from a variety of legal backgrounds¹³¹ might have a direct impact on determining whether the state has breached their primary obligations. Since some tribunals have unduly relied on legitimate expectations of investors to render awards¹³² this issue should not be underestimated. Just as investors deserve an adequate degree of "protection from expropriation or discriminatory regulations"¹³³, taxpayers deserve protection too. When health issues arise, it does not seem sensible to make them pay twice: first for their health damage, and then to compensate the investor "for their lost profits when the government stepped in to regulate a dangerous product"¹³⁴. This situation took one annulment committee to clarify that "[t]he obligations of the host State towards

¹²² *METALCLAD CORPORATION v. UNITED MEXICAN STATES* (2000), ICSID, para. 103, 111 and *MANN* (2008) p. 21.

¹²³ *MANN* (2008) p. 21.

¹²⁴ *STIGLITZ and HERSH* (2015) p. 2.

¹²⁵ *EBERHARDT and OLIVET* (2012) p. 13.

¹²⁶ *PHILIP MORRIS BRANDS SÄRL, PHILIP MORRIS PRODUCTS S.A. AND ABAL HERMANOS S.A. v. ORIENTAL REPUBLIC OF URUGUAY* (2016), ICSID, Annex A para. 8.

¹²⁷ *PHILIP MORRIS BRANDS SÄRL, PHILIP MORRIS PRODUCTS S.A. AND ABAL HERMANOS S.A. v. ORIENTAL REPUBLIC OF URUGUAY* (2016), ICSID, Annex A, para. 5.

¹²⁸ See *WALDRON* (2012) pp. 55 and 74.

¹²⁹ *WALDRON* (2012) p. 42. Compare the American and the UK's view of the rule of law.

¹³⁰ *MILLS* (2011) pp. 469-503.

¹³¹ *DUMBERRY and DUMAS-AUBIN* (2014) p. 598.

¹³² *PAPARINSKIS* (2013a) p. 628.

¹³³ *STIGLITZ and HERSH* (2015) p. 2.

¹³⁴ *STIGLITZ and HERSH* (2015) p. 2.

foreign investors derive from the terms of the applicable investment treaty and not from any set of expectations investors may have or claim to have”¹³⁵. The annulment committee stressed on the wording and the provisions of the relevant investment treaty regarding this issue¹³⁶. This is similar to the customary rules of treaty interpretation¹³⁷.

However, when clauses are unspecific, they give arbitral tribunals significant discretion¹³⁸. Regarding the FET standard, it has been suggested to clarify whether FET is a restatement of international customary law or whether they impose an autonomous treaty standard. Another proposed path has been to enunciate “categories of FET breaches” that can give raise to state responsibility¹³⁹. These solutions are thought to diminish state exposure to liability for actions taken in the public interest.

Nevertheless, even if treaties contained examples of both possible violations and situations in which the standard is not violated¹⁴⁰, it would be “impossible to spell out all forms of unfair and inequitable treatment in a tidy formulation” to pre-determine which conducts are likely to trigger the state liability¹⁴¹. Furthermore, treaty interpretation takes place by ad-hoc tribunals with a variable composition for each case¹⁴² in a system where although precedent has some weight, it lacks strong respect¹⁴³. The latter renders it considerably difficult to unify the views of rule-interpreters on key matters such as the material content of the rules¹⁴⁴, the desired degree of deference towards host state measures, or the way in which treaty interpretation rules should be applied¹⁴⁵. This is a plausible explanation to understand that relying on the proportionality principle¹⁴⁶ does not provide us with a real solution to protect the right to health either. As an alternative, some scholars have advocated for substantive consensus¹⁴⁷ or even legal training for arbitrators¹⁴⁸. However, it is unclear that a uniform view on key issues of investment law is even desirable¹⁴⁹ where an uneven playing field in the bargaining power of smaller economies might exist¹⁵⁰.

With the aim of limiting the scope of critical treaty provisions, some states have implemented solutions such as joint statements or lengthy interpretation notes aiming to guide tribunals in the interpretation process¹⁵¹. In a way, this option limits the freedom of

¹³⁵ *MTD EQUITY SDN BHD. AND MTD CHILE SA v. CHILE* (2007), ICSID, para. 67.

¹³⁶ SKOVGAARD *et al.* (2013) p. 17.

¹³⁷ WEILER and INVESTMENT TREATY COUNSEL (2010)

¹³⁸ BJORKLUND (2013) p. 178.

¹³⁹ JACOB (2010) p. 35.

¹⁴⁰ JACOB (2010) p. 45.

¹⁴¹ JACOB (2010) p. 35.

¹⁴² DOLZER and SCHREUER (2012) p. 28.

¹⁴³ DOLZER and SCHREUER (2012) p. 19.

¹⁴⁴ JACOB (2010) p. 41.

¹⁴⁵ DESIERTO (2015) p. 352.

¹⁴⁶ SCHILL (2009) ch VI.

¹⁴⁷ BJORKLUND (2013) p. 190.

¹⁴⁸ STEVENS (2013) p. 247.

¹⁴⁹ BJORKLUND (2013) pp. 178 and 197.

¹⁵⁰ ALVAREZ (2016).

¹⁵¹ MANN (2008) p. 24.

interpretation of tribunals, which should be safeguarded in the sense that many concepts in international law are intentionally left open to adapt to different times and situations¹⁵².

Other attempts by states to address their regulatory space¹⁵³ can be seen in the "new generation of BITs" that were concluded from 2003 onwards¹⁵⁴, such as the US Model BIT, the U.S.-Central America Free Trade Agreement; the new Model Canadian BIT and the TTIP, among others¹⁵⁵. Indeed, properly drafted, specific provisions could strengthen policy powers. However, in most cases, such paragraphs are written in a useless way to adequately protect the right to regulate. A clear depiction can be found in the European Free Trade Association-Singapore Agreement in which a specific provision entitled "Domestic regulation" can be found and reference is made to the UDHR. The phrase in article 43 stating "any measure [...] that is in the public interest" seems to embrace a broad scope of action for the state. From a regulatory perspective, however, the phrase immediately following in article 43, "consistent with this Chapter" is disappointing¹⁵⁶. In practice, exactly the opposite is enshrined: the state is allowed to safely regulate for a public purpose only in a manner consistent with the IIAs protecting the foreign investor¹⁵⁷.

2.2. FIRST MOVERS: A RISKY CHOICE

There is no doubt that "[t]he right of states to regulate is an inherent aspect of state sovereignty"¹⁵⁸ nevertheless the limitation of such exercise through treaties or customary law is one of the purposes of international law¹⁵⁹. Notwithstanding, when adopting a given policy measure each state may have different views of its appropriateness¹⁶⁰. Likewise, perceptions on the quality of the measure and its legitimacy may well vary¹⁶¹.

The current challenge for investment policymakers is to provide an offset of measures to entice foreign investment while stressing sustainable development. Hence, in seeking an adequate balance between liberalisation and regulation, the latter has acquired a predominant role¹⁶². If a state overemphasises on regulation and the "regulatory environment" becomes tough, the capacity of such states to compete with other states by applying laxer standards to attract foreign investment may decrease¹⁶³. In connection with this regulatory environment, it has been argued that if an investment treaty is ignored a state will not experience any decrease in its policy space¹⁶⁴. Notwithstanding, the risk of being

¹⁵² EFILA.

¹⁵³ DESIERTO (2015) p. 334.

¹⁵⁴ DESIERTO (2015) p. 310.

¹⁵⁵ MANN (2008) p. 24.

¹⁵⁶ MANN (2008) p. 19.

¹⁵⁷ MANN (2008) p. 19.

¹⁵⁸ MANN (2008) p. 18.

¹⁵⁹ JACOB (2010) p. 12.

¹⁶⁰ DUMBERRY and DUMAS-AUBIN (2014) p. 571.

¹⁶¹ ZHAN (2013) p. 21.

¹⁶² ZHAN (2013) p. 17.

¹⁶³ ZHAN (2013) p. 21.

¹⁶⁴ SKOVGAARD *et al.* (2013) p. 18.

exposed to the expenses of investment proceedings¹⁶⁵ and facing the costs of an adverse arbitral award¹⁶⁶ might be an additional hurdle when adopting novel legislation or measures negatively impacting on an investor's right¹⁶⁷.

In a context, in which many corporations are larger than national economies and control more than a quarter of the world's economic activity¹⁶⁸, some states may well be disempowered to modify their laws or to adopt specific measures, even for legitimate welfare purposes¹⁶⁹.

I believe that what is more critical from a health perspective is that investment treaties may restrain states “from regulating in ways that it would otherwise regard as desirable”¹⁷⁰. Hence, the political cost of an investment treaty needs to be measured by the extent to which it precludes a given state from implementing policies that it would prefer to adopt in the absence of such agreements¹⁷¹. The question that should be raised, therefore, relates to the dissuasive power that an investment treaty may have on decision-makers to pursue preferred policies by the existence of such treaty¹⁷².

It is interesting to note that Australia was the first country in the world requiring cigarettes to be sold in plain packaging. The Philip Morris v. Australia award was rendered in December 2015 and in May 2016, the UK, Ireland and France followed, passing similar legislation. Both the UK High Court and the European Court of Justice upheld similar directives on tobacco products and endorsed the lawfulness of the measure when challenged¹⁷³. Nonetheless, the risk of a negative cascade impact could be envisaged too. For instance, Canada, under the threat to be subject to an international proceeding such as Australia and Uruguay, retreated from adopting similar legislation some years ago¹⁷⁴. Where current levels of tobacco consumption are “expected to kill up to ten million people per year by 2030” and with estimations of tobacco as “the leading cause of premature mortality in industrialized nations, but also the leading cause of avoidable death worldwide” for the following years, the latter prediction seems critical for health purposes¹⁷⁵.

Another significant first-mover obstacle that states may face when protecting the right to health is the difficulty to convince the tribunal of the effectiveness of a given innovative measure¹⁷⁶. For instance, in the Chemtura v. Canada case, the tribunal analysed the legality of Canada's ban on lindane, a pesticide used in the production of canola¹⁷⁷. At issue

¹⁶⁵ LANG (2013) p. 787.

¹⁶⁶ SKOVGAARD *et al.* (2013) p. 18.

¹⁶⁷ LANG (2013) p. 787.

¹⁶⁸ ANDERSON and CAVANAGH (1996).

¹⁶⁹ ALVAREZ (2016).

¹⁷⁰ SKOVGAARD *et al.* (2013) p. 18.

¹⁷¹ SKOVGAARD *et al.* (2013) p. 18.

¹⁷² SKOVGAARD *et al.* (2013) pp. 18-19.

¹⁷³ ACTION ON SMOKING AND HEALTH (2016).

¹⁷⁴ STIGLITZ AND HERSH (2015) p. 2.

¹⁷⁵ BETTCHER *et al.* (2000) p. 194.

¹⁷⁶ ZHAN (2013) p. 21.

¹⁷⁷ CHEMTURA CORPORATION V. CANADA (2010), UNCITRAL, paras. 6-7-13-15.

was the valid exercise of Canada's policy powers driven by the widespread awareness of pesticide dangers to human health and the environment¹⁷⁸. The tribunal held that the interference was "not substantial enough to be considered as an expropriation" and acknowledged that since the complaint was related to policy powers, it was not a compensatory taking¹⁷⁹. The final award was successful from a health protection perspective. The reasoning of the tribunal, however, showed an overreliance on previous bans of the pesticide in other countries to justify its decision on the grounds that the restriction at stake was not a unilateral state action but a widespread progressive restriction from 1970 onwards¹⁸⁰. Thus, it is hazy if the same conclusion would have been reached by the tribunal had Canada been a pioneer in banning the pesticide on health grounds¹⁸¹. This first-mover issue was addressed in the recent *Philip Morris v. Uruguay* case too. The award noted that "a state is entitled to be a first-mover when it comes to enacting novel regulation that are not yet seen in other jurisdictions, so long as these have some rational basis and are not discriminatory"¹⁸². However, it is unclear if this decision was unanimous¹⁸³. Arbitrator Gary Born, in his dissenting opinion, explained that the "unprecedented" measures taken by Uruguay went unreasonably far since no other state had adopted a single presentation requirement (SPR) for tobacco advertisement. Regardless that both the WHO's and the Pan-American Health Organization's amicus curiae briefs endorsed the SPR measure and defended its potential effectiveness as a means to protect public health¹⁸⁴, he argued that such a measure deviated from the "global regulatory baseline". He continued, contending that it was disproportionate and that its effectiveness was not evidenced-based for the specific purpose sought, thus undermining the FET standard¹⁸⁵. In his reasoning, Mr. Born acknowledged the need for deference towards state decisions but took particular care to highlight that such deference (depicted by a state's discretion or judgment) should be carefully and closely examined by arbitrators¹⁸⁶.

Whilst there is increasing respect for policy powers in terms of state health measures since awards from 2000 onwards¹⁸⁷, this does not imply that the right to health is adequately protected in investor-state arbitrations. Indeed, Uruguay's bona fide desire to protect public health in accordance with its own constitution and its international obligations

¹⁷⁸ *CHEMTURA CORPORATION v. CANADA* (2010), UNCITRAL, paras. 135-136.

¹⁷⁹ *CHEMTURA CORPORATION v. CANADA* (2010), UNCITRAL, paras. 265.

¹⁸⁰ *CHEMTURA CORPORATION v. CANADA* (2010), UNCITRAL, paras. 6-135-136.

¹⁸¹ INTERNATIONAL INVESTMENT ARBITRATION + PUBLIC POLICY (2011).

¹⁸² See also *PHILIP MORRIS BRANDS SÀRL, PHILIP MORRIS PRODUCTS S.A. AND ABAL HERMANOS S.A. v. ORIENTAL REPUBLIC OF URUGUAY* (2016), ICSID Annex A para. 430.

¹⁸³ See PETERSON (2016b).

¹⁸⁴ *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay* (2016), ICSID, Concurring and Dissenting Opinion, para. 126.

¹⁸⁵ *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay* (2016), ICSID, Concurring and Dissenting Opinion, para. 5.

¹⁸⁶ *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay* (2016), ICSID, Concurring and Dissenting Opinion, para 126 and HEPBURN (2016).

¹⁸⁷ See PETERSON (2016a).

was not an issue for the tribunal in this case¹⁸⁸. Conversely, for one of the arbitrators, the ultimate issue was the individual impact of the introduced measure taken in isolation. Nevertheless, it was not sufficient for all arbitrators to note that the smoking rates in Uruguay had dropped and that the measure at stake was a public health measure designed for that very purpose¹⁸⁹. For the dissenter, if the SPR was actually an effective means, it would have been contemplated in the FCTC or at least suggested in its implementation guidelines¹⁹⁰.

In my view, this last point does not imply that pioneer regulation cannot be adopted but the applicable threshold to evaluate the reasonableness and effectiveness of the measure at stake is excessively high. Moreover, as the tribunal noted, there might be serious methodological limitations to determine the actual impact of a given policy when adopted within a broader set of measures with the same purpose¹⁹¹. I posit, it is difficult to evaluate such an impact and determine whether the alleged company losses are due to the state's measure or other factual circumstances such as a mere change in consumers' lifestyle preferences.

3. TOWARDS A MORE REALISTIC PROTECTION OF THE RIGHT TO HEALTH

To face the outlined challenges, some states have started a review process of their IIAs or have gone a step further by denouncing and terminating them¹⁹². Yet, such efforts are likely to be diluted. From a technical perspective, it is possible to think of treaty amendments. In practice, this is a process implying several difficulties.

On the one hand, given the variety of IIAs, it does not seem reasonable “to pre-identify each individual treaty provision that triggers the issue of a State's regulatory freedom to pursue public interest or human rights concerns”¹⁹³. In addition, it might be hard to amend multilateral agreements in which many states parties are involved¹⁹⁴. On the other hand, many BITs cannot be terminated for ten years or more¹⁹⁵ and even if they were so, existing investors would remain protected for an additional period of ten or twenty years thereafter¹⁹⁶. Thus, a “treaty-by-treaty piecemeal approach” to renegotiate old treaties is unlikely to be the most effective response¹⁹⁷: negotiations take time and in the meanwhile the right to health will still be subject to the framework set by older treaties¹⁹⁸.

¹⁸⁸ See *PHILIP MORRIS BRANDS SÀRL, PHILIP MORRIS PRODUCTS S.A. AND ABAL HERMANOS S.A. v. ORIENTAL REPUBLIC OF URUGUAY* (2016), ICSID paras. 121-132 and PETERSON (2016a).

¹⁸⁹ *PHILIP MORRIS BRANDS SÀRL, PHILIP MORRIS PRODUCTS S.A. AND ABAL HERMANOS S.A. v. ORIENTAL REPUBLIC OF URUGUAY* (2016), ICSID para. 136 and PETERSON (2016a).

¹⁹⁰ *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay* (2016), ICSID, *CONCURRING AND DISSENTING OPINION*, para 100 and HEPBURN (2016).

¹⁹¹ PETERSON (2016a).

¹⁹² ZHAN (2013) p. 26.

¹⁹³ DESIERTO (2015) pp. 310-311.

¹⁹⁴ JACOB (2010) p. 33.

¹⁹⁵ See article 13(2)-(3) of the GERMAN MODEL TREATY 2008.

¹⁹⁶ ALVAREZ (2016).

¹⁹⁷ ZHAN (2013) p. 27.

¹⁹⁸ JACOB (2010) p. 33.

It is interesting to reflect on how the most favoured nation (MFN) clauses can come into play with new "development-friendly provisions"¹⁹⁹. Although MFN clauses are most commonly triggered in practice in the framework of dispute resolution mechanisms²⁰⁰, they may well be used to import other substantive standards where the basic treaty wording allows to do so²⁰¹. Article 4 of the ILC Draft Articles on MFN clause states that, "[a] most-favoured-nation clause is a treaty provision whereby a State undertakes an obligation towards another State to accord most-favoured-nation treatment in an agreed sphere of relations"²⁰². If the rationale behind MFN clauses is to guarantee "treatment", it would be essential to consider not only the actual wording of the clause but the scope of the word treatment; its coverage and its beneficiaries to revise its applicability in a given treaty framework²⁰³. In draft article 5, treatment is defined as "(...) treatment accorded by the granting State to the beneficiary State, or to persons or things in a determined relationship with that State, not less favourable than treatment extended by the granting State to a third State or to persons or things in the same relationship with that third State"²⁰⁴. Under IIAs, if states generally offer MFN treatment not just to other states, but also to investors or investments of the other state, claims from investors to be provided with more favourable treatment granted to other investors or investments under older treaties, could be envisaged²⁰⁵. Thus, the questions that inevitable flows are how these higher standards drafted to incorporate new values will come into play with pre-existing treaties and if they actually will be applied as it is originally contemplated²⁰⁶. For instance, article 1.2. of the Trans-Pacific Partnership (TPP), sets forth that the TPP will coexist with existing international agreements²⁰⁷. The investor, therefore, might prefer to raise a claim under another BIT either to avoid stricter standards on new treaties or because it is more beneficial for their case as a whole²⁰⁸. Again, the interpreter's view²⁰⁹ on issues such as whether "treatment" refers to a third party's overall treatment or solely to partial treatment relying on a specific provision or even a part of the clause at stake will be key²¹⁰. This would also be the case when reviewing MFN clauses and whether the investor actually has "a 'claim' in itself or simply a 'right to claim'"²¹¹. Thus, even if there is an increased scope for government action²¹², a reduced

¹⁹⁹ ZHAN (2013) p. 27.

²⁰⁰ FIETTA (2005) p. 131.

²⁰¹ DUMBERRY (2016).

²⁰² ILC (1978).

²⁰³ ILC (1978).

²⁰⁴ ILC (1978).

²⁰⁵ ZHAN (2013) p. 27.

²⁰⁶ CORTÉS (2016).

²⁰⁷ See TPP (2016).

²⁰⁸ CORTÉS (2016).

²⁰⁹ ILC (1978) p. 180.

²¹⁰ DUMBERRY (2016).

²¹¹ DUMBERRY (2016).

²¹² DESIERTO (2015) p. 310.

scope for investors’ right²¹³ and improved accountability of investors in new treaties²¹⁴, the right to health may still be undermined.

Calls have been made for a “more coordinated and cooperative approach”²¹⁵ to fulfil the need for “rebalancing” the private and public interest involved²¹⁶. If “[w]hat matters is the bigger picture”²¹⁷, the question should be whether international law is well equipped to address the challenges regarding the main public health problems of this century²¹⁸. It has been frequently argued that there are “hardly any mechanisms for coordination between IIL and other parts of the global economic system”²¹⁹. Nonetheless, the WHO’s general competence regarding health issues and the precautionary principle, are two less explored paths that might contribute to enlighten the debate and help to indirectly protect the right to health.

3.1. THE WHO: A SLEEPING GIANT

Article 1 of the WHO’s Constitution sets forth that the objective of such organization is the “attainment by all peoples of the highest possible level of health”. Thus, in accordance with its constitutional mandate, all health-related matters are encompassed within the competence of the WHO. Although the WHO has been lately identified with the proposition of conventions and regulations²²⁰, I posit that article 2 provides a variety of tools for the organization to achieve its objective. Specifically, article 2(a) allows the organization “to act as the directing and co-ordinating authority on international health work” and articles 2(b) and 2(v) allow the authority “to establish and maintain effective collaboration with the United Nations, specialized agencies, [...] and such other organizations as may be deemed appropriate” and to generally “take all necessary action to attain the objective of the Organization”, respectively.

In turn, the International Court of Justice (ICJ) is defined in article 1 of its statute as “the principal judicial organ of the United Nations”. Thus, through the WHO’s mandate I propose to engage the ICJ in those investor-state arbitration proceedings in which health-related matters are at stake in order to attain a more realistic protection of the right to health. Although article 34 of the ICJ statute establishes that “[o]nly states may be parties in cases before the Court”, the type of engagement we are seeking from the ICJ for these cases will be solely related to its advisory role, so I believe no serious issues should be raised regarding their performance. Article 65 of the ICJ statute allows the Court to give advisory opinions “on any legal question at the request of whatever body may be authorized by or in accordance with the Charter of the United Nations to make such a request”. This is applicable to the WHO, which has “institutional authority” and a direct interest to

²¹³ ALVAREZ (2016).

²¹⁴ ZHAN (2013) p. 26.

²¹⁵ ZHAN (2013) p. 27.

²¹⁶ DESIERTO (2015) p. 310.

²¹⁷ JACOB (2010) p. 36.

²¹⁸ BETTCHER *et al.* (2000) p. 193.

²¹⁹ ZHAN (2013) p. 22.

²²⁰ WHO CONSTITUTION Art. 2(k).

ask the ICJ for an advisory opinion on specific legal questions regarding ongoing international disputes within the scope of its activities²²¹. Consequently, the ICJ has the prerogative to respond to such request and a duty to answer in accordance with its own statute²²². The aim would be to assist arbitrators in a "reflexive engagement" in a context of a fragmented international legal order²²³ where significant doubts regarding entitlements, duties, the object of certain human rights²²⁴ and even the applicable law, remain²²⁵. Hence, the ICJ's intervention would be a non-binding, advisory opinion in which no position would be taken on the merits of the underlying dispute²²⁶. Its performance might shed light on issues such as systemic integration, and interpretation regarding potential conflicting clauses of a variety of regimes or might answer specific legal questions regarding customary international law and other international instruments or bodies if needed²²⁷. The questions addressed to the Court, however, will need to be carefully drafted and should not trespass on decisions of legality issues linked to a given measure or a specific situation²²⁸. Instead, questions should remain within the boundaries of "lesser political sensitivity"²²⁹ and answers should be addressed with the appropriate view of a judicial and not a political body²³⁰.

Since, a cautious role is expected from the ICJ, objections from other international actors are unlikely to be successfully raised²³¹. In my view, whilst objections may not be raised, this does not necessarily imply that the proposed approach will be welcomed. The WHO's participation in such proceedings imply an *amicus curiae* submission which needs, in first place, to be accepted by the arbitral tribunal in accordance with the applicable procedural rules. In addition, a cooperative attitude from decision-makers is required to enhance the results. The more arbitrators acknowledge the variety of perspectives of other systems of law involving different goals in IIDS, the more aware they will be regarding the external impact of their decisions for other regimes. In turn, as Lang insinuates, the keener they will be to embrace this possibility with an open mind²³².

Engaging the ICJ could entail systemic benefits and address some of the problems disclosed above²³³. ICJ proceedings enjoy high transparency standards and, in exercising its advisory jurisdiction, they may receive insights from a broad scope of actors which may be a valuable input to appropriately highlight the "externalities" of IIDS²³⁴ from a body which

²²¹ LANG (2013) pp. 779 and 791.

²²² LANG (2013) pp. 780.

²²³ LANG (2013) pp. 788 and 809.

²²⁴ POGGE (2008) pp. 52, 70-74.

²²⁵ LANG (2013) p. 784.

²²⁶ LANG (2013) p. 799.

²²⁷ LANG (2013) pp. 793, 806.

²²⁸ LANG (2013) p. 789.

²²⁹ LANG (2013) p. 788.

²³⁰ LANG (2013) p. 811.

²³¹ LANG (2013) p. 802

²³² LANG (2013) pp. 808-809.

²³³ LANG (2013) p. 789.

²³⁴ LANG (2013) pp. 806 and 809. See also STATUTE OF THE ICJ, Art. 66-67.

carries strong weight and moral authority in international law²³⁵. I can envisage that critics may argue that the additional costs and delay issues are serious drawbacks to embrace this option. Others may put forward concerns regarding the decrease of one of the alleged main advantages of arbitration, namely, confidentiality²³⁶. Nevertheless, given the sensitivity of health matters, I share the view that transparency should be the guiding principle in those cases where human rights and public interest are at stake²³⁷.

3.2. THE PRECAUTIONARY PRINCIPLE: A PROSPECTIVE GUIDANCE

Sufficient protection from health risks is crucial for human development²³⁸. Accordingly, the right to health has been internationally recognized in a wide variety of human rights conventions. Regional instruments might differ in the wording chosen to enshrine such a right but they all aim to protect health as a subject matter²³⁹.

In practice, the core guiding principles have been prevention and precaution²⁴⁰. Thus, the foundations of public health contemplate distinguishing and avoiding risks to human health as well as identifying and implementing protective action²⁴¹. The latter has provided room for the development of principles aiming to address human activities entailing health risks²⁴².

Specifically, the precautionary principle has contributed to the understanding that "in cases of serious or irreversible threats to the health of humans or ecosystems, acknowledged scientific uncertainty should not be used as a reason to postpone preventive measures"²⁴³. This dimension of the precautionary principle is mainly addressed to policy-makers at a domestic and international level²⁴⁴. The underlying idea is that "[a]lthough human activities cannot be risk-free, precaution can stimulate more health-protective decision-making under uncertainty and complexity"²⁴⁵.

The benefit of this approach is that this principle seems to adequately embrace and cover the preventive scope of the right to health in accordance with the scientific information available at a given time²⁴⁶. However, this principle has a procedural dimension too; laying the foundation for "a shift in the onus of proof to those who propose potentially harmful activities"²⁴⁷. In my view, this specific dimension is the more interesting one from

²³⁵ ICJ.

²³⁶ REDFERN AND HUNTER (2009) p. 136.

²³⁷ John Ruggie, UN document A/CN.9/662.

²³⁸ SILBERHORN (2015) p. 21.

²³⁹ See Art. 25 of the UDHR 1948; Art. 12 of the ICESCR (1966); Art. 24 of the CONVENTION ON THE RIGHTS OF THE CHILD (1989); Art. 11 of the EUROPEAN SOCIAL CHARTER (1996) and Art. 39 of the ARAB CHARTER ON HUMAN RIGHTS (2004).

²⁴⁰ PEARCE (2004) p. 49.

²⁴¹ MARTUZZI and TICKNER (2004) p. 10.

²⁴² BUSH *et al.* (2016).

²⁴³ MARTUZZI and TICKNER (2004) p. 7.

²⁴⁴ BUSH *et al.* (2016).

²⁴⁵ MARTUZZI and TICKNER (2004) p. 13.

²⁴⁶ WHO (2004) p. 19.

²⁴⁷ JORDAN AND O'RIORDAN (2004) p. 32.

the IIDS perspective. The precautionary principle establishes that where there is a threat of serious damage, the burden of proof for those potentially harmful actions is shifted in the context of scientific uncertainty²⁴⁸. I believe the latter is in line with the acknowledgement that it takes time to obtain long-term effects and, hence, "[s]cientific evidence does not always advance quickly enough to establish absolute cause and effect due to uncertainty"²⁴⁹.

The procedural dimension is the most questioned one in policy terms, given its linkage to excessive innovation barriers²⁵⁰. If applied to IIDS, however, I believe such concerns should be vanished because the application of the principle will often occur in a reactive manner: when the dispute has already arisen after people have already been exposed to the risk²⁵¹. If this principle were applied to health issues in IIDS, the focus would likely shift from the state proving the specific effectiveness of a given measure, to the investor having to demonstrate that the investment at stake does not cause harm to citizens where there are "reasonable scientific grounds for concern"²⁵².

In my view, the shift in the *onus probandi* is more likely to provide the desired balance between "issues of power, ownership and, ultimately, protection of health"²⁵³. It may also endorse a human-centered approach to dealing with unforeseen situations arising after the conclusion of IIAs by strengthening and rebalancing duties of states and other international actors to prevent harm. Thus, the precautionary principle could contribute to a better distribution of risks without undermining the confidence already gained in IIDS or precluding compensation for the investor. Furthermore, this principle is likely to contribute to consistency in IIDS if in all health-related cases the same approach is used. Certainly, outcomes may still differ due to the specific facts surrounding the case, but using the same framework would highly contribute towards predictability without undermining flexibility²⁵⁴.

Despite the advantages that the application of this principle offers for the right to health protection, trespassing the boundaries of policymaking and pervading into IIDS will be a new challenge. This principle has expanded to a variety of countries through international agreements²⁵⁵. Countries such as the US and the UK, have included elements of precautionary thinking in some of their policies²⁵⁶. Moreover, its inclusion in the 1992 Maastricht Treaty on European Union and the 1990 Dublin Declaration of the European Council²⁵⁷ signifies its adoption as a European legal norm, used mainly in international environmental policy²⁵⁸.

²⁴⁸ GOLDSTEIN (2001) p. 1358.

²⁴⁹ BUSH *et al.* (2016).

²⁵⁰ MARTUZZI and TICKNER (2004) p. 13.

²⁵¹ BUSH *et al.* (2016).

²⁵² WHO (2004) p. 21.

²⁵³ MARTUZZI and TICKNER (2004) p. 10.

²⁵⁴ WHO (2004) p. 24.

²⁵⁵ MARTUZZI and TICKNER (2004) p. 10.

²⁵⁶ JORDAN and O'RIORDAN (2004) p. 33.

²⁵⁷ JORDAN and O'RIORDAN (2004) p. 38.

²⁵⁸ WHO (2004) p. 31.

In addition, the European Commission has provided a “clear set of guidelines” drawing the contours and implementation of the principle in accordance with other international rules²⁵⁹, and it has been largely developed by the European Court of Justice, the World Trade Organization and the WHO²⁶⁰. Similarly, it is enshrined in principle 15 of the 1992 Rio Declaration on Environment and Development (Rio Declaration), signed by over 170 countries²⁶¹. Principle 1 of the Rio Declaration is remarkably important for IIDS purposes because it states that “[h]uman beings are at the center of concerns for sustainable development. They are entitled to a healthy and productive life in harmony with nature”. Although the Rio Declaration was adopted as a cooperation framework rather than as a legally binding instrument²⁶², such approach is “consistent with public health values and WHO’s mission to promote health”²⁶³. These might be the starting vehicle to import such principle into the realm of IIDS as a general principle or as a standard of international law where health issues are at stake.

CONCLUSIONS

Once the rationales and structures of both IHL and IIL are understood, it is easy to note that there are normative and factual elements that are likely to make the right to health, play second fiddle in investor-state arbitrations. Nevertheless, the adequate protection of all parties is a desirable quality in any legal system and the asymmetrical structure of rights should not prevent an individual from being adequately protected.

Certain provisions from IIL render it hard for states to effectively safeguard their citizens’ health while promoting economic stability and advocating for sustainable development²⁶⁴. Given the general vagueness of the primary rule, arbitral tribunals do not merely apply the law to the facts but actually act as rule makers alongside states by embracing a “gap-filling” and “norm-generative” function²⁶⁵. Notwithstanding, no matter how precise applicable standards are drafted, the adjudicatory process will always involve a considerable degree of discretion²⁶⁶. Thus, it would be ill-advised to presume that all uncertainties in investment arbitration could be countered by detailing or defining concepts or by drafting principles in new treaties with the aim of clarifying the primary rule²⁶⁷.

A stronger protection of the right to health could be achieved by using some of the mechanisms already available in the current law²⁶⁸. Specifically, engaging the WHO and

²⁵⁹ WHO (2004) p. 21.

²⁶⁰ WHO (2004) pp. 15-16.

²⁶¹ REPORT OF THE UN CONFERENCE ON ENVIRONMENT AND DEVELOPMENT (1992) UNGA A/CONF.151/26 (Vol. IV).

²⁶² SHELTON (2008).

²⁶³ WHO (2014) p. 22.

²⁶⁴ STIGLITZ and HERSH (2015) p. 2.

²⁶⁵ RIPINSKY and SCHILL (2011) p. 600.

²⁶⁶ ALVAREZ (2016).

²⁶⁷ EFILA.

²⁶⁸ LANG (2013) p. 811.

the ICJ in investor-state arbitrations when health issues are at stake may encourage reflection from a variety of perspectives to ensure that legal issues are considered in their “cross-cutting nature” from a variety of perspectives²⁶⁹. Likewise, the importance of highlighting the precautionary principle in IIDS may work as a desired balancing mechanism among all international actors by reassessing their performance while noting third parties’ interests. The latter would automatically engage all international actors with their responsibility to prevent harm and preserve health as a desirable end²⁷⁰.

Though the proposed mechanisms are indirect approaches to obtain health protection, it may be worth embarking on them before tackling more intricate solutions that will take longer to implement and are unlikely to reach the impact that is required to better protect public interest.

CITED BIBLIOGRAPHY

- ACTION ON SMOKING AND HEALTH (2016): “Standardised tobacco packaging”, ASH Briefing. http://ash.org.uk/files/documents/ASH_877.pdf. Accessed: 27 August 2016.
- ALKIRE, Sabina (2010): “Human development: Definitions, critiques, and related concepts”, *UNDP Research Paper*, 2010/01. http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdrp_2010_01.pdf. Accessed: 29 August 2016.
- ALVAREZ, José (2016): “Critiques of the Investment Regime”, *United Nations Audiovisual Library of International Law*. http://legal.un.org/avl/lis/Alvarez_IEL.html. Accessed: 7 July 2016.
- ANDERSON, Sarah Denny and CAVANAGH, John (1996): *The Top 200: The Rise of Global Corporate Power* (Washington DC, Institute for Policy Studies).
- BETTCHEER, Douglas, TAYLOR A. L., DE CHAZOURNES, L. B., LEARY, V. and OKUN, H. S. (2000): “International Law and Health, Two Approaches: The World Health Organization’s Tobacco Initiative and International Drug Controls”, *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*, vol. 94: pp. 193-196.
- BILCHITZ, David (2016): “The Necessity for a Business and Human Rights Treaty” *Business and Human Rights Journal*, vol. 1, N° 2: pp. 203-227.
- BJORKLUND, Andrea (2013): “Practical and legal avenues to make the substantive rules and disciplines of international investment agreements converge” in ECHANDI, Roberto and SAUVÉ, Pierre (eds.), *Prospects in International Investment Law and Policy* (Cambridge, CUP) pp. 175-199.
- BLAKE, Daniel (2013): “Thinking Ahead: Government Time Horizons and the Legalization of International Investment Agreements”, *International Organization*, vol. 67: pp. 797-827.
- BUSH, Ashley, HOLSINGER, James and PRYBIL Lawrence (2016): “Employing the Precautionary Principle to Evaluate the Use of E-Cigarettes”, *Frontiers in public health*, vol. 4: pp. 1-6.

²⁶⁹ LANG (2013) p. 807.

²⁷⁰ SCHETTTLER AND RAFFENSPERGER (2004) p. 66.

- CORTÉS N. (2016): "The TPP as a Template to Liberalize Investments: Normative Glory or Chaos?", *Kluwer Arbitration Blog*. <http://kluwarbitrationblog.com/2016/06/18/tpp-template-liberalize-investments-normative-glory-chaos/>. Accessed: 27 August 2016.
- CRAWFORD, James (2002): "ILC's Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts: A Retrospect", *The American Journal of International Law*, vol. 96, N° 4: pp. 874-890.
- DENNIS, William and CHAMBERLAIN, Joseph (1932): "The doctrine of rebus sic stantibus", *Proceedings of the American Society of International Law at Its Annual Meeting (1921-1969)* vol. 26 (American Society of International Law): pp. 53-68.
- DESIERTO, Diane (2015): *Public policy in international economic law: the ICESCR in trade, finance, and investment* (New York, OUP).
- DIEPEVEEN, Rosalien, LEVASHOVA Yulia and LAMBOUY Tineke (2014): "'Bridging The Gap Between International Investment Law and The Environment', 4th And 5th November, The Hague, The Netherlands", *Utrecht Journal of International and European Law*, vol. 30, N° 78: pp. 145-160.
- DOLZER, Rudolf and SCHREUER, Christoph (2012): *Principles of International Investment Law* (Oxford, OUP, 2nd edn).
- DUMBERRY, Patrick (2016): "The Importation of 'Better' Fair and Equitable Treatment Standard Protection Through MFN Clauses: An analysis of NAFTA Article 1103", *Transnational Dispute Management*. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3126512. Accessed 7 August 2018.
- DUMBERRY, Patrick and DUMAS-AUBIN, Gabrielle (2014): "How to Impose Human Rights Obligations on Corporations Under Investment Treaties?", *Yearbook on International Investment Law and Policy (2011-2012)*, vol. 4: pp. 569-600.
- EBERHARDT, Pia and OLIVET, Cecilia (2012): *Profiting from Injustice: How law firms, arbitrators and financiers are fuelling an investment arbitration boom* (Amsterdam, CEO and the Transnational Institute).
- European Federation for Investment Law and Arbitration [EFILA]. *TTIP Consultation Submission* http://efila.org/wp-content/uploads/2014/07/EFILA_TTIP_final_submission.pdf. Accessed: 28 August 2016.
- FERRAZ, Octavio Luiz Motta (2011): "Harming the Poor Through Social Rights Litigation: Lessons from Brazil", *Texas Law Review*, vol. 89, N° 7: pp. 1643-1668.
- FIETTA, Stephen (2005): "Most Favoured Nation Treatment and Dispute Resolution Under Bilateral Investment Treaties: A Turning Point?", *International Arbitration Law Review*, vol. 8: pp. 131-146.
- GOLDSTEIN, Bernard (2001): "The precautionary principle also applies to public health actions", *American Journal of Public Health*, vol. 91, N° 9: pp. 1358-1361.
- GOSTIN, L. O., FRIEDMAN, E. A., BUSE, K., WARIS, A., MULUMBA, M., JOEL, M., DARE, L., DHAI A. and SRIDHAR D. (2013): "Towards A Framework Convention On Global Health", *Bulletin of the World Health Organization*, vol. 91: pp. 790-793.
- HEPBURN, Jarrod (2016): "In Dissent, Gary Born Rejects Use of 'Margin Of Appreciation' Doctrine in BIT Cases, and Sees Two Breaches By Uruguay of Philip Morris's BIT Rights", *Investment Arbitration Reporter*. <https://www.iareporter.com/articles/in-dissent->

- gary-born-rejects-use-of-margin-of-appreciation-doctrine-in-bit-cases-and-sees-two-breaches-by-uruguay-of-philip-morriss-bit-rights/. Accessed: 30 August 2016.
- INTERNATIONAL INVESTMENT ARBITRATION + PUBLIC POLICY (2011): "Chemtura v Canada (NAFTA Chapter 11)", IIA. <http://www.iiapp.org/case/chemtura-v-canada/>. Accessed: 27 August 2016.
- ICJ. <https://www.icj-cij.org/en/advisory-jurisdiction>. Accessed 28 August 2018.
- JACOB, M (2010): "International Investment Agreements and Human Rights", *Research Paper Series on Human Rights, Corporate Responsibility and Sustainable Development 03/2010*, INEF. http://www.humanrights-business.org/files/international_investment_agreements_and_human_rights.pdf. Accessed: 28 August 2016.
- JOHN, Peter (2011): *Making Policy Work* (Oxfordshire, Taylor & Francis).
- JORDAN, Andrew and O'RIORDAN, Timothy (2004): "The precautionary principle: a legal and policy history", in MARTUZZI, Marco and TICKNER, Joel (eds.), *The Precautionary Principle: Protecting Public Health, the Environment and the Future of our Children* (Rome, WHO) pp. 31-48.
- LANG, Andrew (2013): "The Role of the International Court of Justice in a Context of Fragmentation", *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 62(4): pp. 777-812.
- MANN, Howard *et al.* (2005): "IISD Model International Agreement on Investment for Sustainable Development", IISD. https://www.iisd.org/pdf/2005/investment_model_int_agreement.pdf. Accessed: 28 August 2016.
- MANN, Howard (2005): "The final decision in Methanex v. United States: some new wine in some new bottles", IISD. http://www.iisd.org/sites/default/files/publications/commentary_methanex.pdf. Accessed: 28 August 2016.
- MANN, Howard (2008): "International Investment Agreements, Business, and Human Rights: Key Issues and Opportunities", IISD. https://www.iisd.org/pdf/2008/iaa_business_human_rights.pdf. Accessed: 28 August 2016.
- MARTUZZI, Marco and TICKNER, Joel (2004): "The Precautionary Principle: Protecting Public Health, the Environment and the Future of our Children", in MARTUZZI, Marco and TICKNER, Joel (eds.), *The Precautionary Principle: Protecting Public Health, the Environment and the Future of our Children* (Rome, WHO) pp. 7-14.
- MILLS, Alex (2011): "Antinomies of Public and Private at the Foundations of International Investment Law and Arbitration", *Journal of International Economic Law*, vol. 14, N° 2: pp. 469-503.
- MONTGOMERY, Jonathan (1992): "Recognizing a Right to Health", in BEDDARD R. and HILL D. M. (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights: Progress and Achievement* (London, Macmillan) pp. 184-203.
- OECD (2004): "'Indirect Expropriation' and the 'Right to Regulate' in International Investment Law". OECD Working Papers on International Investment 2004/04. https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2004_4.pdf. Accessed 27 August 2016.
- OECD (2011): "Guidelines for Multinational Enterprises". <http://www.oecd.org/daf/inv/mne/oecdguidelinesformultinationalenterprises.htm>. Accessed: 27 August 2016.
- PAPARINSKIS, Martins (2013a): "Investment Treaty Arbitration and the (New) Law of State Responsibility", *European Journal of International Law*, vol. 24, N° 2: pp. 617-647.

- PAPARINSKIS, Martins (2013b): *The International Minimum Standard and Fair and Equitable Treatment* (Oxford, OUP).
- PAPARINSKIS, Martins (2014): “Come Together or Do It My Way: No Systemic Preference”, *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*, vol. 108: pp. 246-249.
- PEARCE, Neil (2004): “Public health and the precautionary principle”, in MARTUZZI, Marco and TICKNER Joel (eds.), *The Precautionary Principle: Protecting Public Health, the Environment and the Future of our Children* (Rome, WHO) pp. 49-62.
- PETERSON, Luke Eric (2016a): “The Philip Morris V. Uruguay Award on the Merits: Part One of our Three Part Analysis, Focusing on The Expropriation Claim”, *Investment Arbitration Reporter*. <https://www.iareporter.com/articles/the-philip-morris-v-uruguay-award-on-the-merits-part-one-of-our-three-part-analysis-focusing-on-the-expropriation-claim>. Accessed: 30 August 2016.
- PETERSON, Luke Eric (2016b): “The Philip Morris V. Uruguay Award on the Merits: Part Two of our Three Part Analysis, Focusing on the FET And Umbrella Clause Claims”, *Investment Arbitration Reporter*. <https://www.iareporter.com/articles/the-philip-morris-v-uruguay-award-on-the-merits-part-two-of-our-three-part-analysis-focusing-on-the-fet-and-umbrella-claims/>. Accessed: 30 August 2016.
- PIETERSE, Marius (2008): “Health, Social Movements, and Rights-based Litigation in South Africa”, *Journal of Law and Society*, vol. 35, N° 3: pp. 364-388.
- POGGE, Thomas (2008): *World Poverty and Human Rights* (Cambridge, Polity Press, 2nd edn.).
- REDFERN, Alan and HUNTER, Martin (2009): *International Arbitration* (Oxford, OUP, 5th edn.).
- RIPINSKY Sergey and SCHILL, Stephan (2011): The Multilateralization of International Investment Law, *European Journal of International Law*, vol. 22, N° 2: pp. 598-602.
- ROBEYNS, Ingrid (2006): “The capability approach in practice”, *Journal of Political Philosophy*, vol. 14, N° 3: pp. 351-376.
- RUGER, Jennifer Prah (2008): “Normative Foundations of Global Health Law”, *Georgetown Law Journal*, vol. 96: pp. 423-443.
- RUGGIE, John. UN document A/CN.9/662. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UN-DOC/GEN/V08/543/30/PDF/V0854330.pdf?OpenElement>. Accessed: 17 July 2016.
- SCHETTLER, Ted and RAFFENSPERGER, Carolyn (2004): “Why is a precautionary approach needed?”, in MARTUZZI, Marco and TICKNER, Joel (eds), *The Precautionary Principle: Protecting Public Health, the Environment and the Future of our Children* (Rome, WHO) pp. 63-83.
- SCHILL, Stephan (2009): *The Multilateralization of International Investment Law* (Cambridge, CUP).
- SHELTON, Dinah (2002): “Protecting human rights in a globalized world”, *Boston College International and Comparative Law Review*, vol. 25 N° 2: pp. 273-322.
- SHELTON, Dinah (2008): “Stockholm Declaration (1972) and Rio Declaration (1992)”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 14 p.
- SILBERHORN, Thomas (2015): “Germany’s Experience in Supporting and Implementing Human Rights-Based Approaches to Health, plus Challenges and Successes in Demonstrating Impact on Health Outcomes”, *Health and Human Rights Journal*, vol. 17, N° 2: pp. 21-29.

- SKOVGAARD, Poulsen, BONNITCHA, Jonathan and YACKEE, Jason (2013): "Analytical Framework for Assessing Costs and Benefits of Investment Protection Treaties". https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/260503/bis-13-1285-analytical-framework-for-assessment-costs-and-benefits-of-investment-protection.pdf. Accessed: 27 August 2016.
- STEVENS, Margaret (2013): "ICSID at the crossroads: some thoughts and recommendations for improving the dispute settlement system", in ECHANDI Roberto and SAUVÉ Pierre (eds.), *Prospects in International Investment Law and Policy* (UK, CUP) pp. 243-265.
- STIGLITZ, Joseph and HERSH, Adam. 'The Trans-Pacific Free-Trade Charade' (2015): "Project Syndicate". <http://www.alicedewolff.ca/wp-content/uploads/2015/10/NIC-Hand-out-session-2.pdf>. Accessed: 30 August 2016.
- TAYLOR, Allyn (2002): "Global governance, international health law and WHO: looking towards the future", *Bulletin of the World Health Organization*, vol. 80, N° 12: pp. 975-980.
- VADI, Valentina (2009): "Trade Mark Protection, Public Health and International Investment Law: Strains and Paradoxes", *The European Journal of International Law*, vol. 20: pp. 773-803.
- WALDRON, Jeremy (2012): *The rule of law and the measure of property* (New York, CUP).
- WEILER and INVESTMENT TREATY COUNSEL (2010): "Philip Morris vs. Uruguay an Analysis of Tobacco Control Measures in the Context of International Investment Law", *Paper commissioned by Physicians for a Smoke Free Canada*, 36 p.
- WHO (2004): "Dealing with uncertainty –how can the precautionary principle help protect the future of our children?", in MARTUZZI, Marco and TICKNER, Joel (eds.), *The Precautionary Principle: Protecting Public Health, the Environment and the Future of our Children* (Rome, WHO) pp. 15-30.
- WHO (2016): "World Health Statistics: Monitoring health for the SDGs". http://www.who.int/gho/publications/world_health_statistics/2016/en/. Accessed: 30 August 2016.
- WIDDOWS, Heather (2015): "Global Health Justice and the Right to Health", *Health Care Anal.*, N°. 23: pp. 391-400.
- WU, Chuan-feng (2010): "Raising the right to health concerns within the framework of international intellectual property law", *Asian Journal of WTO and International Health Law and Policy*, vol. 5: pp. 141-189.
- YAMIN, Alicia (1996): "Defining Questions: Situating Issues of Power in the Formulation of a Right to Health under International Law" *Human Rights Quarterly*, vol. 18: pp. 398-438.
- ZHAN, J. (2013): "Investment Policies For Sustainable Development", in ECHANDI, Roberto and SAUVÉ, Pierre (eds.), *Prospects in International Investment Law and Policy* (UK, CUP), pp. 13-29.

CITED STATUTES

AGREEMENT BETWEEN THE GOVERNMENT OF AUSTRALIA AND THE GOVERNMENT OF HONG KONG FOR THE PROMOTION AND PROTECTION OF INVESTMENTS (entered into force 15 October 1993) ATS 1993 30.

- ARAB CHARTER ON HUMAN RIGHTS (2004).
- CONSTITUTION OF THE WORLD HEALTH ORGANIZATION (1946).
- CONVENTION ON PSYCHOTROPIC SUBSTANCES (1971).
- CONVENTION ON THE RIGHTS OF THE CHILD (1989).
- EUROPEAN SOCIAL CHARTER (1996).
- FRAMEWORK CONVENTION ON TOBACCO CONTROL (2003).
- GERMAN MODEL TREATY (2008).
- ILC ARTICLES ON RESPONSIBILITY OF STATES FOR INTERNATIONALLY WRONGFUL ACTS (2001).
- ILC COMMENTARIES ON DRAFT ARTICLES ON MOST-FAVOURLED-NATION CLAUSE. INTERNATIONAL LAW COMMISSION A/CC.4/SER.A/1978/Add.1(Part2) (1978).
- INTERNATIONAL COVENANT ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS (1966).
- MAASTRICHT TREATY ON EUROPEAN UNION (1992).
- REPORT OF THE UNITED NATIONS CONFERENCE ON ENVIRONMENT AND DEVELOPMENT (1992) UNGA A/CONF.151/26 (Vol. IV).
- RES. 65/22 OF THE UNCITRAL: "Arbitration Rules as revised in 2010" UNGA Res. 65/22 (2011).
- RIO DECLARATION ON ENVIRONMENT AND DEVELOPMENT (1992).
- SINGLE CONVENTION ON NARCOTIC DRUGS (1961).
- STATUTE OF THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE (1945).
- SUSTAINABLE DEVELOPMENT GOALS (SDGs), WHO.
- TRANS-PACIFIC PARTNERSHIP AGREEMENT (TPP) (adopted 4 February 2016).
- UNITED NATIONS CONVENTION AGAINST ILLICIT TRAFFIC IN NARCOTIC DRUGS AND PSYCHOTROPIC SUBSTANCES (1988).
- UNIVERSAL DECLARATION OF HUMAN RIGHTS (1948).
- US MODEL BILATERAL INVESTMENT TREATY (2012).
- VIENNA CONVENTION ON THE LAW OF TREATIES (1969).

CITED JURISPRUDENCE

- CHEMTURA CORPORATION v. CANADA* (2010): UNCITRAL award, 2 August 2010.
- METALCLAD CORPORATION v. THE UNITED MEXICAN STATES* (2000): ICSID Case N° ARB(AF)/97/1, 30 August 2000.
- METHANEX CORPORATION v. UNITED STATES OF AMERICA* (2005): UNCITRAL Final Award, 3 August 2005.
- MTD EQUITY SDN BHD. AND MTD CHILE SA v. CHILE* (2007): ICSID Case N° ARB/01/07, Decision on Annulment, 21 March 2007.
- PARKERINGS- COMPAGNIET v. LITHUANIA* (2007): ICSID Case N° ARB/05/8, Award, 11 September 2007.
- PHILIP MORRIS BRANDS SÀRL, PHILIP MORRIS PRODUCTS S.A. AND ABAL HERMANOS S.A. v. ORIENTAL REPUBLIC OF URUGUAY* (2016): ICSID Case N° ARB/10/7, 8 July 2016.

PROBLEMAS RELATIVOS A LA PRUEBA EN CADA ETAPA DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA EN EL PROCEDIMIENTO DE FAMILIA

PROBLEMS RELATED TO EVIDENCE ON EACH ONE OF THE MOMENTS OF EVIDENTIARY ACTIVITY IN FAMILY LAW PROCEEDING

JESÚS EZURMENDIA ÁLVAREZ*

RESUMEN: En el presente artículo se pretende trasladar la discusión sobre los momentos de la actividad probatoria, y los problemas que cada uno de ellos engendra, al derecho procesal de familia, específicamente al procedimiento reformado contenido en la Ley N° 19.968. Dada su estructura y principios rectores, es posible reconocer claramente los momentos de inclusión, valoración y eventual aplicación de un estándar de prueba, pudiendo evidenciar en cada uno de ellos determinados problemas o peligros derivados de la actividad corroborativa de las partes y el juez. Este trabajo pretende presentar y describir, sin fines exhaustivos, algunos de los mencionados problemas, haciéndose cargo de la insatisfactoria aplicación de la teoría de la prueba al proceso de familia a la luz del aumento de facultades entregadas a los tribunales de familia en época reciente.

Palabras clave: Derecho Procesal Civil, Derecho Probatorio, Derecho de Familia, Derecho Procesal de familia.

ABSTRACT: This article aims to draw attention to the discussion regarding the moments of evidentiary activity, and the problems that each one of those steps could engender, to family law process, specifically to the reformed proceedings enshrined in the Act N° 19.968. In accordance with its structure and ruling principles, it is possible to acknowledge the moments of conformation, evaluation and the application of a standard of proof, evidencing the problems and risks attached to every stage of the corroborative activity performed by parties and adjudicators. This work expects to present and describe, with no exhaustive ambition, some of the aforementioned issues, taking charge of the unsatisfactory application of evidence law to family proceedings given the recent increase of powers entrusted to Family Courts.

Key words: Civil Process, Evidence Law, Family Law, Family Law Proceedings.

1. LAS ETAPAS DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA Y LOS PROCEDIMIENTOS DE FAMILIA

En general los procedimientos reformados, y en especial aquellos regulados por la Ley N° 19.968 sobre Tribunales de Familia¹, permiten distinguir en la estructura de sus

* Magister en Derecho (LLM) University College of London. Profesor Asistente Departamento Derecho Procesal Universidad de Chile. Dirección postal. Av. Santa María 076, quinto piso, Providencia, Chile. Dirección electrónica: jezurmendia@derecho.uchile.cl.

¹ En adelante "LTF".

diversos periodos de tramitación de forma sustancialmente más clara aquello que parte importante de la literatura dedicada a la teoría de la prueba ha denominado “las etapas de la actividad probatoria” en perspectiva a su contraparte –y supletoria– regulación procesal civil². Estas etapas, han sido señaladas por voces autorizadas como Ferrer³ y Taruffo⁴, en derecho continental y, con matices, por Murphy⁵, Roberts⁶ y Stein⁷ en el derecho anglosajón, como estadios tripartitos de actividad relativa a la evidencia, consecutivos, correlativos y consecuenciales entre sí, en la que intervienen tanto las partes como tribunal, y que impactan en lo que, al final del proceso, ha de tenerse por probado (en términos de Ferrer “que esté probado que p”⁸) aludiendo a la acepción de la polisemia de la palabra prueba, en este caso, como resultado. Los mencionados momentos de actividad probatoria han sido diagramados, aunque con breves matices, como aquellos correspondientes a, en primer lugar, a) la etapa de conformación del material probatorio, también llamado período de inclusión o incorporación de la prueba; b) etapa o momento de valoración de la prueba; y c) momento de aplicación de un estándar de prueba⁹.

Esta estructura secuencial de la actividad referida a los hechos estaría presente en el proceso de corroboración o averiguación sobre la veracidad de dichos enunciados fácticos, independiente de la claridad con la que pueda aparecer manifestada en la consagración normativa de leyes y códigos procesales, existiendo a tal respecto regulaciones en las que la distinción antedicha es difusa y casi ininteligible –como los códigos procesales de comienzos del siglo XX– y, por otro lado, estatutos de data reciente en las que es posible diagramar en forma específica cada uno de estos momentos, siendo, como se ha mencionado al comienzo, la Ley N° 19.968 uno de los más claros ejemplos de esto.

Así, los momentos de conformación del material probatorio, valoración y aplicación de un estándar de prueba son claramente diferenciables en la estructura del Procedimiento Ordinario ante los jueces de Familia¹⁰, y en general en la mayoría de los procedimientos especiales de la Ley, sin embargo, esta distinción relativamente instalada y clara en la literatura probatoria en ambos lados del Atlántico¹¹, que ha sido tratada en forma lata con ocasión del proceso penal¹², no ha sido absorbida ni particularmente revisada con ocasión del proceso de familia tanto a nivel de especialistas teóricos en el área, como a nivel de operadores del sistema¹³. El objetivo de este trabajo, en atención a su extensión, es visibilizar algunos de los problemas que desde la teoría de la prueba se pueden apreciar en la LTF en cada una

² FERRER (2007) p. 41. MURPHY (2017) p. 50.

³ FERRER (2007) p. 41.

⁴ TARUFFO (2008) p. 37.

⁵ GLOVER (2017) p. 50.

⁶ ROBERTS y ZUCKERMAN (2010) p. 96; 220.

⁷ STEIN (2005) p. 133.

⁸ FERRER (2005) pp. 20-27.

⁹ GLOVER (2017) p. 50.

¹⁰ Párrafo IV de la Ley N° 19.968 de 2004.

¹¹ GLOVER (2017) p. 50; TARUFFO (2008), p. 37.

¹² LAUDAN (2013) pp. 30-35; ROBERTS y ZUCKERMAN (2010) pp. 127-130.

¹³ LAUDAN (2006) p. 60. Véase también VALENZUELA (2017) p. 17.

de las precitadas etapas de la actividad referida a la prueba, haciendo presente que, sin fines exhaustivos, se apunta a evidenciar cuestiones relevantes a este respecto, planteando tanto la discusión como algunas sugerencias.

2. ETAPA DE CONFORMACIÓN DEL MATERIAL PROBATORIO, EN ESPECIAL LA EXCLUSIÓN DE PRUEBA

Se entiende como etapa de conformación del material probatorio aquel momento del proceso en que la evidencia que posteriormente deberá ser valorada por el sentenciador es incorporada y depurada conforme a ciertos elementos, establecidos normativamente, y que dicen relación con criterios de admisibilidad y relevancia¹⁴. En general, se ha señalado que los sistemas que consagran como principio formativo la libertad de prueba, tal como ocurre en la LTF Art. 28, tienden a entregar al sentenciador una fórmula que permita disponer de toda la información disponible para la toma de decisión, entendiendo que entre más y mejor sea la prueba que recaiga sobre los enunciados fácticos propuestos por las partes, más fiable debería ser, en teoría, la decisión probatoria a tal respecto. De esta manera, se eliminan “barreras de entrada” a través de imposiciones legislativas que limiten la posibilidad de probar en juicio los hechos a través de determinados medios de prueba o, contra-faz de moneda, que obliguen a probar ciertas circunstancias a través de medios específicos. Asimismo, se eliminan inhabilidades como las tachas en materia testimonial y la distinción entre la naturaleza del documento para su incorporación al proceso. En ese sentido, se dice entonces, que la prueba libre busca que toda la evidencia disponible sea allegada al proceso, de forma tal de formar un acervo probatorio lo más completo posible, para que, epistémicamente se cuente con el mayor grado de conocimiento respecto de la eventual veracidad de las alegaciones de las partes.

Sin embargo, dentro de la etapa de conformación/inclusión se verifica un segundo proceso, inherente a la etapa en comento, el de exclusión de prueba. No obstante, lo contradictorio que pueda parecer, en el contexto judicial la prueba está regida por un contexto institucional¹⁵, que obliga a que la prueba que pueda valorarse al momento de la decisión sea solo aquella que está de acuerdo con ciertos parámetros establecidos por la ley, y que muchas veces restringen o limitan la libertad de prueba¹⁶. Se trata, en consecuencia, del establecimiento de reglas contra epistémicas, que atentan contra el acceso a más información para la toma de decisión¹⁷, pero que la realidad del proceso y los intereses que deben ponderarse y protegerse obligan a respetar al momento de decidir que evidencia debe ser admitida.

Dentro de este conjunto de reglas de exclusión suelen presentarse mecanismos de filtrado que permiten descartar la prueba que no será de utilidad para el proceso, o que no debería ser considerada por ser vulneratoria de los derechos de alguna de las partes. A tal respecto, en lo pertinente a la LTF toma particular relevancia lo dispuesto en el artículo

¹⁴ TARUFFO (2008) pp. 37-38.

¹⁵ BAYON (2010) p. 7. También Véase GASCÓN (2005) p. 128.

¹⁶ En el caso de la LTF dicha regulación se establece en el artículo 31.

¹⁷ BAYON (2010) p. 7. Usando la voz extra epistémicos véase también BENTHAM (2001) p. 391.

31, el que establece un sistema de exclusión de prueba fundado en motivos de pertinencia, notoriedad de los hechos, sobreabundancia y, especialmente, aquellas que hubieren sido obtenidas con infracción de garantías fundamentales¹⁸. Esta depuración probatoria tiene lugar, por regla general, en la audiencia preparatoria, conforme lo dispuesto en los artículos 31 y 61 N° 8 LTA y constituye la oportunidad procesal en la cual se fijan, junto con los hechos a probar en la audiencia de juicio, las piezas de evidencia con las que contará en la audiencia de juicio el tribunal para decidir el asunto. La norma, cabe señalar, expresa que las exclusiones son una excepción y que, salvo alguno de los supuestos en ella descrita, el resto de la prueba deberá ser admitida. Al respecto, y para los fines de este ensayo, las reglas que más llaman la atención son las referidas a la prueba ilícita¹⁹, en el sentido de examinar cuales son los criterios que podrían seguirse, en abstracto, para entender que ha existido una garantía fundamental conculcada que devenga en la exclusión de prueba, y por otro lado, cuál ha sido la aproximación de la judicatura de familia en la utilización de los mecanismos de exclusión, teniendo presente, por ejemplo, que el desarrollo de la eficacia procesal de los derechos humanos, como fundamento de la exclusión, tiene data reciente y ha ido de la mano del proceso penal reformado²⁰, y de desarrollos relativamente actuales en materia de debido proceso y garantías procesales. Asimismo, la ilicitud de la prueba obtenida por sujetos particulares ha sido poco tratada en nuestra literatura, y no participa de las mismas aproximaciones en la doctrina ha dado a la exclusión de evidencia obtenida por agentes estatales dotados de facultades de investigación²¹.

Como bien señala Jara, la construcción de un sistema de exclusión de prueba basada en la aplicación de principios constitucionales a un proceso de derecho privado resulta compleja²². Especialmente, teniendo presente la naturaleza de los litigios de la judicatura de familia, es del todo esperable que exista una relación de cercanía entre los litigantes que presente o posicione a gran parte de la evidencia disponible en el límite de la vulneración de la privacidad, la honra, la inviolabilidad del hogar, etc. de un sujeto, pudiendo caer en la tentación de la sobre-exclusión²³. Lo anterior, creemos, es particularmente relevante en relaciones procesales que tienen, además, un correlato en relaciones de parentesco o familia,

¹⁸ Art. 31: El juez de familia, luego de estudiar la admisibilidad de las pruebas ofrecidas, de resolver las convenciones probatorias y de escuchar a las partes que hubieren comparecido a la audiencia preparatoria, ordenará fundadamente que se excluyan de ser rendidas en el juicio aquellas que fueren manifiestamente impertinentes, tuvieren por objeto acreditar hechos públicos y notorios, resulten sobreabundantes o hayan sido obtenidas con infracción de garantías fundamentales.

¹⁹ Los criterios de prueba impertinente, basada en hechos públicos o notorios y sobreabundantes no suelen generar problemas de interpretación. En caso de consulta puede revisarse la casuística en: *A. con S.* (2015); *BETANZO con FUENTES* (2011)."

²⁰ JARA y JARA (2014).

²¹ En ese sentido destaca el trabajo de Correa Zacarías, en el que se analiza el estado de la doctrina procesal penal chilena respecto a la exclusión de prueba obtenida por particulares, diferenciando entre prueba de cargo y de descargo. CORREA (2016) pp. 118-125.

²² JARA y JARA (2014).

²³ Siguiendo los ejemplos dados por Jara, podría pensarse en casos de divorcio sanción por causales del art. 54 de la Ley de Matrimonio Civil, especialmente la infidelidad reiterada (2°), conducta homosexual (4°). JARA y JARA (2014).

en la que el acceso a la información privada del otro puede ser difícil de determinar (entendido por ejemplo entre cónyuges o entre padres e hijos).

A nivel jurisprudencial, dado el momento procesal en el que se verifica la exclusión, no es abundante la jurisprudencia contrastable a este respecto, sin perjuicio de poder encontrar a aproximaciones interesantes en determinados casos que llegan a la Corte por la vía de impugnación. Así, en una causa de medidas de protección, la denunciante y madre del menor recurre de queja en contra del juez de familia quien excluyó una prueba audiovisual en la que se puede apreciar al padre viendo una película pornográfica con su hijo, por considerar que afectaba la inviolabilidad del hogar (Art. 19 N° 5 CPR). En lo pertinente la Corte de Apelaciones de Punta Arenas, en el Considerando Décimo Quinto de su sentencia declaró: “Por otra parte en cuanto a la exclusión de prueba consistente en una grabación de video, no se aprecia de qué manera se ha producido una conculcación a la garantía de inviolabilidad del hogar la que se refiere fundamentalmente al ingreso, registro o allanamiento del hogar o los espacios reservados para el trabajo o uso privado de los individuos por parte de terceros, circunstancia que no acontece en el caso de autos, toda vez que el espacio físico donde se efectuó la grabación, de acuerdo a los antecedentes, correspondía al hogar, vivienda o espacio físico que ocupa la familia que hoy se enfrenta judicialmente, razón por la cual el fundamento de la exclusión no encuentra su justificación en la garantía conculcada”²⁴.

Siguiendo dicha misma línea de argumentación, anteriormente la Corte de Apelaciones de Valparaíso habría señalado en términos similares: “Que, en cuanto a que los correos electrónicos y las fotografías, habrían sido obtenidas por el demandante violando garantías constitucionales, en la especie, aunque no es señalada, la establecida en el artículo 19 N° 5 de la Constitución Política de la República, en relación con el artículo 31 de la ley 19.968, necesario es tener presente que la situación planteada por el apelante, se encuentra normada por la disposición constitucional antes mencionada que establece como garantía fundamental ‘La inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada’ y, además, por el inciso 2° del artículo 146 del Código Penal, en efecto, la mencionada disposición legal que tipifica el delito denominado doctrinariamente como Inviolabilidad de la Correspondencia, en el inciso señalado, dispone “Esta disposición no es aplicable entre cónyuges ni a los padres, guardadores o quienes hagan sus veces, en cuanto a los papeles o cartas de sus hijos menores que se hallan bajo su dependencia. De lo anteriormente expuesto, se deduce que la parte demandante no transgredió ninguna garantía constitucional para obtener la prueba en que se fundamenta para acreditar los hechos materia de su demanda”²⁵.

De la misma manera, la Corte de Apelaciones de Concepción ha entendido la excepcionalidad de la regla de exclusión en perspectiva a la libertad de prueba, señalando que la norma del artículo 31 debe ser interpretada de forma restrictiva. En el caso específico, el tribunal de alzada falló que la prueba consistente en un detalle de tráficos entre dos teléfonos de línea fija no vulnera ningún derecho fundamental, en la medida que es público

²⁴ RODRÍGUEZ CON ARAYA (2017).

²⁵ C.P.A.C CON N.N.M.C (2010).

y notorio que en la documentación que se recibe para el cobro de los servicios telefónicos consta con detalle el tráfico de llamadas efectuadas²⁶.

Por lo anteriormente tratado parece ser que, en lo meramente ilustrativo de nuestra jurisprudencia, las Cortes han tendido a comprender la regla de exclusión de prueba por vulneración de derechos fundamentales de manera restrictiva, rechazando las alegaciones a su respecto sin extenderla a criterios de difícil delimitación, sin perjuicio de no existir en lo referido a ella un análisis pormenorizado sobre la existencia de un derecho fundamental cuya vulneración deba sobreponerse a libertad de prueba vigente en el procedimiento, y en tal caso cómo se habría llevado a cabo esta conculcación. Lo anterior, con todo, supone que no se ha resuelto, o al menos no es accesible si lo estuviere, el alcance de la limitación que la eficacia de los derechos fundamentales tendría sobre la prueba ofrecida, y que, en conclusión, incumbe limitar la cantidad de prueba producida para ser rendida en la audiencia de juicio, permitiendo que se conforme o integre un material probatorio de menor calidad o fiabilidad.

3. ETAPA DE VALORACIÓN, UTILIZACIÓN DE INFERENCIAS PROBATORIAS, ESPECIALMENTE MÁXIMAS DE LA EXPERIENCIA

En la segunda etapa de la actividad probatoria el juez debe valorar la evidencia rendida, estableciendo el valor corroborativo que los medios de prueba tienen respecto de los enunciados sobre los hechos propuestos por las partes, es decir “en evaluar el apoyo empírico que los elementos de juicio incorporados aportan a una determinada hipótesis u otra”²⁷. La LTF –siguiendo la línea de los procedimientos reformados (orales, públicos, en que prima la inmediatez) estableció en su artículo 32 que los jueces apreciarán la prueba conforme a las reglas de la sana crítica. Así, se consagra un sistema de valoración libre, pero contenido a través del límite de la racionalidad. En ese contexto, el ensayo se detendrá específicamente en uno de los criterios que componen estos límites antes referidos, las máximas de la experiencia. Éstas serán entendidas, siguiendo a González Lagier, como inferencias probatorias epistémicas²⁸, que los tribunales de familia deben construir al momento de la valoración de la prueba, y en cómo es que dichas inferencias debieran ser construidas desde un punto de vista lógico inductivo evitando contaminar su razonamiento con generalizaciones, prejuicios y estereotipos²⁹. Lo anterior, resulta particularmente relevante atendido que el contenido del derecho de familia resulta esencialmente más dinámico que aquel propio del derecho privado patrimonial, por lo que la judicatura llamada a resolver conflictos de familia, en atención a dicho contenido y su permeabilidad a la realidad social

²⁶ *J.A. VA CON X.VI.S* (2012) Considerando Quinto. La sentencia señala que la exclusión de la prueba constituye una excepción al principio de libertad de prueba que consagra el art. 28 de la Ley N° 19.968. Por ello, la norma de exclusión (art. 31 de la referida ley) debe ser interpretada de forma restrictiva. En el caso específico, el tribunal de alzada falló que la prueba consistente en un detalle de tráficos entre dos teléfonos de línea fija no vulnera ningún derecho fundamental, en la medida que es público y notorio que en la documentación que se recibe para el cobro de los servicios telefónicos consta con detalle el tráfico de llamadas efectuadas.

²⁷ FERRER (2007) p. 46.

²⁸ GONZÁLEZ LAGIER (2014) pp. 87-88.

²⁹ SCHAUER (2003), p. 15. También en TARUFFO (2009) p. 156.

y la de sus integrantes, se encuentra más expuesto a las precitadas falencias inferenciales en el devenir de su razonamiento inferencial.

Por inferencias probatorias epistémicas entenderemos el ejercicio lógico inferencial por el cual el sujeto llamado a decidir construye una regla en función de la observación de la reiteración de un fenómeno determinado, del cual se extrae una regla general que es capaz de cumplir determinadas funciones³⁰. Esta regla o máxima constituye un elemento relevante para la teoría de la prueba en función de que, epistémicamente, es posible prever resultados en aplicables a casos desconocidos a partir de aquellos casos que permitieron construir la regla³¹. Tradicionalmente, el reconocimiento normativo a las máximas de la experiencia se ha traducido en su función limitativa de la libertad de valoración del juez³², es decir un cerrojo que impide la libertad absoluta³³, o en términos de Ferrer, que la prueba “sea libertad, pero no tanto”³⁴. Sin embargo, las máximas de la experiencia suelen cumplir, en lo que a la teoría de la prueba se refiere, funciones que no solo operan como límite negativo, sino que permiten, positivamente, construir o, mejor dicho, reconstruir, el relato de las partes sobre los enunciados sobre los hechos, formando parte indispensable de la cadena de inferencias que permiten tener por probado –o no– un enunciado fáctico en juicio. Para poder cumplir cabalmente estas funciones una máxima de la experiencia debe estar construida de forma tal que pueda erigirse sobre ella la consideración del juez respecto de los hechos. Así, señala el citado González Lagier, la máxima de la experiencia deberá cumplir con dos requisitos para poder considerarse como fiable: “a) deben estar bien fundamentadas (esto es, ser la conclusión de un argumento inductivo bien construido, que partiendo del examen de casos particulares concluya el enunciado que describe una regularidad empírica) y b) en el caso de que establezcan una regularidad probabilística (si p, entonces probablemente q), la probabilidad debe ser elevada”³⁵. Así, en su construcción lógica el sentenciador deberá ser riguroso en su proceso de fundamentación de la generalización, evitando caer en los peligros propios que dicho ejercicio encierra, especialmente notorios en cuestiones relativas al derecho de familia.

Los referidos peligros se asilan en lo que Twining llama “stock de conocimiento” del sujeto que construye la máxima de la experiencia, basado en su experiencia personal³⁶,

³⁰ GONZÁLEZ LAGIER (2014) pp. 87-88.

³¹ GONZÁLEZ LAGIER (2014) pp. 87-88.

³² La Jurisprudencia de la Corte Suprema ha definido, a su vez, a las máximas de la experiencia como “las que como ya se indicó, obedecen a pautas que se extraen de la observación general de la sociedad, de la cual el juez no solo forma parte, sino también se nutre. Corresponden a inferencias respaldadas por el ejemplo de conductas y hechos reiterados en el tiempo, que abstraídos de las singularidades de cada una de las situaciones concretas, permiten la confección de reglas o modelos que pueden ser tenidos por verdad, de modo que examinando sus resultados, es posible descubrir sus causa” *BETANCOURT CON ORTIZ* (2016).

³³ Así, el artículo 32 señala “Valoración de la prueba. Los jueces apreciarán la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica. En consecuencia, no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados”.

³⁴ FERRER (2010) p. 3.

³⁵ GONZÁLEZ LAGIER (2014) pp. 87-88.

³⁶ TWINING (2006) p. 338.

“aglomeraciones de creencias mal definidas”³⁷, un acervo de información que a su juicio conforma una especie de potaje, compuesto por información anecdótica, mitos y prejuicios³⁸. En ese contexto, este trabajo pretende hacer presente los peligros que ese stock puede aportar en la construcción inferencial del juez de familia, especialmente referido a prejuicios, estereotipos y libretos.

En primer término, se examinarán los prejuicios. Los prejuicios, señala Schauer, tratan de “creencias infundadas respecto a una persona, normalmente basadas en generalizaciones estadísticamente febles”³⁹. Generalmente, los prejuicios son adecuaciones de ciertas conductas que se atribuyen respecto de grupos minoritarios o específicos de la sociedad, asociados a religión, raza o clase social⁴⁰. El peligro de elaborar una cadena inferencial que parte de una premisa prejuiciada radica en su conclusión, toda vez que el prejuicio puede, y muchas veces suele, ser compartido por una parte importante de quienes componen un grupo social determinado, validando como consecuencia dicha conclusión, es decir “mal de muchos, consuelo de tontos”. En relación al derecho de familia este riesgo de hace presente en casos en los que se debe decidir en función de medios de prueba que son concluyentes en sí mismos, como ocurre por ejemplo con un examen de ADN en una acción de reclamación. Tómese, por ejemplo, la decisión sobre un cuidado personal, en el que el juez o jueza decanta su decisión en función de la asignación prejuiciada de roles parentales, en el que se asume que la crianza a temprana edad “corresponde” a las madres y no a los padres.

Un ejemplo en nuestra jurisprudencia de familia, aplicado a cuestiones patrimoniales, es el caso en que la Corte de Apelaciones de Rancagua en el que conociendo la apelación respecto de una sentencia de primera instancia que se fijaba el monto de una compensación económica señaló que:

“TERCERO: Que sin embargo, para efectos de calcular la compensación económica no se puede tomar el total del sueldo que se dejó de percibir, pues de haberlo obtenido, las máximas de la experiencia señalan que, la mayor parte o su totalidad lo habría destinado a cubrir sus propios gastos, los que, por no haber trabajado, se entiende fueron solventados por su cónyuge, debiendo por ello realizarse una compensación imaginaria entre lo que la actora dejó de percibir y lo que su cónyuge gastó en mantenerla”⁴¹.

El considerando transcrito asume, aludiendo a un prejuicio derechamente como una verdadera máxima de la experiencia según reza su texto, que las mujeres casadas que ejercen una profesión y oficio y que generan ingresos lo gastan en “sus propios” gastos más que en el haber común del matrimonio o en el establecimiento del hogar común o los hijos, lo que, además, permite inferir que se asume, asimismo, que es el marido quien cubre, necesariamente, dichos gastos⁴².

³⁷ TWINING (2006) p. 338.

³⁸ TWINING (2006) p. 338. Véase También el notable trabajo de OYARZUN (2016) p. 35.

³⁹ SCHAUER (2003) p. 15.

⁴⁰ SCHAUER (2003) p. 15.

⁴¹ GONZÁLEZ CON DÍAZ (2016).

⁴² Este ejemplo podría servir también para explicar los otros peligros aquí tratados, los libretos (*scripts*) y los estereotipos, según se verá más adelante.

Por su parte los libretos o *scripts*, descritos por Taruffo, señalan que existen asignaciones ético morales referidas a cuestiones entendidas como buenas o malas en función de determinadas conductas consideradas normales o anormales. Es decir, el riesgo de que una conducta determinada sea considerada “mala” o “menos valiosa” o que la del antagonista, en función de la distancia o lejanía que tenga con lo que la generalidad considera normal, sin ninguna evidencia de patológica o científica de conflictividad⁴³. Así, por ejemplo, se podría entender que una familia constituida por una figura materna y otra paterna es “mejor” que una monoparental, o que una familia constituida por una pareja homosexual debe ceder ante una heterosexual al momento de tomar ciertas decisiones (cuidados personales, relación directa y regular, susceptibilidad de adopción, etc.)⁴⁴. Si estos libretos preconcebidos se interponen en la elaboración de las máximas de la experiencia el resultado podría ser lógicamente inexacto y jurídicamente incorrecto.

De la misma manera, ocurriría en cuestiones patrimoniales propias de la esfera de competencia de los tribunales de familia, como pensiones de alimentos o compensaciones económicas derivadas de divorcios, en las que la asignación de roles preestablecidos prejuiciadamente o considerados más o menos valiosos podrían incidir en la construcción de la premisa fáctica por parte del sentenciador.

Finalmente, existen los estereotipos⁴⁵, derivados de procesos de generalización febles y carentes de fundamentos (incluso fundados en prejuicios) por los cuales se asocian determinadas características a un grupo general de individuos⁴⁶, a partir de que ciertos, algunos o determinados miembros de ese grupo participa de alguna de ellas, v.gr., “policía corrupto” “político corrupto” o asociar una determinada nacionalidad con el tráfico de drogas o un domicilio con una “facilidad delictiva”⁴⁷.

La utilización de este tipo de estereotipos en la elaboración de máximas de la experiencia podría ser peligrosa al tenor de decisiones sobre cuidado personal o relación directa y regular, e incluso respecto de la imposición de medidas de seguridad en causas de violencia intrafamiliar asociadas a estereotipos “más violentos” según clase social o nacionalidad⁴⁸.

En nuestra jurisprudencia, es posible encontrar algunos ejemplos a este respecto. Así, decidiendo sobre una demanda de modificación de cuidado personal interpuesta por el padre de una menor, quien vivía en la ciudad de Concepción, en contra de la madre que residía en Ancud, el Juzgado de Familia de Concepción, fundamentando su decisión de acoger la demanda al tenor de la prueba rendida señaló en su considerando Vigésimo Primero:

⁴³ TARUFFO (2009) p. 156.

⁴⁴ De la misma manera trabajar de día a trabajar de noche o ser profesional universitario a no serlo.

⁴⁵ Para una profundización reciente sobre concepto categorías y consecuencias de los estereotipos véase el trabajo de ARENA (2016).

⁴⁶ TIMMER (2015) p. 240.

⁴⁷ TARUFFO (2009) pp. 156-157.

⁴⁸ En la literatura y jurisprudencia comparada existen sensibles casos que ejemplifican estos peligros. Así, la Corte Europea de Derechos Humanos debió conocer del caso *Marckx v. Bélgica* (1979), por el cual la justicia de Bélgica había decidido fundado en el estereotipo de madre soltera, las que “usualmente tienden a no querer hacerse cargo de su descendencia”. Citado en TIMMER (2015) p. 243.

“(en Chiloé) no tienen aeropuerto, ni buenos caminos, accesos expeditos, sumado a que las condiciones climáticas son difíciles para alguien que no está acostumbrado a la zona, que sus habitantes tienen una idiosincrasia especial, a diferencia de Concepción que es una urbe con todos los requerimientos e infraestructura necesarias para desarrollarse plenamente”⁴⁹.

El extracto precitado expone un ejemplo claro errores en la construcción de máximas de la experiencia, así como de la utilización de un estereotipo para la cimentación de una decisión probatoria. Se trata, en este caso, de establecer –como un hecho en el proceso– qué lugar de residencia se constituye como el idóneo para el mayor desarrollo espiritual y material de la menor, y en consecuencia otorgar o no el cuidado personal al padre demandante. Si bien es correcto, incluso un hecho notorio, que la isla de Chiloé vive condiciones de conectividad deficitarias, que cuenta con lugares de difícil acceso, y que tiene un clima comparativamente más extremo que el de otras zonas de Chile, la sentencia no menciona en dicho pasaje como es que ello afectaría, necesariamente, el desarrollo de la menor, o como es que una ciudad de mayor tamaño como Concepción supone un mejor lugar para su desenvolvimiento.

Lo anterior, parece emerger del acervo cultural de un juez que, situado en Concepción, construye una máxima de la experiencia inferencialmente incorrecta (el potaje del que nos habla Twining). Sin embargo, lo que más llama la atención del extracto del considerando transcrito es la referencia a los habitantes de la isla, a los que se menciona como poseedores de una “idiosincrasia especial”. No nos queda claro a que podría referirse con dicho adjetivo, pero del contexto supone que existe en la isla un conjunto de costumbres o hábitos que caracterizan a la población chilota, los que además no se mencionan, y que, aunque sin decirse en forma expresa, “dificultan” el desarrollo de la menor, por oposición a lo que ocurre en una metrópoli. Esto supone la utilización del estereotipo “chilote” fundado en los prejuicios de un sujeto de hábitos urbanos en relación a lo que una isla como Chiloé puede ofrecer para el desarrollo espiritual, material y afectivo de una niña.

Otro caso llamativo, pero aún más relevante que el anterior teniendo presente que se trata de tutela cautelar en una casa de medidas de protección de menores por vulneración de sus derechos fundamentales, ocurre en la sentencia del Juzgado de Familia de Quinchao, en el que el padre de los menores solicita el cuidado personal mediante el procedimiento de urgencia ya referido, por encontrarse sus hijos expuestos a potenciales situaciones de vulneración de sus derechos fundamentales, especialmente por la conducta del conviviente de la madre. En la fundamentación de la decisión de no alterar el régimen vigente en manos de la madre el sentenciador esgrime la siguiente fundamentación al examinar la prueba rendida en la letra a) de su considerando quinto:

“Además, por su naturaleza el vínculo madre-hijo es fuerte por el hecho natural de la gestación, o sea, el hecho de llevar en su vientre al futuro vástago”⁵⁰.

En este caso, el juez utiliza una mezcla entre estereotipo, por asignación de un rol en virtud de que la madre es mujer, y por ende “posee un vínculo fuerte por el hecho de la

⁴⁹ IBARRA CON BRAVO (2017).

⁵⁰ RESERVADA (PROTECCIÓN DE MENORES) (2017).

gestación”, derivando necesariamente una vinculación emocional y afectiva del solo hecho del embarazo, y además un libreto o *script*, pues entiende que es “bueno” o “mejor” que los hijos estén al cuidado de su madre que de su padre, sin perjuicio de que sería “incluso mejor” si pudiesen vivir juntos⁵¹.

Estas referencias, de las cuales no se pueden –ni se pretende– extraer conclusiones de carácter general, sirven para ilustrar cómo el acervo prefijado del sujeto llamado a decidir puede contaminar su decisión al valorar la prueba, mediante la feble configuración de máximas de la experiencia, las que como se ha dicho, manifiestan sus peligros en forma particularmente clara, incluso paradigmática en materias de contenido valórico, como ocurre en el caso de familia.

4. TERCERA ETAPA, APLICACIÓN DE UN ESTÁNDAR DE PRUEBA, LA DISTANCIA ENTRE LA PROBABILIDAD PREVALECIENTE Y LA DUDA RAZONABLE

Según se ha explicado al inicio de este trabajo, el tercer momento o etapa de la actividad probatoria es la aplicación de un estándar de prueba⁵². Entendido el estándar de prueba como el umbral de suficiencia probatoria que permite tener por probado un enunciado sobre los hechos⁵³, se debe atender a su función como mecanismo de distribución de errores en el procedimiento de familia⁵⁴, teniendo presente que en todo proceso el “quantum” de error que desea tolerarse marcará el límite donde se fije dicho umbral, teniendo como parámetros habituales el estándar de duda razonable del proceso penal (art. 340 CPP) y de probabilidad prevaleciente del proceso civil. Lo anterior, habida consideración de la aplicación supletoria del CPC y la naturaleza “privada” que se suele atribuir al derecho sustantivo de familia, permiten plantearse la pregunta respecto de cuál es el estándar general aplicable al procedimiento previsto en LTA, ya sea si siguiendo la natural tendencia por la alternativa a la probabilidad prevaleciente del proceso civil, o si, por el contrario, debería existir un baremo distinto en causas en que los intereses jurídicos en disputa puedan participar de una naturaleza que desborde el derecho civil patrimonial, como ocurre con diversas materias de competencia de los Juzgados de Familia y que se ilustran, paradigmáticamente, en casos de medidas de protección y violencia intrafamiliar, en los que derechamente se ejerce una potestad sancionadora por parte de la judicatura.

En general, la doctrina, y especialmente la jurisprudencia, en materia de familia no se había detenido, hasta data reciente, en el análisis del concepto de estándar de prueba, incurriendo en una sensible omisión que sido constatada habitualmente en sistemas de prueba reglada o tasada como ocurre en el caso del régimen civil bajo el actual CPC⁵⁵. Se trata,

⁵¹ Considerando quinto de la sentencia letra e) señala “Que lo propio es que los hijos vivan con sus padres, así por ley humana y ley natural”.

⁵² FERRER (2007) p. 41, TARUFFO (2008) p. 37.

⁵³ GASCÓN ABELLÁN (2005) p. 129. En términos de Haack “la cantidad de prueba que la sociedad ha señalado es requerida para poder considerar que un hecho efectivamente ha ocurrido” HAACK (2014) pp. 47-50.

⁵⁴ LAUDAN (2013) p. 33.

⁵⁵ FUENTES (2011).

en general de una discusión postergada o ni siquiera completamente comprendida por parte importante de los operadores del sistema, pero que, sin embargo, ha comenzado –lentamente, por cierto– a permear en el acervo jurídico cultural de la judicatura de familia.

El nudo de la discusión se devela en función de una pregunta: ¿Cuál es el estándar de prueba aplicable a las decisiones de los jueces de familia? Como se ha señalado más arriba, existe una encrucijada entre dos cuestiones que merece la pena examinar, por un lado se entiende que el estándar de prueba constituye una decisión política (valorativa)⁵⁶, que debe ser determinada por el legislador en función de la aversión al riesgo de errores en un determinado tipo de proceso, en función de cómo quiera distribuir las decisiones equivocadas respecto a que un determinado enunciado sobre los hechos esté o no probado (está probado que p) y las consecuencias de dicha decisión en la aplicación del derecho según corresponda⁵⁷, configurando la decisión sobre el caso controvertido⁵⁸.

Por otro lado, el derecho de familia es definido como una rama del derecho privado, pero provisto de especiales características, compuesto por un alto contenido de carácter no patrimonial⁵⁹, y que contiene la regulación de los aspectos más esenciales de las relaciones filiales y afectivas del ser humano. Adicionalmente, la jurisdicción especializada de familia ha sido dotada de competencia para el conocimiento de asuntos que, pareciera, sobrepasa este carácter puramente privado, como la violencia intrafamiliar⁶⁰ y las medidas de protección por vulneración de derechos de los menores⁶¹.

En ese contexto de competencia amplia en cuanto a materias es, precisamente, donde la pregunta enunciada anteriormente toma relevancia, referida en dos hebras; la primera respecto a cuál sería el umbral de suficiencia probatoria general en materia de familia y; luego, si son equiparables desde la perspectiva del valor de los bienes jurídicos en juego y la relevancia del error diversas cuestiones de competencia de los mismos tribunales, como una compensación económica, una acción de filiación, una declaración de susceptibilidad de adopción y una condena por violencia doméstica.

A nivel jurisprudencial, vale la pena hacer presente que se ha iniciado un loable proceso de reconocimiento del tercer momento de la actividad probatoria a través de la mención expresa de estándares de prueba en las sentencias de familia, las que en data reciente han entendido que el estándar de la duda razonable debe quedar reservado al proceso penal y que es la probabilidad prevaleciente el listón a aplicar en materia de familia. En tal discutir, sin embargo, los tribunales han señalado que inclusive en causas de naturaleza sancionatoria el estándar debe ser medio, así es posible citar a la Corte de Apelaciones de Arica que, conociendo una causa sobre VIF señaló:

⁵⁶ GASCÓN ABELLÁN (2005) p 130. También llama a esto una decisión de *policy*. MONTERO (2016) p. 94.

⁵⁷ GASCÓN ABELLÁN (2005) p 130.

⁵⁸ En este sentido, con acierto Carmen Vásquez ha señalado que corresponde a la epistemología construir el estándar de prueba, pero no determinar un mínimo indispensable, “Epistemológicamente se podrá decir el cómo, pero no el cuánto” VÁSQUEZ (2013) p. 14.

⁵⁹ RAMOS PAZOS (2010) pp. 14-17.

⁶⁰ LEY N° 20.066 de 2005.

⁶¹ Párrafo Primero del Título IV de la LEY N° 19.968.

“Cuarto: Que, la actividad probatoria en el contexto de sana crítica impone, asimismo, la necesidad de contar con algún estándar de prueba, que nos indique cuándo el juez está autorizado racionalmente para considerar que un hecho está probado, atendido el grado de confirmación que tiene en los medios de prueba. Reconocemos la inexistencia de un parámetro legal al efecto. Sin embargo, ello no impide que el juzgador fije uno que resulte adecuado al sistema probatorio impuesto. Como se trata de una decisión a favor del rigor científico (búsqueda de la verdad, de la certeza), estimamos que en la especie se puede exigir un estándar de prueba de probabilidad media, advirtiendo, no obstante, que la naturaleza especial de este tipo de conflictos, su carácter sancionatorio y las consecuencias jurídicas que conlleva la sentencia condenatoria, podría llevarnos a sostener igualmente un estándar de probabilidad alta. El estándar de probabilidad media, que se traduce bajo la fórmula “más probable que no”, implica una elección entre las diversas hipótesis fácticas en juego, prefiriendo aquella que cuente con un grado relativamente más elevado de probabilidad, en razón de las pruebas que lo apoyan, debiendo, en todo caso, existir un grado mínimo necesario de confirmación probatoria, que se puede significar en una cifra equivalente, a lo menos, al 51% de probabilidad”⁶².

Este criterio, ha sido confirmado en data reciente por la Corte de Concepción que expresó:

“Por otra parte, quien realiza la imputación [violencia intrafamiliar] debe aportar los antecedentes necesarios al proceso, en la etapa procesal correspondiente, para los efectos de formar convicción en el sentenciador –a lo menos con el estándar de preponderancia de la evidencia– acerca de la existencia de los hechos denunciados”⁶³.

La precitada inexistencia de la consagración normativa de una regla de estándar de prueba civil, así como el criterio jurisprudencial evidenciado impone la dificultad de la primera arista de la pregunta planteada, pero que, a juicio de este trabajo, no puede contestarse sin la segunda. Así, dada las funciones del estándar de prueba parecerá razonable que éste sea fijado en atención a la materia específica más que en términos genéricos. Esta decisión podría ir, a nuestro juicio, en la siguiente línea, todas las cuestiones que versen sobre bienes jurídicos de carácter patrimonial que deban ser conocidos en los Tribunales de Familia son asimilables a contiendas civiles en que lo que se discute con intereses privados, generalmente disponibles y renunciables por las partes y a las que, doctrinariamente, se les ha fijado como estándar de prueba la probabilidad prevaleciente.

Sin embargo, cuestiones de orden público y carácter indisponibles, como las que versan sobre el estado civil en ciertos casos, como las susceptibilidades de adopción; y especialmente aquellas que establecen sanciones de carácter quasi-punitivo, parecen presentar la necesidad de revisar si la distribución de errores no merece un grado de suficiencia probatoria mayor. Este grado más elevando no podría equipararse al nivel de la duda razonable penal, en atención a que la afectación de los bienes jurídicos de libertad individual por parte del Estado no está en juego, pero sí plantea la posibilidad de un umbral intermedio.

⁶² DENUNCIANTE CON N.F.A (2010).

⁶³ CONTRERAS CON FIGUEROA (2017).

A este respecto, en el derecho comparado se ha establecido que es posible utilizar estándares intermedios, como la prueba clara y convincente⁶⁴, que sirvan de línea medianera entre el estándar civil y la duda razonable penal. Estos estándares intermedios suponen un umbral más alto que la simple alocución “más probable que no”, pero no llegan a la altísima vara de la duda razonable, permitiendo ponderar, como señala Larroucau, “la igual consideración y el debido respeto por los intereses en juego”⁶⁵, pero que dados los intereses litigados “justifica acentuar la dirección de los riesgos hacia el actor”⁶⁶. Sin perjuicio de la problemática que plantea traducir un estándar de prueba a números, constituye una herramienta metodológicamente útil expresar este baremo intermedio entre el 0,5 y el 1 en un 0,75, como se ha hecho en el caso de la jurisprudencia de Estados Unidos⁶⁷.

Al otro lado del Atlántico la jurisprudencia de las cortes inglesas ha señalado que, en realidad, no corresponde mover formalmente la vara de suficiencia probatoria civil en casos complejos en que se trata de cuestiones puramente civiles, ni aún en el caso de que se realicen alegaciones referidas a infracciones penales⁶⁸. Sin embargo, la jurisprudencia ha encontrado grandes problemas en lograr asentar un estándar de prueba específico para cuestiones de familia, tomando siempre en consideración la gravedad de las consecuencias del error⁶⁹. Así, en casos de divorcio por adulterio, en que la consecuencia era la destrucción de la presunción de filiación respecto del marido, la relevancia de la indeterminación de la filiación de los hijos hizo pensar, habiendo sentencias en tal sentido⁷⁰, que el adulterio debía probarse en un umbral mayor, incluso al extremo de la regla penal, sin perjuicio de que esta tendencia haya ido hoy desapareciendo⁷¹. De la misma manera, en casos sobre filiación (reclamación) se ha dicho que, dado el peso del asunto, se requiere un estándar al menos levemente mayor que el del balance de las probabilidades⁷².

