



FACULTAD DE DERECHO
PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DE CHILE

REVISTA CHILENA DE
DERECHO[®]

2023 · Mayo - Agosto · Vol. 50 - Nº 2

■ ESTUDIOS

DERECHO LABORAL
DERECHO CIVIL
DERECHO PENAL
DERECHO CONSTITUCIONAL
DERECHO PROCESAL

■ RECENSIONES



FACULTAD DE DERECHO
PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DE CHILE

REVISTA CHILENA DE
DERECHO®

■ ESTUDIOS

Derecho Laboral

Derecho Civil

Derecho Penal

Derecho Constitucional

Derecho Procesal

■ RECENSIONES

REVISTA CHILENA DE DERECHO®

Pontificia Universidad Católica de Chile

COMITÉ EDITORIAL

Enrique Alcalde Rodríguez (Pontificia Universidad Católica de Chile) - **Pierre Bon** (Université de Pau) - **Bernardino Bravo Lira** (Universidad de Chile) - **Marta Cartabia** (Università Bocconi) - **José Luis Cea Egaña** (Pontificia Universidad Católica de Chile) - **Hernán Corral Talciani** (Universidad de los Andes, Chile) - **Diane Desierto** (University of Notre Dame, Indiana) - **Ramón Domínguez Águila** (Universidad de Concepción) - **Carmen Domínguez Hidalgo** (Pontificia Universidad Católica de Chile) - **Arturo Fernandois Vöhringer** (Pontificia Universidad Católica de Chile) - **Juan Luis Goldenberg Serrano** (Pontificia Universidad Católica de Chile) - **Félix A. Lamas** (Pontificia Universidad Católica Argentina) - **Daniel Peñailillo Arévalo** (Universidad de Concepción) - **Etienne Picard** (Université de Paris I) - **Johann Christian Pielow** (Ruhr-Universität Bochum) - **Alejandro Romero Seguel** (Universidad de los Andes, Chile) - **Francisco Samper Polo** (Universidad de Santiago de Chile) - **Jürgen Samtleben** (Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht) - **Torsten Stein** (Universität des Saarlandes) - **Andreas Wacke** (Universität zu Köln) - **Arturo Yrarrázaval Covarrubias** (Pontificia Universidad Católica de Chile)

MIEMBROS FALLECIDOS DEL COMITÉ EDITORIAL

Amelia Castresana † (Universidad de Salamanca) - **Enrique Cury Urzúa** † (Pontificia Universidad Católica de Chile) - **Alejandro Guzmán Brito** † (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso) - **Franck Moderne** † (Université de Paris I)

EQUIPO EDITORIAL

Álvaro Paúl Díaz

Director

(Orcid: 0000-0003-3882-450X)

Cristóbal García-Huidobro Becerra

Coordinador General

(Orcid: 0000-0002-2184-8719)

Francisco Rubio Varas

(Orcid: 0000-0002-7627-6500)

Ayudante de Redacción

Adriana Villamizar Rivera

(Orcid: 0000-0001-7693-6989)

Ayudante de Redacción

Andrea Valenzuela Niemann

Secretaria de la Revista

María José Gómez Álvarez

Bibliotecóloga de Investigación y Publicación

Pía Ruiz-Tagle Donoso

Luciano Zúñiga García

Ayudantes de la Edición Electrónica

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, siguiendo el ethos de la Pontificia Universidad Católica de Chile

Esta revista recibe el apoyo de Bibliotecas UC

La Revista se indexa en las siguientes bases de datos: Web of Sciences - Social Sciences Citation Index, Scopus - Social Sciences & Humanities, JSTOR, HeinOnline, Dialnet, Latindex (catálogo y directorio) y Scielo-Chile.

El impacto de la Revista se mide en: Journal Citation Reports. Social Sciences Edition (JCR), SClmago Journal & Country Rank (SJR).

ISSN 0716-0747 (versión papel)

ISSN 0718-3437 (versión online)

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

Teléfono: (56-2) 2354-2964. Correo electrónico: revchider@uc.cl. Sitio web: <https://revistachilenadederecho.uc.cl/>

ÍNDICE

Volumen 50 N° 2

■ EDITORIAL

PAÚL, Álvaro: *Sobre las reseñas o reseñas bibliográficas* [V-VI]

■ ESTUDIOS

Derecho Laboral

MARTÍNEZ PLACENCIA, Victoria: *Funciones de las categorías de discriminación en el Derecho Laboral chileno* [1-31]

Derecho Civil

LARROUCAU TORRES, Jorge y VOGT GEISSE, Thomas: *El interés del demandado en su defensa en la etapa de discusión del juicio civil* [33-57]

Derecho Penal

LORCA, ROCÍO / ASTUDILLO, MAIRA / MANQUES, LUIS FELIPE Y ROCHOW, DIEGO: *El hurto famélico en las decisiones de los tribunales penales chilenos* [59-89]

Derecho Constitucional

HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam Lorena: *Vicios de forma. ¿Control concreto en la acción de inaplicabilidad?* [91-114]

NGGILU, Novendri M. / EKAWATY ISMAIL, Dian / SULISTYOWATI, Tri y RIVALDI MOHA, Mohamad: *Constitutional crisis: intensifying disobedience to the decisions of the Indonesian Constitutional Court* [115-132]

Derecho Procesal

BELTRÁN ROMÁN, Víctor: *Impugnación de la admisibilidad de la declaración del imputado por falta de voluntariedad. Perspectivas y soluciones* [133-155]

Derecho Constitucional

TAPIA HERRERA, René y CANDIA FALCÓN, Gonzalo: *Los Estándares Interamericanos de Derechos Humanos y El Estado de Derecho: Una Evaluación Crítica* [157-184]

■ RECENCIONES

CORRAL TALCIANI, Hernán: *San Martín Neira, Lilian C. (2023): Responsabilidad civil por desastres naturales. Fenómenos naturales extremos ante la responsabilidad civil (Valencia, Tirant lo Blanch) 260 pp.* [185-188]

NOUGUÉS COSSIO, Rosario: *Sánchez-Ostiz, Pablo (dir.) (2021) Medio siglo de Derecho penal en España. Del modelo autoritario al del ciudadano constitucional, Granada, Comares, 236 pp.*

[189-192]



FACULTAD DE DERECHO
PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DE CHILE

EDITORIAL

SOBRE LAS RECENSIONES O RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

Nuestros editoriales buscan referirse a hechos jurídicos de importancia nacional o a cuestiones de relevancia sobre la Revista Chilena de Derecho. Dentro de estas últimas materias, varios editoriales han clarificado nuestros procesos internos, para dar mayor transparencia a quienes envían trabajos para la evaluación de la Revista¹. Este editorial se referirá a los criterios que el equipo editorial usa para seleccionar las recensiones o reseñas bibliográficas que se publican en la Revista.

Las normas editoriales de la Revista definen las reseñas como trabajos que “[c]omentan una obra jurídica de interés, haciendo un análisis académico y crítico del texto comentado, cubriendo la pertinencia del trabajo, sus aspectos positivos y negativos”. Éstas deben dar la visión de un tercero sobre el libro que es reseñado, por lo que no basta con describir su contenido. Ellas deben expresar la opinión personal del autor de la recensión, así como el modo cómo el libro se inserta en los debates actuales, si existen otras obras que puedan considerarse complementarias, o si padece de algunas deficiencias –guardando siempre la caridad cristiana con el autor del libro–.

Como puede verse, se espera bastante de las recensiones o reseñas. No obstante eso, ellas solían ser la publicación con la mayor restricción de extensión, pues no podían exceder los doce mil caracteres con espacios. Esto fue modificado a partir de las normas editoriales de diciembre de 2021, igualando su extensión a la de las crónicas y ensayos, quedando así con un límite máximo de cinco mil palabras. Dichas normas editoriales también establecieron que las recensiones podían tener notas al pie y bibliografía, “al igual como si fuera un artículo jurídico o un ensayo o crónica”. Estas modificaciones buscaron que las recensiones tuvieran espacio para ser más que una simple descripción del libro reseñado, contribuyendo también al diálogo académico. La Revista ha podido ya compartir algún trabajo de mayor complejidad, lo que muestra que estas modificaciones han comenzado a dar fruto².

Es especialmente importante transparentar los criterios que usa el equipo editorial para seleccionar las recensiones, pues ellas no están sujetas al proceso de evaluación de pares. En efecto, las reseñas no son sometidas a un proceso de arbitraje ciego, pues no siempre cuentan con un desarrollo acabado de ideas propias, y tampoco buscan ser estudios dogmáticos. Además, para efectos de evaluar la calidad de la Revista, los índices internacionales no requieren que ellas sean sometidas a arbitraje, pues las toman como trabajos no citables, sin perjuicio de que sean efectivamente citadas³. Esta ausencia de un sistema de revisión de pares es conveniente, pues si ya es difícil encontrar árbitros dispuestos a ejercer su labor,

¹ Véanse PAÚL, Álvaro (2020): “Editorial. Revisión Preliminar de Manuscritos”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 47, N° 3: v-vi, y PAÚL, Álvaro (2022): “Editorial. Sobre la Evaluación de Pares”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 49, N° 3: v-x.

² Por ejemplo, CARVAJAL, Patricio I. (2023): “BALMACEDA HOYOS, Jorge y PEÑA NEIRA, Sergio (2022): Buena Fe. Su rol en el Derecho chileno contemporáneo”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 50, N° 1: 223-232.

³ Véase XUE-LI, Liu, YA-HUI, Wei y SHUANG-SHUANG, Gai (2018): “Citation Characteristics of Non-Citable Documents and Contributions to Journal Impact Factor”, *Current Science*, vol. 114, N° 7: 1423-1429.

sería aún más difícil encontrar árbitros que, junto con revisar el contenido de un trabajo, deban leer un libro específico. Por otro lado, el que las reseñas no sean sometidas a arbitraje permite que la Revista suela tardar sólo dos a tres semanas en notificar a los autores si su trabajo será publicado.

No obstante lo anterior, la falta de arbitraje externo dificulta el trabajo del equipo editorial, porque sus miembros no siempre han leído o tienen acceso a las obras reseñadas. Por eso, deben confiar en que los autores han hecho un trabajo serio. Para saberlo, no quedan más formas que conocer la reputación del autor, y si las ideas planteadas están bien presentadas y son plausibles. También se evitan recensiones cuyos autores sean compañeros de trabajo o subordinados de quien escribió el libro, para precaver que la relación personal o profesional entre los autores nuble la objetividad de la reseña. No obstante ello, se permiten reseñas de personas que comparten sólo la docencia en la misma Universidad. En todo caso, no está de más hacer presente que las recensiones que constituyen panegíricos del autor de la obra no son bien recibidas.

Además de los criterios recién referidos, el equipo editorial cuenta con otros lineamientos para decidir si publica una recensión. En primer lugar, busca que los libros reseñados sean claramente jurídicos, lo que excluye, por ejemplo, biografías de juristas que tengan escaso contenido legal. Asimismo, las obras deben ser relevantes y de interés general. El equipo editorial también busca que el libro haya sido publicado dentro de los últimos dos años, y que no se trate de la nueva edición de un libro ya publicado, a menos que la versión reciente contenga cambios relevantes, o que primera edición haya sido editada hace mucho tiempo.

Las recensiones constituyen un buen modo de dar a conocer a la comunidad científica algunos libros recientes, tarea que es particularmente relevante cuando dichos trabajos son extranjeros –pues pueden no ser conocidos por la academia local– o escritos por autores jóvenes –cuyas obras no serán, necesariamente, igual de consultadas que las de autores consagrados–. Por eso, animamos a los autores a contribuir con la comunidad científica, presentando recensiones a la Revista Chilena de Derecho.

ÁLVARO PAÚL

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

FUNCIONES DE LAS CATEGORÍAS DE DISCRIMINACIÓN EN EL DERECHO LABORAL CHILENO

FUNCTIONS OF DISCRIMINATION GROUNDS UNDER CHILEAN LABOR LAW

VICTORIA MARTÍNEZ PLACENCIA*

RESUMEN: El objeto de este trabajo es determinar cuál es el concepto de discriminación que actualmente se aplica en el derecho del trabajo chileno, y con ello, establecer qué funciones cumplen las categorías de discriminación. A partir de la legislación y la dogmática laboral, de las decisiones de la Dirección del Trabajo y de algunos ejemplos jurisprudenciales aquí se sostiene que las categorías cumplen, al menos, dos funciones en sede laboral. Primero, estas forman parte de la definición de discriminación, pues se exige que la diferenciación arbitraria denunciada se vincule a alguna categoría. Segundo, para algunas categorías de personas (mujeres y personas con discapacidad) permiten establecer mecanismos especiales de protección, requiriendo conductas específicas de los empleadores para promover la igualdad.

Palabras clave: Discriminación laboral, arbitrariedad, categorías de discriminación.

ABSTRACT: The purpose of this paper is to define the concept of discrimination currently applicable under Chilean labor law and to clarify which are the functions that discrimination grounds perform. Following the legal and theoretical developments, administrative decisions, and some judicial cases I argue that discrimination grounds perform, at least, two functions in employment discrimination. First, grounds are part of the definition of discrimination, because it is necessary to link the arbitrary differentiation with a protected ground. Second, grounds allow particular levels of protection for some groups (women and persons with disabilities), demanding from employers specific measures to promote equality.

Keywords: Employment discrimination, arbitrariness, discrimination grounds.

I. INTRODUCCIÓN

La prohibición de discriminación en el trabajo existe desde hace varias décadas en nuestro sistema jurídico, incorporada expresamente por la Constitución de 1980. Junto con una cláusula general de igualdad en el Artículo 19 N° 2, este texto constitucional reforzó la exigencia de igualdad en algunos contextos especiales¹, incluyendo el trabajo,

* Becaria ANID, LLM Jurisprudence and Legal Theory, University College London. Candidata a doctora en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales. Dirección Postal: Av. República 105, Santiago. Correo electrónico: victoria.martinez_p@mail.udp.cl. ORCID ID 0009-0007-3399-7109. Agradezco especialmente los comentarios y sugerencias de los profesores José Luis Ugarte, Claudio Agüero, Judith Schönsteiner, Rodrigo Coloma y Rodolfo Figueroa, así como a todos quienes participaron en el Coloquio Académico de la Universidad Diego Portales en el cual se expuso una versión preliminar de este artículo. Agradezco también la revisión y los comentarios realizados por los árbitros de la Revista. Cualquier error persistente es de mi responsabilidad.

¹ CHILE, *Constitución Política*, Art. 19 N° 16 (discriminación laboral), Art. 19 N° 20 (igualdad tributaria), Art. 19 N° 22 (discriminación económica).

respecto del cual proscribió toda distinción “que no se base en la capacidad o idoneidad personal”². La legislación del trabajo ha hecho eco de esta prohibición, incorporando una definición de discriminación y un listado de categorías³. A pesar de su temprana incorporación en el derecho del trabajo chileno, por largo tiempo prácticamente no existieron litigios sobre discriminación laboral. Solo con el establecimiento de la acción de tutela de derechos fundamentales surgió una garantía jurisdiccional efectiva para este derecho⁴, y actualmente constituye alrededor del 20% del total de demandas de tutela⁵.

Lo que se entiende por discriminación en el derecho del trabajo ha sido influenciado por las disposiciones constitucionales sobre igualdad y discriminación, y su interpretación en la jurisprudencia y la dogmática constitucional. Algunos autores han identificado que allí conviven al menos dos conceptos de discriminación; uno que define la discriminación como arbitrariedad, y otro que vincula la conducta discriminatoria con características o categorías prohibidas⁶. La primera conceptualización reprocha la arbitrariedad de la conducta discriminatoria, es decir, que se trate de una diferenciación caprichosa, carente de razón o fundamento⁷. Bajo esta definición las categorías de discriminación no cumplen función alguna, y los listados incluidos en varias legislaciones son vistos como “meras ilustraciones de discriminaciones arbitrarias”⁸. Para la segunda conceptualización, la definición de discriminación entraña una conexión esencial con las categorías, pues determinan qué grupos son especialmente protegidos por este tipo de legislación⁹. La incorporación de listados de categorías, como los que existen en la Ley Zamudio o el Código del Trabajo implica reconocer que en nuestra sociedad existen grupos especialmente marginados o desventajados¹⁰.

Seguir una u otra definición de discriminación tiene consecuencias teóricas y prácticas relevantes. En un plano más abstracto, la opción por uno u otro concepto se funda-

² CHILE, *Constitución Política*, Art. 19 N° 16. Este mismo precepto autoriza al legislador a establecer diferencias fundadas en la nacionalidad chilena o la edad, en determinados casos. Así, el Art. 19 del Código del Trabajo establece que al menos el 85% de los trabajadores de un mismo empleador deben ser de nacionalidad chilena. Asimismo, hay una serie de disposiciones que regulan el trabajo de niños, niñas y adolescentes (Chile, Código del Trabajo, Arts. 15, 15 bis, 16, entre otros).

³ CHILE, *Código del Trabajo*, Art. 2°.

⁴ CHILE, Ley N° 20.087.

⁵ Información obtenida por una solicitud de transparencia al Poder Judicial (NR001T0007289), con datos sobre acciones de tutela desde el año 2010 hasta mayo de 2022. En este período se han presentado 27.570 demandas de tutela, de las cuales 5.411 corresponden a acciones por discriminación laboral.

⁶ Esta es la opinión de Estefanía Esparza y Soledad Morales, sobre la base del análisis de la doctrina constitucional y de la jurisprudencia de las acciones de protección y de no discriminación arbitraria. ESPARZA y MORALES-TRAPP (2021) p. 443. En el mismo sentido, MUÑOZ (2021) pp. 95 y ss.

⁷ FIGUEROA (2000) p. 34.

⁸ DÍAZ DE VALDÉS (2018) p. 204. En este mismo trabajo, Díaz de Valdés argumenta que las categorías y sus efectos no han sido reconocidos expresamente ni en la Constitución ni en la ley. Sostiene que, aunque el Tribunal Constitucional ha utilizado el concepto de categoría sospechosa, lo ha hecho principalmente en votos de minoría y prevenciones (p. 215). En un sentido contrario, Correa sostiene que conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional un criterio para determinar si una diferencia es arbitraria es su vinculación con lo que denomina “propósito de hostilidad hacia un grupo vulnerable”. CORREA (2011) pp. 107 y ss.

⁹ ESPARZA y MORALES-TRAPP (2021) p. 444. CASAS y LAGOS (2014) p. 132.

¹⁰ MUÑOZ (2013) p. 202.

menta en distintas concepciones sobre la igualdad¹¹. La definición de discriminación como arbitrariedad sirve a una concepción formal de igualdad, siguiendo la fórmula aristotélica de tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales¹². En cambio, el segundo concepto de discriminación se relaciona con concepciones sustantivas de igualdad, que buscan la no subordinación de grupos históricamente desventajados u oprimidos¹³. Sin perjuicio de lo anterior, es posible incorporar ambas concepciones en la interpretación del derecho a la no discriminación, por ejemplo, estableciendo obligaciones negativas que prohíben la arbitrariedad, y obligaciones positivas que obligan a los Estados a crear condiciones reales de igualdad¹⁴.

Desde un punto de vista práctico, la discriminación como arbitrariedad no reconoce la existencia de grupos o personas más propensas a sufrir discriminación. En cambio, la discriminación vinculada a las categorías se funda en este reconocimiento e impone al Estado un deber de mejorar la posición de esos grupos en la sociedad¹⁵. Esto incide significativamente en los mecanismos que la legislación antidiscriminación puede adoptar, y, por cierto, en la fundamentación, argumentación y prueba de demandas por discriminación. La noción de discriminación como mera arbitrariedad tiende a oscurecer prácticas sistemáticas de discriminación¹⁶, y al debilitar la vinculación con las categorías, torna difícil pesquisar prácticas de discriminación indirecta y justificar acciones afirmativas¹⁷.

El objeto de este trabajo es determinar cuál es el concepto de discriminación que prima en el derecho laboral chileno, y con ello, establecer qué efectos jurídicos o funciones cumplen las categorías de discriminación. Dilucidar esta cuestión es relevante justamente por las consecuencias teóricas y prácticas que conlleva aplicar una noción de discriminación como arbitrariedad o vinculada a la identificación de grupos desventajados. Para lograrlo, en la primera sección se describirá sintéticamente el desarrollo del concepto de discriminación en el derecho del trabajo, a través de la descripción de su evolución legal y

¹¹ DWORKIN (2003) pp. 90 y ss.; 382 y ss. FIGUEROA (2000) pp. 26 y ss.

¹² DÍAZ DE VALDÉS (2015) pp. 169-172. En el mismo sentido, CODDOU (2020) pp. 262-270.

¹³ DÍAZ DE VALDÉS (2015) pp. 173-176. ESPARZA (2017) pp. 101-141.

¹⁴ Por ejemplo, la Corte Interamericana ha establecido que “el derecho a la igualdad y no discriminación abarca dos concepciones: una concepción negativa relacionada con la prohibición de diferencias de trato arbitrarias, y una concepción positiva relacionada con la obligación de los Estados de crear condiciones de igualdad real frente a grupos que han sido históricamente excluidos o que se encuentran en mayor riesgo de ser discriminados”. Corte Interamericana de Derechos Humanos, CASO FURLAN y FAMILIARES VS. ARGENTINA, párr. 267. Asimismo, el Comité Derechos Sociales ha establecido que “[p]ara eliminar la discriminación en la práctica se debe prestar suficiente atención a los grupos o individuos que sufren injusticias históricas o son víctimas de prejuicios persistentes en lugar de limitarse a comparar el trato formal que reciben las personas en situaciones similares. Los Estados partes deben, por tanto, adoptar de forma inmediata las medidas necesarias para prevenir, reducir y eliminar las condiciones y actitudes que generan o perpetúan la discriminación sustantiva o *de facto*”. COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, Observación General N° 20, N° 8 letra b).

¹⁵ ESPARZA y MORALES-TRAPP (2021) p. 444.

¹⁶ Por ejemplo, en República Checa también persiste una noción de discriminación como arbitrariedad que ha dificultado a los tribunales locales identificar y sancionar prácticas discriminatorias en contra de las mujeres, o contra miembros del pueblo Romaní. Por esto último, este país ha sido condenado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. HAVELKOVA (2019), pp. 76 y ss.

¹⁷ SABA (2019), pos. 1360.

la interpretación dogmática pertinente. En la segunda sección, se intentará definir qué es una categoría de discriminación y cuáles son sus funciones en la arquitectura del derecho antidiscriminación, siguiendo la doctrina comparada de los países pioneros en este tipo de legislación y algunas definiciones del derecho internacional de los derechos humanos. Finalmente, se determinará qué funciones cumplen las categorías en la discriminación laboral en Chile, a partir de la legislación, la interpretación dogmática relevante, la interpretación de la Dirección del Trabajo, y algunos ejemplos de jurisprudencia.

II. LA DISCRIMINACIÓN LABORAL EN CHILE

La Constitución de 1980 no estableció el derecho a la no discriminación como un derecho autónomo, sino que la dogmática nacional lo adscribió al principio de igualdad general reconocido en el Artículo 19 N° 2^o¹⁸. Una de las dimensiones en que la discriminación fue expresamente prohibida fue en el empleo, proscribiendo en el Artículo 19 N° 16 toda discriminación “que no se base en la capacidad o idoneidad personal”¹⁹. El constituyente se limitó a prohibir diferenciaciones arbitrarias que no se funden en capacidades y habilidades personales²⁰. Esto fue considerado como una manifestación del principio general de igualdad, y como una condición esencial de la libertad de trabajo, pues prohíbe efectivamente la arbitrariedad en el acceso y desempeño del trabajo²¹.

La ausencia de categorías de discriminación en esta disposición constitucional se interpretó como el reconocimiento de una concepción amplia del derecho a la no discriminación, es decir, prohibiendo “cualquier diferenciación carente de fundamentación objetiva y razonable”²². Así, se dio cuenta de una cierta particularidad del derecho chileno que, en lugar de establecer criterios prohibidos de discriminación laboral, solo admite dos criterios posibles de diferenciación: la idoneidad y la capacidad personal²³. Para la doctrina de la época, esto fue considerado un avance respecto de la forma en que instrumentos internacionales configuran la prohibición de discriminación, específicamente respecto del Convenio N° 111 de la OIT²⁴. Lo que se prohíbe al empleador es “ejecutar actos odiosos, inaceptables, que en el fondo carecen de razonabilidad”²⁵. Con ello se confirmó un concepto de discriminación como arbitrariedad, que no se hace cargo de identificar “aquellos criterios más odiosos y persistentes que la sociedad aspira a erradicar”²⁶.

¹⁸ FERNÁNDEZ (2001).

¹⁹ Este mismo precepto autoriza al legislador a establecer diferenciaciones fundadas en la nacionalidad chilena o la edad, en determinados casos. Así, el Art. 19 del Código del Trabajo establece que al menos el 85% de los trabajadores de un mismo empleador deben ser de nacionalidad chilena. Asimismo, hay una serie de disposiciones que regulan el trabajo de niños, niñas y adolescentes (CHILE, Código del Trabajo, Arts. 15, 15 bis, 16, entre otros).

²⁰ MUÑOZ (2020) p. 82.