Siguiendo las tendencias comparadas mediante una decisión legislativa se puede distribuir asimétricamente el riesgo de error en el proceso según sea la intención del legislador de tutelar ciertos errores por sobre otros, alejando el contenido no patrimonial del derecho de familia del paradigma de igualdad formal de la litigación civil, privilegiando la posición de ciertos sujetos en relación al objeto de cada disputa según materia.

5. RELEVANCIA ACTUAL DE LA EXPOSICIÓN Y REFLEXIONES FINALES

Durante la exposición que antecede se ha intentado, con una mesurada intención de efectividad, por cierto, utilizar la construcción doctrinaria de la teoría de la prueba relativa

⁶⁴ “*Clear and convincing proof, o clear, and satisfactory evidence*”. FUENTES (2011) p. 192.

⁶⁵ LARROUCAU (2012).

⁶⁶ LARROUCAU (2012).

⁶⁷ LARROUCAU (2012).

⁶⁸ ZUCKERMAN (2013) p. 1021.

⁶⁹ KEANE y MCKEOWN (2014) pp. 112-113.

⁷⁰ Por ejemplo, *Ginesi v. Ginesi* [1948] P 179, CA y *Preston-Jones v Preston-Jones* [1951] AC 391.

⁷¹ KEANE y MCKEOWN (2014) p. 113.

⁷² *W v K* [1988] Law Fam 64 y *Serio v Serio* [1983] 13 Fam Law 255. Ambos citados por KEANE y MCKEOWN (2014) p. 115.

a los momentos o etapas de la actividad probatoria para ilustrar ciertas cuestiones que representan desafíos en la LTA. Este entramado normativo, prisma procesal del derecho de familia, permite, al igual que otros procedimientos reformados, la diferenciación de las etapas de inclusión, valoración y estándar con una notoria ventaja por sobre el CPC, aunque sin la claridad que, por ejemplo, refleja respecto de ellos el CPP. Con ello, hemos presentado algunos problemas que cada etapa probatoria presenta de cara a la praxis judicial, en especial atención al tratamiento de bienes jurídicos y cuestiones de orden público, de gran relevancia para el individuo y que incluso alcanzan la punición y/o restricción de derechos de los justiciables. Así, se han expresado dudas respecto a las normas que regulan la exclusión de prueba, a las máximas de la experiencia y los riesgos de esquemas preconcebidos en el acervo cultural del juez, y finalmente a la pertinencia de la aplicación de un (determinado) estándar de prueba en la decisión de familia. Cada una de estas temáticas se presenta con mayor énfasis de cara a una judicatura de familia que desde su creación ha enfrentado —y sigue enfrentando— algo que podría denominarse como “hipertrofia competencial”, es decir, una dotación de competencia cada vez mayor, que redunde en que cada vez más asuntos caen bajo la potestad jurisdiccional de los jueces de familia.

Lo anterior nos obliga a pensar en la reciente atribución de competencia a los jueces de familia para la resolución de dos cuestiones que han connotado enorme debate social, tales como la Ley N° 21.030 sobre Interrupción Voluntaria del Embarazo en tres causales, que en su artículo primero regula el procedimiento judicial para la obtención de la autorización sustitutiva de la voluntad del representante legal en el caso de la interrupción voluntaria del embarazo de una menor de 14 años⁷³; y, en segundo término lo que ocurre con la Ley de Identidad de Género, Ley N° 21.120, en la que el art. 13 entrega a los Tribunales de Familia la competencia para conocer las solicitudes de mayores de 14 años y menores de 18, así como el artículo 18, respecto de los mayores de 18 que tengan vínculo matrimonial vigente⁷⁴. De la misma manera, no sería extraño que futuros proyectos como la adopción homoparental e incluso la eutanasia sugieran la misma suerte, introduciendo de alguna manera la tutela jurisdiccional de familia en dichas temáticas.

De esta manera, lo recién expresado en esta exposición ha intentado evidenciar, puede hacer aún más evidentes los problemas referidos, especialmente aquellos relacionados al rol del juez de cara al material probatorio presentado ante él o ella y en el que se pueden acentuar problemas para la exclusión de pruebas entre padres e hijos o familiares muy cercanos, así como la proyección de prejuicios o estereotipos del propio sentenciador respecto a sus propias creencias en la valoración a través de la construcción de máximas de

⁷³ Art. 1° LEY N° 21.030 de 2017 “La autorización judicial sustitutiva regulada en los incisos anteriores será solicitada al juez con competencia en materia de familia del lugar donde se encuentre la menor de 14 años o la mujer judicialmente declarada interdicta por causa de demencia. El procedimiento será reservado y no será admitida oposición alguna de terceros distintos del representante legal que hubiere denegado la autorización. La resolución será apelable y se tramitará según lo establecido en el artículo 69, inciso quinto, del Código Orgánico de Tribunales”.

⁷⁴ Art. 13 LEY N° 21.120 de 2018 “DEL TRIBUNAL COMPETENTE Y SUPLETORIEDAD. En caso de solicitudes de personas mayores de catorce y menores de dieciocho años, será competente para conocer la solicitud el tribunal con competencia en materias de familia correspondiente al domicilio del solicitante [...]”.

la experiencia. Para finalizar, es de esperar que los riesgos aquí expuestos de forma teórica no encuentren mayor correlato en estrados, permitiendo una aplicación adecuada del principio de libertad de prueba en cada una de sus etapas y estadios procesales en aras de una decisión dotada de más racionalidad y menos arbitrariedad, especialmente en materias de gran importancia para la configuración del individuo y su entorno, y que, asimismo, suponen cuestiones socialmente relevantes. Lo anterior se facilita, desde luego, con el aumento del interés en temáticas relativas a la teoría de la prueba, su profundización y tratamiento en instancias internacionales como la presente, y que pavimentan el camino hacia un mejor entendimiento del derecho probatorio por parte de todos quienes conformamos la cultura jurídica interna.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ARENA, Federico (2016): “Los estereotipos normativos en la decisión judicial. Una exploración conceptual”, *Revista de Derecho Universidad Austral*, año 29, vol. 1: pp. 51-75.
- BAYON, Juan Carlos (2010): “Epistemología, Moral y prueba de los Hechos. Hacia un Enfoque no Benthamiano”, *Revista Mario Alfaro D’ Filippo*, año 2, N° 4: pp. 6-30.
- BENTHAM, Jeremy (2001): *Tratado de las Pruebas Judiciales* (Granada, Editorial Comares).
- FERRER, Jordi (2005): *Prueba y verdad en el derecho* (Madrid, Marcial Pons).
- CORREA, Claudio (2016): “La prueba ilícita de los particulares: de cargo y de descargo”, *Revista Política criminal*, año 21, vol. 11: pp. 104-139.
- FERRER, Jordi (2007): *La valoración racional de la prueba* (Madrid, Marcial Pons).
- FERRER, Jordi (2010): “La prueba es libertad, pero no tanto. Una teoría de la prueba cuasi-benthamiana”, en: ACCATINO, Daniela (coord.), *Formación y valoración de la prueba en el proceso penal* (Santiago, AbeledoPerrot, LegalPublishing) pp. 3-19.
- FUENTES, Claudio (2011) “Consideraciones en torno a la idea del estándar de convicción en el proceso civil” en: LETURIA, Francisco (edit) *Justicia civil y comercial: Una reforma ¿cercana?* (Santiago, Ediciones LyD) pp. 173-205.
- FUENTES, Claudio (2011): “La persistencia de la prueba legal en la judicatura de familia”, *Revista de derecho (Coquimbo)*, año 18, vol. 1: pp. 119-145.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina (2005): “Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, año 28: pp. 127-139.
- GLOVER, Richard (2017): *Murphy on Evidence* (Oxford, Oxford University Press).
- GONZALEZ LAGIER, Alejandro (2014): “Presunción de inocencia, verdad y objetividad” en GARCIA, Juan y BONORINO, Pablo. (Coords.) *Prueba y razonamiento probatorio en Derecho, debates sobre abducción* (Madrid, Editorial Comares) pp. 85-116.
- JARA, Francisco y JARA, Camilo (2014): “La Prueba Ilícita en materia de Familia”, *Revista Colegio de Ayudantes Derecho UC*. Disponible en: <https://www.coaduc.cl/revistacoaduc/volumen-1-2014/>. Fecha de consulta: 30 de noviembre de 2018.
- HAACK, SUSAN (2014): *Evidence Matters: Science, Proof, And Truth In The Law* (Cambridge, Cambridge University Press).
- KEANE, Adrian y MCKEOWN, Paul (2014): *The modern law of evidence*. (Oxford, Oxford University Press).

- LARROUCAU, Jorge (2012): “Hacia un estándar de prueba civil”, *Revista chilena de Derecho*, año 39, vol. 3: pp. 783-808.
- LAUDAN, Larry (2013): *Verdad, error y proceso penal* (Madrid, Editorial Marcial Pons).
- MONTERO, Raúl (2016): *Necesidad de establecer un estándar de prueba en el nuevo proceso civil chileno* (Santiago, Librotecnia).
- OYARZUN, Felipe (2016): *Aplicación de las Máximas De La Experiencia en un Modelo de Valoración Racional de La Prueba*. Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Chile.
- RAMOS PAZOS, René (2010): *Derecho de Familia*, Tomo I (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- ROBERTS, Paul y ZUCKERMAN, Adrian (2010): *Criminal Evidence* (Oxford, Oxford University Press).
- SCHAUER, Frederick (2003): *Profiles, Probabilities and Stereotypes*. (Harvard, Harvard University Press).
- STEIN, ALEX (2005): *Foundations of Evidence Law* (Nueva York, Oxford University Press).
- TARUFFO, Michele (2008): *La prueba* (Madrid, Marcial Pons).
- TARUFFO, Michele (2009): *Páginas sobre justicia civil* (Madrid, Marcial Pons).
- TIMMER, Alexandra (2015): “Judging Stereotypes: What the European Court of Human Rights Can Borrow from American and Canadian Equal Protection Law”, *American Journal of Comparative Law*, año 63, vol. 1: pp. 239-284.
- TWINING, William (2006): *Rethinking Evidence. Exploratory Essays*. (Cambridge, Cambridge University Press).
- VALENZUELA, Jonatan (2017): *Hechos, pena y proceso* (Santiago, Editorial Rubicon).
- VÁZQUEZ, Carmen (2013): *Estándares de Prueba y Prueba Científica: Ensayos de Epistemología Jurídica* (Madrid, Marcial Pons).
- ZUCKERMAN, Adrian (2013): *Zuckerman on civil process, principles and practice* (Londres, Sweet and Maxwell).

NORMAS CITADAS

- LEY N° 19.968 (30/8/2004), Crea los Tribunales de Familia.
- LEY N° 20.066 (7/10/2005), Establece Ley de Violencia Intrafamiliar.
- LEY N° 21.030 (23/9/2017), Regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales.
- LEY N° 21.120 (10/12/2018), Ley sobre identidad de género.
- Código Procesal Penal (12/10/2000).
- Código de Procedimiento Civil (30/8/1902).

JURISPRUDENCIA CITADA

- CONTRERAS CON FIGUEROA (2017): Corte de Apelaciones de Concepción, 4 septiembre 2017, (Violencia Intrafamiliar) Rol N° 405-2017.

IBARRA CON BRAVO (2017): Juzgado de Familia de Concepción, 25 de abril de 2017 (acción de modificación de cuidado personal). RIT 125-2016.

RESERVADA (PROTECCIÓN DE MENORES) (2017): Juzgado de Familia de Quinchao, 22 de marzo de 2017. RIT: P-74-2016.

RODRÍGUEZ CON ARAYA (2017): Corte de Apelaciones de Punta Arenas, 11 de mayo de 2017, (Protección), Rol N° 33-2017.

BETANCOURT CON ORTIZ (2016): Corte Suprema, 25 de julio de 2016, (Alimentos). Thomson and Reuters Identificador CL/JUR/5198/2016. Fecha de consulta 30 de noviembre de 2018.

GONZÁLEZ CON DÍAZ (2016): Corte de Apelaciones de Rancagua, 11 de noviembre de 2016, (compensación económica), identificador Thomson and Reuters CL/JUR/8075/2016, fecha de consulta 28 de octubre de 2018.

J.A.V.A CON X.V.I.S (2012): Corte de Apelaciones de Concepción, 10 de diciembre de 2012, (Divorcio sanción) identificador Vlex VLEX-412702838. Fecha de consulta 25 de octubre de 2018.

C.P.A.C CON N.N.M.C (2010): Corte de Apelaciones de Valparaíso, 22 de diciembre de 2010, (Divorcio), Rol N° 504-2010.

DENUNCIANTE CON N.F.A (2010) Corte de Apelaciones de Arica, 23 agosto 2010, (Violencia Intrafamiliar) Identificador Vlex: VLEX-226580907. Fecha de consulta 30 de noviembre de 2018.

A. con S. (2015): Corte de Apelaciones de Valparaíso, 28 de diciembre de 2015 (Divorcio por culpa) Rol 758-2015.

BETANZO CON FUENTES (2011): Corte de Apelaciones de San Miguel, 24 de enero de 2011 (Alimentos) Rol 801-2010.

LA JUSTICIA CIVIL EN CRISIS. ESTUDIO EMPÍRICO EN LA CIUDAD DE SANTIAGO PARA APORTAR A UNA REFORMA JUDICIAL ORIENTADA HACIA EL ACCESO A LA JUSTICIA (FORMAL)

CIVIL JUSTICE IN CRISIS. EMPIRICAL RESEARCH IN THE CITY OF SANTIAGO TO CONTRIBUTE TO A JUDICIAL REFORM TOWARDS ACCESS TO (FORMAL) JUSTICE

RICARDO LILLO*

RESUMEN: En el derecho comparado hay una percepción de crisis en la justicia civil. Esta sería tanto una de acceso como de relevancia. En base a estas críticas, que vienen a proveer de una nueva mirada a los estudios existentes en nuestro país, en este artículo se presentan los resultados de un estudio empírico en los tribunales civiles de Santiago, que da cuenta que desde este punto de vista la situación es aún peor de lo que se describe en nuestro medio. En base a sus hallazgos, se propone una reorientación del proceso de la reforma hacia el acceso a la justicia formal y en revalorizar su importancia para un Estado de Derecho.

Palabras clave: Acceso a la justicia, Justicia Civil, Reformas a la Justicia, Estudios Empíricos.

ABSTRACT: There is a perception of a crisis of the civil justice in the comparative law arena. This crisis would be one of access as one of relevance. From this critics, which provides a new insight to the existing studies in Chile, this article provides the findings of an empirical research over civil courts of Santiago, which shows, from this point of view, a state of affairs even worst from what is described in our legal community. From its findings, I propose a re-orientation of the reform process focusing on access to formal justice and reassessing its value for the Rule of Law.

Key words: Access to justice, Civil courts, Judicial Reform, Empirical Legal Studies.

INTRODUCCIÓN

Hay una serie de estudios a nivel comparado donde se denuncia una profunda y generalizada crisis de la justicia civil¹. Por una parte, esta crisis sería una de acceso. Es decir, habría una serie de individuos que no podrían llegar a la justicia civil para la satisfacción

* LL.M. In Public Interest Law and Policy, University of California Los Angeles (UCLA). Profesor e investigador asociado, Facultad de Derecho UDP. Dirección postal: República 112, Santiago, Chile. Dirección electrónica: ricardo.lillo@mail.udp.cl.

Agradezco a las alumnas(os) del curso electivo “Introducción a la investigación empírica en el ámbito del derecho procesal”, quienes colaboraron en el proceso de levantamiento de información: Carlos Donoso Pino, Cristina Molinos Moyano, Felipe Monsalves Gonzalez, Ignacio Fuentes Miranda, María José Escobar Taboada, Maximiliano Guíñez Escobar, Natalia Bustamante Rebolledo, Tomás Gómez Bruguera.

¹ Principalmente a partir del estudio comparado de Adrian Zuckerman. Véase: ZUCKERMAN (1999).

de sus pretensiones. Por la otra, esta crisis sería una de pérdida de relevancia. En base a esta última idea, incluso quienes poseen los medios para llegar y sostener un juicio civil lo estarían haciendo cada vez menos o, dicho de otra manera, esta no estaría siendo utilizada para cumplir los propósitos que debería. Esta literatura, que proviene del movimiento mundial por el acceso a la justicia, y que ha motivado reformas judiciales de gran relevancia a nivel comparado², sirve de complemento a las críticas que en nuestro propio medio se han dirigido a la justicia civil chilena. En este sentido, ya en la década de los 90' se denunciaba que la justicia civil era discriminatoria respecto de ciertos grupos desaventajados y que había una serie de causas que no ingresaban al sistema de justicia³. Desde la doctrina procesal, el procedimiento civil chileno ha sido criticado por su excesiva escrituración, formalismo, y lentitud⁴. Sin embargo, los estudios preexistentes no permiten realizar un diagnóstico acabado y a partir del cual construir fundamento que dé cuenta de la importancia de la justicia civil y que justifique la inversión en su reforma.

De esta manera, en este artículo se presentan los resultados de un estudio empírico realizado en la ciudad de Santiago, justamente con el objeto de aportar información e ideas al debate sobre la reforma de la justicia civil. A través de una muestra probabilística de expedientes obtenidos en los tribunales civiles pertenecientes a la jurisdicción de la Corte de Apelaciones de Santiago, doy cuenta de quienes son los principales usuarios de la justicia civil y para que fines la utilizan, al menos en esta jurisdicción. Los principales hallazgos, como se verá, permiten concluir que su funcionamiento es aún más deficitario de lo que ha descrito la literatura nacional.

A partir de dicho análisis, se proponen algunas reflexiones sobre por qué esta situación da cuenta de una crisis de nuestra justicia civil. Luego, el argumento principal que sostengo en este sentido es que la provisión de una justicia civil accesible es una obligación de los Estados en virtud del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y a la vez un requerimiento central para el fortalecimiento del Estado de Derecho. Ambos argumentos justificarían una profunda reforma que mejore sus estándares de funcionamiento antes que su reemplazo por otras instancias alternativas, públicas o privadas.

Con estos fines, este artículo se divide de la siguiente manera. En primer lugar profundizo en esta percepción de crisis de la justicia. Se trata de información que busca poner en contexto al lector para describir el lugar desde donde se realizan estas críticas. A continuación, y a partir de algunos estudios preexistentes, describiré la hipótesis que busqué probar respecto de los tribunales civiles pertenecientes a la jurisdicción de la Corte de Apelaciones de Santiago. En segundo lugar, se presentan los resultados de un estudio de carácter empírico y observacional donde se buscó determinar quienes son los litigantes y para qué usan los tribunales civiles de dicho territorio. Finalmente, y en base a lo anterior, respondo la pregunta de si efectivamente nuestra justicia civil se encuentra en crisis y en

² GENN (2010) pp. 27-29.

³ RIEGO y LILLO (2015) pp. 12-17.

⁴ Por ejemplo, en nuestro medio: CAROCA (1997) pp. 16-20; PALOMO (2005) pp. 173-174; DOMÍNGUEZ (2007) pp. 595-596.

qué aspectos ello es así, para luego presentar algunos fundamentos de por qué me parece esencial reorientar la justicia civil chilena para que cumpla funciones diversas a la actuales.

1. EL RELATO DE LA CRISIS DE LA JUSTICIA CIVIL

El Código de Procedimiento Civil de 1902, aún con todas sus reformas⁵, utilizó como fuente fundamentalmente la Ley de Enjuiciamiento Civil Española de 1855. En otras palabras, siguió el antiguo modelo jerárquico del procedimiento europeo continental de origen romano-canónico e influenciado por las reformas post revolución francesa del siglo XIX⁶. En nuestro medio, Raúl Nuñez ha criticado al legislador de la época por no innovar en la materia siguiendo a esta fuente a pesar de que se trataba de un diseño que resultaba “ineficiente” y “añejo” en comparación con otras legislaciones procesales de la época⁷.

En la década de los 90, en el contexto del proceso de la transición a la democracia⁸, se llevaron a cabo una serie estudios y encuestas que daban cuenta de los serios problemas de acceso a la justicia de algunos grupos de la población⁹. Entre otros factores, se mencionaba la necesidad de contar con los servicios de un abogado y el excesivo formalismo de la cultura judicial chilena, donde se incluyen cuestiones como el lenguaje y los rituales que no son comprensibles para las personas comunes, así como la larga duración de los procesos¹⁰.

Este último punto, la duración de los procesos, es de las críticas más frecuentes y antiguas hacia la justicia civil chilena. De hecho, para algunos, la duración y dilación innecesarias llegarían al punto de constituir una verdadera denegación de justicia¹¹. Como decimos, este se trata de un tema recurrente en la doctrina y respecto del cual se han realizado algunos estudios de tipo empírico¹².

Estas críticas a nivel nacional ya han sido documentadas¹³ y de cierta manera han sido reconocidas en los proyectos de reforma al procedimiento civil de los últimos años¹⁴. Todavía, es posible complementarlas con otras aristas que han sido identificadas principalmente en el ámbito comparado. Se trata de una serie de estudios donde se denuncia una crisis en la justicia civil a nivel mundial, tanto desde un punto de vista de acceso como de relevancia. Si bien no pretendo importar un discurso, en tanto en esta misma literatura se

⁵ Para una descripción de las diversas modificaciones, véase: OTERO (2000).

⁶ Para una descripción de este modelo en clave histórica, véase: DAMAŠKA (1986) pp. 29-38; 206-212. En el mismo sentido: COUTURE (2014) pp. 18-20; MERRYMAN y PÉREZ-PERDOMO (2014) p. 190-210.

⁷ NUÑEZ (2005) pp. 175-189.

⁸ También existieron importantes iniciativas previas al retorno a la democracia. Para una descripción de ellas, véase: CERDA (1997) pp. 355-378.

⁹ CORREA y BARROS (1993); BARROS (1997).

¹⁰ CORREA y JIMÉNEZ (1997) p. 79.

¹¹ DOMÍNGUEZ (2007) pp. 595-596.

¹² Sobre los estudios de duración que se realizaron en esa época, véase: RIEGO y LILLO (2015) pp. 18-21.

¹³ Véase: RIEGO y LILLO (2015), pp. 9-54.

¹⁴ Véase: Mensaje presidencial, N° 398-357, 18 de mayo de 2009. Disponible en https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=6958&prmBoletin=6567-07 Fecha de consulta: 28 de agosto de 2018; MINISTERIO DE JUSTICIA (2012) pp. 13-16.

crítica el diagnóstico en base a los cuales se ha ido construyendo este relato¹⁵, este resulta útil para construir una versión propia de la crisis en la que se encuentra nuestro país.

Con estos fines, en este primer capítulo describiré esta percepción a nivel comparado, y luego daré cuenta de algunos de los estudios nacionales que permitirían describir el estado de la cuestión en nuestro país. A partir de lo anterior, formularé la hipótesis que pretendo validar empíricamente, si no respecto de todo nuestro país, si al menos para la jurisdicción de la Corte de Apelaciones de Santiago.

1.1. LA CRISIS A NIVEL COMPARADO Y ANTECEDENTES NACIONALES SOBRE EL ESTADO DE LA JUSTICIA CIVIL

Adrian Zuckerman, cerrando el siglo XX, concluyó a partir de una serie de estudios nacionales que la justicia civil, tanto en países del *Common Law* como de la tradición del derecho continental, se encontraría en un estado de crisis. Esta crisis sería, por una parte, una de acceso en tanto amplios grupos de la población no contarían con las condiciones adecuadas para satisfacer sus necesidades legales de manera efectiva. Por la otra, sería una de pérdida de relevancia. Es decir, que inclusive aquellos que podrían acceder estarían cada vez usando menos el proceso judicial como mecanismo de resolución de conflictos. De manera más reciente, Genn señala que en diversos países se ha ido adoptando una retórica común del diagnóstico, de jurisdicción en jurisdicción, de cultura legal a cultura legal¹⁶.

Más allá de las particularidades que es posible observar en el estudio comparado de Zuckerman, es posible observar factores y tendencias comunes¹⁷. Por una parte, entre los países anglosajones evaluados el principal problema desde el punto de vista del acceso serían los altos costos de litigar ante los tribunales civiles y la consiguiente insuficiencia de los servicios de asistencia legal que ello trae aparejado¹⁸. De esta manera, se suele criticar el procedimiento de *Discovery* en Estados Unidos donde, para que las partes puedan recopilar y acceder los antecedentes de hecho necesarios para afrontar el juicio, es necesario contar con importantes recursos económicos para que resulte efectivo¹⁹. Por otro lado, en aquellos que pertenecen a la tradición del derecho continental como Francia, Italia, Portugal, y España, la principal crítica se dirige a la larga duración de los procedimientos civiles, llenos de ritualidades y formalismos que terminan por hacerlos inútiles para los eventuales litigantes²⁰.

Para Cappelletti y Garth han sido los propios tribunales, cruciales en la expansión y reconocimiento de derechos fundamentales, quienes paradójicamente han generado un escenario complejo para hacerlos efectivos. El problema sería que sus propias características

¹⁵ GENN (2010) pp. 27-29.

¹⁶ GENN (2010) pp. 27-29.

¹⁷ ZUCKERMAN (1999) pp. 42-51.

¹⁸ En el caso de Inglaterra, estos problemas motivaron un profundo proceso de reforma. A este respecto, véase: MICHALIK (1999) pp. 156-157. Sin embargo, estas no han cumplido los objetivos propuestos y han sido criticadas por no ser lo suficientemente radicales. Véase: ZANDER (1995) pp. 79-96. En Canadá, véase: TREBILCOCK *et al.* (2012), pp. 3-4. En Estados Unidos, véase: WEINSTEIN (2016) pp. 3-20; RHODE (2004), pp. 3-13; CROLEY (2017) pp. 117

¹⁹ ZUCKERMAN (1999) pp. 19-21. Ver también: KAGAN (2003) pp. 108-109

²⁰ ZUCKERMAN (1999) pp. 13-14.

los haría una alternativa poco atractiva para el común de la gente, sobre todo respecto de asuntos de menor complejidad, pero de alta prevalencia en la población²¹. En estos, si los procedimientos judiciales operan de manera ineficiente, costosa, y lenta, aun cuando un derecho subjetivo sea finalmente vindicado este tendrá menor significancia para el ganador. En este sentido, estas ineficiencias desalentarían a los potenciales litigantes de llevar sus demandas a tribunales²².

Para Raz es el propio modelo burocrático del Estado de Derecho el que tiende a crear un abismo entre el derecho y las personas. Este autor señala que el énfasis en procedimientos meticulosos y complejos hace que sea necesario contar con los servicios profesionales de individuos altamente capacitados pero costosos. De esta manera, los temas jurídicos terminan formulándose en términos técnicos y en general en un lenguaje muy distante a las personas comunes²³.

Desde el punto de vista de la crisis de relevancia, Genn destaca que datos tanto de Estados Unidos como de Inglaterra mostrarían que cada vez se usarían menos los tribunales civiles. Para esta autora, y siguiendo a Galanter, el declive en el ingreso de causas habría seguido luego una época de expansión de derechos durante el Estado de Bienestar²⁴. Esta expansión trajo consigo un aumento sostenido en los niveles de litigación, y consecuentemente a lo que Galanter describió como la apropiación de esos nuevos mercados por parte de litigantes que tendieron a abusar de estos espacios. Finalmente, ello habría terminado por incentivar políticas destinadas a extraer asuntos de la justicia civil hacia otros mecanismos privados de solución de controversias²⁵.

En Chile, hay estudios que dan cuenta que la situación de nuestra justicia civil, con sus particularidades, parece hacer eco con la denuncia realizada a nivel comparado desde la perspectiva de acceso. En cuanto a los costos, por ejemplo, si bien no contamos con estudios y datos que permitan estimar adecuadamente el valor de litigar, encuestas de los 90 dan cuenta de una opinión negativa de la población en este sentido, por ejemplo, por el alto valor que implica contratar un abogado²⁶. Se trata este punto de una deficiencia en el diagnóstico y una futura línea de investigación a explorar²⁷. En cuanto a la duración, el formalismo, así como respecto a otros factores propios del procedimiento como barreras de acceso, como he mencionado con anterioridad, hay varios estudios que apuntan hacia la misma línea²⁸.

Los principales estudios realizados en Chile son de carácter cualitativo y principalmente han tratado de dar cuenta de la percepción que tendrían ciertos sectores de la sociedad respecto de la justicia civil. De esta manera, las investigaciones de Correa y Barros en

²¹ CAPPELLETTI y GARTH (1996) p. 59.

²² ATTIAH y SUMMERS (1987) p. 195.

²³ RAZ (1995) pp. 372-373.

²⁴ GENN (2010) pp. 30-31; GALANTER (2006) p. 19

²⁵ GENN (2010) pp. 31-32. GALANTER (2006) p. 21.

²⁶ CORREA Y BARROS (1993) p. 45; BARROS (1997) p. 19. Desde un punto de vista teórico: MARINONI (2010) pp. 186-188.

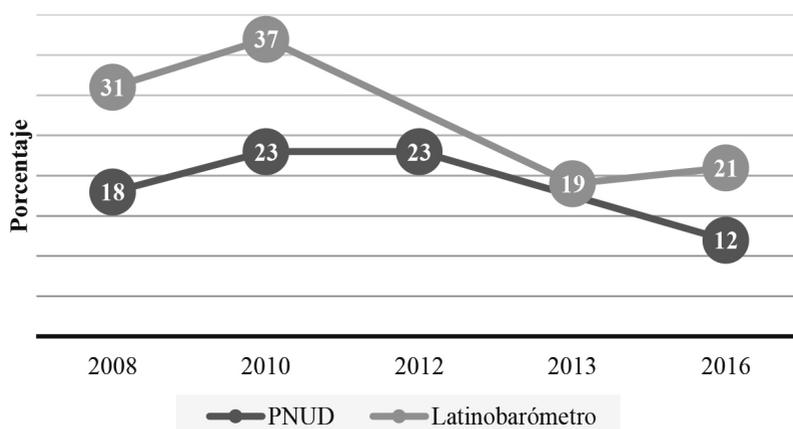
²⁷ RIEGO y LILLO (2015), p. 48.

²⁸ Para un análisis de estas críticas, véase: RIEGO y LILLO (2015), pp. 9-54.

los 90 muestran que la opinión de las personas encuestadas era mayoritariamente negativa, fundamentalmente por la lentitud, la ineficiencia y el carácter discriminatorio de la justicia en contra de los pobres²⁹.

Datos recientes del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) muestran también un deterioro en la confianza hacia los tribunales de justicia (gráfico 1)³⁰. Similar tendencia es posible observar en base a los datos del Latinobarómetro si se consideran aquellos que declaraban tener "algo" o "mucho" confianza³¹.

GRÁFICO 1
Confianza en Tribunales de Justicia o Poder Judicial según datos del PNUD y Latinobarómetro (2008-2016)



Los estudios de los 90 también dan cuenta que desde esa época hay una serie de conflictos relacionados al ámbito civil de alta prevalencia entre los encuestados³². De manera más reciente, el Ministerio de Justicia elaboró una Encuesta Nacional de Necesidades Jurídicas y Acceso a Justicia, donde se destaca que al menos 4 de cada 10 personas en Chile tuvo alguna necesidad legal en el período cubierto y que pudieron haber requerido información legal, asesoría jurídica o representación judicial³³. Fuera del ámbito penal, que ocupó un 34,6% del total de necesidades legales declaradas por los encuestados³⁴, las principales necesidades jurídicas en materia civil se dan en temas de vivienda (22,5%), econo-

²⁹ CORREA y BARROS (1993) p. 23; BARROS (1997) p. 19.

³⁰ Los datos del PNUD representan aquellos encuestados que tienen "mucho" o "bastante" confianza en los Tribunales de Justicia. Véase: PNUD (2016): "Auditoría a la Democracia, Más y Mejor Democracia para un Chile Inclusivo, IV Encuesta Nacional". Disponible en: <http://www.cl.undp.org/content/chile/es/home/presscenter/pressreleases/2016/09/09/pnud-presenta-iv-encuesta-auditor-a-a-la-democracia.html> Fecha de consulta: 3 de Agosto de 2018.

³¹ Los datos del Latinobarómetro representan aquellos encuestados que tienen "algo" o "mucho" confianza en el Poder Judicial. Información disponible en: <http://www.latinobarometro.org/latOnline.jsp> Fecha de consulta: 3 de Agosto de 2018.

³² CORREA y BARROS (1993) p. 73; VANDERSCHUEREN y OVIEDO (1995) pp. 140, 141; BARROS (1997) p. 30.

³³ MINISTERIO DE JUSTICIA (2015) p. 27.

³⁴ MINISTERIO DE JUSTICIA (2015) p. 30.

mía y patrimonio (20%) y salud (18,9%). Le siguen los problemas sobre temas de trabajo (17,9%), familia (14%), discriminación y vulneración de derechos (12,8%), seguros de salud (11,8%) y educación (8,1%)³⁵.

1.2. FORMULACIÓN DE UNA HIPÓTESIS. QUIÉN USA Y PARA QUÉ USAN LA JUSTICIA CIVIL

Desde el punto de vista de la crisis de relevancia, la mayor crítica que es posible observar en la literatura nacional es que la labor judicial se destina principalmente a materias de orden comercial con un bajo componente jurisdiccional³⁶. De esta manera, el tipo de caso que compone gran parte del ingreso civil serían causas ejecutivas o de cobranza, donde la función que realizarían los jueces sería de tipo administrativo o notarial³⁷. Así lo demostrarían estudios realizados en los 90' como otros más recientes³⁸. En relación a este último punto, un estudio elaborado por el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA) daba cuenta que en el año 2009 del total del ingreso de causas civiles la gran mayoría de ellas correspondió a juicios ejecutivos (70,55%), y el resto a gestiones preparatorias de la vía ejecutiva (25,89%)³⁹.

Los últimos datos disponibles muestran que esta realidad se mantiene, al menos en la jurisdicción de la Corte de Apelaciones de Santiago. Así, datos obtenidos por parte del Poder Judicial⁴⁰ muestran que del total de ingresos civiles entre los años 2014 y 2016 (2.827.658), el 92% de causas eran juicios ejecutivos o gestiones preparatorias de la vía ejecutiva, muchas de las cuales a partir del 2011 son tramitadas masivamente sin importar mayor carga de trabajo para los jueces civiles (gráfico 2)⁴¹.

³⁵ Por supuesto, un mismo individuo podía declarar más de una necesidad legal insatisfecha y en diversas materias. MINISTERIO DE JUSTICIA (2015) p. 30.

³⁶ VANDERSCHUEREN y OVIEDO (1995) p. 139.

³⁷ VARGAS *et al.* (2001) p. 92. De manera más reciente: GARCÍA y LETURIA (2006) p. 353; VARGAS (2011) p. 479.

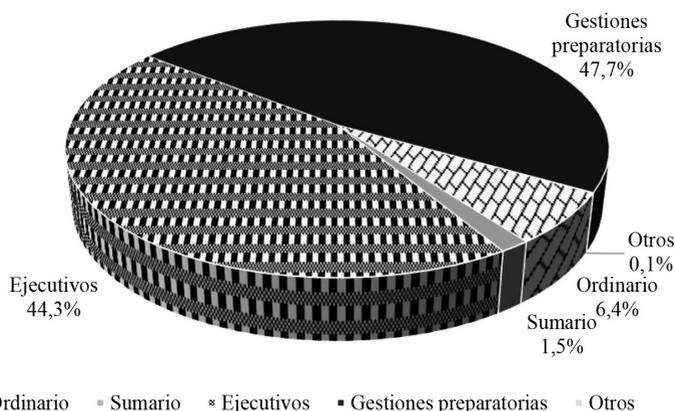
³⁸ De acuerdo a un estudio realizado por Juan Enrique Vargas, Carlos Peña y Jorge Correa Sutil, entre el período 1977-1995, el promedio de cobranzas judiciales en Santiago alcanzaba el 61% del total de las causas contenciosas ingresadas en sede civil. CORREA *et al.* (1999) p. 10. De acuerdo a José Francisco García y Francisco Leturia el promedio respecto al total de los ingresos para el período entre 1995 y 2003 también era de 61% de cobranzas. GARCÍA y LETURIA (2006) p. 353. Otro estudio más reciente del año 2012, daba cuenta de que 4 de las 5 materias ingresadas a nivel nacional se trataban de causas tramitadas bajo el procedimiento ejecutivo o eran gestiones preparatorias de la vía ejecutiva. De hecho, estas 4 materias ocupaban el 77,8% del ingreso en este período. EMG CONSULTORES (2012) p. 32

³⁹ CENTRO DE ESTUDIOS DE JUSTICIA DE LAS AMÉRICAS (2011) p. 15.

⁴⁰ Información recibida con fecha 29 de marzo de 2017, Oficio N° 1859-2017, Corporación Administrativa del Poder Judicial. En poder del autor.

⁴¹ Véase: Acta 34-2011, Auto Acordado que complementa la instrucción contenida en el Acta 27-2009, sobre aplicación del artículo segundo de la ley 18.120 a los procedimientos ejecutivos y regula los procedimientos administrativos asociados a las causas denominadas como “masivas”.

GRÁFICO 2
Ingresos civiles por tipo de procedimiento (2014-2016)

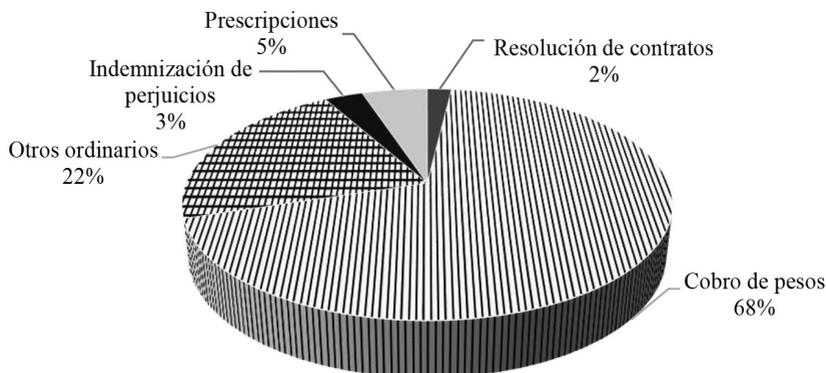


Fuente: Elaboración propia en base a datos provistos por la Unidad de Estadística e Informática del Poder Judicial.

El procedimiento sumario, diseñado para brindar una solución rápida en aquellos casos en que ello resulte necesario para que la pretensión sea eficaz, además de los asuntos expresamente contemplados en la regulación procesal⁴², ocupaba tan solo un 1,5% del total de causas entre los años 2014-2016 (gráfico 2).

El procedimiento ordinario, en sus diversas versiones (mínima, menor, y mayor cuantía), tiene una prevalencia menor dentro del tipo de ingresos en tribunales civiles (6,4%). A mayor abundamiento, de los 181.044 casos ingresados entre los años 2014 y 2016 en este procedimiento, un 68% eran causas de cobros de pesos. Otros asuntos de tanta relevancia desde el punto del derecho civil sustantivo no superan el 5% (gráfico 3).

GRÁFICO 3
Ingresos civiles en procedimiento ordinario por materia (2014-2016)



Fuente: Elaboración propia en base a datos provistos por la Unidad de Estadística e Informática del Poder Judicial.

⁴² Véase: Código de Procedimiento Civil, Art. 680.

El problema no es solo la alta homogeneidad del ingreso sino que, y a partir de estos estudios y datos preexistentes, es posible construir una hipótesis en el sentido de que quiénes los usarían son primordialmente personas jurídicas y dentro de este grupo, grandes empresas⁴³. En base a datos del 2009, el CEJA describía que tanto en el procedimiento ordinario, como en el ejecutivo, los principales demandantes serían personas jurídicas y los demandados personas naturales⁴⁴. Por otro lado, se señalaba que en el procedimiento sumario, tanto respecto de los demandantes como de los demandados se trataría en su mayoría de personas naturales⁴⁵. Es esta la hipótesis que he pretendido validar y profundizar a partir de una muestra de causas ingresadas en los tribunales del ramo de la jurisdicción de la Corte de Apelaciones de Santiago, de cuyos resultados doy cuenta en lo que sigue de este trabajo.

2. RESULTADO DEL ESTUDIO EMPÍRICO EN LA JURISDICCIÓN DE LA CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO

El estudio se trata de una investigación empírica de carácter observacional, realizado en base a una muestra aleatoria de causas civiles ingresadas entre los años 2014 a 2016, que como se señalara antes alcanzaba un total de 2.827.658. A partir de la información proporcionada por el propio sistema de gestión del Poder Judicial de donde se obtuvo la muestra, se dividieron las causas en 4 grupos según el tipo de procedimiento: i) ejecutivo, gestiones preparatorias, y medidas prejudiciales (en adelante me referiré a estos simplemente como procedimientos ejecutivos), ii) ordinario, iii) sumario, y iv) concursal y quiebras (o simplemente concursales). De esta manera, se obtuvo una muestra de 1.000 causas distribuidas de la siguiente manera⁴⁶:

TABLA 1

Muestra aleatoria en base a ingresos civiles Corte de Apelaciones de Santiago (2014-2016)

Tipo de procedimiento	Cantidad de causas
Ejecutivo, gestiones preparatorias, y medidas prejudiciales	264
Ordinario	260
Sumario	239
Concursal y Quiebras	237
Total	1.000

⁴³ Un estudio con datos de 1996 del 6º Juzgado Civil de Santiago mostraban que el 36% de los demandantes eran bancos e instituciones financieras, 10,3% eran casas comerciales, el 36,2% otras sociedades y las personas naturales no representaban más que el 17,4% del total. Véase: CORREA *et al.* (1999) p. 91.

⁴⁴ Lamentablemente no se entregan datos de proporciones obtenidos en dicho estudio. CENTRO DE ESTUDIOS DE JUSTICIA DE LAS AMÉRICAS (2011) pp. 63, 67.

⁴⁵ CENTRO DE ESTUDIOS DE JUSTICIA DE LAS AMÉRICAS (2011) pp. 65-66.

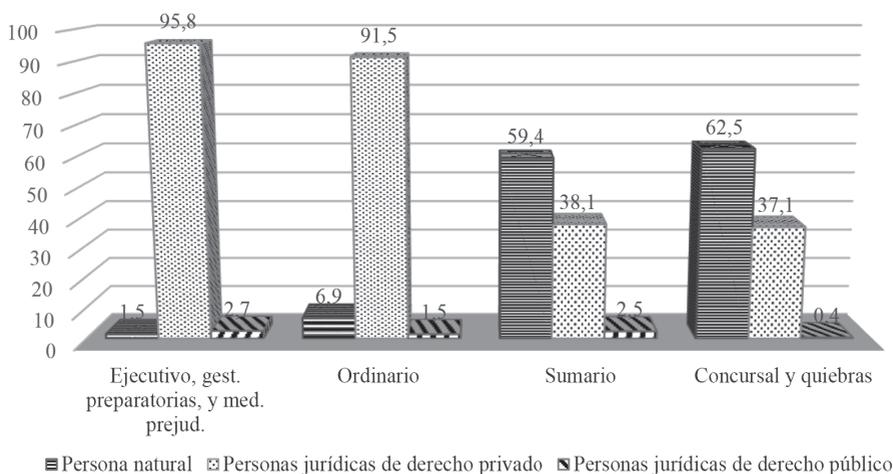
⁴⁶ Las diferencias se produjeron porque hubo algunas excluidas del listado inicial, sea porque no fue posible extraer información desde la página web del Poder Judicial o porque se encontraban repetidas luego de un proceso de muestreo consecutivo. Se sobre representaron algunos procedimientos dentro de la muestra ya que el objetivo era obtener resultados estadísticamente relevantes dentro de cada uno.

En cuanto a las materias discutidas en cada uno de estos procedimientos, es posible observar una alta correlación entre aquellas que ocupan los principales ingresos en la muestra versus la población completa. Así, respecto del procedimiento ejecutivo las principales materias eran la citación a confesión de deudas (47,7% en la muestra y 49% en la población) y cobro de pagarés (42,8% en la muestra y 41,7% en la población). Como dijimos con anterioridad, en el procedimiento ordinario la principal materia es cobro de pesos (73,5% en la muestra frente a un 68,3% en la población). Por su parte, en el procedimiento sumario, la principal materia está relacionada con la terminación inmediata del arriendo por no pago de rentas (34,3% en la muestra y 32,8% en la población). Finalmente, entre los procedimientos concursales y de quiebra, la mayor parte de las causas eran liquidaciones voluntarias de deudas, tanto respecto de personas naturales (40,5% en la muestra versus un 41,3% en la población), como de empresas deudoras (27,4% en la muestra y 28,9% en la población).

2.1. QUIENES ERAN LOS DEMANDANTES

Un primer aspecto a analizar respecto a la hipótesis antes descrita, es determinar el tipo de personalidad (natural o jurídica de derecho privado o público) de los demandantes. En este sentido, tanto en el procedimiento ejecutivo como en el procedimiento ordinario, gran parte de los demandantes eran personas jurídicas de derecho privado, en ambos casos en proporciones que superan el 90%. Por el contrario, en el procedimiento sumario, así como en el procedimiento concursal y de quiebras, los demandantes son mayormente personas naturales, mientras que las personas jurídicas de derecho privado ocupaban un 38% y 37,1% respectivamente. Finalmente, respecto de este punto, destaca la baja prevalencia de demandantes personas jurídicas de derecho público, que obtiene porcentajes menores a un 3% en cada uno de los procedimientos (gráfico 4).

GRÁFICO 4
Tipo de demandante según procedimiento (2014-2016)



Test Chi² P=0,000

En aquellos casos donde el demandante era una persona jurídica de derecho privado, que como ya veíamos en la gran mayoría en el procedimiento ejecutivo y ordinario, gran parte de ellas se trataban de sociedades civiles y/o comerciales. Ello ocurre incluso en aquellos procedimientos donde los demandantes no eran mayoritariamente personas jurídicas (tabla 2).

TABLA 2
Tipo de personalidad jurídica demandantes según procedimiento

Tipo de personalidad jurídica de derecho privado	Tipo de procedimiento			
	Ejecutivo (%)	Ordinario (%)	Sumario (%)	Concursal (%)
Corporación sin fines de lucro	7 (2,8)	9 (3,8)	6 (6,6)	1 (1,1)
Fundación	0	0	3 (3,3)	1 (1,1)
Sociedades civiles y/o comerciales	246 (97,2)	229 (96,2)	82 (90,1)	86 (97,7)
Total	253 (100)	238 (100)	91 (100)	88 (100)

Fisher's exact $P=0,010$

Ya en este punto podemos testear la principal tesis proveniente de antiguos estudios respecto a que el principal usuario activo (demandante) de la justicia civil en nuestro país serían empresas. De esta manera, si consideramos como hipótesis nula que en estos procedimientos la probabilidad de que el demandante sea una empresa u otro tipo de personalidad (jurídica o natural) es la misma, esta puede ser descartada a un alto nivel de significancia estadística. De esta manera, bajo un estándar de 95% de confianza, podemos señalar con alta significancia estadística que la proporción de personas empresas en el procedimiento ejecutivo se encuentra entre un 90% y un 96%, y en el procedimiento ordinario entre un 84% y un 92%. Por otro lado, se confirma también la hipótesis extraída del estudio de CEJA sobre que en el procedimiento sumario la mayoría de demandantes son personas naturales, ya que el intervalo de confianza para el porcentaje de empresas en este caso se encuentra entre 28% y 40%, es decir, en cualquier caso, presentaría una proporción menor. De manera similar, es posible afirmar que las empresas representan entre un 30% y un 42% de los demandantes en los procedimientos concursales y de quiebra (Tabla 3).

TABLA 3
Demandantes empresas según procedimiento

Demandante es empresa	Ejecutivo, G. Preparatorias, y M. Prejudiciales (%)	Ordinario (%)	Sumario (%)	Concursal y Quiebras (%)
No	6,8	11,9	65,7	63,7
Si	93,2*	88,1*	34,3*	36,3*
Total	100	100	100	100
Test Chi ² P= 0,000				
* (IC de 95%) Z-Test (proporción)	.9014131-.9622233 P=0,000	.8413792-.9201593 P=0,000	.2829085-.403284 P=0,000	.3016534-.424085 P=0,000

No obstante, el objetivo de este trabajo no es solo confirmar o rechazar esta hipótesis general sobre si los demandantes en nuestra justicia civil son en su mayoría empresas o personas naturales. Más allá de lo anterior, y tras confirmar estas proposiciones, he pretendido profundizar caracterizando de mejor manera quienes son los demandantes. Ahora, para tener una idea del tipo de sociedad civil y comercial que representaba el principal usuario de la justicia civil en esta muestra he seguido una serie de factores.

En primer lugar, se ha codificado a las sociedades civiles y/o comerciales según su personalidad jurídica en particular. Así, las he clasificado según si se encontraban constituidas como Sociedades Anónimas⁴⁷, Empresas Individuales de Responsabilidad Limitada, Sociedades de Responsabilidad Limitada, Sociedades Por Acciones, y he agrupado a las restantes en una categoría de "otros".

En relación al tipo de sociedades bajo las cuales se constituían los demandantes, gran parte de ellas se trataban de sociedades anónimas. Ello es particularmente cierto respecto de los procedimientos ejecutivos y ordinarios, donde ya sabíamos los demandantes son mayoritariamente empresas. Luego, llama la atención la categoría "otros" que ocupa un 19% en el caso del procedimiento ejecutivo. De la revisión pormenorizada de estos casos, se pudo observar que estos demandantes tenían una denominación de "fondos de inversión privados", esto es, de un patrimonio de afectación integrado por aportes realizados por personas o entidades, administrados por Administradoras Generales de Fondos o por sociedades anónimas cerradas, por cuenta y riesgo de sus aportantes y que no hacen oferta pública de sus valores⁴⁸. Tan solo en los procedimientos sumarios y concursales se observa en una mayor dispersión en términos del tipo de sociedades que aparecían como demandantes. De esta manera, el 26% eran empresas de responsabilidad limitada en el procedimiento suma-

⁴⁷ Abiertas y cerradas.

⁴⁸ Estos se rigen exclusivamente por sus reglamentos internos, por las normas del Capítulo V de la Ley N° 20.712 sobre Administración de Fondos de Terceros y Carteras Individuales, y el Capítulo IV de su Reglamento, el DS N° 129, de Hacienda. Disponible en: <http://www.svs.cl/educa/600/w3-propertyvalue-987.html> Fecha de consulta: 23 de julio de 2018.

rio, mientras que un 35% lo eran en los procedimientos concursales. En estos últimos, además, las sociedades por acciones representaban un 13% (tabla 4).

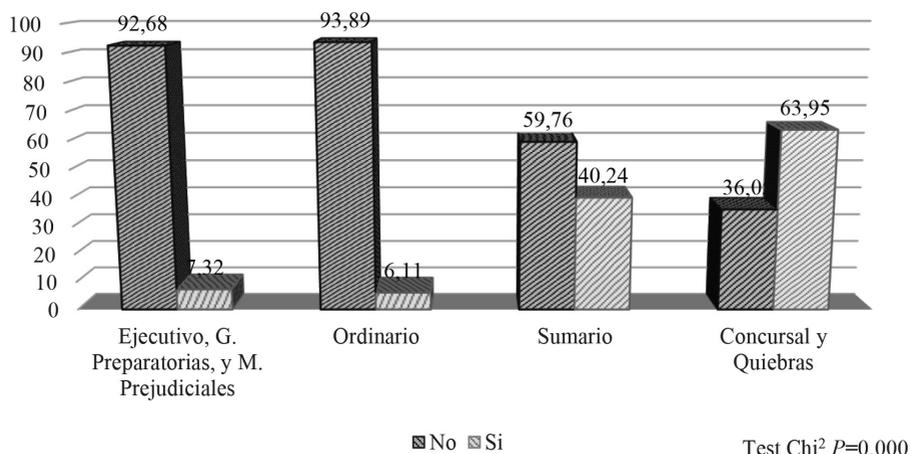
TABLA 4
Casos con demandantes Sociedades Civiles y Comerciales según tipo de personalidad jurídica y procedimiento

Tipo de Sociedad Civil y/o Comercial	Ejecutivo, G. Preparatorias, y M. Prejudiciales (%)	Ordinario (%)	Sumario (%)	Concursal y Quiebras (%)
SA	80,1	88,6	70,7	48,8
EIRL	0	0,9	1,2	2,3
LTDA	0,8	3,5	25,6	34,8
SPA	0	6,6	0	12,8
Otro	19,1	0,4	2,4	1,2
Total	100	100	100	100
Test Chi ² P=0,000				

Un segundo criterio para caracterizar al demandante en estos procedimientos fue intentar determinar el tamaño de las empresas. Para ello, se utilizó como equivalente el registro PRO-PYME del Servicio de Impuestos Internos (SII) donde los contribuyentes pueden identificarse como tales. En concordancia con la anterior variable, es posible concluir que las empresas que eran demandantes, tanto en el procedimiento ejecutivo como en el ordinario, se trata no solo de sociedades anónimas, sino que, además, de grandes empresas. Así, los contribuyentes no se encontraban en el citado registro del SII en el 93% y 94% respectivamente. Por el contrario, y probablemente porque el tipo de sociedades era más diverso, es posible observar una mayor participación de pequeñas y medianas empresas en el procedimiento sumario (40%) y sobre todo en los procedimientos concursales, donde son la mayoría (64%) (gráfico 5).

GRÁFICO 5

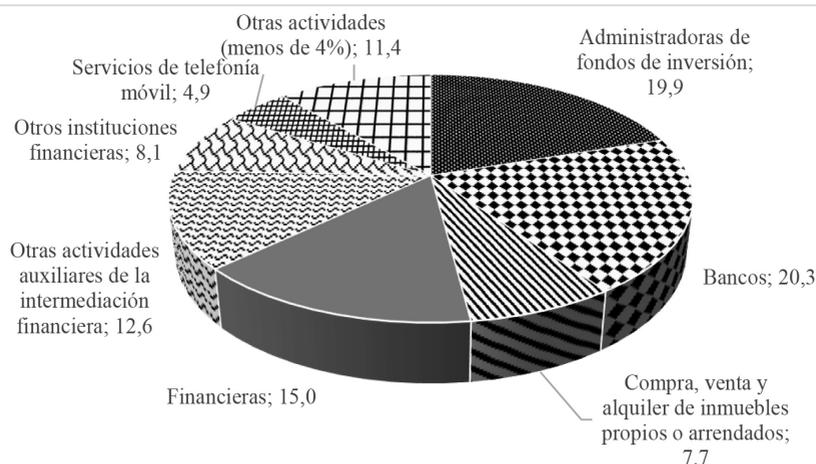
Sociedades civiles y/o comerciales en el registro PRO-PYME del SII



Este último punto no necesariamente implica buenas noticias. Por el contrario, pareciera que mientras grandes empresas son demandantes en los procedimientos de mayor prevalencia, y en menor medida en el procedimiento sumario, en los procedimientos concursales y de quiebra se trataría de pequeñas y medianas solicitando procedimientos de liquidación de deudas. Luego volveré sobre este punto.

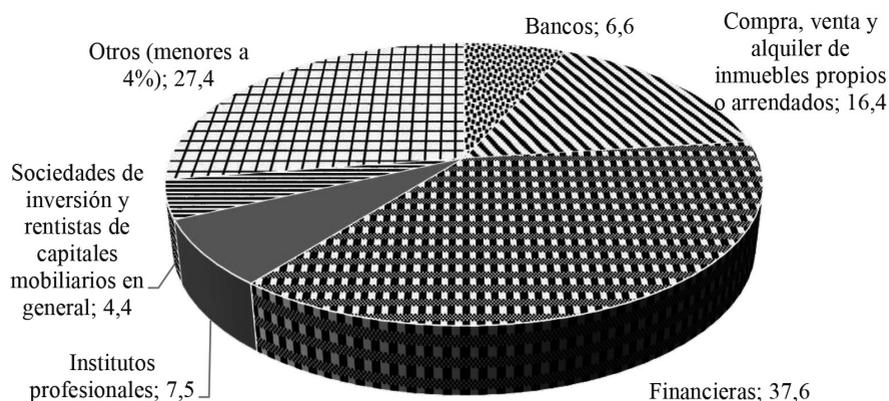
La tercera aproximación realizada para comprender un poco mejor de qué tipo de empresas son las que usan el sistema de justicia civil, fue consultar las bases de datos del SII para ver las actividades registradas por los demandantes. De esta manera, gran parte de las sociedades civiles y/o comerciales que eran demandantes en el procedimiento ejecutivo pertenecían al rubro de los bancos y financieras, o estaban registradas como administradoras de fondos de inversión. De hecho, si se agrupan siguiendo la clasificación del SII de actividades económica, el 76% de los demandantes tenían como principal rubro la intermediación financiera (gráfico 6).

GRÁFICO 6
Actividades demandantes en procedimiento ejecutivo según registro SII



En el caso del procedimiento ordinario, los demandantes tenían registrada como actividad principal el rubro de la intermediación financiera en un 48,7%. Luego, y siguiendo en orden de importancia, aquellas relacionadas a la compra, venta y alquiler de inmuebles propios o arrendados (inmobiliarias) alcanzaban un 16,4%. Llama también la existencia de institutos profesionales (7,5%) en calidad de demandantes (gráfico 7).

GRÁFICO 7
Actividades demandantes en procedimiento ordinario según registro SII



Ya veíamos que el tipo de sociedades civiles y/o comerciales dentro del procedimiento sumario es más diverso que respecto de los dos procedimientos ejecutivos u ordinarios. Ello se relaciona directamente con las actividades o rubros registrados ante el SII. En este sentido, el rubro de los bancos, de las sociedades dedicadas a la compra, venta y alquiler de inmuebles, así como de aquellas sociedades de inversión y rentistas de capitales mobiliarios en general, eran las principales actividades de las empresas en el procedimiento sumario. No obstante, en este procedimiento es posible ver una alta proporción de rubros (un 39%

en total) que individualmente no superan el 4% (gráfico 8). Ello resulta aún más relevante si destacamos que un 40,2% de estas se encontraban en el registro PRO-PYME del SII (gráfico 5).



Finalmente, respecto de aquellas causas tramitadas bajo la categoría donde han sido agrupados los asuntos concursales y de quiebra, los rubros que ocupaban la mayor proporción no superaban un 3,6% (leasing financiero, obras de ingeniería, obras menores en construcción, sociedades de inversión y rentistas de capitales mobiliarios en general, entre otros). En otras palabras, es posible observar una alta dispersión de actividades registradas. Este factor se relaciona a su vez con la mayor dispersión del tipo de personalidad jurídica, así como con el tamaño de las empresas solicitantes bajo estos procedimientos las que, como veíamos antes, en un 64% estaban en el registro PRO-PYME del SII (gráfico 5).

La mayor diversidad de tipos y tamaños de empresas en los procedimientos sumarios y en aquellos concursales y/o de quiebra, dice relación, a su vez, con el tipo de materias que son tramitadas en cada uno de ellos. Así, mientras que en los procedimientos ejecutivos y ordinarios las principales causas tramitadas se relacionaban con el cobro (o preparación para el cobro) de títulos ejecutivos o de dinero respectivamente, en el caso del procedimiento sumario, y concursal y de quiebras, es posible observar diferencias importantes.

En primer lugar, respecto del procedimiento sumario, las principales materias se relacionan a temas de arriendo, donde un 75,7% de los demandantes eran personas naturales, un 23,4% personas jurídicas de derecho privado, y tan solo un 0,9% personas jurídicas de derecho público. Luego, y a mayor abundamiento, en aquellos casos donde el demandante en temas de arriendo eran sociedades civiles y comerciales, este tipo de causas incluían no solo a sociedades anónimas sino también a sociedades por acciones, así como a empresas en el registro PRO-PYME identificadas como tales (39,4%). Otra materia relevante dentro de este procedimiento, la designación de árbitros (que ocupa un 22,6% de este procedimiento en la muestra y un 19,3% de la población completa), también presentaba demandantes personas naturales como personas jurídicas de derecho privado (50% cada uno). Dentro de

estas últimas, en su mayoría se trata de sociedades anónimas y en bastante menor medida sociedades por acciones. Finalmente, respecto de esta materia, aquellas empresas categorizadas en el registro PRO-PYME alcanzaban un 31%.

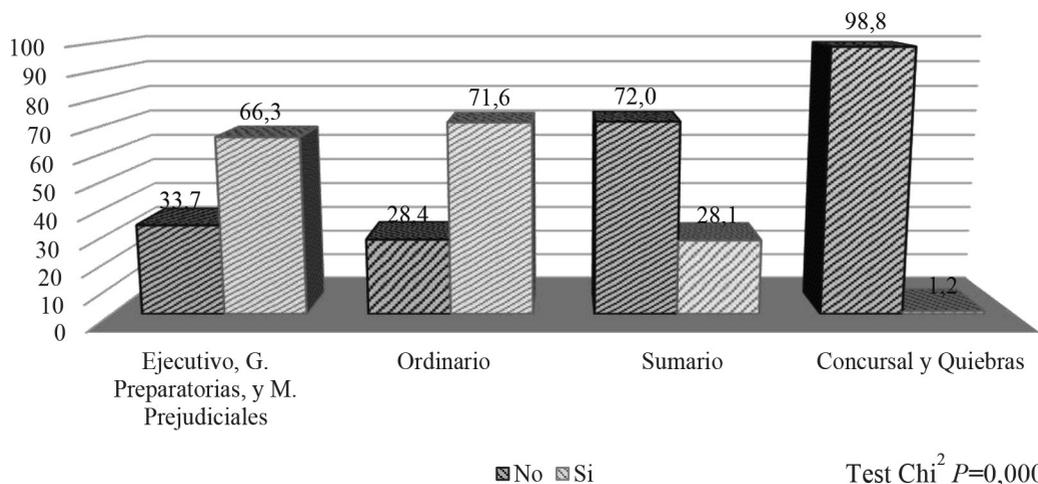
En segundo lugar, en los procedimientos concursales y/o de quiebra el tipo de demandante, o más bien solicitante, se relaciona aún más a la materia por la cual el ejerció su derecho a la acción. Así, el principal asunto tramitado en esta categoría era la liquidación voluntaria de persona natural (40,5%), donde la totalidad de demandantes, lógicamente, eran personas naturales. El siguiente asunto tramitado en términos de frecuencia fue la liquidación voluntaria de empresa deudora (27,4%), donde el 50,8% de los solicitantes eran personas naturales y el 49,2% eran personas jurídicas. De estas últimas, en esta materia un 97% de las empresas solicitantes eran consideradas como PYMES en el registro del SII. Retomando el punto anteriormente anunciado, ello da cuenta de una diferencia entre los usuarios del sistema cuando se trata de empresas. Mientras en el procedimiento ejecutivo y ordinario se trata de grandes empresas, sociedades anónimas ligadas al rubro financiero, en este último procedimiento se trata empresas de menor tamaño, de rubros más bien diversos, y que concurren a la justicia como parte del estado de insolvencia en que se encuentran. Como vemos, entonces, la mayor dispersión del tipo de personalidad en estos procedimientos, así como del tipo de empresas en particular, se relaciona directamente con las materias tramitadas.

En comparación con las empresas, cuando los demandantes eran personas naturales hay algunas particularidades que vale la pena destacar. Así, respecto a su actividad económica, la mayoría tenía como actividad “otras actividades de servicios personales” de acuerdo al registro del SII. Ello ocurría tanto en el procedimiento sumario (26,1%) como en aquellos concursales y/o de quiebras (35%), donde la mayor parte de los sujetos activos se trata de dicho tipo de personas. Más allá de esta categoría, es posible observar una alta variedad de actividades registradas (hasta 42) de las cuales ninguna considerada individualmente supera el 8%.

Un cuarto criterio para caracterizar a los demandantes, y en particular a las empresas, fue clasificarlas en “jugadores frecuentes”. Para ello, he agrupado a aquellas que presentan más de 10 demandas de la muestra durante el período observado. 16 sociedades civiles y/o comerciales que aparecen en la muestra se encontraban en esa condición. 10 de ellas había presentado entre 10 a 20, 2 jugadores frecuentes presentaron entre 20 y 30, una de ellas 53 demandas, y un solo demandado presentó 89. Luego, las demandas que presentaron estos demandantes (que van entre 10 a 89 demandas), fueron iniciadas fundamentalmente en los procedimientos ejecutivos u ordinarios. Por el contrario, gran parte de las demandas en los procedimientos sumarios y concursales fueron presentadas por demandantes fuera de esa categoría (gráfico 9).

GRÁFICO 9

Proporción de demandas presentadas por jugadores frecuentes por tipo de procedimiento



Un quinto factor consistió en tratar de determinar la cuantía demandada en cada una de las causas que componen la muestra. Esta variable es muy compleja de determinar por lo que solo fue posible hacerlo en un número reducido de casos⁴⁹. Sin embargo, y dada la inexistencia de otros estudios donde se dé cuenta de esta variable, es que vale la pena destacar los resultados en esta muestra a pesar del menor nivel de confiabilidad.

En el procedimiento ejecutivo la cuantía promedio fue de \$7.539.989. Sin embargo, se trata de un valor altamente influenciado por dos causas cuya cuantía superaban los 100 millones de pesos (sin estas, el promedio es de \$4.015.284). Luego, la mayor proporción de casos se encontraba entre 1 y 2 millones (27%) y 2 a 3 millones (19,5%), encontrándose el 75% de los casos bajo los \$5.108.762. En el caso del procedimiento ordinario el rango era aún mayor. De esta manera, es relevante destacar que el 90% de los casos se encontraba bajo los \$8.247.400 aun cuando el promedio era de más de 28 mil millones de pesos, producto cinco casos con cuantías de miles de millones de pesos (sin estos, de hecho, el promedio era de \$3.276.513). Al igual que en el procedimiento ejecutivo, la mayor parte de causas en este procedimiento se encontraba entre 1 y 2 millones con un 37%. Finalmente, el procedimiento sumario también presenta un rango de cuantías extremadamente amplio que dificultan calcular un punto medio real (sin los cuales el promedio es de \$7.271.797). A pesar de estos valores extremos, gran parte de los casos se encontraba bajo los \$7.773.028 (75%). A diferencia de los anteriores, la mayor parte de las demandas presentaba cuantías entre 100 mil y 1 millón de pesos (27,9%), y en segundo lugar entre 1 y 2 millones (18,9%).

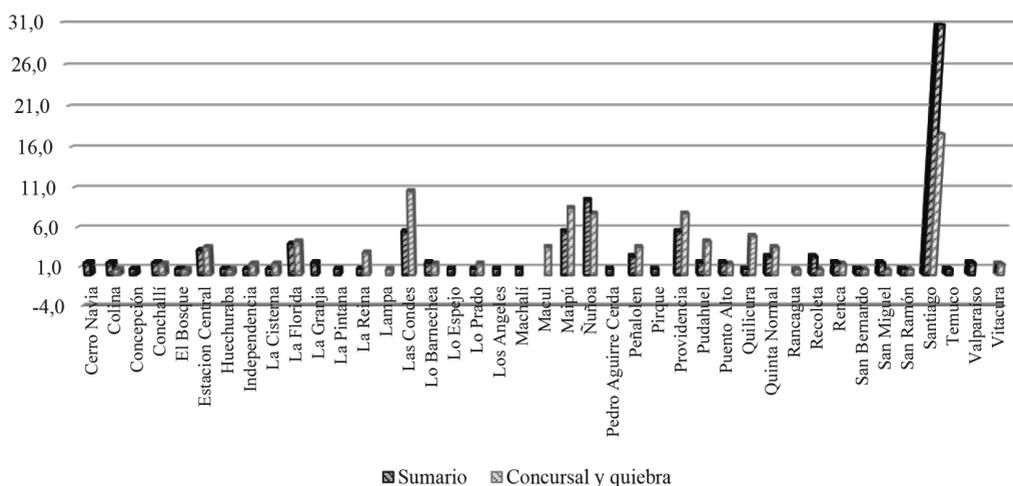
⁴⁹ Porque la primera resolución del tribunal o no fija la cuantía o simplemente señala que esta es indeterminada, porque no fue posible acceder a la demanda vía el sitio Web del Poder Judicial por encontrarse archivada, entre otros factores.

TABLA 5
Cuantía de las demandas ingresadas por tipo de procedimiento

	Ejecutivo, G. Preparatorias, y M. Prejudiciales	Ordinario	Sumario
Valor mínimo (\$)	59.796	64.367	26.652
Valor Máximo (\$)	169.334.841	3.752.000.000.000	257.000.000.000
Promedio(\$)	7.539.989	28.749.945.014	6.421.424.165
Mediana (\$)	2.382.915	1.673.565	2.247.750
Desviación estándar (\$)	22.799.458	283.310.031.903	34.969.141.710
Total de causas	77	186	111

Un sexto factor utilizado para caracterizar a los demandantes fue la comuna de su domicilio. En aquellas donde el demandante era una empresa, la principal comuna de procedencia era Santiago, seguido de Providencia y Las Condes. Tan solo en los procedimientos concursales y de quiebras es posible encontrar mayor diversidad. En cambio, en aquellos casos donde el demandante era personas naturales, la situación es diversa. En el procedimiento sumario y en el procedimiento concursal y/o de quiebras, donde hay mayor presencia de personas naturales, si bien la mayor parte de los demandantes también tenían su domicilio en la ciudad de Santiago, esta proporción no solo no supera el 31% sino también es posible observar mayor presencia de comunas y una gran dispersión entre ellas (gráfico 10).

GRÁFICO 10
Comunas de procedencia demandantes personas naturales
(Procedimiento Sumario . Concursal y quiebras)

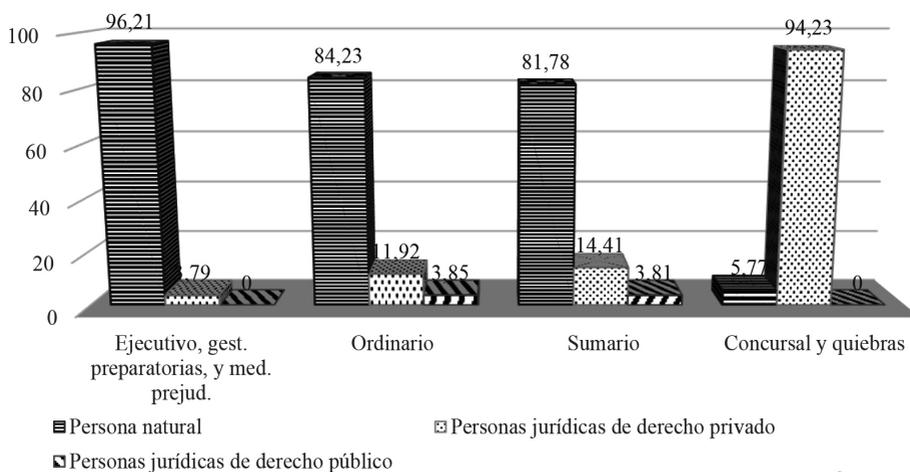


2.2. QUIENES ERAN LOS DEMANDADOS

Del total de la muestra, 812 causas tenían al menos un demandado. Tan solo una proporción menor de estas presentaba más de dos demandados (4,8%), siendo el máximo registrado un total de 5 (tan solo en 4 causas). De los casos con más de un demandado, en prácticamente todos había al menos un demandado que era persona natural.

En relación al tipo de personalidad, es posible afirmar que con excepción del procedimiento concursal y de quiebras, estos son en su mayoría personas naturales. Tan solo en el caso de este último, donde la proporción de causas con demandados es bastante menor (21,9%), estos se trataban en su mayoría de empresas (61% S.A., 26,5% sociedades de responsabilidad limitada, 10% sociedades por acciones). Cabe destacar, además, que las empresas demandadas en este procedimiento estaban mayoritariamente identificadas en el registro PRO-PYME del SII (86,5%).

GRÁFICO 11
Tipo de demandado según procedimiento



Test Chi² P=0,000

En este punto es posible entonces terminar de confirmar la hipótesis respecto a que no solo los demandantes son principalmente empresas sino que además los demandados serían fundamentalmente personas naturales. Tal como puede observarse en el gráfico 11, ello ocurre tanto en el procedimiento ejecutivo, como ordinario y sumario con alta significancia estadística. Por el contrario, en los asuntos concursales y de quiebra, al menos respecto de aquellos asuntos donde hay demandados, estos no serían personas naturales si no que, y como veríamos con anterioridad, serían empresas (Tabla 8).

TABLA 6
Demandados personas naturales por procedimiento

Demandado es persona natural	Ejecutivo, G. Preparatorias, y M. Prejudiciales	Ordinario	Sumario	Concursal y Quiebras
No	3,8	15,8	19,3	98,7
Si	96,2*	84,2*	80,8*	1,27*
Test Chi ² P= 0,000	100	100	100	100
*(IC de 95%)	.9390931	.7980079	.7575499	-.0015747
Z-Test (proporción) P=0,000	.9851494	.8866075	.8575128	.0268912

A partir de estos datos, hay que destacar que el procedimiento sumario se trata de una categoría donde no solo la mayoría de demandantes son personas naturales, sino también donde los demandados lo son. En otras palabras, es un procedimiento que principalmente es usado entre ciudadanas o ciudadanos. Ello ocurría en el 93% de los casos, mientras que personas jurídicas de derecho privado o público aparecen en una proporción muy menor. En el caso contrario, es decir cuando los demandantes no eran personas naturales, el principal tipo de demandado si lo era (tabla 9).

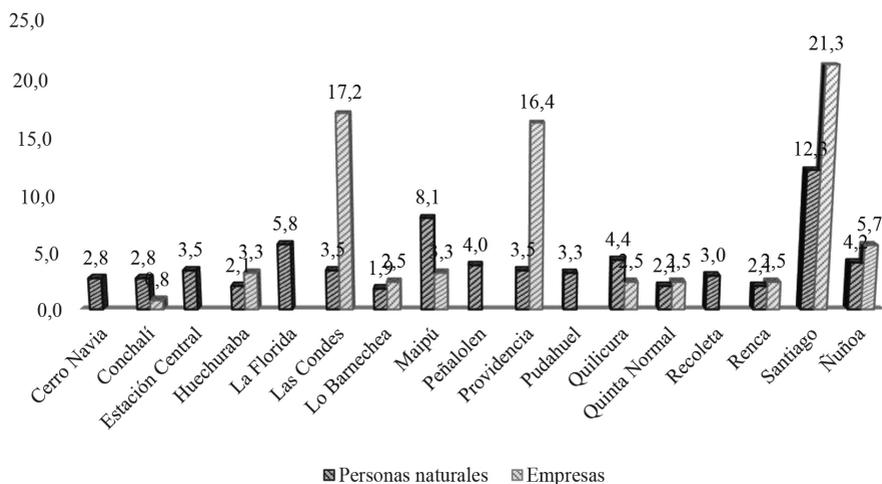
TABLA 7
Tipo de demandado en casos con demandante persona natural procedimiento sumario

Demandante persona natural	Tipo de demandado			Total
	Persona natural	Persona jurídica de derecho privado	Persona jurídica de derecho público (%)	
No (%)	62 (65,3)	26 (27,4)	7 (7,4)	95 (100)
Si (%)	131 (92,9)	8 (5,7)	2 (1,4)	141 (100)
Total	193	34	9	236
Test Chi ² P= 0,000				

En términos de las actividades económicas de los demandados en aquellos casos en que eran personas naturales, ocurre algo similar a lo que señalaba respecto de los demandantes. La principal categoría en los tres procedimientos donde hay mayor prevalencia de este tipo de demandados era "otras actividades de servicios personales", y luego de eso es posible observar una alta dispersión de actividades que consideradas individualmente no superan el 3%.

De aquellas causas donde fue posible identificar la comuna de procedencia del demandado (430 en el caso de personas naturales y 122 respecto de empresas), se observa que es la comuna de Santiago la principal. No obstante, en el caso de las personas naturales la proporción es bastante menor y con una alta dispersión (habiendo varias de ellas que por no superar el 2% no fueron incluidas en el gráfico 12). Por el contrario, en el caso de las empresas, además de Santiago, los demandados se concentraban en Las Condes y Providencia.

GRÁFICO 12
Principales comunas de procedencia demandados



En relación a los demandados cuando eran personas naturales, en el procedimiento ejecutivo se encontraban en el grupo de entre 30 a 49 años. Por su parte, en el procedimiento ordinario se distribuyen de manera más bien uniforme entre las categorías correspondientes entre 30 a 69 años. Finalmente, en el procedimiento sumario los demandados se encuentran mayormente entre los 40 a 49 y 50 a 59 años (tabla 10).

TABLA 8
Edad personas naturales como demandados según grupo etáreo

	Ejecutivo, G. Preparatorias, y M. Prejudiciales (%)	Ordinario (%)	Sumario (%)
20 a 29 años	22 (8,9)	9 (4,4)	7 (4)
30 a 39 años	67 (27,2)	50 (24,2)	32 (18,3)
40 a 49 años	75 (30,49)	49 (23,7)	46 (26,3)
50 a 59 años	54 (22)	45 (21,7)	44 (25,1)
60 a 69 años	19 (7,7)	41 (19,8)	29 (16,6)
70 a 79 años	7 (2,8)	7 (3,4)	14 (8)
80 a 89 años	2 (0,8)	3 (1,5)	3 (1,7)
Más de 90		3 (1,5)	
Total	246 (100)	207 (100)	175 (100)

Test Chi² P=0,001

En relación al sexo de los demandados, aun cuando en su mayoría eran hombres no es sencillo en este caso afirmar que las diferencias observadas sean estadísticamente relevantes. De esta manera, si bien en el procedimiento ejecutivo como en el ordinario la proporción de mujeres es menor, el intervalo de confianza no alcanza a desechar que la proporción sea

equitativa entre ambos sexos. Luego, el procedimiento sumario es el único procedimiento donde es posible afirmar esto con un alto nivel de significancia estadística (tabla 11).

TABLA 9
Sexo demandado personas naturales por tipo de procedimiento

	Ejecutivo, G. Preparatorias, y M. Prejudiciales (%)	Ordinario (%)	Sumario (%)
Mujer	111 (43,9)	96 (44,2)	74 (38)
Hombre	142 (56,1)	121 (55,8)	119 (62)
Total	253 (100)	217 (100)	192 (100)
Test Chi ² P= 0,362			
(IC de 95%)	.3775885-.4998819	.3763138-.5084789	.311544-.4488727
Z-Test (proporción)	P= 0,0257	P= 0,0448	P=0,0005

Los resultados obtenidos dan cuenta de que, en los tribunales civiles de la jurisdicción de la Corte de Apelaciones de Santiago, los demandados no solo se tratan de personas naturales, sino que, además, estos en general no comparecen. Ya sea porque se trata de demandas que ni siquiera se notifican (en el 89% y 87% en los procedimientos ejecutivos y ordinarios) o incluso habiendo sido notificados (en sumario, por ejemplo, en un 22%). En general, se comparece y opone excepciones en porcentajes marginales, salvo en el procedimiento sumario (33%) y en los procedimientos concursales y de quiebras (30%) (Tabla 12). En este punto no es posible observar diferencias según si se trata de empresas o personas naturales como demandados (tabla 12).

TABLA 10
Actitud del demandado según tipo de procedimiento (%)

Actitud demandado	Ejecutivo, G. Preparatorias, y M. Prejudiciales	Ordinario	Sumario	Concursal y Quiebras
Contesta demanda y/u opone excepciones	10 (3,8)	20 (7,7)	72 (33,1)	16 (30,2)
No comparece habiendo sido notificado	17 (6,4)	14 (5,4)	53 (22,4)	5 (9,4)
No comparece sin haber estado notificado	236 (89,4)	226 (86,9)	106 (44,7)	32 (60,4)
No comparece estando notificado y dentro de plazo	1 (0,4)	0	6 (2,53)	0
Total	180 (100)	150 (100)	117 (100)	53(100)
Test Chi ² P= 0,000				
Fisher's exact P=0,0026				

3. ALGUNAS REFLEXIONES A PARTIR DE LOS HALLAZGOS. FUNDAMENTOS PARA REORIENTAR LA JUSTICIA CIVIL

Los resultados de este estudio empírico de carácter observacional dan cuenta de que los principales usuarios de la justicia civil en Chile son sociedades anónimas, grandes empresas (o al menos no registradas como PYME en el SII), del sector financiero, con domicilio en la comuna de Santiago, que presentan causas fundamentalmente relacionadas con el cobro de dinero. Normalmente, además, se trata de lo que he caracterizado como "jugadores frecuentes". Tan solo en los procedimientos sumarios y concursales y/o de quiebra es posible encontrar mayor diversidad de sujetos activos. Por el otro lado, los asuntos civiles se tratan en su mayoría de causas donde los demandados eran personas naturales provenientes de diversas comunas y rubros, que raramente comparecen defendiéndose porque ni siquiera son notificados. Sumado al hecho de que gran parte de estas causas son consideradas como de "tramitación masiva", ello habla de que no se trata de un problema de congestión o sobre carga, sino simplemente de para qué es utilizada día la justicia civil y por quién. En otras palabras, de la poca relevancia que tiene nuestra justicia civil no solo desde el punto de vista de quienes no lo utilizan, sino también desde el punto de vista de quienes pueden hacerlo.

No es fácil explicar la situación de la justicia civil en Chile. Respecto al por qué gran parte de los usuarios son empresas en gestiones relacionadas a la cobranza, la respuesta ya ha sido avanzada en la literatura nacional. Así, de acuerdo a un estudio la "sobre utilización" del sistema con este tipo de causas se explicaría por las formalidades administrativas exigidas por la ley para mantener vivo un crédito cobrable⁵⁰. A esto podría agregarse la posibilidad de que la justicia civil sea parte de una estrategia de cobro más amplia (y en ese sentido extra judicial), por ejemplo como un antecedente utilizado para luego realizar contactos telefónicos o presenciales frente al deudor. Dada la falta de tasas judiciales y bajo

⁵⁰ PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO (2012) pp. 13-14.

costo por causa que representa para las grandes empresas contratar servicios de cobranza masiva, aprovechando la economía de escala, así como por el desconocimiento por parte de deudores de estos procedimientos, los tribunales serían una herramienta ideal para presionar el pago y cumplimiento de obligaciones monetarias⁵¹. Esto es particularmente cierto respecto de los “jugadores frecuentes.” A esto se puede sumar el cumplimiento con regulaciones tributarias ante el SII con el objeto de declarar deudas incobrables con fines netamente tributarios⁵². Esta línea argumental permitiría entender el por qué la alta proporción de demandados que no comparecen porque ni siquiera son notificados.

Menos claro resulta responder por qué estas grandes empresas no resuelven otro tipo de controversias ante la justicia civil. A este respecto, una alternativa a explorar y de la cual no hay estudios empíricos relevantes, es el crecimiento del arbitraje civil y comercial en nuestro país el cual, además, se ha señalado presentaría una serie de ventajas entre las que destacan la privacidad en que operan y el carácter técnico o experto de los árbitros en las diversas temáticas por las cuales son requeridos.⁵³ Para algunos autores, todavía, la adjudicación privada presentaría ventajas intrínsecas respecto de la provisión pública de justicia. Así, Bryan Caplan y Edward Stringham señalan que la adjudicación privada puede ser más eficiente al ser más flexible respecto de las diversas necesidades del “consumidor” de justicia y del tipo de conflicto según su complejidad⁵⁴.

Por qué no hay más personas naturales ejerciendo su derecho a la acción es otra historia. Estos, como lo viene señalando la literatura en nuestro país y a nivel comparado, se encuentran alejados por diversas barreras como la falta de información cuáles son y cómo hacer valer sus derechos; la ubicación de los tribunales, el formalismo y rigidez del procedimiento escrito, la duración de los procesos, y la necesidad, ya sea legal o práctica, de contar con un abogado para llegar siquiera a los tribunales o, al menos, de obtener algún resultado. Todo lo anterior genera que en un análisis costo beneficio, entre el tiempo que es necesario invertir y los costos asociados a la litigación, el litigante esporádico no ocupe los tribunales para solucionar necesidades legales. Esto se ve, por ejemplo, en que el único procedimiento con mayor participación de personas naturales es en el sumario, donde la ley permite, en algunos casos, la comparecencia personal⁵⁵. Me parece que estas explicaciones son perfectamente aplicables a las pequeñas y medianas empresas, en tanto también es de esperar que sean litigantes esporádicos que no pueden darse el lujo de la litigación civil como mecanismo regular de resolución de controversias frente a otras empresas. Urge, sin embargo, mayor investigación respecto a las necesidades legales insatisfechas, barreras de acceso y factores que permitan explicar y decidir políticas públicas enfocadas específicamente en este potencial tipo de usuarios.

⁵¹ PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO (2012) pp. 13-14.

⁵² Véase, en este sentido: Circular N° 24 del 24 de Abril de 2008. Disponible en: <http://www.sii.cl/documentos/circulares/2008/circu24.htm> Fecha de consulta: 31 de julio de 2018.

⁵³ Sin embargo, hay autores que han descrito un fenómeno de expansión en el arbitraje. Véase: LETURIA (2006) p. 266. Sobre las ventajas del arbitraje, véase: VARGAS (2001) pp. 2-6; MOYER y STEWART (2003) p. 652; DAKOLIAS (1995) p. 200.

⁵⁴ CAPLAN y STRINGHAM (2008) pp. 518-520.

⁵⁵ Ley N° 18.101, Ley de Arrendamiento de Predios Urbanos, Art. 8.

Más allá de lo que ocurre en el procedimiento sumario, donde veíamos se trata fundamentalmente de asuntos en temas de arrendamiento, pero también donde se litigan causas de baja proporción en el ingreso pero de alto impacto como las acciones colectivas en materia de consumidor (que ocupa un 0,15% del ingreso en el procedimiento sumario), el centro de las actividades de la justicia civil gira en torno a la cobranza.

La doctrina procesal reconoce que la principal función de la justicia civil es resolver conflictos de relevancia jurídica mediante una decisión de autoridad⁵⁶. No obstante hoy en día es posible concebir una función jurisdiccional más amplia que la mera resolución de una disputa entre privados⁵⁷, sería esperable que ese tipo de asuntos ocupen una parte considerable del sistema. Por el contrario, en los hechos, aun sumando el procedimiento ordinario y sumario, que serían aquellos diseñados para que los jueces civiles cumplan dicha tarea, estos tienen una prevalencia muy menor en el sistema (7,9% del total del ingreso civil entre los años 2014 a 2016).

Por supuesto, que el sistema de justicia civil permita que las empresas cobren sus créditos o al menos declaren su incobrabilidad para efectos tributarios, no es algo esencialmente negativo. Ello puede resultar deseable para el correcto funcionamiento del mercado en tanto facilitaría el intercambio económico en un entorno de certeza de que ante el incumplimiento el sistema brindará una respuesta. La pregunta es si creemos que ese sería el único rol que debería estar cumpliendo la justicia civil.

La justicia civil debería ser un espacio para casos simples y complejos, sufridos por empresas grandes, medianas, y pequeñas, así como por personas naturales. Desde otro punto de vista, debería reflejar la complejidad inherente de un sistema civil, tanto en términos de los potenciales actores que interactúan en base a intereses e incentivos complejos de determinar⁵⁸, como por los diversos vínculos entre el ciudadano, las empresas, y el Estado, que pueden darse ante este tipo de tribunales⁵⁹. En relación a lo anterior, debería reflejar la diversidad de asuntos que podrían ser conocidos por la justicia civil, dada la diversidad de leyes sustantivas que son de su competencia, o por las diversas finalidades que el ejercicio de la acción puede tener⁶⁰. Ello daría cuenta de un sistema de justicia civil en correcto funcionamiento, donde se cumplan tanto los fines privados, propios de las partes litigantes, pero también sus fines públicos. Es justamente de la comparación entre lo que hoy día conoce mayoritariamente la justicia civil frente a las funciones que debería cumplir, surge el relato de la crisis de la justicia civil chilena.

La pregunta central a la hora de pretender mejorar o superar el estado de crisis antes descrito, es el por qué el Estado debería financiar un sistema de justicia civil en condiciones de correcto funcionamiento. Me parece que hay, al menos, dos puntos de vista a analizar. Primero porque el acceso a un proceso judicial hoy en día es considerado como un derecho

⁵⁶ COUTURE (2014) p. 9. Por ejemplo, en nuestro medio: COLOMBO (1991) p. 41.

⁵⁷ En una concepción de jurisdicción que va más allá de resolver disputas mediante el proceso judicial, véase: BORDALÍ (2009) pp. 219-224.

⁵⁸ Para una caracterización de la litigación civil en Chile desde el punto de vista de análisis económico del derecho, véase: MERY (2006) pp. 83-136.

⁵⁹ GENN (2010) p. 8.

⁶⁰ COUTURE (2014) pp. 81-82.

humano. Desde esta perspectiva, sería un derecho que tendría todo individuo para promover sus legítimas pretensiones en el foro que resulte apropiado, o defenderse de las de otros de manera efectiva⁶¹. Segundo, porque debe cumplir funciones relevantes para el Estado de Derecho. Como veremos, la mayor parte de las diversas concepciones que se tiene sobre este principio incluye de alguna u otra manera el acceso a la justicia como uno de sus pilares fundamentales⁶².

Desde este primer punto de vista, resulta relevante definir los contornos del acceso a la justicia como derecho fundamental. Sin embargo, definir exactamente qué se entiende por tal es un desafío complejo en tanto no ha sido definido o garantizado expresamente ni en los instrumentos del sistema universal, interamericano, ni europeo, sino que su construcción ha sido elaborada fundamentalmente de manera jurisprudencial y doctrinaria⁶³. En nuestro país, el acceso a la justicia como derecho fundamental no se encuentra expresamente regulado en la Constitución. Luego, se trata más bien de una construcción normativa que ha realizado la doctrina y jurisprudencia chilena a partir de los artículos 19 N° 3 y 76 de la Constitución⁶⁴, así como de la incorporación o recepción de fuentes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.⁶⁵ Ambas normas son complejas en cuanto a su contenido ya que de ellas se han concebido una serie de derechos e instituciones jurídicas diversas (inexcusabilidad judicial, debido proceso, igualdad ante la ley, derecho a la defensa, etc.), que además por sus características propias, no se tratan de reglas sino más bien de principios y estándares de textura abierta, donde el acceso a la justicia no es sino solo una de estas manifestaciones⁶⁶. Recogiendo la evolución constitucional a nivel nacional (a partir de las Constituciones del siglo XIX), se agrega además la utilización de medios alternativos de resolución de conflictos como la conciliación⁶⁷. Todos estos factores sin duda complican el análisis dado que el desarrollo interpretativo que ha hecho la doctrina y jurisprudencia.

Desde un punto de vista formal, el acceso a la justicia se le suele analizar desde la capacidad efectiva que tendrían o no los individuos para acudir a los tribunales propiamente tales para obtener una resolución justa sobre un conflicto o disputa entre diversos actores⁶⁸. En este sentido, la provisión del proceso judicial como mecanismo de resolución de dispu-

⁶¹ TREBILCOCK *et al.* (2012), p. 3.

⁶² TREBILCOCK *et al.* (2012), p. 3.

⁶³ No fue sino hasta el denominado Tratado de Lisboa del año 2007, en el marco de la Unión Europea, donde menciona este derecho de manera expresa en sus artículos 67 y 81. Esto, al menos en su versión en inglés, en tanto que en la versión en español se habla de tutela judicial. Véase: AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA (2011) p. 15.

⁶⁴ GARCÍA y CONTRERAS (2013) p. 246.

⁶⁵ Así por ejemplo, en las Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, Silva Bascuñán describía la influencia que tuvo la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, en la redacción original del artículo 19 N° 3 y 76. Véase: Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, Sesión 100ª, Celebrada en lunes 6 de enero de 1975, p. 4.

⁶⁶ Siguiendo la famosa distinción de Ronald Dworkin. Véase: DWORKIN (1977) pp. 22-31.

⁶⁷ BATES (1992) p. 166.

⁶⁸ PASTOR (2006) p. 417. En el ámbito nacional, este aspecto restringido del acceso ha sido recogido en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, y se le ha llamado derecho de acceso al órgano jurisdiccional, derecho a la acción, derecho a la tutela judicial, o derecho al proceso. Véase: BORDALÍ (2011) pp. 312, 330.

tas constituye una obligación positiva del Estado como consecuencia de la prohibición de la autotutela. Si es el Estado quién por regla general les impide a las personas dar efectividad a sus derechos por mano propia, es quien entonces debe garantizar la provisión de un servicio judicial⁶⁹. Así por ejemplo, Andrés Bordalí define el acceso a la justicia como "... la exigencia de abrir la 'puerta' de los tribunales a todo tipo de derecho o interés que pueda requerir de tutela estatal"⁷⁰.

En términos de un ámbito más restringido de aplicación, esto es, desde el punto de vista del acceso del individuo a los tribunales de justicia (en oposición a una visión amplia que incluya otros medios de resolución de conflictos⁷¹), este derecho ha sido denominado y asimilado a diversas instituciones procesales y constitucionales. Así, se le ha llamado derecho de acceso al órgano jurisdiccional, derecho a la acción, derecho a la tutela judicial, o derecho al proceso⁷². Concebido el acceso a la justicia como un derecho de los individuos de acudir o de *ser oído* por los tribunales de justicia para la resolución de sus conflictos o necesidades legales⁷³, hay una serie de garantías procesales que van orientadas a que el ciudadano pueda llegar a los tribunales y pueda sostener su caso hasta ver satisfecha su pretensión bajo un criterio de *efectividad*, esto es, de manera que el derecho no sea ilusorio o meramente nominal⁷⁴. A partir de esta idea, particularmente relevante ha sido la relación entre acceso a la justicia y la denominada tutela judicial efectiva, proveniente del artículo 24 de la Constitución Española⁷⁵ y que ha tenido gran influencia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno⁷⁶.

Más allá de las dificultades dogmáticas para delimitar el concepto del acceso a la justicia, pareciera que lo relevante es que tanto a nivel internacional, dentro del sistema universal,⁷⁷ interamericano,⁷⁸ y europeo,⁷⁹ al menos, como también a nivel nacional,⁸⁰ se reconoce que se trata de un derecho humano y que como tal entabla obligaciones tanto po-

⁶⁹ COUTURE (1950) p. 7.

⁷⁰ BORDALÍ (2011) p. 330.

⁷¹ Véase: PNUD (2005) p. 14.

⁷² BORDALÍ (2011) p. 312.

⁷³ En este sentido: Tribunal Constitucional, Rol N° 2688-2014, Sentencia del 27 de enero de 2015, c. 5.

⁷⁴ Tribunal Constitucional, Rol N° 1046-2008, Sentencia del 22 de junio de 2008, c. 20. En el mismo sentido: Tribunal Constitucional, Rol N° 1061-2008, Sentencia del 28 de agosto de 2008, c. 15; Tribunal Constitucional, Rol N° 2438-2013, Sentencia del 10 de abril de 2014, c. 11.

⁷⁵ Artículo 24 N° 1: Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. Sobre la tutela judicial efectiva en la doctrina y jurisprudencia de España, véase: GONZÁLEZ (1984) pp. 44, 45; MONTERO AROCA (2016) p. 197.

⁷⁶ Por más interesante que es este debate acerca de la naturaleza normativa en tanto derecho fundamental, y sobre todo con la idea de focalizar mi trabajo en el objetivo presentado en la introducción, es que he preferido no profundizar en ello. Además, en nuestro país se ha desarrollado ya con bastante profundidad en los siguientes trabajos que sugiero visitar: BORDALÍ (2011) y GARCÍA y CONTRERAS (2013).