²¹ IRURETA (2006) p. 74. CAAMAÑO (2005) p. 70.

²² CAAMAÑO (2003) p. 30.

²³ LIZAMA y UGARTE (1998) p. 233.

²⁴ CAAMAÑO (2003) p. 30.

²⁵ IRURETA (2006) p. 81.

²⁶ SEVERIN (2012) p. 71.

La incorporación de esta disposición constitucional fue interpretada como un reconocimiento explícito de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, al menos en el ámbito laboral²⁷. Esto fue confirmado con el establecimiento del Art. 5° del Código del Trabajo, que establece que el ejercicio de las facultades legales del empleador tiene como límite “el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores”²⁸. La prohibición de discriminación en el trabajo manifiesta una tensión con principios fundamentales del derecho privado, que reconocen la libertad contractual y un amplio ámbito de autonomía individual²⁹. Sin perjuicio de lo anterior, para la dogmática la eficacia horizontal aceptada se refiere solo a deberes de abstención. El empleador está obligado a no cometer actos discriminatorios, no a una rigurosa aplicación del principio de igualdad³⁰. Esto implica que no existe la obligación correlativa del empleador de un trato igual en cualquier circunstancia, sino que “el derecho a no ser objeto de diferencias injustificadas por motivos o criterios prohibidos”³¹. En este sentido, no habría una obligación de uniformidad de trato u homogeneidad absoluta, pues tal exigencia coartaría las libertades empresariales también reconocidas en la Constitución³².

A pesar de esta preocupación temprana por la discriminación laboral, por décadas no existió una garantía específica para asegurar el ejercicio de este derecho. La Constitución excluyó expresamente la discriminación laboral del listado de derechos garantizados por la acción de protección³³, sin perjuicio de que los trabajadores afectados pueden accionar por vulneraciones a la igualdad general. En la práctica, la acción de protección probó ser inadecuada para garantizar los derechos de los trabajadores. En primer lugar, porque se trata de un procedimiento neutro que no considera la asimetría en la relación entre empleador y trabajador, por tanto, no cumple un rol protector de los trabajadores³⁴. En segundo lugar, como se trata de un recurso extraordinario y no de lato conocimiento, en caso de acogerse la pretensión del trabajador esto no importa la nulidad del acto denunciado ni el pago de indemnizaciones³⁵. Asimismo, nada impide que el ejercicio de esta acción por parte de los trabajadores provoque represalias en su contra, haciendo aún más escaso su uso³⁶. Estudios jurisprudenciales en los años noventa demostraron que la naturaleza cautelar de la acción de protección no era adecuada para el tipo de argumentación requerido en casos de discriminación, sumado a la deficiente formación de abogados y jueces, y a la cultura jurídica imperante³⁷.

²⁷ IRURETA (2006) p. 80. CAAMAÑO (2005) pp. 25 y ss. CONTRERAS (2003) pp. 23 y ss. GAMONAL (2018) p. 10. FRANCHI (2020).

²⁸ CHILE, Ley N° 19.759.

²⁹ CHAHUÁN y FLORES (2021) pp. 231 y ss.

³⁰ IRURETA (2006) p. 81.

³¹ UGARTE (2013) p. 1.

³² IRURETA (2006) p. 84.

³³ CHILE, *Constitución Política*, Art. 20.

³⁴ CAAMAÑO (2003) p. 35.

³⁵ CAAMAÑO (2003) p. 35.

³⁶ CAAMAÑO (2003) p. 35.

³⁷ GÓMEZ y FIGUEROA (2000) p. 164.

A inicios de los años dos mil, la Ley N° 19.759³⁸ introdujo modificaciones al Código del Trabajo, incorporando efectivamente el Convenio N° 111 de la OIT a la legislación interna³⁹. El proyecto presentado por el Ejecutivo replicaba la definición de discriminación del Convenio, y establecía el derecho a accionar por actos discriminatorios y demandar indemnizaciones, incluyendo el daño moral.⁴⁰ Durante la discusión parlamentaria esta acción fue desechada, argumentando que la posibilidad de litigios de discriminación pondría en riesgo la administración de las empresas, entorpeciendo la contratación de personal y volviendo cada despido en discriminatorio⁴¹. Con estas modificaciones legales los actos de discriminación fueron definidos como “las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”. La prohibición de discriminación se extendió por expresa disposición de la ley a las ofertas de trabajo⁴², alcanzando toda la ejecución del contrato de trabajo y hasta su extinción⁴³.

La incorporación de categorías en la definición de discriminación obligó a la dogmática nacional a armonizar este catálogo con el concepto de discriminación importado desde el derecho constitucional. Así, las categorías incorporadas en la legislación laboral fueron entendidas como una confirmación de los criterios de diferenciación más frecuentes en el ámbito laboral⁴⁴, o bien, como ejemplos de “arbitrariedad y capricho empresarial”⁴⁵. Como afirma Gamonal, esta postura interpretativa asimila el concepto de discriminación

³⁸ CHILE, Ley N° 19.759.

³⁹ CONVENIO 111 OIT, CONVENIO SOBRE LA DISCRIMINACIÓN (empleo y ocupación).

⁴⁰ “1. Sustituyese el inciso segundo del artículo 2o, por los siguientes: ‘Son contrarias a los principios de las leyes laborales, los actos de discriminación. Los actos de discriminación son las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación. El afectado por un acto de discriminación, podrá recurrir a los tribunales del trabajo en juicio ordinario laboral, demandando las indemnizaciones a que tenga derecho, con arreglo a las prescripciones de derecho común, incluso el daño moral’”. CHILE, *Mensaje de S.E. el Presidente de la República* (boletín N° 2626-13).

⁴¹ El entonces senador Ignacio Pérez Walker expresó que “La administración de una empresa involucra la toma de decisiones y la permanente elección entre alternativas, concepto no siempre claramente distinguido de la discriminación. Esto hace necesario diferenciar la discriminación, entendida como un acto arbitrario, irracional e injusto, del legítimo ejercicio de la potestad de decidir entre alternativas en la administración de la empresa. // Si ello no es claramente delimitado, esta norma se puede prestar, por ejemplo, para impugnar despidos con el argumento que estuvieron motivados en la discriminación. De esta manera, será posible litigar no solo por la indemnización legal, sino también por la compensación del daño moral, cuyo monto se fijará discrecionalmente. // Del mismo modo, la contratación de personal podrá resultar entrabada con esta disposición. Las empresas podrán ser demandadas por daños morales mediante acciones intentadas por los postulantes a trabajar no contratados para un determinado cargo, basados en el argumento de que su no contratación se originó en un acto discriminatorio”. CHILE, SENADO, p. 31.

⁴² CHILE, *Código del Trabajo*, Art. 2° actual inciso sexto.

⁴³ IRURETA (2006) p. 85.

⁴⁴ CAAMAÑO (2003) p. 31. LIZAMA y UGARTE (1998) p. 239.

⁴⁵ IRURETA (2006) p. 84.

laboral a una prohibición general de arbitrariedad⁴⁶. La posición dogmática mayoritaria considera que la legislación laboral establece un modelo antidiscriminación abierto y residual, en el cual los únicos motivos lícitos para discriminar son la capacidad o idoneidad personal⁴⁷. Esta tesis ha sido refrendada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que ha afirmado que “las normas que prohíben la discriminación arbitraria contenidas en el Código del Trabajo deben ser interpretadas a la luz de las disposiciones constitucionales pertinentes, especialmente, los artículos 19 N° 2° y 19 N° 16°, inciso tercero, de la Carta Fundamental”⁴⁸. Asimismo, la Corte Suprema ha establecido que entender el catálogo de categorías sospechosas como uno cerrado

importaría concluir que nuestro procedimiento de tutela laboral protege solo parcialmente el derecho a la no discriminación, excluyendo actuaciones basadas en otros criterios, los no previstos expresamente en la norma laboral, que el legislador nacional sí ha prohibido por otras vías de mayor rango legal, como son la propia Constitución Política de la República y el ya citado Convenio OIT N° 111 de 1958, al cual le resulta plenamente aplicable lo dispuesto en el artículo 5° inciso segundo de la Carta Fundamental [...] el catálogo contemplado en el artículo 2° del Código del Trabajo no puede en caso alguno tener pretensiones de exhaustividad, no solo por resultar más acotado que la protección otorgada por la norma constitucional, sino porque también ha sido superado por normas posteriores que han ampliado dicho catálogo de conductas o criterios sospechosos. Así ocurre por ejemplo con el artículo 2° de la Ley 20.609, que establece medidas contra la discriminación⁴⁹.

A pesar de que se estableció una prohibición amplia de discriminación tanto en la Constitución como en la legislación laboral, lo cierto es que en la práctica no existió una garantía efectiva de este derecho hasta el establecimiento de la acción de tutela de derechos fundamentales⁵⁰. Esta acción permite garantizar algunos derechos fundamentales de los trabajadores reconocidos en la Constitución, y expresamente para denunciar actos discriminatorios, salvo aquellos cometidos en las ofertas de trabajo⁵¹. Este procedimiento se caracteriza por proteger al contratante más débil de la relación laboral⁵², revelando su naturaleza tutelar en, al menos, tres elementos. En primer lugar, el establecimiento de la garantía de indemnidad que constituye un derecho a no sufrir represalias por el ejercicio de acciones judiciales, por la participación del trabajador como testigo, o como consecuencia de la labor fiscalizadora de la Dirección del Trabajo⁵³. Esta garantía asegura el derecho a la tutela judicial efectiva, y con ello, protege eficazmente todos los derechos fundamentales

⁴⁶ GAMONAL (2020) p. 125.

⁴⁷ FUENTEALBA y otros (2022) p. 64.

⁴⁸ Tribunal Constitucional, 17/11/2011, c. 8°.

⁴⁹ Corte Suprema, 05/08/2015, c. 7° y 8°.

⁵⁰ CHILE, Ley N° 20.087.

⁵¹ CHILE, *Código del Trabajo*, Art. 485 inciso segundo. Sobre discriminación en el reclutamiento ver DURÁN-TOLEDO (2020).

⁵² UGARTE (2009a) p. 18.

⁵³ CHILE, *Código del Trabajo*, Art. 485 inciso tercero.

garantizados por la acción de tutela⁵⁴. En segundo lugar, este procedimiento incorpora una regla que altera la carga de la prueba, aligerando el peso para el denunciante cuando de los antecedentes entregados “resulten indicios suficientes de que se ha producido la vulneración de derechos fundamentales”⁵⁵. Ante tales indicios es el denunciado quien debe explicar los fundamentos y proporcionalidad de las medidas adoptadas. Esta regla “modifica la respuesta a la pregunta de quién debe soportar el sacrificio del hecho que no ha quedado suficientemente probado en el juicio, pero sobre el cual recae una razonable sospecha de su ocurrencia”⁵⁶. En tercer lugar, el juez puede ordenar de oficio o a petición de parte la suspensión de los efectos del acto impugnado cuando de los antecedentes del proceso aparezca que se trata de una lesión de especial gravedad o pueda causar efectos irreversibles⁵⁷.

Como era de esperarse, las características del procedimiento de tutela de derechos fundamentales permitieron que finalmente existiera una acción apta para garantizar el derecho a la no discriminación de los trabajadores. La creciente jurisprudencia y el interés correlativo de la dogmática han permitido asentar definiciones comunes. De este modo, las primeras sentencias que resolvieron casos de discriminación laboral la definieron como “una diferencia arbitraria, desigualdad de trato carente de justificación objetiva y razonable”⁵⁸. Es factible que esta noción de discriminación como arbitrariedad haya sido importada desde el derecho constitucional, y también desde las directrices interpretativas de la Dirección del Trabajo⁵⁹. Sin embargo, la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema ha avanzado desde la inicial definición de discriminación como arbitrariedad hacia un concepto que incluye las categorías. La Corte ha afirmado que “[e]l contenido del derecho a la no discriminación es, en estricto rigor, una prohibición, y consiste en la exclusión de cualquier trato en materia laboral que se funde en un criterio sospechoso o prohibido y que no tenga una justificación objetiva y razonable”⁶⁰. Así, en este concepto de discriminación concurren dos elementos: primero, un trato laboral diferenciado entre iguales, y segundo, que dicho trato se funde en un criterio sospechoso o prohibido⁶¹. La primera condición exige una diferencia de trato negativa, que priva al trabajador/a de un derecho o beneficio, provocando un perjuicio⁶². Además, supone la comparación de la situación del trabajador que alega discriminación con un par en la misma posición o situación⁶³. La segunda condición exige que la diferencia de trato se funde en un criterio sospechoso o prohibido⁶⁴.

⁵⁴ UGARTE (2009a) p. 37.

⁵⁵ CHILE, *Código del Trabajo*, Art. 493.

⁵⁶ UGARTE (2009b) p. 221.

⁵⁷ CHILE, *Código del Trabajo*, Art. 492.

⁵⁸ FUENZALIDA (2012), p. 105. Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción, 10/12/2018.

⁵⁹ En los primeros fallos de tutela sobre discriminación fue especialmente relevante el Dictamen N° 3704/134, que fijó el sentido y alcance de los incisos segundo y tercero del Art. 2° del Código del Trabajo.

⁶⁰ Corte Suprema, 10/07/2015.

⁶¹ UGARTE (2018) p. 146.

⁶² UGARTE (2018) p. 148.

⁶³ UGARTE (2018) p. 149. Por ejemplo, para determinar si una dirigente sindical había sufrido discriminación por género el tribunal identificó como comparador a un dirigente sindical varón en las mismas circunstancias. Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 09/03/2021, c. 10°.

⁶⁴ UGARTE (2018) p. 151.

Para algunos autores la actual definición de discriminación aplicable al derecho del trabajo admite también la hipótesis de discriminación indirecta, entendida como la imposición de medidas aparentemente neutras que impactan o afectan desproporcionadamente a personas que comparten una categoría prohibida⁶⁵. Desde los inicios de la jurisprudencia de discriminación existen fallos que acogen demandas de tutela argumentando la existencia de discriminación indirecta⁶⁶. Por ejemplo, se ha estimado que constituye discriminación indirecta cuando se despide a una trabajadora por su edad, aunque se intente justificar con un plan de reestructuración⁶⁷. Asimismo, cuando en aplicación de una facultad legal como el desahucio se discrimina a una trabajadora por su opinión política⁶⁸. Esta aplicación de la noción de discriminación indirecta dista de su conceptualización y uso en el derecho antidiscriminación comparado y del derecho internacional de los derechos humanos. Como bien explica Caamaño, para determinar si existe discriminación indirecta siempre se exige un análisis comparativo colectivo entre los miembros del grupo beneficiado y los miembros del grupo perjudicado por la medida en cuestión. “No se analiza la situación de un trabajador o trabajadora determinada, sino que su situación con relación a un grupo de trabajadores”⁶⁹. Lo que ha existido en estos casos es una discriminación directa que se intenta encubrir con el uso de facultades legales lícitas, pero cuya verdadera motivación fueron categorías prohibidas⁷⁰.

Respecto de la justificación de la discriminación en el ámbito laboral, el propio texto constitucional establece los parámetros: la capacidad e idoneidad personal. Estos criterios se relacionan con los requisitos vinculados al cargo o función que se espera que el trabajador desempeñe⁷¹. El Código del Trabajo reitera que las “exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas discriminación”⁷². Asimismo, respecto de las remuneraciones establece que no son consideradas arbitrarias las diferencias que se funden en “las capacidades calificaciones, idoneidad, responsabilidad o productividad”⁷³. Para una parte de la doctrina el estándar que permite determinar si se ha incurrido o no en una discriminación es la razonabilidad de la medida⁷⁴. Lo que busca el orden jurídico laboral es que las diferencias de trato tengan una fundamentación objetiva y razonable⁷⁵. Para otros autores, el estándar para determinar si una medida es o no discriminatoria es la proporcionalidad⁷⁶. Así, no es suficiente que el empleador de razones para justificar una diferencia de trato, sino que además es necesario

⁶⁵ CAAMAÑO (2005) pp. 85-7. RODRÍGUEZ (2013) p. 34. SEVERIN (2012) p. 72.

⁶⁶ FUENZALIDA (2012) p. 108.

⁶⁷ Juzgado del Trabajo de Valparaíso, 15/04/2009.

⁶⁸ Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción, 10/12/2018.

⁶⁹ CAAMAÑO (2001) p. 78.

⁷⁰ RODRÍGUEZ (2013) p. 38.

⁷¹ IRURETA (2006) p. 87.

⁷² CHILE, *Código del Trabajo*, Art. 2° inciso quinto.

⁷³ CHILE, *Código del Trabajo*, Art. 62 bis.

⁷⁴ IRURETA (2020).

⁷⁵ IRURETA (2020) p. 12.

⁷⁶ UGARTE (2018) p. 160.

medir el peso de estas razones en relación con su finalidad⁷⁷. La doctrina mayoritaria estima que el propio Art. 485 del Código del Trabajo establece que el principio de proporcionalidad es el parámetro para determinar la vulneración de derechos fundamentales de los trabajadores⁷⁸. Bajo esta interpretación, la prohibición de arbitrariedad se refiere al juicio de idoneidad, la exigencia de justificación implicaría un juicio de necesidad, y la alusión expresa a la desproporción significaría un juicio estricto de proporcionalidad⁷⁹. La postura contraria estima que aplicar un juicio de ponderación implica un ejercicio de abstracción y generalización de derechos cuyo contenido sí está especificado en la legislación vigente⁸⁰.

Cabe destacar que a diferencia de otros sistemas jurídicos⁸¹, en el derecho laboral chileno la sanción del acoso sexual evolucionó de forma independiente de la prohibición de discriminación. Las definiciones del acoso sexual y del acoso laboral han sido incorporadas en el Art. 2° del Código del Trabajo, como actos contrarios a la dignidad de las personas⁸². El acoso sexual consiste en que “una persona realice en forma indebida, por cualquier medio, requerimientos de carácter sexual, no consentidos por quien los recibe y que amenacen o perjudiquen su situación laboral o sus oportunidades en el empleo”. La configuración legal del acoso sexual dista de la conceptualización de discriminación, aunque puede argumentarse que este tipo de conductas son por sí mismas actos de discriminación, más aun considerando que afecta mayoritariamente a mujeres⁸³. Además de la posibilidad de ejercer la acción de tutela de derechos fundamentales, la investigación y sanción del acoso sexual en el ámbito laboral sigue un procedimiento especial ante el empleador y la Inspección del Trabajo⁸⁴. Por otro lado, el acoso laboral es conceptualizado por la misma norma como:

⁷⁷ UGARTE (2018), p. 161.

⁷⁸ CHILE, *Código del Trabajo*, Art. 485: “Se entenderá que los derechos y garantías a que se refieren los incisos anteriores resultan lesionados cuando el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador limita el pleno ejercicio de aquéllas sin justificación suficiente, en forma arbitraria o desproporcionada, o sin respeto a su contenido esencial”. Una de las primeras sentencias en un caso de tutela de derechos fundamentales adhirió a esta postura estableciendo: “Esta ponderación a través del principio de proporcionalidad en sentido amplio, opera a través de tres sub juicios: el de la adecuación, el de la necesidad y el de la proporcionalidad en sentido estricto. Si hecho el examen aludido, la conducta del empleador supera esos tres estándar establecidos, se podrá decir que prima el derecho del empleador y que no ha existido afectación sancionable de los derechos fundamentales del trabajador; por el contrario si no resiste alguno de esos análisis, la conclusión inevitable es que el actuar del empleador es prohibido por nuestro ordenamiento jurídico por ser vulneratorio inaceptablemente de los derechos fundamentales que asisten al trabajador.” Juzgado de Letras del Trabajo de Copiapó, 15/09/2008, c. 8°. En el mismo sentido, Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción, 16/06/2017.

⁷⁹ MELLA y DOMÍNGUEZ (2012) p. 195.

⁸⁰ FERRADA y WALTER (2011) pp. 100 y ss.

⁸¹ Por ejemplo, en Estados Unidos las primeras demandas por acoso sexual en los 70s fueron configuradas como casos de discriminación por sexo. MACKINNON y SIEGEL (2004) pp. 9-11. Asimismo, en Reino Unido la sanción del acoso laboral y sexual está incluido en la ley general antidiscriminación. Reino Unido, Equality Act 2010.

⁸² CHILE, Ley N° 20.005 modificó el Art. 2° del Código del Trabajo agregando la definición de acoso sexual. CHILE, Ley N° 20.607 incorporó la definición de acoso laboral.

⁸³ PALAVECINO (2006) p. 112.

⁸⁴ CHILE, *Código del Trabajo*, Arts. 211-A y ss.

toda conducta que constituya agresión u hostigamiento reiterados, ejercida por el empleador o por uno o más trabajadores, en contra de otro u otros trabajadores, por cualquier medio, y que tenga como resultado para el o los afectados su menoscabo, maltrato o humillación, o bien que amenace o perjudique su situación laboral o sus oportunidades en el empleo

El acoso laboral es pluriofensivo, pues afecta varios derechos fundamentales, incluyendo el derecho a la no discriminación⁸⁵. En este sentido, es difícil trazar una frontera entre actos discriminatorios y acoso laboral, especialmente considerando que ambos tipos de conducta suelen ser tratados conjuntamente por los tribunales al conocer acciones de tutela.

III. ¿QUÉ ES UNA CATEGORÍA DE DISCRIMINACIÓN Y CUÁLES SON SUS FUNCIONES?

En esta sección se pretende clarificar qué constituye una categoría de discriminación y cuáles son sus efectos jurídicos o funciones. Para ello, se da cuenta de los criterios asentados en el derecho internacional de los derechos humanos, en las legislaciones y jurisprudencia de sistemas jurídicos pioneros en la prohibición de discriminación, y en el desarrollo teórico del derecho antidiscriminación comparado. La pregunta sobre qué constituye una categoría se refiere a las razones por las cuales una característica, atributo o rasgo compartido por un grupo de personas da lugar a una categoría de discriminación. La pregunta sobre las funciones alude a los efectos jurídicos que producen las categorías en el derecho antidiscriminación, especialmente la forma en que protegen a las personas que conforman un grupo reconocido en una categoría.

Para el derecho internacional de los derechos humanos las categorías son un elemento central de la prohibición de discriminación⁸⁶. Siguiendo las definiciones que hacen algunos tratados internacionales⁸⁷, el Comité de Derechos Económicos y Sociales establece que discriminación es “toda distinción, exclusión, restricción o preferencia u otro trato diferente que directa o indirectamente se base en los motivos prohibidos de discriminación y que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos reconocidos en el Pacto”⁸⁸. En este sentido, lo que se entiende por discriminación es un tratamiento o impacto diferenciado vinculado a una característica personal, identidad, creencia o estatus, comúnmente denominado categoría⁸⁹.

Respecto de la discriminación en el empleo, el Convenio N° 111 de la OIT la define como “cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular

⁸⁵ CAAMAÑO y UGARTE (2014) p. 76.

⁸⁶ DÍAZ (2013) pp. 637-9.

⁸⁷ CONVENCION INTERNACIONAL SOBRE LA ELIMINACION DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACION RACIAL, Art. 1°. CONVENCION INTERNACIONAL SOBRE LA ELIMINACION DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACION CONTRA LA MUJER, Art. 1°. CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD, Art. 2°.

⁸⁸ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, Observación General N° 20, p. 7

⁸⁹ OFFICE OF THE UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS (OHCHR) e EQUAL RIGHTS TRUST, p. 19.

o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”⁹⁰. Desde la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 lo que ha sido considerado como categoría de discriminación ha evolucionado, incorporando cada vez más categorías⁹¹. Por ejemplo, la Convención Interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia incluye como categoría la identidad y expresión de género, condición migratoria, situación socioeconómica, característica genética, entre otras⁹². La mayoría de los tratados que prohíben la discriminación incluyen un listado abierto de categorías, admitiendo la posibilidad de reconocer características adicionales que pueden alcanzar el estatus de categoría de discriminación.

El derecho antidiscriminación desarrollado en sistemas jurídicos de países del *Common Law* también considera a las categorías como esenciales para la definición de lo que constituye discriminación. La teoría especializada sigue como modelos paradigmáticos la legislación antidiscriminación de Estados Unidos, Reino Unido, Canadá, India y Sudáfrica⁹³. En estos sistemas, la identificación de qué constituye una categoría de discriminación depende fuertemente del contexto político y social en el cual el derecho antidiscriminación se desarrolla⁹⁴. Por ejemplo, en Estados Unidos se estableció la prohibición de discriminación respecto de la categoría de “raza”, mientras que en el contexto europeo comenzó con las categorías de género y nacionalidad⁹⁵. Los diversos instrumentos que prohíben la discriminación incorporan las categorías bajo tres modelos: como un listado exhaustivo, como una cláusula general que deja la determinación de las categorías a la jurisprudencia, o como un listado abierto. En el primer modelo se inscribe, por ejemplo, el derecho antidiscriminación del Reino Unido, que establece un listado de categorías de discriminación que solo puede ser alterado a través de modificaciones legales o constitucionales⁹⁶. En el segundo modelo, el derecho antidiscriminación se desarrolla a partir de una cláusula general de igualdad y las categorías se construyen caso a caso por la jurisprudencia. El ejemplo paradigmático es Estados Unidos, que bajo la garantía constitucional de la igualdad (*Fourteenth Amendment*) deja en manos de la Corte Suprema definir qué grupos son protegidos⁹⁷. En el tercer modelo se establece un listado que identifica algunas categorías, pero se trata de una lista no exhaustiva en la cual pueden añadirse nuevas categorías por decisión judicial. Esta ha sido la opción de la Constitución de Sudáfrica y de la Convención Americana de Derechos Humanos, lo que permite a las cortes actualizar los motivos de discriminación cuando cambian las circunstancias⁹⁸.

⁹⁰ CONVENIO 111 OIT, CONVENIO SOBRE LA DISCRIMINACIÓN (empleo y ocupación), Art. 1.1.

⁹¹ OFFICE OF THE UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS (OHCHR) e EQUAL RIGHTS TRUST, p. 19.

⁹² CONVENCION INTERAMERICANA CONTRA TODA FORMA DE DISCRIMINACION E INTOLERANCIA, Art. 1.1.

⁹³ KHAITAN (2015) p. 3. En el mismo sentido, MOREAU (2020) p. 13.

⁹⁴ FREDMAN (2011) p. 110.

⁹⁵ FREDMAN (2011) p. 110.

⁹⁶ FREDMAN (2011) p. 113.

⁹⁷ FREDMAN (2011) p. 118.

⁹⁸ FREDMAN (2011) p. 125.

En el derecho antidiscriminación anglosajón se han consolidado algunos criterios jurisprudenciales que permiten explicar por qué algunas categorías son sospechosas, o por qué algunos grupos son especialmente protegidos. Sandra Fredman clasifica estos argumentos en cuatro grupos diferentes⁹⁹. En primer lugar, hay argumentos que se concentran en la inmutabilidad de una característica personal, la cual no puede ser cambiada a voluntad, como el origen étnico o la discapacidad¹⁰⁰. Estos argumentos han enfrentado el desafío del surgimiento de nuevas características que sí parecen depender de la voluntad de las personas, como el embarazo, la religión o la identidad sexual¹⁰¹. En estos casos se ha reforzado que algunas características sí pueden ser modificadas a voluntad, pero con un alto costo para la identidad personal¹⁰². En segundo lugar, otro tipo de argumentos se refiere a que los grupos protegidos por una categoría de discriminación han sido marginalizados del proceso político¹⁰³. El supuesto aquí es que la igualdad ante la ley en democracias mayoritarias debe remediar la insularidad de las minorías¹⁰⁴. Un tercer grupo de argumentos se refiere al concepto de dignidad humana, que obliga a rechazar aquellas distinciones que sirven para negar dignidad a un grupo de personas¹⁰⁵. Finalmente, Fredman identifica un cuarto tipo de argumentos que recurre a la historia de desventaja o prejuicio que ha sufrido un grupo determinado¹⁰⁶.

A pesar de la multiplicidad de razones por las que una categoría puede ser identificada como tal, la dogmática especializada ha intentado determinar algunos criterios comunes a todas las categorías de discriminación. Por ejemplo, para Tarunabh Khaitan este criterio es la desventaja que sufren algunos grupos respecto de otros, en relación con una misma característica. Este autor afirma que un elemento esencial del derecho antidiscriminación consiste en que la conducta prohibida debe conectarse con una característica o atributo personal¹⁰⁷. Estas características son universales, es decir, en teoría son aplicables a todos los individuos, pero permiten establecer grupos diferenciados¹⁰⁸. Un rasgo particular de las categorías de discriminación es que permiten clasificar personas en una o más clases o grupos¹⁰⁹. Por ejemplo, respecto de la característica personal “sexo” podemos establecer la existencia de al menos dos grupos: hombres y mujeres. Este rasgo universal no solo permite clasificar grupos distintos, sino que además los miembros de alguno de estos grupos son significativamente más propensos a sufrir desventajas sustanciales, generalizadas y dura-

⁹⁹ FREDMAN (2011) pp. 130-143.

¹⁰⁰ FREDMAN (2011) p. 131.

¹⁰¹ FREDMAN (2011) p. 132.

¹⁰² FREDMAN (2011) p. 132.

¹⁰³ FREDMAN (2011) p. 134.

¹⁰⁴ FREDMAN (2011) p. 134.

¹⁰⁵ FREDMAN (2011) p. 137.

¹⁰⁶ FREDMAN (2011) p. 138.

¹⁰⁷ KHAITAN (2015) p. 29.

¹⁰⁸ KHAITAN (2015) p. 29.

¹⁰⁹ KHAITAN (2015) p. 30.

deras¹¹⁰. En este sentido, lo que permiten las categorías de discriminación es identificar grupos aventajados y desventajados respecto de una misma característica (*advantage gap*)¹¹¹.

Para Khaitan, el derecho antidiscriminación protege a personas y grupos de personas definidos por categorías que reúnen dos condiciones: permiten clasificar personas en grupos con una distancia significativa de ventaja entre ellos, y constituyen un rasgo inmutable o esencial para la identidad personal, que, además, es normativamente irrelevante¹¹². Respecto de la primera condición, la desventaja relativa que sufren los grupos protegidos por las categorías de discriminación puede ser de distintos tipos. Algunos grupos son políticamente desventajados cuando su condición de minoría los hace electoralmente irrelevantes, o bien, cuando carecen de representación política¹¹³. Otros grupos sufren desventaja en un contexto sociocultural determinado cuando existen prejuicios y estereotipos negativos en su contra¹¹⁴. Asimismo, hay grupos que sufren desventajas materiales como pobreza y dificultades de acceso a bienes y servicios¹¹⁵. La segunda condición identificada por Khaitan refiere a que la característica debe ser inmutable o constituir una decisión fundamental para la identidad de las personas¹¹⁶. Con ello lo que se quiere reforzar es que la característica es normativamente irrelevante, es decir, que la posesión o no de este rasgo no debiera determinar nuestras oportunidades vitales¹¹⁷.

La propuesta de Michael Foran establece que hay tres condiciones necesarias para constituir una categoría de discriminación; se trata de características personales, con prominencia social y moralmente irrelevantes¹¹⁸. La primera condición requiere que la categoría corresponda a características que una persona puede tener como la raza, religión, edad, sin importar si se trata de un rasgo natural o inmutable¹¹⁹. Siguiendo el trabajo de Lippert-Rasmussen¹²⁰, Foran afirma que existe prominencia social (*social salience*) cuando pertenecer o no a un grupo determinado es importante para la estructura de interacciones sociales en variados contextos¹²¹. Lo relevante aquí es que la característica personal que constituye una categoría de discriminación impacta en las relaciones sociales de las personas, porque expresa sentimientos de distinta valoración moral, fundados en estereotipos y prejuicios¹²². Es este significado social lo que hace que una categoría como raza sea relevante para el derecho antidiscriminación, y no otras características personales como el color de pelo o de ojos. En tercer lugar, la característica personal y socialmente prominente debe ser además

¹¹⁰ KHAITAN (2015) p. 31.

¹¹¹ KHAITAN (2015) p. 50.

¹¹² KHAITAN (2015) p. 50.

¹¹³ KHAITAN (2015) p. 52.

¹¹⁴ KHAITAN (2015) p. 53.

¹¹⁵ KHAITAN (2015) p. 56.

¹¹⁶ KHAITAN (2015) p. 56.

¹¹⁷ KHAITAN (2015) p. 56.

¹¹⁸ FORAN (2022).

¹¹⁹ FORAN (2022) p. 8.

¹²⁰ LIPPERT-RASMUSSEN (2006).

¹²¹ FORAN (2022) p. 10.

¹²² FORAN (2022) p. 15.

moralmente irrelevante, es decir, no debieran afectar nuestras posibilidades de éxito en la vida¹²³. Por el contrario, existen características personales que sí pueden ser moralmente relevantes en determinados contextos, como por ejemplo los antecedentes penales o la reputación de una persona. Para Foran, otros elementos que han sido identificados para explicar las categorías de discriminación no son necesarios, sino que meramente contingentes¹²⁴. En este conjunto se encuentra la inmutabilidad de la característica personal y la exigencia de desventaja relativa entre grupos. Al contrario de lo afirmado por Khaitan, Foran destaca que no todas las categorías de discriminación benefician solo a los grupos desventajados, de hecho, en la mayoría de los sistemas jurídicos miembros de los grupos aventajados (por ejemplo, hombres blancos) pueden igualmente alegar discriminación¹²⁵.

Las dificultades para definir qué constituye una categoría de discriminación pueden explicarse por la existencia de diferentes fundamentos filosóficos del derecho antidiscriminación. Si bien la mayoría de las teorías señalan como fundamento la igualdad, esta puede entenderse en diferentes sentidos. Como afirma Moreau, lo reprochable de la discriminación puede referirse a la subordinación de algunos grupos en la sociedad, en el daño innecesario que afecta a las víctimas de discriminación, en la limitación de sus libertades y autonomía o en la denegación de igualdad de oportunidades¹²⁶. Dependiendo de los argumentos para fundamentar la prohibición de discriminación, los criterios para definir qué es una categoría pueden variar.

Moreau suscribe a una fundamentación pluralista del derecho antidiscriminación, argumentado que la discriminación puede afectar distintos valores, y por tal razón, no todas las categorías pueden definirse bajo los mismos criterios¹²⁷. Por ejemplo, un grupo puede ser identificado bajo una categoría porque ha sido injustamente subordinado a otro grupo social¹²⁸, porque la característica que comparte ha limitado su autonomía y libertad sobre cómo quieren vivir sus vidas¹²⁹, o porque no pueden acceder a bienes básicos, y no son percibidos como iguales en una sociedad determinada¹³⁰. Para esta autora, en todos los casos de discriminación, cualquiera sean los valores que finalmente son afectados, la vinculación con las categorías es esencial.

En la práctica, la determinación de los motivos de discriminación es el resultado de una “tensión creativa” entre distintas fuentes: textos constitucionales, legislación, interpretación judicial, e instrumentos regionales e internacionales¹³¹. Asimismo, la definición de las categorías es sensible a elementos sociales y políticos que exceden los márgenes de distintas ramas del derecho¹³², e incluso, del caso concreto que debe conocer un juez. Si bien

¹²³ FORAN (2022) p. 20.

¹²⁴ FORAN (2022) p. 23.

¹²⁵ FORAN (2022) p. 32.

¹²⁶ MOREAU (2020) p. 22.

¹²⁷ MOREAU (2020) p. 25.

¹²⁸ MOREAU (2020) pp. 62 y 74.

¹²⁹ MOREAU (2020) pp. 84 y 110.

¹³⁰ MOREAU (2020) p. 149.

¹³¹ FREDMAN (2011) p. 111.

¹³² CHAHUÁN y FLORES (2021) p. 233.

no existe unanimidad respecto de qué criterios son suficientes para definir qué constituye una categoría protegida por el derecho antidiscriminación, los criterios jurisprudenciales existentes refuerzan la idea de que las categorías manifiestan la prevalencia de actitudes que refuerzan desigualdades¹³³. La incorporación de categorías no sería un ejercicio azaroso o la pesquisa de meros ejemplos de arbitrariedad, sino que una búsqueda intencionada de proteger a las personas que experimentan más desventajas en un contexto histórico y social determinado. Es esta intención de proteger a determinados grupos lo que justifica la asimetría procesal que producen las categorías, distribuyendo cargas argumentativas y probatorias de forma desigual entre las partes¹³⁴.

Aunque las categorías han formado parte del derecho antidiscriminación desde sus orígenes, también han sido objeto de críticas. Por ejemplo, se ha resaltado que poner énfasis en las categorías termina por “esencializar” las diferencias, estigmatizando a ciertos grupos como opuestos a lo que se considera normal¹³⁵. De este modo, se resta importancia a las desventajas que sufre un grupo identificado por la categoría, y se busca una identidad o características comunes entre los miembros del grupo marginado¹³⁶. Coddou sostiene que el derecho antidiscriminación no es una mera extensión de la política identitaria, y, por ello, la construcción de categorías de discriminación no puede traducirse en un reconocimiento ciego de identidades sociales¹³⁷.

También se ha criticado que las categorías no logran traducir efectivamente la realidad de las personas más desventajadas, capturando al derecho antidiscriminación en explicaciones artificiales¹³⁸. Tal como explica Kimberlé Crenshaw, en la práctica las discriminaciones no se producen como consecuencia de una sola categoría¹³⁹. Por ejemplo, la discriminación que experimenta una mujer afroamericana no puede ser correctamente examinada forzando una de las categorías disponibles (sexo o raza), sino que solo considerando la intersección entre ambas¹⁴⁰. En el mismo sentido, la experiencia de los grupos más marginados de una sociedad solo puede entenderse como un cúmulo de desventajas¹⁴¹. Como respuesta a estas críticas, el derecho internacional de los derechos humanos ha consolidado el reconocimiento de la discriminación múltiple¹⁴², que incluye la discriminación basada en más de una categoría (acumulativa) o por una combinación de categorías que produce un daño particular (interseccional)¹⁴³.

¹³³ FORAN (2022) p. 36.

¹³⁴ SABA (2019) pos. 1262.

¹³⁵ YOUNG (2011) p. 151.

¹³⁶ YOUNG (2011) p. 152.

¹³⁷ CODDOU (2020) p. 99.

¹³⁸ FREDMAN (2001) p. 157.

¹³⁹ CRENSHAW (1989).

¹⁴⁰ CRENSHAW (1989).

¹⁴¹ WOLFF y DE-SHALIT (2007) p. 72.

¹⁴² COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, Observación General N° 20, párrs. 17 y 27.

¹⁴³ OFFICE OF THE UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS (OHCHR) e EQUAL RIGHTS TRUST, Parte II, letra c).

A pesar de las dificultades teóricas de definir qué son las categorías de discriminación, y de las críticas respecto de su formulación, estas siguen siendo un elemento esencial de la arquitectura del derecho antidiscriminación. Siguiendo la dogmática especializada y el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos, es posible concluir que las categorías de discriminación cumplen, al menos, cuatro funciones en la legislación antidiscriminación. En primer lugar, las categorías son parte esencial de la definición de discriminación. Tratamientos diferenciados, o incluso desfavorables, no son por sí mismos suficientes para alegar discriminación, pues es esencial que tal diferenciación se base o esté asociada a una categoría¹⁴⁴. Esto se explica por el origen histórico del derecho antidiscriminación, y también por los fines que intenta cumplir en la sociedad. La instauración de un derecho antidiscriminación necesita atender, no solo a un caso individual, sino que además a lo que ocurre en un contexto social amplio¹⁴⁵. Los actos de discriminación que se pretende sancionar y erradicar no son conductas aleatoriamente irracionales o arbitrarias, sino que prácticas generalmente reiteradas, que afectan a algunos grupos claramente identificables¹⁴⁶. Un acto arbitrario puede ser estimado como contrario al principio de igualdad, pero no podría ser definido como discriminación. Por ejemplo, diferenciaciones basadas en el color de ojos de las personas pueden considerarse arbitrarias o irracionales, pero no pueden calificarse jurídicamente como discriminación¹⁴⁷.

En segundo lugar, las categorías redistribuyen cargas argumentales y probatorias. En general, cuando se invoca una categoría de discriminación los tribunales requieren una justificación más exigente de la conducta denunciada. El ejemplo paradigmático es Estados Unidos, y la doctrina de la Corte Suprema de ese país respecto de determinadas categorías sospechosas de discriminación (*suspect classification*). Esta Corte ha desarrollado tres estándares distintos respecto de violaciones de la cláusula general de igualdad: uno que admite que la legislación establezca diferenciaciones si se vinculan racionalmente con un interés estatal legítimo (razonabilidad)¹⁴⁸, otro que exige motivos especialmente calificados cuando se establecen diferencias sobre la base de categorías sospechosas (escrutinio estricto)¹⁴⁹, y un escrutinio intermedio cuando se hacen distinciones basadas en categorías cuasi-sospechosas¹⁵⁰. En un sentido similar, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que las categorías expresamente enumeradas en el Art. 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos constituyen categorías protegidas, así como otras categorías de entidad asimilable¹⁵¹. Para la Corte, el escrutinio estricto consiste en un triple test de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto¹⁵². Otra consecuencia de este test calificado

¹⁴⁴ MCCOLGAN (2016) p. 39.

¹⁴⁵ CHAHUÁN y FLORES (2021) p. 230.

¹⁴⁶ HAVELKOVÁ (2019) p. 77.

¹⁴⁷ KHAITAN (2015) p. 37.

¹⁴⁸ FREDMAN (2011) p. 118.

¹⁴⁹ STRAUSS (2011) p. 137.

¹⁵⁰ STRAUSS (2011) p. 137.

¹⁵¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso I.V. vs. BOLIVIA, pár. 240.

¹⁵² Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso I.V. vs. BOLIVIA, pár. 241.

es que la Corte invierte la carga de la prueba, exigiendo “a la autoridad [estatal] demostrar que su decisión no tenía un propósito ni un efecto discriminatorio”¹⁵³.

En tercer lugar, las categorías son fundamento y justificación de la discriminación indirecta y de acciones afirmativas. En la medida en que el derecho antidiscriminación se complejiza, estableciendo deberes positivos y no solo una prohibición de conductas discriminatorias, la existencia de categorías claras y pre definidas es más apremiante¹⁵⁴. En el caso de la discriminación indirecta, una medida aparentemente neutral perjudica a personas que pertenecen a un grupo protegido por una categoría, y tal medida no puede ser justificada¹⁵⁵. Aquí el reproche no ocurre respecto de la motivación de una conducta que afecta a una persona, sino que por sus efectos en grupos que la ley protege especialmente. Sin vincular una medida o práctica a alguna categoría de discriminación no es posible fundamentar la existencia de discriminación indirecta. Asimismo, las acciones afirmativas, definidas como cualquier tipo de medida destinada a beneficiar grupos desventajados y reconocidos en una categoría¹⁵⁶, requiere identificar claramente a qué grupos va a beneficiar.¹⁵⁷ En ambos casos, la noción de discriminación es insuficiente pues es imprescindible identificar *ex ante* qué grupos son protegidos, o pueden ser objeto de preferencias.

En cuarto lugar, las categorías permiten organizar distintos niveles de protección. Cuando el derecho antidiscriminación evoluciona hacia la promoción de la igualdad, esto ocurre respecto de algunas categorías especialmente protegidas y estableciendo medidas específicas para cada una de ellas. Así ha sido la evolución del derecho internacional de los derechos humanos, al otorgar protección a grupos vulnerables que están en mayor riesgo de sufrir violaciones de derechos humanos que otros grupos en circunstancias similares¹⁵⁸. Las personas con discapacidad, mujeres, niños y niñas son grupos de personas que enfrentan discriminación sistemática y que tienen desafíos específicos para ejercer derechos humanos básicos¹⁵⁹. Por ejemplo, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad establece como una forma específica de discriminación en contra de este grupo la denegación de ajustes razonables, entendidas como las modificaciones o adaptaciones necesarias y proporcionadas para garantizar el ejercicio de todos los derechos humanos y libertades fundamentales a personas con discapacidad, en igualdad de condiciones¹⁶⁰. Este estándar se replica en algunos sistemas jurídicos nacionales, imponiendo a entes públicos y privados proteger más intensamente a personas con discapacidad, proporcionando adecuaciones razonables¹⁶¹.

¹⁵³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, CASO ATALA RIFFO y NIÑAS VS. CHILE, párr. 124.

¹⁵⁴ MCCOLGAN (2016) p. 59.

¹⁵⁵ COLLINS y KHAITAN (2018) pos. 80.

¹⁵⁶ O’CINNEIDE (2006) p. 354.

¹⁵⁷ Khaitan refuerza la necesidad de vincular las acciones afirmativas con la identificación clara de los grupos para los cuáles está diseñada, pues medidas universales para remediar desventajas no son acciones afirmativas. KHAITAN (2015) p. 220.

¹⁵⁸ NIFOSI-SUTTON (2017) p. 268.

¹⁵⁹ NIFOSI-SUTTON (2017) p. 268.

¹⁶⁰ CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD, Art. 2°.

¹⁶¹ Este es el caso de REINO UNIDO, *Equality Act 2010*, Section 39 (5).

IV. FUNCIONES DE LAS CATEGORÍAS EN LA DISCRIMINACIÓN LABORAL

Tal como se estableció anteriormente, la tesis dogmática y jurisprudencial mayoritaria define discriminación laboral como un trato diferenciado, que se funda en un criterio sospechoso o prohibido y que no cuenta con una justificación objetiva y razonable. Asimismo, la posición mayoritaria estima que el listado de categorías del Art. 2° del Código del Trabajo es un catálogo abierto y residual, pues las únicas razones para establecer diferencias justificadas son la capacidad e idoneidad personal. Siendo así, las categorías de discriminación incorporadas en la legislación laboral parecen no cumplir una función jurídica específica. Siguiendo a Ugarte, el catálogo no sería relevante jurídicamente pues no cumple función alguna en la determinación de discriminación, salvo aportar una ventaja argumentativa para el denunciante, ya que se da por supuesto el carácter prohibido de la categoría¹⁶². Esta posición concuerda con lo que Díaz de Valdés ha afirmado respecto del rol de las categorías en el derecho constitucional, al estimar que no se ha adoptado una noción unívoca de categorías sospechosas ni en la legislación ni en la jurisprudencia, lo que impide que generen algún efecto práctico¹⁶³.

Es claro que las categorías de discriminación no cumplen actualmente la función de redistribuir cargas de argumentación y prueba en la configuración de la discriminación laboral. Las razones por las que la evolución del derecho del trabajo se ha inclinado en este sentido son variadas. Influye la persistente identificación de discriminación con arbitrariedad importada desde el derecho constitucional, que asume el daño de la conducta discriminatoria en la ausencia de razones más que en sus efectos sobre algunos grupos especialmente desventajados. Asimismo, creo que ha sido relevante el origen de la incorporación del listado, que obedeció al cumplimiento de obligaciones internacionales del Estado más que a una conversación política y social acerca de la discriminación laboral en el país. Sin perjuicio de lo anterior, creo que una razón poderosa ha sido que la acción que actualmente permite garantizar el derecho a la no discriminación en el trabajo ya incorpora facilidades probatorias para la parte demandante. En este sentido, el procedimiento de tutela de derechos fundamentales reemplaza el efecto de las categorías, aumentando la carga de justificación de los empleadores. Conforme al Art. 493 del Código del Trabajo, basta que el demandante aporte indicios suficientes de que se ha producido una vulneración de derechos fundamentales para que el demandante tenga la carga de probar la proporcionalidad de su conducta¹⁶⁴. En este contexto, no es necesario que las categorías cumplan un rol facilitador de la argumentación de los demandantes porque el propio procedimiento laboral ya lo contempla. No ha sido necesario empujar una teoría de categorías sospechosas desde la academia o la jurisprudencia, porque no tendrían un efecto útil en el actual procedimiento. Esto dista de los procedimientos vigentes para denunciar discriminaciones en otros ámbitos, en los cuales no existen facilidades argumentales ni probatorias¹⁶⁵.

¹⁶² UGARTE (2018) p. 158.

¹⁶³ DÍAZ DE VALDÉS (2018) pp. 200 y ss.

¹⁶⁴ Para un análisis con mayor profundidad sobre la carga de la prueba en el proceso laboral, UGARTE (2009b).

¹⁶⁵ MUÑOZ (2018).

En mi opinión, cuando la doctrina establece que las categorías no cumplen ninguna función en la discriminación laboral esto supone considerar que su único efecto jurídico es establecer criterios sospechosos que exijan un nivel distinto de escrutinio judicial. Como se detalló en secciones precedentes, las categorías no solo redistribuyen cargas argumentales, sino que también pueden tener otras funciones. Aquí sostengo que las categorías sí forman parte de la definición de discriminación en el ámbito del trabajo, y no constituyen meras ejemplificaciones de arbitrariedad. La doctrina laboral, aunque no de forma unánime, ha llegado a establecer que, aunque se trata de un catálogo abierto de categorías de discriminación, siempre debe existir conexión con alguna categoría para que se configure un acto discriminatorio. Si bien la arbitrariedad es un elemento del concepto de discriminación, por sí solo no es suficiente. Como afirma Ugarte, la justificación de las decisiones del empleador ha sido un elemento relevante del Derecho del Trabajo, y, por ejemplo, los despidos injustificados son considerados ilegales¹⁶⁶. Esto no equivale necesariamente a un despido discriminatorio, “ya que se requiere de un plus de gravedad que justifica el reproche de rango constitucional: el despido se funda en una razón inaceptable desde el punto de vista de las convenciones morales dominantes...”¹⁶⁷. Los tribunales así lo han entendido cuando resuelven demandas por despido injustificado y despido discriminatorio, afirmando que “[aunque] el despido del que fue objeto la actora no hubiera sido vulneratorio de garantías fundamentales no significa que este no pudiera resultar injustificado”¹⁶⁸.