⁷⁷ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS (2012) p. 4.

⁷⁸ INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS *et al.* (2010), pp. 18-23.

⁷⁹ AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA (2016) pp. 16-20.

⁸⁰ GARCÍA y CONTRERAS (2013) p. 246.

sitivas como negativas de parte del Estado.⁸¹ Tal como ha sido reconocido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, las contravenciones al derecho de acceso a la justicia no solo pueden provenir de disposiciones legales que la contravengan, sino que también *prácticas de hecho* que deriven en obstáculos pueden constituir violaciones a los derechos consagrados⁸². De esta manera, en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, en base al mismo principio, se ha reconocido que las barreras de acceso pueden ser directas o indirectas, *de iure* o de facto⁸³.

Más allá del de la eliminación o no imposición de barreras u obstáculos que impidan que el individuo pueda llegar a los tribunales, el acceso a la justicia como derecho implica que se creen las condiciones para la protección de los derechos, no solo formalmente sino que de manera efectiva⁸⁴. En nuestro país el Tribunal Constitucional chileno ha señalado que este derecho implica no tan solo la posibilidad de iniciar una acción en tribunales como única forma de garantizarlo, sino que también el *acceso efectivo* a la jurisdicción en todos los momentos de su ejercicio⁸⁵.

Por supuesto, este derecho no tiene un carácter absoluto. De esta manera, el Tribunal Europeo ha desarrollado la idea de que es posible establecer restricciones,⁸⁶ las cuales deben ser analizadas en términos de si las limitaciones impuestas vulneran o no la esencia del derecho de acceso, para lo cual se atenderá al objetivo que persiguen y la relación de proporcionalidad que este guarda con los medios empleados.⁸⁷ En este mismo sentido se ha pronunciado más recientemente la Corte IDH.⁸⁸ La ley podría relativizar o condicionar el

⁸¹ Recalco este punto porque no ha sido siempre así. Por ejemplo, en el ámbito del Consejo de Europa, en el caso *Golder v. United Kingdom* del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, uno de los argumentos del Gobierno era negar la existencia de ese derecho dentro del artículo 6º del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. *GOLDER V. UNITED KINGDOM*. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia de 21 de febrero de 1975, párr. 22.

⁸² *GOLDER V. UNITED KINGDOM*. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia de 21 de febrero de 1975, párr. 26. Este argumento sería profundizado en fallos posteriores: *AIREY V. IRLANDA*. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia del 9 de Octubre de 1979. *MCVICAR V. UNITED KINGDOM*. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia del 7 de Mayo de 2002; *P, C AND S V. UNITED KINGDOM*. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia del 16 de Julio de 2002; *STEEL & MORRIS V. UNITED KINGDOM*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia del 15 de Febrero de 2005.

⁸³ *FERNÁNDEZ ORTEGA Y OTROS VS. MÉXICO*. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 30 de agosto de 2010, párr. 201.

⁸⁴ *JULIUS KLOIBER SCHLACHTHOF GMBH AND OTHERS V. AUSTRIA*. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia del 4 de abril de 2013, párr. 28. AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA (2016) p. 48. En este mismo sentido: *CLAUDE REYES Y OTROS VS. CHILE*. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 19 de septiembre de 2006, párr. 127.

⁸⁵ REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DE *EDUARDO HEMMELMANN TRONCOSO*, RESPECTO DE LOS ARTÍCULOS 38 Y 38 TER DE LA LEY 18.933, EN CAUSA ROL N° 522 - 2009 DE LA CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN (2010): Tribunal Constitucional chileno, Rol N° 1535, 28 de enero de 2010, c. 17, 20.

⁸⁶ *GOLDER V. UNITED KINGDOM*. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia de 21 de febrero de 1975, párr. 38.

⁸⁷ *ASHINGDANE V. UNITED KINGDOM*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia del 28 de mayo de 1985, párr. 57. Más recientemente: *Z Y OTROS V. UNITED KINGDOM*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia de 10 de mayo de 2001, párr. 93.

⁸⁸ MEDINA (2016) p. 250.

ejercicio del derecho en la medida que pueda predicarse razonabilidad o proporcionalidad de la medida⁸⁹. Así, una de las discusiones jurisprudenciales más recurrentes en el Tribunal Constitucional se ha referido a casos donde la ley exige el pago de una proporción de la multa o sanción impuesta por la Administración (la fórmula del *solve et repete*) con resultados diversos dependiendo principalmente de la institución que cursa la multa así como de si la exigencia o barrera impuesta es proporcional o no⁹⁰.

El segundo fundamento de la relevancia de la justicia civil tiene que ver con las funciones que esta debe cumplir para la mantención y fortalecimiento del Estado de Derecho. Asumiendo se trata de una cuestión de grado⁹¹, de acuerdo a Raz entre otros principios básicos como que las leyes deben prospectivas, públicas, y claras, este implica que los tribunales deben ser fácilmente accesibles⁹².

La justicia civil tiene un rol central en varios de los elementos que componen un Estado de Derecho, sobre todo, siguiendo a Waldron, si se pone el énfasis en la importancia en su dimensión formal o procedimental⁹³. Su relevancia no solo se ve en el fortalecimiento de un marco jurídico claro para guiar la conducta de los miembros de la sociedad, sino también en la posibilidad de acceder a la justicia. Los derechos son de poco valor si no se tiene la oportunidad de hacerlos efectivos⁹⁴. En este sentido, el valor de la justicia civil no solo se encuentra en la adjudicación sino en la existencia del proceso judicial mismo. De esta manera, mediante la provisión de un proceso público para la resolución de disputas de manera pacífica, se da sustento a la estabilidad social y al crecimiento económico, en tanto los acuerdos y la vida en sociedad se hacen posibles solo cuando los derechos y responsabilidades poseen un marco claro y posible de hacerlos efectivos⁹⁵.

El Estado de Derecho requiere, entonces, no solo que exista un sistema jurídico, sino que también que sus normas, además de proclamadas, de público conocimiento, claras en contenido⁹⁶, sean efectivamente aplicadas. Para ello no basta con la sentencia judicial. Como digo, el proceso civil mismo es relevante en tanto espacio para debatir públicamente sobre los contornos de los derechos que otorga el ordenamiento jurídico. Las actividades propias de la litigación, en casos simples como complejos, obligan a las partes a tratarse como iguales

⁸⁹ BORDALÍ (2011) p. 330.

⁹⁰ BORDALÍ (2011) p. 330-332. Respecto de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, véase: CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD RESPECTO DEL PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA LA LEY N° 18.410, ORGÁNICA DE LA SUPERINTENDENCIA DE ELECTRICIDAD Y COMBUSTIBLES, Y EL DECRETO CON FUERZA DE LEY N° 1, DE 1982, DE MINERÍA, LEY GENERAL DE SERVICIOS ELÉCTRICOS, CON EL OBJETO DE FORTALECER EL RÉGIMEN DE FISCALIZACIÓN DEL SECTOR (1999): Tribunal Constitucional, 27 de mayo de 1999, c. 7. Más recientemente: REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD PRESENTADO POR COMPAÑÍA ELÉCTRICA DEL LITORAL S.A. RESPECTO DEL ARTÍCULO 19 DE LA LEY N° 18.410, EN LOS AUTOS SOBRE RECURSO DE RECLAMACIÓN, CARATULADOS "COMPAÑÍA ELÉCTRICA DEL LITORAL S.A. CON SUPERINTENDENCIA DE ELECTRICIDAD Y COMBUSTIBLES", DE QUE CONOCE LA CORTE DE APELACIONES DE VALPARAÍSO, BAJO EL ROL N° 927-2013 (2014): Tribunal Constitucional, 7 de agosto de 2014, c. 5-8.

⁹¹ MCCORQUODALE (2010), p. 29.

⁹² RAZ (1979) pp. 215-219.

⁹³ WALDRON (2010) pp. 9-11.

⁹⁴ ZIFCAK (2005) p. 36.

⁹⁵ GENN (2010) p. 3. En el ámbito internacional véase: ZANGL (2008) pp. 828-830.

⁹⁶ CAROTHERS (1998) p. 96. La traducción es mía.

y a intercambiar información respecto de la cual un tercero imparcial será el encargado de dirimir una controversia de relevancia jurídica. El proceso judicial se presenta así como una manera de modificar normas de conducta mediante participación popular y prácticas igualitarias que permiten limitar y controlar tanto el poder público como privado⁹⁷.

La idea de que las normas sean accesibles es que las implicancias legales de las acciones futuras de los individuos son previsibles y conocidas por ellos⁹⁸. Este ideal de certeza se requiere tanto respecto del derecho sustantivo como a nivel de normas del procedimiento⁹⁹.

El Estado de Derecho requiere, entonces, no solo que exista un sistema jurídico, sino que también que sus normas, además de proclamadas, sean efectivamente aplicadas en la práctica. Sin embargo, el derecho en los libros puede diferir del derecho en la práctica si hay un inadecuado acceso a la maquinaria judicial que pueden tener las partes, o porque los tribunales están congestionados, porque los procedimientos son lentos e ineficientes, o porque la respuesta o sanciones que brinda el sistema son inadecuadas o difícilmente ejecutables. Esto es lo a que Atiyah y Summers llaman una “baja formalidad de aplicación” del derecho¹⁰⁰.

Pero la importancia de la justicia civil no está solamente en la adjudicación sino también en la existencia y disponibilidad de un mecanismo al cual recurrir para hacer efectivos los derechos. Así, cuando las personas, por los factores que sean, están menos dispuestas a cumplir con las normas sin algún tipo de presión de parte de los tribunales, habrá por lo tanto menor observancia del derecho. En consecuencia, las disputas tenderán a resolverse fuera de las cortes y menos con recurso a este. Mientras menor efecto tengan las normas legales en la resolución de disputas, menor formalidad estará logrando el sistema legal.¹⁰¹

Los riesgos están en la pérdida de legitimidad del sistema. Esta, de acuerdo a Habermas, se basa en tres pilares: derecho a iguales libertades (concepción de reciprocidad), derechos de membrecía (no pueden obligar al ciudadano a ser miembro pero tampoco privarle esa posibilidad), y la existencia de remedios o garantías para quienes han visto sus derechos vulnerados¹⁰². Es justamente esta última dimensión la que se encuentra en un grave riesgo si se sigue concibiendo la justicia civil sin considerar las necesidades legales en estas materias de una ciudadanía cada vez más empoderada. Una justicia civil que no tenga en consideración la situación de las necesidades legales insatisfechas de la población ni sea capaz de re estructurarse con miras a ampliar su alcance, solo llevará a una mayor pérdida de legitimidad de parte nuestra ciudadanía.

Ninguna de las dos dimensiones hoy en día se refleja en nuestra propia justicia civil. Por una parte, los hallazgos de este estudio empírico confirman, al menos para la jurisdicción de la Corte de Apelaciones de Santiago, que las personas naturales utilizan en una proporción ínfima a la justicia para resolver sus necesidades legales de naturaleza civil. Ello

⁹⁷ RESNIK (2014) p. 10.

⁹⁸ KINLEY (2005) p. 100.

⁹⁹ SCHÖNSTEINER (2011) pp. 119-120.

¹⁰⁰ ATTIYAH y SUMMERS (1987) p. 187.

¹⁰¹ ATTIYAH y SUMMERS (1987) p. 188.

¹⁰² HABERMAS (1996) p. 122.

se refuerza aún más si se toma en consideración los datos de la Encuesta Nacional de Necesidades Jurídicas y Acceso a Justicia, que da cuenta de que este tipo de asuntos es relevante entre la población¹⁰³, y que la mayoría de quienes buscaron una vía para satisfacer estas necesidades no lo hicieron recurriendo al sistema de justicia formal¹⁰⁴. Por el contrario, las personas naturales cuando ocupan un rol ante el sistema de justicia civil es como demandados, aunque en su mayoría ni siquiera comparecen porque no son notificados. Por el otro lado, la homogeneidad del ingreso civil en la cobranza, sumado a la verificación de la hipótesis de que los principales usuarios son fundamentalmente grandes empresas ligadas al sector financiero, dan cuenta de que la proporción de verdaderos conflictos de relevancia jurídica, para todo tipo de usuarios, es ínfima. En consecuencia, la provisión de estándares de conducta previsibles para los diversos actores de la sociedad, esencial para el correcto funcionamiento del Estado de Derecho, en fin, para el cumplimiento del rol público de la justicia civil, es sumamente deficiente. Con razón Jorge Correa, Carlos Peña, y Juan Enrique Vargas, determinan que la justicia civil chilena bajo su estándar de funcionamiento actual, se comporta más bien como un bien privado cuyos beneficios son internalizados predominantemente por las partes, y particularmente por los demandantes. Las externalidades positivas, por otro lado, serían muy menores¹⁰⁵.

Los autores nacionales arriba citados abogan, ante la ineficiencia de la justicia civil, más bien por el uso de medios alternativos al proceso judicial que se basan en la idea de la adjudicación privada. Así, para ellos estos serían mecanismos alternativos como el arbitraje u otros donde predominan los acuerdos, producirían resultados más eficientes en términos de ser producidos a menores costos, especializados y flexibles al tipo de conflicto, más rápidos, acordados, y en general libres de las ataduras de una organización rígida y formal que impondrían factores como la independencia judicial u otras garantías procesales.¹⁰⁶ El problema es que, como vemos, ambas soluciones presentadas por estos autores tienen por objeto privatizar o realzar el valor privado del conflicto, equiparando el proceso judicial a cualquier otro mecanismo de resolución. Pareciera que para estos autores dado que la justicia civil no tendría remedio, no se justificaría que el Estado invierta en mejorarla. La respuesta sería, entonces, promover otras formas alternativas y privadas de justicia.

Haciendo eco al diagnóstico, también en nuestro país pareciera que la tendencia común en políticas judiciales del sector civil ha estado enfocado en la extracción de causas desde los tribunales civiles hacia mecanismos privados de resolución de controversias¹⁰⁷, en la creación de tribunales especializados¹⁰⁸, así como reenfocando el proceso hacia la obtención de acuerdos más que de decisiones judiciales, o haciendo que sean los litigantes quienes deban pagar por la justicia mediante sistemas de recupero de costos¹⁰⁹.

¹⁰³ MINISTERIO DE JUSTICIA (2015) p. 27-30.

¹⁰⁴ MINISTERIO DE JUSTICIA (2015) p. 79.

¹⁰⁵ CORREA *et al.* (2000) pp. 394-398.

¹⁰⁶ CORREA *et al.* (2000) pp. 393-394.

¹⁰⁷ Véase, por ejemplo: GUTIÉRREZ (2008) p. 113.

¹⁰⁸ COSTA (2011) p. 159; EVANS y UGALDE (2014) p. 26.

¹⁰⁹ MERY (2010) pp. 5-6.

Más allá de lo relevante que puede ser incorporar e integrar diversos mecanismos de resolución al sistema de justicia formal, resulta fundamental revalorizar el valor intrínseco del proceso judicial. Tanto la adjudicación como la posibilidad misma de litigar es un factor relevante para sentarse a negociar, sobre todo en un marco normativo claro y con una posibilidad real de hacer efectivos los derechos¹¹⁰. Sobre todo, y como vengo señalando, el proceso judicial es central para la satisfacción del derecho acceso a la justicia concebido como un derecho humano y para el adecuado cumplimiento de estándares de Estado de Derecho, siendo ambas las principales funciones que al respecto debería cumplir la justicia civil y motivar una eventual reforma a la justicia civil.

CONCLUSIONES

La literatura nacional, ya ha criticado el actual procedimiento civil por su carácter formalista, escrito, y lento. Una serie de estudios también muestran una mala percepción y una serie de asuntos que no llegarían a la justicia civil. Haciendo eco de la literatura del movimiento mundial por el acceso a la justicia, sin embargo, es posible señalar que su estado es peor que el que pensábamos. No solo se trata de una justicia inaccesible sino que, además, hoy en día resulta irrelevante (salvo para la cobranza o declaración de incobrabilidad de deudas de poca monta). Luego, de la comparación entre el funcionamiento actual de la justicia civil con las funciones que debería estar cumpliendo, es que se señala que la justicia civil chilena está en crisis.

Sin embargo, las políticas públicas judiciales a partir del retorno a la democracia no se han enfocado en mejorar el funcionamiento de los tribunales civiles. La estrategia, pareciera ser, por el contrario, extraer asuntos de la competencia civil, la cual es vista como socialmente ineficiente¹¹¹. En este sentido, basta ver el presupuesto invertido en la justicia penal, en las reformas en materias de familia y laboral, en la creación de tribunales administrativos especializados, o en la proliferación de sistemas alternativos de resolución de conflicto. Por el contrario, los esfuerzos en lo civil no han pasado de proyectos de código y en reformas legislativas menores y que de todas maneras no buscan modificar el modelo de proceso civil imperante en nuestro país¹¹².

Sin embargo, antes su reforma, debemos cuestionarnos por qué el Estado debería invertir en una reforma a la justicia civil, dadas las condiciones de funcionamiento y de quienes son actualmente sus principales usuarios. Si creemos que el acceso a la justicia civil es un derecho humano y su correcto funcionamiento debe servir para fortalecer y mantener el Estado de Derecho, se hace necesario revalorizar su carácter público. La justicia civil debe ser un espacio abierto donde ambas partes puedan llevar sus casos y luego participar de manera efectiva, colocándose como iguales ante un tercero imparcial obligado constitucionalmente a mantener ciertas condiciones mínimas para el debate, donde sea posible

¹¹⁰ GENN (2010) p. 80.

¹¹¹ CORREA *et al.* (2000) pp. 393-394.

¹¹² Por ejemplo, la Ley N° 20.886, también denominada Ley de Tramitación Electrónica. Esta no cambia el modelo de litigación civil sino que busca mejorar el intercambio de documentos usando medios tecnológicos.

participar del debate público dando claridad y predictibilidad a las normas que componen el ordenamiento jurídico, permitir los acuerdos, reafirmar estándares de conducta futuros para ciudadanos, empresas, agencias públicas, así como limitar y controlar tanto el poder público como privado. Partiendo de la base de la amplia brecha entre el funcionamiento actual el ideal de la justicia civil, el sentido de urgencia se hace bastante más evidente. Los riesgos al final del día están en la pérdida de legitimidad del sistema que demanda la existencia de remedios o garantías para quienes han visto sus derechos vulnerados.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA (2011): *Access to Justice in Europe: an Overview of Challenges and Opportunities* (Luxemburgo, Consejo de Europa).
- AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA (2016): *Handbook on European Law Relating to Access to Justice* (Luxemburgo, Consejo de Europa).
- ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS (2012): *La extrema pobreza y los derechos humanos. Informe de la Relatora Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos* (Naciones Unidas, A/67/278).
- ATTIYAH, P.S. y SUMMERS, Robert S. (1987): *Form and Substance in Anglo-American Law. A Comparative Study of Legal Reasoning, Legal Theory, and Legal Institutions* (Estados Unidos, Oxford University Press).
- BARROS LEZAETA, Luis (1997): *Opiniones de los Sectores Populares Urbanos En Torno a la Justicia* (Santiago, Centro de Desarrollo Jurídico Judicial, Corporación de Promoción Universitaria).
- BATES, Luis (1992): "Acceso a la Justicia y las Personas de Escasos Recursos", *Cuadernos de Análisis Jurídicos*, N° 22, pp. 161-166.
- BORDALÍ, Andrés (2009): "Organización Judicial en el Derecho Chileno: Un Poder Fragmentado", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 36 N° 2: pp. 215-244.
- BORDALÍ, Andrés (2011): "Análisis Crítico de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el Derecho a la Tutela Judicial", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 38 N° 2: pp. 311-337.
- CAPLAN, Bryan, y STRINGHAM, Edward P. (2008): "Privatizing the Adjudication of Disputes", *Theoretical Inquiries in Law*, vol. 9: pp. 503-528.
- CAPPELLETTI, Mauro y GARTH, Bryant (1996): *El Acceso a la Justicia, La Tendencia en el Movimiento Mundial Para Hacer Efectivos los Derechos* (Trad. Mónica Miranda, México, Fondo de Cultura Económica).
- CAROCA, Alex (1997): *Derechos Humanos y Derecho Civil: Una Perspectiva Procesal*, Centro de Desarrollo Jurídico Judicial (Santiago, Corporación de Promoción Universitaria).
- CAROTHERS, Thomas (1998): "The Rule of Law Revival", *Foreign Affairs*, vol. 77 N° 2: pp. 95-106.
- CENTRO DE ESTUDIOS DE JUSTICIA DE LAS AMÉRICAS (2011): *Estudio de Análisis de Trayectoria de las Causas Civiles en los Tribunales Civiles de Santiago. Informe Final* (Santiago, Ministerio de Justicia).

- CERDA, Carlos (1997): “Organicidad y funcionalidad de menor y mínima cuantías en el Derecho chileno”, *Cuadernos de Análisis Jurídico*, Serie Seminarios N° 33: pp. 355-378.
- COLOMBO, Juan (1991): *La Jurisdicción en el Derecho Chileno. Un Aporte al Estudio del Conflicto y sus Formas de Solución* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- CORREA SUTIL, Jorge y BARROS LEZAETA, Luis (1993): *Justicia y Marginalidad, Percepción de los Pobres* (Santiago, Corporación de Promoción Universitaria).
- CORREA SUTIL, Jorge y JIMÉNEZ, María Angélica (1997): “Sistema Judicial y Pobreza, Estudio sobre el Acceso a la Justicia en Argentina, Chile, Perú y Venezuela”, *Cuadernos de Análisis Jurídico*, N° 35.
- CORREA, Jorge, et al. (1999): “Poder Judicial y Mercado”, *Informes de Investigación del Centro de Investigación Facultad de Derecho*, N° 2, Año 1.
- CORREA, Jorge et al. (2000): “¿Es la Justicia un Bien Público?”, *Revista Perspectivas*, vol. 3, N° 2: pp. 389-409.
- COSTA, Ezio (2011): “Los Tribunales Administrativos Especiales en Chile”, *Revista de Derecho*, vol. 27, N° 1, pp. 151-167.
- COUTURE, Eduardo (1950): “The Nature of Judicial Process”, *Tulane Law Review*, vol. XXV, N° 1: pp. 1-28.
- COUTURE, Eduardo J. (2014): *Fundamentos del Derecho Procesal Civil* (Argentina, B de F, Cuarta edición).
- CROLEY, Steven P. (2017): *Civil Justice Reconsidered. Toward a Less Costly, More Accessible Litigation System* (New York, New York University Press).
- DAMAŠKA, Mirjan (1986): *The Faces of Justice and State Authority* (Estados Unidos, Yale University Press).
- DAKOLIAS, María (1995): “A Strategy for Judicial Reform: The Experience in Latin America”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 36: pp. 167-231.
- DOMÍNGUEZ, Juan Pablo (2007): “Reflexiones en torno a la Propuesta de Reforma al Procedimiento Civil Chileno: III. Principios Procesales Relativos al procedimiento”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 34, N° 3: pp. 595-596.
- DWORKIN, Ronald (1977): *Taking Rights Seriously* (Cambridge, Harvard University Press).
- EMG CONSULTORES (2012): *Estudio de Estimación de Ingreso de Causas para el sistema de Justicia Civil bajo el Actual Régimen de Funcionamiento* (Santiago, Ministerio de Justicia).
- EVANS, Eugenio y UGALDE, Francisca (2014): “Algunas Jurisdicciones Especializadas. El Caso del Panel de Expertos Eléctrico y su Importancia para el Debido Juzgamiento”, en: PANEL DE EXPERTOS DE LA LEY GENERAL DE SERVICIOS ELÉCTRICOS (ed.), *Resolución de Discrepancias en el Sector Eléctrico Chileno: Reflexiones a 10 años de la Creación del Panel de Expertos* (Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile) pp. 9-30.
- GALANTER, Marc (2006): “A World Without Trials”, *Journal of Dispute Resolution*, N° 1: pp. 7-33.
- GARCÍA, Gonzalo y CONTRERAS, Pablo (2013): “El Derecho a la Tutela Judicial y al Debido Proceso en la Jurisprudencia”, *Estudios Constitucionales*, Año 11, N° 2: pp. 229-282.
- GARCÍA, José Francisco y LETURIA, Francisco Javier (2006): “Justicia Civil: Diagnóstico, Evidencia Empírica, y Lineamientos para una Reforma”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 33, N° 2: pp. 345-384.

- GONZÁLEZ, Jesús (1984): *El Derecho a la Tutela Jurisdiccional* (Segunda Edición, Madrid, Editorial Civitas).
- GENN, Hazel (2010): *Judging Civil Justice* (Cambridge, Cambridge University Press).
- GUTIÉRREZ, María José (2008): "La Mediación en Salud y el Acceso a la Justicia", *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado*, N° 20, pp. 111-137.
- HABERMAS, Jürgen (1996): *Between Facts and Norms, Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy* (Trad. William Rehg Cambridge, Cambridge The MIT Press).
- INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS *et al.* (2010): *Manual Autoformativo sobre Acceso a la Justicia y Derechos Humanos en Chile* (Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos).
- KAGAN, Robert. A (2003): *Adversarial Legalism. The American Way of Law* (Cambridge, Harvard University Press).
- KINLEY, David (2005): "The Universalizing of Human Rights and Economic Globalization. What Roles for the Rule of Law?", en ZIFCAK, Spencer (ed.), *Globalisation and the Rule of Law* (Gran Bretaña, Routledge) pp. 96-118.
- LETURIA, Francisco Javier (2006): "Ampliación del Ámbito del Arbitraje: Una Solución Estructural para Algunas de los Problemas de la Justicia Civil", en SILVA, José Pedro *et al.* (ed.), *Justicia Civil y Comercial: Una Reforma Pendiente. Bases para el Diseño de la Reforma Procesal Civil* (Santiago, Libertad y Desarrollo, Pontificia Universidad Católica de Chile) pp. 263-312.
- MERY, Rafael (2006): "Una Aproximación Teórica y Empírica a la Litigación Civil en Chile", en SILVA, José Pedro *et al.*, *Justicia Civil y Comercial: Una Reforma Pendiente. Bases para el Diseño de la Reforma Procesal Civil* (Santiago, Fundación Libertad y Desarrollo, Pontificia Universidad Católica de Chile) pp. 83-136.
- MERY, Rafael (2010): "Tasas Judiciales: Una Alternativa Para la Justicia Civil", *Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers*.
- MARINONI, Luiz *et al.* (2010): *Fundamentos del proceso civil. Hacia una teoría de la adjudicación* (Santiago, Abeledo Perrot, LegalPublishing).
- MCCORQUODALE, Robert (2010): "Business, Rule of Law and Human Rights", en MCCORQUODALE, Robert (ed.) *The Rule of Law in International and Comparative Context* (Londres, British Institute of International and Comparative Law); pp. 27-47.
- MEDINA, Cecilia (2016): *The American Convention on Human Rights. Crucial Rights and Their Theory and Practice* (Reino Unido, Intersentia).
- MERRYMAN, John Henry y PÉREZ-PERDOMO, Rogelio (2014): *La Tradición Jurídica Romano-Canónica* (Trad. Eduardo L. Suárez y José María Ímaz, México, Fondo de Cultura Económica, Tercera Edición).
- MICHALIK, Paul (1999): "Justice in Crisis: England and Wales", en ZUCKERMAN, Adrian A. S (edit.), *Civil Justice in Crisis. Comparative Perspectives of Civil Procedure* (New York, Oxford University Press) pp. 117-165.
- MINISTERIO DE JUSTICIA (2012): *Proyecto de ley de nuevo Código Procesal Civil* (Santiago, Ministerio de Justicia).
- MINISTERIO DE JUSTICIA (2015): *Informe Final, Encuesta Nacional de Necesidades Jurídicas y Acceso a la Justicia* (Santiago, Gfk Adimark).

- MONTERO AROCA, Juan (2016): *El Proceso Civil, Los Procesos Ordinarios de Declaración y de Ejecución* (Valencia, Tirant lo Blanch, Segunda Edición).
- MOYER, Thomas J. y STEWART, Emily (2003): “Mediation as a Catalyst for Judicial Reform in Latin America”, *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, vol. 18, N° 3: pp. 619-668.
- NUÑEZ, Raúl (2005): “Crónica sobre la Reforma del sistema Procesal Civil Chileno (Fundamentos, Historia y Principios)”, *Revista Estudios de la Justicia*, N° 6: pp. 175-189.
- OTERO, Miguel (2000): *Derecho procesal civil. Modificaciones a la Legislación 1988-2000* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- PALOMO, Diego (2005): *Proceso Civil Oral: ¿Qué Modelo de Juez Requiere?*, *Revista de Derecho*, vol. XVIII, N° 1: pp. 171-197.
- PASTOR, Santos (2006): *Análisis Económico de la Justicia y Reforma Judicial* (Valencia, Tirant lo Blanch).
- PNUD (2005): *Manual de Políticas Públicas para el Acceso a la Justicia. América Latina y el Caribe* (Buenos Aires, Ediciones del Instituto).
- PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO (2012): *Informe Final. Diseño de un Modelo de Oficial de Ejecución* (Valparaíso, Ministerio de Justicia).
- RAZ, Joseph (1979): *The Authority of Law: Essays on Law and Morality* (Oxford, Clarendon Press).
- RAZ, Joseph (1995): *Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics* (Oxford, Clarendon Press).
- RESNIK, Judith (2014): “Reinventing Courts as Democratic Institutions”, *Daedalus*, vol. 143, N° 3, pp. 9-27.
- RIEGO, Cristián y LILLO, Ricardo (2015): “¿Qué se ha dicho sobre el funcionamiento de la Justicia Civil en Chile? Aportes para la Reforma,” *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 25 (Diciembre de 2015): pp. 9-54.
- RHODES, Deborah L. (2004): “Access to Justice” (New York, Oxford University Press).
- SCHÖNSTEINER, Judith (2011): *Structural Impartiality and The Inter-American Court of Human Rights: Managing The Influence Of Actors, Institutions And Procedures* (University of Essex, British Library).
- TREBILCOCK, Michael *et al.* (ed.) (2012): *Middle Income Access to Justice* (Toronto, University of Toronto Press).
- VANDERSCHUEREN, Franz y OVIEDO, Enrique (ed.) (1995): *Acceso de los Pobres a la Justicia* (Santiago, Ediciones Sur).
- VARGAS, Juan Enrique (2001): “Problemas de los Sistemas Alternos de Resolución de Conflictos como Alternativa de Política Pública en el Sector Judicial”, *Revista Sistemas Judiciales*, N° 2: pp. 1-11.
- VARGAS, Juan Enrique *et al.* (2001): “El Rol del Estado y el Mercado en la Justicia”, *Cuadernos de Análisis Jurídico*, Serie Seminarios N° 42.
- VARGAS, Macarena (2011): “Reflexiones en Torno a la Figura del Oficial de Ejecución”, en LETURIA, Francisco Javier (ed.), *Justicia Civil y Comercial: Una Reforma ¿Cercana?* (Santiago, Ediciones LYD) pp. 471-488.
- WALDRON, Jeremy (2010): “The Rule of Law and the Importance of Procedure”, *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*, N° 234.

- WENSTEIN, Ian (2016): "Access to Civil Justice in America: What Do We Know?", en ESTREICHER, Samuel y RADICE, Joy (ed.), *Beyond Elite Law: Access to Civil Justice in America* (New York, Cambridge University Press) pp. 3-20.
- ZANDER, Michael (1995): "Why Lord Woolf's Proposed Reforms of Civil Litigation Should be Rejected", en ZUCKERMAN, Adrian A. S y CRANSTON, Roos (ed.), *Reform of Civil Procedure. Essays on "Access to Justice"* (Oxford, Clarendon Press) pp. 79-96.
- ZANGL Bernhard (2008): "Judicialization Matters! A Comparison of Dispute Settlement under GATT and the WTO", *International Studies Quarterly*, vol. 52, N° 4: pp. 825-854.
- ZIFCAK, Spencer (2005): "Globalizing the Rule of Law. Rethinking Values and Reforming Institutions", en ZIFCAK, Spencer (ed.), *Globalisation and the Rule of Law* (Gran Bretaña, Routledge): pp. 32-64.
- ZUCKERMAN, Adrian A. S (ed.) (1999): *Civil Justice in Crisis. Comparative Perspectives of Civil Procedure* (New York, Oxford University Press).

JURISPRUDENCIA CITADA

- AIREY v. IRLANDA*. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia del 9 de octubre de 1979.
- ASHINGDANE v. UNITED KINGDOM*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia del 28 de mayo de 1985.
- GOLDER v. UNITED KINGDOM*. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia de 21 de febrero de 1975.
- CLAUDE REYES Y OTROS vs. CHILE*. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 19 de septiembre de 2006.
- CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD RESPECTO DEL PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA LA LEY N° 18.410, ORGÁNICA DE LA SUPERINTENDENCIA DE ELECTRICIDAD Y COMBUSTIBLES, Y EL DECRETO CON FUERZA DE LEY N° 1, DE 1982, DE MINERÍA, LEY GENERAL DE SERVICIOS ELÉCTRICOS, CON EL OBJETO DE FORTALECER EL RÉGIMEN DE FISCALIZACIÓN DEL SECTOR (1999): Tribunal Constitucional, 27 de mayo de 1999.
- FERNÁNDEZ ORTEGA Y OTROS vs. MÉXICO*. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 30 de agosto de 2010.
- MCVICAR v. UNITED KINGDOM*. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia del 7 de Mayo de 2002.
- B,C AND S v. UNITED KINGDOM*. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia del 16 de Julio de 2002.
- REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DE *EDUARDO HEMMELMANN TRONCOSO*, RESPECTO DE LOS ARTÍCULOS 38 Y 38 TER DE LA LEY 18.933, EN CAUSA ROL N° 522 - 2009 DE LA CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN (2010): Tribunal Constitucional chileno, Rol N° 1535, 28 de enero de 2010.
- REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD PRESENTADO POR COMPAÑÍA ELÉCTRICA DEL LITORAL S.A. RESPECTO DEL ARTÍCULO 19 DE LA LEY N° 18.410, EN LOS AUTOS SOBRE RECURSO DE RECLAMACIÓN, CARATULADOS "COMPAÑÍA ELÉCTRICA DEL LITORAL S.A. CON SUPERINTENDENCIA DE ELECTRICIDAD Y COMBUSTIBLES", DE QUE CONOCE

LA CORTE DE APELACIONES DE VALPARAÍSO, BAJO EL ROL N° 927-2013 (2014): Tribunal Constitucional, 7 de agosto de 2014. *STEEL & MORRIS v. UNITED KINGDOM*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia del 15 de Febrero de 2005.

JULIUS KLOIBER SCHLACHTHOF GMBH AND OTHERS v. AUSTRIA. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia del 4 de abril de 2013.

Z Y OTROS v. UNITED KINGDOM, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia de 10 de mayo de 2001.

USO Y ABUSO DE LA DECISIÓN DE NO PERSEVERAR EN EL PROCEDIMIENTO PENAL

USE AND ABUSE OF THE DECISION NOT TO PURSUE THE CRIMINAL PROCEDURE

CARLOS CORREA ROBLES*

RESUMEN: El trabajo tiene por finalidad analizar el origen, finalidad, uso, alcance y limitaciones de la llamada decisión de no perseverar en el procedimiento, contemplada en el artículo 248 letra c) del Código Procesal Penal. Para ello, se ofrece un tratamiento dogmático de la regulación vigente, acompañado de estadísticas sobre la incidencia de esta institución en el sistema procesal penal chileno.

Palabras clave: decisión de no perseverar, proceso penal, sobreseimiento, falta de antecedentes.

SUMMARY: The purpose of this paper is to analyze the origin, purpose, use, scope and limitations of the so-called decision not to pursue the criminal procedure, which is contemplated in Article 248 (c) of the Code of Criminal Procedure. For this purpose, the current regulation is analyzed from a dogmatic perspective, providing jointly statistics on its impact in the Chilean criminal procedure system.

Keywords: decision not to pursue the investigation, criminal proceedings, dismissal, lack of background information.

INTRODUCCIÓN

Para nadie constituye un hecho controvertido, que el sistema de persecución consagrado en el Código de Procedimiento Penal (CdPP) resultaba inadecuado. A las críticas sobre su arcaica estructura de enjuiciamiento inquisitiva, y su patente incompatibilidad con los Derechos y Garantías reconocidos en el ordenamiento jurídico chileno, se sumaban voces que transversalmente apuntaban a su incapacidad para perseguir adecuadamente un enorme número de conductas constitutivas de delito.

Si bien es cierto que en cualquier sistema procesal penal resulta inevitable la existencia de investigaciones que no terminan en la imposición de una condena, el modelo consagrado en el CdPP propendía, además, a que dichos fracasos quedaran en evidencia no en etapas iniciales del procedimiento, sino una vez que el juez del crimen había destinado tiempo y recursos en investigaciones que desde un comienzo percibía como inconducentes.

* Dr. Iur. Freie Universität Berlin. Profesor Asistente, Facultad de Derecho, Universidad Adolfo Ibáñez. Dirección postal: Diagonal Las Torres 2611, Peñalolén, Chile. Dirección electrónica: c.correa@uai.cl. Agradezco a Álvaro Villalonco por sus valiosos aportes bibliográficos y jurisprudenciales. Este artículo es parte de una investigación financiada mediante un proyecto Fondecyt Iniciación (N° 11190036: “*La prueba ilícita en el proceso penal: más allá de la regla de exclusión*”, 2019-2022) cuyo apoyo agradezco en esta nota. Mis agradecimientos van igualmente a los profesores Juan Pablo Aristegui y Mayra Feddersen, por sus sugerencias y comentarios.

Uno de los objetivos propuestos por el legislador con la reforma procesal penal fue precisamente poner término a dicha situación, promoviendo un conjunto de salidas expeditas a investigaciones fallidas, o bien referidas a conductas no merecedoras *a priori* de sanción penal. Producto de ello, el legislador tomó la decisión de flexibilizar el dogma del principio de legalidad, incorporando diversas herramientas destinadas a regular criterios de oportunidad y salidas desjudicializadas al conflicto jurídico-penal. En este sentido, el sistema reformado dotó al Ministerio Público de mecanismos desjudicializados de descompresión del sistema, permitiéndole centrar sus energías y recursos –ante todo– en aquellas investigaciones que presentan perspectivas de éxito¹. La decisión de no perseverar en el procedimiento (DNP), regulada en el artículo 248 letra c) CPP, constituye precisamente uno de aquellos mecanismos con los que actualmente cuenta el Ministerio Público para no seguir adelante con investigaciones agotadas, revestidas de escasas perspectivas de éxito.

El resultado del modelo propuesto, dirigido a desincentivar el cierre tardío de investigaciones inconducentes, ha sido parcialmente exitoso. Como demuestra la estadística empírica que se analizará en este trabajo, pese a que la reforma procesal penal ha permitido disminuir notablemente los plazos de duración de la investigación, la existencia de procedimientos judicializados, y que finalmente son cerrados (definitiva o temporalmente) por falta de antecedentes, aún representa un porcentaje importante del total de causas ingresadas. De este modo, si bien el Código Procesal Penal (CPP) eliminó la figura del sobreseimiento temporal por falta de antecedentes, la creación de una institución parcialmente análoga al mismo, como lo es la decisión de no perseverar en el procedimiento, ha mantenido subsistentes algunas de las ya mencionadas falencias del antiguo sistema.

Para demostrar lo anterior, se analizará la incidencia estadística del uso de la DNP respecto del total de investigaciones ingresadas a nivel nacional, examinando además las cifras de reapertura y cierre definitivo de la investigación, respecto del total de causas en las cuales dos Fiscalías Regionales pertenecientes a la Región Metropolitana, han previamente hecho uso de tal decisión.

Igualmente, a lo largo del trabajo de tratarán los diversos problemas dogmáticos que la apresurada e imperfecta inclusión de la DNP en el CPP ha generado en la práctica.

1. EL SOBRESEIMIENTO TEMPORAL COMO MECANISMO RUTINARIO DE TERMINACIÓN DEL CONFLICTO PENAL EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

El antiguo CdPP establecía en su artículo 409 Nr. 2 que se dará lugar al sobreseimiento temporal “cuando resultando del sumario haberse cometido el delito, no haya indicios suficientes para acusar a determinada persona, como autor, cómplice o encubridor”. Los efectos jurídicos que dicho sobreseimiento generaba, se encontraban a su vez indicados en el artículo 418 de dicho cuerpo legal, el cual establecía que el sobreseimiento temporal “suspende el procedimiento hasta que se presenten mejores datos de investigación o cese el inconveniente legal que haya detenido la prosecución del juicio”.

¹ DUCE y RIEGO (2000) pp. 113 y s.

Como sostuvo la antigua jurisprudencia, “[e]l sobreseimiento temporal técnicamente no es una forma de terminación del juicio, pero importa sí la suspensión de él mientras aparecen mejores datos de investigación o cesa el impedimento legal que detiene la prosecución del juicio, suspensión que no puede mantenerse indefinidamente”². Así, una vez pronunciado el sobreseimiento temporal, el procedimiento penal se paralizaba hasta contar con más y mejores antecedentes probatorios que permitían seguir adelante con el procedimiento, posibilitando finalmente la dictación de un auto acusatorio. De este modo, resta concluir, dicho sobreseimiento no constituía –al menos formalmente– un verdadero *output* al sistema procesal penal, sino simplemente una mantención del *status quo* que se prolongaba en la mayoría de los casos, indefinidamente.

El antiguo sobreseimiento temporal por falta de antecedentes se erigía como la constatación palpable de un fracaso del sistema de persecución penal: la manifestación de un juez del crimen que destinó recursos y tiempo en la investigación de conductas criminales, sin que dichos esfuerzos se hayan traducido en resultados procesales concretos.

Una vez decretado el sobreseimiento temporal, la reapertura de la investigación resultaba a lo menos, incierta. Dicha posibilidad quedaba entregada fundamentalmente a un querellante activo, que no se resignaba ante la insuficiencia probatoria recopilada, o bien, a la buena fortuna de dar con un hallazgo casual en otro procedimiento, que permitiera reactivar una investigación destinada al olvido. En algunos casos, sin embargo, el término formal del procedimiento temporalmente sobreseído se producía tiempo después, generalmente a solicitud del imputado, al invocar su defensa la prescripción de la acción penal como causal de sobreseimiento definitivo.

Evidentemente, el sobreseimiento temporal constituía una solución desventajosa para todos los actores involucrados en el conflicto penal. Para la víctima y la sociedad, este constituía un solapado fracaso de la investigación que no se reconocía formalmente. Respecto del imputado, se mantenía latente la posibilidad de reactivar la persecución en su contra con la incertidumbre que ello implica³, mermando su derecho a ser juzgado en un plazo razonable. Finalmente, desde el punto de vista del sistema, esta salida implicaba mantener un alto número de casos “no completamente cerrados”, con todos los problemas de manejo administrativo que ello acarrea.

Con todo, como demuestra la estadística, tras el retorno a la democracia, el sobreseimiento temporal constituía el principal mecanismo de “término” de investigaciones penales en Chile.

² *CONTRA CABALLERO* (1965) y *CONTRA BOMBÍN* (1969).

³ CARNEVALI y CASTILLO (2011) p. 95.

TABLA 1
Motivos de término de causas penales en juzgados de letras 1992⁴

	Sobreseimiento Temporal	Sobreseimiento Definitivo	Otros Motivos	Sentencias Condenatorias	Sentencias Absolutorias
Drogas	51%	1%	6%	10%	2%
Alcoholes	1%	0,20%	1,80%	96%	1%
Contra la Propiedad	80%	0,30%	13,30%	6%	0,40%
Contra la Vida	35%	1%	22%	38%	4%
Lesiones	64%	1%	26%	8%	1%
Sexuales	72%	1%	15%	10%	2%
Económicos	43%	31%	24,90%	1%	0,10%
Otros	70%	4%	18%	7%	1%

Como demuestra la Tabla 1, en los delitos contra la propiedad, lesiones, delitos sexuales y delitos contemplados en la ley de drogas (delitos de alta connotación pública), más de la mitad de los ingresos totales del sistema, concluían por sobreseimiento temporal. En contraposición a ello, en estos delitos las tasas de condena resultaban bajísimas, no superando el 10% del total de ingresos. Un mayor porcentaje de condenas se percibe en las investigaciones seguidas por delitos contra la vida, con un 38% de sentencias condenatorias y cerca del 35% de sobreseimientos temporales dictados. Las únicas cifras realmente altas de condena, se apreciaban en el juzgamiento de los delitos contemplados en la ley de alcoholes (96%), situación entendible dado que este tipo de procedimientos comenzaban generalmente producto de una situación de flagrancia, resultando la necesidad de investigación adicional posterior, en la mayoría de los casos, nula.

Ahora bien, la extendida práctica del sobreseimiento temporal no solo repercutía en el quehacer diario de los Juzgados de Letras sino que incidía además en el correcto funcionamiento de las Cortes de Apelaciones. Durante la vigencia del CdPP, casi el 90% del trabajo de los tribunales de alzada recaía precisamente en el conocimiento de consultas de sobreseimiento temporal⁵.

Estas cifras permiten entender por qué la existencia y uso del referido sobreseimiento, era percibido –incluso antes del inicio de la discusión en torno a un nuevo código procesal penal– como uno de los principales defectos del sistema entonces vigente. Al respecto, el Senador (y posteriormente, Ministro de Justicia) Hernán Larraín propuso en un foro organizado por la entonces recién creada ONG Paz Ciudadana en 1992, “[r]educir y rigi-

⁴ Fuente: VALDIVIESO *et al.* (1996) p. 28.

⁵ PIEDRABUENA (1999) pp. 38 y 39.

dizar el ámbito del sobreseimiento, impidiendo así el uso generalizado de este por los tribunales, que facilita la libertad de los procesados a raíz de la falta de medios para investigar”⁶. En dicha misma oportunidad, los participantes de aquel encuentro señalaron como una de las tareas pendientes en el área procesal penal, la necesidad de “reducir y regular mejor el sobreseimiento”⁷.

2. DEL OCASO DEL SOBRESEIMIENTO TEMPORAL POR FALTA DE ANTECEDENTES A LA DECISIÓN DE NO PERSEVERAR

El proyecto de CPP presentado originalmente al Parlamento para su discusión, no contemplaba la decisión de no perseverar en el procedimiento⁸. En efecto, el modelo propuesto por el Ejecutivo, distinguía, respecto de las investigaciones incompletas, entre aquellas con posibilidades ciertas de ser reanudadas a partir de la constatación de nuevos antecedentes, de investigaciones con antecedentes insuficientes, pero sin perspectivas futuras de éxito. Respecto de estas últimas, el anteproyecto consagraba una causal de sobreseimiento definitivo: “[c]uando los antecedentes reunidos durante la investigación no fueren suficientes para fundar una acusación y se encontrare vencido el plazo del artículo 337 [plazo para declarar el cierre de la investigación], y no existiere, razonablemente, la posibilidad del surgimiento de nuevos antecedentes que permitan lograr el esclarecimiento de los hechos investigados”.

A contrario sensu, en relación con investigaciones incompletas pero con perspectivas de éxito futuro, el proyecto reconocía una causal específica de sobreseimiento temporal: “[c]uando los antecedentes reunidos durante la investigación no fueren suficientes para fundar una acusación y dicha investigación no pudiere seguir adelante en forma inmediata, habiendo, no obstante, motivos para esperar el surgimiento de nuevos antecedentes con posterioridad”.

Adicionalmente, el proyecto buscaba restringir temporalmente la subsistencia de esta causal de sobreseimiento temporal, disponiendo que transcurrido un año desde su dictación este devenía en definitivo. Por medio de esta limitación, el proyecto buscaba evitar la prolongada incertidumbre procesal que caracterizaba al antiguo sobreseimiento temporal, con las ya mencionadas desventajas para el imputado y en general, para el sistema de persecución penal.

Dicha intención queda de manifiesto en el Mensaje del CPP, el cual sostiene a este respecto que: “[e]n el caso del sobreseimiento temporal, que en el sistema actual constituye la forma de término ampliamente mayoritaria, se ha pretendido limitar con fuerza su aplicación por cuanto se trata de una salida bastante insatisfactoria (...)”.

Aquella propuesta fue aprobada por la Cámara de Diputados.

Fue sin embargo en la Comisión de Legislación del Senado donde el proyecto mutó radicalmente en lo que a esto respecta, incorporándose, en desmedro del sobreseimiento

⁶ LARRAÍN (1994) p. 54.

⁷ FUNDACIÓN PAZ CIUDADANA (1994) p. 67.

⁸ Sobre la historia legislativa del artículo 248 c) CPP, vid. LONDOÑO *et al.* (2003) Tomo II, pp. 343 y ss. Un compendio de la historia y discusión parlamentaria de la DNP se puede ver en: NOVOA (2004) p. 15 y ss.

descrito, una nueva posibilidad de actuación una vez comunicado el cierre de la investigación: la comunicación de la decisión de no perseverar en el procedimiento (DNP). Así, en su segundo informe, dicha instancia legislativa decidió –con el objeto de “salvar las inquietudes debatidas en el seno de esta Comisión”⁹– incluir una nueva alternativa para el fiscal, consistente en no perseverar con el procedimiento por no haberse reunido durante la investigación antecedentes suficientes para fundar una acusación. Esta modificación, consecuentemente, eliminó las mencionadas causales de sobreseimiento definitivo o temporal por falta de antecedentes necesarios para proseguir con el procedimiento, contempladas inicialmente en el proyecto¹⁰. Dicha propuesta se impuso finalmente en la tramitación parlamentaria, dando origen al texto actual del artículo 248 CPP.

Aunque a primera vista sutil, la modificación ya indicada generó un desequilibrio en la estructura misma de la etapa intermedia al introducir una nueva regla cuya regulación, alcances y consecuencias jurídicas resultan –como se expondrá– insuficientes. En este sentido, Horvitz ha señalado acertadamente que la disposición que regula la decisión de no perseverar “resulta completamente extraña en su formulación y en sus efectos a la lógica de instituciones análogas del Código y deja al imputado a merced de actuaciones unilaterales del Ministerio Público”¹¹.

El ejercicio de la decisión de no perseverar por parte del Ministerio Público ha sido objeto de regulación interna por parte de la Fiscalía Nacional, en último término por medio del Oficio FN N° 060/2014¹². En este, el Fiscal Nacional expuso brevemente acerca de la naturaleza jurídica de dicha decisión, refiriendo además a los efectos jurídicos que esta comunicación produce. Dichos aspectos serán tratados separadamente en las secciones siguientes.

3. CONTENIDO, NATURALEZA, Y ALCANCE DE LA DECISIÓN DE NO PERSEVERAR EN EL PROCEDIMIENTO

La comunicación de la decisión de no perseverar en el procedimiento, regulada escuetamente en el artículo 248 letra c) CPP, constituye una prerrogativa exclusiva del Ministerio Público¹³, hecha valer tras el cierre de la investigación y cuyo presupuesto de procedencia recae en investigaciones en las cuales el ente persecutor no logró reunir antecedentes probatorios suficientes para fundar una acusación, pero respecto de las que tampoco es posible considerar la concurrencia de alguna de las causales de sobreseimiento definitivo contenidas en las letras a) y b) del artículo 250 del Código adjetivo. De este modo la DNP se sitúa –probatoriamente– en un punto intermedio entre la “claramente demostrada” inocencia del imputado que presuponen dichas causales de sobreseimiento definitivo, y los

⁹ 2do. Informe Comisión Constitución, Legislación y Justicia y Reglamento del Senado; Discusión Particular, artículo 318. Citado por: LONDOÑO *et al.* (2003) Tomo II, pp. 346 y s.

¹⁰ 2do. Informe Comisión Constitución, Legislación y Justicia y Reglamento del Senado; Discusión Particular, artículo 322. Citado por: LONDOÑO *et al.* (2003) Tomo II, p. 363.

¹¹ HORVITZ y LÓPEZ (2002) Tomo I, p. 587.

¹² Anteriormente, la decisión de no perseverar fue regulada por los Oficios 117 de 2004 y 556 de 2003, en términos similares a la normativa interna actualmente vigente.

¹³ En este sentido: MATURANA y MONTERO (2017) p. 898.

“fundamentos serios” para el enjuiciamiento, estándar que exige la formulación de la acusación de conformidad con el artículo 248 letra b) CPP¹⁴.

Dicha distinción, fundada en un determinado análisis probatorio, se condice con lo resuelto por la Corte de Apelaciones de Santiago la cual sostuvo que la causal de sobreseimiento definitivo se configura cuando los antecedentes probatorios reunidos dan cuenta de un hecho que no resulta constitutivo de delito; en cambio la decisión de no perseverar procederá cuando “los antecedentes probatorios reunidos no logren dar cuenta de la existencia de un hecho constitutivo de delito”¹⁵. Del mismo modo, como sostuvo la Corte de Apelaciones de Concepción, la decisión de no perseverar se fundamenta en no haberse reunido al cierre de la investigación antecedentes suficientes para fundar una acusación, más no en el supuesto (propio del sobreseimiento definitivo) de no ser los hechos investigados constitutivos de delito¹⁶.

En este sentido, la existencia de herramientas de cierre de investigaciones penales con posibilidades de reapertura, se explica –institucionalmente– como una respuesta esperable prevista por el legislador, frente al alto costo que tiene para el fiscal adoptar otro tipo de decisiones en estos casos, costo derivado de la prohibición de doble persecución. Así, por un lado, si el fiscal decide acusar y llevar a juicio un caso probatoriamente débil, corre un elevado riesgo de obtener una sentencia absolutoria. Por otro lado, el costo que el fiscal debe asumir al solicitar el sobreseimiento definitivo resulta similar. En ambos casos, el Ministerio Público se encuentra *a posteriori* incapacitado de reactivar la investigación, a pesar de obtener evidencia incriminatoria de entidad suficiente como para que un tribunal penal pueda condenar.

De este modo, el costo que genera el ejercicio de la DNP para la fiscalía será comparativamente más bajo que la aplicación de las salidas antes referidas, al constituir una solución respecto de la cual los alcances de la prohibición de doble persecución –como veremos más adelante– no se conciben del mismo modo. Así, en estos casos, el costo de la incertidumbre probatoria se transfiere del Estado, al imputado.

En cuanto a su naturaleza jurídica, puede discutirse si esta corresponde a una resolución judicial adoptada por un tribunal, o bien, a una decisión autónoma del órgano persecutor, no sometida al escrutinio del Juez de Garantía.

Sustentando la primera postura, la Corte Suprema, pronunciándose sobre un recurso de queja incidente en una decisión de no perseverar, otorgó naturaleza jurisdiccional a dicha decisión, señalando que: “la resolución que tiene por comunicada la decisión del Ministerio Público de no perseverar en el procedimiento, es una actuación de carácter jurisdiccional por haber sido dictada por el Juez de Garantía en el ejercicio de sus funciones”. Consecuentemente, prosigue el máximo tribunal, “al ser de aquellas resoluciones que hacen

¹⁴ Por ello, resulta evidente la afirmación de Núñez, en orden a que en los casos en que se ha comunicado una DNP, la prueba recopilada es incapaz de lograr convicción del tribunal de juicio oral. NÚÑEZ (2002) p. 150.

¹⁵ NARANJO CON NILO (2015).

¹⁶ ARAYA CON VIDAL (2015).

imposible la prosecución del procedimiento es susceptible de ser impugnada por el recurso de apelación"¹⁷.

En idéntico sentido, alguna antigua jurisprudencia de Cortes de Apelaciones atribuía naturaleza jurídica de resolución a la decisión de no perseverar. Así por ejemplo, la Corte de Apelaciones de Rancagua sostuvo que en aquellos casos en los cuales el Fiscal invoca en audiencia la decisión de no perseverar en el procedimiento, necesariamente debe el Juez de Garantía pronunciarse al respecto, ya sea admitiendo o rechazando dicho requerimiento del Fiscal¹⁸.

Aún más lejos en esta dirección ha llegado la Corte de Apelaciones de San Miguel, tribunal que sostuvo: "[q]ue la naturaleza jurídica de la decisión contenida en la letra c) del artículo 248 del Código Procesal Penal, se aviene con los elementos propios de un auto, toda vez que se trata de una resolución que establece derechos en favor de una de las partes, mas no en forma permanente y conclusiva como lo hace una sentencia definitiva o interlocutoria"¹⁹.

Contrario a dicha posición, el ejercicio de la decisión de no perseverar corresponde a una actuación autónoma del Ministerio Público²⁰, que no requiere aprobación o ratificación por parte del órgano jurisdiccional²¹ y que no precisa estar acompañada de antecedentes que la fundamenten²².

En concordancia con dicha postura, sostiene el Fiscal Nacional en el referido Oficio FN N° 060/2014, que esta decisión "no implica ningún efecto similar al de la cosa juzgada". Lo anterior se explica, a juicio de la máxima autoridad del Ministerio Público, en la naturaleza administrativa que posee esta declaración, la cual no puede en sus efectos homologarse a la decisión de un órgano jurisdiccional²³.

En esta misma línea, ha sostenido la Corte de Apelaciones de Coyhaique, revocando la resolución de un Juez de Garantía que rechazó citar a los intervinientes a audiencia para que el Ministerio Público comunicara la decisión contemplada en el artículo 248 letra c) CPP, que no cabe dentro de las prerrogativas del tribunal inmiscuirse en facultades propias del ente persecutor, como lo es el ejercicio de la referida decisión, aun cuando considere que la adopción de esta resulta errada o equivocada²⁴. Igualmente, la Corte de Apelaciones

¹⁷ SILVA CON MENDEZ (2009).

¹⁸ CONTRA FREDES (2004).

¹⁹ MINISTERIO PÚBLICO CON ARENAS (2010).

²⁰ Como sostiene RODRÍGUEZ (2015) p. 230, la DNP constituye una actuación administrativa manifestada en forma de un dictamen que expresa una opinión sobre el punto que se trata.

²¹ La historia del CPP indica que durante la discusión parlamentaria el Senado expresamente se manifestó por excluir al Juez de Garantía de la posibilidad de pronunciarse sobre el mérito de esta decisión (PFEFFER (2001) p. 263). En este sentido se ha pronunciado además el Tribunal Constitucional al sostener que el ejercicio de la DNP "no está sujeto a aprobación del JG", MINISTERIO PÚBLICO CON CATALÁN (2014).

²² Dicha naturaleza netamente administrativa que reviste la DNP ha sido cuestionada reiteradamente ante el Tribunal Constitucional, el cual en su jurisprudencia reiterada ha reafirmado la constitucionalidad del artículo 248 letra c) CPP: MINISTERIO PÚBLICO CON CATALÁN (2014); GONZÁLEZ CON ACUÑA (2010); RUIZ CON RETTIG (2010). En contra: MENESES CON PERRY (2008).

²³ En este sentido: MATURANA Y MONTERO (2017) p. 898.

²⁴ CONTRA VARGAS (2008).

de San Miguel sostuvo que la DNP constituye un: “acto de mera comunicación, exclusivo y privativo del órgano persecutor, se trata de una medida de orden administrativo, respecto de la cual no está facultado para pronunciarse el juez de garantía, sino solo ponerla en conocimiento de los demás intervinientes”²⁵.

La misma Corte de Apelaciones capitalina sostuvo que el Juez de Garantía, “no tiene facultades para tener por no comunicada la decisión de no perseverar del Ministerio Público”, así como tampoco puede compelerlo a que formalice la investigación contra los imputados, “por cuanto son facultades privativas, exclusivas y excluyentes del ente persecutor”²⁶. Idéntico criterio ha sido recientemente sostenido por la Corte de Apelaciones de Concepción al sostener que al Juez de Garantía no le cabe evaluar el mérito de la DNP, ni tampoco posee atribución alguna en el sentido de pronunciarse respecto de tal decisión, ni aprobándola ni rechazándola²⁷.

Pese a lo anterior, y a partir de las (muchas veces indeseadas) consecuencias sociales que dicha decisión genera en términos de la percepción de eficacia del sistema persecutorio, la Fiscalía Nacional ha exigido en el Oficio FN N° 060/2014 para el ejercicio de esta facultad, el cumplimiento de requisitos administrativos adicionales a los establecidos por el legislador. En efecto, para el empleo de la DNP se ha requerido que esta decisión cuente “con un fundamento plausible”. Por último, en caso que los hechos involucrados se encontraran sancionados con pena afflictiva, se estipula su revisión por parte de la Unidad de Asesoría Jurídica Regional correspondiente, y la aprobación de la decisión por parte del Fiscal Regional respectivo.

Una vez comunicada la DNP, esta generará los efectos jurídicos indicados en el artículo 248 inciso final CPP: dejará sin efecto la formalización de la investigación decretada, dará lugar a la revocación de las medidas cautelares impuestas y reanudará el cómputo de la prescripción de la acción penal, el cual continuará corriendo, finaliza la disposición, “como si nunca se hubiere interrumpido”. De este modo, la decisión de no perseverar no pone realmente término al procedimiento. Este efecto solo se logrará en estos casos, a falta de reapertura, por medio del sobreseimiento definitivo.

4. ¿CONSTITUYE LA FORMALIZACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN UN PRESUPUESTO DE APLICACIÓN DE LA DECISIÓN DE NO PERSEVERAR EN EL PROCEDIMIENTO?

Un asunto especialmente discutido en la doctrina y la jurisprudencia, dice relación con la posibilidad de comunicar la decisión de no perseverar, sin que previamente la investigación haya sido formalizada. Dicha controversia constituye una de las principales consecuencias de la escueta regulación legal de la institución que se analiza. En efecto, respecto de la oportunidad procesal en la cual el fiscal puede comunicar la decisión de no perseverar, el Código solo menciona que dicha alternativa podrá ser adoptada por el fiscal “dentro de

²⁵ MINISTERIO PÚBLICO CON NN (2008).

²⁶ MINISTERIO PÚBLICO CON ROJAS Y OTROS (2010).

²⁷ ESCOBAR CON GATICA (2018).

los diez días siguientes al cierre de la investigación”, debiendo el juez posteriormente (artículo 249 CPP) llamar a los intervinientes a audiencia para tales efectos.

Para algunos autores²⁸, la decisión de no perseverar solo puede adoptarse en aquellos casos en los cuales la investigación se encontrare previamente formalizada. Para llegar a tal conclusión esgrimen distintos fundamentos. En primer lugar, la ubicación sistemática en la que se encuentra tratada la decisión de no perseverar en el CPP presupondría una formalización previa. En efecto, el artículo 248 c) CPP, única disposición que regula la decisión de no perseverar, se encuentra contenida dentro del párrafo 7° del Título I Libro segundo del CPP, referido a la conclusión de la investigación. Así, la regulación de dicho párrafo comienza señalando (artículo 247 inc. 1°) que el fiscal deberá proceder al cierre de la investigación transcurrido el plazo de dos años “desde que la investigación ha sido formalizada”.

Igualmente, de acuerdo a esta primera postura, la exigencia de formalización previa concuerda con lo señalado por el artículo 248 letra b) CPP, disposición que solo permite formular acusación en contra de quien se hubiere previamente formalizado la investigación, siendo el ejercicio de la DNP, entonces, asimilable a dicha hipótesis.

Del mismo modo, se ha sostenido a favor de esta tesis que los efectos que de acuerdo a la ley genera la comunicación de la decisión de no perseverar solo se entienden si se produjo previamente la formalización de la investigación²⁹. Así, el inciso final del artículo 248 CPP señala como efectos de la comunicación de la decisión de no perseverar, en primer lugar, la revocación de las medidas cautelares decretadas; atendido que las medidas cautelares personales, por definición, afectan derechos de los imputados, requieren necesariamente de formalización previa. Una medida cautelar personal decretada sin formalización, sabemos, resulta improcedente en nuestro sistema procesal penal. El segundo y tercer efecto que genera la decisión de no perseverar dicen también relación directa con la formalización de la investigación. En este sentido, el ejercicio de la decisión de no perseverar trae como consecuencia el que la formalización de la investigación sea dejada sin efecto, y además, que el plazo de la prescripción de la acción penal continúe corriendo como si nunca se hubiere interrumpido, resultados directamente atribuibles a la comunicación de cargos establecida en el artículo 233 letra a) CPP.

Por último, podría argumentarse en esta línea que si no se ha formalizado, no tendría sentido adoptar esta decisión, al no existir plazo alguno que le exija al fiscal cerrar una investigación.

La postura contraria ha sido sostenida por Maturana y Montero³⁰ y por el ex Fiscal Nacional Guillermo Piedrabuena, quien ha sido explícito en admitir la posibilidad de comunicar la decisión de no perseverar aún sin formalización previa³¹. Al respecto, afirma dicho autor, que los ya mencionados efectos consagrados en el CPP aplicables respecto de la decisión de no perseverar, serían eventuales y solo tendrán lugar cuando la investigación efectivamente se encontrara formalizada. Para sustentar su posición, entrega el ex Fiscal

²⁸ CAROCCA (2009) p. 139; ORELLANA (2009) pp. 63 y ss.

²⁹ En este sentido: ORELLANA (2009) p. 69.

³⁰ MATURANA y MONTERO (2017) p. 903.

³¹ PIEDRABUENA (2011) pp. 122 y ss.

una razón que denomina de índole práctico: el CPP no ofrece salida alguna a investigaciones no formalizadas, las cuales a pesar de no ser susceptibles de acusación ni sobreseimiento, no pueden ser archivadas provisionalmente ni someterse a una salida alternativa.

En un sentido similar, la Fiscalía Nacional ha manifestado –en el ya mencionado Oficio– su parecer a favor de esta última posibilidad. Para ello refiere fundamentalmente a la dificultad de generar salidas eficaces para aquellos casos en los cuales pese a no existir antecedentes suficientes para seguir adelante con el procedimiento, no resulta posible recurrir a salidas tempranas (como lo sería, paradigmáticamente, el archivo provisional), por haber intervenido el juez de garantía.

La jurisprudencia ha sido vacilante en lo que respecta a la exigencia de formalización previa como requisito de procedencia de la decisión de no perseverar, decantándose en los últimos años por la negativa³².

La Corte de Apelaciones de Rancagua sostuvo que para comunicar la decisión de no perseverar debe haberse previamente formalizado la investigación. No habiéndose efectuado esta comunicación de cargos, constituiría el ejercicio de la DNP tanto un error del fiscal al momento comunicar dicha decisión, como del juez de garantía al permitir dicha comunicación en audiencia³³. A una idéntica conclusión ha llegado la Corte de Apelaciones de Antofagasta³⁴.

Por el contrario, la Corte Suprema³⁵ y la Corte de Apelaciones de San Miguel³⁶, sostuvieron que resulta discutible estimar como requisito para ejercer la decisión de no perseverar el hecho de encontrarse frente a investigaciones formalizadas, no siendo ello –concluyen– un requisito indispensable³⁷. En esta misma línea, la Corte de Apelaciones de San Miguel sostuvo que para el ejercicio de la DNP no necesariamente tiene que encontrarse la investigación formalizada³⁸. Del mismo modo, prosigue, sería un contrasentido exigir al ente persecutor formalizar la investigación para que después comunique una DNP. La misma Corte de Apelaciones capitalina afirmó que el Ministerio Público es el organismo competente para determinar la procedencia de la comunicación de la decisión de no perseverar en la investigación, “sin que el juez de garantía tenga facultades para exigirle que previamente formalice”. Concluye la sentencia señalando que exigir una formalización previa “contemplaría requisitos no establecidos en la ley, desconociendo el espíritu general de la legislación procesal”³⁹. Años después, la misma Corte de Apelaciones, sostuvo que la deci-

³² Excepcionalmente, la jurisprudencia reiterada de la Corte de Apelaciones de Concepción (*ESPARZA CON GARRIDO* (2012), *ROJAS CON HASBÚN* (2012), *ARAVENA CON LARRAÍN* (2011) y *VALENZUELA CON HERNÁNDEZ* (2009)) se ha manifestado en este sentido.

³³ *MARTÍNEZ CON CRUZ* (2007).

³⁴ *MARTÍNEZ CON JUZGADO DE GARANTÍA* (2007).

³⁵ *CONTRA PAEZ* (2004).

³⁶ *EXPORTEC S.A. CON RUSIÑOL Y OTROS* (2008).

³⁷ Voto en contra del abogado integrante Sr. Jara, para quien la formalización de la investigación constituye un requisito indispensable para hacer valer la DNP por parte del Ministerio Público.

³⁸ *DUBOY CON TORRES* (2008).

³⁹ *COMPAÑÍA DE TELECOMUNICACIONES DE CHILE S.A. CON NN* (2008).

sión de no perseverar corresponde a una prerrogativa entregada privativamente al Ministerio Público, “la cual puede ser ejercida aún sin que se haya formalizado la investigación”⁴⁰.

Al respecto, creemos que si bien el inciso final del artículo 248 del citado Código, al referirse a los efectos que produce la comunicación de la decisión de no perseverar, efectivamente razona sobre la base de una investigación formalizada, ello no significa que la investigación necesariamente deba encontrarse en dicho estado para poder ejercer la citada facultad. En efecto, el único requisito contemplado en la ley para comunicar la DNP corresponde al cierre de la investigación; comunicado este, se haya o no formalizado la investigación, será técnicamente posible para el fiscal comunicar la decisión.

El principal problema de sustentar una interpretación estricta de los preceptos del Código Procesal Penal, afirmando que la DNP solo puede comunicarse una vez formalizada la investigación, es que desconoce el peso de la realidad, generando una situación de indefensión para el imputado. Así, ante la imposibilidad de decretar el sobreseimiento definitivo (pues existe alguna evidencia incriminatoria) o el archivo provisional (pues ya ha intervenido el juez de garantía), la única salida posible (sin DNP) sería precisamente una no-solución: dejar la causa *de facto* paralizada, esperando el transcurso del plazo de la prescripción, con la incertidumbre que ello genera para el imputado y en general, para el resto de los intervinientes en el proceso penal. Por el contrario, una vez comunicada la DNP tendrá la defensa la certeza de que la investigación ya agotada, no ha arrojado resultados que permitan continuar (al menos, de momento) con la persecución. De este modo, en muchos casos la DNP se erige como la única (o al menos, la mejor) salida disponible para el imputado frente a una investigación inconducente, en la cual ya no resulta posible recurrir a otros mecanismos procesales contemplados por el legislador para dar tratamiento a casos similares.

Del mismo modo (como acertadamente han sostenido la Corte de Apelaciones de Concepción⁴¹ y la Corte de Apelaciones de Antofagasta) tampoco sería coherente exigir al Ministerio Público formalizar la investigación exclusivamente para poder comunicar la decisión de no perseverar en el procedimiento⁴². En efecto, si se tiene en consideración que de acuerdo a lo previsto en el artículo 232 del CPP, en la audiencia de formalización deberá el fiscal exponer verbalmente los cargos que presentare en contra del imputado, si se exige dicha formalización como requisito para la DNP, aquella actuación devendría en un acto desprovisto de sentido, constituyendo una inaceptable instrumentalización de la misma.

Por último, cabe señalar que los efectos de la DNP vinculados directamente con la formalización de la investigación son eventuales, no produciéndose estos respecto de investigaciones no formalizadas. Si bien las consecuencias contempladas en el artículo 248 CPP resultan indudablemente beneficiosas para el sujeto investigado, al no ser necesario decretar su procedencia en los casos no formalizados, no se dejará al imputado en una situación más desventajosa de la que se encontraba antes de comunicarse la DNP.

⁴⁰ MINISTERIO PÚBLICO CON SILVA Y CALDERÓN (2014). En este sentido, además: Corte de Apelaciones de Copiapó en CAROLA SOCIEDAD MINERA CONTRACTUAL CON HARAMBILLET (2007).

⁴¹ VALENZUELA CON HERNÁNDEZ (2009).

⁴² CARRASCO CON MORENO (2007).

La relevancia de esta discusión no constituye un tópico meramente académico, sino que posee incidencia práctica. La postura que a este respecto se adopte podría repercutir en el alcance y requisitos de procedencia del forzamiento de la acusación, institución regulada en el artículo 258 CPP.

En este sentido, aunque se admita –como aquí se sostiene– la procedencia de la decisión de no perseverar sin necesidad de formalización previa, ello no permite autorizar automáticamente el forzamiento de la acusación en todos aquellos casos en los cuales se ha comunicado la decisión del artículo 248 letra c) CPP. Por el contrario, estimamos que la formalización de la investigación constituye un requisito ineludible para el ejercicio del forzamiento de la acusación⁴³: la comunicación al imputado de los hechos por los cuales se encuentra investigado y de la calificación jurídica que a esos hechos el Ministerio Público le atribuye, corresponde a un acto indispensable en el ejercicio del derecho a defensa, constituyendo así un presupuesto ineludible del libelo acusatorio interpuesto por el querellante particular. En efecto, tal como sostiene el artículo 259 inciso final CPP, la acusación solo puede referirse a hechos y personas incluidos en la formalización de la investigación. Una acusación interpuesta por el querellante sin formalización previa, transgredirá dicho requisito al no encontrarse sometida a límite imputativo alguno distinto de la mera voluntad del acusador.

Esta última posición ha sido respaldada por la jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional, el cual reiteradamente ha señalado que la formalización de la investigación constituye un requisito de procedencia ineludible para forzar la acusación⁴⁴.

5. ¿EN QUÉ ESTADO DEBE ENCONTRARSE LA INVESTIGACIÓN PARA PODER COMUNICAR LA DECISIÓN DE NO PERSEVERAR?

Aquellos casos en los cuales el Ministerio Público ha decidido comunicar una DNP, reflejan un estado de duda por parte del ente persecutor, respecto de la suficiencia de la prueba de cargo recopilada. A partir del examen del material probatorio recabado durante la investigación, en estos casos la fiscalía sitúa la posición del imputado en un estado en el cual los antecedentes no resultan suficientes para solicitar el sobreseimiento definitivo de la causa (pues no resulta clara la inexistencia del delito y/o la ausencia de participación punible del imputado en este), pero a su vez, estos no permiten fundar una acusación⁴⁵ al considerarse *a priori* insuficientes para destruir en juicio oral la presunción de inocencia que asiste al acusado.

Para arribar a dicha conclusión la investigación debe encontrarse agotada, no quedando diligencias probatorias pendientes de ser realizadas, exigencia que se manifiesta en la obligación de parte del Ministerio Público de hacer todo lo que esté a su alcance a fin de

⁴³ En este sentido: AGUILERA (2011) pp. 66 y s. En contra: RODRÍGUEZ y PINO (2015) pp. 376 y ss.; ORELLANA (2009) pp. 79 y s.

⁴⁴ Entre otras: GONZÁLEZ CON ACUÑA (2010); MUÑOZ Y OTROS CON MINISTERIO PÚBLICO (2012); MINISTERIO PÚBLICO CON CATALÁN (2014); MOLINA CON SVILANOVICH (2016); CORTES CON PUERTO (2017). Además en idéntico sentido en la judicatura ordinaria: CONTRA RIVAS Y OTROS (2013); MUSLEH CON GUTIÉRREZ (2015); RIVAS CON LOZANO (2016); MINISTERIO PÚBLICO CON ANGULO (2017). Al respecto, vid.: PIEDRABUENA (2011) pp. 128 y ss.

⁴⁵ RODRÍGUEZ (2015) p. 226.

clarificar los hechos denunciados. Lo anterior se desprende expresamente del tenor literal del artículo 248 inc. 1° CPP, en tanto reconoce como un requisito para proceder al cierre de la investigación, el que las diligencias necesarias hayan sido practicadas. De este modo, la labor indagatoria del fiscal al momento de decretar la decisión, debe haber ya cesado. En este sentido, podemos concluir que una vez que el persecutor ha ejercido la DNP no se encuentra facultado para llevar a cabo actuaciones investigativas, ni para solicitar una autorización dirigida a practicar nuevas diligencias, no encontrándose tampoco facultado para reevaluar el mérito de la investigación ya concluida.

Ello ha sido expresamente esgrimido por el Tribunal Constitucional al sostener que “[e]l fiscal al momento de aplicar DNP (*sic*) tiene que haber practicado todas las diligencias necesarias para la averiguación del hecho punible y sus realizadores”⁴⁶.

En concordancia con la opinión aquí sustentada, las Cortes de Apelaciones de Puerto Montt y de San Miguel afirmaron que el fiscal antes de adoptar la decisión de no perseverar, se encuentra obligado a efectuar todas las diligencias posibles para la averiguación de los hechos que serían constitutivos de delito, y la participación punible que al imputado le ha cabido en ellos⁴⁷. Lo anterior, constituiría “un presupuesto legal para que el Ministerio Público ejerza dicha facultad”⁴⁸.

Señalado lo anterior, surge inmediatamente la pregunta respecto de los mecanismos de control referidos a dicha exigencia. Atendida la naturaleza administrativa que posee la DNP, no resulta posible exigir al Juez de Garantía que verifique la concurrencia de dicho requisito en la audiencia de estilo. Ello, sabemos, importaría una indebida intromisión del juzgador respecto de la investigación y del ejercicio de una decisión autónoma adoptada por el persecutor. La completitud de la investigación, como requisito de procedencia de la DNP, debiese ser regulada a nivel interno por parte de la Fiscalía Nacional, pudiendo –por ejemplo– los intervinientes controlar su concurrencia por medio de una revisión jerárquica, ante el Fiscal Regional⁴⁹. Esta propuesta además se encuentra en sintonía con lo establecido en el artículo 258 respecto del forzamiento de la acusación, posibilitando en este caso el legislador un control jerárquico de los antecedentes como presupuesto de aplicación de dicha institución.

6. REAPERTURA DE LA INVESTIGACIÓN CON POSTERIORIDAD A UNA DECISIÓN DE NO PERSEVERAR: LÍMITES Y RESGUARDO ANTE EVENTUALES ABUSOS

Como adelantamos, un elemento central que distingue a la decisión de no perseverar del sobreseimiento definitivo, y obviamente de la sentencia que se dicte en el juicio oral, es

⁴⁶ MINISTERIO PÚBLICO CON CATALÁN (2014).

⁴⁷ CONSTRUCTORA CERRO MORENO LTD CON GUTIÉRREZ (2014) y SII CON ELIESSETCH (2012).

⁴⁸ MINISTERIO PÚBLICO CON NN (2008B).

⁴⁹ Dicha solución, somos conscientes, no deja de ser problemática atendida la limitada incidencia práctica que posee el fiscal regional respecto de las decisiones adoptadas por sus subalternos. Un mecanismo eficaz de control por parte del Ministerio Público presupone una profunda reforma al sistema de designación de autoridades de dicho organismo y la implementación de mecanismos efectivos de control que permitan garantizar una efectiva revisión de decisiones a nivel interno.

que la mencionada decisión –en tanto acto no jurisdiccional– no genera (en principio) el efecto propio de la cosa juzgada⁵⁰.

En consecuencia, a la luz de la normativa vigente no existe formalmente impedimento procesal alguno para que el Ministerio Público reabra una investigación respecto de la cual previamente ha comunicado la DNP, formalizando (en algunos casos, nuevamente) al imputado, acusándolo y, eventualmente, llevándolo a juicio oral⁵¹. De este modo, la posibilidad de reactivar el procedimiento paralizado por DNP, una vez se reúna más y/o mejor prueba, constituye una posibilidad indesmentible⁵² aunque, como veremos, escasamente recurrente en la práctica.

En concordancia con dicha opinión, la Corte de Apelaciones de Valdivia sostuvo que resultando la inocencia de los imputados “no tan evidente” (*sic*), es posible que el Ministerio Público en el futuro logre reunir las pruebas necesarias para vencer el principio de inocencia, con lo cual “está latente la posibilidad de reiniciar la persecución penal mediante una nueva formalización por los mismos hechos y respecto de las mismas personas”⁵³. Idéntico criterio ha sido sustentado por la Corte de Apelaciones de Talca al afirmar que la decisión del Ministerio Público de no perseverar en el procedimiento no significa que se hubiere puesto término al mismo, “de modo que una vez que se reúnan datos bastantes (*sic*) sobre el particular puede el procedimiento continuar”⁵⁴. En esta misma línea, la Corte de Apelaciones de Concepción sostuvo recientemente que: “es importante considerar que el hecho que el fiscal haga uso de la facultad de no perseverar en el procedimiento, no es impedimento para que pueda iniciarse una investigación contra la misma persona, por los mismos hechos, mientras no prescriba la acción penal. El ejercicio de esta facultad no produce el efecto de cosa juzgada, otorgando al Ministerio Público la posibilidad de reabrir la investigación y formalizar al mismo imputado por los mismos hechos, siempre que exista mérito suficiente para aquello, y (...) no se encuentre prescrita la acción penal”⁵⁵.

Al respecto, ha sostenido la Fiscalía Nacional en el Oficio FN N° 060/2014 que: “no existe impedimento legal alguno que prohíba una nueva formalización en contra de aquel imputado, por los mismos hechos, en caso que existiera mérito suficiente para que el Ministerio Público adoptara tal decisión”.

La reapertura de la investigación concluida por DNP deberá, para ser atendible, sujetarse a ciertos límites derivados de la concepción garantista del proceso penal vigente. En este sentido, la reapertura de la investigación tras haberse comunicado una DNP, como sostiene la jurisprudencia antes citada, procederá solo en tanto exista mérito suficiente para ello. Al respecto, entendemos que dicho requisito se satisface únicamente cuando la decisión se sustente en prueba incriminatoria antes desconocida, allegada a la investigación tras su cierre, de una entidad suficiente que permita al fiscal justificadamente formalizar (en

⁵⁰ Vid. CAROCCA (2000) pp. 396 y ss.

⁵¹ En este sentido: ORELLANA (2009) p. 62. En la jurisprudencia: ARAYA CON VIDAL (2015).

⁵² CAROCCA (2000) pp. 396 y ss; MATURANA y MONTERO (2017) p. 900 y ss.

⁵³ CONTRA ALVAREZ Y SALVATIERRA (2009).

⁵⁴ LAUTARO CON JUEZ DE GARANTÍA (2005).

⁵⁵ ESCOBAR CON GÁTICA (2018).

ciertos casos, nuevamente) la investigación. Dichos elementos probatorios podrán tener su origen, por ejemplo, en hallazgos causales obtenidos con ocasión de investigaciones distintas, del mero azar o bien, del actuar de un tercero, y que finalmente llegan a conocimiento de la Fiscalía y posean la entidad suficiente como para revertir la situación de hecho que generó la decisión.

En concordancia con ello, la Fiscalía Nacional sostiene que solo se podrá reactivar una investigación en casos en los cuales se ejerció una DNP, cuando se tuvieren “antecedentes suficientemente contundentes y que realmente puedan justificar dicha decisión”, previa aprobación de la Fiscalía Regional correspondiente.

Dicho requisito no se satisface en aquellos casos en los cuales una vez comunicada la DNP, el Ministerio Público decide reabrir la investigación en base al mismo material probatorio con el que antes contaba. Así, frente a la ausencia de antecedentes nuevos que justifiquen la reapertura, el Ministerio Público debe mantener cerrada la investigación, sin que le sea posible justificar la reapertura, por ejemplo, a partir de un cambio de criterios de apreciación de los antecedentes recopilados o de alguna nueva línea jurisprudencial o doctrinaria que le sea favorable y que permita apreciar de manera distinta el material probatorio ya recopilado.

Lo anteriormente expuesto constituye una manifestación clara del efecto de cosa juzgada que (más allá de la sentencia definitiva o el sobreseimiento definitivo) revisten ciertas actuaciones del proceso penal, las cuales una vez producidas, impiden una doble persecución⁵⁶. En este sentido, la imposibilidad de reactivar la persecución en base a los mismos antecedentes que fundamentaron en su momento la decisión de no perseverar, otorga seguridad jurídica al imputado en tanto impide dar pie a una doble persecución. La paralización del procedimiento mientras se mantengan las condiciones que dieron lugar a la DNP generará la paralización del procedimiento y con ello una verdadera cosa juzgada provisoria, cuyos efectos se mantendrán inalterados mientras no se incorporen elementos probatorios que, reiteramos, permitan sustentar una nueva imputación.

Erróneo resulta en consecuencia lo resuelto por la Corte de Apelaciones de Coyhaique al sostener que: “(...) no puede sino concluirse que el Ministerio Público, luego de comunicar su decisión de no perseverar en un procedimiento, puede válidamente formalizar más tarde al mismo imputado, pese a que no cuente con nuevos antecedentes y se valga para hacerlo de los mismos que sirvieron para su formalización inicial (...)”⁵⁷.

Dicho criterio no resulta admisible, pues implica consumir un verdadero abuso en el empleo de dicha institución, instrumentalizándola –por ejemplo– para dar respuesta a aquellos casos en los cuales el mero cambio de criterio a nivel institucional permitiría reactivar el procedimiento, o bien, supuestos en los cuales la Fiscalía producto de su desidia o negligencia, no solicitó o bien no llevó oportunamente a cabo diligencias probatorias. De este modo, la (eventualmente segunda) formalización sustentada en base a idénticos antece-

⁵⁶ Al respecto: ROMERO (2006) pp. 135 y ss., quien cita como ejemplo de cosa juzgada más allá de los casos tradicionalmente considerados el efecto de la nulidad procesal establecido en el artículo 165 inc. 3° CPP.

⁵⁷ CONTRA PAILLACAR (2006).

dentes a los que ya existían con anterioridad al ejercicio de la DNP, podrá ser considerada arbitraria de conformidad con lo dispuesto en el artículo 232 inc. final del CPP.

Atendida la falta de regulación expresa por parte del legislador respecto de la posibilidad de reabrir el procedimiento, en la práctica, la conclusión efectiva del procedimiento se producirá como consecuencia del mero transcurso del término de la prescripción de la acción penal, tras lo cual deberá decretarse el sobreseimiento definitivo de la causa por el motivo establecido en el artículo 250 letra d) del CPP⁵⁸. Sin perjuicio de ello, el sobreseimiento decretado por prescripción de la acción no constituye la única posibilidad de finalizar el conflicto penal. A la misma conclusión deberá arribarse cuando con posterioridad al ejercicio de la DNP, surjan antecedentes probatorios que permitan demostrar fehacientemente la inocencia del imputado, configurando ello otra hipótesis de sobreseimiento definitivo, a saber la causal del artículo 250 letra b) del CPP⁵⁹.

La investigación reabierta encuentra igualmente límites en lo referido a su extensión. Nuevamente, con el fin de evitar un abuso en el ejercicio de esta facultad, resulta necesario reducir el plazo máximo de duración de la investigación "reabierta y reformalizada" a lo sumo, al saldo que reste para completar el máximo legal de 2 años establecido en el artículo 247 inc. 1° CPP⁶⁰. Siendo este el plazo fatal absoluto para decretar el cierre de la investigación, resultará improcedente conceder su ampliación producto de una nueva formalización.

Un último límite en la facultad del Ministerio Público para reabrir la investigación, se encuentra en la cosa juzgada generada a partir de un procedimiento en el cual el querellante ha forzado la acusación, dictándose posteriormente sentencia definitiva en juicio oral. Desde luego, la facultad reconocida en el artículo 258 CPP a favor del querellante, cuyo origen puede encontrarse en el uso de la decisión de no perseverar, resulta incompatible con la reapertura de la investigación. Forzada la acusación, la causa será finalmente resuelta en un juicio oral generándose de este modo una preclusión por incompatibilidad de la posibilidad de reabrir la investigación por parte del fiscal. Finalizado el juicio oral, cualquiera sea el resultado de este, podrá la defensa oponer la excepción de cosa juzgada en caso que el Ministerio Público desee reactivar el procedimiento ante la presencia de nueva y mejor prueba.

7. INCIDENCIA ESTADÍSTICA DE LA REAPERTURA DE LA INVESTIGACIÓN EN EL TOTAL DE INVESTIGACIONES EN LAS CUALES LAS FISCALÍAS REGIONALES METROPOLITANA ORIENTE Y OCCIDENTE HAN HECHO USO DE LA DNP

La reapertura de la investigación en aquellos casos en los cuales el Ministerio Público previamente comunicó una DNP constituye, en términos estadísticos⁶¹, una realidad indesmentible aunque escasamente utilizada.

⁵⁸ En este sentido, HORVITZ y LÓPEZ (2002) Tomo I, p. 587.

⁵⁹ En este sentido: MINISTERIO PÚBLICO CON CARILLANCA (2009) y MATTE CON MARTÍNEZ (2010).

⁶⁰ NOVOA (2004) p. 19.

⁶¹ La selección de las Fiscalías Regionales Metropolitana Oriente y Occidente como objeto de muestra se justifica a partir del alto volumen de ingresos que manejan, representando entre ambas poco menos del 20% total de ingresos a nivel nacional.

Así, de acuerdo a información entregada vía Ley de Transparencia por parte de la Fiscalía Regional Metropolitana Oriente y Occidente⁶², y cuyo detalle se expone a continuación (Tablas 2 y 3), en los últimos 10 años, la Fiscalía Oriente comunicó la decisión de no perseverar en más de 32.000 casos. A este respecto, de acuerdo a la información proporcionada, durante el periodo de tiempo indicado, dicha Fiscalía Regional decidió en cerca de solo el 2% de estos casos reabrir la investigación y posteriormente formular acusación.

De las 574 oportunidades en las cuales el Ministerio Público decidió formular acusación, solo 279 casos terminaron finalmente en una sentencia condenatoria, lo cual representa un 1,64% del total de causas en las que se ejerció la DNP.

Por su parte, la tasa de sobreseimientos definitivos decretados tras la DNP, resulta igualmente baja, alcanzando en el periodo de tiempo cubierto solo 691 casos, lo cual representa un 2,15 % del total de las causas con DNP comunicada.

Similares cifras se observan en la Fiscalía Regional Metropolitana Occidente, donde de un total de 44.918 DNP comunicadas en la última década, solo en 685 casos se decretó sobreseimiento definitivo, representando ello solo un 1,52% del total, mientras que las sentencias condenatorias y absolutorias alcanzaron un 1,64% y un 0,49% del total de causas no perseveradas, respectivamente.

TABLA 2

Causas seguidos ante la Fiscalía Regional Metropolitana Oriente en los cuales se comunicó la DNP; con posterioridad a la comunicación de la decisión de no perseverar se sobreseyó definitivamente, o bien se dictó sentencia definitiva absolutoria o condenatoria

Fiscalía Regional Metropolitana Oriente	
Causas en las cuales se comunicó la DNP entre 2009 y enero de 2019	32.129
Causas con DNP respecto de las cuales posteriormente se dictó el sobreseimiento definitivo	691
Causas con DNP respecto de las cuales posteriormente se dictó sentencia condenatoria	279
Causas con DNP respecto de las cuales posteriormente se dictó sentencia absolutoria	35

⁶² Carta DER-OR N° 032-2019 de 23 de abril de 2019, sobre folio 8623-2019 y carta DER-OR N° 052-2019 de 24 de mayo de 2019, sobre folio 8988-2019.

TABLA 3

Causas seguidos ante la Fiscalía Regional Metropolitana Occidente en los cuales se comunicó la DNP; con posterioridad a la comunicación de la decisión de no perseverar se sobreseyó definitivamente, o bien se dictó sentencia definitiva absolutoria o condenatoria.

Fiscalía Regional Metropolitana Occidente	
Causas en las cuales se comunicó la DNP entre 2009 y enero de 2019	44.918
Causas con DNP respecto de las cuales posteriormente se dictó el sobreseimiento definitivo	685
Causas con DNP respecto de las cuales posteriormente se dictó sentencia condenatoria	739
Causas con DNP respecto de las cuales posteriormente se dictó sentencia absolutoria	222

Las estadísticas expuestas permiten concluir que en la práctica, la comunicación de la decisión de no perseverar representa de facto, en la inmensa mayoría de los casos en los cuales se ha hecho uso de tal decisión, el término efectivo de la investigación y del procedimiento penal, asimilándose a este respecto al antiguo sobreseimiento temporal del CdPP. Aquellos casos en los cuales la investigación es reabierta, generándose una salida distinta de la DNP (sentencia definitiva o sobreseimiento definitivo) representan, estadísticamente hablando, una proporción ínfima del total.

8. SALIDAS INSATISFACTORIAS AL CONFLICTO PENAL IRRESOLUTO

Pese a lo anteriormente expuesto, el antiguo sobreseimiento temporal y la actual decisión de no perseverar no son analogables en cuanto a su alcance respecto del total de ingresos.

Por el contrario, como se expone a continuación (Tabla 4), a nivel nacional el uso de la decisión de no perseverar, a diferencia del antiguo sobreseimiento temporal, constituye un mecanismo de salida escasamente utilizado en la práctica, alcanzando una incidencia promedio cercana a solo el 3,5% del total de los casos ingresados al sistema.

Ello se puede explicar a partir de la diversificación de salidas judiciales y extrajudiciales al conflicto penal de las cuales actualmente dispone el Ministerio Público, representando la DNP solo una de estas posibilidades (en conjunto por ejemplo, con el archivo provisional, el principio de oportunidad y la facultad de no iniciar la investigación). Lo anterior representa una notable diferencia respecto del modelo antes vigente, en el cual el sobreseimiento temporal se erigía prácticamente como la única salida distinta de la sentencia definitiva.

Con todo, en la última década el porcentaje total de causas terminadas facultativamente (esto es, mediante una decisión autónoma de la fiscalía), ha alcanzado un promedio de incidencia (Tabla 5) de cerca de 56% sobre el total de causas ingresadas. Dicha cifra resulta indudablemente más baja que el porcentaje total de sobreseimientos temporales previos al año 2000 respecto del total de ingresos, y desde luego, de todas aquellas causas que no terminaban con sentencia definitiva. Así, el sistema actual, a pesar de la diversidad de herra-

mientas de terminación que este reconoce, es capaz de resolver por vía judicial más del 40% de los casos, resultando a este respecto indiscutiblemente más eficiente que su predecesor.

TABLA 4

Número total a nivel nacional de casos ingresados, y decisiones de no perseverar comunicadas entre los años 2009 y 2018⁶³

Año	Casos ingresados	Número de DNP	Porcentaje DNP respecto del total
2009	1.276.296	46.764	2,92%
2010	1.247.104	45.675	2,95%
2011	1.378.873	53.454	3,04%
2012	1.323.645	55.175	3,21%
2013	1.301.138	51.686	3,23%
2014	1.304.657	55.444	3,56%
2015	1.288.526	56.641	3,69%
2016	1.269.105	56.436	3,65%
2017	1.275.335	53.977	3,71%
2018	1.331.351	59.962	3,88%

TABLA 5

Número total a nivel nacional de casos ingresados, causas terminadas judicialmente (es decir, por medio de la decisión adoptada por un Tribunal) y causas terminadas facultativamente (es decir, por medio de la decisión adoptada por el Ministerio Público) entre los años 2009 y 2018⁶⁴

Año	Casos ingresados	Causas terminadas	Causas terminadas judicialmente	Porcentaje términos judiciales	Causas terminadas facultativamente	Porcentaje términos facultativos
2009	1.276.296	1.676.923	666.394	41,62%	934.901	58,38%
2010	1.247.104	1.617.958	657.455	42,45%	891.333	57,55%
2011	1.378.873	1.838.027	737.251	41,87%	1.023.391	58,13%
2012	1.323.645	1.790.554	739.920	43,11%	976.495	56,89%
2013	1.301.138	1.667.697	730.892	45,75%	866.839	54,25%
2014	1.304.657	1.624.698	681.304	43,79%	874.387	56,21%
2015	1.288.526	1.606.528	682.447	44,44%	853.367	55,56%
2016	1.269.105	1.623.598	653.918	42,32%	891.124	57,68%
2017	1.275.335	1.537.706	625.177	42,97%	829.732	57,03%
2018	1.331.351	1.639.921	623.494	40,37%	920.788	59,63%

⁶³ Fuente: MINISTERIO PÚBLICO (2009-2018).