Actualmente, la tendencia jurisprudencial dominante exige que los demandantes puedan vincular el tratamiento diferenciado y arbitrario que denuncian con alguna categoría, ya sea una contemplada por el Art. 2° del Código del Trabajo o contenida en otra legislación¹⁶⁹. Por ejemplo, una demanda por despido discriminatorio fue rechazada afirmando que “el legislador exige perentoriamente que el denunciante invoque alguno de los criterios sospechosos que se enuncian en el artículo segundo inciso cuarto del Código Laboral, sin que en la denuncia exista mención a alguno de aquellos, lo cual constituye motivo bastante y suficiente para desechar la denuncia”¹⁷⁰. Del mismo modo, un tribunal del trabajo acogió una demanda por despido discriminatorio deducida por una funcionaria del Ministerio Público, quien fue sorprendida enviando institucionalmente productos que ofrecía y vendía durante el horario de trabajo¹⁷¹. La I. Corte de Apelaciones de Santiago anuló esta sentencia, estableciendo que

ninguna de estas circunstancias se corresponde con las categorías de discriminación que ampara la norma citada, motivo por el cual aún de entenderse que la reseña contemplada en la

¹⁶⁶ UGARTE (2018) p. 146.

¹⁶⁷ UGARTE (2018) p. 146.

¹⁶⁸ Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso, 20/01/2016, c. 19°.

¹⁶⁹ Corte Suprema, 10/07/2015.

¹⁷⁰ Juzgado de Letras del Trabajo de Tomé, 20/05/2021, c. 14°. En el mismo sentido, se ha establecido que “en el caso de autos se ha reclamado un trato desigual pero desligado de cualquier criterio sospechoso, por lo que –conceptualmente– no logra configurar la discriminación laboral alegada”. Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 17/02/2021, c. 4°.

¹⁷¹ Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 07/01/2019.

ley no es taxativa, queda claro que aquella está destinada a evitar daños que puedan sufrir los/as trabajadores/as en su dignidad en tanto personas, pero no en los avatares generales de su desempeño¹⁷².

Esta sentencia fue impugnada ante la Corte Suprema a través de un recurso de unificación de jurisprudencia, el cual fue rechazado estableciendo que no se trataba de un dilema interpretativo acerca de la taxatividad del catálogo de categorías¹⁷³.

Desde la incorporación inicial del listado del Art. 2° del Código del Trabajo se han sumado más categorías como la situación socioeconómica, idioma, creencias, participación en organizaciones gremiales, orientación sexual, identidad de género, filiación, apariencia personal, enfermedad o discapacidad¹⁷⁴, maternidad, lactancia materna y el amamantamiento¹⁷⁵. A pesar de la entrada tardía de las categorías, actualmente el concepto de discriminación laboral requiere que los demandantes vinculen el tratamiento arbitrario que denuncian con una de las categorías protegidas en la legislación nacional o internacional¹⁷⁶. Que se trate de un listado abierto no quiere decir que las categorías no sean un elemento esencial de la definición de discriminación. Sin perjuicio de esto, el fundamento de qué constituye una categoría sigue siendo confuso, pues ni la jurisprudencia judicial ni la administrativa han aportado criterios en ese sentido. Si un demandante hipotético intenta agregar una nueva categoría no mencionada en alguno de los catálogos legales vigentes, no contamos con criterios jurisprudenciales para determinar cuándo un rasgo merece ser considerado como una categoría de discriminación¹⁷⁷. De hecho, cuando la Dirección del Trabajo se ha referido a la incorporación de nuevas categorías reitera que la Constitución prohíbe cualquier tipo de discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal¹⁷⁸.

Otra función que considero que las categorías sí cumplen en la discriminación laboral es la de otorgar distintos niveles de protección. Haciendo una interpretación sistemática de la legislación laboral vigente es posible identificar algunos grupos de personas que tienen distintos niveles de protección, y que exigen del empleador no solo no discriminar, sino que además realizar ciertas conductas para promover la igualdad u otros intereses. Por ejemplo, las mujeres cuentan con una protección más intensa y específica en relación con el embarazo, la maternidad y las remuneraciones. Antes de la incorporación del listado de categorías, el inciso final del Art. 194 del Código del Trabajo ya impedía condicionar la contratación, promoción o movilidad en su empleo a la ausencia de embarazo, prohibien-

¹⁷² Corte de Apelaciones de Santiago, 31/07/2019, c. 3°.

¹⁷³ Corte Suprema, 01/09/2020, c. 5°.

¹⁷⁴ CHILE, Ley N° 20.940. El objeto de esta modificación fue concordar el listado de categorías del Código del Trabajo, con aquél incorporado en la Ley N° 20.609. Ver CHILE, Dictamen de la Dirección del Trabajo N° 1300-0030.

¹⁷⁵ CHILE, Ley N° 21.155.

¹⁷⁶ Corte Suprema, 05/08/2015, c. 7° y 8°.

¹⁷⁷ Coddou afirma que lo mismo ocurre en la jurisprudencia constitucional, pues no existe claridad acerca de las razones por las cuáles ciertos criterios ameritan una sospecha de discriminación arbitraria. CODDOU (2020) p. 275.

¹⁷⁸ CHILE, Dictamen de la Dirección del Trabajo N° 1300-0030. El borrador de Constitución entregado por la Convención Constitucional, rechazado en 2022, reiteró la misma fórmula del Art. 19 N° 16 actualmente vigente.

do expresamente exigir certificados o exámenes para verificarlo¹⁷⁹. Asimismo, existen una serie de protecciones a la maternidad de larga data como el descanso de maternidad¹⁸⁰, el fuero¹⁸¹, el derecho a alimentar a niños menores de dos años¹⁸², y la obligación del empleador de tener sala cuna o pagar los gastos equivalentes¹⁸³. Respecto de las remuneraciones, el Art. 62 bis del Código del Trabajo establece el principio de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres que presten el mismo trabajo¹⁸⁴. Para dar efectividad a este principio se estableció un procedimiento de denuncia ante la empresa, y la obligación para empresas de más de 200 trabajadores de crear un registro que identifique los cargos o funciones y sus características técnicas esenciales¹⁸⁵.

Todas las medidas descritas son elementos adicionales de protección que buscan acomodar las especiales circunstancias de la mujer trabajadora embarazada y/o madre, y garantizar la igualdad de género en la retribución del trabajo. En estos casos el empleador debe hacer más que no incurrir en diferencias arbitrarias, y los jueces cuentan con elementos adicionales para determinar cuándo una conducta es discriminatoria. Sin perjuicio de ello, la forma en que se ha implementado la protección de la maternidad y la igualdad de remuneraciones ha sido criticada, justamente, por sus efectos en la igualdad de género. Respecto de la protección de la maternidad se ha afirmado que muchas de estas medidas en realidad buscan proteger la infancia, la familia y el bien común, no necesariamente los derechos de la mujer trabajadora¹⁸⁶. Asimismo, se ha criticado que la forma en que la legislación laboral trata la maternidad refuerza estereotipos de género que dejan a la mujer como principal responsable del cuidado de los hijos¹⁸⁷. Respecto de la igualdad de remuneraciones se ha constatado su nula eficacia, pues sujeta el ejercicio de la acción judicial a una denuncia interna muy compleja de realizar, por la falta de información sobre remuneraciones y por el temor a sufrir represalias¹⁸⁸.

Otro grupo que recibe una protección especial en el empleo son las personas con discapacidad, respecto de las cuales se busca no solo evitar discriminaciones, sino que además promover la igualdad de oportunidades. Esto implica “la adopción de medidas de acción positiva orientadas a evitar o compensar las desventajas de una persona con discapacidad para participar plenamente en la vida política, educacional, laboral, económica, cultural y social”¹⁸⁹. En este contexto, las medidas contra la discriminación no solo inhiben conduc-

¹⁷⁹ CHILE, Ley N° 19.591.

¹⁸⁰ CHILE, Código del Trabajo, Arts. 195 y ss.

¹⁸¹ CHILE, Código del Trabajo, Art. 201.

¹⁸² CHILE, Código del Trabajo, Art. 206. Recientemente se incorporó como parte del derecho de alimentación el derecho al amamentamiento libre, que exige de los empleadores otorgar facilidades para la extracción y almacenamiento de leche. Chile, Ley N° 21.155, Art. 2°.

¹⁸³ CHILE, *Código del Trabajo*, Art. 203.

¹⁸⁴ CHILE, Ley N° 20.348.

¹⁸⁵ CHILE, *Código del Trabajo*, Art. 154 N° 6.

¹⁸⁶ CASAS y VALENZUELA (2012) p. 98

¹⁸⁷ CAAMAÑO (2009) p. 199.

¹⁸⁸ ROJAS (2021) p. 158.

¹⁸⁹ CHILE, Ley N° 20.422, Art. 7°.

tas, sino que además exigen medidas de accesibilidad, realización de ajustes necesarios y prevención de conductas de acoso¹⁹⁰. La propia ley define ajustes necesarios como

las medidas de adecuación del ambiente físico, social y de actitud a las carencias específicas de las personas con discapacidad que, de forma eficaz y práctica y sin que suponga una carga desproporcionada, faciliten la accesibilidad o participación de una persona con discapacidad en igualdad de condiciones que el resto de los ciudadanos¹⁹¹.

Estos ajustes se exigen expresamente en el ámbito laboral durante los procesos de selección¹⁹², y como parte del reglamento interno de higiene y seguridad de cada empresa, para permitir un desempeño laboral adecuado a los trabajadores con discapacidad¹⁹³. Asimismo, se permite que en empresas con más de un 30% de afiliación sindical, los sindicatos y el empleador acuerden condiciones especiales de trabajo en beneficio de personas con discapacidad, pactando jornadas de trabajo presencial y no presencial¹⁹⁴. La efectividad de las medidas descritas depende principalmente de la fiscalización realizada por la Dirección del Trabajo, por lo que su judicialización ha sido escasa. Sin perjuicio de ello, es esperable que la no provisión de ajustes necesarios pase a ser parte del contenido de la definición de discriminación en contra de personas con discapacidad. Así ha ocurrido respecto de las evaluaciones en establecimientos de educación¹⁹⁵, y de los accesos al transporte público¹⁹⁶, obligando a particulares a proveer estos ajustes para garantizar los derechos de personas con discapacidad.

Además de las medidas descritas, la Ley de Inclusión Laboral de Personas con Discapacidad establece una auténtica acción afirmativa en favor de las personas con discapacidad exigiendo a las empresas de más de 100 trabajadores contratar al menos 1% de personas con discapacidad o beneficiarias de pensión de invalidez¹⁹⁷. Se trata de una medida flexible, pues las empresas que por razones fundadas no puedan cumplir con esta cuota pueden, subsidiariamente, celebrar contratos con empresas que contraten personas con discapacidad, o efectuar donaciones a fundaciones relacionadas con la discapacidad¹⁹⁸. Conforme al reglamento, solo constituyen razones fundadas la especial naturaleza de las funciones que desarrolla la empresa, y la falta de personas con discapacidad interesadas en las ofertas de trabajo que formule el empleador¹⁹⁹. La Dirección del Trabajo ha contabilizado que a junio

¹⁹⁰ CHILE, Ley N° 20.422, Art. 8°.

¹⁹¹ CHILE, Ley N° 20.422, Art. 8°, inciso tercero. La Dirección del Trabajo ha establecido que esta es la definición de ajustes necesarios aplicable al ámbito laboral, pues ha sido definida expresamente por el legislador. Sin perjuicio de lo anterior, la Dirección también refiere a la definición de ajustes razonables de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. CHILE, Dictamen de la Dirección del Trabajo N° 4137/101.

¹⁹² CHILE, Ley N° 20.422, Art. 24.

¹⁹³ CHILE, *Código del Trabajo*, Art. 154 N° 7.

¹⁹⁴ CHILE, *Código del Trabajo*, Arts. 374 y ss. Dictamen de la Dirección del Trabajo N° 4137/101.

¹⁹⁵ Corte Suprema, 10/10/2019. En el mismo sentido, Corte Suprema, 29/12/2020.

¹⁹⁶ Corte Suprema, 25/07/2018.

¹⁹⁷ CHILE, *Código del Trabajo*, Art. 157 bis.

¹⁹⁸ CHILE, *Código del Trabajo* Art. 157 ter. Ver Dictamen de la Dirección del Trabajo N° 6245/047.

¹⁹⁹ Decreto N° 64, Ministerio del Trabajo y Previsión Social, Art. 7°.

de 2022 se han registrado más de 88 mil contratos de este tipo, correspondiendo un 63,7% a hombres y un 36,3% a mujeres²⁰⁰.

La protección especial a estos grupos, mujeres y personas con discapacidad, demuestran que las categorías también permiten identificar y organizar distintos niveles de protección en la legislación laboral chilena. Esto admite presumir que, al menos, respecto de estos grupos el legislador reconoce una posición de desventaja que amerita no solo la prohibición de discriminación en el empleo, sino que además acciones positivas de parte del Estado y los empleadores. Asimismo, podría estimarse que la evolución del derecho antidiscriminación nacional demuestra que sí existe un esfuerzo por identificar grupos históricamente desventajados, reconocidos en las categorías identificadas en la Ley Zamudio²⁰¹, o en el listado de categorías incluido en la prohibición de discriminación del borrador constitucional rechazado en 2022²⁰². Sin perjuicio de esto, creo que aún no es posible afirmar que las categorías contenidas en distintos listados de la legislación nacional tengan un fundamento teórico y político común. Al menos en el ámbito del trabajo, la fórmula residual de entender como discriminatoria toda diferenciación que no se base en la idoneidad y capacidad personal es persistente en la dogmática y la jurisprudencia²⁰³.

Las funciones que estimo que cumplen las categorías en la discriminación laboral evidencian una vinculación más fuerte con las categorías, al menos más que en la noción de discriminación como mera arbitrariedad existente en el derecho constitucional. Esto permite presumir que el derecho antidiscriminación, al menos en sede laboral, puede avanzar exigiendo algo más que la prohibición de actos discriminatorios. Sin embargo, para que los empleadores puedan ser jurídicamente obligados a cumplir ciertas medidas o estándares de promoción de la igualdad es preciso que exista claridad acerca de qué grupos son protegidos. Es la vulnerabilidad y desventaja de algunos grupos de personas en una sociedad determinada lo que permite justificar que exista un tratamiento especial para favorecerlos. En la medida en que el derecho antidiscriminación laboral admita casos auténticos de discriminación indirecta, se extienda efectivamente a las ofertas de trabajo, exija ajustes razonables o medidas afirmativas, será necesario que los empleadores sepan de antemano qué grupos merecen tal protección²⁰⁴. Las medidas para favorecer a algunos grupos, o que promueven la igualdad y diversidad en los espacios laborales son aplicables respecto de ca-

²⁰⁰ DIRECCIÓN DEL TRABAJO, Infografía.

²⁰¹ CHILE, Ley N° 20.609, Art. 2°.

²⁰² Art. 25 N° 4 del texto propuesto por la Comisión de Armonización de la Convención Constitucional: “Está prohibida toda forma de discriminación, en especial cuando se funde en uno o más motivos tales como nacionalidad o apatridia, edad, sexo, características sexuales, orientación sexual o afectiva, identidad y expresión de género, diversidad corporal, religión o creencia, raza, pertenencia a un pueblo y nación indígena o tribal, opiniones políticas o de otra naturaleza, clase social, ruralidad, situación migratoria o de refugio, discapacidad, condición de salud mental o física, estado civil, filiación o condición social, y cualquier otra que tenga por objeto o resultado anular o menoscabar la dignidad humana, el goce y ejercicio de los derechos”.

²⁰³ De hecho, la propuesta de nueva constitución replicaba esta fórmula estableciendo que “Se prohíbe cualquier discriminación laboral, el despido arbitrario y toda distinción que no se base en las competencias laborales o idoneidad personal”. El Art. 46 N° 3 del texto propuesto por la Comisión de Armonización de la Convención Constitucional.

²⁰⁴ MCCOLGAN (2016) p. 59.

tegorías determinadas. Por tanto, la complejización del derecho antidiscriminación conlleva necesariamente un debate sobre las categorías, o más bien, sobre los grupos que merecen tal protección en nuestra sociedad.

V. CONCLUSIONES

En el derecho constitucional chileno se ha verificado la existencia de, al menos, dos conceptos de discriminación que remiten a distintas concepciones sobre la igualdad. La primera identifica la discriminación con la arbitrariedad, y se vincula con una concepción formal de igualdad que reprocha la falta de razonabilidad de tratamientos diferenciados. La segunda relaciona el concepto con el fenómeno social de la discriminación, que implica la desventaja y vulnerabilidad que sufren algunos grupos en la sociedad. Lo que se reprocha aquí no es la ausencia de razones, sino que los efectos en grupos históricamente discriminados. Optar por una u otra conceptualización de discriminación tiene consecuencias teóricas y prácticas relevantes. Una de las más importantes es que la noción de discriminación como arbitrariedad desconoce la existencia de grupos históricamente desventajados, y por ello, es más difícil lograr justificar medidas para favorecerlos.

Siguiendo el desarrollo del derecho antidiscriminación en países pioneros del *Common Law* y de algunas definiciones del derecho internacional de los derechos humanos es posible establecer que las categorías son una pieza fundamental de la arquitectura del derecho antidiscriminación. Si bien no existe consenso sobre los rasgos que pueden constituir una categoría, sí puede afirmarse que establecen la protección de grupos determinados, que son o han sido más propensos a sufrir desventaja, subordinación o vulnerabilidad. En el derecho antidiscriminación, las categorías cumplen las siguientes funciones: forman parte esencial de la definición de discriminación, permiten redistribuir cargas argumentales y probatorias, son fundamento y justificación de la discriminación indirecta y de acciones afirmativas, y permiten organizar distintos niveles de protección.

En el derecho laboral chileno la definición del concepto de discriminación ha recibido la influencia del derecho constitucional, por ello, desde un inicio la noción de discriminación ha sido identificada con la proscripción de la arbitrariedad. Sin embargo, la incorporación de categorías en la definición legal de discriminación, y el desarrollo dogmático y jurisprudencial han cambiado esta fórmula. En este trabajo se ha argumentado que las categorías cumplen, al menos, dos funciones relevantes. En primer lugar, sí forman parte esencial de la definición de discriminación laboral, pues además de la arbitrariedad se exige una vinculación con las categorías. En segundo lugar, las categorías sirven para organizar distintos niveles de protección de la legislación laboral para dos grupos determinados: las mujeres y las personas con discapacidad. Esta protección reforzada implica obligar a los particulares (empleadores) a realizar acciones más allá de una prohibición general de discriminación. La verificación de estas funciones es también evidencia de que el concepto de discriminación laboral ha avanzado desde la doctrina constitucional inicial hacia el reconocimiento de la existencia de grupos desventajados o más vulnerables a sufrir discriminación. Esta evolución permite prever que el derecho laboral local podría desarrollar un derecho antidiscriminación más complejo, que incorpore medidas de promoción de la igualdad en el mundo del trabajo.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- CAAMAÑO ROJO, Eduardo (2001): “La discriminación laboral indirecta”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. 12, N° 2: pp. 67-81.
- CAAMAÑO ROJO, Eduardo (2003): “La tutela del derecho a la no discriminación por razones de sexo durante la vigencia de la relación laboral”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. 14: pp. 25-41.
- CAAMAÑO ROJO, Eduardo (2005): *El derecho a la no discriminación en el empleo* (Santiago, Editorial LexisNexis).
- CAAMAÑO ROJO, Eduardo (2009): “Los efectos de la protección de la maternidad para la concreción de la igualdad de trato entre hombres y mujeres en el trabajo”, *Revista de Derecho (PUCV)*, vol. 33, 2° semestre: pp. 175-2014.
- CAAMAÑO ROJO, Eduardo y UGARTE CATALDO, José Luis (2014): “El acoso laboral: tutela y prueba de la lesión de derechos fundamentales”, *Revista Ius et Praxis*, año 20, N° 1: pp. 67-90.
- CASAS BECERRA, Lidia y LAGOS TSCHORNE, Catalina (2014): “Análisis crítico de la acción de no discriminación arbitraria a la luz de los primeros casos”, *Anuario de Derechos Humanos*, N° 10: pp. 127-137.
- CASAS BECERRA, Lidia y VALENZUELA RIVERA, Ester (2012): “Protección a la maternidad: una historia de tensiones entre los derechos de la infancia y los derechos de las trabajadoras”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. 25, N° 1: pp. 77-101.
- CHAHUÁN ZEDAN, Felipe y FLORES URZÚA, Beltrán (2021): “Deberes de no discriminar en el derecho privado”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, número temático: pp. 217-253.
- CODDOU MCMANUS, Alberto (2020): “Derecho a la igualdad ante la ley”, en CONTRERAS VÁSQUEZ, Pablo y SALGADO MUÑOZ, Constanza (edit.), *Curso de Derechos Fundamentales* (Valencia, Tirant lo Blanch) pp. 243-280.
- CODDOU MCMANUS, Alberto (2020): “A Fraserian theory of anti-discrimination law”, *International Journal of Discrimination and the Law*, vol. 20, N° 1: pp. 88-109.
- COLLINS, Hugh y KHAITAN, Tarunabh (2018): *Foundations of Indirect Discrimination* (Londres, Hart Publishing) Kindle Edition.
- CONTRERAS VÁSQUEZ, Pablo (2003): “Análisis jurídico de la discriminación y relaciones laborales en Chile”, *Revista Jurídica Universidad Interamericana de Puerto Rico*, vol. 37, N° 1: pp. 49-54.
- CORREA SUTIL, Jorge (2011): “Jurisprudencia de TC en materia de igualdad ante la ley. ¿Saliendo de la pura tautología?”, *Anuario de Derecho Público*, N° 1: pp. 96-126.
- CRENSHAW, Kimberlé (1989): “Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics”, *University of Chicago Legal Forum*, Article 8.
- DÍAZ DE VALDÉS JULIÁ, José Manuel (2015): “La igualdad constitucional: múltiple y compleja”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 42, N° 1: pp. 153-187.
- DÍAZ DE VALDÉS JULIÁ, José Manuel (2018): “Las categorías sospechosas en el derecho chileno”, *Revista de Derecho (Valparaíso)*, N° 50: 189-218.

- DÍAZ GARCÍA, Iván (2013): “Ley chilena contra la discriminación. Una evaluación desde los derechos internacional y constitucional”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 40, N° 2: pp. 635-668.
- DIRECCIÓN DEL TRABAJO (sitio web), Infografía Estadística de la Dirección del Trabajo, actualizada a junio de 2022. Disponible en: <https://www.dt.gob.cl/portal/1629/w3-article-122240.html>. Fecha de consulta: 13/01/2023.
- DURÁN-TOLEDO, Diego (2020): “El principio de no discriminación en los procesos de Reclutamiento y Selección”, *Journal of Management & Business Studies*, vol. 2, N° 1: pp. 53-65.
- DWORKIN, Ronald (2003): *Law's Empire* (Oxford, Bloomsbury Publishing).
- ESPARZA REYES, Estefanía (2017): *La igualdad como no subordinación* (Ciudad de México, Tirant lo Blanch).
- ESPARZA REYES, Estefanía y MORALES-TRAPP, Soledad (2021): “La existencia de nociones diversas de discriminación en el derecho a no ser discriminado en Chile. Un análisis a través de dos acciones de justicia constitucional”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, vol. 25, N° 2: pp. 431-456.
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel Ángel (2001): *Principio constitucional de igualdad ante la ley* (Santiago, Editorial Jurídica Conosur).
- FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos y WALTER DÍAZ, Rodolfo (2011): “La protección de los derechos fundamentales de los trabajadores en el nuevo procedimiento de tutela laboral”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. 24, N° 2: pp. 91-111.
- FIGUEROA GARCÍA-HUIDOBRO, Rodolfo (2000): “Igualdad y discriminación”, *Cuadernos de Análisis Jurídico de la Universidad Diego Portales*, N° 10: pp. 9-64.
- FORAN, Michael (2022): “Grounding Unlawful Discrimination”, *Legal Theory*, vol. 28, N° 1: pp. 3-34.
- FRANCHI MUÑOZ, Andrés (2015): “La constitucionalización de los derechos fundamentales laborales en Chile”, *Revista de Derecho Universidad Católica de la Santísima Concepción*, N° 31: pp. 23-34.
- FREDMAN, Sandra (2001): “Equality: A New Generation?”, *Industrial Law Journal*, vol. 30, N° 2: pp. 145-168.
- FREDMAN, Sandra (2011): *Discrimination Law* (Oxford, Oxford University Press, segunda edición).
- FUENTEALBA CARRASCO, Pablo y otros (2022): “La discriminación laboral en el Poder Judicial chileno. Una caracterización de las percepciones al interior de la institución”, *Revista Ius et Praxis*, año 28, N° 1: pp. 60-81.
- FUENZALIDA REYES, Eugenia (2012): “La jurisprudencia de los tribunales laborales en materia de discriminación en Chile: perspectivas y alcances”, *Revista Actualidad Jurídica*, N° 26: pp. 97-123.
- GAMONAL CONTRERAS, Sergio (2018): “De la eficacia horizontal a la diagonal de derechos fundamentales en el contrato de trabajo: una perspectiva latinoamericana”, *Latin American Legal Studies*, vol. 2: pp. 1-28.
- GAMONAL CONTRERAS, Sergio (2020): *Fundamentos del Derecho Laboral* (DER Ediciones) Kindle Edition.