⁶⁴ Fuente: MINISTERIO PÚBLICO (2009-2018).

9. A MODO DE CONCLUSIÓN: PROPUESTAS DE SOLUCIÓN

Como señalamos al comienzo de este trabajo, el modelo originalmente propuesto de Código Procesal Penal contaba con tres mecanismos destinados resolver el destino de investigaciones concluidas e incompletas: las desaparecidas causales de sobreseimiento definitivo y temporal, justificadas a partir de la falta de antecedentes suficientes para poder seguir adelante con el procedimiento, y el archivo provisional. Este último mecanismo, solo puede ser ejercido por el fiscal (de conformidad a lo dispuesto en los artículos 167 inciso 1° y 233 letra c) CPP *a contrario sensu*), respecto de investigaciones en las cuales no se hubiere producido la intervención del juez de garantía.

El diseño propuesto fue mutilado tras la eliminación de las ya mencionadas causales de sobreseimiento definitivo y temporal por falta de antecedentes, subsistiendo de este solo el archivo provisional, con la referida limitación⁶⁵. Así, actualmente el fiscal solo puede acudir al archivo provisional en etapas preliminares del procedimiento, sin que le sea posible invocarlo tras solicitar diligencias investigativas que requieran de la autorización judicial previa de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 9° CPP, encontrándose igualmente vedada la posibilidad de archivar la causa cuando se haya interpuesto una querrela y desde luego, tras la formalización de la investigación.

El recurso a la DNP, procedente en estos casos, se plantea como una solución residual, capaz de hacerse cargo de la incertidumbre de mantener una investigación eternamente abierta a la espera de la prescripción de la acción. Sin perjuicio de ello, la regulación actual de este cierre provisional, carece tanto del límite temporal para reabrir que establecía el eliminado sobreseimiento temporal, como de la certeza propia del sobreseimiento definitivo originalmente propuesto.

Por lo anterior, se propone en primer lugar, ampliar el ámbito de aplicación del archivo provisional, permitiendo su utilización en todos aquellos casos en los cuales ha intervenido el juez de garantía, pero aún no se encuentra formalizada la investigación.

Del mismo modo, podría discutirse la ampliación del sobreseimiento (definitivo y temporal), a efectos de permitir poner término a investigaciones incompletas, en el sentido expuesto en el anteproyecto de CPP. Sin embargo, dicha idea no resulta del todo satisfactoria. En efecto, incluir una causal de sobreseimiento temporal que deje abierta la puerta a una futura reapertura del procedimiento tras la recopilación de nuevos antecedentes probatorios, podría afectar la estructura del sistema al permitir al Juez de Garantía inmiscuirse en el mérito de la investigación al momento de resolver si existen o no antecedentes suficientes como para reabrir la causa. Lo anterior, resulta ajeno a un sistema en el cual el control de mérito de la investigación recae en el Ministerio Público.

⁶⁵ Existen razones de fondo que asimilan en la práctica, el archivo provisional, con un sobreseimiento definitivo no declarado formalmente. El archivo provisional se ha consolidado como un tipo de término que no siempre se aplica para la finalidad para la que fue diseñado (esperar a la existencia de más antecedentes para reabrir el caso). Las grandes áreas críticas en la aplicación de los mismos son el bajo nivel de análisis de la información existente que permita reabrir los casos y la deficitaria política de comunicación con la víctima. CENTRO DE ESTUDIOS DE JUSTICIA DE LAS AMÉRICAS (CEJA) (2017) p. 4.

Pese a ello, resulta aconsejable –en pos del adecuado resguardo de ciertas garantías del imputado– restaurar la distinción entre investigaciones incompletas con y sin perspectivas futuras de éxito: la decisión de no perseverar debiese reservarse exclusivamente para las primeras, limitándose temporalmente en su duración. De este modo, se propone que la investigación respecto de la cual se ha comunicado una DNP pueda reabrirse solo durante un año contado desde el ejercicio de dicha decisión. Transcurrido dicho plazo sin que hayan surgido nuevos y mejores antecedentes, el tribunal debiese dictar de oficio o a solicitud de cualquiera de los intervinientes el sobreseimiento definitivo.

Respecto de la segunda categoría, esto es investigaciones concluidas sin posibilidades esperables de éxito, se propone restaurar la descartada causal de sobreseimiento definitivo propuesta en el anteproyecto. No existiendo perspectivas razonables de proseguir con el procedimiento, el costo de dicha incertidumbre debiese transferirse directamente al Estado y no recaer en un imputado que de lo contrario deberá esperar (posiblemente por años), hasta que la causa sea finalmente sobreseída por prescripción.

La solución planteada a este respecto (sobreseimiento definitivo sin plena acreditación de la inocencia del imputado), no resulta del todo ajena al derecho vigente. En efecto, el reformado artículo 277 inciso final CPP permite actualmente al Ministerio Público solicitar el sobreseimiento definitivo de la causa en aquellos casos en los cuales la exclusión de prueba genere la imposibilidad de lograr una sentencia condenatoria en juicio oral. Dicho sobreseimiento, se justifica en estos casos, no a partir de la completa inocencia del imputado, sino que deriva directamente de una insuficiencia probatoria, situación asimilable a aquella investigación respecto de la cual el Ministerio Público actualmente ha decidido hacer uso de la DNP. Así, en estos casos, el estándar probatorio que permitiría decretar el sobreseimiento definitivo por falta de prueba, verosimilitud, debiese resultar ostensiblemente menor al contemplado en el artículo 250 letras a) y b) CPP, correspondiente –según se ha resuelto⁶⁶– al establecido en el artículo 340 CPP.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AGUILERA, Daniela (2011): “La participación de la víctima en la persecución penal oficial. Análisis a partir de la jurisprudencia del tribunal constitucional”, *Revista de derecho Universidad Católica del Norte*, año 18, N° 2: pp. 51-72.
- CARNEVALI, Raúl y CASTILLO, Ignacio (2011): “El estándar de convicción de la duda razonable en el proceso penal chileno, en particular la relevancia del voto disidente” *Revista Ius et Praxis*, año 17, N° 2, pp. 77-118.
- CAROCCA, Alex (2009): *El nuevo sistema procesal penal chileno* (Santiago, Legal Publishing, quinta edición).
- CAROCCA, Alex (2000): *Etapa intermedia o de preparación el juicio oral en el nuevo proceso penal chileno* (Santiago, Editorial Jurídica Conosur).
- CENTRO DE ESTUDIOS DE JUSTICIA DE LAS AMÉRICAS (CEJA) (2017): “Resumen Ejecutivo: “Desafíos de la Reforma Procesal Penal en Chile: análisis retrospectivo a más de una

⁶⁶ MINISTERIO PÚBLICO CON VALDÉS (2016).

- década". Disponible en: https://www.cejamericas.org/Documentos/2017/RPPChileResumenEjecutivo_CEJA.pdf
- DUCE, Mauricio y RIEGO, Cristián (2000): "La etapa de la investigación en el nuevo proceso penal", en CAROCCA, Alex, DUCE, Mauricio, RIEGO, Cristián, BAYTELMAN, Andrés y VARGAS, Juan Enrique, *Nuevo proceso penal* (Santiago, Editorial Jurídica ConoSur) pp. 93-137.
- FUNDACIÓN PAZ CIUDADANA (1994): *Foro político sobre seguridad pública (septiembre 1993)*. Disponible en: <https://pazciudadana.cl/download/71111/>
- HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián (2002): *Derecho Procesal Penal Chileno*, Tomo I (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- LARRAÍN, Hernán (1994): "El derecho a la paz", en: Fundación Paz Ciudadana, *Foro político sobre seguridad pública (septiembre 1993)* pp. 49-56. Disponible en: <https://pazciudadana.cl/download/71111/>
- LONDOÑO, Fernando *et al.* (2003): *Reforma Procesal Penal. Génesis, historia sistematizada y concordancias*, Tomo II: Código Procesal Penal, Libro Segundo (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- MATURANA, Cristián y MONTERO, Raúl (2017): *Derecho Procesal Penal* (Santiago, Librotecnia, tercera edición).
- MINISTERIO PÚBLICO (2009-2018): "Boletines estadísticos anuales del Ministerio Público". Disponibles en: <http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/estadisticas/index.do>.
- NOVOA, Juan Pablo (2004): "Análisis de la facultad del Ministerio Público de no perseverar en la investigación", *Revista Procesal Penal*, N° 27: pp. 13-24.
- NÚÑEZ, Cristóbal (2003): *Tratado del proceso penal y del Juicio Oral* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- ORELLANA, Nicolás (2009): "Comentarios sobre la procedencia de comunicar la decisión de no perseverar por parte del ministerio público, sin que la investigación esté cerrada y formalizada de acuerdo a lo establecido en el artículo 229 del código procesal penal", *Ars Boni et Aequi*, N° 5: pp. 59-81.
- PFEFFER, Emilio (2001): *Código procesal penal: anotado y concordado* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- PIEDRABUENA, Guillermo (1999): *El recurso de apelación y la consulta* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- PIEDRABUENA, Guillermo (2011): "La formalización de la investigación, la decisión de no perseverar y el forzamiento de la acusación, en relación a los derechos de la víctima que-rellante", *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado*, N° 26: pp. 109-136. Disponible en: https://www.cde.cl/wps/wcm/connect/663e67b8-6bc5-4fb4-8041-e89dc-d0a3e12/rev+26_8+la+formalizacion+de+la+investigacion+la+decision+de+no+perseverar+el+forzamiento+de+la+acusacion.pdf?MOD=AJPERES
- RODRÍGUEZ, Manuel y PINO, Octavio (2015): "Análisis de la (in)eficacia del principio de obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal en la etapa preliminar del proceso penal chileno", *Revista de derecho Universidad Católica del Norte*, año 22, N° 1: pp. 351-399.
- RODRÍGUEZ, Manuel (2015): "Análisis de la (in)eficacia del principio de obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal en la etapa intermedia en el proceso penal chileno", *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. XXVIII, N° 1: pp. 217-239.

- ROMERO, Alejandro (2006): “La fundamentación de la sentencia como elemento del debido proceso”, En: Instituto Libertad y Desarrollo, *Sentencias destacadas 2005: Una mirada desde la perspectiva de las políticas públicas* pp. 121-148. Disponible en: <https://lyd.org/wp-content/uploads/2016/12/pp-121-148-La-fundamentacion-de-la-sentencia-como-elemento-del-debido-proceso-ARomero.pdf>
- VALDIVIESO, Carlos *et al.* (1996): Reforma Procesal Penal: Análisis costo – beneficio. Disponible en: <https://pazciudadana.cl/download/6427/>

JURISPRUDENCIA CITADA

- CONTRA CABALLERO* (1965): Corte Suprema, 16 de junio de 1965 (recurso de casación en el fondo), en Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 62, Sección 4a, p. 191.
- CONTRA BOMBÍN* (1969): Corte Suprema, 14 de abril de 1969 (recurso de casación en el fondo), en Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 66, Sección. 4a, p. 77.
- CONTRA FREDES* (2004): Corte de Apelaciones de Rancagua, 11 de noviembre de 2004 (recurso de apelación) en <http://www.pjud.cl>, código de búsqueda Rol N° 145, fecha de consulta 28 de julio de 2019.
- CONTRA PAEZ* (2004): Corte Suprema Segunda Sala, 10 de agosto de 2004 (recurso de nulidad) en <http://www.pjud.cl>, código de búsqueda Rol N° 2109-2004, fecha de consulta 30 de julio de 2019.
- LAUTARO CON JUEZ DE GARANTÍA* (2005): Corte de Apelaciones de Talca, 1 de septiembre de 2005 (recurso de apelación) Rol N° 367-2005, en Thomson Reuters, código de búsqueda CL/JUR/199/2005, fecha de consulta 30 de julio de 2019.
- CONTRA PAILLACAR* (2006): Corte de Apelaciones de Coyhaique, 13 de noviembre de 2006 (recurso de apelación) Rol N° 102-2006, en Thomson Reuters, código de búsqueda CL/JUR/47/2006, fecha de consulta 28 de julio de 2019.
- CAROLA SOCIEDAD MINERA CONTRACTUAL CON HARAMBILLET* (2007): Corte de Apelaciones de Copiapó, 6 de febrero de 2007 (recurso de apelación) en Thomson Reuters, código de búsqueda CL/JUR/320/2007, fecha de consulta 11 de mayo de 2019.
- CARRASCO CON MORENO* (2007): Corte de Apelaciones de Antofagasta, 10 de julio de 2007 (recurso de apelación) Rol N° 135-2007, en Thomson Reuters, código de búsqueda CL/JUR/1328/2007, fecha de consulta 29 de julio de 2019.
- MARTÍNEZ CON CRUZ* (2007): Corte de Apelaciones de Rancagua, 16 de febrero de 2007 (recurso de apelación) en <http://www.pjud.cl>, código de búsqueda Rol N° 5-2007, fecha de consulta 28 de julio de 2019.
- MARTÍNEZ CON JUZGADO DE GARANTÍA* (2007): Corte de apelaciones de Antofagasta, 14 de marzo de 2007 (recurso de apelación), Rol N° 8-2007 en Thomson Reuters, código de búsqueda CL/JUR/676/2007, fecha de consulta 29 de julio de 2019.
- COMPAÑÍA DE TELECOMUNICACIONES DE CHILE S.A. CON NN* (2008): Corte de Apelaciones de San Miguel, 20 de noviembre de 2008 (recurso de apelación) en Thomson Reuters, código de búsqueda CL/JUR/5590/2008, fecha de consulta 28 de julio de 2019.

- CONTRA VARGAS* (2008): Corte de Apelaciones de Coyhaique, 26 de septiembre de 2008 (recurso de apelación) Rol N° 79-2008, en Thomson Reuters, código de búsqueda CL/JUR/3622/2008, fecha de consulta 28 de julio de 2019.
- DUBOY CON TORRES* (2008): Corte de Apelaciones de San Miguel, 15 de diciembre de 2008 (recurso de apelación) Rol N° 1552-2008, en Thomson Reuters, código de búsqueda CL/JUR/5593/2008, fecha de consulta 29 de julio de 2019.
- EXPORTEC S.A. CON RUSIÑOL Y OTROS* (2008): Corte de Apelaciones de San Miguel, 22 de julio de 2008 (recurso de apelación) Rol N° 685-2008, en Thomson Reuters, código de búsqueda CL/JUR/5573/2008, fecha de consulta 29 de julio de 2019.
- MINISTERIO PÚBLICO CON NN* (2008): Corte de Apelaciones de San Miguel, 20 de noviembre de 2008 (recurso de apelación) Rol N° 1444-2008, en <http://www.pjud.cl>, código de búsqueda Rol N° 1444-2008, fecha de consulta 7 de agosto de 2019.
- MINISTERIO PÚBLICO CON NN* (2008b): Corte de Apelaciones de San Miguel, 25 de noviembre de 2008 (recurso de apelación) Rol N° 1450-2008, en Thomson Reuters, código de búsqueda CL/JUR/5592/2008, fecha de consulta 29 de julio de 2019.
- REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD PRESENTADO POR EL SEÑOR RODRIGO MENESES FARÍAS RESPECTO DEL ARTÍCULO 230 INCISO PRIMERO DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL, EN LA CAUSA RIT 179-2005 SEGUIDA EN EL PROCESO SOBRE DELITO DE FALSIFICACIÓN DE INSTRUMENTO PRIVADO CARATULADA MENESES CON PERRY* (2008): Tribunal Constitucional chileno Rol N° 815-2008, 19 de agosto de 2008.
- CONTRA ALVAREZ y SALVATIERRA* (2009): Corte de Apelaciones de Valdivia, 24 de marzo de 2009 (recurso de apelación) Rol N° 93-2009, en Thomson Reuters, código de búsqueda CL/JUR/8386/2009, fecha de consulta 30 de julio de 2019.
- MINISTERIO PÚBLICO CON CARILLANCA* (2009): Corte de Apelaciones de San Miguel, 24 de marzo de 2009 (recurso de apelación) Rol N° 261-2009, en Thomson Reuters, código de búsqueda CL/JUR/8299/2009, Fecha de consulta 24 de julio de 2019.
- SILVA CON MENDEZ* (2009): Corte Suprema Segunda Sala, 26 de febrero de 2009 (recurso de queja) en <http://www.pjud.cl>, código de búsqueda Rol N°6742, fecha de consulta 30 de julio de 2019.
- TORRES CON CARRASCO Y OTROS* (2009): Corte de Apelaciones de Concepción, 13 de agosto de 2009 (recurso de apelación) en <http://www.pjud.cl>, código de búsqueda Rol N° 368-2009, fecha de consulta 24 de julio de 2019.
- VALENZUELA CON HERNÁNDEZ* (2009): Corte de Apelaciones de Concepción, 23 de diciembre de 2009 (recurso de apelación) en Vlex, código de búsqueda 242770682, fecha de consulta 24 de julio de 2019.
- MATTE CON MARTÍNEZ* (2010): Corte de Apelaciones de Santiago, 11 de agosto de 2010 (recurso de apelación) Rol N° 1580-2010, en Thomson Reuters, código de búsqueda CL/JUR/4907/2010, Fecha de consulta 10 de mayo de 2019.
- MINISTERIO PÚBLICO CON ARENAS* (2010): Corte de Apelaciones de San Miguel, 18 de octubre de 2010 (recurso de apelación) Rol N° 1272-2010, en Thomson Reuters, código de búsqueda CL/JUR/8543/2010, fecha de consulta 28 de julio de 2019.

MINISTERIO PÚBLICO CON ROJAS Y OTROS (2010): Corte de Apelaciones de San Miguel, 22 de junio de 2010 (recurso de apelación) Rol N° 747-2010, en Thomson Reuters, código de búsqueda CL/JUR/3466/2010, fecha de consulta 29 de julio de 2019.

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD PRESENTADO POR EL SEÑOR RAÚL GONZÁLEZ GUZMÁN RESPECTO DEL ARTÍCULO 248 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL, EN LA CAUSA RIT 982-2008 SEGUIDA EN EL PROCESO SOBRE DELITO DE ESTAFA CARATULADA GONZÁLEZ CON ACUÑA (2010): Tribunal Constitucional chileno, Rol N° 1341-2010, 15 de abril de 2010.

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD PRESENTADO POR EL SEÑOR PEDRO RUIZ PRADO RESPECTO DEL ARTÍCULO 248 DEL TÍTULO C) Y SU INCISO FINAL DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL, EN LA CAUSA RIT 10.020-2007 SEGUIDA EN EL PROCESO SOBRE DELITO DE PRESENTACIÓN DE MEDIOS DE PRUEBAS FALSOS EN JUICIO CARATULADA RUIZ CON RETTIG (2010): Tribunal Constitucional chileno, Rol N° 1394-2010, 13 de julio de 2010.

ARAVENA CON LARRAÍN (2011): Corte de Apelaciones de Concepción, 7 de octubre de 2011 (recurso de apelación) en <http://www.pjud.cl>, código de búsqueda Rol N° 439-2011, fecha de consulta 24 de julio de 2019.

ARAVENA CON MUÑOZ (2012): Corte de Apelaciones de Concepción, 25 de abril de 2012 (recurso de apelación) en Thomson Reuters, código de búsqueda CL/JUR/4971/2012, fecha de consulta 10 de mayo de 2019.

ESPARZA CON GARRIDO (2012): Corte de Apelaciones de Concepción, 17 de agosto de 2012 (recurso de apelación) Rol N° 397-2012, en Thomson Reuters, código de búsqueda CL/JUR/1769/2012, fecha de consulta 11 de mayo de 2019.

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD PRESENTADO POR DOÑA LAURA MUÑOZ ARAMAYONA RESPECTO DEL ARTÍCULO 256 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL, EN LA CAUSA RIT N° 12.640-2011, SEGUIDA EN EL PROCESO SOBRE DELITO DE OTORGAMIENTO DE CONTRATO SIMULADO EN PERJUICIOS DE TERCEROS CARATULADA MUÑOZ Y OTROS CON MINISTERIO PÚBLICO (2012): Tribunal Constitucional chileno, Rol N° 2026-2012, 14 de agosto de 2012.

ROJAS CON HASBÚN (2012): Corte de Apelaciones de Concepción, 21 de marzo de 2012 (recurso de apelación) Rol N° 126-2012, en Thomson Reuters, código de búsqueda CL/JUR/4970/2012, fecha de consulta 11 de mayo de 2019.

SII CON ELIESSETCH (2012): Corte de Apelaciones de San Miguel, 19 de junio de 2012 (recurso de apelación) Rol N° 739-2012, en Thomson Reuters, código de búsqueda CL/JUR/4942/2012, fecha de consulta 29 de julio de 2019.

CONTRA RIVAS Y OTROS (2013): Corte Suprema Segunda Sala, 17 de septiembre de 2013 (recurso de nulidad) Rol N° 4909-2013, en Vlex, código de búsqueda 471907546, fecha de consulta 23 de junio de 2019.

CONSTRUCTORA CERRO MORENO LTD. CON GUTIÉRREZ (2014): Corte de Apelaciones de Puerto Montt, 4 de julio de 2014 (recurso de apelación) Rol N° 212-2014, en Thomson Reuters, código de búsqueda CL/JUR/4304/2014, fecha de consulta 29 de julio de 2019.

MINISTERIO PÚBLICO CON SILVA Y CALDERÓN (2014): Corte de Apelaciones de San Miguel, 3 de noviembre de 2014 (recurso de apelación) Rol N° 1695-2014, en Thomson Reuters, código de búsqueda CL/JUR/8034/2014, fecha de consulta 29 de julio de 2019.

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD PRESENTADO POR EL SEÑOR ANTONIO HORVATH KISS RESPECTO DEL ARTÍCULO 248 LETRA C) DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL,

- EN LA CAUSA RIT 594-2012 SEGUIDA EN EL PROCESO SOBRE DELITO DE INCENDIO CARATULADA MINISTERIO PÚBLICO CON CATALÁN* (2014): Tribunal Constitucional chileno, Rol N° 2561-2013, 30 de diciembre de 2014.
- ARAYA CON VIDAL* (2015): Corte de Apelaciones de Concepción, 12 de junio de 2015 (recurso de apelación) Rol N° 372-2015, en Thomson Reuters, código de Búsqueda CL/JUR/3376/2015, fecha de consulta 24 de julio de 2019.
- MUSLEH CON GUTIÉRREZ* (2015): Corte de Apelaciones de Santiago, 19 de febrero de 2015 (recurso de apelación) Rol N° 232-2015, en Thomson Reuters, código de Búsqueda CL/JUR/941/2015, fecha de consulta 21 de junio de 2019.
- NARANJO CON NILO* (2015): Corte de Apelaciones de Santiago, 18 de marzo de 2015 (recurso de apelación) Rol N° 458-2015, en <http://www.pjud.cl>, código de búsqueda Rol N° 458-2015, fecha de consulta 7 de agosto de 2019.
- MINISTERIO PÚBLICO CON VALDÉS* (2016): Corte de Apelaciones de Santiago, 1 de agosto de 2016 (recurso de apelación).
- MOLINA CON ALARCÓN* (2016): Corte de Apelaciones de Santiago, 11 de julio de 2016 (recurso de apelación) en Vlex, código de búsqueda 647901185, fecha de consulta 20 de junio de 2019.
- REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD PRESENTADO POR EL SEÑOR JORGE MOLINA BELTRÁN RESPECTO DE LOS ARTÍCULOS 230, 248, 259 INCISO FINAL Y 261 LETRA A), TODOS DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL, EN CAUSA RIT N°8376-2012 SEGUIDA EN EL PROCESO SOBRE LOS DELITOS DE EJERCICIO ILEGAL DE LA PROFESIÓN, FALSIFICACIÓN DE INSTRUMENTO PRIVADO Y ASOCIACIÓN ILÍCITA CARATULADA MOLINA CON SVILANOVICH* (2016): Tribunal Constitucional chileno, Rol N° 2858-2016, 14 de junio de 2016.
- RIVAS CON LOZANO* (2016): Corte de Apelaciones de Concepción, 17 de junio de 2016 (recurso de apelación) Rol N° 408-2016, en Thomson Reuters, código de Búsqueda CL/JUR/4292/2016, fecha de consulta 20 de junio de 2019.
- SII CON JUZGADO DE GARANTÍA* (2016): Corte de Apelaciones de Santiago, 30 de marzo de 2016 (recurso de hecho) en Thomson Reuters, código de búsqueda CL/JUR/3675/2016, fecha de consulta 10 de mayo de 2019.
- MINISTERIO PÚBLICO CON ANGULO* (2017): Corte Suprema Segunda Sala, 28 de marzo de 2017 (recurso de queja) Rol N° 2996-2017, en Thomson Reuters, código de búsqueda CL/JUR/1641/2017, fecha de consulta 21 de junio de 2019.
- REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD PRESENTADO POR EL SEÑOR JUAN PEÑA LACAMARA RESPECTO DEL ARTÍCULO 259 INCISO FINAL DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL, EN CAUSA RIT N°4227-2012, SEGUIDA EN EL PROCESO SOBRE EL CUASIDELITO DE NEGLIGENCIA CULPABLE EN EL DESEMPEÑO DE LA PROFESIÓN CARATULADA CORTES CON PUERTO* (2017): Tribunal Constitucional chileno, Rol N° 2990-2016, 10 de enero de 2017.
- ESCOBAR CON GÁTICA* (2018): Corte de Apelaciones de Concepción, 7 de diciembre de 2018 (recurso de apelación) Rol N° 992-2018, en Thomson Reuters, código de búsqueda CL/JUR/6833/2018, fecha de consulta 29 de julio de 2019.

LA VENTA DE COSA AJENA EN LA SISTEMÁTICA DEL CÓDIGO CIVIL

THE SALE OF SOMEONE ELSE'S PROPERTY IN THE SYSTEM OF THE CIVIL CODE

JAVIER E. RODRÍGUEZ DIEZ*

JAKOB F. STAGL**

RESUMEN: Este artículo destaca la subordinación de la responsabilidad del vendedor a la protección que tiene el comprador a propósito de la venta de cosa ajena, a fin de ofrecer una visión crítica del desarrollo de supuestos de invalidez o incumplimiento contractual propuestos por la doctrina y jurisprudencia nacional. Se ilustra desde una perspectiva histórica y comparada la mecánica de las soluciones del Código Civil chileno, identificando dos rasgos diferenciadores claves respecto de otros sistemas jurídicos: la inexistencia de un régimen general de adquisición *a non domino* y la carga del comprador de defenderse, en colaboración con el vendedor, como requisito para reclamar la responsabilidad de este último.

Palabras clave: Compraventa, usucapión, evicción, adquisición *a non domino*.

ABSTRACT: This article highlights the subordination of the seller's liability to the protection granted to the buyer in the context of the sale of someone else's property. The rationale behind the solutions of the Chilean Civil Code is illustrated through a historical and comparative analysis, identifying two peculiar features which set it apart from other legal systems: the inexistence of a general system of a non domino acquisitions and the burden of the buyer to defend himself with all available means in order to seek responsibility from the seller.

Key words: Sale, *usucapio*, eviction, *a non domino* acquisition.

1. INTRODUCCIÓN: LA INCOMODIDAD DE LA DOCTRINA CHILENA ANTE LA VENTA DE COSA AJENA

El análisis de la compraventa de cosa ajena en Chile en los últimos años ofrece notas que no pueden sino calificarse de paradójales. Por una parte, la doctrina y jurisprudencia aceptan de forma casi unánime, siguiendo el tenor literal de los artículos 1815 y 1824, que la venta de cosa ajena es válida y que la obligación del vendedor se satisface con la en-

* Doctor en Derecho, Profesor de Derecho Romano, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Dirección postal: Av. Apoquindo 3721, piso 13, Las Condes, Santiago, Chile. Dirección electrónica: javier.rodriguezdiez@uc.cl.

** Doctor en Derecho, Profesor de Introducción al Derecho y Derecho Romano, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Dirección postal: Pío Nono 1, Providencia, Santiago de Chile. Dirección electrónica: jakob.stagl@yahoo.de. Este artículo forma parte del proyecto Fondecyt Regular N° 1170316 "The Systematisation of Roman Law", del cual el autor es investigador principal.

trega de la cosa, aun cuando no transfiera el dominio¹. A pesar de contar con este punto de partida, buena parte de los autores buscan incesantemente otros remedios para que el comprador de cosa ajena pueda dejar sin efecto el contrato, sea alegando la nulidad o el incumplimiento. De esta forma –y aquí viene la paradoja– si bien se sostiene como regla general que la venta de cosa ajena es en sí misma válida y que no supone necesariamente un incumplimiento contractual, se ha propuesto, como excepción que termina por subvertir a la regla, que en una infinidad de situaciones podría alegarse la invalidez o el incumplimiento del contrato.

Las opiniones reseñadas buscan corregir una solución que parece en gran medida contraintuitiva, ya que la función económico-social que se le atribuye de forma generalizada a la compraventa es la transferencia del dominio². Por lo mismo, el comprador debería reaccionar con incomodidad en caso de enterarse que se le vendió un objeto perteneciente a un tercero que no intervino en la operación, aun cuando el verdadero dueño no haya reclamado la cosa. Resulta así casi natural buscar una salida al comprador frente a dicho contrato, sea con recurso a la invalidez o al incumplimiento contractual. Además, esta solución parece ir más allá de una mera intuición, si se considera su amplio respaldo en la experiencia comparada, donde diversos ordenamientos jurídicos europeos e instrumentos de unificación consagran la obligación del vendedor de transferir la propiedad, incluyendo la CISG, DCFR y CESL.

A la luz de lo expuesto, la solución adoptada en nuestro Código Civil suele presentarse como un mero resabio histórico, carente de una lógica clara y cuya existencia difícilmente puede justificarse en nuestra época. Domínguez incluso afirma que “la validez viene más bien inspirada por los precedentes históricos de la regla que por la lógica misma del sistema”³, mientras De la Maza indica que este régimen “que tiene una explicación histórica, carece de una justificación dogmática o práctica”⁴. No es de extrañar que, por lo mismo, parte de la doctrina proponga cambios al texto legal, buscando así poner en línea con las tendencias de derecho comparado a una normativa que se presenta como obsoleta.

Los intentos por describir formas de invalidez o incumplimiento en la compraventa de cosa ajena en el derecho chileno pasan por alto las peculiaridades de la mecánica descrita en el Código Civil chileno a propósito de la venta de cosa ajena, y especialmente la forma en que la responsabilidad del vendedor se subordina a la protección del comprador. En este contexto resultan de vital importancia dos elementos de nuestro sistema jurídico que lo distinguen de aquellas jurisdicciones que tratan la venta de cosa ajena como un supuesto

¹ Véase por ejemplo DOMÍNGUEZ (1979) p. 5; ALESSANDRI (2003) tomo I vol. I, pp. 19-21, 224-244; tomo I vol. II, pp. 659-662; BARCIA (2010) pp. 74-76; AEDO (2015) pp. 5-10 y 35-40. En materia jurisprudencial véase *TORO CON BANCO SANTANDER CHILE* (2011) considerando 8°. La opinión contraria es sostenida por UGARTE (1970) pp. 151-193 y TRONCOSO Y CID (2014) pp. 102-105.

² Véase en este sentido DOMÍNGUEZ (1979) p. 1; TRONCOSO Y CID (2014) pp. 104-105; TORRES (2017) p. 305 nota 39; DE LA MAZA (2017) p. 375. Menos receptivo de esta intuición es ALESSANDRI (2003) tomo I vol. I, p. 20.

³ DOMÍNGUEZ (1979) p. 16. Por su parte, UGARTE (1970) pp. 165 indica que “La ciencia jurídica no ha logrado liberarse del todo de aquellas notas que el Derecho Romano, fundado en consideraciones extrajurídicas y extraracionales, dejó impresas en la compraventa”.

⁴ DE LA MAZA (2017) p. 375. En términos similares ABURTO Y DE LA MAZA (2015) p. 103 y VIDAL (2017) p. 244; FERNÁNDEZ (2018) pp. 249 y 251-252.

de nulidad o incumplimiento: (1) la ausencia de una norma general que permita que el comprador se haga instantáneamente dueño de la cosa en caso de estar de buena fe; y (2) la obligación del comprador de defenderse del modo más enérgico posible, en colaboración con el vendedor, como requisito para exigir la responsabilidad de este último (designada aquí con el término ‘*virilis defensio*’). A fin de destacar la relevancia que tienen estos elementos en la configuración de la venta de cosa ajena, en las próximas páginas se propone un enfoque histórico-comparativo que analiza la mecánica que se da entre derechos reales y personales para efectos de configurar el contenido de la obligación del vendedor. Este examen revela que la extensión de las obligaciones del vendedor en Chile está en armonía con la imposibilidad de una adquisición inmediata de la propiedad por parte del comprador, así como con la protección eficaz que obtiene este último en el contexto de una colaboración en la defensa con el vendedor.

2. PROTECCIÓN DEL COMPRADOR Y REQUISITOS DE LA RESPONSABILIDAD POR EVICCIÓN EN ROMA

Como hemos reseñado, parte de la crítica a la regulación de la venta de cosa ajena en Chile parte de un supuesto histórico: que la validez de la venta de cosa ajena sería una pesada herencia del derecho romano que no tendría justificación alguna en el derecho actual. Esto obliga a tomar como punto de partida un análisis, aunque somero, del derecho romano clásico. La validez de la venta de cosa ajena en Roma suele afirmarse en las fuentes como una situación prácticamente obvia, a tal punto que Ulpiano habría afirmado que “no existe duda” que puede venderse una cosa ajena⁵. Sin embargo, este punto de partida inevitablemente hace olvidar que estamos ante una solución relativamente aislada. Por ejemplo, en derecho romano tanto el promitente⁶ como el mutuante⁷ se obligan a transferir la propiedad, e incluso el comprador se encuentra obligado a transferir el dominio del precio pagado⁸. Asimismo, la prenda o hipoteca de cosa ajena eran totalmente nulas, dando lugar a la responsabilidad contractual⁹. En todos estos casos el hecho de tratarse de una cosa ajena dará lugar a la responsabilidad contractual, sea por no haberse perfeccionado el contrato o por no haber cumplido la obligación que le imponía el contrato. Así, la validez de la venta de cosa ajena se revela como una figura verdaderamente curiosa y su explicación se torna tanto más urgente.

Normalmente se suelen identificar razones históricas puntuales detrás de la validez de la venta de cosa ajena. Por ejemplo, en sus intercambios comerciales con otros pueblos del Mediterráneo, los romanos habrían enfrentado el problema de que los *peregrini* no podían tener el dominio quiritarario, el cual estaba reservado a los ciudadanos romanos. Asimismo, los propios romanos muchas veces omitían las engorrosas formas rituales dispuestas por el

⁵ Dig. 18,1,28.

⁶ Dig. 18,1,25,1. Sobre este texto véase CRISTALDI (2007) pp. 148-160.

⁷ Dig. 12,1,2,4.

⁸ Dig. 19,1,11,2; Dig. 19,4,1 pr.

⁹ Dig. 13,7,2; Dig. 13,7,9 pr.; Dig. 13,7,32; Dig. 22,3,23; *Codex Iustinianus* 8,15,5.

antiguo *ius civile* para la transferencia de la propiedad (*mancipatio, in iure cessio*), conformándose con la mera entrega de la cosa (*traditio*). En ambos casos, la solución natural habría sido prescindir de la transferencia de la propiedad como una obligación del vendedor¹⁰.

Si bien esta explicación tradicional da cuenta del origen histórico de la validez de la venta de cosa ajena en Roma, deja pendiente el problema de por qué los juristas no abandonaron esta solución con el paso del tiempo, especialmente cuando se desvaneció la distinción entre romanos y peregrinos, o cuando los modos formales de enajenación cayeron en desuso. La preservación de esta solución sugiere que la jurisprudencia romana desarrolló una mecánica detrás la venta de cosa ajena que va más allá de la mera tolerancia de actos traslativos ineficaces en situaciones puntuales. Esta mecánica consiste ante todo en balancear las obligaciones que nacen del contrato y la protección que recibe el comprador¹¹, según se detallará a continuación.

Ante todo, la compraventa en Roma se configuró como un contrato consensual, lo que implicaba que su perfeccionamiento no dependía de la entrega de la cosa vendida. En virtud de la estructura causal de la transferencia de la propiedad por *traditio*, el único momento en el que resultaba relevante la facultad de enajenar del vendedor era al tiempo de la entrega, no al concluir el contrato. Si al hacer la *traditio* había perdido la condición de dueño, simplemente no transferiría la propiedad¹². Estas características permitieron que la venta de cosa ajena no se subsumiera en una hipótesis de nulidad del contrato por falta de perfeccionamiento, como ocurría en los ya nombrados contratos de mutuo, prenda e hipoteca, donde la transferencia de la propiedad o la constitución de derechos reales debían tener lugar al mismo tiempo que la celebración del contrato.

Además de la estructura consensual de la compraventa, un factor clave en la validez de la venta de cosa ajena fue que, si bien el comprador no se hacía dueño de la cosa que recibía, tenía al menos una posesión que, bajo ciertos supuestos, le daba la posibilidad de adquirir el dominio por usucapión (*usucapio*). Esta institución sirvió de complemento perfecto, en materia de derechos reales, a la posibilidad de celebrar una compraventa con un *peregrinus* y al progresivo abandono de los modos formales de adquirir el dominio: si bien la compraventa y posterior entrega no transferían el dominio quirritario, el comprador podía estar confiado en adquirir la propiedad de pleno derecho en virtud del transcurso del tiempo. Así, habría resultado abiertamente contrario a los intereses del comprador vincular la validez de la compraventa al hecho de tratarse de un objeto propiedad del vendedor, ya que ello implicaría que el contrato no sería válido, privando al adquirente de una *iusta causa usucapionis* que le permitiese adquirir por usucapión.

En el contexto de la adquisición por usucapión, existen dos circunstancias que deben tenerse en consideración para dimensionar la protección en términos de derechos reales que obtenía el comprador de la cosa ajena. En primer lugar, el comprador obtendría el pleno dominio solo una vez que transcurriese el periodo de tiempo establecido por la ley, no existiendo en Roma la posibilidad generalizada de que el adquirente de buena fe se hiciese due-

¹⁰ AEDO (2015) pp. 18-27; FERNÁNDEZ (2018) pp. 29-33.

¹¹ Véase VACCA (2010) pp. 20-21.

¹² Dig. 41,3,44,1.

ño de la cosa por esa sola circunstancia y de forma instantánea, como sucede en los supuestos de adquisición *a non domino* del derecho moderno. En segundo lugar, el comprador de cosa ajena no estaba indefenso en el tiempo intermedio. Si bien el comprador no era dueño para efectos del *ius civile*, contaba con una importante protección real por parte del pretor, protección que se daba casi exclusivamente cuando el comprador podía usucapir. Considérese ante todo que el comprador que estaba en camino a usucapir y que perdía la cosa a manos de un tercero podía recuperarla por medio de la acción publiciana¹³. Asimismo, el pretor otorgaba una serie de excepciones para enfrentar al dueño de la cosa que injustamente quisiera recuperarla, tales como la *exceptio rei venditae et traditae* o la *exceptio doli*¹⁴. Por lo demás, en cuanto poseedor, el comprador de cosa ajena podía valerse de los interdictos posesorios. Las defensas que hiciera valer el comprador no excluían la posibilidad de adquirir por usucapición, ya que si bien solo podría usucapir en caso de haber recibido la cosa vendida de buena fe —esto es, bajo la creencia de recibirla de quien tenía la facultad de enajenarla¹⁵— bastaba que dicha buena fe se verificase al momento de la tradición¹⁶. Esto implica que, si el comprador posteriormente se enteraba que el propietario era otra persona, o tenía serias dudas al respecto, ello no obstaba a la adquisición del dominio por usucapición.

La protección del comprador en términos de derechos reales es de vital importancia para comprender la responsabilidad del vendedor en Roma, ya que la procedencia de la acción de compra (*actio empti*) fue modelada precisamente para cubrir el espectro de situaciones en las cuales el comprador no podía defenderse eficazmente. La doctrina romanística ha puesto de relieve en los últimos años que la obligación de entrega del vendedor se vincula estrechamente con la protección real que se ofrece al comprador¹⁷. El vendedor será responsable contractualmente frente al comprador allí donde este último no cuente con una protección real eficaz. En principio, esto implica que el vendedor incurría en responsabilidad únicamente si el comprador resultaba evicto¹⁸, perdiendo la cosa a manos de un tercero sin posibilidad de recuperarla. Esta articulación entre remedios reales y personales condicionaban la actitud que debía asumir el comprador para efectos de hacer valer la responsabilidad del vendedor, ya que debía desplegar lo que los autores del *ius commune* denominaron una ‘*virilis defensio*’, es decir, una defensa vigorosa, echando mano de todas las defensas que tuviese a su disposición para defender su posición¹⁹, descartándose la responsabilidad por evicción culposa del comprador²⁰. Solo si fallaba la protección que se dispensaba al comprador desde el punto de vista de los derechos (por causas no imputables a sí mismo) sea como demandado o como demandante (en este último caso, cuando haya perdido la posesión) podría exigir la responsabilidad de este último.

¹³ Gai 4,36.

¹⁴ Véase RODRÍGUEZ (2016) pp. 195-214.

¹⁵ Gai. 2,42.

¹⁶ Dig. 41,1,48,1. Véase este punto ZIMMERMANN (1996) p. 280 y SALINAS (2004) pp. 474-476.

¹⁷ VACCA (2010) pp. 23-29; CRISTALDI (2007) pp. 10-13; 121 y ss.; GUIDA (2013) pp. 35-58.

¹⁸ Dig. 19,4,1 pr.

¹⁹ Sobre este régimen véase WACKE (1992) pp. 164 y ss.; GUIDA (2013) pp. 156-167.

²⁰ WACKE (1992) pp. 183-196.

Para que se activara el régimen de la evicción, el comprador debía ser demandado judicialmente, sin que pudiera darse lugar a la responsabilidad por la mera alegación de propiedad de un tercero²¹. Una vez requerido judicialmente, el comprador debía notificar al vendedor²², quien podía colaborar en la defensa. El vendedor no sería responsable contractualmente si el comprador no completó la usucapión por su propia culpa²³, si perdió la posesión de la cosa por su propia culpa²⁴, si no citó al vendedor²⁵, si no compareció él mismo al juicio²⁶ o si restituyó la cosa espontáneamente a quien creía dueño²⁷. Además, en tanto el comprador cuente con la publiciana para recuperar la cosa que perdió a manos de un tercero, no tendrá la *actio empti* contra el vendedor²⁸, la cual solo será procedente si el comprador es finalmente vencido²⁹. Huelga decir que el transcurso del plazo para adquirir por usucapión excluía la responsabilidad del vendedor.

La relación entre la protección del comprador y la procedencia de la *actio empti* se manifiesta la responsabilidad inmediata del vendedor cuando sea imposible usucapir. Un caso elocuente al respecto se verifica cuando el vendedor entrega deliberadamente un objeto ajeno, ocultando dicha circunstancia al comprador, ante lo cual este último puede ejercer la *actio empti* aun antes de ser evicto. Si bien la venta en este caso parece entenderse válidamente concluida³⁰, el texto que contiene esta solución (Dig. 19,1,30,1) relaciona la procedencia de la responsabilidad del vendedor a la infracción a la *bona fides* que supone exponer deliberada y clandestinamente al comprador a una eventual pérdida de la cosa³¹. Sin profundizar en la abundante discusión doctrinaria en torno a esta solución³², cabe destacar que la entrega deliberada de una cosa ajena configura una forma de *furtum*, en cuanto el vendedor actúa deliberadamente al margen de la voluntad del dueño³³. A su vez, ello impide adquirir por usucapión, por cuanto las cosas furtivas son *res inhabilis* al efecto³⁴. Esta completa desprotección desde el punto de vista real explicaría en parte por qué los juristas deciden recurrir a la buena fe para hacer valer la responsabilidad del vendedor, pese a que aún no ha sido evicto³⁵.

²¹ *Codex Iustinianus* 8,44,3.

²² Dig. 21,2,56,1.

²³ Dig. 21,2,56,3. Véase WACKE (1992) pp. 191-192.

²⁴ Dig. 21,2,29,1; Dig. 21,2,21,3.

²⁵ Dig. 21,2,53,1.

²⁶ Dig. 21,2,55 pr.

²⁷ *Codex Iustinianus* 8,44,17.

²⁸ Véase por ejemplo Dig. 21,2,39,1, respecto al cual véase VACCA (2010) p. 25 n. 62; GUIDA (2013) pp. 164-165; RODRÍGUEZ (2016) pp. 243-252.

²⁹ Dig. 21,2,16,1.

³⁰ Dig. 18,1,34,3.

³¹ Similarmente Dig. 19,1,11,18.

³² Véase al efecto ERNST (1995) pp. 12-22; CRISTALDI (2007) pp. 195-204.

³³ RODRÍGUEZ (2016) pp. 80-98.

³⁴ Gai 2,49.

³⁵ En el mismo sentido CRISTALDI (2007) pp. 199-204, si bien dicho autor no especifica por qué en este caso el comprador no tiene la cosa *in bonis*. ZIMMERMANN (1996) p. 280 considera relevante la existencia de *furtum* en este caso, mientras que ERNST (1995) p. 16 lo descarta.

De lo dicho se desprende que en Roma la responsabilidad del vendedor llegaba hasta donde el comprador tuviese a su disposición herramientas para defender su posición, articulando un sistema en que vendedor y comprador deben defender la posición de este último si el vendedor pretende librarse de responsabilidad. La posición del comprador se ve así reforzada no solo por la protección que tiene en términos de derechos reales, sino por el incentivo que tiene el vendedor en colaborar a la defensa. Por estas consideraciones, el régimen de la venta de cosa ajena en Roma se muestra no como un mero fruto accidental del devenir histórico, sino como un consistente sistema que articula la relación entre la protección del comprador y la responsabilidad del vendedor. Ante la incertidumbre que genera la disputa sobre una cosa, la respuesta primaria del derecho romano viene dada desde el punto de vista de los derechos reales, y solo en subsidio de ellos, una vez que fracasa la defensa (y el perjuicio eventual pasa a ser una realidad)³⁶ se permite echar mano a los mecanismos para hacer valer la responsabilidad contractual del vendedor³⁷.

3. ADQUISICIÓN A *NON DOMINO* Y FIN DE LA *VIRILIS DEFENSIO* EN LA GÉNESIS DE LA OBLIGACIÓN DE TRANSFERIR LA PROPIEDAD

El delicado equilibrio del derecho romano clásico entre la protección del comprador y la responsabilidad contractual del vendedor se vería alterado en siglos sucesivos por diversos desarrollos en materia de derechos reales. Pueden advertirse innovaciones relevantes en este punto ya en la legislación de Justiniano, quien al regular la *usucapio* (para bienes muebles) y la *longi temporis praescriptio* (para inmuebles) estableció plazos considerablemente más largos para adquirir el dominio, que van de los tres a los cuarenta años en situaciones calificadas³⁸. Sin embargo, el cambio más decisivo para efectos de la función de la *usucapio* o *praescriptio* tuvo lugar siglos después. Como queda dicho, en el derecho romano bastaba una buena fe inicial del adquirente para efectos de la usucapción. Sin embargo, dicha solución repugnaba a los canonistas, quienes veían en ella una amenaza para la salvación en caso de que el adquirente se haga dueño a pesar de su mala conciencia. Es por ello que Inocencio III decretó que este tipo de comportamiento equivale a un supuesto de *furtum*, siendo constitutivo de pecado mortal. Se puso así fin a la posibilidad de adquirir por usucapción en caso de mala fe superviniente, naciendo la regla de derecho canónico *mala fides superveniens nocet* (la mala fe superviniente sí perjudica)³⁹. Este cambio trajo consigo un debilitamiento adicional de la posición del comprador: no solo podía estar expuesto a esperar por décadas para adquirir el dominio, sino que en dicho tiempo podría advertir que el vendedor no era dueño al momento de la entrega, impidiendo (o al menos dificultando aún más) su adquisición por medio de la prescripción adquisitiva.

³⁶ BERGMANN (2010) pp. 35-36 y 49.

³⁷ Dig. 21,2,17. En relación a la responsabilidad contractual y la posición real del adquirente véase CRISTALDI (2007) pp. 161-166 y VACCA (2010) pp. 26-28, n. 67.

³⁸ *Codex Iustinianus* 7,31,1; 7,39,1,1; Inst. Just. 2,6 pr.

³⁹ Véase SALINAS (2004) pp. 477-481 y STAGL (2011) pp. 546-547.

A medida que la función de la prescripción adquisitiva se debilitaba, surgió una nueva institución en materia de derechos reales que ponía al comprador a salvo de manera instantánea: la llamada ‘adquisición *a non domino*’. Esta institución tiene sus orígenes en el derecho germánico⁴⁰, e implica la adquisición inmediata de la propiedad por parte de quien recibe la cosa bajo la creencia de obtenerla de quien tiene facultad para enajenarla. En términos dogmáticos, ello envuelve una ruptura total con la tradición romanista, pero en términos prácticos supone más bien una diferencia técnica con contornos menos radicales. La institución de la adquisición *a non domino* exige, al igual que la *usucapio* romana, la buena fe del adquirente, pero la adquisición del dominio opera de forma instantánea, sin que tenga que transcurrir un plazo determinado. Estamos así frente a una especie de usucapión con plazo reducido a cero⁴¹, donde el problema de la mala fe superviniente desaparece. Eventualmente, esta institución fue consagrada en el Código Civil francés, el cual estableció en su art. 2279 la famosa regla ‘*possession vaut titre*’. Otros códigos consagrarían reglas similares, dando una mayor o menor protección al adquirente de buena fe⁴².

Un último cambio en materia de derechos reales fue la consolidación de sistemas consensuales de transmisión de la propiedad, particularmente en el Código Civil francés, el cual consagró que la mera voluntad de los contratantes bastaba para transferir el dominio⁴³. Esto implicaba una revisión a la estructura del contrato de compraventa, la cual a partir de esta innovación estaba dotada de efectos reales y no meramente obligacionales. Al igual que los otros contratos en los que el efecto real coincidía con el perfeccionamiento del contrato –como el mutuo o la prenda– ello significaba que la compraventa no podía ser válidamente concluida por quien no fuese dueño de la cosa, lo cual se consagró expresamente en el art. 1599 del *Code*. Existe así un vínculo inmediato entre el surgimiento de sistemas consensuales y la configuración de la obligación del vendedor de transferir la propiedad⁴⁴.

Si bien la consagración de sistemas consensuales de enajenación tuvo como consecuencia la nulidad de la venta de cosa ajena, jurisdicciones con otros sistemas de transferencia dominical consagraron igualmente la obligación del vendedor de transferir la propiedad, como el Código Civil austriaco de 1811 (§ 433 inc. 1°), el Código Civil holandés de 1838⁴⁵ y el BGB alemán de 1900 (§§ 433, 434, 440 y 442). Un factor crucial detrás de esta evo-

⁴⁰ STAGL (2011) p. 535.

⁴¹ STAGL (2011) pp. 530 y ss.

⁴² Código Civil austriaco, § 367; Código Civil holandés de 1838, art. 2014; BGB §§ 932 y 935; Código Civil italiano de 1942, art. 1153; Nuevo Código Civil holandés 3:86, 88.

⁴³ Código Civil francés (1804) arts. 711, 938, 1138, 1583.

⁴⁴ Para la gestación de la nulidad de la venta de cosa ajena y su relación con el sistema consensual de enajenación, véase PETRONIO (1991) pp. 169-195. Para otros sistemas consensuales que consagran la nulidad de la venta de cosa ajena, véase Código Civil Belga, arts. 711, 938, 1138, 1583; Código Civil Italiano de 1865, art. 1125 y 1448; Código Civil italiano de 1942, arts. 922, 1376 y ss., 1470, 1476; Código Civil portugués de 1967, arts. 408 y ss., 874, 879, 892, 1316. RABEL (1936) pp. 313-314 enfatiza la importancia de los diversos sistemas traslativos en la configuración de las obligaciones del vendedor. Crítico respecto de esta idea es FERNÁNDEZ (2018) pp. 100-101.

⁴⁵ Si bien el Código Civil holandés de 1838, art. 1507 consagró –en lo que parece ser una imitación irreflexiva del sistema francés– la nulidad de la venta de cosa ajena, la jurisprudencia terminó por entender que el vendedor estaba obligado a transferir la propiedad, lo que se consagró en el nuevo Código Civil holandés 7:9 y 7:15. Véase en este punto HIJMA (2007) pp. 261-279.

lución parece ser la consagración de normas de adquisición *a non domino*, las cuales implicaban que en un mayor número de situaciones el comprador adquiriría el dominio pese a haber recibido la cosa de manos de un no propietario. En efecto, mientras mayor sea la protección al adquirente de buena fe, mayor será la tendencia a obligar al vendedor a transferir la propiedad, como sucede en Holanda y Alemania, donde el vendedor podrá en múltiples casos transferir el dominio aun cuando no tenga la facultad de enajenar la cosa⁴⁶. A la inversa, en sistemas donde la adquisición *a non domino* otorga una menor protección, no tiene sentido cargar al vendedor con la obligación de transferir la propiedad, dando en su lugar al comprador la posibilidad de adquirir la propiedad por medio de la prescripción adquisitiva, como sucede, por ejemplo, en el Código Civil español (arts. 463, 1475, 1480 y 1955).

Estas diversas innovaciones en materia de derechos reales tuvieron además un impacto inmediato en la actitud que debía asumir el comprador como presupuesto para perseguir la responsabilidad del vendedor. Inicialmente, los autores del *ius commune* exigían lo que denominaron una ‘*virilis defensio*’ por parte del comprador, en línea con el derecho romano⁴⁷. Este régimen resultaría inexplicable o inútil bajo la regla de la *mala fides superveniens nocet*, pero más aun con la consagración de la nulidad de la compraventa o de una obligación de transferir el dominio. Como consecuencia de lo anterior, muy pocos Códigos Civiles consagraron la *virilis defensio* como carga del comprador, la cual incluso se encuentra ausente –en una palmaria inconsistencia– en algunos códigos en los que la obligación del vendedor se satisface con la entrega, como es el caso de España⁴⁸.

La evolución anteriormente descrita revela la íntima conexión entre la protección del comprador y las obligaciones que se imponen al vendedor. Sin embargo, este vínculo a menudo se pierde de vista en el análisis doctrinario. Ello puede achacarse a la tendencia sistemática que domina la ciencia jurídica desde el siglo XIX –y muy característicamente a la pandectística alemana– que ha buscado construir una compleja sistematización del derecho privado por medio de la creación de innumerables compartimientos en los que encasillar diversos problemas jurídicos, olvidando su íntima vinculación con otras materias⁴⁹. Las distorsiones que ello puede traer consigo se aprecian en la materia bajo análisis, donde el problema de la compraventa de cosa ajena se suele analizar sin referencia a la situación del comprador en términos de derechos reales. Este es particularmente el caso de Ernst Rabel, el cerebro tras la Convención de Viena, para quien los aspectos de la compraventa vinculados a los derechos reales eran de modesta importancia práctica⁵⁰. No es de extrañar, por lo tanto, que la Convención de Viena de 1980, sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG), establezca la obligación de transferir el dominio (arts. 30 y 41),

⁴⁶ Sobre el impacto de esta regulación en las obligaciones del vendedor, véase RABEL (1936) p. 314; WACKE (1992) p. 202; HIJMA (2007) pp. 264-265; VACCA (2010) pp. 35-39; FERNÁNDEZ (2018) pp. 250-251.

⁴⁷ ZIMMERMANN (1996) pp. 302-303; BERGMANN (2010) p. 52. Véase por ejemplo la Partida V, título V, ley 36.

⁴⁸ RABEL (1936) p. 314; WACKE (1992) pp. 196-204; ZIMMERMANN (1996) pp. 303-304; GUIDA (2013) pp. 169 y ss. Como indican estos autores, se pueden encontrar excepciones a este fenómeno, por ejemplo, en derecho sudafricano y en el antiguo Código Civil argentino.

⁴⁹ Véase en este punto STAGL (2016) pp. 241, 246-247.

⁵⁰ RABEL (1936) pp. 27-32.

aunque sin regular los efectos reales del contrato, materia que se entrega al derecho internacional privado de los estados miembros.

Entre los instrumentos de unificación jurídica cabe también mencionar al *Draft Common Frame of Reference* (DCFR), que también somete al vendedor a la obligación de transferir la propiedad⁵¹. Sin embargo, el DCFR sí regula la transferencia de la propiedad, estableciendo un sistema causal de título y modo y normas generales de protección de terceros adquirentes⁵², relevando además al comprador de una *virilis defensio*⁵³, todo lo cual hace más adecuado que el vendedor quede obligado en estos términos. Lamentablemente, esta regulación conjunta de remedios reales y personales se perdió en el proyecto de normativa común de compraventa europea (CESL), la cual sigue la opción de la Convención de Viena al excluir una regulación sobre los efectos reales de la compraventa, imponiendo al mismo tiempo al vendedor la obligación de transferir la propiedad⁵⁴. Sin embargo, este proyecto es profundamente tributario del DCFR, por lo que las opciones adoptadas a propósito del contrato de compraventa parecen apoyarse en la regulación ‘durmiendo’ en materia de transferencia de la propiedad⁵⁵. En este contexto, la obligación de transferir la propiedad que recae sobre el vendedor del CESL es consistente con las normas sobre protección de terceros de buena fe del DCFR, aunque resulta indudablemente problemático que estas últimas no se hayan consagrado expresamente en el CESL.

4. PROTECCIÓN REAL DEL COMPRADOR Y OBLIGACIONES DEL VENDEDOR EN EL CÓDIGO CIVIL CHILENO

4.1. PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA Y *VIRILIS DEFENSIO* EN CHILE

Como se desprende de los párrafos precedentes, el derecho comparado ofrece abundantes ejemplos de sistemas en los que el vendedor se encuentra obligado a transferir la propiedad, siendo comprensible que la doctrina chilena se vea tentada a incorporar también esta obligación. Sin embargo, al tenor del análisis ofrecido, la gran pregunta que queda por responder es si la obligación que se le impone al vendedor resulta armónica con la protección que se le otorga al comprador.

Desde ya, es necesario advertir que nuestra legislación carece de los dos elementos que en mayor medida han influido en la experiencia comparada al fijar la obligación del vendedor de transferir la propiedad: un sistema consensual de transferencia del dominio y reglas generales de adquisición *a non domino*. Por lo que toca al sistema de transferencia de la propiedad, Bello consagró un esquema causal, en virtud del cual la compraventa tiene exclusivamente consecuencias en la esfera obligacional, lo que ha sido uno de los principales puntos en base a los que la doctrina chilena ha justificado la validez de la venta de cosa

⁵¹ DCFR IV. A. - 1:202 y IV. A. - 2:101.

⁵² Véase DCFR II. - 6:107 y DCFR VIII. - 3:101.

⁵³ DCFR IV. A. - 2:305.

⁵⁴ CESL (Proyecto) art. 2 letra (k), art. 91 letra b) y art. 102.1.

⁵⁵ STAGL (2016) pp. 257-259

ajena⁵⁶. Por otra parte, el Código Civil chileno contempla supuestos excepcionales y limitados de adquisición *a non domino*⁵⁷.

En el Código Civil chileno el comprador de cosa ajena normalmente solo tendrá una expectativa de hacerse dueño en base a la prescripción adquisitiva –la cual tiene en el Código Civil un ámbito de aplicación considerablemente más amplio que la *usucapio* clásica– lo que, unido a una *virilis defensio*, condiciona las obligaciones del vendedor en términos análogos a aquellos del derecho romano. El art. 1815 constituye el punto de partida, señalando que “La venta de cosa ajena vale, sin perjuicio de los derechos del dueño de la cosa vendida, mientras no se extingan por el lapso de tiempo”⁵⁸. Solo la prescripción adquisitiva pondrá al comprador a salvo del verdadero dueño y librárá al vendedor de responsabilidad⁵⁹, gozando de una presunción de buena fe al efecto (art. 707). Pero el comprador de cosa ajena no solo tiene una expectativa de hacerse dueño, sino que tiene además una serie de herramientas para defender su posición en el intertanto, incluyendo la acción publiciana (en caso de perder la cosa a manos de un tercero), las acciones posesorias⁶⁰ y la presunción de dominio del poseedor (art. 700).

A la protección que goza el comprador debe agregarse la obligación de saneamiento de la evicción, según se verá a continuación. En efecto, el vendedor está obligado a “amparar al comprador en el dominio y posesión pacífica de la cosa” (art. 1837). En términos prácticos, esto implica que el comprador no puede simplemente perseguir la responsabilidad del vendedor si se entera que la cosa es ajena, si duda del dominio de su antecesor o sufre turbaciones solo de hecho⁶¹, lo que está en armonía con la suficiencia de una buena fe inicial para efectos de la prescripción adquisitiva (art. 702)⁶². El único remedio preventivo que se le otorga al comprador es la *exceptio evictionis imminentis* del CC 1872⁶³. Para que se verifique el saneamiento de la evicción, el comprador debe ver perturbada⁶⁴ su posesión, normalmente en el contexto de un juicio de dominio, frente a lo cual debe citar al vendedor, que será responsable en caso de no comparecer y si la cosa es evicta (arts. 1843 y 1855). El vendedor tiene así no solo el incentivo, sino que una verdadera obligación de defensa. En caso de que el vendedor comparezca, se seguirá el juicio en su contra, sin perjuicio de la posibilidad del comprador de intervenir para la conservación de sus derechos (art. 1844). El Código Civil recoge en este punto con una claridad casi sin paralelo en la experiencia comparada la exigencia de una ‘*virilis defensio*’, ya que el vendedor será responsable solo si el comprador se valió de todos los medios jurídicos a su disposición para

⁵⁶ ALESSANDRI (2003) tomo I vol. I, pp. 20-21, 225-226, 241-242.

⁵⁷ Véase por ejemplo los arts. 890, 1490, 1491, 2303 y 2428 inc. 2°.

⁵⁸ Para las posibles fuentes de este artículo véase CATTÁN (1982) pp. 622-623.

⁵⁹ ALESSANDRI (2003) tomo I vol. I, pp. 225-227.

⁶⁰ TORO CON BANCO SANTANDER CHILE (2011) considerando 11°.

⁶¹ ALESSANDRI (2003) tomo I vol. II, p. 660 y tomo II vol. I, pp. 58-61. Véase TORO CON BANCO SANTANDER CHILE (2011) considerandos 4° y 11°.

⁶² Véase sobre este artículo SALINAS (2004) pp. 484-489.

⁶³ Véase DE LA MAZA Y TORRES (2015) pp. 811-814. Sobre sus orígenes: ERNST (1995) p. 60-75; GUIDA (2013) pp. 158-161.

⁶⁴ Para el concepto de ‘perturbación’ véase DE LA MAZA (2017) pp. 349-379.

retener la cosa⁶⁵. Por ejemplo, si el vendedor citado no concurre a defender la cosa vendida, no será responsable de la evicción en caso que “el comprador haya dejado de oponer alguna defensa o excepción suya, y por ello fuere evicta la cosa” (art. 1843 inc. 3°). Otro tanto sucede si “el comprador perdió la posesión por su culpa, y de ello se siguió la evicción” (art. 1846 N° 2). El Código Civil chileno describe así a un comprador que debe defender celosamente su posición, en colaboración con el vendedor, si quiere eventualmente hacer valer la responsabilidad de este último, lo cual dista sustancialmente, por ejemplo, de la regulación del BGB, donde el comprador que se entera de la ajenidad de la cosa puede entregarla voluntariamente al vendedor o a quien cree dueño, pudiendo a continuación rescindir el contrato⁶⁶.

La interacción entre derechos reales y personales aquí descrita da lugar a una provechosa colaboración que la doctrina rara vez advierte. En la gran mayoría de los casos, comprador y vendedor tendrán intereses coincidentes: en la medida que el comprador defienda con eficacia su posición, el vendedor se librará de la responsabilidad por evicción. Esta coincidencia de intereses se articula en una defensa eficaz si se considera es el mismo vendedor citado quien debe liderar la defensa, por lo que su derrota al defender los intereses del comprador traerá consigo su responsabilidad contractual. La defensa es tan fuerte como su eslabón más débil, lo que condiciona la responsabilidad del vendedor: si el comprador no se molesta en defenderse, no podrá demandar al vendedor; si el vendedor no comparece a asumir la defensa, será responsable; si comparece, solo será responsable si fracasa en la defensa. El comprador encuentra así su mayor protección en el condicionamiento de la responsabilidad del vendedor al fracaso de su defensa. Se trata en todo caso de un sistema que beneficia a ambos contratantes, ya que el vendedor solo será responsable si la pretensión del tercero resulta exitosa.

La colaboración descrita condiciona inevitablemente la dinámica de los juicios relativos a la venta de cosa ajena. En caso que al comprador le surja una duda respecto a la calidad jurídica de su antecesor, normalmente no tendrá interés en levantar él mismo una controversia sobre el dominio si no ha aparecido en escena un tercero que se pretenda dueño, trayendo sobre sí una reivindicación que sería solo eventual y frustrando sus propias posibilidades de adquirir por prescripción adquisitiva. Ello está en armonía con la irrelevancia de la mala fe sobrevenida para efectos de la prescripción adquisitiva. Por lo mismo, en la jurisprudencia sobre la venta de cosa ajena normalmente encontramos al comprador haciendo causa común con el vendedor, y solo excepcionalmente el comprador que no ha sido evicto persigue la nulidad o la responsabilidad del vendedor, como sucede en caso de

⁶⁵ Este punto escapa a la atención de UGARTE (1970) p. 173 cuando afirma “la incompatibilidad entre la obligación que tiene todo mero poseedor de restituir la cosa a su dueño, y la obligación que presuntamente emanaría de un contrato de venta, de entregar la posesión tranquila y pacífica”. En efecto, el comprador no debe sin más restituir la posesión a quien se pretende dueño, sino que debe valerse de todas las defensas y excepciones disponibles para repelerlo. Para defender su postura, el autor se ve obligado a ofrecer una interpretación alternativa de las normas aquí citadas (pp. 187-190).

⁶⁶ BGB § 351 en relación con los §§ 440 y 442. Véase en este punto WACKE (1992) pp. 157-159 y ERNST (1995) pp. 191 y ss.

errores manifiestos o fraudes⁶⁷. Resulta así por regla general irrelevante el grado de certeza que tenga el comprador sobre la ajenidad de la cosa, elemento que Ugarte considera decisivo para efectos de demandar el incumplimiento contractual⁶⁸. En efecto, incluso un comprador que llegue a la convicción de haber recibido una cosa ajena al vendedor puede adquirir el dominio y repeler eventuales pretensiones del dueño de la cosa invocando la prescripción. Los intereses del comprador y del vendedor se encuentran así casi invariablemente alineados, lo que se ve reforzado por la exigencia de una *virilis defensio*.

4.2. EL CÓDIGO CIVIL CHILENO FRENTE A LOS LLAMADOS DE REFORMA

La regulación del Código Civil chileno da cuenta de un sistema que no es un mero resabio histórico cuya justificación se pierde en el pasado, sino que una regulación que protege al comprador de modo coherente y funcional. A continuación toca dilucidar si este sistema resulta preferible frente aquellos que surgen en la experiencia comparada. Parte de la doctrina nacional ha abogado por un cambio legal en la materia, en términos tales que se le imponga al vendedor la obligación de transferir la propiedad⁶⁹, o que se subsuma este régimen especial de responsabilidad dentro de una noción unitaria de incumplimiento por falta de conformidad⁷⁰ conforme al modelo de la CISG o de los PLDC⁷¹. Sin embargo, las consideraciones desarrolladas precedentemente permiten advertir que la consagración de una obligación de transferir la propiedad en la compraventa debería además implicar una modificación en el régimen general de evicción (suprimiendo la *virilis defensio*) y en materia de los derechos reales. Este último cambio podría consistir en adoptar el modelo de transferencia consensual de la propiedad (como sucede en Francia o Italia) y/o en introducir en términos amplios la posibilidad de adquirir *a non domino* por parte del comprador de buena fe (como en Holanda o Alemania). Por cuanto queda dicho, de no implementarse alguna de estas modificaciones, la obligación del vendedor de transferir la propiedad sería discordante con la regulación en materia de derechos reales, imponiendo una carga excesivamente gravosa. La posibilidad de reforma se presenta así como posible, aunque profundamente invasiva respecto de las instituciones del Código Civil chileno atendida la entidad de los cambios requeridos y su ajenidad a la tradición jurídica nacional.

Debemos preguntarnos además si acaso un cambio legal traería consigo verdaderas ventajas respecto a la actual regulación. Por una parte, una reforma de estas características difícilmente tendría un impacto positivo en cuanto a claridad de las soluciones jurídicas. Tómese como ejemplo la regla de la nulidad generalizada de la compraventa de cosa ajena

⁶⁷ Respecto de un caso de error, véase por ejemplo GARCÍA Y ALBORNOZ CON NAVARRETE Y BANCO SANTIAGO (2001), donde las bases del remate diferían de aquello que realmente se vendía. Para la hipótesis de fraude, véase DOMÍNGUEZ (1979) pp. 17-22, analizado *infra*. Un caso excepcional lo constituye TORO CON BANCO SANTANDER CHILE (2011), donde la demanda del comprador contra el vendedor fue rechazada precisamente por no oponer una *virilis defensio*.

⁶⁸ UGARTE (1970) p. 184.

⁶⁹ DOMÍNGUEZ (1979) p. 22; ABURTO y DE LA MAZA (2015) pp. 102-103; DE LA MAZA (2017) p. 375.

⁷⁰ DE LA MAZA, PIZARRO y VIDAL (2017) p. 52; VIDAL (2017) pp. 255-259 y 272-275; CÁRDENAS y REVECO (2018) pp. 51-55 y 59-71; DE LA MAZA y VIDAL (2018) p. 262. Para el derecho español véase MORALES (2017) pp. 17 y 29-55.

⁷¹ Véase el art. 86 de los PLDC en DE LA MAZA, PIZARRO y VIDAL (2017) p. 95.

en el Código Civil francés, la que ha acarreado una serie de problemas que han hecho evidente la imposibilidad del codificador francés de prever y regular todas las consecuencias asociadas a esta sanción⁷². Por ejemplo, se debieron introducir distinciones y subdistinciones para determinar cuándo la venta sí es válida, como sucede en la venta de cosas que el vendedor declara que todavía no entran en su patrimonio (art. 1585), y en el caso de ventas sucesivas a dos personas distintas, se abandonó la solución de una transferencia consensual para favorecer a quien primero entró a poseer la cosa (art. 1141). Además, la doctrina ha discutido largamente si la venta de cosa ajena se encuadraría bajo una hipótesis de nulidad absoluta o relativa, con todas las consecuencias prácticas que ello trae consigo⁷³. Las complicaciones no son menores respecto a las normas que regulan la adquisición *a non domino*, las cuales se encuentran a menudo entre las más controvertidas de diversos códigos, suscitando espinosos problemas relativos ante todo a sus presupuestos y ámbito de aplicación⁷⁴.

Por otra parte, la necesidad de reforma legal no resulta en modo alguno evidente desde el punto de vista de la eficaz protección del comprador. Muy por el contrario, como se ha indicado, al exigir una auténtica derrota del comprador como presupuesto para hacer valer la responsabilidad del vendedor se privilegia la cooperación entre los contratantes, tendiente a evitar la pérdida de la cosa. El comprador que tenga dudas sobre su dominio o se vea amenazado por un tercero va a tener una cuota de incerteza, que puede o no ser justificada. En Chile se hace responsable al vendedor solo si esa incerteza fue justificada, privilegiando así que operen los remedios puestos a favor del comprador en materia de derechos reales por medio de una colaboración de los contratantes en la defensa.

La exigencia de una *virilis defensio* favorece una colaboración entre comprador y vendedor que se vislumbra incluso en los sistemas jurídicos donde el vendedor debe transferir la propiedad: por ejemplo, el Código Civil holandés (7:16) consagra una obligación del vendedor que implica una forma de asistencia en el juicio donde se disputa la propiedad del comprador⁷⁵, y el Código Civil italiano (art. 1485) establece que el comprador que no cite al vendedor y pierda la cosa sin razón suficiente no puede hacer valer la responsabilidad del vendedor, del mismo modo que si reconoce espontáneamente el derecho de un tercero sobre la cosa y no prueba que existían razones suficientes para impedir la evicción. Estas reminiscencias del sistema romano de evicción demuestran que no es sencillo invertir la dinámica de colaboración entre comprador y vendedor, ya que a menudo solo al final de un juicio podrá establecerse cuál es la situación del comprador, pudiendo contribuir el vendedor a la obtención de un resultado positivo. En este sentido, el hecho que el art. 41 de la CISG haga responsable al vendedor a partir de “cualesquiera derechos o pretensiones de un tercero” supone una desprotección del vendedor frente a todo tipo de alegaciones infundadas⁷⁶. Ligeramente menos gravosa resulta la sugerencia de hacer responder al vendedor “sin

⁷² PETRONIO (1991) pp. 180-186, 194; BERGMANN (2010) p. 47.

⁷³ FERNÁNDEZ (1994) pp. 42-47; DÍEZ-PICAZO (2010) pp. 60-61; ALESSANDRI (2003) tomo I vol. I, pp. 242-243; FERNÁNDEZ (2018) pp. 98-99.

⁷⁴ STAGL (2011) pp. 556 y ss.

⁷⁵ Véase HIJMA (2007) p. 275.

⁷⁶ RODRÍGUEZ (2011) p. 5; MORALES (2017) p. 53. La redacción es similar al BGB § 453 y al Uniform Commercial Code 2-312. SCHLECHTRIEM (1984) pp. 6-31 busca acotar la norma a pretensiones claramente infun-

tener que probar de modo inequívoco la existencia del derecho”⁷⁷ o ante cualquier “derecho o pretensión razonablemente fundada” (DCFR IV. A. -2:305).

Lo anterior revela así una de las principales complicaciones que siguen de excusar al comprador de una *virilis defensio*: la fijación de un baremo abstracto a partir del cual sea aceptable que se haga directamente responsable al vendedor. Existe una cuota de ingenuidad en la idea de asumir que el vendedor debe rendirse ante cualquier pretensión medianamente fundada de un tercero (o incluso ante la sospecha de que dicho derecho exista, aun cuando no se haya deducido en juicio), como si un juicio eventual fuese una mera formalidad, pasando así por alto que el comprador puede invocar en su favor la presunción de dominio, la presunción de buena fe, la prescripción adquisitiva y, en cualquier caso, dejar a su vendedor a cargo de la defensa, hallándose así en una posición privilegiada de cara al tercero que invoca un derecho. El transcurso del tiempo de prescripción consolidará el derecho del comprador sobre la cosa, siendo eventual cualquier perjuicio asociado a su ajenedad hasta que ello se verifique. En este contexto, resulta un error equiparar esta situación a aquella de los vicios materiales de la cosa, subsumiéndolos en una noción general de incumplimiento por falta de conformidad⁷⁸, ya que en el caso de los defectos materiales existe un perjuicio actual para el comprador, mientras que en la mayoría de los casos de venta de cosa ajena el perjuicio será eventual, concretándose solo con la efectiva pérdida de la cosa⁷⁹.

Relevar al comprador de una *virilis defensio* en los términos descritos por la CISG o el DCFR implica no solo poner de cargo del vendedor el riesgo del traspaso de la propiedad, sino que incluso del mero riesgo de interposición demandas, impidiéndole participar en la defensa del comprador y sin esperar que se constate la efectiva existencia del derecho del tercero⁸⁰. Si lo que se busca es propender a la colaboración de las partes al perseguir los objetivos del contrato, nada resultará más desilusionante para el vendedor que un comprador que no haga valer las herramientas que le da el ordenamiento jurídico⁸¹, amparándose en su lugar en cláusulas generales cuya aplicación al caso concreto difícilmente puede apreciarse de antemano, tales como la referencia a una ‘pretensión razonablemente fundada’ de un tercero. La solución adoptada por la CISG busca ante todo que el vendedor tenga que asumir la defensa con independencia del fundamento de la pretensión del tercero⁸², lo que se consigue de todas formas con el régimen de citación a evicción. Por lo demás, no deja de ser elocuente respecto de la consistencia de las soluciones del CISG el que se haya sugerido que el comprador, como parte de su deber de mitigar el daño, debe adoptar medidas razo-

dadas, frívolas o irritantes, añadiendo sin embargo a continuación: “Yet difficulties are to be expected in the provision’s practical application”.

⁷⁷ MORALES (2017) p. 52.

⁷⁸ ERNST (1995) pp. 208-209.

⁷⁹ Véase WACKE (1992) pp. 158, 176 y 199, y en particular BERGMANN (2010) pp. 34-37 y 75-79.

⁸⁰ El riesgo es tan evidente que SCHLECHTRIEM (1984) pp. 6-31 considera que la norma podría dar lugar a que un comprador arrepentido conspire con un tercero para que lo demande.

⁸¹ Véase WACKE (1992) pp. 200-201 para el caso en que el vendedor llega a acuerdo con el dueño de la cosa, pese a lo cual es demandado por el comprador.

⁸² SCHLECHTRIEM (1984) pp. 6-30 y 6-31; MAGNUS (2010) p. 446; RODRÍGUEZ (2011) pp. 5-6.

nables para defenderse⁸³, o que las partes directamente puedan limitar la obligación del art. 41 del CISG en términos tales que el vendedor se vea únicamente obligado a asumir la defensa frente a terceros⁸⁴. Además, la regla del art. 41 es tan amplia que cubre incluso aquellos casos en que el comprador se habría hecho dueño por adquisición *a non domino*⁸⁵, con lo que en definitiva se hace responsable al vendedor por la mera existencia de una demanda y se relega al olvido el problema de la transferencia del dominio. Queda así de manifiesto cuán problemático puede resultar consagrar una obligación de transferir el dominio, que por lo mismo ha sido acogida en términos estrictos en pocas jurisdicciones, mientras que predominan fórmulas intermedias, en las cuales se conservan sistemas de evicción⁸⁶ –aunque sea mitigados– que conviven con la obligación de transferir la propiedad, difuminando así los contornos de esta última.

Como contraste a estas manifiestas complicaciones, no está de más señalar que los problemas prácticos a los que da lugar la venta de cosa ajena en Chile son de reducida entidad, sin que se verifique la inseguridad jurídica que acusa parte de la doctrina⁸⁷. La principal discordancia dogmática que suele plantearse es si la venta de cosa ajena es subsumible dentro de hipótesis de nulidad, discordancia que por lo demás tiene un impacto práctico limitado si se considera que casi invariablemente quien pide la nulidad no es el comprador, sino el tercero que se pretende dueño de la cosa, quien tiene a su disposición de todas formas la acción reivindicatoria y que perseguirá la nulidad ante todo para invocar plazos de prescripción más extensos⁸⁸. Por lo demás, si de certeza jurídica y previsibilidad se trata, el requisito para hacer valer la responsabilidad del vendedor que contempla el Código Civil chileno se basa en un supuesto fácilmente discernible, como es la evicción del comprador, lo que contrasta con las cláusulas generales anteriormente descritas, tales como la existencia de una ‘pretensión razonablemente fundada’ de un tercero.

4.3. HIPÓTESIS GENERALES DE NULIDAD Y LA VENTA DE COSA AJENA

Parte de la doctrina nacional ha buscado relevar al comprador de recurrir a las normas sobre evicción como presupuesto para hacer valer la responsabilidad del vendedor, recurriendo en primer lugar a las normas sobre nulidad. En efecto, no debe descartarse de antemano que una compraventa de cosa ajena pueda coincidir con una causal de nulidad absoluta o relativa. Por ejemplo, en caso de que la venta de cosa ajena sea un contrato prohibido por las leyes, estaremos frente a una hipótesis de objeto ilícito en los términos del

⁸³ MAGNUS (2010) p. 447; RODRÍGUEZ (2011) p. 6. Para Alemania véase WACKE (1992) pp. 158-159.

⁸⁴ RODRÍGUEZ (2011) p. 9.

⁸⁵ MAGNUS (2010) pp. 446-447. En Holanda el problema no está resuelto, según indica HIJMA (2007) pp. 264-265.

⁸⁶ Véase WACKE (1992) pp. 161-164; 199-202; HIJMA (2007) p. 27; GUIDA (2013) pp. 206-208; FERNÁNDEZ (2018) pp. 258-264.

⁸⁷ VIDAL (2017) pp. 244 y 267.

⁸⁸ Véase por ejemplo SAAVEDRA CON N.N. (1996); MARTÍNEZ CON MARTÍNEZ (1996); VALDÉS CON BÓRQUEZ (2005); MICROSOFT CORPORATION CON LÓPEZ (2008); PEÑA CON SANHUEZA (2011); FUENZALIDA CON FUENZALIDA (2015); MICHELL CON MICHELL (2018).

art. 1466⁸⁹, o si existe un desacuerdo respecto a la identidad de la cosa vendida se verificará un caso de error⁹⁰. Sin embargo, no resulta consistente con la regulación actual encuadrar de forma generalizada la venta de cosa ajena en diversas causales de nulidad⁹¹. Este sería el caso, por ejemplo, si se califica como nula por falta de voluntad la venta concluida en virtud de mandatos falsificados o revocados⁹². Esta solución tiene como principal inconveniente el hecho que parece igualmente aplicable a cualquier otro caso de venta de cosa ajena, sea que alguien invoque un mandato terminado, que se exceda de un mandato vigente o que quien concurre a celebrar el acto actúe a nombre propio⁹³. En todos estos supuestos se da por igual un supuesto de inoponibilidad por falta de concurrencia⁹⁴, no existiendo propiamente un ‘vicio de la voluntad’, ya que no se afecta la voluntad de quien concurre a celebrar el acto⁹⁵, como sucedería, por ejemplo, en un supuesto de demencia.

Otro tanto cabe señalar con relación a la tesis de quienes señalan que la venta de cosa ajena puede estar viciada por el error esencial. De la Maza y Torres consideran que este supuesto sería aplicable cuando el dominio en el vendedor “se ha integrado al contrato en calidad de ‘esencial’”⁹⁶. Sin embargo, la generalidad de este criterio los haría aplicables a prácticamente cualquier hipótesis de venta de cosa ajena, ya que solo en raras ocasiones el comprador afirmará que no le resultaba determinante adquirir el dominio de la cosa.

El desmesurado ámbito de aplicación que podrían recibir las causales de nulidad reseñadas se encuentra inevitablemente reñido con el texto del art. 1815, según el cual “la venta de cosa vale”, norma que resultaría derogada en términos prácticos si se admitiera la posibilidad generalizada de anular la venta de cosa ajena⁹⁷. El esfuerzo por subsumir la venta de cosa ajena en causales de nulidad tiende a desdibujar la regulación particular del contrato de compraventa, vaciándola de contenido, en base a la hipertrofia de categorías generales de la teoría del acto jurídico que no han sido concebidas para tratar en particular con la compraventa de cosa ajena. Resulta por lo mismo acertado que la Corte Suprema recientemente haya rechazado la aplicación de estas causales generales de nulidad a la venta de cosa ajena, negando, por ejemplo, que sea nula por falta de voluntad del dueño la compraventa suscrita con suplantación de identidad⁹⁸ o celebrada en virtud de un mandato

⁸⁹ Véase ALESSANDRI (2003) tomo I vol. I, pp. 20-21, 227-228; DE LA MAZA y TORRES (2015) pp. 800-801. En materia jurisprudencial véase *MICROSOFT CORPORATION CON LÓPEZ* (2008).

⁹⁰ *GARCÍA Y ALBORNOZ CON NAVARRETE Y BANCO SANTIAGO* (2001), comentado por DE LA MAZA y TORRES (2015) pp. 801-802.

⁹¹ Para la doctrina española en este punto véase FERNÁNDEZ (1994) pp. 171-241.

⁹² DE LA MAZA y TORRES (2015) p. 797, citando al efecto *SAAVEDRA CON N.N.* (1996) y *VALDÉS CON BÓRQUEZ* (2005).

⁹³ Véase FERNÁNDEZ (2018) pp. 77-78 y 139-159 para el tratamiento diferenciado en España del llamado *falsus procurator*, mostrándose él mismo crítico de la nulidad en este caso (pp. 146-150). Una distinción de este tipo fue descartada desde hace décadas en Chile, como se lee en DOMÍNGUEZ (1977) pp. 24-34.

⁹⁴ DOMÍNGUEZ *et al.* (1995) pp. 186-187; ALESSANDRI (2010) tomo I, pp. 389-392 y 403-407. Entre la jurisprudencia reciente véase *FUENZALIDA CON FUENZALIDA* (2015), considerando 30°.

⁹⁵ Véase ALESSANDRI (2010) tomo I, pp. 404-405.

⁹⁶ DE LA MAZA y TORRES (2015) pp. 801-803. Véase asimismo DOMÍNGUEZ (1979) pp. 12 y 22-23.

⁹⁷ En el mismo sentido FERNÁNDEZ (2018) pp. 237-238, a propósito del supuesto de error.

⁹⁸ *PEÑA CON SANHUEZA* (2011).

terminado⁹⁹, o que la doble venta de una misma cosa sea nula por tener causa ilícita¹⁰⁰, privilegiándose en estos casos la norma específica del art. 1815¹⁰¹.

En este punto cabe advertir que las diversas teorías sobre las causales de nulidad aplicables a la venta de cosa ajena fueron formuladas por la doctrina francesa¹⁰². Considerando que se trata de soluciones formuladas al alero de un código que consagra como regla general la nulidad de la venta de cosa ajena, no es de extrañar que estas causales de nulidad estén llamadas a proyectarse sobre toda forma de venta de cosa ajena, teniendo por ello un ámbito de aplicación desmesurado al ser trasplantadas al Código Civil chileno, donde la validez de la venta de cosa ajena es la regla general.

Otra razón para negar la procedencia de estas hipótesis generales de nulidad (al menos para efectos de la nulidad absoluta) tiene que ver con la posibilidad de que la enajenación sea ratificada por el dueño¹⁰³, como establece expresamente el art. 1818, confiriéndosele así retroactivamente los derechos respectivos al comprador desde la fecha de la venta, norma que encuentra su equivalente en materia de tradición en el art. 672 inc. 2°. Además, el art. 1819 regula la convalidación de la enajenación en virtud de la posterior adquisición del vendedor, lo cual tiene su paralelo en el ámbito de la tradición en el art. 682 inc. 2°. Esta posibilidad de subsanar el defecto inicial en la transmisión de la propiedad sería inadmisibles en el caso de encontrarnos frente a un supuesto de nulidad absoluta (art. 1683). En este contexto, afirmar la nulidad generalizada de la venta de cosa ajena no solo contradice la regla especial del art. 1815, sino que implicaría dejar en una mayor desprotección al comprador, impidiéndole adquirir la propiedad por ratificación o convalidación¹⁰⁴. Con ello se socavaría, por ejemplo, la posibilidad que un vendedor citado busque llegar a acuerdo con el tercero a fin de evitar las gravosas consecuencias que se siguen de la evicción según el art. 1847. Por lo demás, la nulidad también traería consigo una mayor debilidad del comprador desde el punto de vista de la prescripción adquisitiva, ya que no tendría un justo título (art. 704 N° 3) y solo podría adquirir el dominio en virtud de la prescripción extraordinaria. De esta forma, si lo que se persigue es atender a la posición del comprador, la sanción de nulidad tiene el efecto inverso. Por lo mismo, no es raro que en la práctica sea quien se pretende dueño de la cosa –y no el comprador– quien persigue que se declare la nulidad de la venta, ya que ello le permite someter al comprador a plazos de prescripción más largos.

4.4. INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL FUERA DEL RÉGIMEN DE EVICCIÓN

Parte de la doctrina también ha afirmado que, si bien el Código Civil no establece que el vendedor está obligado a transferir la propiedad, en ciertos casos podría entenderse que la buena fe le impondría esta obligación. Este sería el caso cuando el vendedor entrega un objeto que no le pertenece, ocultando esta circunstancia al comprador, formulándose

⁹⁹ FUENZALIDA CON FUENZALIDA (2015).

¹⁰⁰ GÁLVEZ CON VALLS (2015).

¹⁰¹ De forma inconsistente, sin embargo, se afirmó en MICHELL CON MICHELL (2018) la falta de consentimiento en la compraventa celebrada en representación de una sociedad disuelta.

¹⁰² FERNÁNDEZ (1994) pp. 44-47.

¹⁰³ DOMÍNGUEZ (1979) p. 23; ALESSANDRI (2010) tomo I, pp. 405-406.

¹⁰⁴ Véase en este sentido MARTÍNEZ CON MARTÍNEZ (1996). En el mismo sentido FERNÁNDEZ (2018) pp. 145-146.

diversos parámetros para determinar cuándo sería procedente la responsabilidad del vendedor. Por ejemplo, Díez-Picazo aplica este supuesto de responsabilidad a casos en que al vendedor “le constaba o debía constarle, que el comprador había actuado sobre la base de la confianza de adquirir el dominio”, así como en los supuestos en que le conste o deba constarle “que las finalidades económicas pretendidas por el comprador solo pueden conseguirse convirtiéndose en propietario de la cosa comprada”¹⁰⁵. En el ámbito nacional, De la Maza y Torres consideran que se verificaría una conducta que daría lugar a responsabilidad contractual en virtud de la buena fe cuando el comprador ignore que la cosa sea ajena, cuando el vendedor le oculte esta circunstancia y cuando se haya integrado al contrato la presunción de que la cosa sería propiedad del vendedor¹⁰⁶.

El caso en que el vendedor debe responder contractualmente por la entrega deliberada de una cosa ajena encuentra un paralelo inmediato en el derecho romano, compartiendo en principio el mismo fundamento normativo: la infracción a la *bona fides*¹⁰⁷. Sin embargo, existe una importante diferencia respecto al derecho clásico, como es la posibilidad de adquirir por prescripción adquisitiva: mientras en Roma la entrega deliberada de cosa ajena configuraba un supuesto de *furtum* que excluía la usucapión, en el sistema del Código Civil la mala fe del vendedor por lo general no juega un rol relevante para efectos de la posibilidad del comprador de adquirir por prescripción adquisitiva. Al no verificarse una desprotección del comprador desde el punto de vista de los derechos reales, no resulta igualmente justificado el recurso a la buena fe en derecho moderno para hacer procedente la responsabilidad del vendedor.

Lo dicho en el párrafo precedente no excluye que, en casos puntuales, la buena fe contractual sí pueda ser invocada para fundar una demanda de responsabilidad contra el vendedor. Debe recordarse que la buena fe objetiva tiene como función elemental sancionar la mala fe de los contratantes¹⁰⁸. Para conseguir tal efecto, la buena fe permite integrar el texto del contrato, o incluso corregir soluciones generales del ordenamiento jurídico cuando ellas lleven a soluciones injustas¹⁰⁹. En materia de venta de cosa ajena, de conformidad a lo señalado anteriormente, la corrección de las reglas generales en materia de obligaciones del vendedor podría resultar acertada cuando, como consecuencia de su actuar desleal y fraudulento, el comprador se encuentre en una situación de completa precariedad, en que protección a nivel de derechos reales o personales que le dispensa el ordenamiento jurídico sea en la práctica inoperante. Esto sucedería, por ejemplo, cuando el comprador ni siquiera esté en condiciones de gozar de la presunción de dominio del poseedor¹¹⁰. En estas circunstancias, resultaría

¹⁰⁵ DÍEZ-PICAZO (2010) p. 59.

¹⁰⁶ DE LA MAZA Y TORRES (2015) pp. 810-811. Esta idea se expresa de forma menos acotada en DE LA MAZA (2012) p. 654, ABURTO Y DE LA MAZA (2015) p. 103 y TORRES (2017) p. 305.

¹⁰⁷ DE LA MAZA Y TORRES (2015) p. 803.

¹⁰⁸ EYZAGUIRRE Y RODRÍGUEZ (2013) pp. 144-145; 178-184.

¹⁰⁹ EYZAGUIRRE Y RODRÍGUEZ (2013) pp. 184-200.

¹¹⁰ Salvando las peculiaridades del caso, resulta interesante a este respecto la jurisprudencia reseñada por TORRES (2017) pp. 306-308 a propósito del régimen especial de los vehículos motorizados, donde se ha entendido que la mera entrega no satisface la obligación del vendedor, la cual comprende –en virtud de la buena fe– la inscripción en el registro respectivo, ya que ello permite al adquirente gozar de la presunción de dominio.

excesivo exigir al comprador esperar una sentencia que lo prive de la cosa para demandar al vendedor, especialmente ante la nula expectativa de éxito de su defensa¹¹¹, por lo que la buena fe parece llamada a cumplir una función relevante al permitir al comprador hacer valer la responsabilidad contractual del vendedor que ha actuado de mala fe aun antes que se verifique la evicción. En todo caso, correcciones de esta índole deben aplicarse de forma residual y en casos extremos, ya que incluso en situaciones de fraude la norma del artículo 1843 normalmente permitirá hacer responsable al vendedor de mala fe debido a su no comparecencia en juicio, lo que reduce sustancialmente la dimensión práctica del problema.

Para finalizar el tratamiento de las hipótesis de incumplimiento, se debe tener presente que el régimen general que ofrece el Código Civil no obsta a que el comprador prefiera no cargar con el riesgo de la eventual reclamación de un tercero, pudiendo convenir con el vendedor que este último se obligue a transferir el dominio¹¹². Una compraventa celebrada en estos términos permitirá que el comprador demande la responsabilidad contractual del vendedor cuando se entere que se trata de una cosa ajena, sin tener que esperar que el verdadero dueño entre en escena. Para realzar la relevancia de contratar en estos términos, De la Maza y Torres indican que esta solución podría extrapolarse de diversas sentencias que han identificado un incumplimiento contractual cuando la cosa vendida tiene determinados vicios jurídicos, como encontrarse gravada con derechos reales en favor de terceros, en circunstancias que el vendedor se había obligado a entregar la cosa libre de cargas¹¹³.

Si bien es indudable que una compraventa celebrada en estos términos relevaría al comprador de tener que cargar con una *virilis defensio* para hacer valer la responsabilidad del vendedor, no puede dejar de observarse que obligar al vendedor a transferir la propiedad es menos urgente que obligarlo a entregar la cosa libre de gravámenes. La diferencia radica precisamente en la diversa protección que se le dispensa al comprador en cada caso en términos de derechos reales: en el primer caso el comprador puede consolidar su situación por medio de la prescripción adquisitiva, mientras que en el segundo caso la extinción del derecho real de un tercero es una mera eventualidad. En efecto, la prescripción adquisitiva no permite sanear los diversos derechos reales distintos del dominio sobre la cosa entregada por el mero paso del tiempo, y solo en ciertos casos particulares puede el titular del derecho real ver extinto su derecho¹¹⁴. Así, el adquirente que reciba la cosa sometida a usufructo, servidumbre, hipoteca o cualquier otro gravamen real, no podrá contar con que el transcurso de un plazo específico a partir de la adquisición de la cosa extinga los derechos del tercero sobre la cosa, lo que hace más gravitante la posibilidad de contar con acciones personales contra el vendedor. Queda así descartada la posibilidad de un tratamiento conjunto de ambas situaciones, que suelen por lo mismo ser abordadas separadamente en la experiencia comparada¹¹⁵.

¹¹¹ WACKE (1992) p. 203: “Hoy por hoy, caso de existir un derecho manifiesto por parte de un tercero, sería inaceptable obligar al comprador a entablar un proceso contra el tercero sin ninguna expectativa de éxito para él”.

¹¹² ALESSANDRI (2003) tomo I vol. II, p. 30; DE LA MAZA (2012) p. 653; DE LA MAZA Y TORRES (2015) pp. 806-809.