- GÓMEZ BERNALES, Gastón y FIGUEROA GARCÍA-HUIDOBRO, Rodolfo (2000): “Discriminación en contra de la mujer y Recurso de Protección”, *Colección Informes de Investigación UDP*, año 2, N° 8: pp. 1-21.
- HAVELKOVÁ, Barbara (2019): “The Pre-Eminence of the General Principle of Equality over Specific Prohibition of Discrimination on Suspect Grounds in Czechia”, en HAVELKOVÁ, Barbara y MÖSHEL, Mathias (edit.), *Anti-discrimination law in civil law jurisdictions* (Oxford, Oxford University Press) Kindle Edition.
- IRURETA URIARTE, Pedro (2006): “Constitución y Orden Público Laboral. Un análisis del artículo 19 N° 16 de la Constitución chilena”, *Colección de Investigaciones Jurídicas*, N° 9.
- IRURETA URIARTE, Pedro (2020): “El principio de razonabilidad laboral. Los límites a las potestades del empleador en el derecho del trabajo Chileno”, *Ius et Praxis*, vol. 26, N° 2: pp. 1-31.
- KHAITAN, Tarunabh (2015): *A Theory of Discrimination Law* (Oxford, Oxford University Press).
- LIPPERT-RASMUSSEN, Kasper (2006): “The Badness of Discrimination”, *Ethical Theory and Moral Practice*, vol. 9, N° 2: pp. 167-185.
- LIZAMA PORTAL, Luis y UGARTE CATALDO, José Luis (1998): *Interpretación y Derechos Fundamentales en la Empresa* (Santiago, Editorial Jurídica Conosur).
- MACKINNON, Catharine y SIEGEL, Reva (2004): *Directions in Sexual Harassment Law* (New Haven, Yale University Press).
- MCCOLGAN, Aileen (2016): *Discrimination, Equality and the Law* (London, Hart Publishing).
- MELLA CABRERA, Patricio y DOMÍNGUEZ MONTOYA, Álvaro (2012): “Conflicto de derechos constitucionales y juicio de tutela laboral en Chile: estado doctrinal, legal y jurisprudencial”. *Revista de Derecho (Valparaíso)*, N° 39: pp. 177-219.
- MOREAU, Sophia (2020): *Faces of Inequality. A Theory of Wrongful Discrimination* (New York, Oxford University Press).
- MUÑOZ LEÓN, Fernando (2013): “No a ‘separados pero iguales’ en Chile: un análisis del derecho antidiscriminación chileno a partir de su primera sentencia”, *Estudios Constitucionales*, vol. 11, N° 2: pp. 201-228.
- MUÑOZ LEÓN, Fernando (2018): “La necesidad de una interpretación pro discriminado de la acción judicial contra la discriminación”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. 31, N° 2: pp. 175-192.
- MUÑOZ LEÓN, Fernando (2020): “El derecho a la no discriminación laboral en la Nueva Constitución”, en CAAMAÑO ROJO, Eduardo y VARAS MARCHANT, Karla (edit.), *Trabajo y Nueva Constitución* (Santiago, Der Ediciones) pp. 65-89.
- MUÑOZ LEÓN, Fernando (2021): “Linajes del concepto de discriminación: de su ausencia a su emergencia y su recepción en la Constitución de la República de Chile de 1980”, *Revista de Humanidades*, N° 42: pp. 77-105.
- NIFOSI-SUTTON, Ingrid (2017): *The Protection of Vulnerable Groups under International Human Rights Law* (New York, Routledge).
- O’CINNEIDE, Colm (2006): “Positive Action and the Limits of Existing Law”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 13, N° 3, pp. 351-364.

- PALAVECINO CÁCERES, Claudio (2006): “El nuevo ilícito de acoso sexual en el derecho del trabajo chileno”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. 19, N° 1: pp. 105-123.
- RODRÍGUEZ BURR, Matías (2013): “Nociones sobre la discriminación laboral indirecta. Reconocimiento legal en Chile”, *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social*, vol. 3: pp. 13-41.
- ROJAS MIÑO, Irene (2020): “Los instrumentos jurídicos ante la discriminación remunerativa entre mujeres y hombres en Chile”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. 23, N° 2: pp. 145-165.
- SABA, Roberto (2019): *Más allá de la igualdad formal ante la ley: ¿Qué le debe el Estado a los grupos desventajados?* (Siglo XXI Editores), Kindle Edition.
- SEVERIN CONCHA, Juan Pablo (2012): “Discriminación en el ámbito laboral y su tutela jurisdiccional”, *Revista de Derechos Fundamentales Universidad de Viña del Mar*, N° 7: pp. 59-86.
- STRAUSS, Marcy (2011): “Reevaluating suspect classifications”, *Seattle University Law Review*, vol. 35, N° 1, pp. 35-174.
- UGARTE CATALDO, José Luis (2009a): *Tutela de derechos fundamentales del trabajador* (Santiago, LegalPublishing, primera edición).
- UGARTE CATALDO, José Luis (2009b): “Tutela laboral de derechos fundamentales y carga de la prueba”, *Revista de Derecho (Valparaíso)*, N° 33: pp. 215-228.
- UGARTE CATALDO, José Luis (2013): *El derecho a la no discriminación en el trabajo* (Santiago, Editorial LegalPublishing).
- UGARTE CATALDO, José Luis (2018): *Derechos fundamentales, tutela y trabajo* (Santiago, Thomson Reuters).
- WOLFF, Jonathan y DE-SHALIT, Avner (2007): *Disadvantage* (Oxford, Oxford University Press).
- YOUNG, Iris Marion (2011): *Justice and the Politics of Difference* (Princeton, Princeton University Press, Paperback reissue).

NORMAS E INSTRUMENTOS CITADOS

- CONVENIO 111 OIT, CONVENIO SOBRE LA DISCRIMINACIÓN (empleo y ocupación) (25/06/1958).
- CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN RACIAL (21/12/1965).
- CONVENCIÓN SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER (18/12/1979).
- CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD (13/12/2006).
- COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: “Observación General N° 20, La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales”, E/C.12/GC/20 (02/07/2009).
- CONVENCIÓN INTERAMERICANA CONTRA TODA FORMA DE DISCRIMINACIÓN E INTOLERANCIA (10/06/2013).

OFFICE OF THE UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS (OHCHR) e EQUAL RIGHTS TRUST: “Protecting Minority Rights. A Practical Guide to Developing Comprehensive Anti-Discrimination Legislation”, HR/PUB/22/6, 2023.

CHILE, Ley N° 19.591 (09/11/1998), *Modifica el Código del Trabajo en materia de protección a la maternidad.*

CHILE, Ley N° 19.759 (05/10/2001), *Modifica el Código del Trabajo en lo relativo a las nuevas modalidades de contratación, al derecho a sindicación, a los derechos fundamentales del trabajador y a otras materias.*

CHILE, *Código del Trabajo* (16/01/2003).

CHILE, Dictamen N° 3704/134 Dirección del Trabajo (11/08/2004).

CHILE, Ley N° 20.005 (18/03/2005), *Tipifica y sanciona el acoso sexual.*

CHILE, *Constitución Política de la República* (22/09/2005).

CHILE, Ley N° 20.087 (03/01/2006), *Sustituye el procedimiento laboral contemplado en el Libro V del Código del Trabajo.*

CHILE, Ley N° 20.348 (19/06/2009), *Resguarda el derecho a la igualdad de remuneraciones.*

CHILE, Ley N° 20.422 (10/02/2010), *Establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad.*

CHILE, Ley N° 20.609 (24/07/2012), *Establece medidas contra la discriminación.*

CHILE, Ley N° 20.607 (08/08/2012), *Modifica el Código del Trabajo, sancionando las prácticas de acoso laboral.*

CHILE, Ley N° 20.940 (08/09/2016), *Moderniza el sistema de relaciones laborales.*

CHILE, *Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que Inicia un Proyecto de Ley que Modifica el Código del Trabajo* (boletín N° 2626-13).

CHILE, Dictamen N° 1300-0030 Dirección del Trabajo (21/03/2017).

CHILE, Dictamen N° 4137/101 Dirección del Trabajo (05/09/2017).

CHILE, Decreto N° 64, Ministerio del Trabajo y Previsión Social (01/02/2018), *Aprueba reglamento del capítulo II “De la inclusión laboral de personas con discapacidad”, del título III del Libro I del Código del Trabajo, incorporado por la Ley N° 21.015, que incentiva la inclusión de personas con discapacidad al mundo laboral.*

CHILE, Ley N° 21.155 (02/05/2019), *Establece medidas de protección a la lactancia materna y su ejercicio.*

CHILE, Dictamen N° 6245/047 de la Dirección del Trabajo (12/12/2018).

CHILE, Senado (2001): *Informe de la Comisión de Trabajo y Previsión Social, recaído en el proyecto de ley, en primer trámite constitucional, que modifica el Código del Trabajo en lo relativo a las nuevas modalidades de contratación, al derecho de sindicación, a los derechos fundamentales del trabajador y a otras materias que indica* (Boletín N° 2.626-13).

REINO UNIDO, *Equality Act 2010.*

JURISPRUDENCIA CITADA

CASO FURLAN Y FAMILIARES VS. ARGENTINA (2012): Corte Interamericana de Derechos Humanos, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C N° 246.

Tribunal Constitucional, 17/11/2001, rol 2107-11.

- CASO ATALA RIFFO Y NIÑAS VS. CHILE* (2012): Corte Interamericana de Derechos Humanos, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C N° 239.
- CASO I.V. VS. BOLIVIA* (2016): Corte Interamericana de Derechos Humanos, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C N° 329.
- Corte Suprema, 10/07/2015, rol 24.386-2019, sentencia de reemplazo recurso de unificación de jurisprudencia, *VLEX Chile*, cita online VLEX-577679174, Fecha de consulta: 13/01/2023.
- Corte Suprema, 05/08/2015, rol 23.808/2014, unificación de jurisprudencia, *VLEX Chile*, cita online VLEX-579789138, Fecha de consulta: 13/01/2023.
- Corte Suprema, 25/07/2018, rol 41.388-17, casación en el fondo.
- Corte Suprema, 10/10/2019, rol 8034-2018, casación en el fondo.
- Corte Suprema, 01/09/2020, rol 25.981-2019, unificación de jurisprudencia.
- Corte Suprema, 29/12/2020, rol 92.143-2020, apelación de recurso de protección.
- Corte de Apelaciones de Santiago, 31/07/2019, rol 260-2019, inadmisibilidad recurso de unificación de jurisprudencia.
- Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 09/03/2021, RIT T-1172-2019, tutela de derechos fundamentales, *VLEX Chile*, cita online VLEX-868404061, Fecha de consulta: 13/01/2023.
- Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 07/01/2019, RIT T-873-2018, tutela de derechos fundamentales.
- Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 17/02/2021, RIT T-940-2020, tutela de derechos fundamentales.
- Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción, 16/06/2017, RIT T-43-2017, tutela de derechos fundamentales, *VLEX Chile*, cita online VLEX-684816237, Fecha de consulta: 13/01/2023.
- Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción, 10/12/2018, RIT T-303-2018, tutela de derechos fundamentales, *VLEX Chile*, cita online VLEX-748893453, Fecha de consulta: 13/01/2023.
- Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso, 25/04/2009, RIT T-2-2009, tutela de derechos fundamentales.
- Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso, 20/01/2016, Sentencia Rol T-14-2015, tutela de derechos fundamentales, *VLEX Chile*, cita online VLEX-683859317, Fecha de consulta: 13/01/2023.
- Juzgado de Letras del Trabajo de Copiapó, 15/09/2008, RIT T-1-2008, tutela de derechos fundamentales, *VLEX Chile*, cita online VLEX-575537654, Fecha de consulta: 13/01/2023.
- Juzgado de Letras del Trabajo de Tomé, 20/05/2021, RIT T-8-2020, tutela de derechos fundamentales, *VLEX Chile*, cita online VLEX-868211854, Fecha de consulta: 13/01/2023.

EL INTERÉS DEL DEMANDADO EN SU DEFENSA EN LA ETAPA DE DISCUSIÓN DEL JUICIO CIVIL

THE INTEREST OF DEFENDANTS IN THEIR DEFENSE IN THE DISCUSSION STAGE OF THE CIVIL TRIAL

JORGE LARROUCAU TORRES*
THOMAS VOGT GEISSE**

RESUMEN: El ejercicio del derecho de defensa del demandado en un juicio civil se desglosa en cuatro facultades procesales, las que, si bien comparten un mismo fundamento, se distinguen de las cargas procesales en cuanto a los efectos de su incumplimiento en la etapa de discusión del juicio civil declarativo. Este artículo analiza dichas facultades en el marco de las leyes procesales civiles de Chile y Alemania con el objetivo de identificar las condiciones que hacen efectivo el derecho de defensa en un proceso civil y los mecanismos procesales que hacen probable la tutela judicial efectiva de la parte demandada.

Palabras clave: Interés del demandado, relación jurídica procesal, etapa de discusión judicial, buena fe procesal, contestación de la demanda.

ABSTRACT: The exercise of the defendant's rights of defense in a civil trial is broken down into four procedural prerogatives, which, although sharing the same foundation, are distinguished from procedural charges in terms of the effects of non-compliance in the discussion stage of a declarative civil trial. This article analyzes these prerogatives within the framework of the Chilean and German civil procedural laws to identify the conditions that make the right of defense effective in a civil proceeding and the procedural mechanisms that make effective judicial protection of the defendant probable.

Keywords: Interest of the defendant, procedural legal relationship, judicial discussion stage, procedural good faith, statement of defense

I. INTRODUCCIÓN

Casi todos los estudios sobre la tutela judicial efectiva se enfocan en el punto de vista del demandante que reclama el acceso a la justicia para hacer valer un supuesto derecho o interés legítimo. De igual importancia para la tutela judicial efectiva es, sin embargo, la posibilidad de que el demandado pueda repeler eficazmente una pretensión que, desde su punto de vista, es injustificada¹. Este artículo examina las diversas formas en que la ley

* Doctor en Derecho, Universidad de Chile. Profesor de Derecho Procesal Civil, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, jorge.larroucau@pucv.cl. Dirección: Avenida Brasil 2950, Valparaíso, Chile. ORCID N° 0000-0001-9893-5450. Este artículo forma parte del proyecto Fondecyt N° 1170067.

** Doctor en Derecho, Universidad de Bonn. Profesor Asistente de Derecho Procesal, Universidad de Chile, thomasvogt@derecho.uchile.cl. Dirección: Pío Nono 1, Providencia, Santiago, Chile. ORCID N° 0000-0002-9169-8306.

¹ STÜRNER (1976) pp. 112 ss.

procesal chilena reconoce este interés del demandado durante la etapa de discusión de un juicio civil declarativo y el rol que juega, en particular, la contestación de la demanda una vez que el litigante fue emplazado. Para ello se utiliza un aparato conceptual elaborado por la dogmática alemana para su ley procesal civil y que ha sido muy influyente en la cultura jurídica del sistema continental.

Lo primero que se debe advertir es que la etapa de discusión de los juicios civiles en general, y el contenido de la contestación de la demanda en particular, prácticamente no han variado en Chile desde que comenzó a regir en 1903 el Código de Procedimiento Civil (CPC). En 2015, por ejemplo, la reforma procesal más importante que ha aprobado el Congreso en las dos primeras décadas de este siglo, introdujo la tramitación electrónica y reemplazó el expediente escrito por una carpeta electrónica en la Oficina Judicial Virtual que contiene “los escritos, documentos, resoluciones, actas de audiencias y actuaciones de toda especie que se presenten o verifiquen en el juicio” (art. 29 CPC reformado por el art. 12 de la Ley N° 20.886)², pero sin abordar el contenido normativo de los actos procesales que se consignan en ella³. Las reformas posteriores de 2020 (Ley N° 21.226) y 2021 (Ley N° 21.394), en tanto, también tuvieron el mismo fin de hacer más eficiente la litigación a través del uso de la tecnología, sobre todo por los desafíos que provocó la pandemia del COVID-19. No obstante, en lo relativo al contenido de los actos procesales ninguna de estas leyes supuso un cambio significativo, lo que implica que el escenario legal es más o menos el mismo que hace ciento veinte años.

Por eso, un estudio dogmático del derecho de defensa que toma como punto de partida preceptos legales que fueron ideados a fines del siglo XIX debe ampliar el campo de reflexión e interpretarlos a la luz de los cambios normativos y culturales posteriores, tanto en el marco constitucional interno como en el derecho comparado. Este artículo sigue dicho camino al tomar en cuenta dos circunstancias significativas. Por un lado, la vigencia del principio de buena fe procesal en los diversos ordenamientos jurídicos contemporáneos y su positivación en la ley chilena, ya que, si bien este principio había sido reconocido previamente por la jurisprudencia⁴, su marco legal entrega categorías normativas más precisas para evaluar los efectos de los actos procesales⁵. Por el otro, la tesis de la dogmática procesal alemana que concibe al juicio como una relación jurídica procesal en donde tienen cabida derechos, deberes, obligaciones, facultades y cargas procesales.

Estas dos circunstancias son fundamentales para superar la idea vagamente difundida de que el demandado civil es alguien que puede elegir entre varias “actitudes” aquella que

² LARROUCAU (2017) pp. 198-219.

³ HUNTER (2020) p. 482.

⁴ CARRETTA (2008) p. 106.

⁵ Art. 2 letra d), Ley N° 20.886 de 2015: “Principio de buena fe. Las partes, sus apoderados y todos quienes intervengan en el proceso conforme al sistema informático de tramitación deberán actuar de buena fe. // El juez, de oficio o a petición de parte, deberá prevenir, corregir y sancionar, según corresponda, toda acción u omisión que importe un fraude o abuso procesal, contravención de actos propios o cualquiera otra conducta ilícita, dilatoria o de cualquier otro modo contraria a la buena fe”.

más le convenga para mantener el *statu quo* previo al juicio⁶. Al mismo tiempo, este esquema conceptual permite comprender de un modo coherente la jurisprudencia civil en esta materia.

Este trabajo se divide en cinco partes contando esta introducción. En primer lugar, se examina (II) el modo en que se configura el interés del demandado en la relación jurídica procesal y el fundamento de su derecho de defensa. Aquí se analiza la relación entre las facultades y las cargas procesales, así como el motivo por el cual la pasividad del demandado debe producir efectos durante el juicio. En la siguiente parte, (III) se identifican las cuatro principales facultades de defensa que tiene el demandado en un procedimiento declarativo y su vínculo con la contestación de la demanda, así como con las demás actuaciones procesales de la etapa de discusión. Luego, se estudian (IV) las consecuencias procesales específicas de la pasividad del demandado durante el emplazamiento. En último término, en tanto, se distinguen (V) tres mecanismos procesales de la etapa de discusión que aseguran la efectividad de la defensa del demandado.

II. EL INTERÉS DEL DEMANDADO EN DEFENDERSE EN UNA RELACIÓN JURÍDICA PROCESAL

El punto de partida para enfocar dogmáticamente la defensa del demandado en un juicio civil patrimonial es su rol en la relación jurídica procesal. De acuerdo con una comprensión asentada en la dogmática contemporánea, un proceso civil se construye en base a relaciones jurídicas procesales⁷, siendo una de ellas la que se forma entre las partes y, otra, la relación que existe entre los litigantes y el Estado que interviene en el conflicto mediante un tribunal que ejerce jurisdicción⁸. Esta categoría aporta el fundamento a todos los efectos jurídicos asociados a cualquier actuación procesal, sea en forma de un derecho, obligación, deber, facultad o carga⁹.

El primer paso para formar esta relación, por cierto, le corresponde al actor. En virtud del derecho de acción, el actor tiene el poder de imponer unilateralmente al demandado las cargas y obligaciones propias de un juicio. O sea, una vez notificado, el demandado se ve –contra su voluntad– inserto en una relación jurídica en virtud de la cual debe incurrir en costos, tiempo y esfuerzos para evitar perder el juicio con el desmedro patrimonial que ello significa. En este sentido, hay que recordar que Bello rompe con el *Code* francés de 1804 (art. 1700) y considera litigioso el derecho “desde que se notifica judicialmente la demanda” (art. 1911 inciso 2° del Código Civil), no desde su contestación¹⁰. A esto se suma, además, el hecho de que la ley procesal civil chilena permite afirmar que el juicio comienza con la sola presentación de la demanda (art. 253 CPC)¹¹.

⁶ ROMERO (2021) p. 210.

⁷ Sobre su origen y evolución en la dogmática procesal alemana, BLOMEYER (1963) pp. 61 ss. En cuanto a la aceptación de esta idea en la dogmática procesal chilena, ROMERO (2014) pp. 10-12.

⁸ SCHILKEN (2010) p. 35.

⁹ BLOMEYER (1963) p. 61. En la dogmática procesal chilena, BORDALÍ, CORTEZ y PALOMO (2013) p. 142.

¹⁰ PRADO (2022) pp. 3-7.

¹¹ CORTEZ (2022) pp. 185-187.

De acuerdo con una concepción moderna del derecho, en tanto, la justificación de este poder de sometimiento unilateral del demandante se encuentra en la garantía de la tutela judicial¹². Al prohibir la autotutela, el Estado asegura a las personas una vida libre de la coerción arbitraria (esto es, desregulada) que otros pudieran ejercer en su contra al perseguir sus propios intereses, con o sin fundamento jurídico, considerando que el interés en demandar “nace después, en el momento en que el derecho subjetivo o el interés jurídico comienzan a encontrarse en un estado de insatisfacción”¹³. La contrapartida de esta protección es el hecho de participar, por iniciativa unilateral de quien pretende cambiar el *statu quo*, en un proceso judicial destinado a resolver el conflicto, un juicio que se desenvolverá con racionalidad y respeto por el interés de ambas partes¹⁴.

El principio dispositivo, entonces, le entrega al actor la facultad de formular los términos de la disputa según lo que mejor le convenga a su interés dentro del margen legal. En este acto de apertura, el demandante tiene plena libertad respecto al contenido de la demanda (art. 254 N°s 4 y 5 CPC). Sin embargo, una vez notificada la demanda y constituida la relación jurídica procesal, el objeto del juicio se consolida en sus dimensiones objetiva y subjetiva. La disputa deja de estar a disposición exclusiva del demandante y cobran importancia otros intereses, especialmente el que tiene el demandado en una defensa efectiva, además de los intereses generales de la administración de justicia de resolver el conflicto de acuerdo con el derecho vigente (art. 10 inciso 2° del Código Orgánico de Tribunales de 1943, COT). En otras palabras, en el marco de la litispendencia la ley reconoce el interés del demandado en una defensa efectiva por el solo hecho de que está siendo parte de un proceso judicial, de modo tal que, la contrapartida del poder de sometimiento del actor es que, una vez iniciado el juicio y pendiente la disputa, el demandado no está al arbitrio del demandante, sino que situado dentro de un espacio público —el debido proceso— que garantiza la igualdad de las posiciones entre las partes. Este debido proceso tiene rango constitucional en la justicia chilena (art. 19 N° 3 inciso 6° de la Constitución de 1980).

En esta relación jurídica procesal radica el fundamento moderno del derecho de defensa del demandado: si a una persona que afirma públicamente tener un derecho (el demandante) el sistema jurídico le concede la facultad de someter a otra (el demandado) a las cargas, obligaciones y deberes propios de un juicio, esta última debe estar en condiciones, a su vez, de poder hacer todo lo que esté a su alcance para demostrar que el derecho pretendido o el interés legítimo que se alega no existe, o bien, no le afecta. Esta idea central, que fuera identificada a raíz de la codificación procesal civil alemana por Heinrich Degenkolb algunas décadas antes de la codificación procesal civil chilena, en 1877, nos entrega el fundamento para interpretar las normas procesales que regulan el interés del demandado en la etapa de discusión del juicio civil.

¹² GARCÍA y CONTRERAS (2013) pp. 245-247.

¹³ BORDALÍ (2000) p. 89.

¹⁴ DEGENKOLB (1877) pp. 30 ss.

1. EL DERECHO DE DEFENSA DEL DEMANDADO Y SU FUNDAMENTO

En la litigación civil chilena, las partes siempre han tenido libertad para fijar el contenido de las actuaciones mediante las cuales ejercen sus prerrogativas procesales. El Reglamento de Administración de Justicia de 1824 que rigió durante buena parte del siglo XIX, por ejemplo, reconoció esta libertad argumentativa al disponer que “la Corte de Apelaciones, i cualesquiera otras autoridades i juzgados, guardarán a los abogados i defensores de las partes la justa libertad que deben tener por escrito i de palabra para defender los derechos de sus clientes” (art. 155). Esta es una idea que pervive hasta el día de hoy, tal como se aprecia, por ejemplo, en la forma en que el Código de Ética de 2011 del Colegio de Abogados de Chile reguló los límites a la argumentación del litigante (art. 97).

En términos generales, esta “justa libertad” del demandado a la hora de enfrentar la demanda evoca un diseño procesal de larga data. En el derecho romano, por ejemplo, la *litis contestatio* surge en el contexto de las *legis actiones*, en el *ordo iudiciorum privatorum*, otorgando la posibilidad de producir el efecto de una novación: el derecho afirmado en la demanda y controvertido en la contestación pasa a ser un derecho litigioso¹⁵. Esta libertad para ser oído se mantiene, por cierto, en el derecho intermedio, tal como lo revela el derecho indiano vigente durante el régimen colonial en Chile¹⁶.

Ahora bien, en términos conceptuales, la “justa libertad” del demandado se puede concebir de dos formas: (1) como una licencia para adoptar múltiples “actitudes” de combate adversarial, o bien, (2) como un derecho de defensa ante una demanda que la parte emplazada considera injustificada. En las décadas previas a la codificación procesal civil, lo que primó fue la primera de estas concepciones, que veía en la libertad del demandado una licencia para actuar. Por ende, la litigación en Chile se consideraba un combate en donde el demandado usaba todos los medios “respecto de su contrincante, a fin de que este no logre su objeto; o a fin de que, si lo logra, lo alcance *tarde, mal i nunca*”¹⁷. Esta creencia calzaba más o menos bien con la concepción adversarial del proceso civil desarrollada por la dogmática alemana del siglo XIX, que tiene su más brillante expresión en la obra de Adolf Wach¹⁸.

El Código de Procedimiento Civil que comenzó a regir en 1903, en cambio, reguló la contestación de la demanda y otras actuaciones procesales como parte del juicio civil declarativo de mayor cuantía, lo que sirve de punto de partida para concebir dichas actuaciones en términos de un derecho de defensa. Esta segunda concepción se ve reforzada por el rango constitucional que alcanzó esta garantía durante el siglo XX, bajo el carácter de un derecho fundamental. Esto es así, a pesar de que en la cultura jurídica interna subsistieran algunas expresiones de la idea decimonónica del combate entre las partes. Una de las más importantes a este respecto ha sido la interpretación judicial de la rebeldía del demandado como una forma de rechazar tanto los hechos como los argumentos jurídicos afirmados por el actor, sin necesidad de que el demandado tenga que comparecer ante el tribunal¹⁹. Esta

¹⁵ FERNÁNDEZ (1969) pp. 243-293; KASER y HACKL (1996) pp. 299 ss.

¹⁶ DOUGNAC (2006) pp. 432-454.

¹⁷ BRAVO (1898) pp. 6-7 (destacado en el original).

¹⁸ PÉREZ (2014) pp. 533-539.

¹⁹ CARRASCO (2010) pp. 13-14.

tesis es un remanente de la visión combativa y licenciosa del proceso y, por lo mismo, debe ser abandonada. A diferencia de la libertad argumentativa como una licencia del demandado para mantener el *statu quo*, concebirla como un derecho de defensa explica de mejor manera el núcleo que se consolidó en los textos constitucionales durante el siglo XX: el derecho a ser oído (como emanación del debido proceso) y el principio dispositivo (como expresión de la autonomía privada).

En cuanto al derecho a ser oído, el proceso judicial exige que todo aquel que podría ser afectado por una decisión judicial de cualquier tipo tenga la oportunidad de influir de manera efectiva en el ámbito en que se toma tal decisión²⁰. Esta posibilidad de influir se traduce, como se verá más adelante, en el ejercicio de facultades concretas que permiten defenderse, es decir, desvirtuar la pretensión que hace valer el actor. El principio dispositivo, en tanto, resguarda la autonomía de todo aquel que litiga en un juicio civil y, en lo que respecta al demandado, se refleja en varias actuaciones durante la formación del debate, desde su facultad de disponer del objeto del juicio (art. 313 CPC) hasta la de influir en los hechos que deben ser probados (arts. 309 N° 3 y 318 CPC).

En síntesis, el derecho a desvirtuar la pretensión que el actor hace valer frente al tribunal se funda, por un lado, en la idea de que todo aquel que podría ser afectado por un proceso judicial debe tener la oportunidad de influir en su resultado y, por el otro, en la premisa de que las posiciones jurídicas en materia civil deben ser deferentes con la autonomía de las partes. En lo que respecta al demandado, en concreto, ambos supuestos conducen a una doble conclusión: que el litigante emplazado dispone de facultades procesales de defensa, es decir, de prerrogativas tendientes a evitar que el juez civil reconozca de manera definitiva la pretensión del demandante y, además, que su falta de ejercicio debe tener uno o más efectos en el juicio.

2. LA PASIVIDAD DEL DEMANDADO Y SUS CONSECUENCIAS PROCESALES

En las relaciones sociales modernas, el silencio normalmente no acarrea consecuencias jurídicas adversas. Distinta es la situación de quien es sometido de manera unilateral y legítima al proceso civil por quien demanda, ya que, una vez que se constituye la relación jurídica procesal la pasividad de las partes deja de ser inocua como lo es, en general, fuera del proceso. Desde el punto de vista del demandado, esto se hace evidente si se compara su posición con la situación jurídica anterior al juicio, ya que el conflicto se suele judicializar por la resistencia del demandado a cumplir con la pretensión que el demandante le plantea de forma extrajudicial, resistencia que puede ser tan intensa que cancele cualquier intento de resolver el conflicto por un medio autocompositivo. Es por esto por lo que durante el juicio el demandado tiene un incentivo para mantener su actitud previa al emplazamiento, que es la que favorece el *statu quo*. Esto es precisamente lo que cambia una vez constituida la relación jurídica procesal. En el marco de la litispendencia, es posible atribuir consecuencias adversas a la pasividad o indisposición del demandado, pues, sin un sesgo normativo en contra de la inacción del demandado el proceso civil reproduciría la situación de pen-

²⁰ En la dogmática procesal alemana, WALDNER (2000) pp. 166 ss. En lo que se refiere a la dogmática procesal chilena, HUNTER (2010) pp. 214-216.

dencia incierta del conflicto previo a su judicialización, lo que socava la seguridad jurídica que la función jurisdiccional quiere instaurar. Luego, la pasividad del demandado sin consecuencias para él no es una opción para el proceso civil.

Esta conclusión permite precisar lo dicho recién sobre el sometimiento unilateral que apertura la relación jurídica procesal: ¿En qué sentido el demandante “somete” unilateralmente al demandado a un proceso? Lo somete unilateralmente porque lo inserta en una relación jurídica en la que la pasividad es riesgosa y, de esta forma, queda sometido a la exigencia de participar en una discusión pública dirigida hacia la solución de un conflicto mediante la aplicación del derecho vigente. Las normas que articulan esta exigencia de comunicación son las reglas procedimentales del proceso civil, las cuales son cada vez menos rígidas y contemplan múltiples actuaciones de las partes, desde el desistimiento del actor (art. 150 CPC) al allanamiento del demandado (art. 313 CPC).

Las consecuencias adversas que genera esta presión por defenderse pueden ser de distinto tipo, tanto extraprocesales como procesales. En algunas formas procesales del pasado, por ejemplo, se regulaba un deber de contestación cuyo incumplimiento permitía afectar la libertad del demandado, forzándolo a comparecer en juicio²¹. En el proceso moderno, en cambio, se opta por establecer cargas procesales que atribuyen consecuencias procesales adversas a la inacción, vistas como “adversas” porque hacen más probable, aunque no cierta, la derrota judicial del demandado.

Estas consecuencias adversas pueden tener varias intensidades. En el modelo de confesión ficta alemán, por ejemplo, es muy probable que la inacción acarree la derrota, en la medida en que el tribunal puede acoger la demanda contra quien no comparece, siempre que los enunciados de hecho de la demanda sean adecuados para dar lugar al efecto jurídico pedido (§ 331 II de la *Zivilprozessordnung* de 1879, reformada en 2002, ZPO). Una regla semejante a la que rige en el procedimiento laboral chileno, en donde el juez puede tener por aceptados los hechos si el demandado no contesta la demanda (art. 453 N° 1 inciso 7° del Código del Trabajo). El Tribunal Constitucional chileno, por su parte, ha resuelto que este diseño procesal se ajusta al debido proceso²². El modelo de la contestación ficta en el resto de la litigación civil chilena, en tanto, aunque tiene un efecto adverso menos intenso, también sirve para ilustrar que la pasividad del demandado no es inocua, pues, al menos implica la preclusión del ejercicio de excepciones que podrían ser decisivas para ganar el juicio. Una norma semejante es la que rige, por ejemplo, en Ecuador (arts. 151 incisos 2° y 3° y 157 del Código Orgánico General del Proceso de 2016).

En definitiva, aunque es la regulación procesal la que dibuja el contexto normativo dentro del cual opera el derecho del demandado de influir en un resultado favorable en el juicio, desde el punto de vista dogmático es preciso definir si su posición corresponde al ejercicio de una facultad o al cumplimiento de una carga. En ambos escenarios, el derecho de defensa del demandado se proyecta en distintas direcciones.

²¹ VOGT (2018) p. 264. Sobre la “indefensión” romana y sus variedades según el tipo de acción, KASER y HACKL (1996) pp. 274 ss.

²² Tribunal Constitucional, 14/05/2009, rol 1384, inaplicabilidad (*SUÁREZ CON GASTRONÓMICA DEL MAR S.A.*), considerando 7°.

3. ¿FACULTAD DE DEFENDERSE O CARGA DE DEFENDERSE?

En la cultura jurídica chilena se afirma que la posición del demandado se caracteriza por “la *carga procesal de comparecer para defenderse*”²³. Esto hace necesario aclarar la relación entre una facultad procesal y una carga procesal en lo que respecta al interés del demandado. Para efectos de este estudio, una facultad procesal describe toda posibilidad de las partes de realizar una actuación que haga más probable una sentencia favorable²⁴. Las facultades de defenderse que se conceden en virtud de los criterios antes referidos (derecho a ser oído y principio dispositivo) son las que reconocen la posibilidad de excepcionar, controvertir hechos, discutir el derecho, ofrecer y rendir prueba, observar los resultados probatorios, y así.

Una carga procesal, en cambio, es una categoría conceptualmente independiente de una facultad, pues, define una exigencia de comportamiento dirigido a obviar una desventaja procesal, es decir, a evitar una situación que hace más probable una sentencia desfavorable²⁵. Este comportamiento puede consistir en el ejercicio de una facultad procesal –como la carga de ejercer la facultad de controvertir hechos con el riesgo que, de lo contrario, se consideren admitidos–, pero no es necesario que lo sea. Esto llevó a James Goldschmidt a denominar a estas situaciones, en las que hay una carga de ejercer una facultad, como casos de concurrencia entre facultad y carga. A diferencia de estos escenarios, existen cargas que se cumplen mediante actos distintos al ejercicio de una facultad como, por ejemplo, la consignación de una cantidad de dinero para litigar o para pedir que se inhabilite a un juez, en donde no se ejerce una facultad, sino que se trata de un comportamiento que es necesario para evitar el desventajoso bloqueo a incidentar, tal como lo ilustra la carga del incidentista frecuente del artículo 88 CPC.

En síntesis, facultad y carga procesal son conceptos distintos, pero están conectados cuando el ejercicio de una facultad es el comportamiento exigido para evitar el efecto adverso de una carga. A partir de esta aclaración, Goldschmidt distingue dos tipos de consecuencias para el no ejercicio de la facultad: una consecuencia general y consecuencias especiales de carácter eventual²⁶. La consecuencia general es la pérdida de la facultad procesal: la “consecuencia preclusiva” (art. 64 inciso 2° CPC y § 230 ZPO). En virtud de la garantía constitucional de obtener una decisión en un plazo razonable y la consiguiente ordenación temporal del proceso judicial, las facultades se deben ejercer en oportunidades determinadas y su no ejercicio tiene como consecuencia su pérdida, es decir, la imposibilidad de influir favorablemente en la decisión judicial. En este sentido, todas las facultades procesales van unidas a la carga de perderla en caso de no ejercerlas en forma oportuna, lo que origina el dicho: “quien puede – debe”²⁷.

²³ BORDALÍ, CORTEZ y PALOMO (2013) pp. 126-128 (destacado en el original).

²⁴ Aquí nos orientamos por el concepto de “derecho procesal” de GOLDSCHMIDT (1925) pp. 268 ss.

²⁵ Este es el concepto clásico de GOLDSCHMIDT (1925) pp. 252 y 335, quien, sin embargo, no acude a la noción de facultad, sino que emplea la de “derecho” procesal, en la que incluye tanto las expectativas como las posibilidades procesales, además de las liberaciones de cargas procesales. Por nuestro lado, en tanto, al hablar de facultad procesal, nos limitamos a lo que Goldschmidt denomina posibilidades procesales. Véase, además, GOLDSCHMIDT (1929) p. 71.

²⁶ GOLDSCHMIDT (1925) pp. 345 ss.; GOLDSCHMIDT (1929) p. 77.

²⁷ GOLDSCHMIDT (1929) p. 74.

A la preclusión, en tanto, pueden sumarse algunas consecuencias especiales, las que suelen ser “consecuencias ficticias”²⁸ y que son desfavorables para la parte titular de la facultad precluida. En esta categoría está, por ejemplo, la confesión ficta contra el demandado que no comparece a defenderse en el proceso civil alemán (§ 331 I ZPO). Tal como se verá a continuación, estos matices conceptuales son necesarios para examinar de mejor forma el contenido normativo de las actuaciones del demandado, las consecuencias de su pasividad y los mecanismos procesales que fortalecen su tutela judicial efectiva en un procedimiento civil declarativo en Chile. Todo ello permite concebir el derecho de defensa en términos positivos, como una acción que lleva adelante el demandado, y no como una simple omisión por razones estratégicas.

III. LAS FACULTADES DEL DEMANDADO EN LA ETAPA DE DISCUSIÓN DEL JUICIO CIVIL

El juicio civil declarativo contempla, por lo menos, cuatro facultades que el demandado puede ejercer para defenderse: la facultad de interponer excepciones procesales, la de relatar o reconocer hechos, la facultad de ofrecer una calificación jurídica propia del caso y la de interponer excepciones perentorias. Antes de analizar cada una de ellas, es preciso llamar la atención sobre una distinción adicional que se observa entre estas facultades y la actuación procesal prevista en la ley para ejercerlas. Este es un punto que la Corte Suprema chilena ha reconocido tradicionalmente al distinguir entre excepción y defensa en un sentido estricto, como dos cuestiones sustantivas que difieren del escrito a través del cual se hacen valer:

la excepción involucra la formulación de cualquier hecho jurídico que afecte ora el ejercicio de la acción (excepciones dilatorias) ora su vida misma (excepciones perentorias). Un acto de defensa que constituye la negación del derecho del actor no importa una excepción en el sentido legal. Negar una acción no significa operar una excepción²⁹.

En lo que sigue, entonces, el análisis se detiene en las facultades procesales del demandado, con independencia de si se ejercen a través de la contestación de la demanda o mediante otras actuaciones autorizadas por la ley o el tribunal. Si bien la contestación es el medio paradigmático con el que cuenta el demandado para ejercer estas facultades de defensa, no equivale a ellas. La contestación de la demanda es una actuación procesal, siendo las defensas o excepciones su contenido, de la misma forma en que la demanda del actor no se identifica con la pretensión que ella contiene.

Una vez aclarado este punto es posible distinguir el contenido normativo de las facultades de defensa del demandado. Este puede defenderse por cuatro vías: (1) invocar hechos que acusan un defecto procesal que impide al juez decidir el conflicto (actuación procesal: escrito de excepciones procesales), (2) afirmar que los hechos que sustentan la demanda son efectivos o no (actuación procesal: escritos de contestación o dúplica), (3)

²⁸ GOLDSCHMIDT (1929) p. 77, aunque pueden existir otras, GOLDSCHMIDT (1925) p. 348.

²⁹ RIOSECO (1995) p. 113.

negar que los hechos afirmados en la demanda den lugar al efecto jurídico que el demandante pretende porque tienen una calificación jurídica diversa (actuación procesal: escritos de contestación o dúplica), o bien, (4) invocar hechos que permitan aplicar una disposición impeditiva, extintiva o inhibitoria del derecho alegado por el actor mediante excepciones perentorias (actuación procesal: escritos de contestación o de excepciones perentorias).

1. FACULTAD DE INTERPONER EXCEPCIONES PROCESALES

Las objeciones procesales en el juicio ordinario de mayor cuantía no se hacen valer en la contestación de la demanda, sino que a través de excepciones dilatorias durante el término de emplazamiento (arts. 303 y siguientes CPC). La interposición de estas excepciones implica el ejercicio de una facultad de oponer objeciones procesales, tal como se refleja en el encabezado del artículo 303 CPC que señala que son admisibles “como excepciones dilatorias” las excepciones procesales ahí enumeradas. De igual manera, el artículo 304 CPC indica que algunas excepciones, a pesar de ser perentorias, pueden “oponerse y tramitarse del mismo modo que las dilatorias”. En otros términos, las llamadas excepciones dilatorias son aquellas de índole procesal que se tramitan en forma previa e incidental por razones de eficiencia y con el fin preventivo de eliminar de manera temprana vicios de nulidad del juicio³⁰. Esta función nos permite afirmar que esta facultad es prioritaria con respecto a las demás que tiene el demandado.

Es por esto por lo que sería más preciso hablar de excepciones procesales de tramitación dilatoria o de previo y especial pronunciamiento, y excepciones procesales de resolución conjunta. Esta nomenclatura permite discernir de mejor forma el tipo de excepción (procesal) del modo en que se deciden (dilatoria). La razón para ello es que las excepciones procesales también se pueden subdividir según el modo en que se tramitan y fallan: en dilatorias, cuando son de previo y especial pronunciamiento, y en aquellas de resolución conjunta con el objeto principal del juicio, cuando el juez reserva su decisión para la sentencia definitiva “si son de lato conocimiento” (art. 304 CPC).

Para ilustrar el ejercicio de esta facultad considérese el caso en que el demandado invoca la excepción de litispendencia, uno de cuyos fundamentos es el principio de la buena fe procesal en su variante de los actos propios, ya que sirve para inhibir las prácticas “inescrupulosas o fraudulentas” de quien reitera un juicio que él mismo inició y que aún no ha concluido³¹. El efecto de la resolución judicial que acoge esta excepción procesal de litispendencia es suspender –no terminar– el juicio mientras no finalice el primer litigio, con el propósito de evitar un doble gasto de recursos y cancelar el riesgo de sentencias contradictorias³².

2. FACULTAD DE CONTROVERTIR O NO LOS HECHOS

El demandado puede tomar su propia postura con respecto a los hechos narrados por el actor en su demanda e influir, de este modo, en la determinación del objeto de la

³⁰ ANABALÓN (1954) p. 121.

³¹ RIED (2015) pp. 225-231.

³² RIED (2015) pp. 211-212.

prueba. Esta facultad tiene dos dimensiones, ya que el demandado puede negar tales hechos, o bien, reconocerlos. En cuanto a lo primero, el demandado no solo puede negar los hechos en forma explícita, sino que también tácita, a través de la contestación ficta de la demanda, una interpretación judicial que, tal como se indicó, es criticable porque, en estricto rigor, “quien no contesta, simplemente no dice nada”³³.

En lo que se refiere a reconocer los hechos narrados por el actor, en tanto, también hay que hacer algunas precisiones. Por lo pronto, el demandado puede contestar y reconocer los hechos de la demanda sin allanarse a la misma, aunque los efectos de ambas estrategias son similares: se elimina la fase probatoria y se cita a las partes a oír sentencia (art. 313 inciso 1° CPC). La admisión de los hechos o reconocimiento es, entonces, un supuesto en donde el juicio se reduce a la disputa sobre la calificación jurídica del conflicto³⁴. En este sentido, el demandado reconoce los hechos narrados por el actor si no contradice “en materia substancial y pertinente los hechos sobre que versa el juicio” (art. 313 inciso 1° CPC), de modo que su reconocimiento puede ser expreso o tácito³⁵. El allanamiento, por el contrario, suele ser expreso cuando el demandado “acepta llanamente las peticiones del demandante” (art. 312 CPC), aunque nada obsta a que también sea tácito si este cumple con el interés que pretende satisfacer el actor mediante su demanda (por ejemplo, si paga la deuda)³⁶.

Para que el demandado pueda ejercer esta facultad es necesario que el actor cumpla, por su parte, con las exigencias legales que regulan sus propias facultades, ya que “si la demanda no contiene una exposición clara y circunstanciada de los hechos, estos no se pueden admitir tácitamente”³⁷. Dicho de otro modo, si el actor no afirma hechos específicos en su demanda (art. 254 N° 4 CPC) se expone al efecto desfavorable de que el juez no pueda tener por reconocidos tácitamente esos hechos ante la falta de controversia por parte del demandado. En lo que respecta a este último, en tanto, solo cuando afirma hechos “apropiados y específicos” al contestar la demanda el tribunal podrá juzgar si estos son o no adecuados al caso³⁸.

La segunda consideración que merece esta facultad del demandado con respecto a los hechos es más fina y apunta a distinguir si lo que hizo la parte fue introducir, indicar o alegar hechos. En este sentido, la introducción se refiere a un hecho que el demandado presenta de forma “accidental” o “no consciente” en uno de sus escritos; la indicación de un hecho, en cambio, se refiere a una circunstancia que se menciona de manera consciente, pero sin una valoración jurídica específica; y la alegación, por último, apunta a hechos que no solo se presentan de manera consciente, sino que también implican una calificación normativa precisa³⁹. Esta distinción tiene un innegable mérito analítico, aunque es bastante difícil de llevar a la práctica en todos los casos que se litigan, pues, ello exigiría que el juez esté en condiciones de valorar la intencionalidad de los escritos en cada uno de los juicios

³³ PINOCHET y DELGADO (2021) p. 24.

³⁴ FERNÁNDEZ (2017) pp. 105-107 y 114.

³⁵ DELGADO (2014) p. 507.

³⁶ NÚÑEZ y PÉREZ (2014) p. 69.

³⁷ FERNÁNDEZ (2017) p. 98.

³⁸ VOGT (2018) pp. 254-256.

³⁹ HUNTER (2010) pp. 168-169.

que conoce y con respecto a cada uno de los hechos que se mencionan. Es por ello por lo que debe preferirse la aproximación objetiva de las facultades procesales, que es la que permite al juez tomar una decisión segura sobre qué efecto procesal se sigue de las presentaciones del demandado en un contexto de litigación masiva.

3. FACULTAD DE PROPONER UNA CALIFICACIÓN JURÍDICA AL TRIBUNAL

La argumentación jurídica del demandado está condicionada a la causa de pedir de la demanda, ya que en ella el actor presenta “la exposición clara de los hechos y fundamentos de derecho en que se apoya” (art. 254 N° 4 CPC). Esta “exposición” es la que deja al demandado “en condiciones de defenderse con absoluta seguridad”⁴⁰. Por lo mismo, si el actor no informa a su contraparte del fundamento de su demanda, el demandado puede excusarse de contestar oponiendo una excepción procesal por “ineptitud del libelo” (art. 303 N° 3 CPC), un control jurídico preliminar que “en caso alguno puede considerarse una sanción derivada del no cumplimiento de una carga” por parte del actor⁴¹. En efecto, lo que hace esta excepción procesal de ineptitud del libelo es permitir que el demandado ejerza su facultad de controlar las “narraciones sobreabundantes, relatos disonantes, vaguedades inexpresivas y/o conjeturas inverosímiles” que puede contener una demanda⁴². De allí que la jurisprudencia chilena haya calificado de abusivo el ejercicio de esta facultad solo cuando la excepción que se opone es “notoriamente injustificada”⁴³.

En los procedimientos judiciales en materias de familia, además, la ley amplía este control del fundamento jurídico de la demanda a dos oportunidades procesales diversas: cuando el juez acoge a tramitación la demanda⁴⁴ y, luego, en la audiencia preparatoria de juicio (art. 61 N° 2 inciso 2°, Ley N° 19.968, reformado por Ley N° 20.286 de 2008) mediante algunas excepciones procesales y perentorias que puede hacer valer el demandado con anterioridad a la misma⁴⁵. Este diseño legislativo permite matizar la afirmación de que un problema de la justicia civil chilena es la “falta de un control [judicial] efectivo del cumplimiento de la carga de la afirmación” de las partes, ya que esta crítica solo se aplica a la litigación civil patrimonial y no a las leyes especiales: es el Código de Procedimiento Civil de 1903 el que “carece de normas que aseguren que la controversia se precise con anterioridad”⁴⁶.

En cuanto al ejercicio de esta facultad, por último, cabe tener en cuenta que la jurisprudencia ha ligado las dos principales exigencias del artículo 309 CPC que regula el contenido de la contestación de la demanda, esto es, “la exposición clara de los hechos y fundamentos de derecho en que se apoyan” (N° 3) y “la enunciación precisa y clara, consignada en la conclusión, de las peticiones que se someten al fallo del tribunal” (N° 4) con el derecho de defensa del demandado. Esto se puede constatar en los fallos que resuelven

⁴⁰ ANABALÓN (1954) p. 103.

⁴¹ HUNTER (2015) p. 66.

⁴² VOGT (2018) pp. 268-269.

⁴³ TAVOLARI (2004) p. 164.

⁴⁴ HUNTER (2009) p. 145.

⁴⁵ LARROUCAU (2018) pp. 716-734.

⁴⁶ VOGT (2018) pp. 272-273 (destacado en el original).

que esta actuación procesal debe ser consistente y clara⁴⁷, lo cual implica no solo una coherencia interna en el escrito de contestación⁴⁸, sino que también una exhaustividad en cuanto al cumplimiento de sus requisitos legales, incluida su fundamentación jurídica. En la litigación laboral, además, se ha resuelto que la contestación de la demanda debe aportar al juicio un discurso que sea “convincente”⁴⁹. Si a esto se suma el hecho de que la comparecencia a juicio no suele ser personal, sino que representada por un abogado (art. 1, Ley N° 18.120), es fácil advertir la importancia que tiene esta facultad del demandado de calificar jurídicamente el caso en la práctica judicial.