¹¹³ DE LA MAZA (2012) pp. 656-657; DE LA MAZA Y TORRES (2015) pp. 806-809, donde se analizan *SILVA CON DOSQUE* (1993); *SOCIEDAD DE TRANSPORTES QUILLAICILLO CON CONTRERAS* (2009); *SIN IDENTIFICACIÓN DE PARTES* (2007). En el mismo sentido DE LA MAZA (2017) p. 376.

¹¹⁴ Véase por ejemplo los arts. 885 N° 5 y 2434.

¹¹⁵ Véase FERNÁNDEZ (2018) pp. 293-299.

5. CONCLUSIONES

En base al análisis histórico-comparativo aquí desarrollado, podemos concluir que las soluciones ofrecidas por diversos sistemas jurídicos en materia de venta de cosa ajena descansan sobre la interacción entre las esferas de derechos reales y personales. En el derecho romano, el comprador de cosa ajena contaba no solo con la posibilidad de usucapir, sino que también con diversas defensas que debía hacer valer, en colaboración con el vendedor, como presupuesto para demandar al vendedor con la *actio empti*. Esta relación de colaboración fue alterándose conforme varió la protección real del vendedor, especialmente con la imposición de la regla *mala fides superveniens nocet* y con el reconocimiento en determinados sistemas jurídicos la posibilidad de adquirir *a non domino*. Ello a su vez llevó a consagrar en diversos sistemas jurídicos la nulidad de la venta de cosa ajena (particularmente en los sistemas de enajenación consensual) o la obligación del vendedor de transferir el dominio, eliminando al mismo tiempo la exigencia de una *virilis defensio* como presupuesto para hacer valer la responsabilidad del vendedor.

Al consagrar una *virilis defensio*, el Código Civil chileno propende efectivamente a la colaboración entre los contratantes tendiente a que la protección real del comprador sea eficaz y que la responsabilidad del vendedor sea justificada, dándole a este último un poderoso incentivo para defender al comprador de la mejor forma. Frente a esto, imponer una obligación de transferir el dominio no solo desarticula una defensa conjunta, sino que hace responder al vendedor por cualquier alegación mínimamente plausible de un tercero, imposición que resulta especialmente gravosa en los sistemas que –como el chileno– no consagran una norma general de adquisición *a non domino*. Por otra parte, el comprador en Chile no se encuentra desprotegido frente a situaciones de abuso o fraude, pudiendo hacer valer la responsabilidad del vendedor por su mala fe por medio de las normas generales sobre buena fe contractual. Por todo lo anterior, consideramos que no resulta deseable modificar la regulación del Código Civil en la materia, y que debe rechazarse la posibilidad de alegar de forma genérica la nulidad o el incumplimiento contractual para atender a la posición del comprador, ya que ello resulta contrario no solo al texto legal, sino que a la mecánica que subyace a las soluciones del Código Civil.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ABURTO, Juan Pablo y DE LA MAZA, Iñigo (2015): “Falta de conformidad jurídica y tutela del comprador”, *Revista Ius et Praxis*, vol. 21, N° 2: pp. 61-108.
- AEDO, Cristián (2015): “¿Cuál es el contenido de la obligación de entrega del vendedor en el Derecho Chileno”, en HENRÍQUEZ, Ian (coord.), *La Compraventa, Nuevas perspectivas doctrinarias* (Santiago, Thomson Reuters) pp. 5-42.
- ALESSANDRI BESA, Arturo (2010): *La nulidad y la Rescisión en el Derecho Civil Chileno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (2003): *De la compraventa y de la promesa de venta* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- BARCIA, Rodrigo (2010): *Lecciones de derecho civil chileno. Tomo II De las fuentes de las obligaciones* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

- BERGMANN, Andreas (2010): “Die Theorie der Rechtsmängelhaftung:- Rechtsverschaffungsprinzip, habere licere und Eviktionshaftung”, *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 74, N° 1: pp. 25-90.
- CÁRDENAS, Hugo y REVECO, Ricardo (2018): *Remedios contractuales, Cláusulas, acciones y otros mecanismos de tutela del crédito* (Santiago, Thomson Reuters).
- CATTÁN, Ángela (1982): “Fuentes romanas “De la cosa vendida” en el Código Civil chileno”, en *Homenaje a Don Andrés Bello* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) pp. 613-624.
- CRISTALDI, Salvatore (2007): *Il contenuto dell’obbligazione del venditore nel pensiero dei giuristi dell’età imperiale* (Milán, Giuffrè Editore).
- DE LA MAZA, Iñigo (2012): “El régimen de los cumplimientos defectuosos en la compraventa”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 39, N° 3: pp. 629-663.
- DE LA MAZA, Iñigo y TORRES, Ricardo (2015): “La protección del comprador en la venta de cosa ajena”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 42, N° 3: pp. 785-818.
- DE LA MAZA, Iñigo (2017): “El supuesto de hecho de la evicción: perturbaciones”, en DE LA MAZA, Iñigo y CONTARDO, Juan Andrés (edit.), *La Compraventa, Estudios* (Santiago, Thomson Reuters) pp. 349-379.
- DE LA MAZA, Iñigo y PIZARRO, Carlos y VIDAL, Álvaro (2017): *Los Principios Lationamericanos de Derecho de los Contratos* (Madrid, Boletín Oficial del Estado).
- DE LA MAZA, Iñigo y VIDAL, Álvaro (2018): *Cuestiones de derecho de contratos* (Santiago, Thomson Reuters).
- DÍEZ-PICAZO, Luis (2010): *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, tomo IV: *Las particulares relaciones obligatorias* (Cizur Menor Navarra, Thomson Reuters).
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón (1977): *Negocios jurídicos sobre cosa ajena* (Concepción, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales).
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón *et al.* (1995): “Comentarios de jurisprudencia”, *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, N° 198: pp. 183-189.
- ERNST, Wolfgang (1995): *Rechtsmängelhaftung* (Tubinga, Mohr Siebeck).
- EYZAGUIRRE, Cristóbal y RODRÍGUEZ, Javier (2013): “Expansión y límites de la buena fe objetiva - a propósito del ‘Proyecto de Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos’”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 21: 137-216.
- FERNÁNDEZ, María del Carmen (1994): *Compraventa de cosa ajena* (Barcelona, Bosch).
- FERNÁNDEZ, Ignacio (2018): *La transmisión de la propiedad en la compraventa* (Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi).
- GUIDA, Giovanni (2013): *La tutela del compratore in caso di evizione fra garanzia e responsabilità* (Nápoles, Jovene).
- HIJMA, Jacob (2007): *Mr. C. Asser’s Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, Bijzondere overeenkomsten*, vol. 1: *Koop en Ruil* (Deventer, Kluwer, 7° edición).
- MAGNUS, Ulrich (2010): “Art. 41 [Rechtsmängel]”, en HONSELL, Heinrich (edit.), *Kommentar zum UN-Kaufrecht* (Heidelberg, Springer) pp. 443-450.
- MORALES, Antonio (2017): “Adaptación del Código Civil al derecho europeo: La compraventa”, en DE LA MAZA, Iñigo y CONTARDO, Juan Andrés (edit.), *La Compraventa, Estudios* (Santiago, Thomson Reuters) pp. 11-58.

- PETRONIO, Ugo (1991): “Vendita, trasferimento della proprietà e vendita di cosa altrui nella formazione del Code civil e dell’ Allgemeines Buergerliches Gesetzbuch”, en VACCA, Letizia (edit.), *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica*, Volumen I (Milán, Giuffrè) pp. 169-195.
- RABEL, Ernst (1936): *Das Recht des Warenkaufs, Einge rechtsvergleichende Darstellung* (Berlín, De Gruyter).
- RODRÍGUEZ, Maximiliano (2011): “La obligación de entregar mercaderías libres de derechos o pretensiones de terceros en la Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional”, *Revista e-mercatoria*, vol. 10: pp. 1-30.
- RODRÍGUEZ, Javier (2016): *Potestas alienandi, transfer of ownership by a non-owner from Roman law to the DCFR* (Oisterwijk, Wolf Legal Publishers).
- SALINAS, Carlos (2004): “Un influjo frustrado del derecho canónico en el Código Civil de Chile: ‘mala fides superveniens nocet’”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, vol. 26: pp. 471-489.
- SCHLECHTRIEM, Peter (1984): “The Seller’s Obligations Under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods”. Disponible en: <https://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/schlechtriem10.html>. Fecha de consulta: 10 de febrero de 2019.
- STAGL, Jakob Fortunat (2011): “Gutgläubiger Fahrnisserwerb als ‘sofortige Ersitzung’ - Eine Neubestimmung der §§ 932 ff. BGB”, *Archiv für die civilistische Praxis*, vol. 211: pp. 530-582.
- STAGL, Jakob Fortunat (2016): “La transferencia de la propiedad en la compraventa de bienes muebles en el derecho privado europeo (DCFR y CESL)”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 26: pp. 231-268.
- TORRES, Ricardo (2017): “La extensión de la obligación de entrega con cargo a la buena fe objetiva: criterios jurisprudenciales”, en DE LA MAZA, Iñigo y CONTARDO, Juan Andrés (edit.), *La Compraventa, Estudios* (Santiago, Thomson Reuters) pp. 285-317.
- TRONCOSO, Hernán y ÁLVAREZ, Carlos (2014): *Contratos* (Santiago, Thomson Reuters).
- UGARTE GODOY, Joaquín (1970): “La obligación esencial del vendedor es transferir el dominio”, en MC HALE, Tomás y DEL VALLE, Jaime (edit.), *Estudios en Honor de Pedro Lira Urquieta* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) pp. 151-193.
- VACCA, Letizia (2010): “La garanzia per evizione e le obbligazioni del venditore nel sistema romano e nel sistema del codice civile italiano”, en VACCA, Letizia, *Garanzia e responsabilità, concetti romani e dogmatiche attuali* (Padua, Cedam) pp. 1-39.
- VIDAL, Álvaro (2017): “La protección del comprador en el Código Civil”, en DE LA MAZA, Iñigo y CONTARDO, Juan Andrés (edit.), *La Compraventa, Estudios* (Santiago, Thomson Reuters) pp. 233-284.
- WACKE, Andreas (1992): “Los presupuestos de la responsabilidad por evicción en derecho romano y en derecho comparado”, *Seminarios Complutenses de Derecho Romano*, vol. IV, pp. 157-204.
- ZIMMERMANN, Reinhard (1996): *The Law of Obligations* (Oxford, Clarendon Press).

JURISPRUDENCIA CITADA

- FUENZALIDA CON FUENZALIDA* (2015): Corte Suprema 23 de marzo de 2015 (Venta con mandato terminado) cita Westlaw CL/JUR/1666/2015.
- GÁLVEZ CON VALLS* (2015): Corte Suprema, 7 de mayo de 2015 (Venta sucesiva a dos compradores distintos) cita Westlaw CL/JUR/2477/2015.
- GARCÍA Y ALBORNOZ CON NAVARRETE Y BANCO SANTIAGO* (2001): Corte Suprema, 30 de mayo de 1999 (nulidad en venta por pública subasta) cita Westlaw CL/JUR/1504/2001.
- MARTÍNEZ CON MARTÍNEZ* (1996): Corte de Apelaciones de Santiago, 17 de enero de 1996 (Venta con mandato revocado) *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 93 (1996), I, sección 2da, pp. 8-20.
- MICHELL CON MICHELL* (2018): Corte Suprema 6 de agosto de 2018 (Venta en representación de sociedad disuelta) cita MicroJuris MJCH_MJJ56722.
- MICROSOFT CORPORATION CON LÓPEZ* (2008): Corte de Apelaciones de Santiago, 3 de octubre de 2008 (Objeto ilícito y venta de cosa ajena) cita Westlaw CL/JUR/6112/2008.
- PENA CON SANHUEZA* (2011): Corte Suprema, 25 de noviembre de 2011 (Venta con firma falsificada), cita MicroJuris MJCH_MJJ30312.
- SAAVEDRA CON N.N.* (1996): Corte Suprema, 29 de abril de 1996 (Venta concluida por mandato nulo) cita Westlaw CL/JUR/406/1996.
- SILVA CON DOSQUE* (1993): Corte de Apelaciones de Concepción, 1 de diciembre de 1993 (Venta de bien gravado) cita Westlaw CL/JUR/66/1993.
- SIN IDENTIFICACIÓN DE PARTES* (2007): Corte de Apelaciones de Santiago 10 de julio de 2007 (Venta de bien prendado), cita Westlaw CL/JUR/1338/2007.
- SOCIEDAD DE TRANSPORTES QUILLAICILLO CON CONTRERAS* (2009): Corte Suprema 22 de septiembre de 2009 (Venta de bien prendado) cita Westlaw CL/JUR/1235/2009.
- TORO CON BANCO SANTANDER CHILE* (2011): Corte Suprema, 26 de Septiembre de 2011 (Obligaciones del vendedor y error de deslindes) cita Westlaw CL/JUR/9809/2011.
- VALDÉS CON BÓRQUEZ* (2005): Corte de Apelaciones de Antofagasta, 2 de noviembre de 2005 (Venta concluida con mandato falsificado) cita Westlaw CL/JUR/4558/2005.

LA RELEVANCIA DE LOS CURSOS CAUSALES HIPOTÉTICOS EN LA IMPUTACIÓN NORMATIVA DEL RESULTADO A LA CONDUCTA IMPRUDENTE. SU SIGNIFICADO PRÁCTICO EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD MÉDICA POR ERROR DE DIAGNÓSTICO

THE RELEVANCE OF HYPOTHETICAL CAUSAL COURSES AND THE NORMATIVE IMPUTATION OF HARMFUL EVENTS TO NEGLIGENT CONDUCTS: ESPECIAL REFERENCE TO MEDICAL MALPRACTICE CASES FOR DIAGNOSTIC ERRORS

ANDREA PERIN*

RESUMEN: El estudio aborda la relevancia de los cursos causales hipotéticos para la imputación normativa del resultado a la conducta imprudente. Se exponen argumentos centrados en el perfil teleológico de las reglas de diligencia que concretan el deber de cuidado, defendiendo la adopción de los criterios del “aumento del riesgo” o bien, tratándose de supuestos de comisión por omisión, de la “disminución de oportunidades”. Se aclara la relación dogmática entre dicha valoración y el criterio de la “realización del riesgo” (o “fin de protección de la norma”), reafirmando la correspondencia estructural entre los delitos comisivos y los “omisivos impropios”. Finalmente, se pone especial énfasis en el significado práctico y político-criminal de la estructura dogmática defendida en materia de responsabilidad penal médica por error de diagnóstico.

Palabras clave: Delitos imprudente, mala praxis médica, nexo de riesgo, cursos causales hipotéticos, error de diagnóstico

ABSTRACT: The paper deals with the relevance of hypothetical causal courses for the imputation of harmful events to negligent conducts. The author focuses on the teleological profile of the “duty of care” in order to discuss the adoption of the “increase of risk” –or “decrease of chances”– ex post normative criteria. The discussion clarifies the relationship between the evaluation concerning the “realization of risk” (i.e. the “scope of protection” of the norm) and the consideration of the hypothetical lawful conduct. This allows reaffirming the structural correspondence between negligent “active conducts” and negligent “improper omissions”. Finally, the paper considers the relevance of the defended theoretical structure by focusing on medical malpractice cases for diagnostic errors.

Key words: Criminal negligence, medical malpractice, risk link, hypothetical lawful conduct, diagnostic error

* Ph.D. in Comparative and European Legal Studies, Università degli Studi di Trento (Italia), y Doctor en Derecho por la Universidad del País Vasco/EHU (España). Profesor de Derecho Penal en la Universidad Andrés Bello, Facultad de Derecho. Dirección postal: Bellavista 0121, Santiago, Chile. Correo electrónico: andrea.perin@unab.cl. Estudio elaborado en el marco del proyecto Fondecyt de Iniciación N° 11170924.

I. INTRODUCCIÓN AL PROBLEMA JURÍDICO Y PRESENTACIÓN DE LA TESIS DEFENDIDA

¿Es oportuno castigar al autor de una conducta imprudente, mientras no sea posible afirmar con seguridad rayana a la certeza que el cumplimiento del cuidado debido hubiese evitado el resultado acaecido? ¿O el abandono del criterio de imputación de la evitabilidad, en los delitos de resultado, supondría un retroceso no deseable a la lógica del *versari in re illicita*?

Como es sabido, esta cuestión ha generado un largo, intenso y complejo debate en el marco de la doctrina comparada. Según la teoría prevalente (§ V), mientras no se pueda afirmar la evitabilidad del resultado, se impondría la absolucón (*in dubio pro reo*). Por otra parte, algunos autores han defendido la teoría del “aumento del riesgo”, o bien –tratándose de hipótesis de “comisión por omisión”– el criterio de la “pérdida de oportunidades” (retomaremos esta doctrina planteando nuestra hipótesis). Finalmente (§ VI), hay quienes han sostenido que la valoración de los cursos causales hipotéticos no tendría relevancia en el marco del juicio de imputación, siendo necesario y a la vez suficiente averiguar si el riesgo no permitido generado por la conducta se ha realizado en el resultado (o bien, si dicho resultado pertenece al ámbito de protección de la norma de cuidado infringida)¹.

El principal elemento de complejidad –y, a menudo, de confusión– conceptual de esta discusión concierne a la relación dogmática que se establece entre el criterio del “fin de protección de la norma” (o bien, la valoración sobre la realización del riesgo no permitido generado por la conducta imprudente en el resultado), por un lado, y la consideración del curso causal alternativo-hipotético dado por la conducta conforme a la expectativa del derecho, por otro.

Según un planteamiento recurrente (§ III), el criterio de la realización del riesgo en el resultado (en cuanto éste pertenezca al ámbito de protección de la norma de cuidado infringida) debería mantenerse separado del juicio sucesivo relativo a la idoneidad preventiva de la conducta alternativa-hipotética diligente. Desde esta óptica, mientras no se realice la segunda evaluación, aún no resultaría configurado aquel “nexo de riesgo” –esto es, aquel requisito de “causalidad de la imprudencia”, según se denomine– que permite distinguir los supuestos de causación de un resultado lesivo **a través de una conducta imprudente** (todavía un *versari in re illicita*) de aquellos de causación del resultado **por imprudencia** (ya “hecho propio” de su autor material, o del garante, según sea el caso)².

Sin embargo, nuestro objetivo consiste en poner en evidencia los límites de la exigencia “causalista” subyacente al criterio de la evitabilidad del resultado, para reconsiderar y defender la adopción del criterio –solo aparentemente menos garantista– del “aumento del riesgo” o “pérdida de oportunidades” (según se trate de conductas lesivas comisivas u omisivas).

¹ Sobre este debate, cfr.: ROXIN (1962) pp. 411 y ss.; ROXIN (1997) pp. 379 y ss.; ULSSENHEIMER (1965); FRISCH (2004); FIANDACA (2006), pp. 945 y ss.; SUMMERER (2013); GIMBERNAT (2015), pp. 21 y ss.; GIMBERNAT (2017). En cuanto, en particular, a los delitos de “comisión por omisión”: GIMBERNAT *et al.* (1994); DONINI (1999) pp. 32 y ss.; VIGANÒ (2009) pp. 1679 y ss.; LUZÓN (2017) pp. 145 y ss.

² Cfr. MARINUCCI (1965) pp. 264 y ss.; CORCOY (1989) pp. 451 y ss.; FORTI (1990) pp. 668 y ss.; ROXIN (1997) pp. 373 y ss.

Esta hipótesis general será planteada y defendida reflexionando sobre el **perfil teleológico** de las reglas de diligencia que concretan el deber de cuidado y la estructura bifásica del “**nexo de riesgo**” en el marco del tipo imprudente. En particular, expondremos cuatro argumentos³. (1) El primero consiste en reafirmar la **correspondencia estructural** de los delitos comisivos y omisivos impropios. (2) El segundo aclara que el criterio del “**fin de protección de la norma**”, por un lado, y la consideración de la **conducta alternativa conforme a la expectativa del derecho**, por otro, reflejan la misma exigencia de imputación; no obstante, la consideración del curso alternativo-hipotético mantiene una relevancia conceptual y práctica complementaria respecto del primero. (3) Enseguida, se ofrece una réplica al argumento crítico según el cual el abandono del criterio de “evitabilidad” supondría recaer en la lógica del *versari in re illicita*, haciendo del resultado lesivo una especie de “condición objetiva de punibilidad”; además, se consideran las doctrinas que abogan por la sustitución o integración del paradigma de intervención penal basado en delitos de resultado a través de la introducción de nuevos tipos de peligro, con especial referencia al riesgo de judicialización de la actividad médica y el fenómeno de la “**medicina defensiva**”. (4) Finalmente, se aborda el problema de la “**redescripción del resultado**” objeto del juicio de imputación, destacando otro límite de la pretensión causalista subyacente a la doctrina prevalente.

II. EL “NEXO DE RIESGO” Y LA IMPUTACIÓN NORMATIVA DEL RESULTADO A LA CONDUCTA IMPRUDENTE (UNA PERSPECTIVA “LAICA”)

Antes de desarrollar nuestros argumentos, cabe una aclaración de orden terminológico y conceptual.

Atendiendo a la literatura comparada, el estudio del nexo normativo entre la conducta imprudente y el resultado acaecido se enmarca en tópicos dogmáticos de variada denominación. Algunos autores se refieren al “nexo de antijuridicidad” o “nexo de riesgo”, sobre todo en el marco teórico de la “imputación objetiva del resultado”⁴. Otros, en cambio, acuden preferentemente a las expresiones “causalidad de la culpa”⁵, “causalidad de la lesión al deber de cuidado”, u otras similares⁶.

³ Los argumentos que se exponen en la § VII retoman algunas reflexiones planteadas en PERIN (2018a) pp. 28 y ss., donde se defiende el abandono de la exigencia de la “evitabilidad” para la imputación del resultado en los delitos omisivos impropios. Aquí, en cambio, se trata de corroborar la validez general de dicha solución; es decir, también a propósito de los delitos comisivos de resultado, y más allá de las contingencias de la experiencia italiana. Además, el estudio de la literatura chilena y comparada sobre la materia nos permite matizar y desarrollar aspectos relevantes a propósito del concepto de “imputación normativa”, la estructura bifásica del nexo de riesgo, la exigencia causalista subyacente al criterio de la evitabilidad, la redescripción del evento lesivo objeto del juicio de imputación, y las implicaciones judiciales y político-criminales de la conclusión defendida.

⁴ Cfr. entre otros: ROXIN (1997) pp. 373 y ss.; CORCOY (1989) pp. 423 y ss.; DONINI (2006) pp. 19 y ss., 37 y ss.

⁵ P. ej. GROTTO (2012) pp. 207 y ss., 240 y ss.

⁶ En sentido crítico y para más referencias, PUPPE (2010) pp. 66 y ss.; GIMBERNAT (2015) p. 33.

Esta pluralidad terminológica se explica a la luz del debate dogmático entre sostenedores y detractores de la “*moderne objektive Zurechnungslehre*”⁷. Según ya han destacado algunos autores, los resultados dogmáticos presentados como propios por esta doctrina (en sus numerosas variantes) encontrarían, en realidad, su origen y razón normológica en la teoría normativa de la culpa (o imprudencia)⁸; esto es, en el estudio del “deber de cuidado”. En efecto, alrededor de los años ’60 de siglo pasado, el criterio del “fin de protección” de la norma fue valorado por aquella doctrina que, actualizando la teoría de la “adecuación” (teoría de la causalidad jurídica⁹, estrictamente relacionada, en su evolución, al concepto de “diligencia”¹⁰), y recuperando las teorías de la imputación objetiva de Larenz y Honig¹¹, empezó a desarrollar la moderna teoría de la imputación objetiva del resultado¹². Sin embargo, ese mismo aspecto de la relación entre la conducta imprudente y el resultado fue tratado también como parte fundamental de algunas de las más relevantes y acabadas concepciones normativas de la “culpa” (o “imprudencia”) de mediados del siglo pasado, recuperando un criterio procedente del derecho civil¹³. En efecto, como escribió Giorgio Marinucci, “considerar típica una conducta por el simple hecho que (...) ésta haya infringido una norma de diligencia, llevaría a imputar (...) el resultado por el mero hecho de versar *in re illicita*”¹⁴.

⁷ Cfr. GIMBERNAT (1985-6) pp. 167 y ss.; DONINI (1989) pp. 588 y ss., 1114 y ss.; DONINI (2006); CASTALDO (1989); CANCIO (2001) pp. 261 y ss.; MIR (2003) pp. 1 y ss.; CARNEVALI (2008) pp. 223 y ss.; ROJAS (2010) pp. 233 y ss.; HAAS (2016), pp. 1 y ss.

⁸ MARINUCCI (1991) pp. 3 y ss. Esta opinión ha sido avalada por MAIWALD (2018) pp. 8 y ss., 19-20, quien retoma la contribución polémica de Marinucci para aclarar que algunos criterios de “imputación objetiva” encuentran en realidad su razón y legitimación normológica en la teoría normativa de la imprudencia (o culpa). De forma semejante ROBLES (2015) p. 38.

⁹ Ver, p. ej., BUSTOS Y HORMAZÁBAL (1980-81) pp. 12-13, 25 y ss., 39; LÜBBE (1993) pp. 87 y ss.

¹⁰ Un cambio determinante para la noción de “adecuación” –y, según algunos autores, también para la “culpa”– se realizó en las contribuciones de Engisch, en las que el primer criterio deja de ser concebido de forma puramente estadística, siendo asociado expresamente al concepto de “diligencia”: ENGISCH (1931) p. 59. Sin embargo, para lecturas contrastantes de dicha contribución y, en particular, a propósito de la controvertida anticipación de la culpa –su elemento “objetivo”– al plano del injusto, cfr.: DONINI (1989) pp. 612 y ss., 617 y nota 93; FORTI (1990) pp. 139-140; MARINUCCI (1991) pp. 8 y ss.; MAIWALD (2018) p. 18. Sobre la ubicación sistemática de la “adecuación”, entre la tipicidad y la culpabilidad: BUSTOS Y HORMAZÁBAL (1980-81) pp. 26 y ss.

¹¹ El primer intento de tratar la adecuación más allá de la perspectiva causal fue realizado por el filósofo del derecho y civilista alemán LARENZ (1927). Esta investigación fue recogida por el penalista HONIG (1930) pp. 174 y ss., para luego ser revalorada en sentido sistemático por ROXIN (1970).

¹² En la doctrina alemana, la necesidad de comprobar si el resultado es uno de aquellos que la norma infringida tiene el objetivo de evitar (siendo realización del riesgo no permitido generado por la conducta), además de la estrecha relación entre la previsibilidad del resultado y el fin de protección de la norma, fueron destacados, recuperando una idea de Engisch (ENGISCH (1931) p. 61, por ULSSENHEIMER (1965), y RUDOLPHI (1969) pp. 549 y ss. Dicho criterio fue valorado por GIMBERNAT (1990) como base de su “reprochabilidad objetiva”; y en la contribución de ROXIN (1970) pp. 132 y ss., empezó a asumir el papel de concepto sistemático general. En la literatura castellana, véase el estudio de FEIJÓO (2001) pp. 151 y ss., 323 y ss.

¹³ FORTI (1990) pp. 424-5, nota 190; MARINUCCI (1991) pp. 11-12; cfr. ROJAS (2010) p. 242.

¹⁴ MARINUCCI (1965) pp. 57, 272 (trad. nuestra). Bajo la perspectiva de la culpa, también autores partidarios del paradigma presuntivo de la *culpa in re ipsa* habían mostrado como la responsabilidad por imprudencia debía limitarse a los resultados pertenecientes al ámbito o fin de protección de la norma infringida: así, BRICOLA (1960) p. 33, nota 54.

Lo anterior contribuye a explicar por qué, tras la evolución dogmática del siglo XX, hemos presenciado una superposición conceptual y funcional evidente entre la teoría normativa de la imprudencia (en cuanto al estudio de dicho nexo causal-normativo entre la infracción y el evento), por un lado, y la imputación objetiva, por otro. Lo que ha generado un intenso debate acerca de la “paternidad” de los logros dogmáticos en cuestión¹⁵.

Debido a lo anterior, nuestra manera de abordar el asunto de la “tipicidad imprudente” pretende prescindir de la cuestión terminológica. En efecto, el enfoque metodológico que nos parece más conveniente adoptar consiste en centrar nuestras reflexiones en las cuestiones sustantivas subyacentes a las distintas denominaciones categoriales (“causalidad de la imprudencia”, “imputación objetiva del resultado”, etc.). Dichas cuestiones son las mismas, y las soluciones alternativas que se plantean, también. Por todo ello, optamos aquí por la expresión “imputación normativa” (en lugar de “objetiva”): una expresión “laica”, es decir, no partidaria de una u otra reconstrucción sobre la paternidad del “nexo de riesgo” en cuestión; y que, además, permite distinguir con claridad los problemas de causalidad (material) y de infracción del cuidado debido (*ex ante*), de aquellas de imputación del resultado a la conducta imprudente (según criterios normativos y juicios *ex post*)¹⁶.

III. LA RELEVANCIA DE LOS CURSOS CAUSALES HIPOTÉTICOS EN LA ESTRUCTURA DEL TIPO IMPRUDENTE DE RESULTADO (EN LA DOGMÁTICA COMÚN)

Centrémonos ahora de forma más detenida en el tratamiento dogmático de la cuestión.

En los delitos comisivos, la valoración de la eficacia impeditiva del “comportamiento alternativo diligente” representaría el último momento del juicio de imputación en el marco del injusto. Tras haber considerado y comprobado (1) la existencia del nexo de causalidad material entre la conducta y el resultado, (2) el incumplimiento del deber de cuidado a través de dicha conducta, y (3a) la pertenencia del resultado acaecido al ámbito de protección de la pauta de cuidado infringida, deberíamos preguntarnos (3b) qué hubiese pasado si el sujeto hubiera actuado conforme a la expectativa del derecho (con el cuidado debido).

Esta valoración debería realizarse en cuanto haya sido previamente confirmado que el modelo de previsión y prevención incorporado en la norma infringida (esto es, su “ámbito de protección”) abarca el resultado acaecido (evento que, precisamente por ello, representa la realización del riesgo “no permitido” creado por la conducta)¹⁷.

¹⁵ Paradigmática es la disputa –sin demasiada trascendencia práctica– sobre la pertenencia del “principio de confianza” a la constelación de criterios de “imputación objetiva” (entre otros, MARAVER (2009)), o a la teoría normativa de la imprudencia (sin necesidad de acudir a la teoría de procedencia germánica: entre otros, MARI-NUCCI (1965) pp. 198-9).

¹⁶ Sobre la sobrevaloración de la imputación del resultado desde la perspectiva *ex post*, respecto de la subvaloración de la conducta según un juicio *ex ante*, FRISCH (2006) y ROBLES (2006). Reflexiones análogas, en el marco de un estudio sobre la relación entre el “principio de confianza” (relevante desde una perspectiva *ex ante*) y el criterio de la “autopuesta en peligro de la víctima” (de imputación *ex post*), en PERIN (2016a) pp. 18 y ss., 26-7.

¹⁷ Cfr. entre otros: WOLTER (1981) p. 333; CORCOY (1989) pp. 473 y ss., 489 y ss.; FORTI (1990) pp. 429, 446, 664; FEIJÓO (2001) pp. 323 y ss., 330 y ss., aunque según este autor, el segundo juicio representa simplemente un *límite negativo* a la imputación del resultado; GROTTO (2012) pp. 207 y ss.; SUMMERER (2013) pp. 275 y ss.

En este sentido, se plantearían dos situaciones. La primera, que en ocasiones la regla de conducta resultaría *ex post* inadecuada para afrontar la situación de riesgo por la que había sido adoptada; y, de ser así, la interrupción del nexo de imputación se justificaría –antes aún– por la ausencia de la “realización del riesgo” en el resultado¹⁸. La segunda, dada por otros casos en que, de otro modo, la pauta de cuidado se tornaría ineficaz precisamente ante aquellos riesgos que, habiendo sido identificados *ex ante* por el modelo de prevención, habrían representado su ámbito de protección¹⁹. En esta segunda categoría de hipótesis, de no realizarse la pregunta acerca de la evitabilidad del resultado, aquel “nexo de riesgo” entre la conducta imprudente y el evento lesivo no podría valorarse normativamente existente, dada la imposibilidad de distinguir los casos de causación de un resultado a través de una conducta imprudente (todavía un *versari in re illicita*) de aquellos de causación de un resultado por imprudencia (ya un hecho penalmente “propio” del autor).

También en los supuestos de comisión por omisión²⁰, el juicio hipotético-pronóstico aludido representaría, desde la perspectiva sistemática común, el último paso del juicio de imputación en el marco del injusto. Pero con una diferencia fundamental. La valoración sobre la eficacia impeditiva de la conducta alternativa diligente del garante como momento de imputación normativa se identifica aquí con el requisito de la “causalidad omisiva” o “hipotética”²¹. En efecto, solo preguntándonos qué hubiese pasado si el garante hubiera actuado de forma cuidadosa sería posible establecer un nexo lógicamente causal entre la omisión (la no realización de la conducta debida) y el resultado que se le pretende imputar²².

IV. LA DISTINCIÓN ENTRE REGLAS DE CUIDADO “PROPIAS” E “IMPROPIAS”. ALGUNOS CASOS PARADIGMÁTICOS

Desde la perspectiva explicada en el apartado anterior, expresión de una configuración que podríamos considerar consensuada (o por lo menos recurrente en la literatura), se ha destacado que tanto en las hipótesis comisivas como en las omisivas impropias, el juicio sobre la idoneidad preventiva del comportamiento alternativo diligente asumiría una relevancia autónoma según el modelo de previsión y prevención incorporado por la norma de

Diferente en cambio el planteamiento sistemático de GARRIDO (1997) Tomo III, pp. 191 y ss., quien, en cuanto a los delitos omisivos impropios, invierte el orden de los dos criterios mencionados. Con especial referencia a la aplicación de este criterio en la jurisprudencia chilena y en materia de responsabilidad médica, VARGAS (2017) pp. 105-107.

¹⁸ FORTI (1990) pp. 664-5; VENEZIANI (2003) pp. 85 y ss.

¹⁹ FORTI (1990) pp. 665-6. Véase también SUMMERER (2013) pp. 287 y ss., 299 y ss., 311 y ss.

²⁰ Sobre la fundamentación de la imputación por “comisión por omisión”, en este medio, CARNEVALI (2002) pp. 69 y ss.; HERNÁNDEZ (2011) pp. 21 y ss.; CONTESSE (2017) pp. 16 y ss., 32 y ss.

²¹ En este sentido y entre otros, haciendo referencia a la naturaleza “normativa” del problema de imputación subyacente a la denominada “causalidad omisiva”, ROJAS (2008) pp. 192-3.

²² Sobre la noción de “causalidad” aplicada a los delitos de comisión por omisión, entre otros y para más referencias: BUSTOS y HORMAZÁBAL (1980-81) pp. 23-24, 32; GARRIDO (1997) Tomo III, pp. 190-1; DONINI (1999) pp. 32 y ss.; PUPPE (2010) pp. 81 y ss.; BARTOLI (2010) pp. 47 y ss.; LUZÓN (2017) pp. 155 y ss.; NAQUIRA (2017) Tomo II, pp. 469-470.

diligencia²³. Acudiendo a una distinción planteada en la doctrina, dicha relevancia dependería del carácter “propio” o “impropio” de la regla de conducta en consideración²⁴.

Piénsese en el caso del conductor de un vehículo que atraviesa el cruce no obstante se encuentre el semáforo con luz roja, ocasionando un accidente, y provocando de esta forma la muerte de otro conductor en tránsito con luz verde. Ante un supuesto de esta naturaleza, no cabe duda de que tanto el nexo de causalidad material como la infracción del cuidado debido existen; asimismo, el resultado acaecido representa la realización del tipo de riesgo que la regla infringida (el signo “pare”) tenía por objetivo evitar. La norma inobservada remite a una regla “propia”, pues asegura evitar todo resultado perteneciente a su ámbito de protección²⁵. Con lo cual, una vez averiguada la correspondencia entre el resultado acaecido y el tipo de resultado indicado por dicho ámbito de protección, no sería necesario indagar, además, qué hubiese pasado si el autor hubiese cumplido el deber de cuidado. En efecto, resulta evidente a primera vista que el resultado no se hubiera realizado con toda seguridad.

Piénsese ahora en la siguiente reformulación del caso de la novocaína²⁶. Supongamos que la regla infringida sea la *lex artis* que requiere conocer la tolerancia del paciente al anestésico²⁷. Desde esta perspectiva, el resultado se puede considerar imputable tanto *ex ante* como *ex post*, pues el fallecimiento del paciente recaería en el ámbito de protección de una norma de cuidado que, como en el caso anterior, se debería poder considerar como “propia”. Por ello, la conducta cuidadosa (alternativa-hipotética) del facultativo habría evitado la muerte del paciente con toda seguridad²⁸.

En otros casos, en cambio, el criterio del “fin de protección de la norma” no sería capaz de absorber la valoración acerca de la idoneidad preventiva de la conducta alternativa diligente. En efecto, pese a la (aparente) realización del riesgo (no permitido generado por la conducta) en el resultado, no es posible comprobar si la conducta conforme a la expectativa de diligencia esperada hubiese permitido evitarlo.

²³ La “norma” de cuidado es la norma penal prevista en los tipos penales: CORCOY (1989) p. 102. No obstante, en ocasiones –por ejemplo, cuando se habla de “fin de protección de la norma”–, la doctrina superpone dicho concepto al de “deber de cuidado”: así, por ejemplo, FEIJÓO (2001). Sin perjuicio de lo anterior, por “deber” de cuidado ha de entenderse aquella expectativa de comportamiento, basada en dicha norma penal, cuya infracción puede justificar, aunque no por sí sola, la imputación de responsabilidad por imprudencia. El deber de cuidado, a su vez, se concreta en pautas o “reglas” de diligencia, prudencia y pericia, atendiendo a las características de cada caso concreto (tipo de actividad, parámetro normativo de referencia, etc.) y la eventual disponibilidad de estándares técnicos pre-determinados (por protocolos, reglamentos, *guidelines* médicas, etc.). En sentido similar, CASTRONOVO (2009) pp. 287-289; VARGAS (2017) pp. 29 y ss., 37 y ss. Más referencias sobre los criterios de concreción del deber de cuidado en pautas o reglas de diligencia, en PERIN (2017) pp. 211 y ss.

²⁴ VENEZIANI (2003) pp. 15 y ss. Considera válida dicha distinción también DONINI (2004) p. 109.

²⁵ Han sido definidas “propias” las reglas de cuidado “basadas en un juicio de previsibilidad del resultado y segura (= con probabilidad rayana en la certeza) evitabilidad de éste a través del comportamiento alternativo lícito”: VENEZIANI (2003) p. 15.

²⁶ Según la versión considerada por la doctrina, el médico inyectó cocaína en vez de novocaína y el paciente falleció; sin embargo, aunque se hubiese aplicado el anestésico adecuado, el paciente hubiese fallecido por una intolerancia a dicha sustancia.

²⁷ V. ad es. HAVA (2002) p. 176; y Eb. SCHMIDT, citado por CASTALDO (1989) p. 103, según el cual el médico debía considerarse culpable, siendo previsible la muerte del paciente, tanto usando cocaína como novocaína, pues hubiera tenido que abstenerse de usar cualquier anestésico.

²⁸ Considera esta posible lectura alternativa del caso también MARTÍNEZ (1992) p. 196.

Piénsese en el siguiente supuesto comisivo²⁹. Un evento sísmico de gran magnitud provoca el derrumbe de un edificio y el fallecimiento de n personas. Se demuestra que los estándares establecidos por la ley de construcción no se cumplieron al pie de la letra. Sin embargo, la defensa del ingeniero responsable del proyecto de construcción, acusado de homicidio imprudente, alega el siguiente argumento: dada la intensidad del terremoto, no es posible saber si actuando en cumplimiento exacto de las *leges artis* en materia de construcción, el evento se hubiese evitado. Es decir: si bien –al menos aparentemente...– el resultado pertenezca al ámbito de protección de las normas infringida (pues las reglas técnicas establecidas por la ley de construcción tienen el objetivo de evitar precisamente resultados de esa naturaleza), no es posible establecer si el resultado es consecuencia de las insuficiencias constructivas.

Algo parecido sucede en el siguiente supuesto de comisión por omisión. La víctima de un accidente de tráfico sufre graves lesiones al hombro derecho que requieren una intervención urgente para reducir las fracturas. La intervención de recomposición resulta exitosa, pero durante el primer control postoperatorio el paciente muestra señales de una posible distrofia muscular en correspondencia de la lesión: se trataría de un curso causal actual dirigido a un resultado por ende previsible, una lesión irreversible del tejido muscular. Sin embargo, el cirujano no realiza ninguna prueba diagnóstica para averiguar las causas de dichos síntomas y la degeneración de tejido muscular se vuelve en poco tiempo irreversible, confirmando la presencia de una lesión de nervio periférica (no detectada a tiempo). Ante los cargos por lesiones imprudentes, la defensa del acusado alega el siguiente argumento: no es posible establecer qué hubiese pasado si el facultativo hubiera realizado un diagnóstico tempestivo, pues las estrategias terapéuticas disponibles para casos clínicos de ese tipo no aseguran el éxito del tratamiento; en cambio, se agrega, lo más probable es que, de todos modos, cualquier prueba diagnóstica e intervención tempestiva no hubiese permitido evitar la lesión definitiva e irreversible sufrida por el paciente.

Los últimos casos se caracterizan por incumplimientos de pautas de cuidado de carácter “impropio”, es decir, reglas de conducta que no aseguran la evitación de todo resultado perteneciente a su ámbito de protección³⁰. Por ello, ante la pregunta sobre qué hubiese pasado si el sujeto hubiese actuado de forma cuidadosa, se plantea la cuestión acerca de qué criterio sería oportuno adoptar para poder afirmar la existencia de la relación de riesgo entre la conducta imprudente y el resultado.

²⁹ Parecido a otro, comentado por MAYER y VERA (2015). Aunque en esa ocasión la defensa no planteó la cuestión objeto de nuestras reflexiones: se alegó la supuesta atribución de responsabilidad objetiva (ver los §§ 3.1 y 3.2 de la contribución citada), pero sin destacar el problema de la –posible duda acerca de la– evitabilidad del resultado.

³⁰ VENEZIANI (2003) p. 15. Sin embargo, nos haremos cargo de matizar esta noción en el § VII.2.

V. LA TESIS DE LA EVITABILIDAD

La doctrina prevalente, tanto en este medio como en el marco del derecho comparado, defiende el criterio de la evitabilidad. Conforme a dicho criterio, mientras no se compruebe que el perjuicio no se hubiese producido si el agente hubiese actuado conforme al comportamiento jurídicamente esperado, el resultado no se le puede imputar al causante imprudente (o al sujeto garante a quien corresponda debido al alcance de su posición jurídica calificada)³¹.

Sin embargo, es preciso distinguir. En efecto, mientras que algunos autores defienden el carácter irrenunciable de la evitabilidad como criterio general (asumiendo que, en todo caso, el resultado tiene que ser previsible y evitable³²), otros prefieren distinguir según se trate de delitos comisivos u omisivos.

En los delitos comisivos, la valoración de la evitabilidad permitiría establecer la existencia de la relación de riesgo entre la conducta imprudente y el resultado, sin perjuicio de que la relación de causalidad (material) haya sido previamente comprobada. En cambio, cuando se trate de delitos de comisión por omisión, el nexo de causalidad omisivo hipotético podría estimarse normativamente existente sólo en la medida en que se pueda argumentar que la intervención del garante hubiese evitado el resultado lesivo³³.

Considerando lo anterior, y según defiende un sector de la doctrina, mientras que en los supuestos de culpa comisiva “la duda sobre la evitabilidad del resultado no excluye que la causación de este pueda ser considerado como hecho propio del sujeto”³⁴, en los supuestos de omisión impropia, en cambio, siempre sería necesario verificar la evitabilidad del resultado; de otra manera, la asunción de criterios menos exigentes supondría renunciar al nexo de causalidad entre la conducta omisiva y el resultado³⁵.

Esta orientación se basa, en primer lugar, en la siguiente consideración: la responsabilidad omisiva es más gravosa que la comisiva, pues, mientras que con esta el ordenamiento jurídico prohíbe realizar conductas lesivas, aquella le obliga al sujeto garante activarse para (tratar de) evitar que los cursos causales que atraviesen su ámbito de control y protección desemboquen en resultados dañinos³⁶.

En este mismo sentido, además, se considera como la estructura de los delitos de comisión por omisión no cuenta con aquel nexo de imputación fuerte dado por la relación de

³¹ Entre otros, ULSSENHEIMER (1965) pp. 146 y ss.; FRISCH (2015) pp. 94 y ss., 98-99; en este medio, MAÑALICH (2015) pp. 26 y ss.

³² Así, POLITOFF *et al.* (2003) pp. 199-200, 282, 285-287.

³³ ROJAS (2018) p. 732, según el cual, con la doctrina dominante, la verificación del nexo de causalidad se basa en un “juicio de probabilidad rayana en la certeza de evitación del resultado en el evento hipotético de realización de la acción impeditiva”.

³⁴ DONINI (1999) pp. 41 y ss., 44; cfr. SCHÜNEMANN (1975) pp. 647 y ss.

³⁵ DONINI (2011) pp. 533-5; GROTTO (2012) pp. 230-234. Pese a rechazar la expresión “causalidad omisiva”, estiman irrenunciable la prueba de la evitabilidad, entre otros: MUÑOZ y GARCÍA (2010) pp. 243-4; ANGIONI (2006) p. 1311.

³⁶ Sobre la naturaleza de la pretensión subyacente a la incriminación de la omisión: SGUBBI (1975); FIANDACA (1979); NOVOA (1984); CADOPPI (2011) pp. 1311 y ss.; NAVAS (2015) pp. 683 y ss.; CONTESSE (2017) pp. 16 y ss.; ROJAS (2018) pp. 682 y ss.

causalidad material entre la conducta y el resultado. Por ello, también autores conscientes de la *probatio diabolica* que muy a menudo supone la exigencia de la evitabilidad, así como de la “necesidad de un equilibrio entre el desvalor de la conducta y de resultado (...) hacia la superación del objetivismo del daño”³⁷, sostienen que el requisito dado por la causalidad omisiva debe exigir la evitabilidad del resultado.

En suma, la exigencia de la evitabilidad representaría un presupuesto irrenunciable desde la óptica del sujeto a quien incumbe el deber del garante; y aún más irrenunciable en los delitos omisivos que en aquellos comisivos.

VI. LA TESIS DE LA NO RELEVANCIA DE LOS CURSOS CAUSALES HIPOTÉTICOS A EFECTOS DE LA IMPUTACIÓN

Frente a la doctrina de la evitabilidad (y a quien defiende el criterio alternativo del “incremento del riesgo”, según veremos en el § VII), algunos autores han defendido la no relevancia de los cursos causales hipotéticos para imputar el resultado a la conducta imprudente³⁸.

El punto de partida de esta orientación consiste en señalar algo incontestable: desde un punto de vista lógico, la teoría de la evitabilidad es una adaptación de la *condicio sine qua non*. Una diferencia consiste en la operación mental requerida, siendo que, en vez de suprimir la conducta realizada, se exige añadir mentalmente una situación irreal, la realización de la conducta hipotética conforme al derecho; además, la valoración del curso hipotético buscaría establecer un nexo normativo, no material, entre la conducta imprudente y el resultado *de quo*. Pero, en ambos casos, se trata de juicios igualmente contra-factuales y condicionalísticos.

Sin embargo, se agrega que la teoría de la evitabilidad no logra lo que pretende conseguir, esto es, establecer una conexión realmente condicionalística, aunque normativa, entre la conducta infractora y el resultado. Y esto quedaría demostrado por el hecho de que los propios partidarios del planteamiento prevalente acaban conformándose con probabilidades más o menos elevadas³⁹, aceptando de este modo un canon argumentativo claramente “arbitrario”⁴⁰.

Frente a dicha contradicción, esta segunda doctrina hace coincidir la valoración del nexo de riesgo con el primer momento del juicio de imputación *ex post*: es decir, el juicio centrado en el ámbito de protección de la regla de cuidado infringida. En efecto, dado que “el resultado no es otra cosa que la concreción del desvalor de la acción”, lo único que quedaría por demostrar, para establecer el nexo de antijuridicidad entre la conducta imprudente y el resultado, sería que el riesgo generado por la primera se haya manifestado en el

³⁷ El mismo DONINI (2011) p. 534.

³⁸ MARTÍNEZ (1994) pp. 105 y ss.; DE VERO (2006) pp. 1508 y ss., 1511.

³⁹ Entre ellos, en materia de comisión por omisión: GARRIDO (1997) Tomo III, pp. 190-1, quien destaca que “este juicio es hipotético, de probabilidades”; GRASSO (1983) pp. 405 y ss. Otras referencias en LUZÓN (2017) pp. y 163 ss. En sentido crítico, GIMBERNAT (2015) pp. 27-28.

⁴⁰ STELLA (1988) p. 1256. De forma semejante GIMBERNAT (1994) pp. 27 y ss., 41-2. Cfr. las consideraciones problemáticas de GRASSO (1983) pp. 385 y ss., quien, sin embargo, asume la tesis de la evitabilidad frente a la alternativa del “aumento del riesgo” (405 y ss.).

segundo; en otras palabras, averiguar si el resultado final “era de aquellos que la norma de cuidado infringida tenía por misión evitar o reducir, o de aquellos en consideración de los cuales la conducta estaba prohibida”⁴¹.

En este sentido, también cuando se trate de delitos omisivos, para imputar el resultado a la conducta imprudente sería suficiente verificar que el “foco de peligro”, “por encima del riesgo permitido a consecuencia de la no aplicación de medidas de precaución”, se haya concretado en el resultado típico. De este modo, “a la persona que incumple su obligación de controlar originaria o posteriormente (de forma permanente o periódica) el foco, entrando éste en la esfera del riesgo prohibido y causando un resultado típico, se le imputará ese resultado en comisión por omisión, en cuanto que es ella la responsable normativa (de haberse adoptado las medidas de precaución omitidas, el foco habría seguido siendo uno permitido) de la situación antijurídica creada”⁴².

VII. LA “IMPUTACIÓN NORMATIVA” DEL RESULTADO SEGÚN LOS CRITERIOS DEL “INCREMENTO DEL RIESGO” Y LA “PÉRDIDA DE OPORTUNIDADES”

1. PREMISA NORMATOLÓGICA: LA CORRESPONDENCIA ESTRUCTURAL DE LOS DELITOS COMISIVOS Y OMISIVOS IMPROPIOS

Frente a los planteamientos causalistas, el criterio del incremento del riesgo fue defendido por Claus Roxin en cuanto idóneo para evitar absoluciones no deseables desde el punto de vista político-criminal (cuando hubiese faltado la prueba de la evitabilidad), evitando al mismo tiempo recaer en la lógica del *versari in re illicita* (esto es, la imputación de resultados por infracción de normas de cuidado sin relación de riesgo con el daño)⁴³.

Se buscaba un punto de equilibrio hacia una solución de compromiso capaz de conjugar las instancias político-criminales de intervención penal con las garantías básicas del derecho penal liberal. Sin embargo, esta doctrina se expondría a una crítica fundamental, pues supondría una vulneración del principio *in dubio pro reo* y la subrepticia transformación de los delitos de resultado en delitos de peligro⁴⁴. Este argumento crítico refleja la *ratio* subya-

⁴¹ MARTÍNEZ (1994) p. 106. De forma semejante, PUPPE (2010) pp. 104-105.

⁴² GIMBERNAT (1994) pp. 45, 53. Este planteamiento fue defendido comentando críticamente un caso decidido por el Tribunal Supremo español en el año 1989, en el que el médico no diagnosticó correctamente una peritonitis que llevó al fallecimiento del paciente. Así argumentó el Tribunal: “(...) dentro del mundo de las probabilidades no puede de ninguna manera descartarse (...), teniendo en cuenta la edad juvenil del enfermo (...) y las técnicas médicas y sobre todo quirúrgicas, el éxito de una intervención de este tipo, a tiempo. Afirmar esto no es incidir en una presunción, conjetura o sospecha, sino llevar a cabo una inferencia coherente con la lógica, con lo que no cabe duda de que, aun cuando concurrieran en el hecho fatal de la muerte, como es normal, una serie de concausas, la conducta del procesado fue contribuidora decisiva del acontecimiento (...). La actuación del médico procesado (...) contribuyó con su actuación a un resultado que era previsible y también evitable, dentro de la relatividad con la que estos conceptos han de manejarse en el campo del Derecho y especialmente del Derecho penal”.

⁴³ ROXIN (1962) pp. 431 y ss.

⁴⁴ Entre otros, FRISCH (2015) pp. 98-99. Sobre esta crítica, GIMBERNAT (2015) pp. 39 y ss., 56 y ss.; LUZÓN (2017) pp. 167 y ss. Véanse también las réplicas del propio ROXIN (1997) pp. 381 y ss.

cente al criterio de la evitabilidad, cuya función sería asegurar que el resultado lesivo se impute en cuanto ocasionado por (o bien, debido a) imprudencia, y no simplemente a través (por medio) de una conducta imprudente. Además, en cuanto a los delitos de comisión por omisión, la valoración de la idoneidad impeditiva de la conducta alternativa diligente garantizaría la existencia de la relación causal entre la omisión y el evento no evitado⁴⁵.

No obstante, frente a la postura crítica indicada, nuestra opinión es que la valoración de los cursos causales hipotéticos debería ser sustraída, también en los delitos omisivos impropios, del plano de la causalidad, y considerada –como ya sucede en los delitos comisivos– como momento de la imputación normativa del resultado⁴⁶.

Solo preguntándonos “qué hubiese pasado si el garante hubiera actuado de forma cuidadosa” sería posible establecer un nexo lógicamente causal entre la omisión (mejor, la infracción) y el resultado que se le pretende imputar. Pero el primer nivel de imputación, en la estructura del tipo de comisión por omisión, se cumple averiguando si el resultado *de quo* pertenece al ámbito de control o protección de la posición de garante. Este –y no otro– es el momento de la imputación que se debe considerar normativamente equivalente al nexo de causalidad material de los delitos comisivos⁴⁷. En otros términos: el requisito que en los delitos comisivos se cumple averiguando la existencia de una relación causal entre la acción y el resultado, en los delitos omisivos impropios consiste en la pertenencia del resultado *de quo* al ámbito de protección de la posición de garante (y del correspondiente deber jurídico de activación)⁴⁸.

Distinta es, en cambio, la cuestión subyacente a la imputación del resultado a la conducta infractora (causal e imprudente). Este tercer nivel o momento de la imputación⁴⁹ requiere haber valorado previamente el carácter de por sí imprudente de la conducta, según un juicio *ex ante* (segundo nivel del mismo juicio de imputación); y se realiza valorando la existencia de una relación normativa cuyos términos son, por un lado, la infracción del cuidado debido y, por otro, un resultado del “tipo” al que pertenece el resultado *hic et nunc*⁵⁰.

Lo que se suele denominar “causalidad omisiva” pertenece en realidad a este tercer momento de imputación normativa: el nexo de riesgo. Por una razón lógica: pues requiere haber previamente valorado el carácter imprudente de la conducta. Por ende, no hay razones para seguir tratando la misma cuestión de imputación de forma diferente, según se trate de delitos comisivos u omisivos. La única diferencia estructural entre los tipos comisivos y omisivos impropios consiste en que, mientras que los primeros exigen una relación causal efectiva entre la conducta y el resultado, los segundos requieren averiguar si el evento *de*

⁴⁵ Entre todos, GRASSO (1983) pp. 405 y ss. Para más referencias, GIMBERNAT (1994) pp. 49 y ss.; LUZÓN (2017) pp. 170 y ss., 214 ss.

⁴⁶ Cfr. p. ej.: CORCOY (1989) pp. 407 y ss., 451 y ss.; MUÑOZ Y GARCÍA (2010), pp. 243-4; FIANDACA (2006) 952 y ss.; VIGANÒ (2009) pp. 1697-8, 1701-2, 1705 y ss.; LUZÓN (2017) p. 165.

⁴⁷ PERIN (2018a) pp. 24 y ss.

⁴⁸ Cfr. el estudio histórico-dogmático (y crítico a propósito de la posición de garantía) de ROJAS (2018) pp. 690 y ss., 717 y ss.

⁴⁹ Cfr. de nuevo y en sentido similar, destacando con claridad los tres elementos de la estructura tripartida del tipo de omisión, ROJAS (2008) pp. 192 y ss.

⁵⁰ Nos centraremos en el problema de la “redescrición del resultado” en el § VII.4 de esta contribución.

quo pertenece al ámbito de protección de la posición de garante. En este sentido, se puede decir que la causalidad material, de los primeros, es normativamente equivalente a la pertenencia del tipo de resultado a la posición de garante, en los segundos⁵¹.

2. PRECISIONES CONCEPTUALES A PROPÓSITO DE LAS REGLAS DE CUIDADO “IMPROPIAS”: LA RELACIÓN ENTRE LOS DOS MOMENTOS DEL “NEXO DE RIESGO”

La reubicación sistemática defendida en la sección anterior permite centrarnos en el perfil teleológico de la pauta de cuidado incumplida –su “fin de protección”–, con el objetivo de esclarecer la relación entre los dos criterios de “imputación normativa” (según la doctrina presentada en el § III).

Piénsese de nuevo en el supuesto de error de diagnóstico (§ IV), ante el cual no podemos establecer qué hubiese pasado si el facultativo hubiese realizado un diagnóstico correcto y tempestivo, pues las estrategias terapéuticas disponibles no aseguran el éxito del tratamiento, sino *x* posibilidades de éxito, en casos clínicos similares. De la misma forma, recordemos el ejemplo del terremoto: aun tratándose de una conducta comisiva (indudablemente *condicio sine qua non* del resultado), no sabemos qué hubiese pasado si se hubiesen cumplido los estándares de construcción.

Ante supuestos semejantes –esto es, cuando el deber de cuidado se concrete en pautas o estándares inidóneos para asegurar, en todo caso y bajo cualquier circunstancia, la evitación del resultado–, el criterio de la evitabilidad del resultado nos llevaría a sentencias de absolución. Lo que supondría reconocer el carácter irrelevante del cuidado exigible *ex ante* a efectos de imputación⁵².

Cabe entonces una aclaración fundamental a propósito de la distinción conceptual señalada en el § IV. La noción de **regla de cuidado “impropia”** tiene carácter relativo y refleja, en realidad, un problema de aproximación e ignorancia. En efecto, cabe definir “impropio” un estándar de cuidado solo en el sentido de reconocer que realmente no sabemos si el caso concreto pertenece al conjunto –idealmente cerrado– de aquellos respecto de los cuales la misma pauta sería eficaz, y, por ende, “propia”.

En nuestro ejemplo de mala praxis médica, sabemos que la realización de cierta modalidad de rehabilitación podría permitir evitar la degeneración irreversible del tejido muscular; pero lo que realmente no sabemos es si las características de aquel trauma (del caso clínico en cuestión, *hic et nunc*, con todas sus peculiaridades, incluidas las características fisiológicas del paciente como individuo único e irrepetible) permiten que la terapia resulte eficaz.

Esta consideración muestra el fundamento teórico, pero a la vez el límite práctico, de la tesis de la “no relevancia” de los cursos causales hipotéticos a efectos de imputación (§ VI). Quien defiende que sería suficiente averiguar si el resultado *de quo* pertenece al ámbito

⁵¹ En sentido parecido VIGANÒ (2009) pp. 1709 y ss. A propósito del concepto de “comisión por omisión” y la equivalencia –o “identidad”– estructural con la comisión activa, véanse también las precisiones normológicas de SILVA (2003) pp. 450 y ss., 463 y ss., 471 y ss. Acerca de su equivalencia también valorativa, CUADRADO (1997) pp. 391 y ss., 398-399, 413 y ss.

⁵² De forma parecida ya ROXIN (1962) p. 434 y VIGANÒ (2009) pp. 1687-8.

de protección de la norma infringida, parte de una observación dogmática coherente (y subestimada en el marco de este debate): “el criterio del fin de la norma de cuidado *no complementaría el principio de la evitabilidad o del incremento del riesgo, sino que lo sustituiría*”⁵³. Sin embargo, en los supuestos en los que el deber de cuidado se concreta en una regla de cuidado “impropia” no resulta posible definir con precisión el ámbito de protección de la norma y, por ello, tampoco establecer si realmente el resultado acaecido representa la realización del “riesgo típico” (es decir, del grupo idealmente cerrado de riesgos) que la pauta incumplida tenía el objetivo de evitar. En estos casos no se puede verificar si la relación normativa indicada por el criterio del “ámbito de protección” (y de la “realización del riesgo en el resultado”) subsiste realmente⁵⁴.

En el caso de error de diagnóstico, pese a la previsibilidad del resultado (del tipo de resultado), no es posible saber –antes aun de preguntarnos qué hubiese pasado si el facultativo hubiese actuado conforme a la *lex artis*– si el modelo de prevención que debiese cumplirse incluye en su ámbito de protección (esto es, el conjunto ideal de casos clínicos respecto de los que resultaría eficaz) también el caso clínico *de quo*.

En suma, la distinción entre reglas de cuidado “propias” e “impropias” refleja una aproximación justificada como expresión de la imposibilidad de definir exactamente el ámbito de protección de la norma (es decir, el conjunto de resultados incluidos en ello). Toda regla de cuidado es “propia” respecto de su ideal, pero a menudo indeterminable, ámbito de protección; pero puede resultar “impropia” respecto al conjunto indeterminable de resultados (riesgos, cursos causales hipotéticos, etc.) que debería enfrentar.

3. SOBRE LA SUPUESTA “MANIPULACIÓN” DEL PARADIGMA DE RESULTADO: VALORACIÓN POLÍTICO-CRIMINAL, CON ESPECIAL REFERENCIA AL FENÓMENO DE LA “MEDICINA DEFENSIVA”

A la luz de lo anterior, debemos ahora hacernos cargo del argumento crítico esgrimido por quienes sostienen que la asunción del criterio del “incremento del riesgo” o de la “pérdida de oportunidades” –según se trate de delito comisivo u omisivo impropio– respondería a la necesidad de eludir un problema probatorio, consistiendo en una manipula-

⁵³ En estos términos MARTÍNEZ (1994) p. 107 (cursiva original). De forma semejante PUPPE (2010) p. 105.

⁵⁴ Este aspecto se ve reflejado en la consideración de FEIJÓO (2001) p. 331, quien destaca que la “constatación hipotética de que una conducta correcta habría evitado el resultado puede estar relacionada en el caso concreto con factores causales ajenos a la norma de cuidado”. A este propósito, señala FRISCH (2015) p. 89, que en los supuestos en los que “el resultado se hubiera producido igualmente en caso de darse el así llamado comportamiento alternativo conforme a Derecho (...) falta la realización del riesgo desaprobado o la realización de la infracción del deber de cuidado en el resultado (...)”. Por ello, faltaría también la “posibilidad de imputar el resultado (como injusto). En realidad, se ha realizado sencillamente un riesgo residual general (...); el que el autor haya actuado de manera desaprobada carece de significado normativo para el resultado acaecido –su producción se puede explicar al margen del comportamiento defectuoso del autor–”. Cfr., en cambio, el replanteamiento de la teoría del incremento del riesgo defendido por SCHÜNEMANN (1975) p. 652, quien más que a una comparación de riesgos, se refiere a un juicio que supone averiguar si la norma establecida *ex ante* puede ser considerada eficaz también *ex post* frente al riesgo que se realice cierto tipo de resultado; así el propio ROXIN (1997) pp. 381-2, 385-6, quien rechaza que la teoría del fin de protección pueda sustituir la teoría del incremento del riesgo, siendo dichas teorías “complementarias”.

ción ilegítima de la estructura del delito de resultado y de sus requisitos de imputación⁵⁵. En efecto, más allá del problema de la “causalidad omisiva” (ya aclaramos que se trata de una cuestión de imputación normativa), el peligro consiste en recaer en la lógica del *versari in re illicita*, haciendo del resultado una especie de condición objetiva de punibilidad.

Sin embargo, la consideración político-criminal que permite justificar el supuesto atajo probatorio consiste en respaldar el argumento subyacente a la oportunidad de asegurar la vigencia de ciertos modelos preventivos, en cuanto objetivamente exigibles, y aun sin ámbito de protección claramente definido⁵⁶. Pero esto, no sólo porque de lo contrario tendríamos que “renunciar a toda exigencia de cuidado precisamente en los supuestos en que se requiere un cuidado especialmente grande”⁵⁷; sino más bien, y desde una óptica garantista, para evitar que se fijen estándares de cuidado ajustados de forma instrumental (i.e. funcional) a la segura (o más probable) evitabilidad del resultado. En efecto, frente al vacío de protección que podría generarse por la aplicación rigurosa del criterio de la “evitabilidad”, los tribunales de justicia podrían ser inducidos a objetivizar y elevar aun más ciertos estándares de cuidado.

Piénsese en el ejemplo del terremoto. Si, como defiende un sector de la doctrina, el estándar de cuidado coincidiera con el parámetro de la “mejor tecnología” disponible en un momento histórico dado, bien podría fijarse en el marco del juicio un cuidado debido ajustado a estándares más exigentes que lo establecido por la ley de construcción⁵⁸. Por ejemplo, bien podría argumentarse que cualquier construcción realizada sin cumplir con las técnicas antisísmicas de “disipación” o “aislamiento” supondrían actuaciones imprudentes. Lo que podría representar un argumento para zanjar de antemano cualquier “duda razonable” sobre la evitabilidad del resultado.

Ante nuestra consideración se podría sin embargo replicar que, antes aun, sería más oportuno preguntarnos si el modelo de resultado es realmente el paradigma de intervención más adecuado. En este sentido, se ha argumentado que, en lugar que manipular su estructura, se podrían tipificar modelos de peligro exigentes infracciones tan graves o temerarias como para ser definidas “criminales”⁵⁹.

Sin embargo, cabe observar que la oportunidad de abandonar la exigencia de la evitabilidad no significa renunciar al desvalor de resultado y convertir subrepticamente el delito de resultado en un delito de peligro⁶⁰: como vimos, el nexo de causalidad en los delitos comisivos ya permite considerar como “propio” del sujeto el hecho realizado; y en cuanto a los delitos omisivos impropios, para que pueda hablarse de “comisión por omisión”, un

⁵⁵ Entre todos, DONINI (2011) p. 533.

⁵⁶ “(...) allí donde su observancia ciertamente aumenta claramente la posibilidad de salvaguarda del bien jurídico, pero no la garantiza con absoluta seguridad”: ROXIN (1997) pp. 380-1.

⁵⁷ ROXIN (1997) p. 381.

⁵⁸ Sobre la doctrina que defiende el estándar de la “mejor ciencia y experiencia”, en sentido crítico, PERIN (2014) pp. 1401-1404; PERIN (2016b) pp. 152 y ss., 157-159.

⁵⁹ Así, p. ej., VENEZIANI (2003) pp. 225-6; FRISCH (2004) p. 546; EUSEBI (2011) pp. 963 y ss.

⁶⁰ Así, en cambio, entre otros: FRISCH (2004) pp. 594-5; DONINI (2006) p. 107.

resultado lesivo –perteneciente al ámbito de protección de la posición de garante– debe haberse efectivamente realizado⁶¹.

Además, habría que considerar las implicaciones político-criminales que la adopción de nuevos tipos de peligro llevaría consigo, atendiendo a las características de cada sector de “riesgo permitido” y responsabilidad. No es lo mismo prever delitos de peligro en materia ambiental⁶² o para la prevención de riesgos laborales⁶³, y en materia de responsabilidad médica. Los intereses, los actores, las fuentes y los mecanismos de producción de resultados lesivos, además de otros factores político-criminalmente relevantes, son distintos.

Refiriéndonos en particular a la mala praxis médica, cabe recordar que al facultativo que “incurriere en descuido culpable en el desempeño de su profesión, sin causar daño a las personas”, ya se le puede castigar a título de falta por mera negligencia, sobre la base del art. 494, inc. 10, del Código Penal chileno. Se trata en realidad de una disposición que prácticamente no recibiría aplicación. No obstante, tampoco sería recomendable prever otro tipo, complementario a este y al delito de resultado, centrado –como se ha planteado también en la doctrina más reciente⁶⁴– en la realización de “tratamientos médicos arbitrarios”⁶⁵. En efecto, cualquier vulneración del consentimiento, aun sin infracción del cuidado debido y/o consecuencias lesivas, podría adquirir de ese modo relevancia penal⁶⁶. Pero esto podría fomentar aún más cierta tendencia a desnaturalizar el consentimiento informado, institución jurídica concebida como expresión y garantía de la autonomía del paciente⁶⁷, convirtiéndolo en un instrumento de “traspaso” de responsabilidad y, en última instancia, de “medicina defensiva”⁶⁸.

Desde luego, no se trata de renunciar a la imposición de deberes de información a los médicos; ni desconocer que el consentimiento “constituye *per se* un requisito del acto médico”⁶⁹. Sin embargo, hay que reconocer que el alcance de dichos deberes no resulta suficientemente determinado⁷⁰. Por ello, vincular directamente su cumplimiento a la imputación de responsabilidad penal expondría a los profesionales a mayores riesgos, a una situa-

⁶¹ CORCOY (1989) p. 516; VIGANÒ (2009) p. 1719.

⁶² Véase MATUS *et al.* (2018) pp. 823-4.

⁶³ Solución cuya utilidad práctica parece en todo caso relativa: PERIN (2016a) pp. 9 y ss. Cfr. sin embargo la propuesta *de lege ferenda* planteada en Argentina por GALLO (2018) pp. 505 y ss.

⁶⁴ RODRÍGUEZ (2017) pp. 50 y ss.

⁶⁵ Ver ROMEO (2011) pp. 323 y ss.

⁶⁶ Argumenta en cambio MAYER (2011) pp. 382-3, que “mientras el ordenamiento jurídico chileno carezca de una norma que castigue penalmente las denominadas intervenciones médicas arbitrarias, debe dársele a los tipos penales que castigan las lesiones corporales la interpretación más acorde con el respeto de la autonomía del paciente en lo que dice relación con su incolumidad o intangibilidad corporal”. Lo que supone asumir que “las intervenciones médicas no consentidas que afecten la integridad corporal del paciente, independientemente de su adecuación a la *lex artis* médica, tendrán que considerarse como lesiones corporales punibles”.

⁶⁷ Sobre autonomía, consentimiento y responsabilidad, en este medio: HERNÁNDEZ (2010) pp. 167 y ss.; MAYER (2011) pp. 373 y ss.; DE LA MAZA (2017) pp. 112 y ss.

⁶⁸ Sobre el fenómeno en cuestión, para más referencias, PERIN (2018b) pp. 865 y ss.

⁶⁹ Como reconoce también la jurisprudencia nacional citada por DE LA MAZA (2017) p. 126, quien sin embargo nos advierte acerca de los peligros de una concepción “idealizada” o poco “realista” del fenómeno.

⁷⁰ “¿qué alternativas de tratamiento y qué riesgos deben informarse?” Como señala DE LA MAZA (2017) p. 123, la respuesta a esta pregunta no resulta sencilla.

ción de mayor inseguridad, desviándolos del objetivo principal representado por el bien del paciente en pos de condiciones de mayor protección frente a la aleatoriedad de la sanción.

4. LA RE-DESCRIPCIÓN DEL RESULTADO OBJETO DEL JUICIO DE IMPUTACIÓN. EL ERROR DE DIAGNÓSTICO ENTRE EL DAÑO FÍSICO Y EL PERJUICIO FUNCIONAL

La oportunidad de abandonar el criterio de la evitabilidad se puede apreciar también abordando el problema de la “re-descripción” del resultado.

Volvamos una vez más a nuestro ejemplo de mala praxis y supongamos que, conforme al peritaje a disposición del juez, un diagnóstico tempestivo hubiera podido evitar la completa atrofia muscular (con “probabilidad rayana a la certeza”), pero no la definitiva disfunción de la articulación afectada.

Ahora bien, si se considerara como resultado relevante la lesión muscular irreversible, esto es, el daño físico como tal y en su especificidad, se podría fácilmente argumentar su imputación (puesto que el resultado *hic et nunc* resultaría evitable). En cambio, considerando relevante la grave reducción de la movilidad articular, es decir, el daño funcional, el resultado podría estimarse inevitable, lo que nos llevaría a excluir la imputación normativa del mismo (en efecto, pese a la evitabilidad del daño físico *hic et nunc*, el daño funcional resultaría inevitable).

En nuestra opinión, frente al problema de la re-descripción del resultado, ninguna solución puede estimarse correcta *a priori*. Se plantea, de nuevo, una cuestión de oportunidad

Se podría por ejemplo sostener que, en vez de renunciar al nexo fuerte de la evitabilidad (especialmente en la omisión impropia), sería en cambio necesario considerar el resultado siempre en su “específica dimensión en el tiempo y el espacio, o sea, *hic et nunc*”, ya que “sólo considerando el resultado con suficiente precisión” se evitaría “restringir de forma excesiva el ámbito de la responsabilidad penal”⁷¹. Solo de esta forma, además, el criterio de la evitabilidad no supondría una *probatio diabolica*.

Sin embargo, en muchas ocasiones el resultado *hic et nunc* no se puede distinguir claramente de otros alternativos y aún hipotéticos, más o menos *hic et nunc*.

Este problema no se plantea, por ejemplo, ante el “caso de la novocaína”. Como ya recordamos (§ IV), según la versión considerada generalmente en la discusión doctrinaria, el médico inyectó cocaína en vez de novocaína y el paciente falleció; sin embargo, se conoce después que, aunque se hubiese aplicado el anestésico correcto (la novocaína), el paciente hubiese fallecido por una intolerancia a dicha sustancia. Aquí, en efecto, el evento alternativo-hipotético (irreal) de la muerte por inyección de novocaína no excluye de ninguna manera la atribución del resultado (real) dado por el fallecimiento provocado por inyección causante e imprudente de cocaína. Los dos cursos causales —uno real, el otro hipotético— se pueden distinguir claramente y no se ven razones para excluir la imputación del primero ante la hipotética realización del segundo⁷².

Nuestro caso de error de diagnóstico, en cambio, es cualitativamente distinto. En efecto, además de ser inevitable el mismo perjuicio funcional al bien jurídico, la identifi-

⁷¹ VENEZIANI (2003) pp. 129-131.

⁷² En este sentido, pero a propósito del “caso del guardagujas”, MAÑALICH (2014) pp. 58 y ss.

cación del resultado (respecto de otros hipotéticos de la misma especie) puede revelar una diferencia absolutamente mínima: por ejemplo, en la hipótesis que se compruebe una atrofia muscular de grado 8 (en una escala hipotética de 10), allí donde la conducta alternativa diligente (el diagnóstico tempestivo) hubiese dejado el paciente con una atrofia de grado 7, esto es, ligeramente menos avanzada, pero asimismo invalidante e irreversible. La pregunta es –ella sí– inevitable: ¿sería esta diferencia de grado o entidad del daño (del mismo género) suficiente para sostener la imputación del resultado? ¿Y hasta qué punto, es decir, hasta qué nivel mínimo de divergencia?

El problema es que, mientras que en el caso de la novocaína y otros parecidos –como el “caso del guardagujas”⁷³– los resultados reales e hipotéticos, pero del mismo género, resultan claramente diversos, en otros –como el ejemplo de error de diagnóstico aquí considerado– la diferencias entre el evento *hic et nunc* (no evitado) y otro hipotético (resultante de la realización de una conducta conforme al cuidado debido) podrían ser tan mínimas y funcionalmente insignificantes como para hacernos dudar que una cuestión de imputación se pueda resolver de forma plenamente satisfactoria acudiendo al criterio tradicional; máxime teniendo presente que dicha imputación corresponde a una imputación de carácter penal, con las consecuencias que ello acarrea⁷⁴.

En el fondo, el criterio de la evitabilidad se defiende, dada su caracterización causalista, por ser aparentemente el más garantista. Pero ¿cumple con esa función garantista un criterio que permite imputar un evento ante la hipotética realización de otro casi-totalmente idéntico y funcionalmente equivalente?.

VIII. CONCLUSIONES

Replanteémonos entonces la misma cuestión: ¿realmente la exigencia de la evitabilidad (rayana a la certeza, de un resultado más o menos *hic et nunc*) representa el mejor instrumento para evitar una expansión iliberal de la responsabilidad imprudente?

La tesis defendida consiste en permitir la imputación normativa del resultado a la conducta imprudente en cuanto el incumplimiento del cuidado debido haya generado un aumento del riesgo (tratándose de comisión), o bien, haya disminuido las oportunidades de preservación del bien jurídico (en las hipótesis de comisión por omisión)⁷⁵. Se trata de una solución intermedia –y, en este sentido, compromisoria– entre dos planteamientos que, en nuestra opinión, pretenden lograr algo que no pueden conseguir.

La teoría de la evitabilidad responde a la necesidad axiológica de evitar retornos a formas de responsabilidad objetiva (sub-especie de *versari in re illicita*). Sin embargo, esta doctrina no define de forma adecuada la relación entre los criterios de imputación normativa, esto es, la estructura del nexo de riesgo; en particular, no aclara que, si se plantea el problema de la evitabilidad, ello significa que, antes aún, no se ha podido precisar exac-

⁷³ Tratado por MAÑALICH (2014) pp. 58 y ss.

⁷⁴ Cfr. MAÑALICH (2014) pp. 64 y ss.

⁷⁵ Defienden imputaciones omisivo-imprudentes con aumento del riesgo también mínimo, CORCOY (1989) pp. 508 y ss., 512, 521; BARTOLI (2010) pp. 47 y ss., 103 y ss., 106.

tamente el alcance del ámbito de protección de la norma infringida. Además, no valora la oportunidad de asegurar la vigencia de reglas de cuidado “impropias” –pero posiblemente eficaces– respecto de su ámbito de aplicación.

Por su parte, la doctrina que sostiene la irrelevancia de los cursos causales hipotéticos, si bien configura de forma adecuada la relación lógica y dogmática entre los juicios que permiten establecer si hay nexo de riesgo, tampoco considera la imposibilidad de averiguar si el resultado pertenece realmente al ámbito de protección de la norma infringida. En realidad, la sucesiva pregunta acerca de lo que hubiese pasado si el agente hubiese cumplido el cuidado debido responde a la necesidad de comprobar *ex post* la efectiva posibilidad de preservación. De lo contrario, el riesgo de condenar bajo la aparente pertenencia del evento al ámbito de protección de la norma, pero sin ninguna posibilidad de éxito, sería excesiva y seguramente incompatible con los principios básicos del derecho penal liberal.

En consideración de la estructura del injusto imprudente y desde una óptica más bien garantista, el criterio del “aumento del riesgo” puede evitar que los tribunales se dejen llevar por la tentación de fijar estándares de cuidado ajustados de forma instrumental a la segura (o más probable) evitabilidad del resultado. Al amparo del garantismo aparente de la *condicio sine qua non* aplicada al nexo de riesgo y a la omisión impropia (a la denominada “causalidad omisiva”), podrían legitimarse definiciones judiciales del deber de cuidado funcionales a que el resultado pueda valorarse evitable más allá de toda duda razonable (o con seguridad rayana a la certeza). En efecto, cuanto más elevada resulte la exigencia de cuidado determinada acudiendo al parámetro de la persona razonable y prudente, tanto más fácil será argumentar que la conducta alternativa hipotética hubiese evitado el resultado⁷⁶; con todos los inconvenientes que esto puede suponer en términos de expansión de la responsabilidad penal, sobre todo cuando se trate de exigencias de cuidado de formación judicial (es decir, *atípicas*⁷⁷).

Una vez abandonadas las impracticables –y a su vez inciertas– teorías de inspiración causal, y re-ubicada la cuestión en el plano de la imputación normativa, la valoración acerca del desvalor de la conducta volvería a representar el momento determinante para la atribución de la responsabilidad⁷⁸; un desvalor de la conducta que debería suponer, para cumplir realmente con el principio de subsidiariedad penal, una infracción especialmente calificada del deber de cuidado. Esto es, una imprudencia “grave” o “temeraria”⁷⁹.

⁷⁶ En términos semejantes, PERIN (2018a) p. 47.

⁷⁷ Sobre esta noción, PERIN (2017) pp. 227 y ss., 237 y ss.; PERIN (2018b) pp. 886 y ss., 888-9. Cfr. las acertadas reflexiones de ROSAS (2012) pp. 57 y ss., quien, comentando un caso de error de diagnóstico y acudiendo a la noción de “*lex artis ad hoc*”, hace ver con toda claridad la necesidad de valorar de forma muy rigurosa la exigibilidad *ex ante* de una conducta alternativa más eficaz, para poder justificar una imputación de responsabilidad *ex art.* 491 CP.

⁷⁸ En este sentido también VIGANÒ (2009) p. 1724.

⁷⁹ Cfr. sin embargo la definición de “imprudencia temeraria” del art. 13 del Anteproyecto de Código Penal de 17 de octubre 2018: “cuando el sujeto **hubiera podido evitar** la realización del delito empleando la mínima diligencia que le era exigible de acuerdo con sus circunstancias”.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ANGIONI, Francesco (2006): “Note sull’imputazione dell’evento colposo con particolare riferimento all’attività medica”, *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Tomo II (Milano, Giuffrè) pp. 1279-1333.
- BARTOLI, Roberto (2010): *Il problema della causalità penale. Dai modelli unitari al modello differenziato* (Torino, Giappichelli).
- BRICOLA, Franco (1960): *Dolus in re ipsa. Osservazioni in tema di oggetto e di accertamento del dolo* (Milano, Giuffrè).
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán (1980-81): “Significación social y tipicidad”, *Estudios penales y criminológicos*, vol. 5: pp. 9-42.
- CADOPPI, Alberto (2011): “Omissione, liberalismo e paternalismo. Il ‘caso’ dell’omissione di soccorso”, *Studi in onore di Mario Romano*, Tomo III (Milano, Giuffrè) pp. 1311-1354.
- CANCIO MELIÁ, Manuel (2001): *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas* (Barcelona, Bosch).
- CARNEVALI RODRÍGUEZ, Raúl (2002): “El delito de omisión. En particular la comisión por omisión”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, vol. 9: pp. 69-80.
- CARNEVALI RODRÍGUEZ, Raúl (2008): “Un examen a los problemas de relación de causalidad y de imputación objetiva conforme a la doctrina penal chilena”, en VARGAS PINTO, Tatiana (edit.), *La relación de causalidad. Análisis de su relevancia en la responsabilidad civil y penal* (Santiago, Universidad de los Andes) pp. 223-240.
- CASTALDO, Andrea (1989): *L'imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento* (Napoli, Jovene).
- CASTRONUOVO, Donato (2009): *La colpa penale* (Milano, Giuffrè).
- CONTESE SINGH, Javier (2017): “La omisión impropia como hecho punible. Acerca de la incorporación de una regla general de punibilidad de los así llamados “delitos de omisión impropia” en el Anteproyecto del Nuevo Código Penal”, en Ambos, Kai, *et al.* (coords.), *Reformas penales* (Santiago, Der Ediciones) pp. 11-49.
- CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (1989): *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado* (Barcelona, PPU).
- CUADRADO RUIZ, María Ángeles (1997): “La comisión por omisión como problema dogmático”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, vol. 50: pp. 387-456.
- DE LA MAZA GAZMURI, Íñigo (2017): “Consentimiento informado, un poco de realismo”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. XXX, N° 2: pp. 111-131.
- DE VERO, Giancarlo (2006): “Disvalore d’azione e imputazione dell’evento in un’aggiornata costruzione separata dei tipi criminosi”, *Studi in onore di Giorgio Marinucci* (Milano, Giuffrè) pp. 1487-1524.
- DONINI, Massimo (1989): “Lettura sistematica delle teorie dell’imputazione oggettiva dell’evento”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, vol. 32: pp. 588-638; 1114-1153.
- DONINI, Massimo (1999): “La causalità omissiva e l’imputazione “per l’aumento del rischio”. Significato teorico e pratico delle tendenze attuali in tema di accertamenti ezio-

- logici probabilistici e decorsi causali ipotetici”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, vol. 42: pp. 32-85.
- DONINI, Massimo (2004): *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà* (Milano, Giuffrè).
- DONINI, Massimo (2006): *Imputazione oggettiva dell'evento. «Nesso di rischio» e responsabilità per fatto proprio* (Torino, Giappichelli).
- DONINI, Massimo (2011): “Il garantismo della *condicio sine qua non* e il prezzo del suo abbandono. Contributo all'analisi dei rapporti tra causalità e imputazione”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, vol. 54: pp. 494-535.
- ENGISCH, Karl (1931): *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände* (Tübingen, Mohr).
- EUSEBI, Luciano (2011): “La prevenzione dell'evento non voluto. Elementi per una rivisitazione dogmatica dell'illecito colposo e del dolo eventuale”, *Studi in onore di Mario Romano II* (Napoli, Jovene) pp. 963-1003.
- FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo José (2001): *Resultado lesivo e imprudencia. Estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del «fin de protección de la norma de cuidado»* (Barcelona, Bosch).
- FIANDACA, Giovanni (1979): *Il reato commissivo mediante omissione* (Milano, Giuffrè).
- FIANDACA, Giovanni (2006): “Riflessioni problematiche tra causalità e imputazione obiettiva”, *L'Indice Penale*: pp. 945-963.
- FORTI, Gabrio (1990): *Colpa ed evento nel diritto penale* (Milano, Giuffrè).
- FRISCH, Wolfgang (2004): *Comportamiento típico e imputación del resultado* (Madrid/Barcelona, Marcial Pons).
- FRISCH, Wolfgang (2006): “La teoría de la imputación objetiva del resultado: lo fascinante, lo acertado y lo problemático”, en FRISCH, Wolfgang y ROBLES PLANAS, Ricardo (editores), *Desvalorar e imputar. Sobre la imputación objetiva en Derecho penal* (Montevideo/ Buenos Aires, B de f) pp. 1-60.
- FRISCH, Wolfgang (2015): *La imputación objetiva del resultado. Desarrollo, fundamentos y cuestiones abiertas* (Barcelona, Atelier).
- GALLO, Marcello (1960): “voce Colpa penale”, *Enciclopedia del diritto*, Tomo VII (Milano, Giuffrè) pp. 624-644.
- GALLO, Patricia (2018): *Riesgos penales laborales. Responsabilidad penal del empresario por riesgos, enfermedades y accidentes laborales* (Buenos Aires, B de f).
- GARRIDO MONTT, Mario (1997): *Derecho Penal. Parte General*, Tomo III (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique (1985-6): “¿Que es la imputación objetiva?”, *Estudios penales y criminológicos*: pp. 167-185.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique (1990): *Delitos cualificados por el resultado y causalidad* (Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, segunda edición).
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique (1994): “Causalidad, omisión e imprudencia”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, vol. XLVII: pp. 5-60.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique (2015): “Teoría de la evitabilidad versus teoría del aumento del riesgo”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, vol. LXVIII: pp. 21-62.

- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique (2017): *El comportamiento alternativo conforme a Derecho* (Buenos Aires, B de f).
- GRASSO, Giovanni (1983): *Il reato omissivo improprio. La struttura obiettiva della fattispecie* (Milano, Giuffrè).
- GROTTO, Marco (2012): *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica* (Torino, Giappichelli).
- HAAS, Volker (2016): “La doctrina penal de la imputación objetiva. Una crítica fundamental”, *InDret*, N° 1: pp. 1-32.
- HAVA GARCÍA, Esther (2002): *La imprudencia inconsciente* (Granada, Comares).
- HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor (2010): “Consentimiento informado y responsabilidad penal médica: una relación ambigua y problemática”, en DE LA MAZA GAZMURI (coord.), *Responsabilidad médica, Cuadernos de análisis jurídico* (Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales) pp. 167- 185.
- HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor (2011): “Art. 1°”, en COUSO SALAS, Jaime y HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor (directores), *Código Penal Comentado. Parte General, Doctrina y Jurisprudencia* (Santiago, LegalPublishing) pp. 7-104.
- HONIG, Richard M. (1930): “Kausalität und objektive Zurechnung”, en HEGLER, A. (editor), *Festgabe für Reinhard von Frank zum 70*, Tomo I (Tübingen, Mohr) pp. 174-201.
- LARENZ, Karl (1970): *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung: Ein Beitrag zur Philosophie des kritischen Idealismus und zur Lehre von der «juristischen Kausalität»* (Aalen, Scientia Verlag, primera edición de 1927).
- LUZÓN PEÑA, Diego Manuel (2017): “Omisión impropia o comisión por omisión. Cuestiones nucleares: imputación objetiva sin causalidad, posiciones de garante, equivalencia (concreción del criterio normativo de la creación o aumento de peligro o riesgo) y autoría o participación”, *Libertas. Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales*, vol. 6: pp. 145-272.
- LÜBBE, Weyma (1993): “Die Theorie der adäquaten Verursachung: Zum Verhältnis von philosophischem und juristischem Kausalitätsbegriff”, *Zeitschrift für allgemeine Wissenschaftstheorie*, vol. 24: pp. 87-102.
- MAIWALD, Manfred (2018): “Non c’è dolo senza colpa. La teoria dell’imputazione oggettiva nella dottrina italiana”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, vol. 61: pp. 1-20.
- MAÑALICH, Juan Pablo (2014): *Norma, causalidad y acción. Una teoría de las normas para la dogmática de los delitos de resultado puros* (Madrid/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo, Marcial Pons).
- MAÑALICH, Juan Pablo (2015): “La imprudencia como estructura de imputación”, *Revista de Ciencias Penales*, vol. XLII, N° 3: pp. 13-36.
- MARAVAR GÓMEZ, Mario (2009): *El principio de confianza en Derecho penal. Un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva* (Cizur Menor, Civitas).
- MARINUCCI, Giorgio (1965): *La colpa per inosservanza di leggi* (Milano, Giuffrè).
- MARINUCCI, Giorgio (1991): “Non c’è dolo senza colpa. Morte della «imputazione oggettiva dell’evento» e trasfigurazione nella colpevolezza?”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, vol. 34: pp. 3-39.

- MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita (1992): *La imputación objetiva del resultado* (Madrid, Edersa).
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita (1994): “¿Relevancia de los comportamientos alternativos conformes a Derecho en la imputación objetiva del resultado?”, en GIMBERNAT ORDEIG, ET AL. (editores), *Omisión e imputación objetiva en Derecho penal* (Madrid, Universidad Complutense Madrid - Ministerio de Justicia e Interior) pp. 103-113.
- MATUS, Jean Pierre, RAMÍREZ, María Cecilia y CASTILLO, Marcelo (2018): “Acerca de la necesidad de una reforma urgente de los delitos de contaminación en Chile, a la luz de la evolución legislativa del siglo XXI”, *Política Criminal*, vol. 13, N° 26: pp. 771-835.
- MAYER LUX, Laura (2011): “Autonomía del paciente y responsabilidad penal médica”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XXXVII: pp. 371-413.
- MAYER LUX, Laura y VERA VEGA, Jaime (2015): “Caso “Alto Río”. SCS, 4/04/2014, Rol N° 185-2014”, en VARGAS, Tatiana (directora), *Casos destacados Derecho penal - Parte general* (Santiago, Thomson Reuters) pp. 535-555.
- MIR PUIG, Santiago (2003): “Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho penal”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N° 5: pp. 1-19.
- MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes (2010): *Derecho penal. Parte general* (Valencia, Tirant Lo Blanch).
- NAQUIRA RIVEROS, Jaime (2017): *Derecho Penal Chileno. Parte General*, Tomo II (Santiago, Thomson Reuters).
- NAVAS, Iván (2015): “Acción y omisión en la infracción de deberes negativos en derecho penal”, *Política Criminal*, vol. 10, N° 20: pp. 678-693.
- NOVOA MONREAL, Eduardo (1984): *Fundamentos de los delitos de omisión* (Buenos Aires, Depalma).
- PERIN, Andrea (2014): “La crisi del “modello nomologico” fra spiegazione e prevedibilità dell’evento nel diritto penale. Note introduttive e questioni preliminari sul fatto tipico colposo”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, vol. 57, N° 3: pp. 1371-1409.
- PERIN, Andrea (2016a): “La contribución de la víctima y la imputación objetiva del resultado en la teoría del delito imprudente. Un estudio comparado en materia de prevención de riesgos laborales”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N°18: pp. 1-27.
- PERIN, Andrea (2016b): “Conocimientos científicos, tecnologías convergentes y derecho penal. Reflexiones metodológicas en materia de causalidad, imprudencia, imputabilidad y peligrosidad”, en ROMEO CASABONA, Carlos María (editor), *Tecnología convergentes: desafíos éticos y jurídicos* (Bilbao/Granada, Cátedra de Derecho y Genoma Humano – Comares) pp. 145-176.
- PERIN, Andrea (2017): “La condotta lesiva colposa. Una prospettiva ricostruttiva”, *Política Criminal*, vol. 12, N° 23: pp. 207-266.
- PERIN, Andrea (2018a): “L’imputazione oggettiva dell’evento per omissione impropria. Argomenti a favore della «diminuzione di chances»”, *Archivio penale*, N° 2 (web): pp. 1-47.

- PERIN, Andrea (2018b): “La redefinición de la culpa (imprudencia) penal médica ante el fenómeno de la medicina defensiva. Bases desde una perspectiva comparada”, *Política Criminal*, vol. 13, N° 26: pp. 858-903.
- POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean y RAMÍREZ, Cecilia (2003): *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- PUPPE, Ingeborg (2010): “La teoría de la imputación objetiva y su aplicación”, *Revista de Derecho Penal*, N° 1: pp. 59-105.
- ROBLES PLANAS, Ricardo (2006): “Conducta típica, imputación objetiva e injusto penal. Reflexiones al hilo de la aportación de Frisch a la teoría del tipo”, en FRISCH, Wolfgang y ROBLES PLANAS, Ricardo (editores), *Desvalorar e imputar. Sobre la imputación objetiva en Derecho penal* (Montevideo/Buenos Aires, B de F) pp. 61-175.
- ROBLES PLANAS, Ricardo (2015): “La «teoría de la imputación objetiva»: algunas consideraciones sobre sus orígenes y su futuro”, en FRISCH, Wolfgang, *La imputación objetiva del resultado* (Barcelona, Atelier).
- RODRÍGUEZ VÁSQUEZ, Virgilio (2017): “El delito de tratamiento médico arbitrario”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N° 19-3: pp. 1-59.
- ROJAS AGUIRRE, Luis Emilio (2008): “La comisión por omisión en Alemania”, Sección “Sistemas penales comparados”, *Revista Penal*, N° 21: pp. 192-195.
- ROJAS AGUIRRE, Luis Emilio (2010): “Lo subjetivo en el juicio de imputación objetiva: ¿aporía teórica?”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. 23: pp. 233-254.
- ROJAS AGUIRRE, Luis Emilio (2018): “Delitos de omisión entre libertad y solidaridad”, *Política Criminal*, vol. 13, N° 26: pp. 682-738.
- ROMEO CASABONA, Carlos María (2011): *El médico y el Derecho Penal*, Tomo I, La actividad curativa. Licitud y responsabilidad penal (Santa Fe, Rubinzal - Culzoni).
- ROSAS OLIVA, Juan Ignacio (2012): “Responsabilidad penal del médico. Error de diagnóstico y *lex artis*”, *Razonamiento penal*, N° 1: pp. 57-63.
- ROXIN, Claus (1962): “Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 74: pp. 411-444.
- ROXIN, Claus (1970): “Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht”, en *Festschrift für Richard M. Honig* (Göttingen, Schwartz) pp. 132-146.
- ROXIN, Claus (1997): *Derecho Penal. Parte General*, Tomo I (Madrid, Editorial Civitas).
- RUDOLPHI, Hans-Joachim (1969): “Vorhersehbarkeit und Schutzzweck der Norm in der strafrechtlichen Fahrlässigkeitslehre”, *JuS*: pp. 549-557.
- SCHÜNEMANN, Bernd (1975): “Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeit- und Gefährdungsdelikte”, *Juristische Arbeitsblätter (Zeitschrift)*: pp. 435-444, 511-516, 575-584, 647-656, 715-724, 787-798.
- SGUBBI, Filippo (1975): *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento* (Padova, Cedam).
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (2003): *El delito de omisión. Concepto y sistema* (Montevideo/Buenos Aires, B de F, segunda edición).
- STELLA, Federico (1988): La nozione penalmente rilevante di causa: la condizione necessaria, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, vol. 31: pp. 1217-1268.