4. FACULTAD DE INTERPONER EXCEPCIONES PERENTORIAS

El demandado tiene la facultad de resguardar su interés atacando directamente los presupuestos de la acción que interpuso el actor (art. 309 N° 3 CPC). En este sentido, el demandado puede oponer excepciones perentorias como, por ejemplo, el pago o la prescripción, las cuales enervan la acción y permiten que el tribunal dicte una sentencia definitiva que, como tal, resuelve la cuestión “objeto del juicio” (art. 158 inciso 2° CPC). Por tanto, su función es completamente distinta al de las excepciones procesales que, como se expuso antes, tienen como fin alegar vicios que impiden un pronunciamiento sobre el objeto del juicio. En la ley chilena, esta clasificación encuentra fundamento dogmático en la distinción entre excepciones “dilatorias (entiéndase: ‘procesales’) y perentorias”, trazada a propósito del juicio de mínima cuantía (art. 711 inciso 1° CPC). Su contenido, en tanto, ha sido desarrollado por la dogmática y la jurisprudencia a partir de casos concretos⁵⁰. En el escenario de un tribunal que no tiene jurisdicción para conocer de un asunto determinado, por ejemplo, se ha sugerido que el demandado interponga una excepción procesal invocando el artículo 303 N° 6 CPC, lo que revela una concepción amplia de las excepciones procesales que incluye tanto “cuestiones que van desde la forma de los actos procesales” como “la observancia de condiciones de validez para que la relación procesal surta sus efectos, como ocurre con los presupuestos procesales de la jurisdicción y la competencia”⁵¹.

Debido a su conexión con el derecho sustantivo, entonces, el contenido de una excepción perentoria depende del ámbito jurídico en que se plantea. En los juicios de responsabilidad civil extracontractual, por ejemplo, las estrategias del demandado que se defiende pueden reagruparse en tres tipos de excepciones perentorias: las que atacan los presupuestos de la acción (por ejemplo, alegar que la acción del demandante prescribió), las que dan cuenta de una causal eximente de responsabilidad (por ejemplo, el caso fortuito que produjo el daño), o bien, las que configuran una causal de reducción de responsabilidad civil (por ejemplo, la culpa de la víctima que se expuso al accidente)⁵².

⁴⁷ Corte Suprema, 05/09/2017 (*BANCO SANTANDER CHILE CON CELEDÓN*), considerando 6°.

⁴⁸ CARRETTA (2013) pp. 220-224.

⁴⁹ Juzgado de Letras del Trabajo de Antofagasta, 10/01/2017 (*UNCOS CON INGENIERÍA DE MANTENCIÓN Y SERVICIOS INDUSTRIALES NORTE LTDA.*), considerando 7°.

⁵⁰ ROMERO (2021) pp. 213-226 y 241-243.

⁵¹ ROMERO (2004) pp. 188-191.

⁵² PINO (2015) pp. 193-199.

Por último, la posibilidad de ejercer esta facultad en segunda instancia e interponer excepciones perentorias hasta antes de la vista de la causa (art. 310 inciso final CPC) abre un foco adicional de discusión dogmática. Se trata de una regla que asume que la apelación da lugar a un nuevo juicio y no a la revisión de uno ya existente, lo que permite al demandado una litigación estratégica en cuanto a reservar una de estas excepciones para sorprender al actor en la Corte⁵³. El principio de buena fe procesal sirve para controlar este tipo de prácticas abusivas.

IV. LAS CONSECUENCIAS ESPECIALES DE LA INACCIÓN DEL DEMANDADO

Tal como se dijo con anterioridad, las facultades procesales del demandado durante la etapa de discusión del juicio civil están sujetas, al menos, a la sanción de preclusión, de modo que, si el demandado no excepciona, controvierte hechos o califica el derecho en las oportunidades previstas, pierde esta facultad (art. 64 CPC para las facultades sometidas a un plazo).

Junto con ello, la omisión del ejercicio de una facultad puede dar lugar a consecuencias adversas, adicionales y específicas con respecto a la preclusión. El motivo de esto, como también se adelantó, es que se trata de situaciones en que existe una carga asociada al no ejercicio de una facultad del demandado. Para analizar estos efectos adversos específicos cabe distinguir si su pasividad durante el emplazamiento es absoluta o relativa.

1. LA INACCIÓN TOTAL DURANTE EL TÉRMINO DE EMPLAZAMIENTO

El demandado puede guardar silencio ante la demanda de forma total o parcial. En el primer supuesto, el demandado está en rebeldía porque no contesta en la oportunidad legal (art. 78 CPC). La jurisprudencia ha resuelto que este silencio: “debe entenderse como una contestación ficta de la demanda, [lo] que significa desconocer los fundamentos sobre los cuales esta se apoya, desde que en este ámbito del derecho quien calla nada reconoce u otorga, a menos que una norma legal disponga lo contrario (considerando 8°)”⁵⁴.

Esta presunción judicial, sin embargo, no impide que el demandado pueda aportar argumentos jurídicos en su favor más adelante, una vez que se decide poner fin a la rebeldía. No obstante, su inacción total durante el emplazamiento sí hace precluir otras facultades del demandado, como aquella que le permite interponer excepciones procesales, salvo un par de ellas (arts. 305 inciso final y 310 CPC), así como la facultad de dar fundamentos para su rechazo de los hechos narrados por el actor⁵⁵.

En lo que respecta al tribunal, en tanto, la asimilación de la inacción absoluta del demandado a una negación total del contenido de la demanda puede llegar a distorsionar el efecto material de la cosa juzgada si el juez opta por la presunción judicial contraria y decide que no existe una controversia sobre los hechos (arts. 313 y 318 CPC). Esto es así porque, al no haber *res iudicanda* (hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos someti-

⁵³ NÚÑEZ, CARRASCO y ROJAS (2019) p. 353.

⁵⁴ Corte Suprema, 09/01/2011 (*MORENO CON AGRÍCOLA ARIZTÍA LIMITADA*), considerando 8°.

⁵⁵ QUINTANA (2017) p. 60.

dos a prueba) no se justificaría la *res iudicata* en un sentido material que haga inmutable al fallo. Así ocurrió, por ejemplo, en un juicio de filiación en que se rechazó la excepción de cosa juzgada a pesar de que en el segundo juicio concurría la triple identidad exigida por la ley (art. 177 CPC), debido a que en el primer juicio no se rindió prueba sobre la identidad biológica del actor porque este se desistió de su acción, lo que impidió abrir un debate judicial en base a evidencias⁵⁶. En otras palabras, la inacción total del demandado durante el emplazamiento puede repercutir negativamente en uno de los efectos más importantes de la sentencia definitiva: la cosa juzgada. El principio de congruencia (art. 160 CPC) refuerza esta misma conclusión, ya que “el juez debe abstenerse, en el momento de dictar sentencia, de valorar o desestimar un hecho alegado por el demandante y no controvertido por el accionado”⁵⁷.

En esta misma línea, además, el silencio absoluto del demandado puede ocasionar un problema con respecto a la carga de la afirmación, ya que se trata de una actuación “indefinida” por parte del demandado, similar a quien contesta la demanda con un simple “yo no fui” o un “niego todo lo afirmado por el demandante”. Es por esto por lo que, en el evento de que hubiese un término probatorio o una audiencia de juicio, el demandado quedaría exento de probar los hechos extintivos, pues no tiene sentido imponer la carga de probar una negación indefinida⁵⁸. Esto cobra aún más relevancia al advertir que el actor no dispone de un equivalente a la excepción dilatoria de ineptitud del libelo para controlar este tipo de falencias en el escrito de contestación.

A la luz de lo que se acaba de mencionar, es fácil advertir el motivo por el cual la presunción judicial que asimila la inacción total del demandado durante el emplazamiento a un rechazo de la demanda ha sido fuertemente cuestionada en la literatura procesal chilena⁵⁹. La jurisprudencia chilena contempla algunos efectos desfavorables para evitar esta estrategia del demandado, como, por ejemplo, negarle el derecho a pedir el abandono del procedimiento⁶⁰, o bien, invertir la carga de la prueba en su contra a pesar de que se trate de una negación “indefinida”⁶¹.

2. LA INACCIÓN PARCIAL DURANTE EL TÉRMINO DE EMPLAZAMIENTO

El silencio parcial del demandado comprende la hipótesis en que la contestación de la demanda no se refiere a todos los hechos narrados por el actor. En este caso, no hay una jurisprudencia que interprete su silencio parcial como una negación de tales hechos, la cual, como se acaba de ver, genera efectos procesales indeseables.

Por contrapartida, si el escrito de contestación es incompleto, tampoco se podría interpretar el silencio del demandado con respecto a un hecho puntual como una aceptación

⁵⁶ Corte de Apelaciones de Temuco, 01/03/2012, considerando 14°.

⁵⁷ AGUIRREZABAL y PÉREZ (2018) p. 318 (nota 105).

⁵⁸ PEÑAILILLO (1989) pp. 81-83.

⁵⁹ ORELLANA y PÉREZ (2008) pp. 11-44.

⁶⁰ Corte Suprema, 18/04/2018 (*SCOTIABANK CHILE CON VERGARA*), considerando 9°.

⁶¹ Corte Suprema, 28/09/2017 (*ELIANA ELIZABETH EYZAGUIRRE GÁLVEZ E.I.R.L. CON URBINA*), considerando 12°.

de este. Al igual que la confesión (art. 401 CPC), la contestación es un acto indivisible⁶². Sin embargo, es razonable que el juez tenga la facultad para pedir al demandado que aclare su posición al respecto y, si este no lo hace, pueda imponerle una consecuencia procesal desfavorable.

Por cierto, un estudio dogmático de la inacción del demandado –total o parcial– requiere de más precisiones que las que se pueden hacer en este artículo. Una de ellas, por ejemplo, es el caso del litisconsorcio pasivo cuando solo uno de los demandados contesta la demanda, pues allí se requiere distinguir si se trata de un litisconsorcio necesario, en cuyo caso la rebeldía de uno puede alcanzar a todos, o bien, de un litisconsorcio facultativo, en donde tanto la negación como la admisión tácita de los hechos procedería únicamente con respecto a los demandados rebeldes⁶³.

V. MECANISMOS PARA ASEGURAR LA EFECTIVIDAD DE LA DEFENSA DEL DEMANDADO

Para resguardar el interés del demandado en su defensa durante la etapa de discusión del juicio no basta con las facultades recién descritas, sino que también es necesario asegurar su efectividad a través de ciertos mecanismos procesales. Nos referimos con esto a ciertas garantías procesales y deberes del demandante, entre los que destacan los tres que siguen: primero, asegurar el emplazamiento como un trámite esencial del juicio declarativo; segundo, impedir que el actor cambie el objeto del juicio a su antojo; tercero, articular un intercambio oportuno de información que permitan al actor y al demandado evaluar sus probabilidades de éxito en el juicio.

1. GARANTIZAR EL EMPLAZAMIENTO

La importancia del emplazamiento para la defensa del demandado no se limita a su carácter de diligencia esencial del juicio (art. 795 N° 1 CPC), sino que también se aprecia en algunos preceptos especiales, de los que destacamos dos. Primero, aquella regla de las prestaciones mutuas que dispone que el poseedor de buena fe tiene derecho a conservar los frutos percibidos (art. 907 inciso 1° CC) y a que le paguen las mejoras útiles (art. 909 inciso 1° CC) hasta antes de contestar la demanda, en el entendido de que el demandado requiere de un plazo –el emplazamiento– para estudiar la acción de quien se pretende dueño, de modo que mientras no contesta la demanda no pierde su buena fe respecto del uso y goce de la cosa (art. 706 CC)⁶⁴.

Segundo, la regla que permite interponer el incidente por falta de emplazamiento a cualquiera que pudo ser parte en el juicio y no solo al “litigante rebelde” mencionado por el artículo 80 CPC, sino que también aquel a quien le empece el fallo (art. 234 CPC) porque le van a “afectar sus resultados” (art. 40 CPC). De acuerdo con Felipe Gorigoitía, esta interpretación de la ley permite usar este incidente como una forma de controlar judicial-

⁶² ROMERO (2021) pp. 229-230.

⁶³ FERNÁNDEZ (2017) pp. 101-104.

⁶⁴ PINOCHET (2018) pp. 111-117.

mente los casos de litisconsorcio necesario y la participación de los terceros⁶⁵. Esta posibilidad de incidentar, por lo demás, se mantiene incluso una vez que el juicio ha terminado y aunque no exista un vicio, ya que, para pedir su rescisión, basta que el demandado no haya tenido conocimiento del juicio. Dicha amplitud demuestra que este incidente es “un mecanismo procesal que hace prevalecer en un caso extremo de indefensión la justicia [del demandado] por sobre la seguridad jurídica [del actor]”⁶⁶.

Esta necesidad de asegurar el emplazamiento para dar eficacia al derecho de defensa también es refrendada por algunas líneas jurisprudenciales. Una de ellas es la que afirma que, en el litisconsorcio pasivo, el primer notificado puede contestar de inmediato (art. 260 inciso 1° CPC), debido a que el término de emplazamiento es individual en su inicio y común en su término⁶⁷. Otra de estas líneas se aprecia en los juicios de familia cuando la demandada comparece sin abogado a la audiencia, en donde, para evitar su indefensión, se cita a una nueva audiencia, lo que en la práctica implica una prórroga del plazo para contestar la demanda⁶⁸.

Por contrapartida, también hay que aludir a otras líneas jurisprudenciales que lo que buscan es proteger el acceso a la justicia del actor al incentivar al demandado a que no retrase su actuación en el juicio. Así, por ejemplo, se ha resuelto que tiene validez la notificación hecha al mandatario del demandado, aunque su mandato sea general⁶⁹, o bien, se haya notificado a alguien que dejó de ser mandatario con el único fin de evitar el emplazamiento de quien era cliente⁷⁰. Esto último incluye aquellos casos en que el mandato se revoca el mismo día en que se notifica la demanda, “en una actuación cuya finalidad es obvia”⁷¹ y vulnera la buena fe procesal.

2. IMPEDIR LA MODIFICACIÓN UNILATERAL DE LA DEMANDA

Una vez que se forma la relación jurídica procesal, el interés del demandado justifica que la ley vincule al actor a lo que él mismo definió como objeto y sujetos del juicio en su demanda. Es decir, surge una prohibición de modificación unilateral de la demanda. A partir de la litispendencia, entonces, la demanda ya no puede ser alterada por la sola voluntad del demandante y la razón que lo explica es el interés del demandado en defenderse. Las únicas modificaciones que se pueden hacer a la demanda son aquellas que permite expresamente la ley procesal⁷².

Al igual que en el sistema procesal civil alemán que originó la reflexión dogmática sobre esta prohibición, en la litigación civil chilena la relación jurídica procesal entre

⁶⁵ GORIGOITÍA (2021) pp. 168-180.

⁶⁶ GORIGOITÍA (2021) p. 175.

⁶⁷ Corte Suprema, 19/08/2011 (*PARADA CON CLÍNICA ANTOFAGASTA S.A. Y RODRÍGUEZ*), considerando 2°.

⁶⁸ Corte de Apelaciones de Antofagasta, 27/11/2009, considerandos 5° y 6°.

⁶⁹ Corte Suprema, 09/10/2003 (*BANCO DE SANTIAGO CON ALZIARY*), considerando 9°.

⁷⁰ LARROUCAU (2016) pp. 642-643.

⁷¹ Corte de Apelaciones de Valparaíso, 01/06/2005 (*SOCIEDAD SCHAFFER DE INVERSIONES COMPAÑÍA LIMITADA Y FUENTES CON BANCO DE CHILE*), considerando 2°.

⁷² SCHILKEN (2010) p. 240.

las partes se forma al momento en que se notifica la demanda⁷³. A partir de este instante se consolida la disputa en sus dimensiones objetiva y subjetiva⁷⁴. En la ley procesal civil chilena, en particular, esta prohibición de modificar de manera unilateral la demanda está claramente consagrada en los artículos 148 y 261 CPC. El artículo 148 CPC reconoce la facultad del demandante de retirar unilateralmente la demanda hasta antes de su notificación, es decir, hasta antes de que se configure la relación jurídica procesal entre las partes. Después de la notificación, en cambio, solo puede haber un incidente de desistimiento (art. 148 CPC). El artículo 261 CPC, en tanto, también prohíbe las modificaciones unilaterales a una disputa pendiente, ya que las rectificaciones y ampliaciones del demandante después de notificada la demanda se consideran como una nueva demanda que requiere de otra notificación para dar lugar a una nueva relación jurídica procesal. O sea, en ambos casos un cambio unilateral no es una modificación, sino que un reinicio que deja intactas las posibilidades de defensa del demandado.

En esta misma línea, además, se pueden mencionar otras manifestaciones concretas de esta prohibición en la ley chilena. Nos limitamos a señalar las tres que siguen. Primero, el actor no puede cambiar el fundamento jurídico de su acción en la réplica, ya que, de hacerlo, según Ramón Domínguez Benavente, “se estaría admitiendo por los jueces una nueva demanda, porque no otra cosa [supone] el cambio de *causa petendi*”⁷⁵. Incluso si se adhiere a la jurisprudencia mayoritaria, según la cual la causa de pedir se funda principalmente en los hechos y no en el derecho⁷⁶, esta alteración en el fundamento jurídico de la demanda en un escrito posterior siempre debería quedar supeditada a la posibilidad de que el demandado pueda contradecir los nuevos argumentos a tiempo para evitar decisiones sorpresivas en su contra⁷⁷.

Segundo, la prohibición de alterar la demanda también es el criterio que se tuvo en cuenta la década pasada al permitir que la empresa aseguradora asumiese la defensa del asegurado en un juicio de responsabilidad civil (art. 573 del Código de Comercio reformado por Ley N° 20.667 de 2013) con el fin de evitar simulaciones entre la víctima y el asegurado, resguardando de este modo el derecho de defensa de quien paga los daños⁷⁸.

Tercero, la intangibilidad de la relación jurídica procesal también es lo que explica el antiguo debate acerca de si eran válidos los escritos presentados sin firma en el mesón del tribunal, ya que la rúbrica servía para identificar al actor y, de este modo, se hacía posible que el demandado preparase una defensa de manera eficaz y eficiente⁷⁹.

En síntesis, lo que muestran todos estos ejemplos es que, una vez que existe la relación jurídica procesal entre las partes, los límites del juicio dejan de estar a disposición del actor en resguardo del derecho de defensa del demandado.

⁷³ BORDALÍ, CORTEZ y PALOMO (2013) p. 142.

⁷⁴ ANABALÓN (1954) p. 118.

⁷⁵ DOMÍNGUEZ (1983) p. 45.

⁷⁶ Corte de Apelaciones de Santiago, 03/11/2000 (*CANTO CON CORPORACIÓN MUNICIPAL DE LA FLORIDA*), considerando 13°.

⁷⁷ PÉREZ (2020) p. 298.

⁷⁸ LAGOS (2017) p. 60.

⁷⁹ SALAS (1992) pp. 165-169.

3. ARTICULAR UN INTERCAMBIO PREPARATORIO DE INFORMACIÓN

Para que el ejercicio de las facultades del demandado sea eficaz este tiene que contar con información relevante para su defensa. En la versión original del Código de Procedimiento Civil de 1903, por ejemplo, tanto el actor como el demandado debían acompañar en sus primeras actuaciones los documentos en que se fundaban sus alegaciones, fueran instrumentos públicos o privados, ya que la ley no distinguió al respecto (art. 252 inciso 1° CPC). En la práctica, además, el actor tenía todo el término de emplazamiento para acompañar estos documentos y el demandado disponía del plazo de la réplica para lo mismo⁸⁰.

Una regla similar es la que rige actualmente en los procedimientos judiciales del trabajo, aunque en este caso solo es el actor quien debe acompañar la prueba documental acerca de las actuaciones administrativas sobre los hechos a los que se refiere su acción (art. 446 inciso 2° del Código de Trabajo) y el demandado queda libre de esta exigencia, tal como ocurrió para ambos litigantes en los procedimientos civiles después de la reforma de 1988, la cual eliminó este intercambio preparatorio entre las partes (art. 255 CPC modificado por Ley N° 18.705).

El problema con la reforma de 1988 en este punto es que ella pasó por alto la distinción que subyace a este intercambio de información, entre documentos fundantes y justificatorios, la cual es útil para el derecho de defensa del demandado. Tal como explicaron Eleodoro Ortiz y Carlos Pecchi, esta distinción dogmática es relevante en atención a la oportunidad procesal en que se rinde la prueba y a la necesidad de la contraparte de contradecir o no los hechos que se mencionan en los documentos. En efecto, la exigencia de presentar los documentos en la demanda se refería solo a los que apoyan la causa de pedir, no a los hechos controvertidos⁸¹, pues, aún no se recibe la causa a prueba (art. 318 CPC) y los destinatarios de cada una de estas informaciones son distintos: los documentos probatorios van dirigidos a la comprobación de los hechos por el juzgador y forman parte del esclarecimiento probatorio; en cambio, los documentos fundantes tienen como fin permitir al demandado tomar decisiones sobre su defensa de forma previa a la actividad probatoria, formando parte del esclarecimiento preparatorio⁸².

La regla original del Código de Procedimiento Civil, entonces, tenía la ventaja de que permitía a los sujetos procesales distinguir entre los destinatarios de la información, algo que el Proyecto de Código Procesal Civil de 2012 (Boletín N° 8197-07) propuso retomar como regla general (art. 254) y que, por lo demás, coincide con la tendencia comparada de ampliar el esclarecimiento preparatorio en sede civil⁸³. La distinción entre documentos fundantes y justificatorios, en particular, también es útil para el propio actor, quien no puede anticiparse a todos los hechos que podrían ser considerados relevantes por el demandado en su contestación, de modo que habrá documentos que no estará en condiciones de saber que los debe acompañar en su demanda. De hecho, el artículo 252 del Código de 1903 original fue criticado precisamente porque parecía imponer “a los litigantes

⁸⁰ CÁNOVAS (1963) p. 85.

⁸¹ ORTIZ y PECCHI (1979) pp. 77-80.

⁸² ORTIZ y PECCHI (1979) p. 78. En detalle sobre la base conceptual de esta distinción, VOGT (2022) pp. 164-167.

⁸³ VOGT (2022) pp. 170-172.

un esfuerzo prematuro y muchas veces inútil”, de modo que podía “ser fuente de incidentes dilatorios”, ya que cada parte podía intentar ampliar la noción de documento fundante para tratar de impedir que la otra lo agregase durante la fase probatoria en calidad de documento justificatorio⁸⁴.

En suma, el diseño del proceso civil actual en Chile muestra un gran vacío en el acceso a información por parte del demandado para la preparación de su defensa. En él no hay mecanismos de esclarecimiento preparatorio que operen en su favor. Si bien la ley procesal reconoce en las medidas prejudiciales preparatorias un mecanismo de esclarecimiento preparatorio, se trata de un derecho que, en general, está reservado al futuro demandante (arts. 273 y 288 CPC), lo que genera una asimetría incompatible con el derecho de defensa del demandado.

VI. CONCLUSIONES

Este artículo analiza el contenido normativo de las cuatro principales facultades procesales del demandado para defenderse en un juicio civil: la facultad de interponer excepciones procesales, la de introducir afirmaciones de hecho o pronunciarse respecto a los hechos alegados por el actor, la facultad de ofrecer una calificación jurídica propia del caso y la de interponer excepciones perentorias. Todas estas facultades se distinguen, primero, de las actuaciones procesales mediante las cuales se ejercen y, segundo, de las cargas procesales asociadas a su no ejercicio. Estas cargas pueden prever una consecuencia general (preclusión) y consecuencias especiales que son adversas a quien no actúa. Estas consecuencias adversas especiales varían según si la inacción del sujeto emplazado es absoluta o relativa.

Este trabajo demostró que, en el juicio civil declarativo en Chile, la posición institucional del demandado ya no puede ser concebida como una licencia para entorpecer la demanda del actor, sino como parte de una relación jurídica procesal en donde lo que se espera del sujeto emplazado es que se defienda. Esto no excluye del todo las estrategias basadas en una omisión, pero el demandado que elige ese camino paga un precio por ello. Es por esto por lo que las facultades de defensa del demandado presuponen, en cuanto expresión del derecho a ser oído y del principio dispositivo, ciertas medidas procesales para asegurar su efectividad, entre las que destacan tres: la garantía de emplazamiento como un trámite esencial del juicio declarativo, la consolidación de lo que el actor entiende por objeto del juicio una vez notificada la demanda y el intercambio oportuno de información que permita al demandado articular su estrategia de defensa.

Uno de los principales defectos de la ley procesal civil chilena vigente es que, tanto las facultades procesales del demandado como los mecanismos que deberían asegurarlas, se regulan en forma fragmentaria e incompleta. El no ejercicio de las excepciones procesales, por ejemplo, tiene como consecuencia el efecto preclusivo, salvo que se trate de un defecto procesal que se pueda corregir de oficio por el juez (art. 84 inciso final CPC). En el caso de las excepciones procesales, en particular, la ley a veces extiende la oportunidad de interponer algunas de ellas después de contestada la demanda (art. 310 CPC). Esto induce a

⁸⁴ ORTIZ y PECCHI (1979) p. 78.

confundir estas facultades con cargas, por cuanto su efecto es similar, pues la necesidad de cumplir con ellas pasa por evitar la preclusión, sin generar un efecto adverso especial.