- SUMMERER, Kolis (2013): *Causalità ed evitabilità. Formula della condicio sine qua non e rilevanza dei decorsi causali ipotetici nel diritto penale* (Pisa, ETS).
- ULSENHEIMER, Klaus (1965): *Das Verhältnis zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten* (Bonn, Röhrscheid).
- VARGAS PINTO, Tatiana (2017): *Responsabilidad Penal por Imprudencia Médica* (Santiago, Der Ediciones).
- VENEZIANI, Paolo (2003): *Regole cautelari “proprie” ed “improprie” nella prospettiva delle fattispecie colpose causalmente orientate* (Padova, Cedam).
- VIGANÒ, Francesco (2009): “Riflessioni sulla cd. “causalità omissiva” in materia di responsabilità medica, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*”, vol. 52: pp. 1679-1725.
- WOLTER, Jürgen (1981): *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionellen Straftatsystem* (Berlin, Duncker & Humblot).

NORMAS CITADAS

- ART. 13, ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PENAL (17 DE OCTUBRE 2018).
- ART. 491, Código Penal de Chile.
- ART. 494, INC. 10, Código Penal de Chile.

CONTROLANDO LOS RESULTADOS DEL SISTEMA PENAL SOBRE EL DERECHO ADMINISTRATIVO DEL DERECHO PENAL

CONTROLLING THE GENERAL OUTPUT OF THE PENAL SYSTEM ON ADMINISTRATIVE LAW OF CRIMINAL LAW

JAVIER WILENMANN*

RESUMEN: El artículo analiza las dificultades que tiene el sistema penal en controlar sus resultados agregados. En él, se muestra cómo la conjunción de una cultura dominante fijada en procesos de toma de decisión individual y un diseño institucional que no solo impone el mismo tiempo de orientación, sino que disgrega las decisiones relevantes entre agentes no coordinados, tiende a producir ese efecto. El artículo analiza finalmente las alternativas administrativas de imposición de control por los resultados agregados que respetan, sin embargo, el tipo de proceso de toma de decisión que caracteriza al derecho penal.

Palabras clave: sistema penal, salidas anticipadas, libertad condicional, penas sustitutivas, determinación de la pena, derecho administrativo, organismos reguladores

SUMMARY: The article analyzes the difficulties that the Chilean penal system shows in controlling its outcomes. It shows that the combination of a legal culture fixed with individual judgements and an institutional design that maintains that focus and disperses decision-making powers between non-coordinated actors, might tend to produce such an effect. The article offers a reconstruction of the administrative alternatives of control of penal outcomes that can be respectful of the type of decision-making system that makes out criminal law.

Key words: criminal justice system, parole, probation, administrative law, regulatory agencies.

INTRODUCCIÓN

La cultura de expertos y actores en el ámbito del derecho penal, unida a la configuración del sistema de toma de decisiones que informa, contribuye a la producción de resultados agregados desordenados.

En el análisis del sistema penal, los abogados y, en particular, los penalistas y procesal-penalistas afirman propiedad. Desde que se formaliza en el procedimiento, el ámbito institucional penal está densamente asociado a la cultura interna de estos grupos¹. La cultura legal-penal no solo configura, como es natural, la acción que se desarrolla dentro de esa práctica –los abogados y jueces hablan el lenguaje del derecho–, sino que también tienden a asumir la posición de opinión política experta a su respecto².

* Doctor en Derecho, Albert-Ludwigs Universität Freiburg, Profesor Asociado, Facultad de Derecho Universidad Adolfo Ibáñez. Dirección postal: Diagonal Las Torres 2640, Peñalolén, Santiago. Dirección electrónica: javier.wilenmann@uai.cl

¹ El concepto proviene de FRIEDMAN (1975) cap. 9.

² En general, al menos tres comunidades de conocimiento reclaman *expertise* en materia penal: los penalistas, los diseñadores del sistema procesal penal y los expertos en seguridad pública. Véase HATHAZY (2016); PALACIOS

Esa cultura que clama propiedad sobre “lo penal” se concentra en procesos de toma de decisión respecto de individuos y no en la producción de resultados agregados³.

En efecto, el derecho penal establece las condiciones en las que el derecho autoriza (o manda) a aplicar una sanción penal a un individuo. Los penalistas se preocupan de reconstruir en detalle los procedimientos argumentativos que debieran controlar ese proceso individual. Tanto por la estructura misma de esa cultura, como por importaciones de traumas foráneos, el control del sistema como un todo no solo está fuera del ámbito de sus preocupaciones, sino que puede ser incluso rechazado como una especie de empresa anti-libertaria.

Los procesalistas, por su parte, han asumido una fijación centrada en las garantías del individuo y en la legitimación procedimental de la pena⁴. ¿Cómo se configura un contexto institucional en el que no se produzcan malos tratos al imputado y en el que los jueces se orienten exclusivamente a la determinación, ordenada por reglas, de la culpabilidad o inocencia del imputado? ¿Cómo se reducen al máximo razonable los riesgos de falsos positivos?

Por cierto, las transacciones que llevaron a la reforma procesal penal implicaron la instauración de preocupaciones burocráticas de eficiencia (“gerencialismo”)⁵. Por ello, a su respecto también se discute sobre mecanismos de gestión. Pero el alcance de los mecanismos es limitado tanto dentro de la extensión del sistema penal –sigue en lo esencial al procedimiento controlado por abogados– como en sus pretensiones– optimizar el uso de los espacios procedimentales y proveer de mecanismos que agilicen la obtención de condenas o el abandono de casos⁶. La inserción del procedimiento dentro del funcionamiento total de un sistema, es algo que no es en general considerado por los procesalistas⁷.

Visto desde fuera, esta dinámica genera un sistema sin preocupación por los resultados agregados que produce. Y ello, en condiciones que buena parte de los problemas del sistema penal solo pueden ser entendidos asumiendo una perspectiva global. Concentrándose en los resultados –lo que aquí nos interesa resaltar– esto es sencillo de advertir. El uso excesivo de la cárcel, por ejemplo, no solo tiene efectos innecesarios o excesivos en los mismos condenados, sino que priva de posibilidades de sustento a sus familias, disminuye la eficacia en la generación del control de los niños en procesos de socialización⁸, desorganiza la economía de ciertas zonas y, con ello, puede tender a aumentar los niveles de delincuencia en vez de disminuirlos⁹. Y como todo el financiamiento del sistema penal es público, ello implica no solo que los recursos públicos se gastan de un modo ineficiente frente a

(2011). Aunque, por lo mismo, el campo en cuestión puede ser visto como lugar de conflicto, la cultura de al menos dos grupos comparte la configuración legal de fijación individual en cuestión.

³ El diagnóstico ya se encuentra en ZIMRING y HAWKINS (1993) pp. i y siguientes.

⁴ “El procedimiento penal implica (...) la asunción de dos cuestiones: primero, la producción de una decisión definitiva (...) y, segundo, que la misma genere un efecto vinculante como consecuencia de su legitimación formal (...)” HORVITZ y LÓPEZ (2002) p. 25.

⁵ Véase recientemente GONZÁLEZ (2018) cap. 2.

⁶ Esto es tradicionalmente visto como una herencia de la fijación europeo-continental con la idea de legalidad (=a todo delito debe seguir una respuesta estatal) y, con ello, a la conceptualización de todo caso que se desvíe de esa pretensión como excepción de oportunidad. Véase DUCE (2002) pp. 248-52; HORVITZ y LÓPEZ (2002) pp. 448-50.

⁷ STUNTZ (1997) pp. 1-5.

⁸ Para una sencilla referencia a la literatura empírica sobre el punto, véase EWALD y UGGEN (2012) pp. 92s.

⁹ HAGAN y DINOVTZER (1999) pp. 122s.

sus alternativas –gastar más en servicios sociales seguramente tendría mejores efectos en la disminución de la delincuencia–, sino que se usan a veces de modo derechamente contraproducente. La falta de control de cuidado en el mantenimiento de la correlación entre capacidad carcelaria y uso de la cárcel genera hacinamiento, produciendo no solo espacios más insalubres y violentos de vida, sino también un rendimiento todavía peor de la cárcel en la disuasión individual futura de cada condenado¹⁰.

Pese a todo lo anterior, el diseño institucional del sistema penal –y la cultura que lo impregna– no tiene una orientación al control de esos resultados. No hay mecanismos u organismos que controlen que los resultados se ajusten a ciertos parámetros (por ejemplo: que la tasa de encarcelamiento se ubique dentro de ciertos márgenes), que los recursos escasos del sistema se utilicen donde tienen más rendimiento, o que los recursos que se le asignan al sistema de justicia penal tengan un uso comparativamente mejor que la asignación a otros sistemas que pretenden producir resultados en el mismo ámbito (asistencia social, por ejemplo). Aquello que es (o debiera ser) normal en la producción de políticas públicas y en el funcionamiento de la administración en otros ámbitos¹¹, en el sistema de justicia penal se encuentra fuera de consideración.

El más claro ejemplo de esta dinámica se encuentra en los resultados que siguieron a la implementación de la reforma procesal penal. Contra lo que esperaban los agentes de la reforma¹², su efecto fue un aumento masivo de la tasa de encarcelamiento¹³. Programado para aumentar la eficacia en la aplicación de sanciones, el sistema no sabía controlar sus propios resultados¹⁴. Y ese efecto negativo continuó produciéndose hasta que el incendio de la cárcel San Miguel generó un escenario político favorable a la utilización de medidas ad hoc de reducción de la población carcelaria. Incluso después de esos ajustes, el sistema sigue comportándose de modo volátil.

Este artículo pretende comenzar a ofrecer una salida a esta situación. Su objetivo es dar cuenta del hecho de que el derecho penal no es solo una definición de las condiciones de punibilidad de individuos, sino también un sistema de reglas de orientación y control de una burocracia masiva cuya acción tiene un enorme impacto social¹⁵. Por decirlo en términos que pueden resultar heréticos en el ámbito penal: el derecho penal no es solo un “derecho del ciudadano”; sino que es ante todo un programa de regulación de una máquina burocrática¹⁶. Como tal, se trata de un ámbito legal que también debe ser pensado en lógica administrativa¹⁷. Eso no quiere decir, por cierto, que consideraciones administrativas de eficacia deban borrar el tipo de procedimientos argumentativos que caracterizan a la toma de decisiones en materia penal. Antes, un buen diseño administrativo necesita asumir

¹⁰ Sobre los efectos individuales del hacinamiento, véase solo HANEY (2012) pp. 593s.

¹¹ El punto es enfatizado por BARKOW (2017).

¹² DESHAZO y VARGAS (2006); RIEGO (2000).

¹³ SALINERO (2012).

¹⁴ El punto, referido a Brasil, es en parte desarrollado por FONSECA (2018).

¹⁵ En la tradición de teoría penal, el punto también es enfatizado por CHIAO (2017), EL MISMO (2018) cap. 1.

¹⁶ BARKOW (2014); DOLOVICH y NATAPOFF (2017).

¹⁷ El argumento, por cierto, no es nuevo en la literatura comparada. Se encuentra en la base del libro de ZIMRING y HAWKINS (1993). Y el punto ha sido llevado en buena medida al extremo por BARKOW (2017) pp. 42-44.

que el sistema que debe controlar se encuentra programado de un modo que supone preeminencia de la atribución de culpabilidad –un proceso de toma de decisión naturalmente individual. Como veremos, la complejidad del diseño administrativo se encuentra determinada precisamente por ello. Ello no quiere decir, sin embargo, que la racionalidad administrativa deba ser abandonada¹⁸.

Enfocado en un solo punto –el control de los resultados agregados de las sanciones– el artículo ofrece una reconstrucción de la relevancia de pensar también al derecho del sistema penal como un proyecto de regulación de una burocracia¹⁹.

Para ello, en primer lugar, daré cuenta, de dos modos alternativos en que un sistema puede controlar sus resultados: de modo centralizado (orgánico) y de modo descentralizado (inorgánico). Aunque, como veremos, hay factores que pueden incidir en la generación de un control espontáneo, los datos muestran que los sistemas latinoamericanos, incluyendo el chileno, no tiene esa capacidad. En segundo lugar, daré cuenta de las razones estructurales formales que influyen en esa incapacidad de generar coordinación. Finalmente, en una tercera parte, daré cuenta de los modelos comparados existentes para la producción de ese control de un modo centralizado y orgánico.

1. LOS MECANISMOS DE PRODUCCIÓN DEL RESULTADO

1.1. MECANISMOS INFORMALES DE CONTROL Y LA TESIS DE LA ESTABILIDAD DEL CASTIGO

Aunque volveremos sobre el punto más adelante, asúmase para efectos del argumento que el sistema penal (i) se configura en torno a una cultura orientada a la toma de decisiones en el caso individual y (ii) que no hay coordinación en la toma de esas decisiones que permita contrarrestar la tendencia de un sistema de esa clase a la volatilidad de sus resultados. Un sistema de esta clase es, en ese sentido, un sistema descoordinado.

La configuración descoordinada del sistema penal sugiere que, de dejarse a la pura reproducción siguiendo la lógica individual que predomina en el proceso, los resultados van a ser arbitrarios y, probablemente, volátiles.

Llegar a esa conclusión sin más puede ser, sin embargo, apresurado. En particular, no es inusual que, pese a la falta de coordinación, un sistema institucional establezca sus resultados sea porque su disponibilidad de recursos se mantiene más o menos inalterada, sea porque cuenta con mecanismos informales que tienden a ese resultado. Si uno, por ejemplo, utiliza las tasas de encarcelamiento como proxy del resultado producido por el sistema –un proxy útil pero limitado– varios sistemas muestran evoluciones más o menos planas de sus resultados. Así, a pesar de las denuncias de expansión masiva del castigo ligado al

¹⁸ Una exposición temprana llamando a pensar el sistema de justicia penal de este modo, ya al interior de la comunidad legal, se encuentra en ZIMRING y HAWKINS (1993) p. xii.

¹⁹ Es importante notar lo limitado que es el punto. Administrativamente visto, el sistema también debe preocuparse que cada programa (= sanción y medidas dentro de la sanción) produzca los mejores efectos posibles respecto de una gran cantidad de consecuencias buscadas. Ese micro-manejo es parte central de la racionalidad administrativa que debe buscar el sistema. Me concentro aquí solo en resultados agregados porque se trata del aspecto probablemente más descuidado.

sistema neoliberal internacional²⁰, buena parte de los países europeos occidentales (con la excepción notable del Reino Unido) han mantenido niveles de castigo a veces inferior y a veces solo ligeramente superior a lo que tenía lugar hace 40 años²¹.

En 1973, y haciendo referencia al caso de los Estados Unidos, Blumstein y Cohen le dieron forma de teoría general a la observación de que la tasa de encarcelamiento se había mantenido dentro de márgenes estrechos por los últimos 50 años²². A la vista de las variaciones relevantes en tasas de delincuencia que era posible percibir a la época y, pese a ello, el mantenimiento de los niveles agregados de castigo, ambos postularon que el proceso institucional de castigo tenía características homeostáticas que disponía a una definición del número de acciones efectivamente castigables de modo más o menos constante. Ello porque las sociedades fijarían, en los hechos, ciertas características que constituyen barreras de intolerancia frente a ciertas desviaciones y esas barreras cambiarían en base a una fijación estable de necesidad de castigo. Así, si los niveles de acciones castigables definidas en base a un umbral de tolerancia determinado disminuyen, las fuerzas que empujan los procesos de criminalización (organizaciones de persecución, legislación, etc.) llevarían a ampliar la barrera de tolerancia y constituir a acciones menores en criminales. Si, en cambio, esos niveles aumentaran, esas mismas fuerzas empujarían a aumentar los niveles de tolerancia, disminuyendo el nivel de castigo de acciones que pasarían a ser consideradas menores. Ese postulado teórico, según Blumstein y Cohen, encontraría validación empírica en el hecho de que entre 1930 y 1970, la tasa de encarcelamiento en los Estados Unidos mostraba una variación leve²³.

La teoría de la estabilidad del castigo fue refutada del modo más espectacular posible²⁴. Justo después de la famosa publicación de Blumstein y Cohen, la tasa de encarcelamiento en los Estados Unidos comenzó a aumentar drásticamente. En términos gráficos, ello condujo al “gráfico por antonomasia” en la discusión académica y pública en la actualidad en ese país: una línea más o menos estable de encarcelamiento hasta principios de los años 70 que luego creció casi 7 veces hasta alcanzar su punto más alto a principios de los años 2000²⁵. Estados Unidos pasó de ser un ejemplo de validación empírica de la estabilidad del castigo al ejemplo por antonomasia de la falta de estabilidad natural del sistema penal.

Lo anterior no implica, sin embargo, que al menos una parte de las asunciones de Blumstein no tuvieran un grano de verdad. Más allá del caso de Estados Unidos (y, en lo que nos interesa a nosotros, de Chile y de Latinoamérica), varios países europeos han mantenido resultados agregados más o menos constantes²⁶, sin contar –como algunos Estados

²⁰ Véase, por ejemplo, la crítica de ZEDNER (2002) pp. 352 ss. al carácter generalizador del diagnóstico de GARLAND (2002).

²¹ Para los efectos del argumento véase solo LACEY (2008) pp. 26-29. El caso más notable es, probablemente, Canadá, cuya similitud en la evolución de las tasas de delincuencia con los Estados Unidos podría sugerir variaciones similares en niveles de castigo –algo simplemente errado. Véase DOOB Y WEBSTER (2006) pp. 327-32.

²² Véase BLUMSTEIN Y COHEN (1973). El punto fue retomado en varios artículos del grupo de trabajo de Blumstein, incluso después de que se hiciera evidente la refutación de la tesis. Véase, al respecto, RUDDALL Y FEAR (2005) pp. 3-5.

²³ BLUMSTEIN Y COHEN (1973).

²⁴ ZIMRING (2010).

²⁵ AVIRAM (2017); PFAFF (2008) pp. 547-51.

²⁶ Véanse, por ejemplo, los datos en RUDDALL Y FEAR (2005), pp. 13-16.

de los Estados Unidos— con arreglos institucionales directamente tendientes al control de sus resultados.

En un famoso artículo publicado en 1994, Joachim Savelsberg le atribuyó esa capacidad de controlar sus resultados a un mayor aislamiento por parte de la cultura legal y de la burocracia ligada al sistema de justicia penal, paradigmáticamente presente en Alemania, del sistema político²⁷. Si la cultura legal mantiene formas de razonamiento aisladas de presiones políticas, ella determina la acción de la burocracia y los recursos de la burocracia cambian poco, entonces probablemente los resultados se mantengan controlados. Cualquiera sea la opinión que uno tenga de esta tesis, ella muestra que ciertos sistemas muestran capacidad de control informal de sus resultados: la propia interacción de la cultura legal con los actores que gestionan la burocracia puede actuar como mecanismo tendiente a la estabilización. La necesidad de pensar administrativamente el derecho penal es menor en esos casos.

En sistemas, en cambio, que muestran resultados volátiles y tendencia incontrolada al aumento del castigo, la preocupación administrativa es central. Este es el caso de Latinoamérica y, desafortunadamente, de Chile²⁸. La Tabla 1 muestra el nivel de volatilidad, con tendencia clara al boom, que ha tenido el uso de la cárcel en Latinoamérica en los últimos tiempos.

TABLA 1
 Evolución tasas de encarcelamiento en Latinoamérica
 (confección propia a partir datos *World Prison Brief*)

País	1995	2000	2004	2010	2016	Variación
Argentina	73	102	168	157	174 (2015)	+138 %
Brasil	107	133	180	249	347	+224 %
Bolivia	69 (1996)	95	73	92	142	+106 %
Chile	153	215	226	320	242	+58 %
Colombia	90	128	159	183	243	+170 %
Costa Rica	100	193	209	259	370 (2014)	+270 %
República Dominicana	159	173	140	208	235	+ 48 %
Guatemala	58	62	70	78	125	+ 116 %
Ecuador	85	64	84	79	160	+ 88 %
El Salvador	125	132	201	399	579	+ 363 %
Honduras	158	184	160	154	200	+ 27 %
México	101	156	186	194	177	+ 75 %
Nicaragua	98	128	116	113	238	+ 143 %
Paraguay	57	60	106	99	167	+ 193 %
Panamá	237	283	345	336	423	+ 78 %
Perú	87	107	114	155	251	+ 189 %
Uruguay	99	135	207	257	306	+ 209 %
Venezuela	101 (1996)	58	76	140	173	+ 71%

²⁷ SAVELSBURG (1994). Un punto similar, respecto de la estabilidad en la determinación de la pena, es efectuado por HÖRNLE (2013).

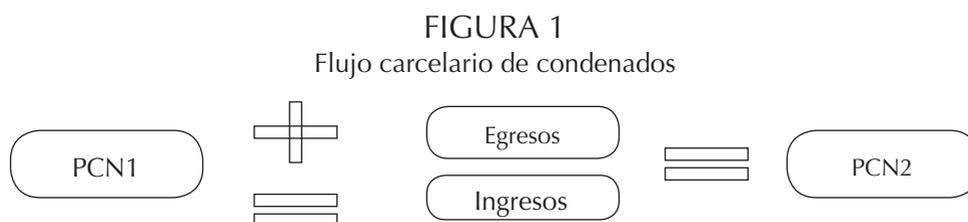
²⁸ ARIZA e ITURRALDE (2018); ITURRALDE (2010); SOZZO (2016).

Como veremos a continuación, la existencia de variaciones violentas en las poblaciones carcelarias implica un desajuste de los factores que mantienen la estabilidad del castigo. Aunque podría tratarse de un efecto buscado –los actores de un sistema podrían buscar aumentar o disminuir el nivel de castigo– la presencia simultánea de hacinamiento carcelario muestra que ello no es así o, en todo caso, el aumento del nivel de castigo también tiene lugar de modo desordenado. Ello hace necesario entender qué produce, al menos formalmente, el efecto de desajuste.

1.2. EL OUTPUT DEL SISTEMA Y LOS MECANISMOS FORMALES QUE LO PRODUCEN

Para efectos de graficar cómo funciona la producción del resultado agregado “castigo” en un momento determinado, podemos hacer uso del ejemplo paradigmático del encarcelamiento.

Las variaciones en el encarcelamiento pueden representarse como el resultado de un flujo: la población carcelaria en el momento N2 (PCN2) es el resultado de la adición de aquella presente en N1 (PCN1) y el total de ingresos menos el total de las salidas de la cárcel por parte de condenados entre N1 y N2. El flujo puede ser representado sencillamente como muestra la Figura 1.



A su vez, los factores “ingresos” y “egresos” son el resultado de distintos actos institucionales.

Los ingresos se corresponden sencillamente con el total de condenas a penas privativas de libertad ejecutadas y el total de sujetos a los que se les ha impuesto prisión preventiva (o detención, si se cuenta aquí) entre N1 y N2.

Aunque estos dos factores pueden parecer sencillos de determinar, ellos en realidad se ven condicionados por una gran cantidad de actos institucionales anteriores. Las condenas, por ejemplo, dependen de una serie de actos institucionales que revisaremos con más detalle más adelante. Ejemplo: toda salida alternativa, todo principio de oportunidad o facultad de no perseverar, etc., filtra del número total de condenas que podría producirse en un momento determinado respecto una demanda nominal mayor. Al mismo tiempo, toda aplicación de una pena que no sea efectivamente privativa de libertad –incluyendo a las penas sustitutivas– produce el mismo efecto si el resultado que se quiere controlar es el encarcelamiento.

Los egresos corresponden, a su vez, al total de actos institucionales cuyo efecto es el término de la causa de privación de libertad respectiva. Tratándose de condenados, el cumplimiento (con o sin abono de condena), la libertad condicional y el indulto, más allá de la muerte del condenado, son los casos más relevantes de actos institucionales que conducen

al resultado “egreso”. De estas posibilidades de salida, varias de ellas se ven determinadas al menos parcialmente por actos institucionales anteriores. El cumplimiento o el tiempo mínimo para solicitar libertad condicional, por ejemplo, dependen de la cuantía de la pena fijada al momento de su determinación.

Como es obvio, la tasa de encarcelamiento tiende a mantenerse estable en la medida en que los ingresos y los egresos se ubiquen en parámetros similares. Ella disminuye en la medida en que los egresos superen a los ingresos, y aumenta en la medida en que los ingresos superen a los egresos. Al revés, la verificación de que la tasa varía muestra que los factores de la ecuación no se han mantenido alineados. Sea por inestabilidad interna de la burocracia –su eficacia aumenta y disminuye sin mucho control–, sea por aumento de recursos que le permite procesar más casos, o sea por variaciones en los marcos institucionales que permiten el procesamiento, variaciones en las tasas de encarcelamiento muestran un sistema desalineado en el manejo de la ecuación.

Cuando el sistema se encuentra desalineado, es improbable que se produzcan ajustes espontáneos que tiendan a alinearlos. Los factores que influyen en la producción del resultado definitivo son demasiado heterogéneos y complejos para que ello tenga lugar. En el próximo apartado intentaré explicar las razones por las que ello es así. Para ello, daré cuenta en primer lugar de las características orgánicas centrales del sistema. Posteriormente explicaré las razones por las que, en esas condiciones, conseguir coordinación espontánea para un resultado determinado (ejemplo: alinear) es improbable.

2. EL FUNCIONAMIENTO MACRO-ESTRUCTURAL DEL SISTEMA PENAL Y SU RESULTADO

2.1. EL SISTEMA PENAL Y SU CARACTERÍSTICA ORGÁNICA CENTRAL: LA FRAGMENTACIÓN EN LA TOMA DE DECISIONES

El sistema de justicia penal se corresponde con lo que en teoría institucional es conocido como un campo organizacional. Un campo se ve constituido por el conjunto de interacciones en un ámbito de acción institucional reconocible como tal²⁹. Aunque, por ejemplo, en materia penal decenas de miles de personas realizan distintas acciones de persecución, defensa, juicio, etc., en todos ellos podemos entender culturalmente que se está desarrollando un tipo de proceso al que llamamos “persecución penal” o alguna definición similar.

Un campo admite tres niveles de observación en su descripción: el nivel individual, el nivel de organizaciones individuales, o el nivel de poblaciones de organizaciones (el nivel de campo).

Así, por ejemplo, uno puede describir el sistema de justicia penal como un campo de interacciones de jueces, fiscales, abogados, imputados y policías individuales. Esa imagen es la que tiende a asumir la literatura jurídica. Si desarrollan correctamente su función, todos esos individuos son estructuralmente equivalentes entre sí, porque realizan acciones definidas por la misma lógica de acción por una organización. Ello permite aumentar el nivel de

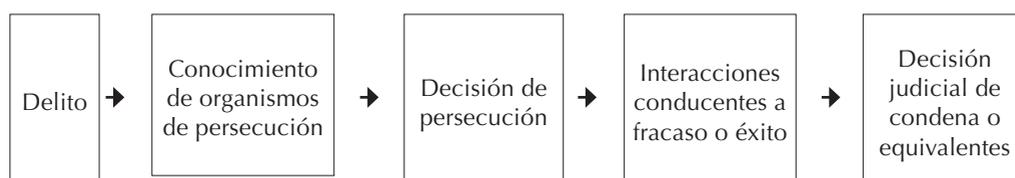
²⁹ DiMAGGIO y POWELL (1983).

generalidad en la descripción, sin demasiada pérdida de precisión, y referirse a organizaciones individuales. Por ejemplo, uno puede describir lo que tiene lugar en el Cuarto Juzgado de Garantía de Santiago haciendo referencias a las acciones de la fiscalía local de Ñuñoa, de ciertos cuerpos específicos de Carabineros, etc. De nuevo, como la organización institucional provee que distintas unidades organizacionales sean estructuralmente equivalentes entre sí³⁰, uno puede aumentar todavía más el nivel de generalidad de la descripción y pasar a describir el “campo” total del sistema como interacciones de “poblaciones” de organizaciones. En el sistema de justicia penal, visto como campo, las poblaciones de organizaciones designadas como “policía”, “Ministerio Público”, “Defensoría Penal Pública” (= el conjunto de todas las organizaciones individuales que asumen esa identidad), etc., interactúan para producir el resultado global de que se trata. En lo que nos interesa a nosotros, la asunción del punto de vista del campo institucional es fundamental.

Más allá de referirse a un campo, en su consideración espacial, el sistema de justicia penal también se corresponde dinámicamente con un proceso. En la imagen ya clásica legada por el reporte *The Challenge of Crime in a Free Society*³¹ ese proceso puede ser descrito como un flujo en el que ciertas fuentes de input (los delitos) conocidos por la policía se ramifica en sus resultados, dependiendo de combinaciones de distintos factores relevantes a estos efectos (presencia o ausencia de un arresto, entidad del delito, prueba, etc.) que son procesados, a veces de modo cooperativo, otras de modo adversarial, por las distintas poblaciones organizacionales comprometidas.

Para nuestros efectos, no es necesario contar con una descripción de flujo que pretenda ser exhaustiva. Más bien, la Figura 2 permite describir simplificadaamente el proceso conducente al resultado “sanción”.

FIGURA 2
El proceso de producción del resultado penal global



Un diagrama sencillo de flujo como la Figura 2 permite describir el conjunto de interacciones que conducen a la producción individual “sanción penal (o equivalente)”³² —el diagrama asume así el nivel de descripción puramente individual.

Pero el proceso en cuestión también puede ser transformado a nivel de campo simplemente agregando todos los procesos que se desarrollan en el sistema. El resultado

³⁰ DiMAGGIO y POWELL (1983) p. 148.

³¹ PRESIDENT’S COMMISSION OF LAW ENFORCEMENT AND ADMINISTRATION OF JUSTICE (1967) pp. 8-9.

³² Hago referencia a “equivalentes” por el hecho de que, formalmente, varios modos de acción que tienen peso coactivo y pueden implicar gasto de recursos públicos, no son considerados como tales. El caso obvio es la suspensión condicional del procedimiento.

de ese conjunto de procesos genera el output total de sanciones. Ello todavía no permite cuantificar el efecto que el sistema tiene en los recursos públicos (impacto fiscal) o en sus destinatarios (impacto social), ya que cada sanción tiene por naturaleza y duración efectos diferenciables y el efecto específico de la sanción puede cambiar por decisiones posteriores (indulto, libertad condicional). Pero la Figura 2 sirve como contraste (individual) para explicar las razones por las que a nivel agregado el sistema no tiene coordinación³³.

En efecto, aunque la Figura 2 parece describir procesos ordenados, hay varias razones por las que, considerado a nivel del resultado global que produce, el sistema no funciona así.

En primer lugar, el resultado final depende de acciones que las distintas organizaciones que participan del campo toman de modo contingente o necesariamente autónomo. Ejemplo: el Ministerio Público no puede coordinar, en el caso individual, su actuación con los tribunales. Y, es probable, que además las acciones de la policía conducentes a uno u otro resultado no estén plenamente coordinadas con el Ministerio Público. Aunque visto a nivel individual algunos casos de no-coordinación pueden ser vistos como necesidad del sistema, en relación con el resultado final producido ello genera problemas de control.

La Figura 3 intenta graficar la dispersión de tomadores de decisión que conduce al resultado agregado.

³³ En la literatura reciente, de hecho, el punto tiende a utilizarse para oponerse incluso al uso del concepto de “sistema” al hablar de la persecución penal a nivel de campo: su falta de coordinación a nivel de diseño (y en algunos países también en su funcionamiento informal) haría que la idea de sistema solo confunda. Véase MA-YEUX (2018).

FIGURA 3

Tomadores de decisión en la generación del output del sistema de justicia pena



La Figura 3 –centrada en el caso ilustrativo de la prisión, pero aplicable *mutatis mutandi* a otras clases de sanción– identifica a los distintos organismos que toman decisiones que contribuyen a la producción del output global del sistema penal. Ella muestra como las decisiones de los que se encuentran más arriba en la cadena dinámica afectan no solo a las decisiones de los organismos que se encuentran más abajo, sino que también tienden a impactar en los presupuestos de estos últimos.

En particular, la Figura 3 pretende ilustrar cuatro fenómenos, más allá de la dispersión de tomadores de decisión, que contribuyen a la falta de coordinación en la producción del resultado global y a la falta de responsabilidad a su respecto.

En primer lugar, la Figura 3 ilustra que los tomadores de decisión ubicados al inicio de la cadena –con excepción de la legislación, que sin embargo funciona sin control presupuestario en materia penal en Chile– en general imponen (en vez de asumir) cargas y los tomadores de decisión que se encuentran más abajo tienden a ser más bien organismos que absorben los efectos presupuestarios de decisiones de otros. Con ello, no hay presiones presupuestarias internas que controlen naturalmente el resultado del sistema³⁴.

En segundo lugar, los criterios de toma de decisión están configurados en casi todos los casos –con la excepción de la no muy responsable legislación y del ejecutivo en materia de indultos– con orientación individual³⁵. Los fiscales persiguen, o no, casos en base al mérito (pruebas, cuantía, etc.). Los jueces naturalmente condenan o absuelven, y fijan la pena, en base al mérito individual. Y, en algo que es tal vez idiosincrático, los tomadores de decisión a nivel de libertad condicional también asumen esa lógica. Ello implica que, más allá de preocupación por la propia eficiencia de sus procesos (sacar la mayor cantidad de condenas o tramitaciones posibles), no hay preocupación por los resultados del sistema³⁶.

En tercer lugar, las medidas que integran cada estadio no se establecen con la misma lógica. El quantum global del primero estadio –el número total de delitos conocidos– sigue dinámicas que poco tienen que ver con la administración. La capacidad de procesamiento de las policías y del Ministerio Público depende de su propia disponibilidad de recursos y de la eficiencia de su uso. Y la producción del resultado (individual y global) sanción depende de interacciones estratégicas con los defensores, de la capacidad de procesamiento de esas interacciones por tribunales y de su valoración como conducente, o no, a sanciones³⁷.

En cuarto lugar, aunque el paso de un estadio a otro se ve fijado naturalmente con una misma unidad cuando se considera a nivel individual –el mismo delito es conocido, perseguido, sometido a proceso y sancionado al pasar de estadio en estadio– a nivel de campo no hay correspondencia entre la demanda que supone cada estadio y la oferta de procesamiento del siguiente.

Esto es: la policía no cuenta con recursos para procesar la demanda de investigación que supone cada delito del que tiene conocimiento, el Ministerio Público no puede procesar cada caso, y el sistema de sanciones no tiene capacidad de absorber todas las demandas de sanción requeridas por el sistema judicial, etc. Por lo mismo, el resultado global depende

³⁴ Aunque referido al caso institucionalmente más complejo de los Estados Unidos, así también BARKOW (2017) pp. 43-44; ZIMRING y HAWKINS (1993) pp. 211-15.

³⁵ STUNTZ (1997) p. 4.

³⁶ Informalmente, el ejecutivo a través de la Dirección de Presupuestos, del Ministerio de Justicia al negociar su presupuesto y de decisiones de indulto, podría asumir una función de esta clase. Conocer exactamente, en los hechos, cómo ello opera, es un trabajo de investigación en sí mismo que me interesa desarrollar. Pero, en cualquier caso, ello solo impactaría en poder identificar posibilidades de modelación del control a partir de estructuras de funcionamiento ya establecidas. Un modelo informal de esta clase ofrece desventajas naturales, porque no puede incidir sobre el output de tomadores de decisión orientados individualmente.

³⁷ STUNTZ (1997) p. 4.

en una medida mucho mayor de la oferta de procesamiento disponible en cada estadio que de, por una parte, la demanda total (considerada en cada estadio) o, por la otra, de una consideración racional de resultados globales buscados.

Varias consecuencias se siguen de lo anterior. En primer lugar, el sistema de justicia penal tiene una escasez material permanente frente a la demanda formal de acción que se le presenta. En efecto, mientras sus necesidades de acción son fijadas formalmente en relación con cada delito –el Estado de derecho pretende establecer la necesidad de respuesta frente a cada transgresión relevante–, materialmente considerado, en realidad su capacidad de acción depende de disponibilidad, coordinación y eficiencia en el uso de sus recursos³⁸. En segundo lugar, el hecho de que sean los propios recursos y modos de acción de la administración aquello que establece el quantum total de sanciones, implica que el nivel agregado de delitos tiene poca influencia (directa) sobre el output total del sistema. El castigo como fenómeno agregado es, en general, una variable influenciada por la organización de la administración; no, en cambio, por las tasas de delincuencia³⁹.

Por ahora, ello permite asumir una tensión que es a la vez fuente de problemas y oportunidades en el funcionamiento del sistema penal: no hay organización de campo tendiente a controlar resultados, pero, al mismo tiempo, como el output global tiende a depender de variables más o menos controlables por los organismos (sus recursos y la eficiencia en su actuar), ello presenta alguna posibilidad de contrapesar el desorden natural del sistema. Ello, sin embargo, en la medida en que haya orientación a su uso con esa pretensión. Como veremos, en el diseño institucional actual ese, desafortunadamente, no es el caso.

2.2. LA IMPROBABILIDAD DEL REALINEAMIENTO ESPONTÁNEO

La estructura orgánica referida en la sección anterior permite explicar la improbabilidad del re-alineamiento espontáneo del sistema penal. Si uno mira la misma información sobre la dispersión y características del sistema de tomas de decisión, pero se concentra ahora en mirar quiénes influyen sobre la producción de los factores centrales “ingresos” y “egresos”, esto es fácil de observar.

En particular, los organismos que contribuyen a su producción son distintos y no tienden a coordinarse en relación con los resultados que producen. En el ámbito de los ingresos, el número de prisiones preventivas depende, en lo esencial, de decisiones del Ministerio Público. El número de condenas conducentes a penas efectivas depende de la interacción del Ministerio Público, las defensas y los tribunales –y en buena medida de la disponibilidad de espacio para procesamiento de los tribunales–. Pero todos estos organismos toman decisiones en base a consideraciones individuales y, cuando tienen una orientación

³⁸ Entre nosotros, este hecho se encuentra en la base de la crítica a la pretensión de definición estricta de legalidad del Ministerio Público (obligación de perseguir todo) y la generación excepcional de oportunidad.

³⁹ Aquí es importante la calificación “directa” en la afirmación “el delito no tiene influencia directa en el quantum del castigo”. Aumentos en las tasas de delincuencias (o en su percepción) sí pueden tener influencia indirecta, por la vía de impulsar al sistema político a aumentar la disponibilidad de recursos o los mecanismos de acción conducentes a producir castigo institucional. Véase LACEY *et al.* (2018); PFAFF (2014, 2017).

“gerencialista” referida al resultado global, ella tiende simplemente a impulsar la producción de un mayor número de ingresos⁴⁰.

En materia de egreso, las salidas dependen de decisiones de determinación de la pena (tomadas en base a otras consideraciones al momento de la condena) y de su interacción con mecanismos de salida anticipada. Las salidas anticipadas de la cárcel (ante todo: libertad condicional) dependen de las comisiones de libertad condicional y de los tribunales superiores de justicia (vía recurso de amparo). Aquí también las decisiones tienden a integrar el puro punto de vista individual. Y, en lo que puede verse, los organismos no interactúan entre sí para intentar equilibrar la ecuación conducente al resultado final.

Uno puede, sin embargo, invertir la mirada y pasar a considerar que el output total de cada uno de los mecanismos que influye en la ecuación referida en la Figura 3 son “instrumentos” para realinear los resultados. En un sistema institucionalmente centralizado como el chileno⁴¹, producir ese efecto es formalmente sencillo. Ejemplo: bastaría que alguien con competencia en el sistema (y con preocupación por sus resultados) vea que entre N1 y N2 se produjeron desajustes en el nivel de ingresos (o tiempos de cárcel demasiado largos y, con ello, menos oportunidades para el egreso, o cualquier otro factor relevante) y que tenga información suficiente sobre dónde tuvieron lugar los desajustes, para que pueda establecerse un modo de acción conducente a realinear el sistema en la producción de encarcelamiento. Como hemos visto, parte relevante del problema en Chile es que no hay organismo alguno que tenga esa función.

La cuestión se torna más compleja, en cambio, si el resultado que se quiere controlar no es solo el nivel de encarcelamiento, sino el nivel total de castigo o el impacto social del castigo. Para pasar a considerar el nivel total de castigo, basta con ampliar los “ingresos” a toda medida que tenga peso afflictivo, incluyendo otras medidas cautelares, multas (aunque a diferencia de las otras sanciones ellas no representan una carga fiscal), penas sustitutivas, y libertades condicionales en ejecución. Al igual que en el caso del encarcelamiento, basta mantener estable el nivel de “ingresos” y “egresos” a nivel agregado, o respecto de un tipo de medidas en particular, para que los resultados se estabilicen; y es teóricamente posible también orientar una disminución. Pero como no se trata de sanciones definidas del mismo modo, el juego con el nivel de un tipo de medidas puede producir efectos en otras.

Ejemplo: las penas sustitutivas implican (al menos teóricamente) un aumento en niveles de sanción, pero ellas son al mismo tiempo medidas de evitación de la cárcel. Formalmente visto, disminuir el umbral desde el que se imponen penas sustitutivas (y no así cárcel efectiva) puede ser una medida eficiente para disminuir los ingresos a la cárcel. Pero ella no disminuye formalmente el nivel total de castigo. Y, materialmente visto, una medida de esta clase puede incluso ampliar el nivel de castigo: las penas sustitutivas son más baratas

⁴⁰ En los Estados Unidos, varios autores le atribuyen a este punto –y al mejoramiento de los sistemas de gestión por avance tecnológico– la mayor parte de la responsabilidad por la explosión carcelaria. Así, por ejemplo, PFAFF (2017) cap. 5; STUNTZ (2006, 2010).

⁴¹ El contraste es con Estados Unidos, donde la fragmentación y complejidad institucional hace mucho más difícil controlar los resultados a nivel central.

de imponer y, bien diseñadas, pueden proveer de niveles adecuados de control, con lo que pueden ser una herramienta eficiente de expansión antes que de retracción del castigo⁴².

Como los regímenes sancionatorios son difícilmente conmensurables entre sí —técnicamente expresado: pueden ser medidos a nivel ordinal (¿cuál es más gravoso?) pero no a nivel de intervalo— y tienen impacto cruzado, la optimización de su uso requiere ser medida de otro modo. En situación de conocimiento perfecto, el nivel óptimo de uso debería ser establecido midiendo la combinación, alcanzable con los recursos disponibles, con mejor rendimiento social y que además se justifique frente a otras alternativas de usos de recursos públicos —el modelo básico de evaluación costo beneficio⁴³. Ello implicaría considerar no solo el efecto directo de las sanciones, sino también efectos colaterales en la vida futura del condenado— y con ello la tendencia a la generación de reincidencia —y en sus cercanos— y con ello la tendencia a la generación de más delincuencia.

Uno puede dudar probablemente con razón que ese óptimo pueda ser conocido del todo. Varios de los factores involucrados dependen de fijaciones políticas cuya corrección no es fácil de medir y los efectos de un sistema sancionatorio son conocidamente problemáticos de evaluar⁴⁴. Pero lo que al menos debe pedirse a un sistema de justicia penal, es que opere con expectativas claras en relación con los resultados que debe producir y que se produzca coordinación para intentar mantenerse en esas metas. La próxima sección identifica distintas modalidades en que ello puede tener lugar.

3. MODELOS DE CONTROL ADMINISTRATIVO DEL RESULTADO DEL SISTEMA PENAL

Como vimos, el resultado agregado del sistema depende de la relación entre varios actos institucionales que producen ingresos y egresos. Si esos números pudieran ser manipulados de modo tal de no producir déficit, el control de los resultados del sistema sería sencillo. La misma homonimia con el lenguaje contable da cuenta de lo frecuente que es el control de procesos de equilibrio de ingresos y egresos: toda organización de la economía formal —y no solo en el ámbito público— tiene que controlar que sus egresos no sobrepasen irracionalmente sus ingresos. Aquí, por cierto, los “ingresos” (de presos) son los que producen egresos presupuestarios (gastos) y, al revés, los “egresos” (de presos) se corresponden con disminuciones de gastos. Por lo que, si la administración pensara como empresa, debería naturalmente buscar maximizar los egresos (de presos) y disminuir los ingresos.

Para poder dar cuenta de los desafíos que un sistema administrativo del sistema de justicia penal enfrenta, la primera cuestión relevante es entender por qué el sistema no puede simplemente asumir esa lógica contable. En otras palabras, por qué la Figura 3 tiene la estructura, aparentemente irracional, que exhibe. Esa es la misión de la primera sección de

⁴² En la literatura comparada, esto se conoce como el debate del ensanchamiento de la red de castigo (*netwidening*). Véase COHEN (1985). Sobre la expansión de las penas sustitutivas a niveles masivos y la necesidad de considerar su extensión en el control de la magnitud global del castigo, PHELPS (2017).

⁴³ BARKOW (2017) pp. 43-44; LA MISMA (2019) pp. 180-81.

⁴⁴ Véase a este respecto la revisión de la literatura sobre el efecto general de disuasión de variaciones en los regímenes de castigo en WEBSTER y DOOB (2012).

este apartado: explicar qué aspectos esenciales a la identidad del sistema penal impiden una solución administrativa sencilla. Las demás secciones, asumiendo este diagnóstico, presentan los distintos modelos que pueden, pese a ello, permitir un control de esta clase.

3.1. EL “PROBLEMA” BÁSICO: EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD, LA RACIONALIDAD DE LA CULTURA PENAL Y EL RESULTADO GLOBAL

El lector, en particular perteneciente al ámbito legal o a la filosofía, puede preguntarse a partir de las frías descripciones de los apartados anteriores: ¿y dónde está la persona individual? ¿Dónde está el mérito individual de la sanción? ¿Dónde está el sufrimiento de la víctima del delito y del condenado? ¿Dónde están las nociones de responsabilidad que permean al derecho penal?

Hasta ahora, la descripción muestra un sistema desordenado y sin preocupación por consideraciones globales, como si ello fuera el resultado simplemente de un mal diseño y no, en cambio, de arreglos institucionales que responden a ideas que tienen buena razón de ser. La adición de la cultura legal en materia penal y el diseño institucional del sistema tal vez puedan ser vistos como causantes de la configuración desordenada de la producción del output total del campo. ¿Sugiere esto acaso que esa configuración cultural –y el diseño que la soporta– es sencillamente irracional?

Por supuesto, leer de este modo esta contribución sería un error. La programación del sistema en base a tomas de decisión con orientación al caso particular responde a las ideas que los penalistas, con buenas razones, estamos acostumbrados a defender: la pena se justifica en la medida en que un proceso de imputación de responsabilidad individual por realizar un delito justifique su imposición. Aunque dado el enorme volumen de causas que la burocracia tiene que manejar, mantener esa orientación individual en todos los casos es imposible⁴⁵, al menos en la aplicación de sanciones considerables hay buenas razones para que, al menos ciertos actores, mantengan una configuración como tomadores de decisión independientes. Ese es el desafío administrativo global del sistema penal: generar orientación a la racionalización de resultados globales en un campo de tomas de decisión naturalmente orientado al caso individual.

El desafío implica que ciertas opciones, que podrían estar abiertas en otros sistemas burocráticos, simplemente no entren en consideración. En particular, el tomador de la decisión directa respecto de los ingresos –los tribunales penales– simplemente no puede asumir una lógica colectiva de administración. Una pregunta distinta es por la posición del otro actor central a nivel de ingresos, los fiscales. En particular, en la medida en que su configuración, como en Chile o Estados Unidos, sea a la producción del mayor número de sanciones posibles y de la mayor entidad posible, el control que tienen sobre buena parte del sistema es un problema⁴⁶. Pero ello sugiere que, a nivel global, el Ministerio Público debiera participar de los arreglos que permitan controlar los resultados del sistema en cierta clase de casos, además de asumir la naturaleza administrativa global de su empresa. Sobre

⁴⁵ Sobre las diferencias respecto de distintas clases de delitos, véase NATAPOFF (2017) pp. 71-77.

⁴⁶ BARKOW (2019) cap. 8; PFAFF (2017a) cap. 5; PFAFF (2017b); SKLANSKY (2018).

ello volveremos más adelante. En cualquier caso, en casos en que haya decisión de persecución, la perspectiva tiene que ser naturalmente individual.

El problema del caso chileno se encuentra, sin embargo, no solo en la configuración del programa de acción del Ministerio Público, sino en la falta de actores que asuma del todo una orientación naturalmente sistemática. El actor tradicional que en teoría penológica asume ese punto de vista –los tomadores de decisión de libertad condicional– no lo hace, ya que en Chile ha pasado a imperar la consideración de que se trata de un instrumento de orientación puramente individual. La única excepción, por ello, se encuentra Ministerio de Justicia en los casos en que decide hacer indultos masivos –algo improbable dados los costos políticos involucrados y que en el cualquier caso tiene la forma de solución parche– y en la legislación, en condiciones que los incentivos del sistema político tienden a no coincidir con preocupaciones de esta clase.

En lo que sigue, pretendo explorar los distintos modelos que existen para efectos de incorporar una perspectiva global en el funcionamiento del sistema. El análisis parte de una asunción básica: se requiere alguien que controle la racionalidad de los resultados globales. Es probable que un sistema de justicia penal que muestre tendencia al desalineamiento no pueda producir ese efecto sin que exista un organismo especialmente orientado a ello. El sistema político podría hacerlo, pero una vez que hay desalineamiento, el costo político de manipular por puras consideraciones orgánicas los resultados del sistema es demasiado alto frente a su eventual beneficio, a saber, mostrar responsabilidad fiscal y por la producción de resultados positivos de largo plazo⁴⁷.

En el caso de la burocracia, los actores centrales del sistema no asumen una orientación natural de este tipo. Las razones son varias: los actores no tienen incentivos naturales a considerar el impacto global de sus acciones –por que las organizaciones de las que participen no necesitan internalizar ese costo–, los actores no cuentan con información sobre ese impacto, y ella es, en cualquier caso, compleja y cambiante. Como la información cambia constantemente y depende de muchos organismos, ella solo puede obtenerse si –a la forma de un banco central– hay una burocracia (en este caso ciertamente mucho más pequeña) encargada de recolectar y procesarla constantemente. Y, al igual que un banco central, ese organismo puede tener modos directos e indirectos que tiendan a equilibrar la ecuación y evitar la producción de inflación.

En general, en lo que dice relación con el funcionamiento del sistema penal, uno puede así distinguir binariamente dos modelos de agencia que tenga una función de esta clase: una agencia que cuente con mecanismos directos de alineación –bajo el modelo de la *sentencing commission* de Minnesota o bajo el modelo de comisiones de libertad condicional con información centralizada y orientación a la alineación– y un modelo que solo cuente con mecanismos indirectos de alineación, esto es, que solo pueda (intentar) imponer consideraciones sistemáticas en otros actores. Un sistema correctamente diseñado debiera tender a ambas soluciones. El organismo global no puede actuar sin orientación parcialmente sistemática de los distintos componentes del sistema, y es improbable que esa orientación se

⁴⁷ BARKOW (2005) p. 716; LA MISMA (2019) pp. 110-12.

genere del todo o, al menos, produzca los resultados que debe producir, sin que exista un organismo global de esta clase. En lo que sigue, describiré brevemente los dos modelos.

3.2. LA SOLUCIÓN ORGÁNICA GLOBAL CON INCIDENCIA DIRECTA

Una agencia global con competencia directa para producir la alineación del sistema se define por contar con instrumentos directos para realizarlo. En lo que alcanzo a ver, hay dos modos comparados puros de esta clase: hacerlo sobre la base del control de la determinación de la pena tanto a nivel legislativo como judicial, por una parte, y hacerlo sobre la base de centralización en la toma de decisiones de libertad condicional.

El primer modelo fue popularizado por la exitosa experiencia del Estado de Minnesota⁴⁸ y luego se generalizó en distintas comisiones de sentenciamiento en varios Estados de la unión —con variaciones relevantes en su diseño institucional⁴⁹. La idea del modelo básico es sencilla: si la población carcelaria depende exclusivamente de la relación entre ingresos y egresos por cumplimiento (o muerte), entonces manipular centralizadamente los tiempos de cumplimiento permite mantener equilibrada la ecuación (o, si se fijara esa meta, disminuirla).

En el modelo de Minnesota, la libertad condicional fue así eliminada, ya que ella generaba trato desigual,⁵⁰ distorsiones y aumento de complejidad. Sin libertad condicional, la información sobre la composición actual de la población carcelaria y las expectativas de flujos de ingresos sería suficiente para poder equilibrar la ecuación en caso de variaciones en los factores⁵¹. Entregando competencias de recolección de esta información, parte de la competencia legislativa en la fijación de la cuantía de las penas fue también transferida a la comisión de determinación de la pena: el sistema político pasó a solo fijar gravedad en una escala ordinal, pero el quantum asociado a cada punto de la escala es fijado por la comisión considerando, entre otras cosas, objetivos respecto a la población carcelaria total. Al introducir nuevos delitos, hacer variar la gravedad de delitos o manipular otras partes del sistema, el legislador debía además contar con informes de la comisión⁵². Todo ello bajo la idea de que tanto la implementación de las directrices de determinación de la pena, como todas las modificaciones posteriores, debiera orientarse a que la población carcelaria no sobrepase el 95% de la capacidad del sistema⁵³.

El modelo exactamente contrario se fija no en las decisiones que influyen sobre determinación de la pena, sino en las decisiones que tienen lugar después de la ejecución —en particular el otorgamiento de libertad condicional. Al menos en teoría, en un sistema que fije amplias oportunidades de la administración para otorgar libertad condicional— por

⁴⁸ Sobre la historia de su implementación, el éxito en la resistencia inicial a presiones políticas y sus problemas ulteriores, véase BARKOW (2005) pp. 773-77; FRASE (2005a) pp. 139-59.

⁴⁹ Una visión general es ofrecida por FRASE (2005b) pp. 1194-1206.

⁵⁰ Esta es la crítica original: falta de capacidad de manejar la producción de resultados similares.

⁵¹ FRASE (2005b) pp. 1198s.

⁵² Manteniendo la comparación con un banco central, uno podría pensar en instrumentos todavía más agresivos de control de la ecuación. Por ejemplo, la comisión podría no fijar la cuantía solo al momento de la determinación, sino manipular tasas de disminución del tiempo de condena de modo tal de producir el efecto buscado.

⁵³ FRASE (2005a) pp. 146s.

ejemplo, porque funciona solo imponiendo un tiempo máximo de privación de libertad, pero dejando desde un momento temprano disponible la posibilidad de otorgar libertad condicional (sentenciamiento indeterminado)⁵⁴ –, la administración tiene una capacidad casi completa de manejar los resultados globales de encarcelamiento. Si ello además se controla a nivel centralizado por una agencia con información global amplia, la administración podría teóricamente controlar directamente que los resultados del sistema se alineen⁵⁵.

Por supuesto, nada impide que los dos modelos se combinen. Una agencia podría tener tanto control centralizado de los resultados de libertad condicional, como influencia sobre los estándares de determinación de la pena y, además, forzar al legislador a sincerar los costos de la política criminal. Eso le permitiría además más libertad para balancear la ecuación (o generar disminución de la población carcelaria dirigida a un objetivo específico) sin recargar un solo tipo de instrumento.

Aunque un modelo de acción directa sobre el sistema tiene beneficios evidentes, se encuentra sujeto a varios problemas. Los más obvios se refieren a su posible falta de viabilidad política⁵⁶. Es poco probable que, en nuestras condiciones, el sistema político quiera delegar tantas competencias como en el modelo de Minnesota (más allá de la pregunta constitucional no planteada en Chile sobre los límites de esa delegación, al menos en la cuantificación de la gravedad de los delitos) o en el modelo del sentenciamiento indeterminado. También es poco probable que, como un banco central, el organismo en cuestión se encuentre suficientemente aislado frente a la obvia hostilidad política que tendría⁵⁷. Además, en el caso del manejo de la libertad condicional, su uso eficiente –en base a diagnósticos y planes de reinserción y pronósticos de reincidencia– requiere de un aparato burocrático mucho más extenso y especializado que el que existe en Chile. El modelo combina aquí *expertise* si se quiere económica global en manejar resultados globales –algo seguramente no muy difícil de implementar– y *expertise* individual psicológica y de acompañamiento social en el manejo y diagnóstico de casos individuales –algo que requiere inversiones masivas y capital humano que probablemente requiera mucho tiempo para su desarrollo.

Aunque teóricamente llamativa, las dificultades de implementación de una burocracia que administre eficientemente las plazas de cárcel combinando información de sentenciamiento y pronósticos respecto de los condenados, hace poco probable que en un país como el nuestro pueda desarrollarse.

⁵⁴ Sobre el modelo en cuestión véase TONRY (2013).

⁵⁵ Sobre los intentos anteriores a las reformas de los años 1970 de operar de este modo en algunos Estados de los Estados Unidos, véase BARKOW (2005) pp. 740s.

⁵⁶ En la práctica, ello ha sido determinante. El fracaso más relevante se refiere a la comisión de sentenciamiento federal en los Estados Unidos. Aunque fue diseñada, bajo el modelo de Minnesota, para entre otras cosas controlar los resultados del sistema, no tuvo capacidad de aislamiento político y tendió más bien a producir los efectos contrarios. Véase BARKOW (2005) pp. 765-66, LA MISMA (2019) pp. 170s.

⁵⁷ BARKOW (2019) cap. 8.

3.3. LA AGENCIA GLOBAL SIN COMPETENCIA DIRECTA: INTRODUCIENDO ORIENTACIONES SISTEMÁTICAS, Y COORDINACIÓN GLOBAL, EN LOS ORGANISMOS TOMADORES DE DECISIÓN

Un modelo probablemente más sencillo de implementar y que no exhibe los mismos riesgos políticos de una agencia con poder directo, se caracteriza por no hacer uso de mecanismos directos de incidencia sobre el output del sistema, sino más bien por actuar para imponer que los organismos con competencia directa tengan una orientación global de este tipo y preocupación por los resultados. Al mismo tiempo, la falta de mecanismos directos de acción genera riesgos de impotencia.

La idea aquí también es sencilla. Si un organismo cuenta con amplia información de ingresos y egresos, puede determinar dónde se han producido variaciones que han generado, o podrían generar, inflación carcelaria. Si se le impone un mandato externo de producción de un resultado específico (por ejemplo: solo tener población carcelaria hasta el 95% de la capacidad del sistema), el organismo puede ver qué cambios en el uso de los “instrumentos” (mecanismos de filtro de ingreso o mecanismos de egreso) podrían producir ese resultado. Y, en ese caso, el organismo puede intentar imponer a los actores del sistema la adopción de estas metas.

El caso obvio en el que la agencia puede hacer esto dice relación con la legislación: una agencia que maneje información global puede informar sobre impactos esperados de modificaciones al sistema o actuar como experto en la determinación de las medidas necesarias para alcanzar un resultado determinado⁵⁸. Ello al menos ayudaría a hacer visibles los costos del sistema y de las decisiones político-criminales⁵⁹.

Sin embargo, nada impide como cuestión de diseño que un organismo de esta clase pueda también generar metas respecto del Ministerio Público en el uso de salidas alternativas y en la solicitud de penas; a los tribunales en las prácticas de determinación de la pena, y respecto de los actores que generan salidas anticipadas.

El problema central de un sistema de esta clase dice relación con la falta de capacidad de imponer las metas. Por diseño democrático básico, la imposición de metas al legislador es prácticamente imposible –el sistema político solo se vería forzado a sincerar costos⁶⁰. Respecto del resto de los organismos a los que podría coordinar e intentar imponer la asunción de una orientación al resultado global, la pura fijación de metas sin consecuencias puede ser perfectamente inútil. El principal desafío, por ello, es pensar cómo puede generarse el efecto de imposición.

El mecanismo de forzamiento más intenso que alcanzo a reconocer es económico: manejo de presupuesto. Esto es, un organismo de esta clase –de estar suficientemente aislado políticamente y, pese a ello, coordinado con la dirección de presupuestos– podría fijar

⁵⁸ Esto es definido como la función básica de un organismo de esta clase: FRASE (2005b) p. 1198.

⁵⁹ En todos estos casos, el organismo puede tener métodos más o menos sofisticados para generar metas. El mínimo dice relación a la pura orientación a producir alineación (o deflación) sancionatoria. En ese caso, basta manipular la ecuación de un modo determinado. Ello puede complementarse con modelos de análisis costo beneficio más o menos complejos.

⁶⁰ Pese a ello, con buen diseño institucional el caso más exitoso –Carolina del Norte– ha funcionado simplemente por la vía de obligar a esto. BARKOW (2005) pp. 781-86.

metas de acción cuyo incumplimiento (en rangos relevantes) implique costos presupuestarios. O, al revés, que el cumplimiento de las metas pueda ser traspasado a la institución y sus agentes.

Ello, por cierto, se enfrenta a dificultades relevantes. En programas no esenciales del Estado, imponer costos por no cumplir metas es políticamente más viable, porque la parálisis del programa es soportable. Pero tratándose de instituciones esenciales al funcionamiento del Estado, utilizar la reducción presupuestaria como mecanismo de internalización de los malos costos de decisión también externaliza el costo del incumplimiento en terceros (los presos, los imputados, etc.). Y la utilización de mecanismos de incentivo, si bien está exenta de ese peligro, siempre puede contribuir a distorsiones por producir bruta-mente los resultados.

En cualquier caso, el mínimo al que un sistema desalineado pero que se asume como responsable debe tender, es a producir una agencia que actúa como grupo de interés, con miembros con influencia en todos los organismos del sistema, que busque al menos generar racionalización cuantitativa del output del sistema.

CONCLUSIONES

Al tratarse de un sistema burocrático con un enorme costo fiscal e impacto social, el control de los resultados globales del sistema penal debiera ser una preocupación central tanto de la legislación como de la burocracia. Las características del campo hacen improbable que el sistema se alinee ya en la pura producción de resultados ordenados. Y, una vez que se desalinea como tiene lugar en Chile y en las Américas (con la excepción de Canadá), es aún más improbable que pueda equilibrarse sin conducción central.

Imponer orientación al control de los resultados globales del sistema es, ciertamente, un desafío administrativo mayor. Como campo de tomadores de decisión que miran al caso individual y no se coordinan entre sí, esa orientación no es natural al sistema. Y, sin embargo, no imponerla constituye una irresponsabilidad fiscal, con la seguridad pública y con los afectados por el sistema.

Más allá de su relevancia científica en el análisis de las dinámicas del sistema penal, al explicar las razones por las que se necesita un organismo que controle la generación de esa orientación, y analizar algunos modelos que pueden servir a ello, este artículo espero pueda generar una contribución al menos inicial a generar sensibilidad en el mundo legal y político sobre el tema.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ARIZA, Libardo José; e ITURRALDE, Manuel (2018): “Transformations of the Crime Control Field in Colombia”, en CARRINGTON *et al.* (eds.), *The Palgrave Handbook of Criminology and the Global South* (Cham, Palgrave Macmillan) pp. 687-708.
- AVIRAM, Hadar (2017): “Book Review: Locked in: ‘The True Causes of Massive Incarceration and How to Achieve Real Reform’ and ‘Breaking the Pendulum. The Long Struggle over Criminal Justice’”, *Law & Society Review*, vol. 51, N° 4: pp. 1017-23.

- BARKOW, Rachel (2005): “Administering Crime”, *UCLA Law Review*, vol. 52: pp. 715-814.
- BARKOW, Rachel (2014): “Criminal Law as Regulation”, *New York University Journal of Law & Liberty*, vol. 8: pp. 316-42.
- BARKOW, Rachel (2017): “The Criminal Regulatory State”, en DOLOVICH, Sharon y NATAPOFF, Alexandra (eds.), *The New Criminal Justice Thinking* (Nueva York, New York University Press) pp. 33-52.
- BARKOW, Rachel (2019): *Prisoners of Politics* (Cambridge (MA), The Belknap Press of Harvard University Press).
- BLUMSTEIN, Alfred, y COHEN, Jacqueline (1973): “A Theory of the Stability of Punishment”, *The Journal of Criminal Law & Criminology*, vol. 64, N° 2: pp. 198-207.
- CHIAO, Vincent (2017): “Mass Incarceration and the Theory of Punishment”, *Criminal Law and Philosophy*, vol. 11, N° 3: pp. 431-52.
- CHIAO, Vincent (2018): *Criminal Law in the Age of the Administrative State* (Nueva York, Oxford University Press).
- COHEN, Stanley (1985): *Visions of Social Control* (Glasgow, Polity Press).
- DESHAZO, Peter, y VARGAS Juan Enrique (2006): *Evaluación de La Reforma Judicial en América Latina* (Santiago, CEJA).
- DI MAGGIO, Paulo, y POWELL, Walter W (1983): “The Iron Cage Revisited: Institutional Isomorphism and Collective Rationality in Organizational Fields”, *American Sociological Review*, vol. 48, N° 2: pp. 147-60.
- DOLOVICH, Sharon, y NATAPOFF, Alexandra (2017): “Introduction: Mapping the New Criminal Justice Thinking”, en LAS MISMAS (eds.), *The New Criminal Justice Thinking* (Nueva York, New York University Press) pp. 1-29.
- DOOB, Anthony, y WEBSTER, Cheryl Marie (2006): “Countering Punitiveness: Understanding Stability in Canada’s Imprisonment Rates”, en *Law & Society Review*, vol. 40, N° 2: pp. 325-67.
- DUCE, Mauricio (2002): “Selección de casos en el nuevo Código Procesal Penal”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 29, N° 2: pp. 247-72.
- EWALD, Alec, y UGGEN, Christopher (2012): “The Collateral Effects of Imprisonment on Prisoners”, en PETERSILIA, Joan, y REITZ, Kevin R (eds.), *The Oxford Handbook of Sentencing and Corrections* (Nueva York, Oxford University Press) pp. 83-103.
- FONSECA, David S. (2018): “Expansion, Standardization, and Densification of the Criminal Justice Apparatus: Recent Developments in Brazil”, *Punishment & Society*, vol. 20, N° 3: pp. 329-50.
- FRASE, Richard (2005a): “Sentencing Guidelines in Minnesota, 1978-2003”, *Crime & Justice*, vol. 32: pp. 131-219.
- FRASE, Richard (2005b): “State Sentencing Guidelines: Diversity, Consensus, and Unresolved Policy Issues”, *Columbia Law Review*, vol. 105: pp. 1190-1232.
- FRIEDMAN, Lawrence (1975): *The Legal System* (Nueva York: Russell Sage Foundation).
- GARLAND, David (2002): *The Culture of Control* (Oxford/Nueva York, Oxford University Press).
- GONZÁLEZ, Claudio (2018): *Gestión, Gerencialismo y Sistema Penal* (Montevideo, BdeF).

- HAGAN, John, y DINOVTZER, Ronit (1999): “The Collateral Consequences of Imprisonment for Children, Communities, and Prisoners”, *Crime & Justice*, vol. 26: pp. 122-62.
- HANEY, Craig (2012): “The Psychological Effects of Imprisonment”, en PETERSILIA, Joan, y REITZ, Kevin R (eds.), *The Oxford Handbook of Sentencing and Corrections* (Nueva York, Oxford University Press) pp. 584-605.
- HATHAZY, Paul (2016): “Punitivism with a Judicial Face: Criminal Justice Reformers’s International and Regional Strategies and Penal State-Making in Argentina, Chile and Beyond”, *Kriminologisches Journal*, vol. 48, N° 4: pp- 294-310.
- HÖRNLE, Tatjana (2013): “Moderate and Non-Arbitrary Sentencing Without Guidelines: The German Experience”, *Law and Contemporary Problems*, vol. 76, N° 1: pp. 189-210.
- HORVITZ, María Inés, y LÓPEZ, Julián (2002): *Derecho Procesal Penal Chileno Tomo I* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- ITURRALDE, Manuel (2010): “Democracies without Citizenship: Crime and Punishment in Latin America”, *New Criminal Law Review*, vol. 13, N° 2: pp. 309-32.
- LACEY, Nicola (2008): *The Prisoner’s Dilemma* (Cambridge, Cambridge University Press).
- LACEY, Nicola, SOSKICE, David, y HOPE, David (2018): “Understanding the Determinants of Penal Policy: Crime, Culture, and Comparative Political Economy”, *Annual Review of Criminology*, vol. 1: pp. 195-220.
- MAYEUX, Sara (2018): “The Idea of ‘the Criminal Justice System’”, *American Journal of Criminal Law*, vol. 45, N° 1: pp. 55-93.
- NATAPOFF, Alexandra (2017): “The Penal Pyramid”, en DOLOVICH, Sharon y NATAPOFF, Alexandra (eds.), *The New Criminal Justice Thinking* (Nueva York, New York University Press) pp. 71-98.
- PALACIOS, Daniel (2011): “La Reforma Procesal Penal en Chile: Nuevos Agentes, sus Trayectorias y la Reestructuración de un Campo”, *Revista Política*, vol. 49, N° 2: pp. 43-70.
- PFUFF, John (2008): “The Empirics of Prison Growth”, *The Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 98, N° 2: pp. 547-620.
- PFUFF, John (2014): “Escaping from the Standard Story: Why the Conventional Wisdom on Prison Growth Is Wrong, and Where We Can Go From Here”, *Federal Sentencing Reporter*, vol. 26, N° 4: pp. 265-70.
- PFUFF, John (2017a): *Locked In: The True Causes of Mass Incarceration - and How to Achieve Real Reform* (Nueva York, Basic Books).
- PFUFF, John (2017b): “Prosecutorial Guidelines”, *Reforming Criminal Justice*, vol. 3: pp. 101-20.
- PHELPS, Michelle (2017): “Mass Probation: Toward a More Robust Theory of State Variation in Punishment”, *Punishment & Society*, vol. 19, N° 1: pp. 53-73.
- PRESIDENT’S COMMISSION OF LAW ENFORCEMENT AND ADMINISTRATION OF JUSTICE (1967): *The Challenge of Crime in a Free Society*. Disponible en <https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/42.pdf>
- RIEGO, Cristián (2000): “Chile”, en MAIER, Julio *et al.* (eds.), *Las Reformas Procesales en Latinoamérica* (Buenos Aires, Ad-Hoc) pp. 167-95.
- RUDDLELL, Rick, y FEAR, Noelle (2005): “The Stability of Punishment Hypothesis Revisited: A Comparative Analysis”, *International Journal of Comparative Criminology*, vol. 5, N° 1: pp. 1-28.

- SALINERO, Sebastián (2012): “¿Por qué aumenta la población carcelaria en Chile?”, *Revista Ius et Praxis*, vol. 18, N° 1: pp. 113-50.
- SAVELSBERG, Joachim J. (1994): “Knowledge, Domination, and Criminal Punishment”, *American Journal of Sociology*, vol. 99, N° 4: pp. 911-43.
- SKLANSKY, David (2018): “The Problems with Prosecutors”, *Annual Review of Criminology*, vol. 1: pp. 451-69.
- SOZZO, Máximo (2016): “Democratization, Politics and Punishment in Argentina”, *Punishment & Society*, vol. 18, N° 3: pp. 301-24.
- STUNTZ, William (1997): “The Uneasy Relationship Between Criminal Procedure and Criminal Justice”, *The Yale Law Journal*, vol. 107: pp. 1-77.
- STUNTZ, William (2006) “The Political Constitution of Criminal Justice”, *Harvard Law Review*, vol. 119, N° 3: pp. 780-851.
- STUNTZ, William (2010): *The Collapse of American Criminal Justice* (Cambridge (MA), Harvard University Press).
- TONRY, Michael (2013): “Sentencing in America, 1975-2025”, *Crime & Justice*, vol. 42, N° 1: pp. 141-98.
- WEBSTER, Cheryl M. y DOOB, Anthony N. (2012): “Searching for Sasquatch: Deterrence of Crime Through Sentence Severity”, en PETERSILIA, Joan, y REITZ, Kevin R (eds.), *The Oxford Handbook of Sentencing and Corrections* (Nueva York, Oxford University Press) pp. 173-95.
- WILENMANN, Javier (2020): “Neoliberal Policies and State Modernization in Chilean Penal Evolution”, *Punishment & Society* (en prensa).
- WILENMANN, Javier, DEL FIERRO, Nicolás, MEDINA, Francisco, y OLIVARES, Esteban (2019): “La determinación de la pena en la Práctica Judicial Chilena”, *Política Criminal*, vol. 14, N° 27: pp. 456-90.
- ZEDNER, Lucía (2002): “Dangers of Dystopias in Penal Theory”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 22, N° 2: pp. 341-66.
- ZIMRING, Franklin (2010): “The Scale of Imprisonment in the United States: Twentieth Century Patterns and Twenty-First Century Prospects”, *The Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 100, N° 3: pp. 1225-46.
- ZIMRING, Franklin, y HAWKINS, Gordon (1993): *The Scale of Imprisonment*. (Chicago/Londres, The University of Chicago Press).

UNA APROXIMACIÓN CRÍTICA A LA DENOMINACIÓN DE ACCIONES DE COLABORACIÓN COMO NEUTRALES

A CRITICAL APPROACH TO THE DENOMINATION OF COLLABORATION ACTIONS AS NEUTRAL

MIGUEL SCHURMANN OPAZO*

RESUMEN: El presente artículo pretende realizar un análisis crítico de la denominación de acciones de colaboración como neutrales y cómo ello ha afectado a su adecuado tratamiento a título de complicidad en la doctrina y jurisprudencia alemana. Se trata de comportamientos que aparentan ser inofensivos pero que posibilitan la realización de un delito a través de su ejecución u omisión, planteando la pregunta por las condiciones (objetivas o subjetivas) que deben verificarse en un comportamiento de carácter colaborativo para que a un sujeto le sea atribuido a título de complicidad el injusto cometido por otro. Luego de la exposición del problema teórico que esta categoría pretende abarcar, se intentará a demostrar, en primer lugar, la incorrección de la denominación y, con ello, del punto de partida habitual para el tratamiento de este grupo de casos, esto es, analizar los supuestos bajo los cuales un comportamiento pierde su carácter neutral. En segundo lugar, se pretende demostrar que la identificación de este grupo de casos se corresponde con un problema dogmático real que debe ser abordado por el Derecho penal bajo el análisis de subsunción propio del esquema de la complicidad.

Palabras clave: complicidad, acciones neutrales, comportamientos profesionales, límites de la participación punible.

ABSTRACT: The present article aims to perform a critical analysis of the denomination of collaborative actions as neutral and how this has affected its proper treatment as complicity in the German doctrine and jurisprudence. These are behaviors that appear to be harmless, but enable the realization of a crime through its execution or omission, raising the question about the conditions (objective or subjective) that must be verified in a collaborative behavior in order for a subject to be attributed as title of complicity the unjust committed by another. After exposing the theoretical problem that this category aims to cover, we will try to demonstrate, in first place, the incorrectness of the denomination and, with it, the habitual starting point for the treatment of this group of cases, this is to analyze the assumptions under which a behavior loses its neutral character. Secondly, it is intended to demonstrate that the identification of this group of cases corresponds to a real dogmatic problem that must be addressed by the criminal law under the subsumption analysis proper to the complicity scheme.

Key words: *Complicity, neutral actions, professional behavior, limits of punishable participation.*

I. INTRODUCCIÓN

La posibilidad de que las acciones cotidianas, es decir, tanto acciones profesionales como aquellas denominadas **neutrales**, puedan ser calificadas como cooperación punible es

* L.L.M. U. Bonn. Profesor de Derecho penal, Universidad de Chile, Dirección postal: Pfo Nono 1, Providencia, Región Metropolitana. Dirección electrónica: miguelschurmann@gmail.com.

una de las preguntas más interesantes que ha requerido especial atención en Alemania en los últimos treinta años, no solo en la doctrina sino también en la jurisprudencia. Dicha pregunta ha sido abordada mediante un determinado grupo de casos, en los cuales la punibilidad de dichos comportamientos a título de complicidad ha sido muy discutida. Se trata de comportamientos que aparentan ser inofensivos¹ pero cuya ejecución u omisión posibilita la realización de un delito, planteando la pregunta por las condiciones (objetivas o subjetivas) que deben verificarse para que a un sujeto le sea atribuido a título de complicidad el injusto cometido por otro.

Aquel interés teórico ha sido trasladado a nuestra cultura por distintas vías. Primero, a través de una extensa exposición del problema junto a una toma de postura por parte del autor español Ricardo Robles Planas en su obra dedicada a la participación delictiva y la delimitación normativa de esferas de responsabilidad², así como de las repercusiones que dicha exposición generó en la discusión de habla hispana³. En segundo lugar, a través del tratamiento más bien tangencial que ha recibido el problema en nuestro país⁴. El planteamiento del problema en Alemania ha partido del siguiente diagnóstico: no existe una restricción normativa suficiente en el propio § 27 Código Penal alemán (StGB) para excluir la punibilidad de conductas **neutrales**. Ante ello se plantean las siguientes preguntas: ¿debe otorgársele un tratamiento especial –penalmente privilegiado– a estos comportamientos para limitar su punibilidad? En caso afirmativo, ¿en cuál nivel de la teoría general del delito? En el nivel del tipo objetivo, en la imputación subjetiva, en una mezcla de ambos, o en el nivel de la antijuridicidad, son algunas de las propuestas.

Pese a que el curso de la discusión alemana ha mostrado un progresivo acuerdo en los resultados de las propuestas⁵, este trabajo comienza con una evaluación del tratamiento habitual del tema como insatisfactorio. Dicha insatisfacción tiene raíces más profundas, dado que ella no se debe solo a la falta de reconocimiento de un criterio general y adecuado para determinar bajo qué parámetros un comportamiento no sospechoso puede constituir una complicidad punible, perdiendo su carácter de **neutral** o cotidiano –bajo la nomenclatura dominante–, sino principalmente a cómo las propuestas actuales en este ámbito se encuentran construidas sobre diagnósticos y principios incorrectos, por lo que dicha insatisfacción continuará mientras esas premisas no sean abiertamente rechazadas y reemplazadas por los fundamentos teóricos adecuados.

Así, constituye un presupuesto de este trabajo el rechazo a una consideración fenomenológica para la constitución de la categoría en cuestión, que tome como piedra angu-

¹ Este tipo de comportamiento abarca también a aquél que se encuentra en conformidad con determinados parámetros.

² ROBLES PLANAS (2003).

³ A título meramente ejemplar: RUEDA MARTÍN (2015) pp. 35-86; GUZMÁN (2010) pp. 275-326; TISNADO SOLÍS (2018); ROCA DE AGAPITO (2008).

⁴ El tratamiento del fenómeno ha sido realizado desde distintos puntos de vista. A propósito de los límites de la complicidad, ver: VIVEROS (2013) pp. 659-675. La relevancia para el ámbito del derecho penal económico es destacada por Van Weezel a propósito de los delitos tributarios. VAN WEEZEL (2007) pp. 77 y ss.

⁵ La convergencia de posiciones en el resultado es reconocida por van Weezel, quien la califica como una misma situación (las mismas características del hecho evaluado), observada desde perspectivas distintas. VAN WEEZEL (2007) pp. 83 y s.

lar de su razonamiento la apariencia o conformidad del comportamiento con parámetros diversos a los propios del Derecho penal, en vez de determinar si, y cómo, ese comportamiento puede ser subsumido en el esquema prototípico⁶ previsto para el cómplice⁷. En contra del diagnóstico inicial previamente señalado, el supuesto de hecho previsto para la regulación de la complicidad no constituye una categoría carente de contenido que, entonces, deba ser completada por medio de categorías generales de la imputación objetiva o subsidiado mediante una restricción *ad hoc* del dolo del partícipe.

De esta forma, el objetivo de esta investigación: se restringe a demostrar, en primer lugar, la incorrección de la denominación y, con ello, del punto de partida habitual del problema y, en segundo lugar, que, pese al error que implica la denominación dominante, la identificación de este grupo de casos se corresponde con un problema dogmático real que debe ser abordado por el Derecho penal, pero bajo las categorías correctas.

II. EL PLANTEAMIENTO Y ALCANCE DE LA DISCUSIÓN DOGMÁTICA RELATIVA A LA COMPLICIDAD A TRAVÉS DE ACCIONES NEUTRALES Y SU PERTINENCIA PARA NUESTRA CULTURA JURÍDICA

La ciencia jurídico-penal ha mostrado un gran interés por hacerse partícipe de esta problemática. Las contribuciones a la discusión han sido numerosas⁸ y se han desarrollado desde la década del ochenta, principalmente⁹. El tema se ha revisado bajo diversos formatos, desde breves comentarios de sentencias hasta extensos libros¹⁰, recomendaciones para la elaboración de exámenes universitarios¹¹ e inclusive propuestas para la determinación –en el proceso penal– de la idoneidad reconocible de una acción de complicidad para propósitos delictivos en el ámbito profesional¹². Por ello, forzosamente se debe estar de acuerdo

⁶ La referencia al esquema prototípico o esquema de la complicidad se realiza para enfatizar que el supuesto de hecho previsto en el artículo 16 del Código Penal no tiene por finalidad ampliar la tipicidad de la regla de comportamiento de la parte especial. En este sentido, dando cuenta suficientemente del asunto involucrado, ver CONTESSE (2018) pp. 121 y ss.

⁷ Una alternativa que debe ser desechada, aunque por razones que exceden al objeto de este trabajo, es privilegiar un análisis propio de una teoría general de la imputación del resultado (generalmente conocida como teoría de la imputación objetiva). La versión dominante de la teoría de la imputación objetiva se encuentra expuesta en ROXIN (2007) § 11 imputación al tipo objetivo, pp. 342 y ss. La impertinencia de la teoría de la imputación objetiva, en tanto categoría de la parte general destinada a seleccionar cursos causales relevantes, no implica necesariamente la impertinencia de dicha teoría como esquema de interpretación de la ley penal, bajo la idea de normativizar las categorías y conceptos penales.

⁸ Kindhäuser califica la situación como un verdadero ramo de respuestas. KINDHÄUSER (2007) p. 356.

⁹ Existe un consenso en relación a que el mérito del reconocimiento moderno del problema debe serle atribuido a Jakobs, el cual retomó la problemática en una contribución del año 1977 (denominada “Prohibición de regreso” ver nota 18) y propuso que el tratamiento de las acciones **neutrales** fuese hecho mediante una ponderación entre libertad general de acción, por una parte, y determinadas necesidades político-criminales, por la otra, desarrollando un sistema de reglas y excepciones de atribución de responsabilidad penal. SCHNEIDER (2004) p. 311.

¹⁰ Algunos ejemplos son KUDLICH (2004) y RACKOW (2007).

¹¹ ROTSCHE (2004) pp. 14 y ss.

¹² SCHRÖDER (2011) pp. 633 y ss.

con Amelung, quien hace décadas caracterizó a la complicidad a través de acciones **neutrales** como un “tema de moda”¹³.

La discusión se extiende no solo al tratamiento que deben recibir las denominadas acciones **neutrales** dentro de la dogmática de la participación, sino también a su alcance. Bajo la misma denominación son identificados casos heterogéneos, en los cuales se apelan a diversos principios para su tratamiento y solución. El alcance jurídico y filosófico de la discusión es enorme. Algunas preguntas que habitualmente emergen –correcta o incorrectamente– en esta discusión son: ¿se encuentra permitido restringir la libertad de acción y de ejercicio profesional a través de la penalización de comportamientos cotidianos?, ¿qué función y efecto tienen en la imputación jurídico-penal la prohibición de regreso y el principio de confianza?, ¿pueden dichas acciones ser calificadas como la realización de un riesgo permitido o lícito?, ¿cuál es el fundamento penal de la complicidad y puede dicho injusto fundar suficientemente también la punibilidad de esta clase de acciones?, ¿qué rol juegan las reglas y expectativas del ámbito comercial para la imputación jurídico-penal?¹⁴. El único consenso alcanzado en este ámbito radica (paradójicamente) en que un consenso general –ya sea sobre un tratamiento unitario o diferenciado de este grupo de casos– no ha sido alcanzado todavía¹⁵. Una revisión de las últimas contribuciones arroja que ellas han traído más complejidad que claridad al estado de la discusión¹⁶.

Las distintas propuestas de tratamiento dependen de diversos principios y, naturalmente, las acciones **neutrales** pueden ser analizadas desde distintos puntos de vista. Por una parte, se encuentran quienes sostienen que este grupo de casos debería ser tratado analíticamente como uno propio de la parte general del Derecho penal, dado que la pregunta se relaciona con los límites del comportamiento punible¹⁷. Por otra parte, se encuentran quienes sostienen que este problema tiene una posición conocida y determinada en la teoría de la participación, donde debe ser resuelto¹⁸. Adicionalmente, este tema tiene una notable importancia práctica en el ámbito del Derecho penal económico, por lo que muchos autores han tratado el problema de las acciones **neutrales** en relación con determinados tipos penales propios de dicho ámbito¹⁹. Esta importancia práctica se ha mostrado también en numerosas decisiones del BGH²⁰, el cual ha desarrollado un criterio para resolver ese grupo

¹³ AMELUNG (1999) p. 9. Este interés no ha cesado con los años como lo demuestra una revisión a los comentarios elaborados por la dogmática penal alemana. Por todos ver JOECKS (2017) Nm. 49 y ss.

¹⁴ Si bien el planteamiento de todas o parte de estas preguntas depende del punto de partida del autor que trate este problema, el principal libro en que todas ellas son reunidas y tratadas es KUDLICH (2004).

¹⁵ OTTO (2001) p. 436.

¹⁶ WIEGAND (1998) p. 198. Este diagnóstico se ha ratificado con el tiempo, por todos ver JOECKS (2017) Nm. 49 y ss.

¹⁷ El primero en este sentido es paradigmáticamente JAKOBS (1977) pp. 1 y ss.

¹⁸ Opinan en ese sentido especialmente KINDHÄUSER (2007) y WIEGAND (1998), como lo prueba el título de su artículo.

¹⁹ FRISCH (2002) pp. 539 y ss. En el mismo sentido también KINDHÄUSER (2007) p. 356. Un buen ejemplo sobre la utilidad de la discusión lo constituye el artículo de Silva Sánchez sobre la punibilidad de los notarios en el marco de delitos de carácter económico. SILVA SÁNCHEZ (2008) pp. 237 y ss. Otro lo constituye el ejercicio de Momsen sobre el delito de uso de información privilegiada. MOMSEN (2010) pp. 561 y ss.

²⁰ Tribunal Supremo Federal Alemán, las siglas corresponden a la denominación original.

de casos²¹. La pertinencia para el caso chileno de la discusión teórica llevada adelante en Alemania se muestra desde ya por la similitud que exhiben las reglas que extienden²² para el cómplice la punibilidad de los tipos de la parte especial en ambos sistemas jurídicos. De acuerdo al § 27.1 StGB, se sanciona como cómplice a “quien haya prestado dolosamente ayuda a otro para la comisión de un hecho doloso antijurídico”²³. Por su parte, nuestro Código Penal establece en su artículo 16 que “son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior [que regula a quienes se consideran como autores], cooperan a la ejecución del hecho por actos anteriores o simultáneos”. De acuerdo a la fórmula defendida por la doctrina dominante en Alemania, la cooperación o prestación de ayuda del cómplice debe haber posibilitado, facilitado, intensificado o asegurado la realización del tipo²⁴. Entre nosotros, Garrido prevé como requisito que el cómplice haya realizado “una actividad con anterioridad o en forma simultánea a la comisión del hecho, que objetivamente importe una colaboración del actuar del autor”²⁵.

Por cierto, esto no impide que el legislador regule este tipo de conductas, ya no bajo la categoría de la complicidad, sino derechamente estableciendo tipos penales en la parte especial que tipifiquen conductas que constituyan –materialmente– una cooperación con otras que pueden ser calificadas, en el mismo sentido, como principales. Un ejemplo de ello se encuentra en el artículo 97 N° 4 inciso final del Código Tributario, el cual sanciona la confección, venta y facilitación de documentos de relevancia tributaria con el objeto de cometer o posibilitar la comisión de delitos relacionados con la adulteración de la base imponible de otro. Pues bien, en ese caso, la confección de boletas o facturas –comportamiento que podría ser calificado habitualmente como **neutral**–, y que de acuerdo con las reglas de la parte general contaría como un acto de colaboración con el delito de otro referida al tipo penal principal, es tipificado como un delito autónomo apartándose de la regulación general de la complicidad, y respecto de la cual el actuante responde a título de autor.

²¹ El criterio vigente del BGH se construyó fundamentalmente entre los años 1998 y 2000, a través de las sentencias BGH NStZ RR 1999, 184 (“el caso del notario”); BGHStV 2000, 479 (“el caso del folleto comercial”); y BGHSt 46, 107 (“el caso de la evasión tributaria”). En dichas sentencias se ha construido un criterio a imagen y semejanza del desarrollado por Roxin, esto es, proponiendo un criterio mixto (objetivo-subjetivo), pero erigiendo como decisivo a este respecto el conocimiento que el aportante tiene de los fines delictivos del autor principal, estableciendo la punibilidad cuando ese conocimiento es certero y previendo excepcionalmente la punibilidad de la conducta cuando el nivel de conocimiento se califica como uno propio del dolo eventual. Este criterio ha sido fundamentalmente confirmado (pese al mayor desarrollo del elemento objetivo propio de la teoría, a saber, la relación del sentido delictivo y la idoneidad reconociblemente delictiva del acto como límite al principio de confianza) en las sentencias más recientes: BGH NJW-RR 2011, 551 Rn. 48; BGH NJW 2012, 3177; y BGH wistra 2014, 176.

²² El carácter extensivo de la punibilidad no alude a que sea una ampliación del carácter típico de la conducta, sino que al carácter constitutivo de dicha regla (en oposición a uno meramente declarativo) en relación con la punibilidad del partícipe. En donde las normas que regulan la complicidad punible no constituyen conductas típicas, sino que referidas al tipo, en los términos utilizados primigeniamente por Beling. Ver CONTESSÉ (2018) pp. 121 y ss. Sobre el concepto de reglas constitutivas ver SEARLE (1997) pp. 44 y ss. Ver igualmente sección III.4

²³ Traducción del §27 del StGB realizada por Claudio López Díaz, disponible en https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obrasjuridicas/oj_20080609_13.pdf

²⁴ KINDHÄUSER (2007) p. 355.

²⁵ GARRIDO MONTT (2017) pp. 419.

III. EL PROBLEMA DE LA DENOMINACIÓN DE LA CATEGORÍA: LA COMPLICIDAD A TRAVÉS DE ACCIONES NEUTRALES COMO UN PROBLEMA DE DESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN

Comúnmente la denominación de un problema en la ciencia penal se encuentra en relación con la correlativa categoría dogmática. Por ejemplo, se relacionan en la parte general la delimitación entre coautoría y complicidad o entre tentativa y delito imposible con sus respectivas categorías. Sin embargo, para la denominación de la complicidad a través de acciones **neutrales** tiene normalmente primacía una connotación fenomenológica. Las distintas posiciones dogmáticas plantean criterios, ya sea referidos generalmente al conocimiento o a la adecuación del actuante a un determinado rol, para determinar cuándo la acción **pierde** su carácter **cotidiano** o **neutral**, como si dicho carácter tuviese alguna prioridad como criterio para determinar la punibilidad de una conducta. La más célebre descripción de este problema fue desarrollada por Wohlleben, quien sostuvo que bajo las denominadas acciones **neutrales** se puede entender a “cada acción que el ejecutor habría realizado frente a cualquier otro estando en la posición del autor, porque él con dicha acción persiguió un fin propio (independiente del autor principal y su hecho) lícito y no desaprobado legalmente”²⁶. En el dogmática nacional la descripción del problema ha sido formulada por van Weezel en los siguientes términos: “[e]l problema de las acciones neutrales se refiere precisamente a los casos en que una persona, en el contexto del desempeño de su trabajo, otorga una prestación ‘externamente’ indiferente (esto es: que considerada en sí misma constituye a lo sumo un riesgo permitido), pero que es utilizada por otro para cometer un delito”²⁷. Si dicha descripción del problema es útil para analizar este tipo de comportamiento bajo las categorías penales, será precisamente el objeto de análisis de este apartado.

1. LA COMPLICIDAD A TRAVÉS DE ACCIONES NEUTRALES COMO GRUPO DE CASOS: APROXIMACIÓN FENOMENOLÓGICA²⁸

Este ámbito de discusión dogmática es usualmente descrito por medio de casos²⁹. Una correcta y concentrada recopilación de los casos más importantes es entregada por

²⁶ WOHLLEBEN (1996) pp. 101 y ss. El texto principal constituye una traducción libre del original que es transcrito a continuación: “jede Handlung verstehen, die der Ausführende einem jeden anderen in der Lage des Täters gegenüber vorgenommen hätte, weil er mit der Handlung [...] tat- und täterunabhängige eigene, rechtlich nicht missbilligte Zwecke verfolgt”. Dicha descripción ha sido recogida de forma general por la dogmática alemana. Por ejemplo, AMBOS (2000) p. 721.

²⁷ VAN WEEZEL (2007) p. 79.

²⁸ Es necesario precisar que la determinación del objeto de análisis mediante la agrupación de casos constituye una aproximación metodológica diversa a aquella que, por ejemplo, propicia ROXIN (2007) pp. 230 y s., al plantear la necesidad de abrir el sistema dogmático a “la naturaleza de las cosas” o a las circunstancias reales. Dicho sistema reconoce que los casos no entregan criterios de valoración jurídica que permita delimitar adecuadamente el objeto de análisis y su tratamiento, pero facilita la explicitación de los criterios y del tratamiento diverso que pueden presentar determinados subgrupos de ellos.

²⁹ Roxin criticó el tratamiento previo no unitario de la categoría en ROXIN (1993) nm. 16. El uso de casos es útil no solo para describir el problema, sino también para posibilitar la delimitación entre tipos de comportamientos lícitos e ilícitos, es por ello que comúnmente son usados casos para la argumentación. Una interesante elaboración de grupos de casos fue desarrollada por Wohlleben, cuando presentó distintos casos como objeto de

Rengier: “Ejemplos: la venta de un pan o un cuchillo de bolsillo o una herramienta (desatornillador o martillo) que es comprada por alguien que la utiliza para matar, lesionar o hurtar; la venta de fósforos a quien realiza un incendio posterior; la venta de un bebestible en el cual será mezclado un veneno para matar a otro; la venta de prendas de vestir para camuflarse; el arriendo de un vehículo para una banda de atracadores o para alguien que quiere transportar dinero al extranjero para cometer evasión de impuestos; el traslado del autor desde el lugar del delito por un taxista; la transferencia de dineros de clientes al extranjero por parte de un funcionario de un banco para evadir impuestos”³⁰.

Con acento en los conocimientos de quien realiza la prestación, Roxin presenta una constelación de casos similar y agrega uno interesante relativo al Derecho penal del medio ambiente: “¿es cómplice en un delito en contra del medio ambiente quien conscientemente entrega material a un fabricante que en su elaboración infringe permanentemente las prescripciones medioambientales?”³¹.

En el mismo sentido fenomenológico (pero desde un punto de vista propio de la criminología), sostiene Schneider que la etiqueta **acciones neutrales** constituye el descubrimiento del autor de cuello blanco (en el mismo sentido utilizado por Sutherland en EE.UU.) para la dogmática penal alemana³². Lo característico de dichos delitos es que el autor se aprovecha del margen de maniobra de su profesión para promover el hecho punible (los denominados **crímenes ocupacionales**)³³. Característicamente esta clase de comportamientos se presenta en la delincuencia económica³⁴, dado que es propio de dicha categoría que los delitos sean cometidos dentro de límites legales difusos y en el marco de acciones habitualmente legales³⁵. Especial consideración ha tenido nuestro tema cuando se ha afirmado que la forma usual de hacer negocios, que se encuentra dentro de los límites de lo jurídicamente permitido, podría ser utilizada para servir a fines criminales. El descubrimiento teórico de ese tipo de comportamientos –y de ese tipo de agente– permite augurar que la relevancia de estas constelaciones de casos aumentará en el futuro.

su investigación y, posteriormente en el mismo texto, probó las soluciones de los distintos autores sobre ellos. Ver WOHLLEBEN (1996) pp. 7 y ss., 32 y ss.

³⁰ RENGIER (2016) p. 436. El texto principal constituye una traducción libre del original que es transcrito a continuación: “Beispiele: Verkauf eines Brot- oder Taschenmessers oder Werkzeugs (Schraubenzieher, Hammer), das der Käufer zu einer Tötung, Verletzung oder einem Diebstahl benutzt; Verkauf von Streichhölzern an einen späteren Brandstifter; Verkauf eines Getränks, in das Gift gemischt werden soll, um jemanden zu töten; Verkauf von Kleidungsstücken zum Tarnen; Vermietung eines Fahrzeug an eine Diebesbande oder einen Täter, der damit, um Steuern zu hinterziehen, Gelder ins Ausland transportieren will; Fahrt von Täter zum Tatort durch Taxifahrer; Verlagerung von Kundengeldern ins Ausland durch Bankmitarbeiter, um Steuern zu hinterziehen”.

³¹ ROXIN (1993) nm. 16. El texto principal constituye una traducción libre del original que es transcrito a continuación: “Ist es Beihilfe zu Umweltstraftaten, wenn jemand Material an einen Fabrikanten liefert, von dem ihm bekannt ist, daß dieser bei der Verarbeitung ständig gegen Umweltschutzvorschriften verstößt?”.

³² SCHNEIDER (2004) p. 312. En el mismo sentido AMELUNG (1999) p. 9.

³³ MEIER (2016) p. 315. Este aspecto ha sido destacado también por el influyente GREEN (2013) pp. 42 y s.

³⁴ Una presentación general de la criminalidad económica desde el punto de vista de la criminología es entregada por Meier. MEIER (2016) pp. 314 y ss.

³⁵ MEIER (2016) p. 318.

En el mismo sentido, pero desde un punto de vista sociológico, intervienen en la discusión Lesch³⁶ y Jakobs³⁷ fundándose en el diagnóstico sobre la sociedad moderna de Luhmann, la que se caracteriza por el carácter anónimo de sus contactos. Bajo dicho diagnóstico de la sociedad, las acciones **neutrales** serían un fenómeno frecuente y, por ello, no debiesen constituir un problema especial para el Derecho penal. Desde tal punto de vista, el ciudadano satisface determinados roles en la sociedad, donde un comportamiento típicamente profesional se encuentra normalmente permitido cuando la actividad es legal. Por eso es precisamente la **neutralidad**, o la conformidad del comportamiento con un rol, un fundamento para la impunidad de la acción ejecutada³⁸.

Como es posible apreciar, la categoría fue construida por medio de casos y su acento se encuentra en la contemplación externa (no necesariamente penal) del comportamiento. Es por ello que el primer acercamiento a ella fue especialmente fenomenológico³⁹. Sin embargo, resulta evidente que tanto dicho acercamiento como la denominada neutralidad no entregan las herramientas para determinar cuándo un comportamiento aparentemente neutral excepcionalmente puede ser punible, dado que el carácter no habitual de un comportamiento no dice relación alguna con su eventual tipicidad o punibilidad. Dicha determinación solo puede ser realizada bajo un ejercicio de subsunción e imputación que permita calificar al comportamiento como un injusto de acuerdo a las categorías propias del Derecho penal.

2. ¿POR QUÉ SON USADAS COMILLAS O SIGNOS DE INTERROGACIÓN CUANDO LA DOCTRINA SE REFIERE A LAS ACCIONES NEUTRALES?

No resulta claro qué implicaciones para la descripción de las acciones tiene el adjetivo **neutral** aquí utilizado. Desde una consideración propia del Derecho penal, ese predicado pareciera indicar que la acción sería impune, debido a su conformidad normativa. Una acción **neutral** para el Derecho penal sería entonces –y en términos conscientemente circulares– una conducta no relevante en términos penales. Ese podría ser el primer acercamiento cuando muchos autores consideran esa denominación como contradictoria. Niedermaier, Lesch, Kudlich y Meyer-Arndt⁴⁰ titulan sus contribuciones también con un signo de interrogación. Autores como Lesch, Kudlich, Amelung y, entre nosotros, van Weezel, ocupan la palabra clave **neutral** o **profesional** entre comillas. Schneider presenta la contradicción abiertamente con el título: “Acciones neutrales: ¿un oxímoron en el Derecho

³⁶ LESCH (2014) pp. 464 y ss.

³⁷ JAKOBS (1977) pp. 19 y ss.

³⁸ En este sentido argumenta Robles cuando afirma que las acciones neutrales son vistas en sí mismas como legales. Sin embargo, ellas pueden ser utilizadas para cometer delitos por otras personas auto-responsables. ROBLES PLANAS (2003) pp. 34 y ss.

³⁹ Wiegand nombra a ese punto de vista como naturalista. WIEGAND (1998) p. 204. Sin embargo, dicha denominación podría ser confusa, dado que la teoría de roles es (auto)clasificada como normativa –en oposición a naturalista. Es por ello que aquí se privilegia la denominación de este acercamiento como fenomenológico, en tanto la normatividad a la que dicha postura hace referencia es la normatividad propia de los contactos sociales y no la específicamente penal, que es a la que aquí se da primacía.

⁴⁰ NIEDERMAIER (1995) pp. 507 y ss.; LESCH (2001) pp. 986 y ss.; KUDLICH (2008) pp. 221 y ss.; y MEYER-ARNDT (1989) pp. 281 y ss.

penal?”⁴¹. La contradicción radica en que un comportamiento penalmente relevante no puede ser designado simultáneamente como **neutral**, en el caso de que sea utilizado el mismo parámetro para evaluarlo. La dicotomía fundamental en el Derecho penal radica –desde una perspectiva normativa– entre comportamientos punibles y los que no lo son, lo que es determinado primordialmente mediante tipos penales. Es por ello que la neutralidad como sinónimo de atipicidad o impunidad⁴² es superflua y no entrega criterio de utilidad alguna para el Derecho penal, especialmente para determinar el merecimiento de pena de esa clase de acciones.

Para la doctrina dominante resulta suficientemente claro que ese criterio no permite una clara delimitación de la complicidad⁴³. En las palabras de Otto: “[e]l recurso al negocio cotidiano, el comportamiento habitual o profesional encubre a dichos estados de cosas, porque semejantes conexiones se vinculan a situaciones penalmente irrelevantes. Sin embargo, dicha aproximación tampoco entrega un punto de referencia para determinar cuándo una situación habitualmente de carácter irrelevante para el Derecho penal, alguna vez podría ser penalmente relevante”⁴⁴ y agrega en relación a su propio criterio de carácter subjetivo: “tan correcto como es la afirmación de que comportamientos cotidianos o profesionales no serían punibles –como comportamientos socialmente adecuados–, es riesgosa la identificación de acciones cotidianamente realizadas con acciones en las cuales el actuante sabe que promueve, facilita o posibilita la comisión de un delito”⁴⁵. Una aproximación común al problema sostiene que la correspondencia entre la acción y los parámetros usuales de una actividad profesional normal no altera el carácter punible de dicha acción a título de complicidad⁴⁶. Bajo otros argumentos concuerda con ese resultado Roxin cuando afirma que: “no hay acciones cotidianas per se, sino que el carácter de una acción es determinado a través del fin al que ella sirve”⁴⁷. Es decir, la discusión planteada en los términos habituales nos llevaría a, primero, evaluar el carácter neutral o cotidiano de la acción –con una mayor o menor apreciación del contexto o de las intenciones del actuante–, dado que tal característica del comportamiento tendría prioridad lógica en el análisis propio de la imputación

⁴¹ Traducción libre del título original en alemán: “Neutrale Handlungen: Ein Oxymoron im Strafrecht?”. De acuerdo a la RAE, oxímoron significa: “1. m. Ret. Combinación, en una misma estructura sintáctica, de dos palabras o expresiones de significado opuesto que originan un nuevo sentido, como en un silencio atronador”.

⁴² BECKEMPER (2001) p. 163.

⁴³ KINDHÄUSER (2007) p. 356 y ROXIN (1995) p. 513.

⁴⁴ Traducción libre del original en alemán “Der Rückgriff auf das ‚alltägliche Geschäft‘, das ‚übliche‘ oder ‚berufstypische Verhalten‘ verdeckt diesen Sachverhalt, denn derartige Bezüge knüpfen gedanklich an strafrechtlich irrelevante Sachverhalte an, geben aber keinen Anhaltspunkt dafür, wann ein ‚üblicherweise‘ strafrechtlich irrelevanter Sachverhalt einmal strafrechtlich relevant sein kann”.

⁴⁵ OTTO (1998) p. 202. Traducción libre del original en alemán: “So richtig daher die Aussage ist, ‚alltägliches‘, ‚berufstypisches‘ Verhalten sei als sozialadäquates Verhalten nicht strafbar, so gefährlich ist die Identifizierung der alltäglich erbrachten Handlungen mit Handlungen, von denen der Handelnde weiß, sie fördern, ermöglichen oder erleichtern eine Deliktsbegehung”.

⁴⁶ WIEGAND (1998) p. 201.

⁴⁷ ROXIN (1995) p. 515. Traducción libre del original en alemán: “es gibt keine Alltagshandlungen per se, sondern der Charakter einer Handlung wird durch den Zweck bestimmt, dem sie dient”.

jurídico-penal, y luego, solo en la medida en que descartamos dicho carácter, es posible continuar con el análisis propio de la teoría del delito.

3. LAS ACCIONES NEUTRALES COMO UN PROBLEMA DE DESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN

Sin embargo, la **neutralidad** aquí señalada puede tener otro significado. El punto de vista denominado previamente como fenomenológico no utiliza el adjetivo **neutral** desde una perspectiva penal, sino desde una meramente externa. En ese sentido, son utilizadas de forma completamente intercambiables las ideas de comportamientos **neutrales** o comerciales, adecuados social o profesionalmente, pese a que esas denominaciones pueden responder a distintos parámetros⁴⁸. De esta forma, se realiza una acción que es calificada –por ejemplo– como profesional, si aquella acción es realizada de acuerdo a las reglas y/o expectativas que rigen dicha profesión. Esta evaluación dependerá de si el profesional realiza su trabajo habitual, sin características extraordinarias⁴⁹.

¿Puede ser una acción **neutral** o profesional y al mismo tiempo punible? Ello depende del concepto jurídico-penal de acción que se sostenga. Cuando se opta por un concepto de acción clásico⁵⁰ que no se define en referencia al tipo penal, sino que mediante la afirmación del carácter voluntario del movimiento corporal destinado a excluir del análisis penal básicamente situaciones de incapacidad física de evitación (por ejemplo, *vis absoluta*), como lo hace la construcción dogmática post finalista⁵¹, la descripción de la acción puede cargar solo con dificultades de forma simultánea a una calificación externa al Derecho penal. Esta postura se corresponde con una ordenación de la teoría general del delito que posicione a la acción como primera categoría de análisis o elemento base. Cuando se defiende una noción de acción en dichos términos y de causa en el sentido de *conditio sine qua non*, en donde son causas todas las condiciones necesarias que inciden en el resultado delictivo, la cualificación de la acción implica o **carga** con la valoración penal que permite distinguir a la causa relevante (por ejemplo, como realización de un riesgo no permitido). Por ello constituye una contradicción la afirmación simultánea del carácter **neutral** y punible de una misma acción. No tiene sentido plantear que la acción es neutral o adecuada profesionalmente y, al mismo tiempo, que la acción constituye la creación de un riesgo no permitido. Ello explica que el tratamiento habitual del tema haya girado en torno a la realización de una correcta y única calificación de la conducta: neutral o punible a título de complicidad, debido

⁴⁸ Pese a que la evaluación de acciones profesionales y cotidianas es usualmente equivalente, Otto presenta una distinción entre ambos tipos, dado que solo los comportamientos profesionales implicarían el ejercicio de un derecho fundamental. OTTO (1998) p. 441. Bajo dicha comprensión, la intercambiabilidad de las denominaciones no es plena. La misma línea argumentativa es seguida por Kudlich. KUDLICH (2004) pp. 25 y ss.

⁴⁹ ANSCOMBE (2000) pp. 43 y ss. Sin embargo, ella aclara rápidamente que ese no es un juicio jurídico y que en caso alguno permite exculpar al agente de una imputación penal, por ejemplo, de homicidio. “It is not an ethical or legal interest; if what he said was true, that will not absolve him from guilt of murder!”, ANSCOMBE (2000) p. 45.

⁵⁰ Kindhäuser denomina esa comprensión de la acción como “elemento base” bajo la comprensión dominante de la teoría del delito. KINDHÄUSER (2011) p. 57. Hruschka, por su parte, caracteriza dicho acercamiento como teoría de la acción naturalística o causal. HRUSCHKA (1976) pp. 8 y ss.

⁵¹ La versión paradigmática en este sentido la constituye la teoría de la acción de Roxin, que la concibe como manifestación de la personalidad y la erige como el elemento básico de la teoría del delito. ROXIN (1997) pp. 255 y ss.

al sentido delictivo de la acción, en la medida en que se configuren los diversos parámetros normativos propuestos por la doctrina, tendientes a determinar cuándo una acción **neutral** pierde su carácter de tal y se torna en una complicidad punible, lo que, de acuerdo a la teoría de Roxin, es dependiente de la afirmación de que la conducta de colaboración imputada constituya el incremento causal de un riesgo no permitido⁵².

El uso del lenguaje en este sentido es absolutamente dominante en la doctrina y jurisprudencia alemanas. Así, en la paradigmática sentencia dictada en el caso de evasión tributaria⁵³, el BGH sostuvo que el conocimiento del cooperador sobre la aptitud de su acto para ser valorado como una actuación en complicidad constituye un criterio para que su actuación **pierda** el carácter de cotidiano. Consecuencialmente, la sentencia afirma que dicho acto debe contar como una demostración de solidaridad con el autor y, por eso, no puede ser visto más como un acto adecuado socialmente, haciendo con ello referencia cumulativamente a diversos criterios planteados por la doctrina para determinar la punibilidad de una contribución de este tipo a título de complicidad. Por su parte, en la doctrina suele hacerse referencia dicotómicamente al sentido delictivo del acto en oposición a contribuciones de carácter **neutral**⁵⁴, de forma que solo una vez que la acción es privada de su carácter de neutral o cotidiano puede serle atribuido la calificación de un acto de cooperación punible.

Sin embargo, cuando se acepta que un comportamiento se deja describir de distintas maneras⁵⁵ y esa descripción es acuñada a través del interés cognitivo de quien la describe, la posibilidad de acceder simultáneamente a las mismas acciones, desde otros puntos de vista distintos al Derecho penal, como lo son el fenomenológico, naturalístico o sociológico, resulta evidente. Así, si la acción es entendida como la marca de agencia que le atribuye al agente un determinado evento como **intencional**, bajo un criterio **intensional**, es decir, relativo a una determinada descripción, la descripción de un mismo evento bajo distintas aproximaciones resulta obvio, y la calificación de la acción como **neutral** no dice, en principio, nada en relación con su punibilidad. Dicha constatación es compatible tanto con la comprensión de la acción como un constructo interpretativo en los términos propuestos por Kindhäuser⁵⁶, o en un sentido extensional al estar referida a un evento singular, pero

⁵² ROXIN (2014) pp. 291 y ss.

⁵³ BGHSt 46, 107.

⁵⁴ Así por ejemplo, TISNADO SOLÍS (2018) p. 185, y VIVEROS (2013) p. 672 quien afirma, respecto de una conducta auxiliar que se adapta al fin del autor principal, “que esa conducta no es inocente ni neutra sino que, al revés, concreta una participación criminal plenamente consciente y dolosa, pues de lo contrario resultaría bien inexplicable su adaptación al hecho delictivo posterior”. En el mismo sentido van Weezel al hacer referencia a la solución en el marco del lado subjetivo del hecho. VAN WEEZEL (2007) p. 81.

⁵⁵ De acuerdo con la relatividad de la descripción, MOORE (2009) pp. 263 y ss.; ANSCOMBE (2000) p. 11, “since a single action can have many different descriptions”; y SEARLE (1997) p. 183, “toda representación es real bajo un determinado punto de vista y no bajo otro”; KINDHÄUSER (1989) pp. 52 y ss.

⁵⁶ Fundamental KINDHÄUSER (2011) pp. 41 y ss. Un punto de vista similar puede ser asumido cuando es usada la teoría de la acción de Hruschka, dado que ella postula como acción la imputación de un movimiento corporal según la aplicación de una regla. Así, un comportamiento puede ser evaluado como profesional de acuerdo a un determinado parámetro de dicha profesión, y dicho parámetro puede estar referido a un sistema articulado de reglas o no (como expectativa). HRUSCHKA (1976) pp. 12 y ss., p. 33.

susceptible —a su vez— de múltiples descripciones verdaderas, en los términos planteados por Davidson, y seguido entre nosotros por Mañalich⁵⁷. Si bien no existe un límite cierto para evitar un amplio espectro de posibles descripciones de una acción, ello no significa que todas ellas sean en la misma medida relevantes para quien las evalúa⁵⁸.

Una acción individualizada desde una perspectiva *ex post* entrega una explicación del comportamiento ajeno⁵⁹ y eso puede ser visto como el resultado de un proceso de imputación de intenciones⁶⁰. Un buen ejemplo en dicho sentido lo entrega Kindhäuser: “una persona se mueve —por ejemplo— corriendo por la calle. Ese comportamiento puede ser interpretado de diversas formas como una acción (intencional): P huye de la policía; P quiere alcanzar su tren; P trota; P omite tocar su violín; y muchas más”⁶¹. Ese enjuiciamiento a través de un tercero puede descomponerse en dos elementos: la observación del comportamiento físico (movimiento corporal)⁶² y una interpretación adscriptiva de la intención que lo gobierna. Así, la intención no puede ser deducida solamente a partir del comportamiento físico, sino que es necesaria también la facultad para comprender el sentido de los comportamientos⁶³. Sin embargo, dicha interpretación realizada por un tercero es necesariamente hipotética, dado que el actuante puede postular otra interpretación de su acción con la finalidad de debilitar la interpretación atribuida⁶⁴. Por ejemplo, “yo solo hice mi trabajo”, cuando el actuante vende un cuchillo a otro que tiene como objetivo matar a un tercer⁶⁵. Con otras palabras, de acuerdo con una determinada descripción del comportamiento (no) tuvo el actuante la intención de hacer algo (o de evitarlo).

Un comportamiento puede ser descrito correctamente tanto en primera persona como también desde la perspectiva de uno o más observadores⁶⁶. Es por ello precisamente que una acción puede ser descrita sin problemas desde una perspectiva interpretativa como

⁵⁷ En los términos propuestos por Davidson “a man is he agent of an act if what he does can be described under an aspect that makes it intentional”. Sin embargo, una acción intencional bajo otra descripción puede ser al mismo tiempo inintencionada. Lo importante, para los efectos de adscribir agencia es que *la* acción (en un sentido extensional) sea intencional bajo alguna de sus posibles descripciones. DAVIDSON (2001) pp. 43 y ss. MAÑALICH (2014) pp. 59 y ss., 71. Para estos efectos no es necesario tomar partido entre una tesis extensionalista o intensionalista para la individualización de eventos en los términos expuestos por Mañalich. Agradezco el comentario formulado por el profesor Javier Contesse para explicitar de mejor forma este punto.

⁵⁸ MACKIE (1980) pp. 32 y s.

⁵⁹ BRENNENSTUHL (1980) pp. 53 y ss.

⁶⁰ VON WRIGHT (1971) pp. 88 y ss.; HRUSCHKA (1976) pp. 18 y ss.

⁶¹ KINDHÄUSER (2015) p. 255. Traducción libre del original en alemán: “Eine Person bewegt sich z.B. auf der Straße rennend fort. Dieses Verhalten kann in unterschiedlicher Weise als [intentionelle] Handlung interpretiert werde: P flieht vor der Polizei; P will ihren Zug erreichen; P joggt; P unterlässt es Geige zu spielen - und vieles mehr”.

⁶² Previamente bajo la denominación de fundamento *in re*. HRUSCHKA (1976) pp. 12 y s., 33. Así también KINDHÄUSER (1982) pp. 493 y s.

⁶³ ANSCOMBE (2000) p. 53.

⁶⁴ KINDHÄUSER (2011) p. 42 y s. En el ejemplo nombrado arriba podría el corredor afirmar y probar que él debía llegar urgentemente a un baño.

⁶⁵ O “yo no pude evitarlo”, cuando un jarrón fue arrojado debido a un viento muy fuerte. KINDHÄUSER (1982) p. 494.

⁶⁶ BRENNENSTUHL (1980) p. 59; KINDHÄUSER (2011) pp. 47 y ss. De acuerdo con la compatibilidad de distintos puntos de vista, también VON WRIGHT (1971) p. 129.

neutral o profesional y, al mismo tiempo, como punible. Es importante notar que, para la imputación penal, el interés cognitivo relativo a la comprensión del comportamiento se encuentra impregnado por las reglas de comportamiento, las que fijan el comportamiento esperado, permitiendo imputar al agente una determinada intención en relación al seguimiento de la norma, y que al momento de realizar de forma *ex post* el juicio de atribución de responsabilidad penal, la primacía en la imputación de la intención le corresponde al juez⁶⁷. Así, el juez interpreta el comportamiento objetivo del autor de acuerdo a la intención que puede serle atribuida en relación al seguimiento de la norma de comportamiento que le resultaba vinculante en esa situación, en tanto ella cuenta como una oportunidad para la acción⁶⁸, y no en relación a cuál fue realmente la intención que el actuante se auto-atribuye o postula al momento de desarrollar su comportamiento, la cual carece de importancia para estos efectos. Debido a ello, cada comportamiento aparentemente **neutral** puede tener relevancia penal, pero solo bajo **otra** descripción. Lo que en cualquier caso resulta inaceptable desde la perspectiva de la teoría de las normas es afirmar que una acción penalmente relevante debe ser permitida debido a su falta de dañosidad bajo alguna otra descripción posible⁶⁹.

La acción es construida o individualizada interpretativamente por el Derecho penal. Así, el objeto de la imputación es determinado desde una perspectiva *ex post* mediante un juicio de subsunción del comportamiento, destinado a evaluar la satisfacción del supuesto de hecho previsto condicionalmente en la norma de sanción de la parte especial del Derecho penal. A partir de dicha norma de sanción puede ser deducida una norma de comportamiento que, en tanto prohibición o mandato, establece la obligación para el destinatario de ajustar su comportamiento a ella, de modo de no realizar la acción prohibida o de modo de realizar la acción ordenada⁷⁰. Bajo esta perspectiva, cuando el destinatario tuvo (o debió haber tenido) el conocimiento y la capacidad para evitar el injusto típico, y no lo hizo, es posible designar dicho comportamiento como un injusto de acción. En otras palabras, el reproche penal supone –desde una perspectiva *ex post*– que una persona ha realizado el supuesto de hecho del tipo penal, pero solo cuando él tuvo la oportunidad –desde una perspectiva *ex ante*– de haberlo evitado intencionalmente.

Dado que la norma de comportamiento debe ser reconocida de forma vinculante como una razón para la acción, el reproche asociado al injusto de su quebrantamiento proviene de su falta de reconocimiento como tal⁷¹. Con ello, la imputación penal implica una

⁶⁷ VOGEL (1993) pp. 68 y ss.

⁶⁸ Fundamental para determinar el concepto de la oportunidad para la acción y su relevancia para la descripción de la acción, ver VON WRIGHT (1963) capítulo III, nm. 3. Ver también VON WRIGHT (1971) pp. 125 y ss.; BRENNENSTUHL (1975) pp. 199 y s.; KINDHÄUSER (1989) pp. 50 y ss.; y MAÑALICH (2014) pp. 73 y s.

⁶⁹ KINDHÄUSER (2018) p. 52.

⁷⁰ El esquema de análisis para desarrollar deberes de acción concretos para el autor ha sido latamente desarrollado de la mano del silogismo práctico. Fundamental para ello VON WRIGHT (1971) pp. 96 y ss.; ANSCOMBE (2000) pp. 57 y ss.; BRENNENSTUHL (1980) pp. 52 y ss.; KINDHÄUSER (1989) pp. 54 y ss.; KINDHÄUSER (2011) pp. 47 y ss.; VOGEL (1993) p. 71. Críticamente MACKIE (1980) pp. 289 y ss. La utilidad de este esquema para establecer deberes de abstenerse de realizar acciones auxiliares lo ha probado Brennenstuhl. BRENNENSTUHL (1975) pp. 217 y ss.; y BRENNENSTUHL (1980) pp. 60 y ss.

⁷¹ MAÑALICH (2014) p. 20.

interpretación del hecho punible cuyo contenido de injusto es la infracción imputable de la norma de comportamiento⁷². Los ejemplos a partir de los cuales el argumento anterior demuestra ser operativo son numerosos. Wiegand entrega, para estos efectos, dos: “bajo determinados requisitos, estar dormido pacíficamente en su propia cama puede fundar responsabilidad penal –como por ejemplo, para el garante que debe cumplir con su función de vigilancia para proteger un bien jurídico en peligro. Y también una autoría en comisión puede radicar en acciones aparentemente neutrales, por ejemplo, cuando el autor vierte un terrón de azúcar en el café de otro y ese, debido a que es diabético, resulta lesionado por ello”⁷³. Esos ejemplos muestran que casi toda acción externamente no dañosa –de acuerdo con una determinada descripción– puede ser merecedora de pena –bajo otra descripción–, y que su apariencia externa no puede entregar un criterio decisivo en materia penal para distinguir entre comportamientos punibles y no punibles⁷⁴.

Una correcta descripción de la acción puede ser alcanzada desde el punto de vista de la teoría dominante, cuando se recurre a una descripción de la acción **dependiente-del-contexto**⁷⁵. El problema de dicha noción es que asume que existe solo una descripción correcta en términos absolutos, la que debe ser formulada atendiendo al contexto en que la acción es ejecutada, mientras que la postura aquí defendida es que existe una descripción pertinente para el Derecho penal, cuyos criterios de pertinencia son fijados por las reglas de comportamiento, complementadas –entre otras– por el esquema prototípico correspondiente al cómplice. Especial aprobación merece el juicio de Kindhäuser al respecto: “la cotidianidad de una acción no es con ello una característica que –en sí misma– pueda oponerse a la constitución del injusto”⁷⁶.

De esta forma, el Derecho penal identifica el objeto de la imputación de acuerdo con su propio interés cognitivo, el que está determinado prioritariamente por las reglas de comportamiento de la parte especial y, en lo que a actos de colaboración se refiere, por el esquema prototípico del cómplice, el cual vincula a los tipos de la parte especial con un comportamiento que sea calificable objetivamente como una colaboración, bajo una relación de accesoriidad a un injusto principal en los términos previstos por la dogmática de la partici-

⁷² KINDHÄUSER (1989), pp. 43 y ss. Así también Hruschka, quien define la imputación como un juicio en el que alguien es tenido como autor de una acción bajo una regla. HRUSCHKA (1976) pp. 30 y ss.

⁷³ WIEGAND (1998), p. 205. Traducción libre del original en alemán: “Unter bestimmten Voraussetzungen kann selbst das friedliche Schlafen im eigenen Bett Strafbarkeit begründen - etwa für den Garanten, der gerade seinen Wachdienst zum Schutz gefährdeten Rechtsgutsobjekte erfüllen müsste. Und auch Begehungstäterschaft kann in äußerlich neutral erscheinenden Handlungen liegen, etwa dann, wenn der Täter eine kräftige Prise Zucker in den Kaffee eines anderen schüttet und diesen, da er Diabetiker ist, dadurch körperlich schädigt”.

⁷⁴ Acertado en este sentido MAÑALICH (2014) p. 89.

⁷⁵ KUDLICH (2004) pp. 172 y ss. En este sentido, esta posición considera como complicidad punible la realización de una actuación **normal** en el ámbito profesional cuando el contexto del acto expresa una alta densidad delictiva. Esta discrepancia es identificada entre nosotros por van Weezel (VAN WEEZEL (2007) p. 83) y se corresponde básicamente con la discrepancia entre la que correspondería a la postura del primer Jakobs a favor de la impunidad de dicha conducta, defendida en la actualidad por Lesch, y la postura actualmente defendida por Jakobs, en donde la considera como un acto de complicidad punible. JAKOBS (2014) p. 28.

⁷⁶ KINDHÄUSER (2007) p. 371. Traducción libre del original en alemán: “Die Alltäglichkeit einer Handlung ist daher, für sich gesehen, keine Eigenschaft, die der Konstitution von Unrecht entgegenstehen könnte”. En el mismo sentido, pero refiriéndose a los comportamientos socialmente adecuados en KINDHÄUSER (2010) p. 408.

pación delictiva. De modo que la delimitación del objeto de análisis penalmente relevante a título de complicidad no depende del carácter neutral o habitual de una conducta, sino que de su posible calificación como una acción auxiliar o de colaboración con una principal que satisface un supuesto de hecho previsto por un tipo penal de la parte especial y respecto de la cual no concurre una causal de justificación, en los términos generalmente aceptados de accesoriidad limitada.

Así, resulta bastante claro que la acción neutral no constituye una categoría dogmática, sino que es el resultado de una (limitada) perspectiva fenomenológica que se basa en un comportamiento que sigue determinadas pautas y que, adicionalmente, tiene normalmente la apariencia de un acto irrelevante para el Derecho penal. Es por ello que Rackow propuso correctamente cambiar la denominación de la categoría por la de **acciones no sospechosas**. Pese a que dicha denominación tampoco entrega un criterio para delimitar la punibilidad de ese tipo de casos, ella es preferible debido al carácter abiertamente fenomenológico que expresa, el cual, por una parte, no intenta confundirse con categorías dogmáticas sustantivas y, por la otra, destaca un aspecto que puede ser de relevancia para fines propios del proceso penal⁷⁷.

No obstante lo anterior, estas reflexiones no impiden integrar en el juicio de imputación penal una o más características fenomenológicas comunes de las denominadas acciones **neutrales**, en la medida en que ello sea el resultado interpretativo de las normas que regulan la materia y, en especial para el problema que nos atañe, en la medida en que ellas sean de utilidad en la búsqueda de una solución correcta para determinar cuándo este tipo de acciones podría contar como complicidad punible.

4. ¿LAS ACCIONES PROFESIONALES COMO UN ÁMBITO REGULATIVO ESPECIAL?

Una parte de la literatura⁷⁸ defiende otra postura en relación a la utilidad del adjetivo **neutral** en la descripción de acciones con relevancia penal, especialmente para comportamientos que sean calificables como **profesionales**. Así, se ha afirmado que, pese a que no habrían acciones propiamente neutrales (en tanto no son en sí mismas, y desde todas las perspectivas, neutrales), dicha calificación podría ser útil en relación a determinados contextos (profesionales) para delimitar comportamientos merecedores de pena de aquellos que deben permanecer no criminalizados. Kudlich entrega dos argumentos para ello: (i) por una parte, existen protocolos de comportamientos (*lex artis*) vinculantes en ámbitos profesionales, los cuales permiten enjuiciar un comportamiento como **normal** o, al contrario, como ajustado delictivamente en relación a la acción principal posterior; (ii) por la otra, es reconocible en las acciones profesionales una determinación abstracta y general hacia la realización de la actividad, sin relación a determinada persona.

Debido a la multiplicidad e independencia de los contactos –por su carácter anónimo–, el profesional tendría, por una parte, un riesgo alto de que su acción sea llevada a un

⁷⁷ RACKOW (2007) pp. 44 y ss. De acuerdo OTTO (2008) p. 422. En este ámbito propone Schröder un método procesal para probar la idoneidad reconocible de la contribución para un delito posterior. SCHRÖDER (2011) pp. 638 y ss.

⁷⁸ Principalmente KUDLICH (2004) pp. 172 y ss. y HASSEMER (1995) pp. 42 y ss., 81 y ss.

contexto criminal y, por la otra, ese comportamiento estereotipado entregaría un parámetro para evaluar cuándo una acción profesional perdió su **normalidad**⁷⁹. El criterio más importante, en este sentido, sería el concepto de **adaptación** de la acción en relación con el resultado posterior⁸⁰. Si bien el hecho de que la motivación del autor no pueda entregar una razón⁸¹ para distinguir entre comportamientos punibles y no punibles (sino solo la ausencia o la carencia de un reconocimiento efectivo de la norma de comportamiento penal como razón para la acción) no puede ser tratado con mayor profundidad aquí⁸², la incorrección de ese argumento general no debe llevarnos a perder de vista la razón más relevante para realizar una consideración especial en la valoración de comportamientos de carácter profesional: la existencia de reglas y expectativas en dicho ámbito⁸³.

A diferencia de las acciones cotidianas, que no conocen parámetro alguno distinto a la habitualidad o mera repetición, las acciones profesionales son evaluables bajo normas de distinta clase. En este sentido, las acciones profesionales pueden albergar una relación normativa⁸⁴. El cumplimiento de reglas y expectativas profesionales puede tener influencia sobre la valoración de la acción, desde un punto de vista penal. Precisamente por ello Hassemmer propuso una investigación sobre la especial normatividad presente en determinados ámbitos profesionales, para así evaluar la influencia de dichas normas y expectativas en la imputación jurídico-penal. No obstante, para desarrollar dicho proyecto de investigación, primero debe indagarse en qué tipos de reglas y expectativas existen en dicho ámbito y, posteriormente, qué efecto puede tener un comportamiento que se ajuste a ellas. Pese a que en el Derecho penal pueden ser reconocidas paradigmáticamente normas de comportamiento y reglas de imputación⁸⁵, los ámbitos profesionales pueden ser construidos por un espectro más amplio de normas. Si bien existen distintas clasificaciones de normas, el interés cognitivo radica aquí, precisamente, en el efecto que dichas normas y expectativas tendrían sobre la valoración penal del comportamiento⁸⁶. La conocida distinción de Searle⁸⁷

⁷⁹ Dicha reflexión es compartida por la teoría de Jakobs y es usada para la descripción del contenido de un rol social. Ver sección III.1.

⁸⁰ KUDLICH (2004) p. 182. Quien nombra dos criterios adicionales para afirmar la neutralidad de una acción. Cuando (i) la acción no ha ocasionado inmediatamente el resultado; y (ii) cuando a través de la acción el actuante directo no ha sido apoyado objetiva y externamente.

⁸¹ Dicha motivación puede tener correlativamente un punto de vista normativo, cuando la motivación se funda en el derecho fundamental del artículo 12 de la Constitución alemana (GG por sus siglas en alemán, correspondientes a la traducción literal de Ley Fundamental). Sin embargo, el argumento a oponer a la anti-juridicidad de la conducta ya no sería el ánimo o la motivación del autor, sino que el ejercicio de un derecho fundamental o la realización de una conducta que debe ser calificada como lícita al amparo del referido derecho fundamental.

⁸² Ver sección III.3 con ulteriores referencias ahí indicadas.

⁸³ HASSEMER (1995) pp. 82 y ss.

⁸⁴ Von Wright denomina dicha relación como “relación bajo la norma”. VON WRIGHT (1963) Capítulo VII, nm. 8.

⁸⁵ Sobre esta distinción ver fundamentalmente HRUSCHKA (2009) pp. 11 y ss.

⁸⁶ Algunas características decisivas para describir normas son su origen, jerarquía, contenido y función. Ver VON WRIGHT (1963) Capítulo 5, donde se encuentra un análisis fundamental desde el punto de vista de la teoría de las normas.

⁸⁷ SEARLE (1997) pp. 44 y ss.; así también VON WRIGHT (1971) pp. 151 y ss.

entre reglas regulativas y reglas constitutivas permite desarrollar una primera aproximación al problema. Pese a que ambas clases de reglas tienen una función regulativa, tanto su forma de regular como su vinculación con el comportamiento son distintas. Mientras las reglas constitutivas regulan un comportamiento que no puede ser descrito con independencia de dichas reglas, las reglas regulativas son aquellas respecto de las cuales la descripción del comportamiento regulado puede ser hecho con independencia de dichas reglas. Un típico ejemplo de reglas constitutivas en este sentido son las reglas de juegos o del lenguaje⁸⁸, los que se corresponden con la idea de hechos institucionales en la construcción teórica de Searle⁸⁹. Sin embargo, es fácilmente imaginable también la previsión de dicho tipo de reglas en ámbitos profesionales. Por ejemplo, existen reglas para determinar cuándo una venta de valores puede ser reconocida como tal dentro del mercado de capitales. Dichas reglas tienen aquí una función constitutiva y, por ello, no pueden influir en la valoración penal de la acción. En nuestro ejemplo, pese a que el cumplimiento de esas reglas tiene el efecto de permitir que la acción sea reconocida como una venta de valores, dicho cumplimiento no tiene la aptitud para cambiar la valoración penal de la acción. En otras palabras, el cumplimiento de dichas reglas no permite la calificación de la venta como legal, sino solo la calificación de la acción como venta dentro del sistema del mercado de valores. Es precisamente por ello que queda abierta la posibilidad de valorar la venta como ilegal en base a otros parámetros normativos. Por ejemplo, por el uso de información privilegiada en ella o por haber sido realizada para manipular el mercado, entre otras posibles razones⁹⁰.

Por otra parte, se encuentran las reglas regulativas, las cuales se caracterizan por ostentar un carácter prescriptivo. Dichas reglas pueden ser dispuestas junto a reglas constitutivas, de modo de permitir la explicación del comportamiento para el caso en que la acción regulada se refiera a hechos institucionales. Sin embargo, ello no es siempre necesario⁹¹. Las reglas regulativas pueden tener también un distinto origen, jerarquía, contenido y función. Por ejemplo, el Código Penal contiene –entre otras– reglas de sanción, las que permiten a su vez inferir pragmáticamente reglas de comportamiento. Los ámbitos profesionales pueden reconocer prescripciones, tanto internas como externas, con un carácter regulativo. Es importante destacar que la valoración sobre la suficiencia de un sistema normativo interno para regular adecuadamente una actividad no puede ser hecha como un todo, como Hassemmer parece proponer, sino solo individualmente, regla por regla, en un determinado con-

⁸⁸ “Rules”, bajo la denominación de von Wright. Junto a ese tipo de reglas se encuentran “directivas y normas técnicas” (directives or technical norms), las que proponen instrucciones. VON WRIGHT (1963) Capítulo I, nm. 4. y 7.

⁸⁹ Dado que dicha idea asume la existencia de instituciones humanas y sigue la estructura “X cuenta como Y en el contexto C”. SEARLE (1997) pp. 21 y ss., especialmente el capítulo IV.

⁹⁰ Por esta vía se reafirma también –una vez más– la posibilidad de que una acción pueda ser objeto de distintas descripciones, ya sea desde perspectivas normativas (como aquí) o fenomenológicas, manteniéndose todas ellas como potencialmente correctas. Parte de la discusión del conocido “caso Cascadas” en nuestro país fue planteada en estos términos.

⁹¹ La conocida objeción de Raz contra una distinción estricta entre reglas constitutivas y reglas regulativas, porque toda regla contiene una dimensión constitutiva, debe ser parcialmente aceptada en los términos señalados por González Lagier. GONZÁLEZ LAGIER (1993).

texto de aplicación⁹², de acuerdo a la lógica jurídico-penal y sus categorías propias. Dado que una acción lícita según las regulaciones profesionales sectoriales puede tener otra significación desde un punto de vista penal⁹³, la prioridad analítica de las reglas penales –y su vinculatoriedad para el ciudadano por sobre lo dispuesto en los ordenamientos sectoriales– no puede ser puesta en duda en la valoración de las conductas, dado que en caso contrario se presentaría el absurdo de que eventuales autorizaciones infralegales tendrían el efecto de preterir la vigencia de prohibiciones penales⁹⁴. Es por ello que el cumplimiento de las normas y expectativas profesionales, que constituyen un determinado rol, no puede resultar decisivo para la valoración jurídico-penal de una conducta, sino solo el cumplimiento de las reglas de comportamiento penales, las que se encuentran referidas finalmente al rol de un ciudadano fiel al derecho.

Pese a que una evaluación de la acción dentro de ámbitos profesionales con pretensiones de exhaustividad sería errónea si no atendiese a las normas de comportamiento penales, ello no significa que las reglas y expectativas dentro de dichos ámbitos carezcan de relevancia para una valoración penal de la conducta. Tal como se señaló previamente, la valoración de dichas reglas debe ser realizada necesariamente una a una y por medio de la interpretación de los elementos de los tipos penales de la parte especial, en conexión con las reglas de atribución de autoría y participación de la parte general. Un buen ejemplo de ello lo constituye el reconocimiento de reglas de cuidado internas establecidas en los ámbitos profesionales, las que ayudan a la valoración de una acción como imprudente. Incluso las costumbres profesionales, que se corresponden con determinadas expectativas, pueden tener relevancia penal cuando la pregunta se trate sobre qué cuenta como cooperación en el sentido de la regla que sanciona la colaboración con el delito de otro a título de complicidad, dado que solo puede contar como colaboración en este sentido una contribución a la comisión del delito que no sea la meramente esperada en relación con cualquier contacto anónimo en la sociedad. Es precisamente por ello que aquí es preferida una consideración desacoplada de dichas regulaciones, atendiendo a su pertinencia en un contexto de aplicación determinado.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN, ¿CONSTITUYE ESTO UN PROBLEMA APARENTE PARA EL DERECHO PENAL?

Independientemente del tratamiento de este grupo de casos, la discusión en torno a las (mal) denominadas acciones neutrales ha tenido el mérito de destacar el problema de la determinación de la mínima entidad que debe tener una contribución accesoria para ser merecedora de punibilidad. En otras palabras, aquí nos enfrentamos al problema del límite

⁹² GÜNTHER (1995).

⁹³ Ver sección III.3.

⁹⁴ No es casual que los tipos penales no realicen una referencia a la profesión del autor u otra característica irrelevante del hecho. Por otra parte, como correctamente ha sido argumentado en otro contexto, los ciudadanos no se encuentran capacitados para decidir por sí mismos cuándo y bajo qué condiciones se encuentran vinculados por las normas penales de un ordenamiento jurídico.

inferior de la complicitad punible⁹⁵. Mientras que con anterioridad la dogmática penal se ocupaba con frecuencia de la delimitación entre coautoría y complicitad, es decir, de intentar dar claridad a una delimitación de categorías **dentro** del marco de lo punible⁹⁶, gracias a la emergencia de este problema en la discusión —o más bien de su identificación fenomenológico—, el interés por delimitar las acciones auxiliares merecedoras de pena de aquellas que no lo son ha tomado un nuevo impulso. Con ello, y a diferencia de una equivocada conclusión que podría haberse extraído de lo señalado precedentemente, el problema de la denominación afecta al análisis y tratamiento de las acciones de complicitad aparentemente inofensivas, en tanto objeto de imputación, pero en caso alguno implica que las (mal) denominadas acciones **neutrales** constituyan un problema dogmático meramente aparente o imaginario; al contrario, constituye un asunto jurídico de real interés científico, lo que se demuestra fácilmente por las numerosas contribuciones que se han escrito sobre este problema a nivel universal⁹⁷, junto a los múltiples casos y criterios de delimitación que han sido propuestos por la dogmática penal para su tratamiento⁹⁸. Esta preocupación procede frecuentemente del rechazo de la que Lesch identifica como usual fórmula de la antigua jurisprudencia alemana: resultado + causalidad + dolo = responsabilidad⁹⁹. Es por ello que se plantean diversas restricciones normativas para excluir del ámbito de lo punible a las colaboraciones mínimas. Sin embargo, dicha discusión primeramente debe ser ordenada mediante una correcta identificación y calificación de su objeto y eso fue lo que se pretendió hacer aquí.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AMBOS, Kai (2000): “Beihilfe durch Alltagshandlungen”, *Juristische Arbeitsblätter*. pp. 721-725.
- AMELUNG, Knut (1999): “Die ‚Neutralisierung‘ geschäftsmäßiger Beiträge zu fremden Straftaten im Rahmen des Beihilfetatbestands”, en SAMSON, Erich *et al.* (editor), *Festschrift für Grünwald* (Baden-Baden, Nomos) pp. 9-30.
- ANSCOMBE, Elizabeth (2000): *Intention* (Cambridge, Harvard University Press).
- BECKEMPER, Katharina (2001): “Strafbare Beihilfe durch alltägliche Geschäftsvorgänge”, *Jura*, N° 3: pp. 163-169.

⁹⁵ De forma consciente Wiegand utiliza como título para su contribución en esta problemática el de “límites de la complicitad punible” (“Grenzen strafbarer Beihilfe”) WIEGAND (1998). En el mismo sentido también VIVEROS (2013), al elegir como título de su artículo “sobre los límites de la complicitad” y denominar el apartado especialmente referido a este problema como “Complicitad vs. Impunidad” (pp. 667 y ss.).

⁹⁶ En donde la “teoría del dominio del hecho” juega un rol fundamental en la tradición continental. Una revisión sobre su influencia en la doctrina y jurisprudencia chilena se encuentra en VIVEROS (2013) pp. 660 y ss.

⁹⁷ Para informarse sobre el tratamiento del tema en la discusión anglosajona, para los crímenes del nacionalsocialismo y en el derecho penal internacional, ver RACKOW (2007) p. 437 y ss. En el ámbito anglosajón ver HURD (2001) pp. 307-340; DUFF (1990) p. 165, 181 y MOORE (2009) p. 292. En España, ver ROBLES PLANAS (2003) pp. 24 y ss., con referencias ulteriores. Como puede fácilmente ser notado, en otros países son utilizados ejemplos muy parecidos para tratar este grupo de casos.

⁹⁸ Para una revisión de los textos en nuestro ámbito cultural que exponen estos criterios ver las notas 3, 4, y 5.

⁹⁹ LESCH (2001) p. 987. La fórmula proviene de Lesch, pese a que el contenido de cada categoría es discutido. Entre nosotros una postura similar ha planteado van Weezel “desde el punto de vista dogmático, lo verdaderamente relevante es que la imputación no puede fundarse en la mera causación dolosa”. VAN WEEZEL (2007) p. 85.

- BRENNENSTUHL, Waltraud (1980): “Ziele der Handlungslogik”, en LENK, Hans (editor), *Handlungstheorien interdisziplinär I* (Múnich, Wilhem Fink Verlag) pp. 35-66.
- BRENNENSTUHL, Waltraud (1975): *Handlungstheorie und Handlungslogik* (Kronberg, Scriptor-Verlag).
- CONTESE, Javier (2018): “Tentativa de delito y concurso de personas en el hecho punible en la obra de Eduardo Novoa Monreal”, en AMBOS, Kai y GUZMÁN, José Luis (editores), *Derecho y cambio social. Estudios críticos en homenaje a Eduardo Novoa Monreal* (Santiago, DER Ediciones) pp. 113-140.
- DAVIDSON, Donald (2001): *Essays on Actions and Events* (Oxford, Clarendon Press).
- DUFF, Antony (1990): “‘Can I Help You?’ Accessorial Liability and the Intention to Assist”, *Legal Studies*, N° 10: pp. 165-181.
- FRISCH, Wolfgang (2002): “Beihilfe durch neutrale Handlungen”, en PRITTWITZ, Cornelius *et al.* (editor), *Festschrift für Klaus Lüderssen* (Baden-Baden, Nomos) pp. 539-557.
- GARRIDO MONTT, Mario (2017): *Derecho Penal Parte General*, tomo II (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- GONZÁLEZ LAGIER, Daniel (1993): “Clasificar acciones. Sobre la crítica de Raz a las reglas constitutivas de Searle”, *Doxa*, N° 13: pp. 265-276. Disponible en: <http://www.cervantesvirtual.com/downloadPdf/clasificar-acciones-sobre-la-critica-de-raz-a-las-reglas-constitutivas-de-searle-0/>. Fecha de consulta: 21 de mayo de 2019.
- GREEN, Stuart (2013): *Mentir, hacer trampas y apropiarse de lo ajeno* (Madrid, Marcial Pons).
- GÜNTHER, Klaus (1995): “Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica”, *Doxa -Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 17-18: pp. 271-302. Disponible en: <http://www.cervantesvirtual.com/downloadPdf/un-concepto-normativo-de-coherencia-para-una-teoria-de-la-argumentacin-jurdica-0/>. Fecha de consulta: 21 de mayo de 2019.
- GUZMÁN, Nicolás (2010): “Conductas neutrales y participación en el delito”, en PASTOR, Daniel (director) y GUZMÁN, Nicolás (coordinador), *Problemas actuales de la Parte General del Derecho Penal* (Buenos Aires, Ed. Ad Hoc) pp. 275-326. Disponible en: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2956331>. Fecha de consulta: 21 de mayo de 2019.
- HASSEMER, Winfried (1995): “Professionelle Adäquanz. Bankentypisches Verhalten und Beihilfe zur Steuerhinterziehung”, parte I, *Wistra*, N° 2: pp. 41-46.
- HASSEMER, Winfried (1995): “Professionelle Adäquanz. Bankentypisches Verhalten und Beihilfe zur Steuerhinterziehung”, parte II, *Wistra*, N° 3: pp. 81-87.
- HRUSCHKA, Joachim (1976): *Strukturen der Zurechnung* (Berlín, Walter de Gruyter).
- HRUSCHKA, Joachim (2009): “Reglas de comportamiento y reglas de imputación”, en HRUSCHKA, Joachim, *Imputación y Derecho Penal* (Montevideo y Buenos Aires, Editorial BdeF) pp. 11-29.
- HURD, Heidi (2001): “Is it wrong to do right when others do wrong?”, *Legal Theory*, N° 7: pp. 307-340.
- JOECKS, Wolfgang (2017): *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch (MüKo-StGB)*, § 27 (Múnich, C.H.Beck)

- JAKOBS, Günther (1977): “Regreßverbot beim Erfolgsdelikt. Zugleich eine Untersuchung zum Grund der strafrechtlichen Haftung für Begehung”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, N° 89: pp. 1-35.
- JAKOBS, Günther (2014): *Theorie der Beteiligung* (Tubinga, Mohr Siebeck).
- KINDHÄUSER, Urs (1982): “Kausalanalyse und Handlungszuschreibung”, *GA*: pp. 477-498.
- KINDHÄUSER, Urs (1989): *Gefährdung als Straftat* (Fráncfort del Meno, Vittorio Klostermann).
- KINDHÄUSER, Urs (2007): “Zum Begriff der Beihilfe”, en DANNECKER, Gerhard *et al.* (editor), *Festschrift für Harro Otto* (Fráncfort del Meno, Heymanns) pp. 355-371.
- KINDHÄUSER, Urs (2010): “Zum sog. „unerlaubten“ Risiko”, en BLOY, René *et al.* (editor), *Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht*, *Festschrift für Manfred Maiwald* (Berlín, Duncker & Humblot) pp. 397-416.
- KINDHÄUSER, Urs (2011): “Zum strafrechtlichen Handlungsbegriff”, en PAEFFGEN, Hans-Ullrich *et al.* (editor), *Festschrift für Ingeborg Puppe* (Berlín, Duncker & Humblot) pp. 39-54.
- KINDHÄUSER, Urs (2015): “Zur Kausalität im Strafrecht”, en ALBRECHT, Peter-Alexis *et al.* (editor), *Festschrift für Walter Kargl* (Berlín, BWV- Berliner Wissenschafts-Verlag) pp. 253-272.
- KINDHÄUSER, Urs (2018): “Welzels Konzeption sozialer Adäquanz - normtheoretisch betrachtet”, en HECKER, Bernd *et al.* (editores), *Festschrift für Rudolf Rengier* (Berlín, Verlag C.H. Beck) pp. 49-58.
- KUDLICH, Hans (2004): “Die Unterstützung fremder Straftaten durch berufsbedingtes Verhalten”, *Strafrechtliche Abhandlungen. Neue Folge*, tomo 156 (Berlín, Duncker & Humblot).
- KUDLICH, Hans (2008): “Tiroler Gastfreundschaft auch für deutsches Geld - Anstiftung zur Steuerhinterziehung durch berufsbedingtes Verhalten?”, en SIEBER, Ulrich (editor), *Festschrift für Klaus Tiedemann* (Colonia, Heymann) pp. 221-236.
- LESCH, Heiko (2001): “Strafbare Beteiligung durch „berufstypisches“ Verhalten?”, *Juristische Arbeitsblätter*: pp. 986-991.
- LESCH, Heiko (2014): “Beihilfe durch „rollenadäquates“ Verhalten?”, en WAHLE, Eberhard *et al.* (editor), *Festschrift für Wolf Schiller* (Baden-Baden, Nomos), pp. 448-473.
- MACKIE, John (1980): *The Cement of the Universe* (Oxford, Clarendon Press).
- MAÑALICH, Juan Pablo (2014): *Norma, causalidad y acción* (Madrid, Marcial Pons).
- MEIER, Bernd (2016): *Kriminologie* (Múnich, C.H.Beck).
- MEYER-ARNDT, Lüder (1989): “Beihilfe durch neutrale Handlungen?”, *Wistra*, N° 8, pp. 281-287.
- MOMSEN, Carsten (2010): “Neutralen Verhaltensweisen und Unterlassungen im Insiderstrafrecht”, en BLOY, René *et al.* (editor), *Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht*, *Festschrift für Manfred Maiwald* (Berlín, Duncker & Humblot) pp. 561-584.
- MOORE, Michael (2009): *Causation and Responsibility* (Nueva York, Oxford University Press).
- NIEDERMAIER, Harald (1995): “Straflose Beihilfe durch neutrale Handlungen?”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, N° 107: pp. 507-544.

- OTTO, Harro (2001): “Das Strafbarkeitsrisiko berufstypischen, geschäftsmäßigen Verhaltens”, *Juristische Zeitung*, N° 9: pp. 436-444.
- OTTO, Harro (1998): “„Vorgeleistete Strafreitelung“ durch berufstypische oder alltägliche Verhaltensweisen als Beihilfe”, en ESER, Albin *et al.* (editor), *Festschrift für Theodor Lenckner* (Múnich, C.H. Beck) pp. 193-225.
- OTTO, Harro (2008): “Buchbesprechung Rackow, Peter: Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, N° 120: pp. 418-425.
- RACKOW, Peter (2007): *Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts* (Fráncfort del Meno, Peter Lang).
- RENGIER, Rudolf (2016): *Strafrecht Allgemeiner Teil* (Múnich, C.H. Beck).
- ROBLES PLANAS, Ricardo (2003): *La participación en el delito: fundamentos y límites* (Madrid, Marcial Pons).
- ROCA DE AGAPITO, Luis (2008): “Límites de la responsabilidad penal por actividad (profesional) cotidiana”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXVIII Servicio de Publicaciones da Universidade de Santiago de Compostela, ISSN 1137-7550, pp. 343-395. Disponible en: https://minerva.usc.es/xmlui/bitstream/handle/10347/4139/pg_343-396_ep28.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Fecha de consulta: 21 de mayo de 2019.
- ROTSCH, Thomas (2004): “‘Neutrale Beihilfe’ Zur Fallbearbeitung im Gutachten”, *Jura*, N° 1: pp. 14-21.
- ROXIN, Claus (1993): *Leipziger Kommentar (LK-StGB)*, § 27 (Berlín y Nueva York, De Gruyter).
- ROXIN, Claus (1995): “Was ist Beihilfe?”, en KÜHNE, Hans-Heiner (editor), *Festschrift für Koichi Miyazawa* (Baden-Baden, Nomos), pp. 501 -517.
- ROXIN, Claus (2007): *Derecho Penal Parte General*, tomo I (Madrid, Civitas).
- ROXIN, Claus (2014): *Derecho Penal Parte General*, tomo II (Madrid, Civitas).
- RUEDA MARTÍN, María de los Ángeles (2015): “De nuevo sobre la relevancia penal de las acciones cotidianas en la comisión de un hecho doloso”, *Cuadernos de Política Criminal*, N° 115: pp. 35-86.
- SCHNEIDER, Hendrik (2004): “Neutrale Handlungen: Ein Oxymoron im Strafrecht? –Zu den Grenzlínen der Beihilfe–”, *Neue Zeitschrift für Strafrecht*: pp. 312-317.
- SCHRÖDER, Christian (2011): “Die berufstypische Beihilfe im Strafprozess: Methodisches zur Feststellung erkennbarer Tatgeneigtheit”, en GEISLER, Claudius (editor), *Festschrift für Klaus Geppert* (Berlín y Nueva York, De Gruyter), pp. 633-642.
- SEARLE, John (1997): *La construcción de la realidad social* (Barcelona, Paidós).
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (2008): “Zur Beteiligung von Notaren an Vermögens und Wirtschaftsstraftaten”, en SIEBER, Ulrich (editor), *Festschrift für Klaus Tiedemann* (Colonia, Heymann) pp. 237-252.
- TISNADO SOLÍS, Luis (2018): *Fundamentos normativos de la intervención delictiva y responsabilidad penal* (Santiago de Chile, Editorial Hamurabi).
- VAN WEEZEL, Alex (2007): *Delitos Tributarios* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile).
- VIVEROS, Miguel (2013): “Sobre los límites de la complicidad”, en VAN WEEZEL, Alex (coordinador), *Humanizar y renovar el Derecho penal. Estudios en memoria de Enrique Cury* (Santiago de Chile, Thomson Reuters), pp. 659-675.

- VOGEL, Joachim (1993): *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten* (Berlín, Duncker & Humblot).
- VON WRIGHT, Georg (1963): *Norm and Action* (Londres, Routledge & Kegan Paul).
- VON WRIGHT, Georg (1971): *Explanation and Understanding* (Londres, Routledge & Kegan Paul).
- WIEGAND, Thomas (1998): “Grenzen strafbarer Beihilfe”, en ESER, Albin (editor), *Festschrift für Haruo Nishihara* (Baden-Baden, Nomos), pp. 197-212.
- WOHLLEBEN, Marcus (1996): *Beihilfe durch äußerlich neutrale Handlungen* (Múnich, Verlag C.H. Beck. Münchener Universitätschriften. Bd. 125).

DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen (editora) (2019), *El principio de reparación integral en sus contornos actuales. Una revisión desde el derecho chileno, latinoamericano y europeo* (Thomson Reuters, Santiago). 528 págs.

Podría decirse que este libro es anómalo, en el sentido de que no se atiene a un formato tradicional, ya que cuenta con estudios sobre un tema más bien monográfico de varios profesores y de tesis, chilenos y extranjeros, algunos con más de una contribución, seguido de un cuestionario sobre la aplicación del principio en diversos ordenamientos y de un extenso resumen de las respuestas obtenidas. Todo ello se comprende mejor si se observa que, como señala la profesora Domínguez Hidalgo en la presentación, se expone el resultado de varios años de investigación a través de un proyecto FONDECYT complementado por un proyecto de cooperación científica Ecos-Conicyt, que explica la presencia numerosa de civilistas franceses de diversas universidades, incluido el destacado profesor Denis Mazeaud de la Universidad de París II Panthéon Assas.

En total son 13 académicos que nos entregan 23 estudios sobre el principio de la reparación integral del daño. Los 23 estudios se insertan en cuatro capítulos: el primero se destina al contexto jurídico de la responsabilidad civil y los aspectos más generales del principio; el segundo estudia cómo se aplica la reparación integral en ciertas especies de daño como el moral, corporal y el lucro cesante; el tercero contiene estudios sobre las limitaciones del principio, con referencia al sistema de baremos y a la carga de la víctima de aminorar el daño. Finalmente, el cuarto se centra en los resultados obtenidos por la aplicación de un cuestionario de 32 preguntas sobre cómo se entiende el principio a juristas latinoamericanos y europeos.

No es posible reseñar todo el rico y abundante contenido del libro, pero podemos mencionar algunos tópicos que pueden interesar más al abogado, juez o jurista nacional. Una primera cuestión que resulta de importancia es cómo se aplica la reparación integral a los perjuicios no patrimoniales, que en Chile conocemos como daño moral. Por cierto, Carmen Domínguez, la autora chilena que más se ha preocupado del daño moral, nos entrega tres trabajos sobre este tema: uno sobre los derechos de la personalidad, otro más específico sobre el derecho al honor y un tercero sobre las principales consecuencias del principio para el resarcimiento del daño moral. El profesor de la Universidad de Tours, Julien Bourdoiseau, aborda el problema desde el daño a la integridad psíquica o física, que él denomina “daño corporal”. Finalmente, la compleja resarcibilidad del daño patrimonial consistente en el lucro cesante es analizado por Ramón Domínguez Águila.

En relación con los límites de la reparación integral, es de destacar el estudio general de Ramón Domínguez, y los trabajos de un tesis de licenciatura, Javier Cerón, y un doctorando en Derecho, Francisco Rubio, que analizan la compatibilidad entre el principio y la fijación de baremos o tarifas de indemnización, con especial atención al baremo estadístico del proyecto realizado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Concepción en convenio con la Corte Suprema. Interesante son las reflexiones que Bruno Caprile realiza sobre la cláusula penal, dando cuenta de la diferencia que existe entre los Códigos Civiles chileno y francés, ya que este último obliga al acreedor a demandar la cláusula penal, aun-

que los daños hayan sido superiores, mientras que nuestro Código permite optar entre la pena y la indemnización de perjuicios judicialmente determinada.

En materia de limitaciones se insertan dos estudios sobre la carga de aminorar el daño que se afirma debe recaer en la víctima, de modo que, si no adopta las medidas necesarias para ello, se descontará de la indemnización el valor del perjuicio que podría haberse evitado. Un estudio de la editora y el resumen de una tesis de licenciatura de Orlando Palominos, analizan la justificación y alcance de esta carga.

Aunque quizás se aparte del tema, no deja de ser provechoso el análisis que hace el profesor Ramón Domínguez sobre el principio de precaución y la posibilidad de ejercer acciones para prevenir un daño que puede tener consecuencias irreparables, siguiendo la lógica del dicho popular: mejor prevenir que curar.

La parte del libro dedicada a las respuestas al cuestionario interesa más directamente a los académicos. Se trata de un esfuerzo enorme que ha concitado expertos de mucho prestigio entre profesores latinoamericanos y europeos. Las respuestas de los latinoamericanos, de cinco países: Argentina, Chile, Colombia, Perú y Uruguay, se sintetizan respecto de cada pregunta. Por su extensión y porque ya fueron publicadas en Francia, no se reproducen las respuestas de los europeos, pero se incluye un resumen de las respuestas elaborado por los profesores franceses Philippe Brun y Philippe Pierre.

El libro concluye con una serie de ensayos que intentan sintetizar los resultados del cuestionario a nivel europeo y latinoamericano de autoría de la editora, de Fabrice Leduc, de Philippe Brun y Philippe Pierre y Ramón Domínguez. Se cierra el volumen con un escrito breve de conclusiones generales de autoría de Denis Mazeaud.

Sin duda es muy valioso el trabajo mancomunado que se ha hecho por años entre profesores chilenos, latinoamericanos y franceses, así como este volumen en que se aprecian sus resultados, si bien el título pudiera haber ganado en claridad si se hablara del principio de reparación integral “del daño” en la responsabilidad civil.

Echamos en falta, sí, una aclaración sobre cómo los autores han entendido el concepto de principio jurídico. Sólo en el trabajo de Francisco Rubio vemos una alusión a la distinción entre principio y regla y su comprensión como estándar normativo sujeto a ponderación, siguiendo los planteamientos de Dworkin y Alexy y sobre todo la noción de este último de los principios como “mandatos de optimización” (pp. 245-246). No obstante, no parece que esta visión de los principios sea la misma para todos los autores. Muchos de estos hablan de “derogaciones” del principio, cuando la derogación, en esta concepción, es propia de las reglas y no de los principios. El mismo Rubio no parece entender la misma teoría que dice acoger, ya que cita a Domínguez que señala que las excepciones al principio ratifican su vigencia.

Más allá de la existencia y alcance de los principios como fuentes del Derecho o como pautas hermenéuticas, nunca nos ha persuadido mucho la eficacia explicativa del principio de reparación integral del daño, porque como este mismo libro lo muestra para poder aplicarlo hay que determinar qué es daño y cómo se avalúa. Por eso adquiere un tenor un tanto tautológico: hay que reparar todo daño, pero para ello hay primero que determinar cuál es el daño resarcible. Sin contar que, como afirma Denis Mazeaud, al final es el juez el que decide qué es daño, cómo se prueba y cómo se evalúa, por lo que el principio de

la reparación integral debe ser “relativizado” por la libertad ejercida por los jueces, incluso bajo la existencia de baremos, en su puesta en ejecución (p. 510).

Se agrega que el principio refuerza la idea de que la responsabilidad civil tiene como función esencial o exclusiva la de reparar el daño, en el sentido de que debe repararse todo el daño y nada más que el daño, y con ello se argumentaría en contra de los “*punitive damages*” del *Common Law*. Sin embargo, puede constatarse que los sistemas europeos y latinoamericanos están dado acogida a casos de indemnizaciones punitivas ya sea por leyes especiales o por los tribunales que consideran la gravedad de la culpa para avaluar lo que se otorga como reparación del daño moral o extrapatrimonial, sin contar con la aceptación universal en los sistemas codificados de la cláusula penal que puede superar el daño causado por el incumplimiento.

Aun así, el principio puede servir como una especie de desiderátum nunca plenamente alcanzado pero orientador del camino, y a esa orientación resultan útiles los estudios que se contienen en esta obra. Se trata de una lucha por avanzar hacia una meta que parece imposible: en palabras de Carbonnier, citado por Carmen Domínguez, “hacer que el daño haya parecido un sueño” (p. 487).

HERNÁN CORRAL TALCIANI
Universidad de los Andes (Chile)

CRESPO, Mariano (ed.) (2018): *Filosofía trascendental, Fenomenología y Derecho natural* (Hildesheim, Olms) 193 pp.

El texto que ahora presentamos se encuentra editado por el Profesor Mariano Crespo (actualmente, investigador del Instituto Cultura y Sociedad de la Universidad de Navarra). Tuvimos el honor de tener varios años al Profesor Crespo en la Facultad de Filosofía de la Pontificia Universidad Católica de Chile, donde dejó un profundo recuerdo intelectual y humano.

El origen del libro fue un simposio organizado en Pamplona durante 2015, por el ya mencionado Instituto Cultura y Sociedad. El libro lleva por título exactamente el nombre de dicho simposio. Su objeto, como declara el editor era “profundizar histórica y sistemáticamente en las distintas teorías de la ley natural y de la racionalidad práctica”, cuestión que auguraba una amplia pluralidad de enfoques.

Las contribuciones son seis: Marta Albert (Universidad Rey Juan Carlos) se refiere a la “Ética material de los valores y Derecho Natural”. Mariano Crespo, por su parte, se dedica a la “Distinción entre la esfera de lo jurídico *a priori* y la esfera moral”. Cheikh Mbacke Gueye (Liechtenstein) aborda un (inabordable) problema en “A Defense of a Natural Law Based View of Human Rights”. Esteban Marín Ávila (UNAM) opina “Sobre la racionalidad del deber social. Reflexiones sobre el deber social con base en observaciones a de Edmund Husserl y Adolf Reinach”. El penalista Pablo Sánchez-Ostiz (Navarra) se refiere a “La libertad del Derecho penal: ¿de qué hablamos cuando decimos libertad?”. Finalmente, Roberto Walton (Universidad de Buenos Aires) toca el tema de la “Monadología trascendental y Derecho natural”.

Por su interés, y en virtud de la extensión a que puede aspirar una recensión en la *Revista* que nos acoge, comentaremos brevemente tres de los trabajos que componen la obra.

El trabajo de la profesora Marta Albert (pp. 11 a 45) busca mostrar las conexiones entre la ética material de los valores y la idea del Derecho natural, llegando a la conclusión de que es posible afirmar la posibilidad de un iusnaturalismo basado en dicha ética, describiendo lo que serían las líneas generales de este “derecho natural scheleriano”. Mediante un acertado desarrollo, que pone de manifiesto su acabado conocimiento del tema, Albert llega a la conclusión, usando este vínculo que formulaba (acertadamente, a mi juicio) entre Derecho natural y ética material de los valores) de que la oposición moderna entre Derecho natural y derecho positivo no advierte que en la praxis jurídica es donde se mide efectivamente la presencia o ausencia de normas “naturales”. Esto se produciría en el gesto inclusivo del neoconstitucionalismo y la positivización de los valores. Como reconoce la autora, esta inclusión no ha evitado los conflictos de justicia (probablemente porque los valores incluidos en las constituciones no necesariamente tienen que ver con principios de Derecho natural), y precisamente por esto sería la verdadera cuestión del Derecho natural en nuestro tiempo, que versaría no sobre la relación entre valores y normas, sino entre los valores y la mencionada praxis jurídica. “Diría –concluye Albert– que esta es la principal aportación de la ética material de los valores a la cuestión del Derecho natural, y que, del éxito de esa relación depende efectivamente la justicia del derecho real” (p. 45).

Por su parte, el Profesor Mariano Crespo busca formular la crítica que una determinada orientación fenomenológica (la eidética) realiza al pensamiento iusnaturalista, y apreciar cuáles son sus resultados. Se trataría no de una simple cuestión historiográfica, sino de un problema fundamental de la filosofía del derecho: configurar la peculiaridad de lo jurídico frente a lo ético, a través del análisis de ciertas “entidades jurídicas” (*rechtliche Gebilde*) que serían *a priori*. Estas entidades carecerían de tonalidad jurídica, pero servirían de fundamento a determinados derechos. Este argumento se basa en Reinach, cuya obra principal (*Los fundamentos a priori del Derecho Civil*) tiene por objeto explicar el estatus ontológico de estas entidades, cuyo ser sería independiente de su captación. Esta suerte de eidética material se dedica a estudiar la legalidad propia y esencial de lo jurídico, constituyendo una crítica a la idea de que las normas son producto exclusivo de la voluntad del legislador. La opinión de Crespo es que el estatuto de estas entidades jurídicas *a priori* sería cercano al concepto de naturaleza sustentado por lo que Hervada llamaba “realismo jurídico clásico”, es decir, el de Santo Tomás de Aquino. Cercanía, sin embargo, no es identidad. Reinach señala como diferencia dos puntos en los que el iusnaturalismo habría fallado: al proponer un derecho material que sea a la vez universal, y un cierto desprecio por el carácter determinativo del derecho positivo. La primera objeción, que es la más relevante, se basa en que Reinach entiende sus entidades jurídicas como proposiciones teoréticas no normativas, no siendo por lo tanto relevante su materialidad. Crespo se avoca a mostrar cómo esta diferencia entre derechos *a priori*, derechos naturales y derechos positivos ayuda a establecer las relaciones entre la moral y lo jurídico, debiendo el derecho positivo tener en cuenta el punto de vista moral (p. 65). Esta tesis de Reinach constituye, según el autor, una especie de “tercera vía” frente a la disputa entre iusnaturalismo y positivismo jurídico. Me parece que este trabajo resulta muy interesante para aproximarnos a conocer esta “tercera vía”, y en general los trabajos del Profesor Crespo, quien ha sido traductor de Reinach, y uno de los pocos cultivadores de esta línea de pensamiento en nuestro medio.

El último trabajo que comentaremos aborda la noción de libertad en el ámbito del Derecho Penal, es decir, la cuestión de si obra libremente quien delinque. El autor hace una breve reflexión general sobre los diversos sentidos del concepto, y luego concluye que, para abordar el tema en Derecho penal es necesario partir de alguna posición. La libertad aparece como una facultad orientada a la acción, que tiene una base antropológica, la cual opera como base fundamental del concepto (p. 122). Esta idea de lo libre como un acto de la persona permitiría discutir los determinismos materialistas de algunas doctrinas, así como la idea kantiana de la libertad como autonomía. Esta noción de libertad como elección de un sujeto racional se enfrenta, ya en el ámbito del Derecho penal, con la idea de que éste sólo se ocupa de los fenómenos empíricos (von Liszt). Sánchez-Ostiz denomina “voluntariedad” al querer dotado de sentido, que configura la idea misma de libertad, cuya esencia ya habría sido advertida por la teoría clásica de la imputación: “Estamos en el plano en que se mueve la categoría sistemática de la culpabilidad de la teoría del delito. Es en este nivel donde el agente no sólo muestra su libertad antropológica básica, sino que además opta o actúa” (p. 135). La libertad parece ser no una mera opción, pero tampoco absoluta autonomía, sino una realidad que se determina a partir de que los hombres obran por motivos razonables, y tienen por lo tanto una cierta capacidad de compromiso con el bien, porque

es el bien captado y querido lo que primariamente mueve al sujeto. Esto es lo que posibilita la imputación. Sin embargo, si el hombre actúa con volición, pero sin voluntariedad, ¿por qué se le castigaría, en el ámbito penal? Sánchez-Ostiz considera (y comparto su opinión) que la libertad ya existe con la misma libertad antropológica o volición. Con la existencia de la volición se verificaría el mínimo de intervención personal para poder imputar, lo cual significaría que no es necesaria la libertad para la culpabilidad (p. 149).

En síntesis, este libro contiene un conjunto de trabajos que deben tenerse en cuenta a la hora de abordar teóricamente el Derecho desde diversos aspectos, todos ellos relevantes (¿qué podría ser más relevante, por ejemplo, que la libertad desde el punto de vista del Derecho Penal?). No es frecuente en nuestro medio una consideración de los problemas jurídicos desde una perspectiva fenomenológica, que además considere el planteamiento iusnaturalista. Como dice Crespo en la introducción, estos trabajos tan diversos tienen en común fomentar el diálogo entre la Filosofía y el Derecho en torno a la existencia de elementos inteligibles y anteriores al derecho positivo. Me parece que la lectura de este libro es muy recomendable tanto para quienes desconozcan estos debates, como para aquellos que, advirtiendo el problema, han pensado en las soluciones.

RAÚL MADRID

Pontificia Universidad Católica de Chile

PELIGROS DE LA INTERPRETACIÓN LITERALISTA DE LA LEY: EL CASO DEL COBRO DE PATENTES POR NO USO DE AGUAS EXISTIENDO UN CAMBIO DE PUNTO DE CAPTACIÓN PENDIENTE

DANGERS OF THE LITERALIST STATUTORY INTERPRETATION: THE CASE OF THE COLLECTION OF WATER TARIFF FOR NON-USE OF WATERS WHEN THERE ARE PENDING APPLICATIONS FOR CHANGES OF SOURCES OF WATER SUPPLY

RODRIGO PABLO PÉREZ*

RESUMEN: se critican los efectos de la interpretación literalista de la ley a partir del análisis de la jurisprudencia acerca de la posibilidad de exención del pago de patentes por no uso de aguas cuando exista una solicitud de modificación de punto de ejercicio pendiente.

Palabras clave: patente por no uso de agua, interpretación legal.

ABSTRACT: The effects of the literal statutory interpretation are criticized through the analysis of the case law regarding the possibility of exemption of payment of water tariff for non-use when there is a pending request for modification of the place where the right shall be exercised.

Key words: Water tariff for non-use, legal interpretation.

I. INTRODUCCIÓN: EL CONFLICTO

Este ensayo da cuenta de cómo la interpretación literalista de la ley, común entre nosotros, puede devenir en injusta y en la aplicación de una mala política pública, que en lugar de promover los fines buscados por el Legislador los entorpece.

En este contexto, analizamos la jurisprudencia acerca de la posibilidad de eximir derechos de aprovechamiento de aguas del pago de patentes por no uso, cuando exista una solicitud de modificación del punto de ejercicio del derecho no resuelta¹, afirmativa o negativamente, por la Dirección General de Aguas (“DGA”). La ley no es clara al respecto y aunque la DGA debe resolver las solicitudes dentro de cuatro meses desde que cuenta con los antecedentes necesarios, existen demoras de más de 20 años². Esto implica que dichos derechos puedan ser incluidos varias veces en la nómina de deudores.

* Profesor de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Magister en Derecho por la Universidad de Edimburgo. Dirección postal: Málaga 154, Las Condes, Santiago. Dirección electrónica: rjpablo@uc.cl.

¹ Por motivos de espacio, no distinguiremos el cambio de punto de captación o restitución, del traslado del ejercicio de los derechos y el cambio de fuente de abastecimiento, refiriéndonos a todos de la misma forma salvo en cuanto sea estrictamente necesario.

² DGA (2019) Estadísticas para tramitación de trámites en stock, año 2019. Proveídas por el servicio.

La jurisprudencia se centra, para resolver este asunto, en la interpretación de los artículos 129 bis 4, 5 y 9 del Código de Aguas (“CA”), que condicionan el no pago de patentes a la existencia de obras de captación y restitución, si corresponde. Sin embargo, la ley no se refiere al caso en que la no construcción de las obras no es imputable al administrado, sino a la DGA; lo que genera las dudas.

La opinión mayoritaria no considera la causa de la ausencia de las obras. Varias sentencias aplican la literalidad de la ley sin dar sus razones³. Otras disponen que las excepciones al pago de patentes son de derecho estricto debiendo interpretarse de forma restrictiva⁴. Estas, se basan en la relevancia de la patente para promover la función social de la propiedad; su supuesta naturaleza tributaria (que exige excepciones de derecho estricto)⁵; que el no cambio de punto de captación no impide utilizar el derecho; que por no ser fatales los plazos de la Administración, no cabría sostener una mora de esta para eximir al titular del pago⁶; que los montos pagados serán devueltos cuando el agua se ponga en uso⁷; que la tardanza de la DGA se encontraría justificada por el volumen de trabajo que tiene, no vulnerándose la servicialidad del Estado⁸; que las patentes no representan una carga insostenible para los titulares de derechos de aprovechamiento, por ende, no disuaden decisiones de inversión, y que los adquirentes de derechos deben conocer el riesgo regulatorio que implicaba el retraso de la DGA⁹.

Por otro lado, la actual mayoría del Tribunal Constitucional señala que por ser la patente un tributo, ella queda sometida al artículo 19 N° 20 de la Constitución, y cuando el administrado no puede proceder a la construcción de las obras por la falta de respuesta de la DGA, la patente deviene un tributo injusto, pues los particulares no pueden verse afectados a tributos por circunstancias ajenas a su esfera de control¹⁰. Además, estima que no es cierto que la patente no implique un perjuicio económico debido a que eventualmente los montos pagados puedan ser descontados de otros impuestos, pues esto desconoce el fundamento y función de la patente; que no puede sostenerse que el administrado soporte el riesgo regulatorio de la tardanza de la DGA, por cuanto del hecho que evalúe dicho riesgo no puede colegirse que renuncie al derecho a reclamar, y que la demora de la DGA representa una vulneración al principio de servicialidad del Estado, por ende, no puede generar un perjuicio a los titular de derechos¹¹.

³ FERNÁNDEZ RIESCO CON DIRECCIÓN GENERAL DE AGUAS (2010); AGRÍCOLA SAN ISIDRO LIMITADA CON DIRECCIÓN GENERAL DE AGUAS (2012); AGRÍCOLA LA RESERVA DE LLANCAY LIMITADA CON DIRECTOR GENERAL DE AGUAS (2014).

⁴ BARROS AYALA CON DIRECCIÓN GENERAL DE AGUAS (2010), c. 5°; Contraloría General de la República, Dictamen 26.912-2009; SOCIEDAD AGRÍCOLA LA CASCADA LIMITADA CON DIRECCIÓN GENERAL DE AGUAS (2017), c. 15°; CÓDIGO DE AGUAS, ARTÍCULOS 129 BIS 4, 5 Y 9, Rol 2881-2015, c. 23° y 32°.

⁵ ARTÍCULOS 129 BIS 5, 129 BIS 6 Y 129 BIS 9, DEL CÓDIGO DE AGUAS, Rol 2881-2015, c. 23° y 32°.

⁶ Contraloría General de la República, Dictamen 26.912 de 2009.

⁷ AGRÍCOLA SAN ISIDRO LIMITADA CON DIRECCIÓN GENERAL DE AGUAS (2012), c. 11°.

⁸ ARTÍCULOS 129 BIS 5, 129 BIS 6 Y 129 BIS 9, DEL CÓDIGO DE AGUAS, Rol 2693-2014, c. 24°.

⁹ ARTÍCULOS 129 BIS 5, 129 BIS 6 Y 129 BIS 9, DEL CÓDIGO DE AGUAS, Rol 2881-2015, c. 27°, 30°, 32° y 33°.

¹⁰ ARTÍCULOS 129 BIS 5, 129 BIS 6 Y 129 BIS 9, DEL CÓDIGO DE AGUAS, Rol 3146-2016, c. 17°; ARTÍCULOS 129 BIS 5, 129 BIS 6 Y 129 BIS 9, DEL CÓDIGO DE AGUAS, Rol 3874-2017, c. 17°.

¹¹ ARTÍCULOS 129 BIS 5, 129 BIS 6 Y 129 BIS 9, DEL CÓDIGO DE AGUAS, Rol 3146-2016, c. 18°-23°. ARTÍCULOS 129 BIS 5, 129 BIS 6 Y 129 BIS 9, DEL CÓDIGO DE AGUAS, Rol 3874-2017, c. 18°- 23°. ARTÍCULOS 129 BIS 5, 129 BIS 6 Y 129 BIS 9, DEL CÓDIGO DE AGUAS, Rol 5654-2018, c. 6°-12°.

Comparto este último resultado, pero no creo que sea un asunto de justicia tributaria, sino de adecuada interpretación legal. En efecto, del análisis de la institución y su historia, se desprende que la patente no debe aplicarse cuando la ausencia de las obras no sea imputable al titular.

Este es un caso que nos muestra como una interpretación de la ley que priva esta de su sentido vuelve a los jueces legisladores y deviene en una mala política pública.

II. LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY

En Chile se debate sobre el modo de interpretar la ley. Unos sostienen que la interpretación legal busca desentrañar el tenor literal y dejan la posibilidad de recurrir a otras fuentes de interpretación, únicamente, cuando dicho tenor no sea claro¹²; esta visión ha primado históricamente¹³. Otros señalan que el intérprete debe buscar el sentido de la ley, y solo aplicar su literalidad cuando esta es acorde con este¹⁴.

Esta última tesis se basa en la historia de las normas sobre interpretación del Código Civil, las cuales encuentran su origen en el Derecho Común en el que la interpretación literalista era repudiada unánimemente¹⁵. Luego, este argumento histórico, se refuerza por la letra de la ley, que en los artículos 19 y 23 del Código hace referencia al sentido por sobre la literalidad¹⁶.

Me inclino por la última tesis, pues además de ser coherente con la historia y texto de la ley, evita los males que devienen del literalismo, como los resquicios legales o el fraude a la ley¹⁷, y es la solución común en el derecho comparado¹⁸.

La noción del sentido de la ley se refiere a determinar qué casos quedan comprendidos en ella¹⁹. La ambigüedad de la ley puede deberse a la imperfección del lenguaje, la generalidad de las expresiones utilizadas, las nuevas ocurrencias e incompatibilidades reales o aparentes que ofrecen los textos escritos²⁰. En este sentido, se ha dicho que “el verdadero conocimiento de la ley no consiste en penetrarse bien de la letra de ella; es necesario conocer su espíritu, la mente del legislador, porque las leyes se dictan para llenar ciertos fines, con el objeto de satisfacer necesidades sociales, y no son el fruto del mero capricho del legislador”²¹.

La doctrina y jurisprudencia han resuelto múltiples casos de esta forma, superando la literalidad al reconocer que la ley no debe aplicarse a casos no previstos por el Legislador

¹² ANDREUCCI (2008) p. 37; GUZMÁN (1992): p. 81.

¹³ ANDREUCCI (2008) p. 12.

¹⁴ GUZMÁN (1992) p. 70; CLARO (1898) p. 130-131.

¹⁵ GUZMÁN (1992) p. 59.

¹⁶ GUZMÁN (1992) p. 69-70.

¹⁷ “Actúa contra la ley el que, atendido a las palabras de la ley, hace esfuerzos en contra de su voluntad” Ley *Non Dubium, Cod. (De legib.)*, 1,14,5.

¹⁸ Ver: CONNECTICUT NAT. BANK V. GERMAIN, 503 U.S. 249 (1992); CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL, art. 3.

¹⁹ GUZMÁN (1992) p. 51.

²⁰ GUZMÁN (1992) p. 64.

²¹ GUZMÁN (1992) p. 84.

sin importar la amplitud de su vocabulario. Así, Delvincourt, a quien Bello habría seguido²², ejemplifica el rol de la equidad con un ejemplo de vacío legal²³, el cual es bastante similar al caso del que tratamos. En efecto, muestra como la adecuada interpretación hace excluir un caso que según la literalidad de la disposición quedaría comprendido por ella²⁴. Asimismo, los Tribunales chilenos aceptaron la reajustabilidad de las indemnizaciones civiles sobre la base de que el Legislador no previó la depreciación de la moneda²⁵.

Igual principio debe usarse para resolver el caso de las patentes. Así, para reconocer los casos comprendidos en los artículos 129 bis 5, 6 y 9 del CA, debemos analizar los fines perseguidos por el Legislador.

II. LA PATENTE Y SUS FINES

1. CAUTELA DE LA FUNCIÓN SOCIAL EN EL DERECHO DE AGUAS

El Derecho de Aguas busca promover la utilización razonable del recurso, promoviendo su función social, en una lógica distinta del individualismo que se asocia al derecho de propiedad²⁶. Por ello, con el fin de evitar monopolios, se ha difundido la regla de la caducidad de los derechos por no uso²⁷. En Chile, el proyecto que dio lugar a la Ley N° 20.017 se basó en estos principios²⁸, buscando introducir un régimen que incentivase el uso del agua y combatiese la especulación²⁹.

Una primera propuesta fue establecer la regla de la caducidad³⁰; solución consistente con nuestra historia, habiendo existido en el Código de 1951³¹ y su reforma de 1967³². Sin embargo, esta propuesta fue criticada por despertar el fantasma de la Reforma Agraria; gravar con nuevas cargas a derechos preexistentes, y porque la caducidad promueve un uso ineficiente del agua, impide el desarrollo de mercados y aumenta la burocratización³³.

Por ello, el Gobierno sustituyó la regla de la caducidad por la patente³⁴, cuyo fin es promover el uso eficiente de las aguas, lo que redundaría en un mercado activo.

²² GUZMÁN (2005) p. 13.

²³ GUZMÁN (2005) p. 19.

²⁴ “El artículo 1426 establece que los actos realizados por la mujer, sin el consentimiento del marido, no obligan a la comunidad. Sin embargo, si la persona que contrató con la mujer no autorizada prueba que la comunidad se ha beneficiado del contrato...ciertamente, aunque este caso no ha sido previsto, el juez declarará a la comunidad responsable de la obligación y, en consecuencia, condenará al marido a absolverlo”, DELVINCOURT (1826) p. 12.

²⁵ DOMÍNGUEZ (1992) p. 456.

²⁶ FREYFOGLE (1989) p. 1529.

²⁷ SOLANES (1996) p. 87-89.

²⁸ HISTORIA DE LA LEY 20.017, Primer Trámite Constitucional, Cámara de Diputados, p. 27.

²⁹ HISTORIA DE LA LEY 20.017, Mensaje Presidente de la República N° 283-325, 1992, p. 1.

³⁰ HISTORIA DE LA LEY 20.017, Mensaje Presidente de la República N° 283-325, 1992, p. 6.

³¹ LEY N° 9.909 de 1951 que fija los textos definitivos del Código de Aguas, artículo 280.

³² LEY N° 16.640 de 1967 de Reforma Agraria, artículo 109.

³³ BAUER (2004) p. 57-58.

³⁴ BAUER (2004) p. 59; HISTORIA DE LA LEY 20.017, Primer Informe Comisión Especial de la Cámara de Diputados, p. 5.

Ello queda más claro al analizar la historia de los incisos 3° y 4° del artículo 129 bis 9 que establecen excepciones a la misma. El primero, excluye del pago de patentes aquellos derechos de aprovechamiento de aguas que, sin contar con obras, estén sujetos a turno o ratico por parte de la organización de usuarios. Este se justificó en que existían cauces donde había más derechos constituidos que agua, por ende, sería absurdo exigir las obras para su uso³⁵. El segundo, da una exención para aquellos derechos cuyo otorgamiento no entorpezca la libre competencia, ya que en estos casos la patente no es necesaria porque “el sentido de la patente por no uso que es promover la competencia”³⁶.

2. NATURALEZA JURÍDICA

Con todo, hay que ver cómo dichos fines han sido encausados por la ley. Aquí, existe cierto acuerdo en que el Legislador habría escogido el Derecho Tributario: la letra de la ley, referencias hechas durante la tramitación de la misma, los tratadistas³⁷ y la jurisprudencia tratan la patente como un tributo, donde el hecho gravado sería el no contar con las obras de captación y restitución, si corresponde.

En este sentido, el Tribunal Constitucional ha sentenciado que se trata de un tributo por cuanto: consisten en un pago no voluntario, que no obedece a una contraprestación, ni solventa un servicio específico; el artículo 129 bis 12 del CA se refiere a ella como tributo, y que durante la tramitación legislativa fue basada en la potestad tributaria del Estado³⁸.

Sin embargo, esta tesis resulta insuficiente, toda vez que si fuera un tributo, sería de aquellos denominados como extrafiscales, los que en nuestro país no están bien asentados. En efecto, los fines extrafiscales son reconocidos, pero solo como un complemento de la recaudación³⁹, y los fines de la patente no son la recaudación, sino promover el uso de las aguas⁴⁰. Además, la naturaleza tributaria riñe con el artículo 129 bis 20 que permite imputar al pago de la patente, lo pagado por derechos rematados en virtud de los artículos 142 y

³⁵ HISTORIA DE LA LEY 20.017, Segundo Trámite Constitucional, Senado, p. 401.

³⁶ HISTORIA DE LA LEY 20.017, Segundo Trámite Constitucional, Senado, p. 589.

³⁷ MUÑOZ (2011) p. 572; VERGARA (2014) p. 145; CELUME (2012), p. 415.

³⁸ ARTÍCULOS 129 BIS 5, 129 BIS 6 Y 129 BIS 9, DEL CÓDIGO DE AGUAS, Rol 3.874-2017, c. 13°, 14° y 15°.

³⁹ “No basta que exista una obligación legal de pagar algo en dinero a favor del Estado, para que estemos frente a un tributo...Ello no implica que el Estado no pueda dar a los tributos otra finalidad que la recaudatoria... En todo caso, siempre los tributos están dirigidos a enriquecer o beneficiar al Estado” Artículos 3° y 4° del Decreto Ley N° 1.757, de 1977, Rol 1.295-2009, c. 94. Con todo, debemos hacer presente que esta realidad podría estar cambiando a propósito del denominado impuesto verde en la Ley 20.780. Puedo señalar que este ha sido tratado en algunos fallos arbitrales de los que no puedo dar cuenta por estar bajo cláusula de confidencialidad como un “mecanismo de gestión ambiental” que deviene de la potestad regulatoria del Estado, con lo que se sigue la tendencia internacional. Ver: CEGOT y LIVERMORE (2018). Para un análisis de la naturaleza extrafiscal de distintos tributos en Chile ver: TOLEDO et al (2019).

⁴⁰ CELUME señala que, si bien el fin no habría sido expresamente recaudatorio, la patente se habría configurado de tal manera que su fin es recaudar (CELUME (2012), p. 411-412). Discrepo del argumento, pues el sentido de la ley no puede ser encontrado en un fin velado, sino que este debe ser expreso, como se desprende del artículo 19 del Código Civil: “claramente manifestados en ella misma, o en la historia fidedigna de su establecimiento”. Por otro lado, datos más recientes muestran como la patente efectivamente ha incentivado el desarrollo de mercados de aguas (HEARNE y DONOSO (2014) p. 104)

147 del CA, pues ello equivaldría a que el pago del impuesto ocurriese antes de verificarse el hecho gravado.

Dado que no puede ser un tributo, que busca promover el uso de aguas y que vino a reemplazar la caducidad⁴¹, parece ser una sanción. Esto implica que debe someterse a los principios del derecho administrativo sancionador. Por ende, debe imponerse previo procedimiento administrativo, en el cual se considere la situación del administrado y su voluntariedad para ponerse en la situación que ha dado lugar a la sanción; de lo contrario se violaría el principio de culpabilidad⁴².

Esto es lo que parece hacer el Tribunal Constitucional al declarar injusta la patente cuando no hay dolo o negligencia del administrado, sino desidia del Estado que lo ha colocado en una posición no imputable a su conducta⁴³.

Asimismo, esto es consistente con sus equivalentes en el derecho comparado: en Estados Unidos se distinguen el *abandonment* y *forfeiture*, cuya aplicación dependerá de un debido proceso ante un Tribunal. El primero exige el no uso y la intención de abandonar, la que puede ser presumida transcurrido cierto lapso de tiempo sin utilizar el derecho. Sin embargo, los titulares pueden probar que han hecho cuanto está a su alcance para utilizar las aguas. El segundo solo requiere un lapso de tiempo sin utilizar las aguas, pero muchas leyes estatales defienden al titular que no ha hecho uso del agua por razones ajenas a su voluntad⁴⁴. Por su parte, en España la caducidad se aplica previa aplicación de un procedimiento administrativo, en el que debe quedar establecido que el no uso es “imputable al titular”⁴⁵.

Finalmente, esta solución es consistente con la Historia de la Ley en que se discutió la procedencia de la patente cuando las obras estuviesen construidas, pero no aprobadas por la DGA, optándose por no considerar la aprobación para la exención, porque la patente debía depender solo del actuar del titular⁴⁶.

En vista de lo anterior, no corresponde aplicar la patente habiendo un actuar diligente del titular, ya que esto no es lo buscado ni material ni jurídicamente por nuestro Derecho.

IV. RESULTADOS DE LA INTERPRETACIÓN CONTRARIA

A mayor abundamiento, los resultados de la interpretación literalista de las disposiciones comentadas, que justifica el cobro de patentes a quienes no pueden usar los derechos por el retardo del Estado, redundan en atentar contra los objetivos expresos de la ley.

El cambio de punto en que el derecho se ejerce es fundamental para un mercado de aguas dinámico, pues si el derecho no puede ser ejercido en lugares distintos, el número de posibles interesados se reduce.

⁴¹ HISTORIA DE LA LEY 20.017, Segundo Trámite Constitucional, Senado, p. 174.

⁴² CORDERO (2014) p. 420-422.

⁴³ ARTÍCULOS 129 BIS 5, 129 BIS 6 Y 129 BIS 9, DEL CÓDIGO DE AGUAS, Rol 3.874-2017, considerando 17º.

⁴⁴ JOHNSON (2008) p. 28-29

⁴⁵ REAL DECRETO LEGISLATIVO 1/2001, DE 20 DE JULIO, POR EL QUE SE APRUEBA EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE AGUAS, artículo 66.

⁴⁶ HISTORIA DE LA LEY 20.017, Segundo Trámite Constitucional, Senado, p. 106 y 137.

Las dificultades en el traslado del ejercicio del derecho y carencias de la infraestructura que lo permita, han sido identificados como los principales cuellos de botella de los mercados de aguas chileno⁴⁷ y norteamericanos⁴⁸. En este sentido, una de las mayores dificultades para asegurar las transacciones, es que los interesados puedan predecir la posibilidad de trasladar el derecho. En Chile esta es una responsabilidad del titular quien no puede predecir la conducta de la DGA⁴⁹. Esto, sumado a la carencia de obras que faciliten la predictibilidad de la disponibilidad de aguas, representa un importante desincentivo a las transacciones y entre el 20 y 50% de los costos asociados a las mismas⁵⁰. Esta situación se ve empeorada por la demora de la autoridad en la resolución de las solicitudes⁵¹.

Lo anterior, está en la base de que el Legislador haya dado plazos perentorios a la DGA para resolver. De cumplirse los mismos, la situación del mercado de las aguas podría mejorar. Sin embargo, ellos no se cumplen, entre otros motivos, por la falta de recursos de la DGA y carencia de antecedentes claros que faciliten la resolución⁵².

En estas circunstancias, la imposición de la patente, estando la decisión de la Autoridad pendiente, únicamente aumenta los riesgos regulatorios y empeora las condiciones del mercado. Lo que atenta contra los fines de la ley y redundante en una mala política pública.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

Así, es claro que la interpretación que considera a la patente como tributo que debe aplicarse incluso cuando el no uso se deba al retraso de la DGA, es contraria a los fines de la ley y debe ser rechazada. Parece ser que el Legislador no previó este caso, pues contó con los plazos del CA.

A propósito de este asunto hemos podido apreciar los problemas de la interpretación literalista que puede llevar a absurdos o decisiones contradictorias al privar las palabras de su sentido.

Esto puede ejemplificarse todavía mejor, si se considera un voto disidente del Ministro Aránguiz. Se trataba de un titular que alegaba tener las obras de captación construidas en un punto distinto de aquel en que podía ejercer su derecho, y que se encontraba esperando la autorización del traslado del mismo.

El punto de captación es un elemento de la esencia del derecho de aprovechamiento. Por ende, las obras requeridas para su ejercicio deben estar en el punto de captación correspondiente, como acertadamente falló la mayoría⁵³.

No obstante, el Ministro disidente, probablemente orientado por la equidad, sostuvo que “en la norma [el artículo 129 bis 9] no se contempla como elemento de la exención tributaria el hecho de que el derecho de aguas que se está aprovechando sea el mismo au-

⁴⁷ VERGARA (2014) p. 191.

⁴⁸ MENTOR (2001) p. 4-5.

⁴⁹ VERGARA (2014) p. 191.

⁵⁰ DONOSO (2015) p. 275-276.

⁵¹ VERGARA (2014) p. 191-193.

⁵² BANCO MUNDIAL (2013) Anexo 3, p. 50.

⁵³ *AGRÍCOLA LA RESERVA DE LLANCAY LIMITADA con DIRECTOR GENERAL DE AGUAS* (2014), c. 5°.

torizado por la Administración. Por lo tanto, no es procedente adicionar un requisito no exigido por el artículo 129 bis [9] inciso 1° del Código de Aguas, ya que ello atenta en contra de los principios de orden tributario ya mencionados, que abogan por una aplicación restringida de las normas de sustrato tributario”⁵⁴.

Como se puede apreciar, la literalidad es tornada en contra del argumento de la mayoría, también basado en ella. Esto recuerda el caso de la duquesa de Hadwig, quien siendo patrona de un Monasterio Benedictino quiso visitarlo. Los monjes discutieron si esto era posible, ya que la regla de San Benito prohíbe a las mujeres pisar el umbral de sus monasterios, concluyendo que, si la regla había de ser aplicada estrictamente, la duquesa podía entrar, pero sin pisar el umbral⁵⁵. Esta forma de interpretación “a fuerza de respetar el texto, viola el pensamiento del legislador”⁵⁶.

Espero que este ensayo sirva para ejemplificar como la interpretación literalista puede llevar a soluciones contrarias a los fines de la ley y las políticas públicas que estas buscan promover. Asimismo, espero lleve a la DGA a cambiar el criterio con el que elabora la nómina de deudores.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ANDREUCCI, Rodrigo (2008): “Los conceptos de la Corte Suprema sobre interpretación de la ley a través de sus sentencias”, *Revista Nomos-Universidad de Viña del Mar*, N° 1; pp. 11-39.
- BANCO MUNDIAL (2013): “Estudio para el mejoramiento del marco institucional para la gestión del agua”. Disponible en: <http://reformacodigodeaguas.carey.cl/wp-content/uploads/2014/09/Informe-Banco-Mundial-Estudio-para-el-mejoramiento-del-marco-institucional.pdf>. Fecha de consulta: 26 de junio de 2019.
- BAUER, Carl (2004): *Siren Songs, Chilean Water Law as a Model for International Reform*, (Nueva York y Londres, RFF Press).
- CEGOT, Caroline y LIVERMORE, Michael A. (2018): “Justifying Regulation”, en PEDERSEN, Ole W.,(ed.), *Perspectives on Environmental Law, Scholarship: Essays on Purpose, Shape and Direction*, (Cambridge, Cambridge University Press) pp. 96-120.
- CLARO, Luis (1898): *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, Tomo I (Santiago, Establecimiento Poligráfico Roma).
- CELUME, Tatiana (2012): Consideraciones Jurídicas y Económicas en la Configuración de la Publicación de las Aguas en Chile, Tesis Doctoral Universidad de Salamanca.
- CORDERO, Eduardo (2014): “Los Principios que Rigen la Potestad Sancionatoria de la Administración en el Derecho Chileno”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 42, pp. 399-439.
- DELVINCOURT, M. (1826): *Cours de Code Civil, Notes et Explications du Premier Tome* (París, Delestre-Boulage Libraire).

⁵⁴ AGRÍCOLA LA RESERVA DE LLANCAY LIMITADA con DIRECTOR GENERAL DE AGUAS (2014), disidencia, c. 3°.

⁵⁵ SQUELLA (2014) p. 511-512.

⁵⁶ CLARO (1898) p. 132.

- DOMÍNGUEZ, Carmen (1992): “La Equidad en la Jurisprudencia”, en *Universidad de Chile y Universidad Adolfo Ibáñez* (edits.), *Interpretación, Integración y Razonamiento Jurídico* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) pp. 453-464.
- DONOSO, Guillermo (2015): “Chilean Water Rights Markets as a Water Allocation Mechanism”, en LAGO, Manuel, MYSIAK, Jaroslav, GÓMEZ, Carlos M, DELACÁMARA, Gonzalo, MAZIOTIS, Alexandros (edits.), *Use of Economic Instruments in Water Policy*, (Suiza, Springer) pp. 265-278.
- HEARNE, Robert y DONOSO, Guillermo (2014): “Water Market in Chile: Are They Meeting Needs?” en EASTER, William y HUANG, Qiuqiong (edits.), *Water Markets for the 21st Century* (Suiza, Springer) pp. 103-126.
- FREYFOGLE, Eric (1989): “Context and Accommodation in Modern Property Law”, *Stanford Law Review*, vol. 41 N° 6; pp. 1529-1556.
- GUZMÁN, Alejandro (1992): “La Historia Dogmática de las Normas Sobre Interpretación Recibidas por el Código Civil Chileno”, en *Universidad de Chile y Universidad Adolfo Ibáñez* (edits.), *Interpretación, Integración y Razonamiento Jurídico* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), pp. 41-87.
- GUZMÁN, Alejandro (2005): “El significado Histórico de las Expresiones “Equidad Natural” y “Principios de Equidad” en el Derecho Chileno”, en GUZMÁN, Alejandro (edit.), *Estudios Dogmáticos de Derecho Civil* (Valparaíso, Ediciones Universidad de Valparaíso), pp. 11-30.
- JOHNSON, John (2008): *United States Water Law: An Introduction* (Londres, Nueva York, CRC Press).
- MENTOR, Joe (2001): “Trading Water, Trading Place: Water Marketing in Chile and the Western United States”, en *Globalization and water Resources Management: The Changing Value of Water*, Conference at the University of Dundee. Disponible en <http://www.dga.cl/publicacionesyestudios/publicacionesenlinea/Documents/mercado%20del%20agua/7.pdf>. Fecha de consulta: 26 junio 2019.
- MUÑOZ, Gonzalo (2011): “Establecimiento del pago de una patente por la no utilización de las aguas sobre las que recae un derecho de aprovechamiento”, en VERGARA, Alejandro (edit.), *Código de Aguas Comentado* (Santiago, Abeledo Perrot) pp. 558-590.
- SOLANES, Miguel (1996): “Water rights markets: institutional elements”, *Cepal Review*, N° 59: pp. 83-96.
- SQUELLA, Agustín (2014): *Introducción al Derecho* (Santiago, LegalPublishing).
- TOLEDO, Patricia, RIFFO, Francisca, TORRES, Pablo (2019): “Impuestos extrafiscales en la reforma tributaria 2014: análisis crítico”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. 32, N° 1: pp. 139-156.
- VERGARA, Alejandro (2014): *Crisis Institucional del Agua: Descripción del Modelo Jurídico, Crítica a la Burocracia y Necesidad de Tribunales Especiales* (Santiago, Ediciones UC).
- “Historia de la Ley 20.017. Disponible en: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5838/>. Fecha de consulta: 26 de junio de 2019.
- Estadísticas de la DGA para tramitación de trámites en stock, año 2019. Proveídas por el servicio.

JURISPRUDENCIA CITADA

Contraloría General de la República, dictamen 26.912-2009.

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DE CATORCE COMPAÑÍAS DE SEGUROS GENERALES RESPECTO DE LOS ARTÍCULOS 3º Y 4º DEL DECRETO LEY Nº 1.757, DE 1977, EN RECURSO DE RECLAMACIÓN DE QUE CONOCE LA CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, BAJO EL ROL Nº 7910-2008 (2008), Tribunal Constitucional chileno, Rol 1.295 de 31 de diciembre de 2008.

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD PRESENTADO POR AGRÍCOLA SAN ISIDRO LIMITADA RESPECTO DE LOS ARTÍCULOS 129 BIS 5, 129 BIS 6 Y 129 BIS 9, DEL CÓDIGO DE AGUAS, EN LOS AUTOS SOBRE RECURSO DE RECLAMACIÓN, CARATULADOS “AGRÍCOLA SAN ISIDRO LIMITADA CON DIRECCIÓN GENERAL DE AGUAS”, de que conoce la Corte de Apelaciones de Santiago, bajo el Rol Nº 3364-2014 (2014), Tribunal Constitucional chileno, Rol 2.693, de 28 de julio de 2014.

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD PRESENTADO POR AGRÍCOLA SAN ISIDRO LIMITADA RESPECTO DE LOS ARTÍCULOS 129 BIS 5, 129 BIS 6 Y 129 BIS 9, DEL CÓDIGO DE AGUAS, EN LOS AUTOS SOBRE RECURSO DE RECLAMACIÓN, CARATULADOS “AGRÍCOLA SAN ISIDRO LIMITADA CON DIRECCIÓN GENERAL DE AGUAS”, de que conoce la Corte de Apelaciones de Santiago, bajo el Rol Nº C-6674-2015 (2015), Tribunal Constitucional chileno, Rol 2.881 de 14 de agosto de 2015.

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD PRESENTADO POR AGRÍCOLA SAN JUAN DE HUINCA LIMITADA RESPECTO DE LOS ARTÍCULOS 129 BIS 5, 129 BIS 6 Y 129 BIS 9, DEL CÓDIGO DE AGUAS, EN LOS AUTOS SOBRE RECURSO DE RECLAMACIÓN, CARATULADOS “AGRÍCOLA SAN JUAN DE HUINCA LIMITADA CON DIRECCIÓN GENERAL DE AGUAS”, de que conoce la Corte de Apelaciones de Santiago, bajo el Rol Nº C-5420-2016 (2016), Tribunal Constitucional chileno, Rol 3.146, de 27 de julio de 2016.

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD PRESENTADO POR SOCIEDAD EXPLOTADORA AGRÍCOLA SpA RESPECTO LOS ARTÍCULOS 129 BIS 5, 129 BIS 6 Y 129 BIS 9, DEL CÓDIGO DE AGUAS, EN LOS AUTOS SOBRE RECURSO DE RECLAMACIÓN, CARATULADOS “SOCIEDAD EXPLOTADORA AGRÍCOLA SpA CON DIRECCIÓN GENERAL DE AGUAS”, de que conoce la Corte de Apelaciones de Santiago, bajo el Rol Nº Civil-7804-2017 (2017), Tribunal Constitucional chileno, Rol 3.874, de 14 de septiembre de 2017.

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD PRESENTADO POR AGRÍCOLA GUENECHÉN LIMITADA RESPECTO LOS ARTÍCULOS 129 BIS 5, 129 BIS 6 Y 129 BIS 9, DEL CÓDIGO DE AGUAS, EN LOS AUTOS SOBRE RECURSO DE RECLAMACIÓN, CARATULADOS “AGRÍCOLA GUENECHÉN LIMITADA CON DIRECCIÓN GENERAL DE AGUAS”, DE QUE CONOCE LA CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, BAJO EL ROL IC Nº 11683-2017 (2018), Tribunal Constitucional chileno, Rol 5.654, de 19 de noviembre de 2018.

BARROS AYALA con DIRECCIÓN GENERAL DE AGUAS (2010): Corte de Apelaciones de Santiago, 29 de noviembre de 2010, Rol 1.533-2010.

FERNÁNDEZ RIESCO con DIRECCIÓN GENERAL DE AGUAS (2010): Corte de Apelaciones de Santiago, 28 de enero de 2011, Rol 2235-2010.

AGRÍCOLA SAN ISIDRO LIMITADA con DIRECCIÓN GENERAL DE AGUAS (2012): Corte de Apelaciones de Santiago, 31 de enero de 2013, Rol 1661-2012.

AGRÍCOLA LA RESERVA DE LLANCAY LIMITADA con DIRECTOR GENERAL DE AGUAS (2014): Corte de Apelaciones de Santiago, 12 de septiembre de 2014, Rol 2.879-2014.

AGRÍCOLA LA RESERVA DE LLANCAY LIMITADA con DIRECTOR GENERAL DE AGUAS (2014): Corte Suprema, 21 de abril de 2015, Rol 28.774-2014.

SOCIEDAD AGRÍCOLA LA CASCADA LIMITADA con DIRECCIÓN GENERAL DE AGUAS (2017): Corte Suprema, 30 de mayo de 2017, Rol 24.900-2017.

Connecticut Nat. Bank v. Germain, 503 U.S. 249 (1992).

NORMAS CITADAS

Código Civil chileno.

Código Civil español.

Decreto con Fuerza de Ley 1.122 (13/8/1981), Fija Texto del Código de Aguas.

Ley N° 9.909 (28/5/1951), Fija los Textos Definitivos del Código de Aguas.

Ley N° 16.640 (28/7/1967), Reforma Agraria.

Ley Non Dubium, Cod. (De legib.), 1,14,5.

Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas.

LA FALTA DE REGULACIÓN DEL *STALKING* EN CHILE: EL ROL PROTECTOR DE LAS CORTES DE APELACIONES*

THE LACK OF STALKING REGULATION IN CHILE: THE PROTECTIVE ROLE OF THE COURTS OF APPEALS

EDMUNDO JAVIER BOREL REY**

RESUMEN: En la causa Rol N° 2261-2018, la Corte de Apelaciones de Valdivia rechazó un recurso de protección por encontrarse los actos atentatorios a la honra alegados por la recurrente siendo conocidos en una causa penal por injurias. Sin embargo, la recurrente también daba cuenta de una serie de otros actos de acoso psicológico como merodeos de su domicilio, llamadas y mensajes reiterados, de los que la Corte no se hizo cargo. En Chile la víctima no puede detener estos actos por la vía penal pues no existe tipificación de lo que en Derecho Comparado se conoce como “*stalking*”, dejando la Corte sin protección a la recurrente frente a actos que alteran el normal desarrollo de la vida cotidiana, vulnerando derechos fundamentales.

Palabras clave: *Stalking*, integridad psíquica, vida privada, libertad de autodeterminarse.

ABSTRACT: In Case N° 2261-2018, the Court of Appeals of Valdivia rejected a constitutional protection action because the dignity-threatening acts adduced by the appellant were being known in a criminal case about defamation. However, the appellant also reported a series of other psychological harassment acts such as loitering, repeated calls and messages, which the Court did not address. In Chile, the victim cannot stop these acts through criminal procedure, since what is known in Comparative Law as ‘Stalking’ has not been criminally regulated. Thereby, the Court left the appellant unprotected against acts that alter the normal development of daily life, violating constitutional rights.

Key words: Stalking, psychic integrity, private life, freedom of self-determination.

INTRODUCCIÓN

La Corte de Apelaciones de Valdivia, en causa Rol N° 2261-2018, rechazó un recurso de protección que merece especial atención. La recurrente alegó que llevaba meses siendo víctima de actos de hostigamiento psicológico de parte de la cónyuge de su pareja, quienes estaban separados de hecho. La recurrida no solo habría publicado en internet comentarios vilipendiosos contra la recurrente sino que además habría ejercido constantes actos de acoso como merodear su domicilio, utilizar fotos, de la recurrente en su *whatsapp*, y llamarla y mandarle mensajes reiterados tanto a ella como a su pareja. La recurrente solicitó a la Corte que ordenara a la recurrida tanto la eliminación de las publicaciones injuriosas como el cese de los demás actos de acoso e invasión a su vida de pareja.

* Este artículo contó con una versión digital previa que se reemplazó por la que aquí se ofrece. La nueva versión eliminó los nombres y apellidos de las partes intervinientes, además de hacer correcciones menores

** Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile. Dirección postal: Villavicencio N° 361, oficina 110, comuna y ciudad de Santiago, Chile. Dirección electrónica: eborelr@gmail.com.

Las aristas fácticas de este caso merecen especial atención al guardar coincidencia con determinados comportamientos constitutivos de lo que se denomina *stalking* en el Derecho Comparado. Estos comportamientos tienen en Chile un flanco jurídico abierto que llama la atención desde que se trata de un fenómeno que no es inocuo, encontrándose tipificado penalmente en otros países, adoptando múltiples manifestaciones, además de guardar estrecha relación con la violencia de género y el *cyberbullying*.

Ante la ausencia de regulación penal de este tipo de comportamientos acosadores y, en consecuencia, la poca utilidad de denunciar ante Carabineros de Chile, este trabajo pretende dar cuenta de cómo el recurso de protección puede resultar una herramienta útil para las desprotegidas víctimas, al vulnerarse patentemente determinados derechos fundamentales. Sin embargo, la falta de entendimiento de este fenómeno, producto tanto de su falta de regulación como de su falta de tratamiento por parte de la doctrina, puede llevar a las Cortes de Apelaciones a no visualizar el *stalking* como un comportamiento dañino en sí mismo, o a diluirlo en otro tipo de conductas reguladas que en realidad no son lo mismo, terminando por rechazar recursos de protección como el que se analizará.

Las Cortes de Apelaciones deben tener claro que los hechos alegados en el caso que se revisará son constitutivos de un comportamiento que, sin perjuicio de no estar regulado en Chile, sí tiene contornos y definición propia. Por otro lado, si bien es cierto que no todo comportamiento humano dañino se encuentra tipificado penalmente, no por ello esas conductas dejan de afectar derechos fundamentales, por lo que las Cortes no pueden olvidar su rol tuitivo por medio del Recurso de Protección que muchas veces se vuelve la única herramienta para afrontar situaciones jurídicamente no reguladas.

I. FALLO DE LA CORTE DE APELACIONES DE VALDIVIA, ROL 2261-2018¹

1. LOS HECHOS QUE FUNDAN EL RECURSO DE PROTECCIÓN

El 18 de diciembre de 2018, doña N. L. deduce Recurso de Protección en contra de la señora M. E., cónyuge de la pareja de la recurrente, don J. O. El señor J. O. y la recurrente se encuentran separados de hecho hace más de dos años y tienen hijos en común. Los hechos que fundan el recurso consisten en supuestos actos de violencia psicológica y hostigamiento constante acaecidos desde abril del año 2018. Se mencionan los siguientes: ir a buscar a la recurrente a su domicilio y al no encontrarla, hacerse pasar por otra persona, entablando comunicación tanto con la guardia del condominio como con la madre de la recurrente con el objeto de obtener información personal de ella y, al mismo tiempo, difamarla; enviar mensajes de *whatsapp* tanto a la recurrente como a su pareja con claras demostraciones de celos e insultos; rondar el domicilio de la recurrente y vigilarla; llamar por teléfono a la recurrente indicándole que va a meter preso al señor J. O. si la recurrente o sus padres le hacen algo a los hijos; utilizar en su *whatsapp* fotos de la recurrente que

¹ Todos los antecedentes aquí expuestos pueden revisarse en sistema de Consulta Unificada de Causas del Poder Judicial, disponible en <http://www.pjud.cl/consulta-unificada-de-causas>, ingresando el ROL 2261-2018 de la Corte de Apelaciones de Valdivia.

descargó de sus redes sociales²; publicar en la plataforma OIRS del Hospital Base de Valdivia (lugar de trabajo de la recurrente y su pareja el señor J. O.) un reclamo por medio del cual indica que es la recurrente la que la llama insistentemente y le manda mensajes, que el señor J. O. se encuentra en un proceso penal por violencia intrafamiliar, y que es una inmoralidad de parte de la recurrente el tener una relación con un hombre casado y subir fotos de su relación a redes sociales; publicar en la página de *Facebook* del mismo Hospital comentarios alusivos a la formalización por actos de violencia intrafamiliar de parte del señor J. O.³ y aludir que es la recurrente quien la ofende por redes sociales.

Ante este escenario, con fecha 17 de noviembre de 2018 la recurrente publica en *Facebook* un llamado de alerta a sus contactos sobre lo que pueda decir doña M. E., señalando que lleva meses hostigándola y acosándola. Producto de lo anterior, la recurrida se querrela contra la recurrente el día 10 de diciembre de 2018 por el delito de injurias graves hechas por escrito y con publicidad. A la fecha de interposición del Recurso de Protección, la recurrente se encontraba citada a audiencia en procedimiento simplificado fijada para el 18 de enero de 2019, en causa Rol N° 7724-2018 del Juzgado de Garantía de Valdivia.

Culmina el relato de los hechos la recurrente señalando que hasta la fecha de interposición del Recurso de Protección, los mensajes y llamadas privadas tanto a ella como a su pareja y las publicaciones burlescas y denigrantes en redes sociales no habían cesado.

2. EL DERECHO INVOCADO Y PETICIONES

La recurrente invoca como vulnerado el derecho a la honra consagrado en el artículo 19 N° 4 de la Constitución Política de la República (en adelante abreviada como “CPR”), derecho que a su juicio se ve afectado desde que la recurrida estaría intentando destruir el prestigio e imagen que la recurrente tiene ante sus compañeros de trabajo, su familia y la comunidad en general.

Por lo anterior, la recurrente solicita a la Corte dos cosas: primero, que se ordene a la recurrida eliminar las publicaciones y comentarios de *Facebook*, y segundo, que se le ordene abstenerse de realizar cualquier acción de acoso, injuria o burla, mandar mensajes privados y entorpecer su relación sentimental.

3. DESCARGOS DE LA RECURRIDA

Al evacuar su informe la recurrida solicita se declare la extemporaneidad del recurso, ya que el último acto que se puede considerar para el cómputo del plazo es del 10 de octubre de 2018 (la publicación en *Facebook* alusiva a los actos de violencia intrafamiliar en los cuales se encontraba involucrado el señor J. O.), aduciendo que las acciones legales por ella

² Ante este episodio, la recurrente toma contacto con la recurrida y le dice que deje de utilizar sus fotos, lo cual genera que la recurrida denuncia de amenazas a la recurrente en la fiscalía local de Temuco, generándose causa ordinaria Rol N° 6471-2018 llevada ante el Juzgado de Garantía de Temuco. La causa no progresa por no ser los hechos denunciados constitutivos de delito, como puede verificarse de la resolución de aprobación que da el juez a la decisión del Ministerio Público de abstenerse de investigar, en *E. CON L.* (2018).

³ El señor J. O. fue absuelto de supuestos actos constitutivos de violencia intrafamiliar según sentencia de 9 de agosto de 2018, en *E. CON O.* (2018).

ejercida no pueden considerarse para el cómputo del plazo por tratarse del ejercicio legítimo de un derecho.

También señala que los antecedentes esgrimidos por la recurrente son falsos o se han formulado tergiversando la realidad, ya que es la recurrente quien se comunica con ella y la insulta, lo que motivó a deducir querrela por injurias en su contra. Agrega que los conflictos con su cónyuge se generan con ocasión de actos de violencia intrafamiliar que dieron lugar a los procesos judiciales que indica.

4. EL RECHAZO DE LA CORTE

Con fecha 14 de enero de 2019, la Corte de Apelaciones de Valdivia dicta sentencia rechazando el Recurso de Protección en base a los siguientes argumentos:

“4.-: Que, en este caso, es claro que existe un conflicto entre la recurrente y recurrida, en el contexto de la relación que mantiene la primera con el actual cónyuge de la segunda, encontrándose estos últimos en un proceso de divorcio, situación que ha producido una peculiar situación de tensión y agresión recíproca, que ha determinado la existencia de un proceso penal, con el objeto de determinar la existencia del delito de injurias graves con publicidad, incoado con ocasión de la querrela interpuesta por la señora M. E.

4.- Que, en ese contexto, y encontrándose los hechos sometidos al conocimiento de un tribunal competente quien determinara la existencia o no de los hechos que se han planteado en la causa, su origen y la responsabilidad correspondiente, con las garantías procesales correspondientes, solo cabe desestimar el recurso de autos”⁴.

Por lo anterior, la Corte considera innecesario pronunciarse acerca de la extemporaneidad del recurso y rechaza el recurso de protección, sin costas.

II. ACTOS RECURRIDOS CONSTITUTIVOS DE *STALKING*

Para comenzar, se debe efectuar una distinción respecto a los hechos en los que la recurrente funda su recurso de protección. Por un lado, la recurrente alegó haber sido víctima de publicaciones por redes sociales y un reclamo ante el Hospital Base de Valdivia, actos por medio de los cuales la recurrida habría buscado enlazar su imagen. Respecto a estos actos, que de haber sido efectivos podrían calificarse de injurias, la recurrente requiere a la Corte que se ordene a la recurrida eliminar dichas publicaciones. Pero por otro lado, la recurrente describió haber sido víctima de una serie de otros actos como llamadas, mensajes reiterados y merodeo del domicilio, actos que cuadran con lo que a continuación procederá a explicarse con el nombre *stalking*. Respecto a este tipo de actos, la recurrente pidió a la Corte ordenar que la recurrida cese toda otra acción de acoso, mensajes, y deje de entorpecer su relación de pareja, ello como petición aparte de que se ordene a la recurrida borrar las publicaciones de *Facebook*.

⁴ L. CON O. (2019). Cabe precisar que la transcripción ha sido textual, habiendo la Corte incurrido en la errónea repetición del número 4° al enumerar los considerandos.

1. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS DEL *STALKING* EN DERECHO COMPARADO

El concepto de *stalking* es un sustantivo de origen anglosajón proveniente del verbo “*stalk*” que traducido al español alude a la acción de acechar, caminar sigilosamente, o la observación de la presa por parte del cazador⁵. Como fenómeno social, el *stalking* se entiende como un patrón de amenaza o acoso anormal o de larga duración dirigida específicamente a un individuo⁶. En palabras de Purcell, Pathé y Mullen “*stalking is a course of conduct in which one individual inflicts on another repeated unwanted intrusions and communications, to such an extent that the victim fears for his or her safety*”⁷. Westrup y Fremouw señalan como características básicas del *stalking* las siguientes: i) una conducta repetitiva dirigida contra alguien, ii) la conducta no es bienvenida ni deseada por la víctima, iii) una experimentación de miedo, ansiedad o preocupación por parte de la víctima⁸.

Entre las diversas manifestaciones que puede adoptar este comportamiento se pueden mencionar las siguientes: perseguir, merodear, vigilar, esperar a la víctima en lugares, aproximarse y comunicarse mediante cartas, mensajes telefónicos, llamadas telefónicas o e-mails dirigidos directamente a la persona afectada o a su entorno más próximo, encuentros repetidos no casuales, pintar el auto de la víctima, enviar regalos indeseados, encargar bienes o servicios a nombre de la víctima, allanar su propiedad, efectuar chantaje emocional o falsas acusaciones a través de internet u otros medio de comunicación, formular amenazas y, en alguna ocasión, incluso acometer o asaltar a la víctima⁹.

Como se puede ver, la recurrente del caso en análisis alegó ser víctima de algunos de estos comportamientos –como las llamadas, los mensajes, las vigilancias fuera del domicilio o las difamaciones por internet–, no perdiendo la recurrente la calidad de víctima por el hecho que muchas de las llamadas o mensajes atormentadores hayan sido dirigidas al señor J. O., pues el *stalking* incluye no solo las llamadas o mensajes directos al afectado sino también a su entorno más próximo.

Desde la arista empírica, un informe de abril del año 1998 efectuado por el Departamento de Justicia de Estados Unidos basado en la encuesta denominada *National Violence Against Women (NVAW) Survey*, define el *stalking* como: “*a course of conduct directed at a specific person that involves repeated visual or physical proximity, nonconsensual communication, or verbal, written or implied threats, or a combination thereof, that would cause a reasonable person fear*”¹⁰. Dicho informe daba cuenta que una de cada 12 mujeres y uno de cada 45 hombres había sido víctima de *stalking* en algún momento de sus vidas en Estados Unidos¹¹. En septiembre de 2012, el mismo Departamento de Justicia estadounidense emitió un informe basado en la encuesta denominada *Supplemental Victimization Survey (SVS)*, arrojando que el porcentaje de mujeres víctimas de *stalking* seguía siendo mayor que el de

⁵ ZBAIRI (2018) p. 10.

⁶ MELOY y GOTHAR (1995) p. 258.

⁷ PURCELL *et al.* (2004) p. 157.

⁸ WESTRUP y FREMOW (1998) p. 255.

⁹ VILLACAMPA (2009a) pp. 9 y 11; MARTIN (2016) p. 25; U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE (2012) p. 1.

¹⁰ U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE (1998) p. 2.

¹¹ U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE (1998) p. 3.

hombres¹². A su vez se da cuenta que el 70% de las víctimas conocían a su acosador y que el porcentaje de víctimas es mayor para personas divorciadas o separadas que los casados u otras categorías como relación de simple amistad o vecindad¹³.

Hasta aquí las cosas, no es difícil comprender que el *stalking* es un comportamiento que requirió ser regulado penalmente en Derecho Comparado. Es en el Estado de California de los Estados Unidos donde se promulga la primera ley anti *stalking* del mundo que entró en vigor el 1 de enero de 1991 a raíz de la muerte de la actriz Rebeca Schaeffer.¹⁴ El *stalking* ha sido penalizado también en otros países como por ejemplo¹⁵: el Reino Unido (Inglaterra, Gales, Escocia e Irlanda del Norte)¹⁶, Alemania¹⁷, Austria¹⁸, Italia¹⁹, Portugal²⁰ y España²¹. En el caso español, la reforma al Código Penal introducida por la Ley Orgánica N° 1/2015, de 30 de marzo de 2015, incorporó el artículo 172 ter que tipifica penalmente el *stalking* dentro del capítulo de las coacciones, en el título de los delitos contra la libertad. Destacable mención debe hacerse al preámbulo de esta ley, en el cual se destaca que este nuevo tipo penal de acoso está destinado a ofrecer respuesta a conductas que, en muchas ocasiones, no podían ser calificadas como coacciones o amenazas, al no llegar a producirse necesariamente el anuncio explícito de la intención de causar algún mal o el empleo directo de violencia para coartar la libertad de la víctima²².

2. AUSENCIA DE REGULACIÓN DEL *STALKING* EN CHILE

En primer lugar, llama la atención la falta de tratamiento de este tema por parte de la doctrina jurídica nacional, mencionándose el *stalking* solo de forma tangencial y no como tema principal. En textos jurídicos chilenos podemos encontrar a Emanuele Corn, quien habla del agravamiento de la pena que el Código Penal argentino impone a quien matare a una mujer cuando media violencia de género, y advierte que “habría que pensar en lo que en el sistema estadounidense se denomina *stalking*, o sea, una serie de actos de persecución que en una primera fase no se concretan en violencia física, pudiendo consistir en formas de violencia psicológica, como, por ejemplo, un gran número de llamadas

¹² U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE (2012) pp. 1 y 4.

¹³ U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE (2012) pp. 1 y 5.

¹⁴ MARTIN (2016) p. 27; ZBAIRI (2018) p. 28.

¹⁵ Se pueden revisar detalles y comentarios de la regulación del *stalking* en esos países en MARTIN (2016) p. 28-29; y ZBAIRI (2018) pp. 28-34.

¹⁶ Ver la LEY DE PROTECCIÓN CONTRA EL ACOSO DEL REINO UNIDO (*PROTECTION FROM HARASSMENT ACT* 1997) de 1997.

¹⁷ CÓDIGO PENAL ALEMÁN (*STRAFGESETZBUCH*) de 1871, artículo 238. El delito es denominado *Nachstellung*, traducible como persecución.

¹⁸ CÓDIGO PENAL AUSTRIACO (*STRAFGESETZBUCH*) de 1974, artículo 107 a). El delito es denominado *Beharrliche Verfolgung*, traducible como persecución persistente.

¹⁹ CÓDIGO PENAL ITALIANO (*CODICE PENALE*), de 1930, artículo 612 bis. El delito es denominado *atti persecutorii*, traducible como actos de persecución.

²⁰ CÓDIGO PENAL PORTUGUÉS (*CÓDIGO PENAL*), de 1982, artículo 154 A). El delito es denominado *Perseguição*, traducible como persecución.

²¹ CÓDIGO PENAL ESPAÑOL de 1995, artículo 172 ter.

²² LEY ORGÁNICA N° 1/2015 de 2015, punto XXIX del Preámbulo.

telefónicas indeseadas o en horario nocturno, y que solo en ciertos casos evolucionan después en violencias físicas, hasta sus más graves consecuencias”²³. También se puede citar a Germán Varas Cicarelli quien considera que el quebrantamiento de una orden de alejamiento se puede provocar a través de un comportamiento repetido e intrusivo, específica forma de violencia de género que en otros países se regula bajo la denominación de *stalking*²⁴.

Ahora bien, esta falta de tratamiento del tema en nuestro país podría encontrar una explicación en el subjetivo límite que muchas veces separa una conducta de abuso de una conducta socialmente aceptable, considerada normal o inofensiva, como por ejemplo una llamada telefónica o el envío de un regalo. Basándose en la autora Eugenia Gómez, esta dificultad para distinguir el *stalking* como una forma de violencia psicológica que merezca ser perseguida como delito ha sido acertadamente mencionada por Carabineros de Chile en un estudio terminado en agosto del año 2017 que levantó los partes generados a nivel nacional por denuncias relativas a amenazas u otros hechos cuyo contenido refiere a acoso, hostigamiento y otras conductas de índole obsesivas, entre enero de 2016 y agosto de 2017²⁵. Este informe estratégico –generado por la Dirección de Investigación Criminal (DINCAR) y su Centro de Análisis y Operaciones de Investigación Criminal (CAODI) de Carabineros de Chile– estudió los casos levantados bajo la calificación de lo que en otros países se conoce como *stalking*, dejando claro que en Chile este tipo de comportamientos no es constitutivo de delito²⁶. Las manifestaciones *stalking* a considerar fueron: las comunicaciones no deseadas como las llamadas o mensajes; la búsqueda de contacto directo como los acercamientos o vigilancias; y las interferencias no deseadas como el pago de una cuenta sin comunicación a la víctima²⁷. Entre la clasificación de acosadores, el estudio consideró los siguientes: al acosador rechazado, que mantuvo una relación cercana a la víctima y pretende el regreso o una venganza; el que busca intimidad con la víctima creyendo que la persistencia lo hará alcanzar su objetivo; el pretendiente socialmente torpe; el resentido que busca asustar y angustiar a la víctima, probablemente, por problemas interpersonales pasados; y el acosador que derechamente pretende atacar sexualmente a la víctima²⁸. Entre los datos obtenidos por este estudio se pueden mencionar los siguientes: las regiones con mayor concentración de casos fueron la Metropolitana (40,1%), la V^a (11,0%) y la VII^a (9,5%), mientras que las comunas con mayores registros fueron Santiago (4,1%), Puente Alto (3,2%) y Rancagua (2,8%); del total de 708 casos, el 88,7% de las víctimas fueron mujeres y el 83,8% de los hostigadores fueron hombres; el 65,3% de las veces la relación entre hostigador y víctima era de ex pareja; la mayoría de las víctimas tenía entre 24 y 35 años de edad²⁹.

²³ CORN (2014) p. 123.

²⁴ VARAS (2012) pp. 160-161.

²⁵ DIRECCIÓN DE INVESTIGACIÓN CRIMINAL DE CARABINEROS DE CHILE (2017) pp. 3 y 13; GÓMEZ (2015) pp. 33-34.

²⁶ DIRECCIÓN DE INVESTIGACIÓN CRIMINAL DE CARABINEROS DE CHILE (2017) p. 3.

²⁷ DIRECCIÓN DE INVESTIGACIÓN CRIMINAL DE CARABINEROS DE CHILE (2017) p. 4.

²⁸ DIRECCIÓN DE INVESTIGACIÓN CRIMINAL DE CARABINEROS DE CHILE (2017) p. 5.

²⁹ DIRECCIÓN DE INVESTIGACIÓN CRIMINAL DE CARABINEROS DE CHILE (2017) p. 12.

Frente a esta falta de regulación del *stalking* en nuestro país, se debe hacer presente el Anteproyecto de Código Penal que fue presentado al Ministerio de Justicia y de los Derechos Humanos el 17 de octubre de 2018. Este trabajo fue preparado por una comisión mandatada por el referido Ministerio con el fin de sacar un producto final que aprovechara y mejorara los anteproyectos que fueron preparados durante los años 2013 y 2015³⁰. El texto del aludido Anteproyecto se constituye de dos libros, de los cuales el segundo contiene el Título IV sobre los “delitos contra la intimidad”. Dentro de su sección “§ 1. Allanamiento de morada, intromisión en la intimidad, difusión indebida y hostigamiento” se encuentra el artículo 275 que consagra el delito de “hostigamiento” según el siguiente tenor: “Art. 275. Hostigamiento. Será sancionado con libertad restringida o reclusión el que, contra la voluntad expresa de otra persona, afectando con ello gravemente las condiciones de su vida privada, insistentemente: 1° la siguiere; 2° intentare establecer contacto con ella; 3° llamare a su teléfono; 4° le enviare comunicaciones”³¹.

Sumado a lo anterior, el 14 de marzo de 2019 ingresa a la Cámara Diputados el Mensaje N° 393-366 de 8 de marzo de 2019, en virtud del cual el Presidente de la República Sr. Sebastián Piñera inicia un proyecto de ley que sanciona el acoso por cualquier medio. Dicho proyecto sanciona la exhibición y difusión no consentida de material sexual en su artículo 3°, la difusión no consentida de datos personales o de registros de imágenes o sonidos en su artículo 2°, y en lo que a nuestro trabajo concierne, sanciona el acoso en su artículo 1° del siguiente modo: “Artículo 1.- Acoso. Será sancionado con presidio menor en su grado mínimo a medio el que, contra la voluntad expresa de otra persona, afectando con ello gravemente las condiciones de su vida privada, insistentemente: 1° la siguiere; 2° establezca o intentare establecer contacto con ella; 3° llamare a su teléfono; 4° le enviare comunicaciones por cualquier medio. Si la víctima fuere menor de dieciocho años, se presumirá que existe voluntad contraria cuando lo señalado en el inciso anterior se realizare por cualquier medio electrónico de comunicación”³². Cabe destacar que dentro de sus fundamentos, el proyecto de ley hace expresa mención al *stalking* como delito regulado en España, Estados Unidos, Reino Unido y Alemania³³.

No es el objeto de este trabajo analizar los señalados proyectos de ley ni revisar los posibles concursos con otros delitos u otras aristas penales que puedan surgir de esta regulación del *stalking*, sin embargo, considero positiva esta iniciativa –perfectible o no– por seguir el ejemplo de países desarrollados y regular penalmente este tipo de comportamientos.

Pero hasta que estos proyectos no se concreten en la dictación de una ley, ¿qué herramienta jurídica tiene la víctima de *stalking* hoy? Como ya expusimos, Germán Varas Cicarelli considera que el *stalking* puede ser una forma de quebrantar una medida de alejamiento adoptada por violencia intrafamiliar³⁴. Aunque es una interesante acotación, no es una

³⁰ Ver carta de 17 de octubre de 2018, de referencia “Entrega de Anteproyecto de Código Penal”, dirigida por la Comisión Redactora del Anteproyecto de Código Penal al Ministerio de Justicia y de los Derechos Humanos de Chile, en COMISIÓN REDACTORA DEL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PENAL 2018 (2018) p. 1.

³¹ ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PENAL de 2018, artículo 275.

³² MENSAJE N° 393-366 de 2019, p. 12.

³³ MENSAJE N° 393-366 de 2019, pp. 6-8.

³⁴ VARAS (2012) pp. 160-161.

solución al problema, pues el *stalking* puede darse fuera del ámbito de la violencia intrafamiliar, ejercido por personas que no cumplen con ninguna de las calidades señaladas en el artículo 5° de la Ley N° 20.066 de 2005. Piénsese por ejemplo cuando es ejercido por la pareja o ex pareja con quien nunca se ha convivido ni se ha estado casado o por un vecino o un desconocido. Por otro lado, más allá que el *stalking* sea una forma de quebrantar una orden de alejamiento, lo ideal sería que el *stalking* sea en sí misma la conducta que permita decretar una orden de alejamiento. Sin embargo, pareciera que aún queda una alternativa: el Recurso de Protección de garantías fundamentales. Su informalidad, procedimiento expedito y finalidad cautelar urgente podría ser la solución.

3. LA CORTE REDUJO TODO A LOS ACTOS DE INJURIA

En el caso en análisis, al haber rechazado el Recurso de Protección en su totalidad, no acogiendo ninguna de las dos peticiones de la recurrente por estimar que los hechos alegados en sede de protección estaban siendo conocidos en la causa penal de injurias, Rol N° 7724-2018 del Juzgado de Garantía de Valdivia, la Corte incurre en un razonamiento simplista y poco acucioso de los actos invocados como atentatorios de derechos fundamentales. La Corte reduce los hechos alegados por la recurrente únicamente a los hechos constitutivos del delito de injuria que afectan la honra, desatendiendo completamente los actos de *stalking* y la segunda petición relativa a ordenar que dichos actos se detengan.

No obstante, este error de la Corte encontraría su raíz en la deficiente estructura argumental planteada por la recurrente en su recurso. Si bien de su relato es posible identificar actos constitutivos de injurias con publicidad, por un lado, y actos constitutivos de *stalking*, por otro, culminando por efectuarse dos peticiones distintas a la Corte, esta distinción se desploma cuando la recurrente invoca como derecho fundamental afectado únicamente la honra. Esta invocación guarda coherencia argumental respecto a las publicaciones agraviantes a través de internet y la primera petición a la Corte consistente en que ordene a la recurrida borrar dichas publicaciones, pero no es un derecho que guarde coherencia argumental con los actos constitutivos de *stalking* y la segunda petición a la Corte de ordenar que la recurrida cese todo otro acto de acoso. Respecto a estos últimos actos habría resultado más adecuado que la recurrente invocara como vulnerados los derechos fundamentales que se expondrán en el capítulo que continúa.

III. DERECHOS FUNDAMENTALES AFECTADOS POR EL *STALKING*

Al haber invocado solo la honra como derecho fundamental agraviado, la recurrente indujo a la Corte a fijarse solo en los actos constitutivos de injuria con publicidad cuya eliminación la recurrente solicita como primera petición, diluyendo en estas injurias los actos constitutivos de *stalking* cuya abstención la recurrente solicitó como segunda petición. Por lo anterior, en este acápite procederé a tratar tanto el derecho a la integridad psíquica como el derecho a la vida privada, garantías fundamentales cuya afectación la recurrente debería haber alegado a propósito de los actos de *stalking*, sin perjuicio de alegar también la afectación de su derecho a la honra producto de los actos de injuria. Pero además de los dos derechos fundamentales antes señalados, indicaré cómo los actos de *stalking* afectan la

libertad de autodeterminación o de obrar, la cual podría considerarse –sin ser una opinión asentada– una forma del derecho a la libertad personal consagrada en el N° 7 del artículo 19° de la CPR.

1. DERECHO A LA INTEGRIDAD PSÍQUICA (ART. 19 N° 1 CPR)

La víctima de *stalking* ve afectado, en primer lugar, su derecho a la integridad psíquica consagrado en el numeral 1° del artículo 19° de la CPR. Como primer argumento, debemos volver sobre la idea que el miedo y la angustia son consecuencias propias del *stalking*, un verdadero quiebre de la vida cotidiana que sufre la víctima. Lo anterior permite sostener que basta el Principio de Normalidad para tener por acreditada la afectación del derecho a la integridad psíquica³⁵.

En Derecho Comparado, Royakkers conceptualiza el *stalking* precisamente como “*a form of mental assault*”³⁶. En la misma línea, se ha opinado que el *stalking* afecta no solo la libertad de la víctima sino también su tranquilidad y salud mental³⁷. En consideración a lo anterior, la mayoría de la doctrina ha descartado la integridad moral como bien jurídico protegido por el delito de *stalking*, desde que este tipo delictivo no tiene por qué suponer necesariamente un trato denigrante, no constituyendo necesariamente un supuesto de acoso moral pero sí psicológico que produce un desequilibrio emocional³⁸.

En el ámbito nacional, la protección de la integridad psíquica también puede apoyarse en los fallos que han acogido Recursos de Protección interpuestos por vulneración a la integridad psíquica producida por llamados de cobranza efectuados en forma abusiva e insistente. Estos fallos guardan interesantes características: se declaró que las llamadas telefónicas reiteradas constituían ejercicio abusivo e irracional de una facultad, afectándose la integridad psíquica del recurrente, acogándose el recurso y ordenándose a la empresa de cobranza recurrida que se abstenga de seguir efectuando llamadas telefónicas al recurrente³⁹. A pesar de tratarse de jurisprudencia relativa a materia de cobranza en contexto de Derecho del Consumidor, es jurisprudencia útil en relación al *stalking*. De partida demuestran cómo las víctimas de un determinado comportamiento nocivo que no tiene regulación penal, buscan tutela a través del Recurso de Protección. En segundo lugar, se

³⁵ El Principio de Normalidad es frecuentemente utilizado para tener por establecido el daño moral en consideración a determinadas circunstancias de las cuales este tipo de perjuicios fluye por la naturaleza de las cosas. Así, por ejemplo, la Corte Suprema ha explicado “que si bien es cierto que la indemnización debe ser concedida solamente en favor de aquéllas que acrediten haber sufrido real y efectivamente el daño, tratándose del daño moral -y muy particularmente en la situación que se revisa- no puede ser omitido un principio probatorio elemental en materia civil, cual es el denominado principio de la normalidad, según el cual quien alega lo normal, lo habitual, lo común u ordinario, no tiene el peso de la prueba, el que recae sobre la parte que postula lo anormal, excepcional o extraordinario.”, en *VALLS Y OTROS CON RED DE TELEVISIÓN CHILEVISIÓN S.A.* (2019) considerando 4°.

³⁶ ROYAKKERS (2000) p. 7.

³⁷ MAUGERI, (2016) p. 227; MARTIN (2016) p. 25; ZBAIRI (2018) p. 13.

³⁸ ZBAIRI (2018) p. 14; LORA (2017) p. 22.

³⁹ Ver *KARSTEGEL CON BANCO FALABELLA* (2018); *OLIVARES CON RIPLEY CHILE S.A.* (2017); *MUÑOZ CON EMPRESA NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES S.A.* (2017); *HASSEN CON SERVICIOS Y ADMINISTRACIÓN DE CRÉDITOS COMERCIALES PRESTO S.A.* (2016).

ve cómo las Cortes han brindado la protección solicitada, ordenando la abstención del hostigamiento. Por otro lado, aunque la jurisprudencia citada es limitada solo a una forma de *stalking* –las llamadas telefónicas–, cabe tener presente que si la Corte es capaz de acoger Recursos de Protección cuando es una empresa de cobranza la que afecta la integridad psíquica ¿por qué no podría hacerlo cuando el hostigador es una persona natural? Si se ha ordenado detener las llamadas ¿por qué no podría ordenarse que se detengan los mensajes, los regalos indeseados o las vigilancias fuera del hogar? Es más, si las Cortes de Apelaciones han ordenado cesar actos de hostigamiento provenientes de empresas de cobranza por vulnerar la integridad psíquica, con mayor razón deberían hacerlo cuando los hostigamientos provienen de una ex pareja o incluso un personaje anónimo que se oculta para producir temor, un quiebre de vida, una distorsión de la autonomía personal que obliga a la víctima a adoptar decisiones –como cerrar redes sociales o cambiarse de trabajo– para evitar al acosador.

2. DERECHO A LA VIDA PRIVADA (ART. 19 N° 4 CPR)

El numeral 4° del artículo 19° de la CPR asegura a toda persona y su familia el respeto y protección de la vida privada y la honra, como además, la protección de sus datos personales. Si consideramos que la víctima de *stalking* se ve reiteradamente rondada e invadida por contacto no deseado de parte de un tercero, ¿podríamos decir que ve afectada su privacidad?

Revisando lo que la doctrina constitucional tradicional entiende por vida privada, encontramos por ejemplo a Cea Egaña para quien la vida privada se constituye por el “conjunto de los asuntos, conductas, documentos, comunicaciones, imágenes o recintos que, el titular del bien jurídico protegido, no desea que sean conocidos por terceros sin su consentimiento previo”⁴⁰. Para Novoa Monreal la vida privada tiene cuatro componentes característicos: un elemento objetivo que se manifiesta con la intromisión en la intimidad de otro tomando conocimiento de aspectos que se querían mantener reservados, no siendo necesaria divulgación; un elemento subjetivo consiste en el deseo de que ciertos hechos no sean conocidos por terceros; un bien jurídico protegido que es el recato o pudor; y finalmente la irrelevancia de la verdad o falsedad de los aspectos íntimos que la persona desea ocultar⁴¹. Por su parte, nuestro Tribunal Constitucional –siguiendo a Hernán Corral y a Ángela Vivanco– ha planteado que el derecho a la privacidad es la posición en la que un sujeto se encuentra libre de intromisiones o difusiones cognoscitivas de hechos que pertenecen a su interioridad corporal y psicológica o a las relaciones que ella mantiene o ha mantenido con otros⁴².

Con más especificidad conceptual, Ángela Vivanco considera la privacidad como el bien jurídico protegido, distinguiendo la noción de vida privada de la de intimidad. La vida privada consistiría en la reserva frente a terceros de ciertos hechos o actos, pero pu-

⁴⁰ CEA (2012) Tomo II, p. 199.

⁴¹ NOVOA (1989) pp. 58, 59, 77 y 81.

⁴² REQUERIMIENTO DE INCONSTITUCIONALIDAD A MODIFICACIONES AL CÓDIGO DEL TRABAJO, BOLETÍN N° 9835-13, Rol N° 3016-16, considerando 6°, pp. 153-154.

diendo dicha reserva ser levantada si hay consentimiento, interés público o exigencias de publicidad que hace el propio Ordenamiento Jurídico. La intimidad, en cambio, abarca aspectos tan personales que quedan sustraídos del conocimiento público o intervención de los demás por un asunto de dignidad, no pudiendo aceptarse en ningún caso una pretensión de interés público, como por ejemplo el acto sexual⁴³.

En cuanto a la delimitación entre el ámbito privado y el público, tradicionalmente se sostiene que lo relevante para determinar la protección a la privacidad es el lugar, no siendo protegible lo que ocurre en un lugar público. Pero también se ha sostenido que el criterio está en la naturaleza privada de la conducta o comunicación, por lo que trasgrede la privacidad el fotografiar a una persona o grabar sus conversaciones aunque ello suceda en un lugar público⁴⁴.

Hasta acá lo expuesto resulta difícil relacionar *stalking* y vida privada desde que más allá de las diferencias que puedan haber entre las nociones de vida privada, privacidad e intimidad, y más allá de la protección de la privacidad en un ámbito público o privado, se repite un mínimo común denominador consistente en la intromisión en la intimidad de otro tomando conocimiento de aspectos que se querían mantener reservados.⁴⁵ El problema es que esto no es algo propio del *stalking*, fenómeno que para producirse no necesita que el acosador obtenga o pretenda obtener información de la víctima.

No obstante lo anterior, sí es posible encontrar doctrina que avanza sobre esta visión tradicional⁴⁶. Mario Verdugo, Emilio Pfeffer y Humberto Nogueira explican que la vida privada e intimidad es “el derecho a poder estar solo si uno lo desea, a mantenerse apartado de las observaciones de los demás sin ser molestado, sin intromisiones en lo más personal de su vida, es en cierta forma una emanación de la libertad personal”⁴⁷. Por otro lado, para Evans de la Cuadra el concepto de vida privada está directamente vinculado al de intimidad, ámbito humano de convivencia, superación, planificación y progreso, sin la intervención o presencia de terceros⁴⁸. También se ha sostenido que el derecho al respeto y protección de la vida privada tiene que ver con la “esfera o zona de acción humana que, provista de protección constitucional, impide la interferencia de terceros a la esfera íntima de la persona, a los datos que la protegen y, a la vez, permite la autonomía individual y el autodesarrollo de la personalidad”⁴⁹. En cuarto lugar, podemos tomar las ideas de Ruth Gavigon, quien considera que son tres los elementos que componen la estructura del concepto de intimidad, teniendo en común la noción de accesibilidad a la vida privada, pero con

⁴³ VIVANCO (2006) Tomo II, pp. 348-349.

⁴⁴ VIVANCO (2006) Tomo II, p. 347.

⁴⁵ Esta misma idea de acceso o captación de aspectos personales es la plasmada en las normas que sancionan penalmente atentados a la privacidad. Véase artículo 36 B leras c) y d) de la LEY N° 18.168 de 1982; artículos 161 A y 161 B del CÓDIGO PENAL de 1874; y LEY N° 19.223 de 1993.

⁴⁶ Rodolfo Figueroa ha destacado que en Chile existe una extensa pero poco sistematizada literatura referida a la privacidad y que una visión más compleja permitiría exceder la mera distinción entre captación y divulgación de información, pudiendo apreciarse mejor las diferentes formas en que se puede dañar el derecho a la privacidad, en FIGUEROA (2013) pp. 883-884

⁴⁷ VERDUGO *et al.* (2005) p. 250.

⁴⁸ EVANS DE LA CUADRA (1999) Tomo I, p. 213.

⁴⁹ GARCÍA y CONTRERAS (2014) p. 326.

afectaciones independientes entre sí: el primer elemento se constituye por el secreto, que dice relación con la cantidad de información que se tiene sobre un individuo; el segundo se constituye por el anonimato, relacionado con la atención que se presta a una persona que pierde intimidad cuando es observada de manera no querida; y el tercero se constituye por la soledad, consistente en impedir el acceso real y directo a un individuo⁵⁰. Además, destacable resulta el trabajo de Rodolfo Figueroa, quien analiza las dimensiones de la privacidad que propone Daniel Solove. La cuarta dimensión, denominada “invasión”, guarda la distintiva característica de no requerir necesariamente la captación de información⁵¹. Esta dimensión tiene dos manifestaciones: la primera, denominada “interferencia decisional”, consiste en la interferencia efectuada sobre las decisiones personales relativas a determinadas materias de vida; la segunda, denominada “intrusión”, consiste en entrometerse en la soledad, en la reclusión de un individuo, en su tranquilidad⁵². Finalmente, García y Contreras también han entendido que dentro de las finalidades que busca la protección de la vida privada se encuentran no solo la limitación de la exposición y conocimiento de aspectos personales por parte terceros, sino que también la limitación del contacto físico y la promoción de la autorrealización personal sin presiones ni interferencias indeseadas⁵³.

En síntesis, de todos estos autores emerge una arista de la privacidad que no tiene que ver con la captación de información, sino que consiste en el simple derecho a vivir la vida, desarrollar la personalidad y tomar decisiones en forma autónoma y tranquila, sin injerencia de terceros indeseados, un derecho a la soledad, que es precisamente lo que el *stalking* quebranta.

Cabe mencionar que la idea del derecho a la privacidad como uno de los derechos fundamentales afectados por el *stalking*, no es una novedad de este trabajo. Por ejemplo, el autor Baucells i Lladós no considera tan nítido entender que la libertad es el único bien jurídico protegido por el delito de *stalking*, analizando también la intimidad.⁵⁴ Por su parte, Royakkers diferencia seis componentes del *stalking*, consistiendo el cuarto de ellos en la irrupción en el mundo privado de la víctima, que en sus palabras explica del siguiente modo: “*breaking into the life-world of another indicates that the perpetrator is violating the personal life sphere of the victim, i.e. the most intimate part of his/her life. The life-world is defined as the physical, mental, and emotional space that everybody needs to be and develop as a person*”⁵⁵. Carolina Villacampa opina que el elemento más característico de la definición de Royakkers es la “vulneración de la vida privada de la víctima”⁵⁶. Anna María Maugeri también sostiene que el *stalking* implica la invasión de la esfera privada de la víctima, alterando

⁵⁰ GAVISON (1980) pp. 428-436.

⁵¹ FIGUEROA (2013) p. 879, basándose en SOLOVE (2009) p. 161.

⁵² FIGUEROA (2013) p. 879, basándose tanto en SOLOVE (2009) pp. 162 y 166 como en WARREN y BRANDEIS (1890) pp. 193-220.

⁵³ GARCÍA Y CONTRERAS (2014) p. 327, basándose en MARTÍNEZ DE PISÓN (1993) pp. 75 y ss.

⁵⁴ BAUCELLS I LLADÓS (2014) pp. 80-82.

⁵⁵ ROYAKKERS (2000) p. 7.

⁵⁶ VILLACAMPA (2009a) p. 11.

su tranquilidad⁵⁷. En la misma línea se puede mencionar la consideración del *stalking* como una forma de violentar la distancia que media entre las relaciones humanas⁵⁸.

Como último argumento para considerar la privacidad como un derecho violentado por el *stalking*, se debe tener presente que tanto el anteproyecto de Código Penal como el proyecto de ley a los que se aludió en el segundo capítulo de este trabajo regulan el *stalking* como un delito contra la vida privada e intimidad.

Para cerrar, cabe mencionar que al ser los derechos a la intimidad y a la honra derechos personalísimos, la afectación de estos atributos inalienables acarrea normalmente una afectación psíquica, por lo que existe una relación con el derecho del numeral 1° inciso primero del artículo 19° de la CPR⁵⁹.

3. DERECHO A LA LIBERTAD DE AUTODETERMINACIÓN COMO FORMA DE LA LIBERTAD PERSONAL (ART. 19 N° 7 CPR)

Finalmente, se debe tener presente que el *stalking* afecta la libertad de la víctima desde una arista particular. Pensemos en una persona que para escapar de su hostigador se ve forzada a cerrar una red social, a cambiarse de barrio o de trabajo o a tomar un camino alternativo para llegar algún lugar. En todas estas circunstancias nos encontramos frente a una persona cuya libertad para decidir y desenvolver su vida se ha visto restringida. En razón de lo anterior, en España la mayoría de la doctrina considera la libertad de obrar como el bien jurídico afectado por la angustia y el temor que produce el *stalking*. Esta libertad entendida en sentido amplio abarca tres fases del proceso volitivo: libertad de formación, de decisión y de ejecución de la voluntad⁶⁰. Así, se ha sostenido que hay conductas que afectan la libertad de ejecución junto a la de decisión si se piensa, por ejemplo, en “las conductas de vigilancia o perseguir, las cuales pueden afectar a la toma de una decisión la cual desencadena en la realización de una conducta distinta a la que se hubiese adoptado de no haber existido dicha conducta de acoso”⁶¹. En la misma línea, se ha argumentado que el *stalking* altera el proceso de adopción y ejecución de decisiones, lo cual atenta contra la libertad aunque con características especiales, de modo que el delito de *stalking* se encuentra correctamente ubicado en el Código Penal español en el título de los delitos contra la libertad, pero debería tener un capítulo aparte y no en las coacciones⁶².

⁵⁷ MAUGERI (2016) p. 227.

⁵⁸ VILLACAMPA (2009b) p. 54; ZBAIRI (2018) p. 14.

⁵⁹ CEA (2012) Tomo II, p. 193.

⁶⁰ MARTÍNEZ (2018) p. 11; y LORA (2017) p. 22. Cabe mencionar que es debatido en doctrina sobre si el delito de *stalking* busca proteger solo una de las tres fases del proceso volitivo de la libertad de obrar o si el bien jurídico protegido es la seguridad individual o la integridad moral. Para revisar con más detalle esta discusión puede verse MARTÍNEZ (2018) pp. 10-15; LORA (2017) pp. 21-23 y 52; y TAPIA (2016) pp. 134-143.

⁶¹ LORA (2017) p. 23.

⁶² GUTIÉRREZ (2013) pp. 583-584; TAPIA (2016) p. 135; ROIG (2018) p. 328.

A mayor abundamiento, cabe destacar que no solo el Código Penal español regula el *stalking* dentro de los delitos contra la libertad, sino que así ocurre igualmente en Alemania, Austria, Italia y Portugal⁶³.

En Chile, la libertad de autodeterminación ha sido puesta de relieve por la doctrina penal. Así, en un estudio sobre las amenazas y las coacciones, Francisco Maldonado ha explicado que si el resultado delictivo consiste en que el individuo deja de hacer algo que desea o hace algo que no quiere, su capacidad de decidir se reduce o se encuentra impedido de obrar, reduciéndose sus competencias para actuar y motivarse, viéndose comprometida su libertad de autodeterminación⁶⁴.

Ahora pasando al plano constitucional, ¿sería posible considerar que la libertad personal a la que se refiere el numeral 7° del artículo 19° de la CPR engloba a la libertad de autodeterminación? Existe apoyo para decir que sí. En primer lugar y continuando en el ámbito penal, Antonio Bascuñán ha señalado que el bien jurídico protegido en las amenazas condicionales y coacciones violentas es el mismo: “la libertad personal entendida como libertad de acción, es decir como ausencia de obstáculos ilegítimos al desenvolvimiento de la propia capacidad de actuación en el marco de la vida social”⁶⁵. Luego, revisando lo que se entiende por libertad personal en materia constitucional, García Morillo indica que es el derecho “de disponer de la propia persona y de determinar la propia voluntad y actuar de acuerdo con ella, sin que nadie pueda impedirlo, siempre que no exista una prohibición constitucionalmente legítima”⁶⁶. El autor explica que no debe confundirse la libertad personal con la libertad de residencia y la de circulación, debiendo concebirse estas últimas de acuerdo con una relación externa mientras que la libertad personal es relativa a la persona en sí considerada, por lo que las libertades de residencia y circulación pueden verse limitadas sin que se deje de gozar de plena libertad personal⁶⁷. En Chile, alguna doctrina⁶⁸ y jurisprudencia constitucional⁶⁹ se ha servido de la distinción de García Morillo para entender que el numeral 7° del artículo 19° de nuestra CPR contiene una consagración amplia de libertad personal, siendo la libertad ambulatoria y de residencia una consecuencia de la misma, tal como lo expresa la frase ubicada entre el encabezado y la letra a) de la norma

⁶³ En el CÓDIGO PENAL ESPAÑOL de 1995, el artículo 172 ter se enmarca dentro del “Título VI Delitos contra la libertad”; en el CÓDIGO PENAL ALEMÁN (*STRAFGESETZBUCH*) de 1871, el artículo 238 se enmarca dentro del “*Achtzehnter Abschnitt Straftaten gegen die persönliche Freiheit*”; en el CÓDIGO PENAL AUSTRIACO (*STRAFGESETZBUCH*) de 1974, el artículo 107 a) se enmarca dentro del “*Dritter Abschnitt Strafbare Handlungen gegen die Freiheit*”; en el CÓDIGO PENAL ITALIANO (*CODICE PENALE*) de 1930, el artículo 612 bis se enmarca dentro del “*Capo III Dei delitti contro la libertà individuale*”; y en el CÓDIGO PENAL PORTUGUÉS (*CÓDIGO PENAL*) de 1982, el artículo 154 A se enmarca dentro del “*Capítulo IV Dos Crimes contra a liberdade pessoal*”.

⁶⁴ MALDONADO (2018) pp. 15 y 37.

⁶⁵ BASCUÑÁN (1994) p. 282.

⁶⁶ GARCÍA (1995), p. 42.

⁶⁷ GARCÍA (1995), p. 35.

⁶⁸ GARCÍA y CONTRERAS (2014) pp. 296, 297 y 609.

⁶⁹ Así por ejemplo ha argumentado Marisol Peña, Francisco Fernández, Carlos Carmona y Gonzalo García en las consideraciones para rechazar el requerimiento de inaplicabilidad, en *REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD RESPECTO DEL INCISO FINAL DEL ARTÍCULO 40 DE LA LEY N° 18.287*, Rol N° 1804-10, considerando 11°-14°, pp. 17-18.

señalada. En esta misma línea, para Humberto Nogueira la libertad personal consagrada en el encabezado del artículo 19 N° 7 de la CPR es un derecho genérico como libertad de la persona física en cuanto ser corporal: “es el derecho de toda persona a que los poderes públicos y terceros no interfieran en la esfera de autonomía personal, vale decir, de disponer de su propia persona y de actuar determinado por la propia voluntad sin otras limitaciones que las que imponen el medio natural, los derechos de los demás y el ordenamiento constitucional”⁷⁰. A mayor abundamiento, la distinción entre libertad personal y libertad de circulación y de residencia se puede apoyar en el tratamiento normativo diferenciado que hace tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos 9° y 12°) como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 7° y 22)⁷¹. Por tanto, se debe tener presente la idea amplia de libertad como la “facultad para autodeterminarse”⁷². En similar sentido, Evans de la Cuadra explica que la esencia de la libertad de una persona consiste en “el derecho a desarrollar su vida en la comunidad en que nació y donde está viviendo”⁷³. Por lo demás, ya en la historia fidedigna de nuestra CPR se podía encontrar una noción de libertad personal como libertad de obrar en sentido distinto a la libertad de desplazamiento. Así, Silva Bascañán distinguió tres conceptos de libertad personal: en primer lugar, la libertad individual de una persona para obrar libremente en busca del pleno desarrollo de su personalidad, sin actuar contra la ley y en perjuicio de terceros; en segundo lugar la libertad de locomoción dentro del territorio de la República; y finalmente la seguridad individual en cuanto a no ser objeto de detención o privación de la libertad que impida desarrollar la personalidad⁷⁴.

No obstante, todo lo anteriormente expuesto, existen opiniones que alejan la libertad de obrar de la libertad personal consagrada en el numeral 7° del artículo 19° de la CPR. En primer lugar, se ha estimado que dicha norma contiene un concepto restrictivo de libertad personal, alusivo únicamente a la libertad de desplazamiento y de residencia⁷⁵. En segundo lugar, asimilando la libertad de autodeterminación con el libre desarrollo de la personalidad entendido como “el derecho de toda persona a actuar lícitamente sin sufrir interferencias arbitrarias”⁷⁶, se ha sostenido que este derecho no es lo mismo que la libertad personal, encontrándose más bien en la frontera de los numerales 4° y 7° del artículo 19°, es decir, entre las libertades innominadas bajo las expresiones “vida privada” y “libertad personal”. De este modo, la libertad para desarrollar la personalidad quedaría –junto con la libertad de casarse y la libertad sexual– comprendida dentro de la libre elección de la vida

⁷⁰ NOGUEIRA (2002) p. 162.

⁷¹ NOGUEIRA (2002) p. 162; GARCÍA y CONTRERAS (2014) p. 297.

⁷² VERDUGO *et al.* (2005) p. 234. Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que la libertad en sentido amplio es “el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones”, en *CHAPARRO ÁLVAREZ Y LAPO ÍÑIGUEZ. VS. ECUADOR* (2007) párrafo 52.

⁷³ EVANS DE LA CUADRA (1999) Tomo II, p. 202.

⁷⁴ COMISIÓN CONSTITUYENTE (1975) sesión 106ª, p. 5.

⁷⁵ BRONFMAN *et al.* (2012) p. 486; CEA (2012) Tomo II, p. 257; *ACCIÓN DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD RESPECTO DEL ARTÍCULO 365 DEL CÓDIGO PENAL*, Rol N° 1683-10, considerando 48°-50°, pp. 44-45

⁷⁶ GARCÍA y CONTRERAS (2014) p. 630.

privada contemplada en el artículo 19 N° 4 de la CPR⁷⁷. En una línea similar, se ha señalado que la libertad del individuo para gobernar su propia vida en forma autónoma se encontraría amparada en los numerales 4° y 5° del artículo 19° de la CPR⁷⁸.

En conclusión, si bien existe apoyo para sostener que el encabezado del numeral 7° del artículo 19° de la CPR consagra una noción amplia de libertad personal que abarca la libertad para obrar en la vida en base a decisiones autónomas y libres de temores e injerencias ilegítimas de terceros como lo son las amenazas, las coacciones o los actos de *stalking*, esta no es una postura asentada. En segundo lugar, el derecho a la libertad personal y seguridad individual no figura dentro del catálogo de derechos protegidos por el Recurso de Protección en el artículo 20° de la CPR, encontrando tutela especial a través del Recurso de Amparo. Sin perjuicio de los dos alcances anteriores, es necesario tener presente el tema desde que la libertad de autodeterminación ha sido el bien jurídico protegido al ser tipificado penalmente el *stalking* en Derecho Comparado.

IV. LA ERRÓNEA CONSIDERACIÓN DE LA CAUSA PENAL POR INJURIAS PARA RECHAZAR EL RECURSO

1. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LA CAUSA PENAL POR INJURIAS NO ERA LA HONRA DE LA RECURRENTE

La Corte consideró que los hechos fundantes del recurso estaban sometidos al conocimiento de un tribunal competente, haciendo referencia al Juzgado de Garantía de Valdivia que estaba conociendo la causa Rol N° 7724-2018. La Corte expresa que sería dicho tribunal el que tiene la competencia para establecer la existencia o no de los hechos que motivaron el Recurso de Protección y las responsabilidades pertinentes. Así las cosas, se entiende que la Corte rechaza el recurso por considerar innecesario proteger el derecho fundamental a la honra de la recurrente por los hechos esgrimidos en consideración a que dicho derecho a la honra ya estaría siendo protegido de esos mismos hechos bajo la forma de bien jurídico protegido del delito de injurias en un proceso penal. El conocimiento de los hechos por parte del juez de garantía despojaría al Recurso de Protección de la característica de necesidad de tutela cautelar urgente de su derecho fundamental a la honra. El problema es que dicho razonamiento tendría sentido si la causa Rol N° 7724-2018 hubiese sido incoada por la recurrente. Sin embargo, la situación es inversa: la causa penal fue iniciada por querrela presentada el 10 de diciembre de 2018 por la recurrida contra la recurrente por el delito de injurias graves hechas por escrito y con publicidad.

En suma, en la causa penal es la recurrida quien imputa actos injuriosos a la recurrente, ocurriendo lo inverso en la causa de protección, por lo que resulta improcedente que la Corte haya dejado sin tutela de su derecho a la honra a la recurrente en razón de un proceso penal en curso donde es el derecho a la honra de otra persona el que se estaría viendo afectado, sin perjuicio de girar todo en base al mismo contexto.

⁷⁷ GARCÍA y CONTRERAS (2014) pp. 326, 328, 631 y 632.

⁷⁸ BRONFMAN *et al.* (2012) p. 129.

2. LA CORTE DEBIÓ ENCARGARSE DE LA SEGUNDA PETICIÓN DE ORDENAR QUE SE DETENGAN LOS ACTOS DE ACOSO⁷⁹

Pareciera que toda la responsabilidad ha recaído en la recurrente quien debería haber precisado que, además de verse afectada su honra por las publicaciones agraviantes que pide sean borradas, se ve afectada su integridad psíquica y su vida privada por los demás actos de acoso cuyo cese también solicita. No me parece que esta sea una excusa para que la Corte haya hecho un análisis reduccionista de los hechos y peticiones de la recurrente, por dos razones.

En primer lugar, recuérdese que el Recurso de Protección es un recurso informal, sencillo, sumarisimo, de tutela urgente de derechos fundamentales, que ni siquiera requiere el patrocinio de un abogado para ser interpuesto. Por lo anterior, no es extraño que en la práctica la Corte se encuentre ante hechos evidentemente atentatorios de determinados derechos fundamentales cuya afectación no se invocó expresamente. Al respecto acogemos las palabras textuales de Humberto Nogueira: “La sentencia de protección debe respetar la congruencia procesal, ateniéndose por regla general, a lo alegado y probado en el proceso. Sin perjuicio de ello, el tribunal que conoce de la acción de protección tiene la posibilidad de examinar de oficio la existencia de un derecho constitucional cuya afectación no ha sido alegada, lo que debe ser puesto en conocimiento del recurrido y en caso de que éste se encuentre efectivamente afectado, acordar el restablecimiento inmediato del ejercicio del mismo”⁸⁰. Esto es precisamente lo que la Corte de Valdivia pudo haber hecho con el derecho a la integridad síquica y a la privacidad en el caso analizado, a pesar de no haber sido alegados.

En segundo lugar, la Corte ha incurrido en un supuesto de incongruencia procesal, la que puede entenderse como la falta de adecuación entre las pretensiones de las partes y la parte dispositiva de la resolución judicial, y para determinarla corresponde comparar lo reclamado por los litigantes con lo resuelto⁸¹. Siguiendo a Jaime Guasp y Pedro Aragonese, la incongruencia procesal tiene tres manifestaciones: la positiva cuando el juez da o rechaza más de lo que se reclama; la negativa cuando el juez omite decidir sobre alguna de las pretensiones procesales tanto cualitativa como cuantitativamente; y mixta cuando la sentencia reúne los dos vicios anteriores, concediendo algo distinto de lo pedido por las partes⁸². Por su parte, nuestra Corte Suprema explica que la incongruencia puede ser *ultra petita* cuando se otorga más de lo solicitado; *extra petita* cuando el juez extiende el pronunciamiento a cuestiones no sometidas a su decisión; *infra petita* cuando el juez decide sobre una pretensión en extensión menor que lo solicitado; o *citra petita* cuando el juez omite pronunciarse sobre algo que fue introducido en el debate⁸³. En el fallo analizado, la Corte ha incurrido en una clara incongruencia negativa o *citra petita* desde que, con independencia del de-

⁷⁹ En circunstancias que con la primera crítica la justificación del rechazo del recurso de protección cae por sí sola, la crítica que a continuación se expondrá partirá de la hipótesis que efectivamente hubiese sido la recurrente quien se querelló por injurias contra la recurrida.

⁸⁰ NOGUEIRA (2007) p. 119. La misma idea en NOGUEIRA (2010) p. 271.

⁸¹ COMERCIAL LAMA LIMITADA CON SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS VIII DR CONCEPCIÓN (2019) considerando 3°.

⁸² GUASP y ARAGONESES (2005) pp. 541-542.

⁸³ CONSTRUCTORA EL MEDANO LIMITADA CONTRA MUNICIPALIDAD DE SANTIAGO (2018) considerando Cuarto.

recho fundamental invocado, de la propia redacción del fallo se desprende que la Corte tenía claro que las peticiones eran dos: “se ordene a la recurrida eliminar las publicaciones y comentarios de *Facebook* a la vez que se abstenga de realizar cualquier acción de acoso, injuria o burla y de entorpecer su relación sentimental, con costas”⁸⁴. Por tanto, bajo el razonamiento efectuado por la Corte podría comprenderse el rechazo a la primera petición relativa a borrar las publicaciones de *Facebook*, pues ello tiene que ver con actos injuriosos contra la honra que eran materia de un proceso penal en curso al momento del Recurso de Protección, pero ¿de qué manera este proceso penal podía detener y sancionar los otros actos de acoso como las llamadas, los mensajes y el merodeo del domicilio? Sencillamente la segunda petición quedó a la deriva, sin que el proceso penal por injurias justifique que la Corte haya incurrido en esta omisión de pronunciamiento, dejando al recurrente sin protección frente a los actos de *stalking*, y trasgrediendo un principio básico del Derecho Procesal cual es la congruencia.

COMENTARIOS FINALES

En este trabajo hemos revisado un caso cuyas aristas fácticas merecen especial atención al guardar coincidencia con determinados comportamientos constitutivos de lo que se ha denominado *stalking*. Este fenómeno presenta un flanco jurídico abierto en nuestro Ordenamiento Jurídico, por lo que resultan loables las recientes iniciativas legales por tipificar el *stalking* como un delito, siguiendo el ejemplo del Derecho Comparado. Sin embargo, las víctimas necesitan una herramienta hoy. Dicha herramienta de tutela urgente de la que se pueden servir actualmente los ciudadanos es el Recurso de Protección, siendo posible argumentar que el *stalking* afecta tanto el derecho fundamental a la integridad psíquica como el derecho a la vida privada. Adicionalmente, se debe tener presente que muchas veces la víctima modifica sus decisiones de vida para escapar de su acosador, viéndose afectada su libertad de autodeterminación o de obrar.

En la causa Rol N° 2261-2018, la Corte de Apelaciones de Valdivia se vio enfrentada a un recurso por dos tipos de actos y dos peticiones concretas: unos actos constitutivos de injuria con publicidad, solicitándose que se ordene la eliminación de las publicaciones injuriosas, y otros actos constitutivos de *stalking*, solicitándose que se ordene el cese de dichos actos de acoso. Sin embargo, ni la recurrente ni la Corte de Apelaciones lograron abordar este conflicto jurídico como correspondía. La recurrente diluyó los actos de *stalking* en los actos injuriosos al haber invocado como afectado únicamente su derecho a la honra en lugar de diferenciar señalando que las publicaciones injuriosas afectaban su honra y los actos de acoso afectaban su integridad psíquica y su vida privada. Dicho reduccionismo llevó a la Corte a poner su foco de atención solo en las publicaciones injuriosas, lo que termina por llevarla a rechazar el Recurso de Protección en su totalidad en razón de existir una causa penal pendiente por injurias. La forma de resolver de la Corte no fue la adecuada pues, si los hechos hubieran ocurrido, debió haber acogido el Recurso de Protección al menos parcialmente. En este sentido, y siguiendo la teoría que permite a las Cortes

⁸⁴ L. CON E. (2019) considerando 1°.

proteger de oficio derechos fundamentales no expresamente señalados por el recurrente si de los hechos es posible desprender su afectación, la Corte debió haberse hecho cargo de la segunda petición de la recurrente y ordenar el cese de todo acto de acoso. En segundo lugar, al no tener que ver la segunda petición con actos de injuria sino con actos de *stalking*, la causa penal por injurias a la que se remitió la Corte no justifica el haber omitido pronunciamiento sobre la segunda petición, incurriendo en una incongruencia negativa o citra petita.

Lo sucedido en este caso no sorprende. En nuestro país el *stalking* no ha recibido la merecida atención desde el punto de vista jurídico. Así las cosas, no resulta extraño encontrar una falta de capacidad de parte tanto de los abogados como de los jueces para poder distinguir el *stalking* con contornos propios y reaccionar adecuadamente frente a él. Es de esperar que este trabajo sirva como una alerta para que las Cortes de Apelaciones pongan más atención al enfrentarse a este tipo de casos y comprendan que, mientras el *stalking* no se tipifique penalmente, el Recurso de Protección puede ser la única esperanza de tutela urgente con la que pueden contar sus víctimas.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio (1994): “La regulación española de la coerción en el marco de la codificación penal europea”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo N° 47, Fasc./mes N° 3: pp. 191-306.
- BAUCELLS I LLADÓS, Joan (2014): “Reflexiones críticas sobre el proyectado delito de hostigamiento”, en PÉREZ CEPEDA, Ana (Dir.) y GORJÓN BARRANCO, María (Coord.), *El proyecto de reforma del código penal de 2013 a debate* (Salamanca, Ratio Legis), pp. 75-88.
- BRONFMAN, Alan, MARTÍNEZ, José, NÚÑEZ, Manuel (2012): *Constitución Política Comentada* (Santiago, Abeledo Perrot-LegalPublishing Chile).
- CEA EGAÑA, José (2012): *Derecho Constitucional Chileno*, Tomo II (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, segunda edición actualizada).
- COMISIÓN CONSTITUYENTE (1975): “Actas Oficiales de la Comisión Constituyente. Sesión 106ª” (13 de marzo de 1975). Disponible en https://www.leychile.cl/Consulta/antecedentes_const_1980. Fecha de consulta 24 de julio de 2019.
- COMISIÓN REDACTORA DEL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PENAL 2018 (2018): “Entrega de Anteproyecto de Código Penal”. Disponible en: <http://www.minjusticia.gob.cl/media/2018/10/Carta-entrega-Anteproyecto-de-C%C3%B3digo-Penal-2018.pdf>. Fecha de consulta: 10 de diciembre de 2018.
- CORN, Emanuele (2014): “La revolución tímida. El tipo de femicidio introducido en Chile por la Ley N° 20.480 desde una perspectiva comparada”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Año 21, N° 2: pp. 103-136.
- DIRECCIÓN DE INVESTIGACIÓN CRIMINAL DE CARABINEROS DE CHILE (2017): “STALKING. Informe Estratégico N° 157/2017” (4 de diciembre de 2017).
- EVANS DE LA CUADRA, Enrique (1999): *Los Derechos Constitucionales*, Tomo I y II (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición actualizada).

- FIGUEROA, Rodolfo (2013): “El derecho a la privacidad en la jurisdicción de protección”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 40, N° 3: pp. 859-889.
- GARCÍA MORILLO, Joaquín (1995): *El derecho a la libertad personal* (Valencia, Tirant Lo Blanch).
- GARCÍA PINO, Gonzalo y CONTRERAS VÁSQUEZ, Pablo (2014): *Diccionario Constitucional Chileno*, Cuaderno N° 55 del Tribunal Constitucional (Santiago, Producciones Gráficas Ltda.).
- GAVISON, Ruth (1980): “Privacy and the Limits of Law”, *The Yale Law Journal*, Vol. 89, N° 3: pp. 421-471.
- GÓMEZ CASTAÑEDA, Eugenia (2015): “Las violencias de género y sus manifestaciones: una perspectiva jurídico normativa y social con particular referencia al femicidio”, *Temas de Mujeres revista del CEHIM*, Año 11, N° 11: pp. 24-52.
- GUASP, Jaime, y ARAGONESES, Pedro (2005): *Derecho Procesal Civil*, Tomo I (Navarra, Thomson Civitas, séptima edición).
- GUTIÉRREZ CASTAÑEDA, Ana (2013): “Acoso–Stalking: art. 173 ter”, en ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco (Dir.) y DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo (Coord.), *Estudio Crítico Sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012* (Valencia, Tirant lo Blanch), pp. 581-588.
- LORA MÁRQUEZ, Mirian (2017): *Estudio jurídico doctrinal del delito de acoso o stalking*, Máster de Acceso a la Abogacía de la Universidad Internacional de La Rioja. Disponible en: <https://reunir.unir.net/bitstream/handle/123456789/6520/LORA%20MARQUEZ%2C%20MARIAN.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Fecha de consulta: 2 de marzo de 2019.
- MALDONADO FUENTES, Francisco (2018): “Amenazas y coacciones en el Derecho Penal Chileno”, *Política Criminal*, Vol. 13, N° 25, Art. 1: pp. 1-41.
- MARTIN NAJERA, Pilar (2016): “El nuevo delito de stalking del artículo 172 ter código penal”, *Revista del Ministerio Fiscal*, N° 1: pp. 24-45.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Patricia (2018): *El delito de stalking*, Trabajo fin de estudios, doble grado de administración y dirección de empresas y en derecho de la Universidad Pública de Navarra. Disponible en: <https://academica-e.unavarra.es/bitstream/handle/2454/27438/79737TFGmartinez.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Fecha de consulta: 23 de febrero de 2019.
- MARTÍNEZ DE PISÓN, José (1993): *El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional* (Madrid, Civitas).
- MAUGERI, Anna (2016): “El stalking en el Derecho comparado: la obligación de incriminación de la Convención de Estambul y técnicas de tipificación”, *Revista Penal*, N° 38: pp. 226-253.
- MELOY, J. Reid y GOTHARD, Shayna (1995): “Demographic and clinical comparison of obsessional followers and offenders with mental disorders”, *The American Journal of Psychiatry*, 152, 2: pp. 258-263.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2002): “La libertad personal y las dos caras de Jano en el Ordenamiento Jurídico Chileno”, *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, Vol. XIII: pp. 161-186.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2007): “El recurso de protección en el contexto del amparo de los Derechos Fundamentales Latinoamericanos e Internacionales”, *Revista Ius et Praxis*, Año 13, N° 1: pp. 75-134.

- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2010): “La acción constitucional de protección en Chile y la acción constitucional de amparo en México”, *Revista Ius et Praxis*, Año 16, N° 1: pp. 219-286.
- NOVOA MONREAL, Eduardo (1989): *Derecho a la Vida Privada y Libertad de Información. Un conflicto de derechos* (México, Siglo XXI Editores, cuarta edición).
- PURCELL, Rosmary, PATHÉ, Michele, y MULLEN, Paul (2004): “Stalking: Defining and prosecuting a new category of offending”, *International Journal of Law and Psychiatry*, N° 27: pp. 157-169.
- ROIG TORRES, Margarita (2018): “El delito de acoso (art. 172 ter CP) como modalidad de violencia de género. Comparativa con el “Nachstellung” del Derecho Aleman”, *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XXXVIII: pp. 305-360.
- ROYAKERS, Lamber (2000): “The Dutch approach to stalking Laws”, *California Criminal Law Review*, Vol. 3, Issue 1, Art. 2: pp. 1-14.
- SOLOVE, Daniel (2009): *Understanding Privacy* (Harvard University Press).
- TAPIA BALLESTEROS, Patricia (2016): *El nuevo delito de acoso o stalking* (Madrid, Wolters-Kluwer).
- U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE: “Stalking in America: Findings from the National Violence Against Women Survey”, Research in Brief by Patricia Tjaden & Nancy Thoennes (April 1998). Disponible en: <https://www.ncjrs.gov/pdffiles/169592.pdf>. Fecha de consulta: 14 de diciembre de 2018.
- U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE: “Stalking Victims in the United States – Revised”, Special Report by Shannan Catalano (September 2012). Disponible en: https://www.bjs.gov/content/pub/pdf/svus_rev.pdf. Fecha de consulta: 15 de diciembre de 2018.
- VARAS CICARELLI, Germán (2012): “La orden de alejamiento en la violencia intrafamiliar y la relevancia del consentimiento de la víctima en su quebrantamiento”, *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, Vol. 3, N° 1: pp. 149-175.
- VERDUGO, Mario, PFEFFER, Emilio, NOGUEIRA, Humberto (2005): *Derecho Constitucional*, Tomo I (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición).
- VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina (2009a): “La introducción del delito de “atti persecutori” en el Código penal italiano. La tipificación del stalking en Italia”, *Revista para el análisis del Derecho, Indret*, N° 3: pp. 1-29.
- VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina (2009b): *Stalking y derecho penal: relevancia jurídico-penal de una nueva forma de acoso* (Madrid, Iustel).
- VIVANCO MARTÍNEZ, Ángela (2006): *Curso de Derecho Constitucional. Aspectos dogmáticos de la Carta Fundamental de 1980*, Tomo II (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile)
- WARREN, Samuel y BRANDEIS, Louis (1890): “The Right to Privacy”, *Harvard Law Review*, Vol. 4, N° 5: pp. 193-220.
- WESTRUP, Darrah y FREMOUW, William (1998): “Stalking behavior: a literature review and suggested functional analytic assessment technology”, *Aggression and Violent Behavior*, Vol. 3: pp. 255-274.
- ZBAIRI PARDILLO, Nabila (2018), *El delito de stalking desde una perspectiva de género, análisis de la respuesta judicial-penal*, Memoria para optar al grado de Derecho de la Universidad

Autónoma de Barcelona. Disponible en: https://ddd.uab.cat/pub/tfg/2018/190859/TFG_nzbairipardillo_1.pdf. Fecha de consulta: 1 de diciembre de 2018.

NORMAS CITADAS

- ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PENAL (22/10/2018). Disponible en: http://www.minjusticia.gob.cl/media/2018/10/Anteproyecto_de_C%C3%B3digo_Penal_2018.pdf. Fecha de consulta: 10 de diciembre de 2018.
- CÓDIGO PENAL ALEMÁN (*STRAFGESETZBUCH*) (15/05/1871).
- CÓDIGO PENAL AUSTRIACO (*STRAFGESETZBUCH*) (23/01/1974).
- CÓDIGO PENAL CHILENO (12/11/1874).
- CÓDIGO PENAL ESPAÑOL (23/11/1995).
- CÓDIGO PENAL ITALIANO (*CODICE PENALE*) (19.10.1930).
- CÓDIGO PENAL PORTUGUÉS (CÓDIGO PENAL) (23/09/1982).
- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE (11/08/1980).
- CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (22/11/1969).
- LEY DE PROTECCIÓN CONTRA EL ACOSO DEL REINO UNIDO (*PROTECTION FROM HARASSMENT ACT 1997*) (21/03/1997).
- LEY N° 18.168 (02/10/1982), Ley General de Telecomunicaciones.
- LEY N° 19.223 (07/06/1993), Tipifica figuras penales relativas a la informática.
- LEY N° 20.066 (07/10/2005), Establece ley de violencia intrafamiliar.
- LEY ORGÁNICA N° 1/2015 (30/03/2015), Modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal Español.
- MENSAJE N° 393-366 (09/03/2019), Proyecto de ley que sanciona el acoso por cualquier medio. Disponible en: https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=13002&prmBoletin=12473-07. Fecha de consulta: 16 de marzo de 2019.
- PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS (16/12/1966)

JURISPRUDENCIA CITADA

- ACCIÓN DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DE JORGE WASHINGTON SEPÚLVEDA ÁLVAREZ RESPECTO DEL ARTÍCULO 365 DEL CÓDIGO PENAL, EN LOS AUTOS RUC 0800242317 – 1, RIT 1287 – 2008 SUSTANCIADOS ANTE EL JUZGADO DE GARANTÍA DE CAÑETE* (2011): Tribunal Constitucional chileno, Rol N° 1683-10, 4 de enero de 2011. Disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.cl/sentencias>. Fecha de consulta 25 de julio de 2019.
- CHAPARRO ÁLVAREZ Y LAPO ÍÑIGUEZ. VS. ECUADOR*. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 21 de noviembre de 2007. Serie C N°. 170. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_170_esp.pdf. Fecha de consulta: 23 de noviembre de 2018.
- COMERCIAL LAMA LIMITADA CON SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS VIII DR CONCEPCIÓN* (2019): Corte Suprema, 18 de febrero de 2019 (casación en la forma y en el fondo en materia tributaria y aduanera), ROL 24.757-2018. Disponible en: <https://www.pjud.cl/consulta-de-causas2>. Fecha de consulta: 25 de julio de 2019.

- CONSTRUCTORA EL MEDANO LIMITADA CONTRA MUNICIPALIDAD DE SANTIAGO* (2018): Corte Suprema, 4 de junio de 2018 (casación en la forma y en fondo por reclamación de ilegalidad municipal), Rol 1.614-2017. Disponible en: <https://www.pjud.cl/consulta-de-causas2>. Fecha de consulta: 25 de julio de 2019.
- E. CON L.* (2018): Juzgado de Garantía de Temuco, 4 de julio de 2018 (denuncia por amenazas simples), RIT 6471-2018. Disponible en: <https://www.pjud.cl/consulta-de-causas2>. Fecha de consulta: 26 de noviembre de 2018.
- E. CON O.* (2018): Juzgado de Familia de Temuco, 9 de agosto de 2018 (denuncia por violencia intrafamiliar), RIT F-1113-2018. Disponible en: <https://www.pjud.cl/consulta-de-causas2>. Fecha de consulta: 26 de noviembre de 2018.
- HASSEN CON SERVICIOS Y ADMINISTRACIÓN DE CRÉDITOS COMERCIALES PRESTO S.A.* (2016): Corte de Apelaciones de Santiago, 2 de junio de 2016 (Recurso de Protección de garantías fundamentales), ROL 34.199-2016. Disponible en: <https://www.pjud.cl/consulta-de-causas2>. Fecha de consulta: 8 de diciembre de 2018.
- KARSTEGEL CON BANCO FALABELLA* (2018): Corte de Apelaciones de Santiago, 14 de septiembre de 2018 (Recurso de Protección de garantías fundamentales), ROL 46.917-2018. Disponible en: <https://www.pjud.cl/consulta-de-causas2>. Fecha de consulta: 8 de diciembre de 2018.
- L. CON E.* (2019): Corte de Apelaciones de Valdivia, 14 de enero de 2019 (Recurso de Protección de garantías fundamentales), ROL 2261-2018. Disponible en: <https://www.pjud.cl/consulta-de-causas2>. Fecha de consulta: 22 de noviembre de 2018.
- MUÑOZ CON EMPRESA NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES S.A.* (2017): Corte Suprema, 2 de octubre de 2017 (Recurso de Protección de garantías fundamentales), ROL 99.862-2016. Disponible en: <https://www.pjud.cl/consulta-de-causas2>. Fecha de consulta: 8 de diciembre de 2018.
- OLIVARES CON RIPLEY CHILE S.A.* (2017): Corte de Apelaciones de Santiago, 13 de septiembre de 2017 (Recurso de Protección de garantías fundamentales), ROL 46.737-2017. Disponible en: <https://www.pjud.cl/consulta-de-causas2>. Fecha de consulta: 11 de diciembre de 2018.
- REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD PRESENTADO POR JOSÉ IGNACIO LARA OSTORNOL RESPECTO DEL INCISO FINAL DEL ARTÍCULO 40 DE LA LEY N° 18.287, EN LOS AUTOS ROL N° 366-2010 SOBRE RECURSO DE HECHO INTERPUESTO ANTE LA CORTE DE APELACIONES DE VALPARAÍSO* (2012): Tribunal Constitucional chileno, Rol N° 1804-10, 29 de marzo de 2012. Disponible en: [file:///C:/Users/Edmundo%20Borel/Downloads/39637%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Edmundo%20Borel/Downloads/39637%20(1).pdf). Fecha de consulta: 23 de julio de 2019.
- REQUERIMIENTO DE INCONSTITUCIONALIDAD PRESENTADO POR UN GRUPO DE SENADORES RESPECTO DE LAS NORMAS QUE INDICA CONTENIDAS AL PROYECTO DE LEY QUE MODERNIZA EL SISTEMA DE RELACIONES LABORALES, INTRODUCIENDO MODIFICACIONES AL CÓDIGO DEL TRABAJO, CORRESPONDIENTE AL BOLETÍN N° 9835-13* (2016): Tribunal Constitucional chileno, Rol N° 3016-16, 9 de mayo de 2016. Disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.cl/sentencias>. Fecha de consulta: 7 de febrero de 2019.

VALLS Y OTROS CON RED DE TELEVISIÓN CHILEVISIÓN S.A. (2019): Corte Suprema, 24 de enero de 2019 (casación en el fondo en autos sobre demanda de indemnización de perjuicios), ROL 38.037-2017. Disponible en: <https://www.pjud.cl/consulta-de-causas2>. Fecha de consulta: 7 de enero de 2019.