Lo mismo ocurre con la importante omisión de controvertir los hechos, en donde, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos, como el alemán o el ecuatoriano, la no contestación de la demanda no tiene como secuela su reconocimiento tácito en todos los casos. Esto es así porque la facultad del demandado de controvertir no se halla regulada como carga, de modo que, si no la ejerce, el juez puede presumir una situación favorable para el demandado, tal como ocurre en la práctica.

Esta regulación fragmentada e incompleta se pone de manifiesto una vez que se adopta el punto de vista de la relación jurídica procesal para analizar la posición del demandado en el juicio civil. Este enfoque permite identificar los fundamentos sobre los cuales se debe sostener una fase de discusión judicial que reconozca la defensa del demandado de un modo que sea consistente con el derecho a ser oído y el principio dispositivo. Estos pilares son: el reconocimiento legal de las cuatro facultades de defensa mencionadas en un inicio, el aseguramiento de las condiciones para su ejercicio eficaz y la regulación legal del riesgo de la inacción, esto es, de las consecuencias perjudiciales de abstenerse de ejercer dichas facultades. El debate sobre el nuevo Código Procesal Civil debería dar cuenta de estos pilares.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, Maite y PÉREZ RAGONE, Álvaro (2018): “Aportes para una conducción colaborativa del proceso civil chileno: pensando una nueva justicia”, *Revista de Derecho Privado de la Universidad Externado de Colombia*, N° 35: pp. 293-326.
- ANABALÓN SANDERSON, Carlos (1954): *Tratado de derecho procesal. El juicio ordinario de mayor cuantía* (Santiago, Editorial El Jurista, reimpresso en 2017).
- BLOMEYER, Arwed (1963): *Zivilprozessrecht - Erkenntnisverfahren* (Berlin, Springer).
- BORDALÍ SALAMANCA, Andrés; CORTEZ MATCOVICH, Gonzalo y PALOMO VÉLEZ, Diego (2013): *Proceso civil. El juicio ordinario de mayor cuantía* (Santiago, Thomson Reuters).
- BORDALÍ SALAMANCA, Andrés (2000): “El derecho fundamental de acción. Un intento de configuración en el orden constitucional chileno”, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 97: pp. 81-105.
- BRAVO ZISTERNAS, Agustín (1898): *Proyecto de Código de Enjuiciamiento Civil* (Valparaíso, Imprenta La Estrella).
- CÁNOVAS ROBLES, José (1963): “Oportunidad para la presentación de los instrumentos en juicio”, *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, N° 125: pp. 83-85.
- CARRASCO POBLETE, Jaime (2010): *La rebeldía en los procesos civil y laboral* (Santiago, AbeledoPerrot).
- CARRETTA MUÑOZ, Francesco (2008): “Deberes procesales de las partes en el proceso civil chileno”, *Revista de Derecho de la Universidad Austral*, Vol. 21, N° 1: pp. 101-127.
- CARRETTA MUÑOZ, Francesco (2013): *La coherencia en el proceso civil: Imperativo conductual y decisional desde la buena fe (Casos y jurisprudencia)* (Santiago, Thomson Reuters).
- CORTEZ MATCOVICH, Gonzalo (2022): “Concepto, fundamento y tiempo de la litispendencia en el proceso civil chileno”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 49, N° 2: pp. 163-192.

- DEGENKOLB, Heinrich (1877): *Einlassungszwang und Urteilsnorm* (Leipzig, Breitkopf & Härtel).
- DELGADO CASTRO, Jordi (2014): “La inversión de los efectos del silencio en la reforma procesal civil: ‘Quien calla sí otorga’”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. 42: pp. 497-522.
- DOMÍNGUEZ BENAVENTE, Ramón (1983): “La réplica no es la defensa”, *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, N° 173: pp. 39-50.
- DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio (2006): “Los principios clásicos del procedimiento y la palabra hablada en el sistema jurídico indiano el estilo de Chile”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, N° 28: pp. 425-490.
- FERNÁNDEZ BARREIRO, Alejandrino (1969): *La previa información del adversario en el proceso privado romano* (Pamplona, Ediciones Universitarias de Navarra).
- FERNÁNDEZ TOLEDO, Raúl (2017): “La admisión tácita de los hechos por no contestación de la demanda en el proceso laboral”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 28: pp. 91-137.
- GARCÍA PINO, Gonzalo y CONTRERAS VÁSQUEZ, Pablo (2013): “El derecho a la tutela judicial y al debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno”, *Estudios Constitucionales*, vol. 11, N° 2: pp. 229-282.
- GOLDSCHMIDT, James (1925): *Der Prozess als Rechtslage* (Berlin, Springer).
- GOLDSCHMIDT, James (1929): *Zivilprozessrecht* (Berlin, Springer).
- GORIGOITÍA ABBOTT, Felipe (2021): “La rescisión o nulidad por falta de emplazamiento en el Código de Procedimiento Civil chileno”, *Revista de Derecho de la Universidad Austral*, Vol. 34, N° 1: pp. 167-184.
- HUNTER AMPUERO, Iván (2009): “El poder del juez para rechazar *in limine* la demanda por manifiesta falta de fundamento”, *Ius et Praxis*, vol. 15, N° 2: pp. 117-163.
- HUNTER AMPUERO, Iván (2010): “El principio dispositivo y los poderes del juez”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. 35: pp. 149-188.
- HUNTER AMPUERO, Iván (2010): “*Iura novit curia* en la jurisprudencia civil chilena”, *Revista de Derecho de la Universidad Austral*, vol. 23, N° 2: pp. 197-221.
- HUNTER AMPUERO, Iván (2015): *La aplicación judicial del derecho en el proceso civil. Doctrina, jurisprudencia y derecho comparado* (Santiago, Thomson Reuters).
- HUNTER AMPUERO, Iván (2020): *Rol del juez. Prueba y proceso* (Santiago, DER Ediciones).
- KASER, Max y HACKL, Karl (1996): *Das römische Zivilprozessrecht* (München, C.H. Beck).
- LAGOS VILLAREAL, Osvaldo (2017): “La dirección de la defensa del asegurado en el litigio de responsabilidad civil y el problema de los intereses en conflicto”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 44, N° 1: pp. 59-82.
- LARROUCAU TORRES, Jorge (2017): “Adiós a las fojas. Reglas procesales, autos acordados y tramitación electrónica en Chile”, *Revista de Derecho Privado de la Universidad Externado de Colombia*, N° 33: pp. 195-234.
- LARROUCAU TORRES, Jorge (2016): “La probable ignorancia del tercero sobre el término del mandato”, en Departamento de Derecho Privado Universidad de Concepción (ed.), Barría, Manuel (coord.), *Estudios de Derecho Civil XI* (Santiago, Thomson Reuters) pp. 639-649.

- LARROUCAU TORRES, Jorge (2018): “Las excepciones que terminan el juicio en la audiencia preliminar. Un análisis del art. 61 N° 2 inciso 2 de la Ley N° 19.968”, en RIVERO, Renée y MARÍN, Juan Carlos (dir.), Ferrada, Francisco (coord.), *Reformas necesarias a la justicia chilena. VI Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*, Tomo II (Santiago, Librotecnia) pp. 715-737.
- NÚÑEZ OJEDA, Raúl; CARRASCO DELGADO, Nicolás y ROJAS OLIVARES, Gerardo (2019): “Análisis crítico de las facultades probatorias de las partes en segunda instancia en el proceso civil chileno”, *Revista de Derecho Privado de la Universidad Externado de Colombia*, N° 38: pp. 313-345.
- NÚÑEZ OJEDA, Raúl y PÉREZ RAGONE, Álvaro (2014): *Manual de Derecho Procesal Civil. Proceso ordinario de mayor cuantía* (Santiago, Thomson Reuters).
- ORELLANA TORRES, Fernando y PÉREZ RAGONE, Álvaro (2008): “Radiografía de la rebeldía en el proceso civil. Tópicos hacia una adecuada regulación en la nueva justicia civil”, *Ius et Praxis*, vol. 13, N° 2: pp. 13-44.
- ORTIZ SEPÚLVEDA, Eleodoro y PECCHI CROCE, Carlos (1979): “Concepto de documentos fundantes”, *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, N° 167: pp. 67-81.
- PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel (1989): *La prueba en materia sustantiva civil. Parte general* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- PÉREZ RAGONE, Álvaro (2020): “La prohibición de decisiones-sorpresa: reinterpretación del *iura novit curia* desde el debido contradictorio”, *Ius et Praxis*, vol. 26, N° 2: pp. 296-319.
- PÉREZ RAGONE, Álvaro (2014): “El revisionismo garantista en el proceso civil a través de las ideas de Franz Klein y Adolf Wach. Precisiones sobre eficiencia y derechos procesales”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. 42: pp. 523-551.
- PINO EMHART, Alberto (2015): “Defensas en la responsabilidad extracontractual”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 25: pp. 193-200.
- PINOCHET OLAVE, Ruperto y DELGADO CASTRO, Jordi (2021): “La teoría de la declaración de voluntad en el negocio jurídico: su aplicación al emplazamiento de las partes en el proceso civil”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, vol. 28: pp. 1-30.
- PINOCHET OLAVE, Ruperto (2018): “¿Por qué el poseedor pierde la buena fe desde la contestación de la demanda y no desde la notificación legal de la misma, como es la regla general respecto de las resoluciones judiciales?”, en BAHAMONDES, Claudia; ETCHEBERRY, Leonor y PIZARRO, Carlos (coords.), *Estudios de Derecho Civil XIII* (Santiago, Thomson Reuters) pp. 105-121.
- PRADO PUGA, Arturo (2022): “La cesión de derechos litigiosos. Fundamentos de su regulación y delimitación con figuras afines”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, vol. 29: pp. 1-26.
- QUINTANA ABBATE, María Teresa (2017): “Efecto jurídico de la no contestación de la demanda en el procedimiento laboral de aplicación general: ¿Ficta confessio o ficta litis contestatio?”, *Revista Chilena del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, vol. 8: pp. 57-80.
- RIED UNBURRAGA, Ignacio (2015): “Tres cuestiones sobre la excepción de litispendencia en el proceso civil chileno”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. 45: pp. 205-241.

- RIOSECO ENRÍQUEZ, Emilio (2009): “Sobre la forma procesal de alegar la prescripción adquisitiva de los derechos reales”, *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, N° 225-226: pp. 213-216.
- RIOSECO ENRÍQUEZ, Emilio (1995): *La prueba ante la jurisprudencia. Derecho civil y procesal civil* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, tercera edición).
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (2013): *Anteproyecto de Reforma del Código de Procedimiento Civil* (Santiago, Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo).
- ROMERO SEGUEL, Alejandro (2014): *Curso de derecho procesal civil. Los presupuestos procesales relativos al órgano jurisdiccional y a las partes* (Santiago, Thomson Reuters, segunda edición).
- ROMERO SEGUEL, Alejandro (2004): “La falta de jurisdicción y su denuncia en el proceso: Las excepciones procesales y materiales”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 31, N° 1: pp. 183-193.
- ROMERO RODRÍGUEZ, Sophía (2021): *Los hechos en el proceso civil. Alegación y utilización de los enunciados fácticos jurídicamente relevantes para la dictación de la decisión de fondo* (Santiago, Thomson Reuters).
- SCHILKEN, Eberhard (2010): *Zivilprozessrecht* (Munich, Vahlen, sexta edición).
- SALAS VIVALDI, Julio (1992): “Los escritos del proceso y su firma (Comentario respecto de sentencias contradictorias)”, *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, N° 191: pp. 155-169.
- TAVOLARI GOYCOOLEA, Pía (2004): *El abuso en el proceso* (Santiago, Ediciones Jurídicas Congreso).
- VOGT GEISSE, Thomas (2018): “La diferencia entre afirmar y probar en el proceso civil”, en RIVERO, Renée y MARÍN, Juan Carlos (dir.), Ferrada, Francisco (coord.), *Reformas necesarias a la justicia chilena. VI Jornadas Nacionales de Derecho Procesal* (Santiago, Librotecnia, tomo 1) pp. 253-277.
- VOGT GEISSE, Thomas (2022): “La distinción entre esclarecimiento probatorio y esclarecimiento preparatorio en el proceso civil”, *Quaestio facti. Revista internacional sobre razonamiento probatorio*, N° 3: pp. 159-173.
- WALDNER, Wolfram; PRÜTTING, Hans y WETH, Sthepan (2000): *Der Anspruch auf rechtliches Gehör* (Colonia, Otto Schmidt, segunda edición).

NORMAS CITADAS

- ALEMANIA, *Zivilprozessordnung* (01/01/2002).
- CHILE, *Código Civil* (14/12/1855).
- CHILE, *Código de Comercio* (23/11/1865).
- CHILE, *Código de Procedimiento Civil* (30/08/1902).
- CHILE, *Código Orgánico de Tribunales* (09/07/1943).
- CHILE, *Constitución Política de la República* (11/08/1980).
- CHILE, *Código del Trabajo* (16/01/2003).
- CHILE, *Código de Ética del Colegio de Abogados* (01/08/2011).
- CHILE, Ley N° 18.120 (18/05/1982): *Establece normas sobre comparecencia en juicio y modifica los artículos 4° del Código de Procedimiento Civil y 523 del Código Orgánico de Tribunales.*

- CHILE, Ley N° 18.705 (24/05/1988): *Introduce modificaciones a los códigos de procedimiento civil, de procedimiento penal, orgánico de tribunales, del trabajo y la Decreto Ley N° 2.876, 1979.*
- CHILE, Ley N° 19.968 (30/08/2004): *Crea los tribunales de familia.*
- CHILE, Ley N° 20.286 (15/09/2008): *Introduce modificaciones orgánicas y procedimentales a la Ley N° 19.968, que crea los tribunales de familia.*
- CHILE, Ley N° 20.667 (09/05/2013): *Regula el contrato de seguro.*
- CHILE, Ley N° 20.886 (18/12/2015): *Modifica el Código de Procedimiento Civil, para establecer la tramitación digital de los procedimientos judiciales.*
- CHILE, Ley N° 21.226 (02/04/2020): *Establece un régimen jurídico de excepción para los procesos judiciales, en las audiencias y actuaciones judiciales, y para los plazos y ejercicio de las acciones que indica, por el impacto de la enfermedad COVID-19 en Chile.*
- CHILE, Ley N° 21.394 (30/11/2021): *Introduce reformas al sistema de justicia para enfrentar la situación luego del estado de excepción constitucional de catástrofe por calamidad pública.*
- ECUADOR, *Código Orgánico General del Proceso* (09/12/2016).
- FRANCIA, *Code Civil* (21/03/1804).

JURISPRUDENCIA CITADA

- Tribunal Constitucional, 14/05/2009, rol 1384, inaplicabilidad (*SUÁREZ CON GASTRONÓMICA DEL MAR S.A.*).
- Corte Suprema, 18/04/2018, rol N° 36.820-2017, recurso de casación en el fondo (*SCOTIA-BANK CHILE CON VERGARA*).
- Corte Suprema, 28/09/2017, rol N° 11.687-2017, recurso de casación en el fondo (*ELIANA ELIZABETH EYZAGUIRRE GÁLVEZ E.I.R.L. CON URBINA*).
- Corte Suprema, 05/09/2017, rol 21.666-2017, recurso de casación en el fondo (*BANCO SANTANDER CHILE CON CELEDÓN*).
- Corte Suprema, 19/08/2011, rol 6.642-2011, recurso de queja (*PARADA CON CLÍNICA ANTOFAGASTA S.A. Y RODRÍGUEZ*).
- Corte Suprema, 09/01/2011, rol 6.592-2009, recurso de casación en el fondo (*MORENO CON AGRÍCOLA ARIZTÍA LIMITADA*).
- Corte Suprema, 09/10/2003, rol 4.417-2002, juicio ejecutivo (*BANCO DE SANTIAGO CON ALZIARY*).
- Corte de Apelaciones de Santiago, 03/11/2000, Gaceta Jurídica, N° 246, acción de responsabilidad extracontractual (*CANTO CON CORPORACIÓN MUNICIPAL DE LA FLORIDA*).
- Corte de Apelaciones de Antofagasta, 27/11/2009, rol 192-2009, acción de divorcio unilateral.
- Corte de Apelaciones de Valparaíso, 01/06/2005, rol 3.704-2000, juicio ejecutivo (*SOCIEDAD SCHAFFER DE INVERSIONES COMPAÑÍA LIMITADA Y FUENTES CON BANCO DE CHILE*).
- Corte de Apelaciones de Temuco, 01/03/2012, GACETA JURÍDICA, N° 381, acción de reclamación de filiación.
- Juzgado de Letras del Trabajo de Antofagasta, 10/01/2017, rol O-1.253-2016, acción de despido injustificado (*UNCOS CON INGENIERÍA DE MANTENCIÓN Y SERVICIOS INDUSTRIALES NORTE LTDA.*).

EL HURTO FAMÉLICO EN LAS DECISIONES DE LOS TRIBUNALES PENALES CHILENOS

FAMISHED THEFT IN THE DECISIONS OF CHILEAN CRIMINAL COURTS

ROCÍO LORCA*

MAIRA ASTUDILLO**

LUIS FELIPE MANQUES***

DIEGO ROCHOW****

RESUMEN: La doctrina penal chilena ha elaborado distintas teorías para mitigar o eximir la responsabilidad penal de quienes hurtan bienes para superar situaciones de necesidad tales como el hambre, el frío o la enfermedad. Las principales alternativas dogmáticas para resolver estos casos han sido el estado de necesidad justificante y la excusa de inexigibilidad, ambas reguladas en el artículo 10 de nuestro Código Penal. Los tribunales nacionales, sin embargo, se han mostrado reticentes a dar aplicación a estas teorías y normas jurídicas. En efecto, mediante el análisis de una amplia muestra de fallos judiciales dictados entre los años 2004 y 2019, este artículo identifica una doctrina judicial del hurto famélico que es muy reticente a la mitigación o exclusión de responsabilidad penal de personas que hurtan para superar una situación de necesidad. Si bien este estudio no investiga las causas de esta tendencia judicial, en la conclusión se plantean tres hipótesis.

Palabras clave: justicia penal, hurto famélico, sesgo de clase, estado de necesidad, inexigibilidad.

ABSTRACT: Chilean legal scholars have generally endorsed the possibility of mitigating or exempting criminal responsibility in cases of theft committed as means to overcome a situation of necessity, such as being hungry, cold or sick. The main legal doctrines to solve these cases are the justification of necessity or the excuse of duress of circumstances, regulated on Article 10 of the Chilean Criminal Code. Legal courts, however, have largely restrained from applying these rules and doctrines. Indeed, by analyzing a large sample of judicial decisions made between the years 2004 and 2019, we identify a series of extralegal criteria used by courts to reject the application of 'famished theft' doctrines. While in this study we do not investigate the causes of this judicial restraint, we conclude by proposing three hypotheses.

Keywords: criminal justice, famished theft, class bias, necessity duress of circumstances.

* Doctora en Derecho, New York University. Profesora Asistente, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Dirección postal: Pío Nono 1, Providencia. Correo electrónico: rlorca@derecho.uchile.cl. Código Orcid: 0000-0003-4187-5017. Este artículo y su investigación se desarrollaron en el marco del proyecto Fondecyt Iniciación "Castigo, Legalidad y Pobreza" #11180839.

** Egresada de Derecho, Universidad de Chile. Dirección postal: Pío Nono 1, Providencia. Correo electrónico: m.astudillohurtado@gmail.com. Código Orcid: 0000-0001-6022-8822.

*** Abogado, Universidad de Chile. Ayudante de los Departamentos de Ciencias Penales y Ciencias del Derecho, Universidad de Chile. Dirección postal: Pío Nono 1, Providencia. Correo electrónico: Luis.manques@derecho.uchile.cl. Código Orcid: 0000-0001-8388-0493.

**** Abogado, Universidad de Chile. Estudiante del programa de doctorado en Criminología, Derecho y Sociedad, Universidad de California, Irvine. Dirección Postal: 2340 Social Ecology II, Irvine, California. Correo electrónico: drochow@uci.edu. Código Orcid: 0000-0002-7698-1939.

I. INTRODUCCIÓN

El hurto famélico es una doctrina que propone que en ciertos casos una situación de extrema pobreza o necesidad puede justificar, excusar o mitigar la responsabilidad penal por la comisión de un delito contra la propiedad. El caso paradigmático de hurto famélico, de ahí su nombre, es el de quien sustrae alimentos para superar el hambre, y no cualquier tipo de hambre sino una de carácter irresistible en donde la salud del infractor se ve amenazada¹. Pero existen otros casos que pueden considerarse ‘hurto famélico’, aun cuando no haya sustracción de alimentos; lo esencial es que se sustraiga la propiedad ajena para superar una situación de necesidad material que amenaza seriamente la integridad o sobrevivencia del infractor o un tercero². Podría considerarse como hurto famélico, por ejemplo, la sustracción de una manta o un galón de gas para protegerse del frío o la sustracción de materiales de construcción para evitar que la lluvia se filtre en una vivienda³.

La doctrina del hurto famélico es ampliamente conocida y tiene una larga data en nuestra tradición jurídico-penal, sin embargo, no hay estudios sobre la manera en la que nuestros tribunales la aplican. Para suplir este vacío, en este artículo revisamos críticamente las decisiones recientes de nuestros tribunales penales en casos de delitos contra la propiedad en los que se discutió la doctrina del ‘hurto famélico’. Como veremos, esta doctrina es excluida en la gran mayoría de estos casos y muchas veces esta exclusión se basa en consideraciones que no se encuentran con claridad ni en la ley ni en la doctrina⁴. Lo anterior da cuenta de la relevancia de este estudio y reclama la necesidad de explorar esta ‘doctrina judicial’ del hurto famélico y las razones que explican la reticencia judicial a mitigar la respuesta penal en estos casos. En las conclusiones de este trabajo planteamos algunas hipótesis sobre esto último.

El artículo está organizado de la siguiente manera. En la primera sección hacemos una revisión general de la doctrina chilena sobre el hurto famélico. Luego, en la siguiente sección, explicamos la metodología utilizada para construir nuestra muestra de casos, y formulamos algunas consideraciones sobre su extensión, validez y relevancia. También aquí damos cuenta de algunas características particulares sobre los infractores y las circunstancias de comisión de estos delitos. En la tercera sección discutimos nuestros hallazgos identificando una tendencia a excluir la doctrina del hurto famélico que se expresa en una serie de exigencias aplicadas por los tribunales que no encuentran sustento claro ni en la ley ni en la doctrina nacional. Estas exigencias, tales como el “ánimo famélico” o la austeridad, son analizadas separadamente. Finalmente, en la conclusión, proponemos tres hipótesis que

¹ Así algunos han definido al hurto famélico como “el apoderamiento ilícito de alimentos realizado por una persona, individualmente o en grupo, para intentar paliar una situación de hambre ciertamente desesperada cuyo objetivo final es la propia supervivencia.” Ver MURILLO (2021) p. 401.

² En este sentido, véase, por ejemplo: NOVOA (2005) pp. 364-365.

³ Dado que el concepto de hurto famélico va más allá del robo de comida, parte de la doctrina sugiere utilizar un concepto más amplio para referirse a los atentados contra la propiedad por necesidad extrema, tales como “hurto necesario” o “hurto justificado.” Véase en este sentido: PEREDA (1964) p. 6.

⁴ En este sentido también MATUS y RAMÍREZ (2021a) p. 523 destacan que la jurisprudencia nacional no tiene una solución uniforme.

podrían explicar la suspicacia de nuestros tribunales en aplicar el estado de necesidad o la inexigibilidad en casos que la doctrina consideraría como hurto famélico.

II. LA DOCTRINA CHILENA SOBRE EL HURTO FAMÉLICO

La doctrina del hurto famélico tiene una larga historia en nuestra tradición jurídica y a lo largo de dicha historia han variado sus fundamentos, sus requisitos y su alcance⁵. En los orígenes de la institución, las razones para excusar, justificar o atenuar la responsabilidad penal se vincularon a principios de justicia distributiva⁶. En las formulaciones más conocidas de las doctrinas canónicas medievales, por ejemplo, se sostenía que en los casos de hurto famélico se configuraba un “derecho del hambriento” sobre la propiedad privada de un tercero. Este derecho solo existía respecto de lo que dicho tercero poseía en exceso de lo necesario para su propia supervivencia. En estas doctrinas, el derecho de propiedad privada aparecía limitado por consideraciones distributivas y como consecuencia, la doctrina del hurto famélico tendía a entender que la afectación de la propiedad se encontraba justificada o era conforme a derecho⁷.

En las aproximaciones contemporáneas al hurto famélico, sin embargo, la relevancia de la justicia distributiva ha ido cediendo en favor de una mirada individualista en donde la pérdida de libertad o agencia del infractor toma un rol más protagónico en la relativización de su responsabilidad⁸. La propiedad privada hoy aparece como una esfera de inviolabilidad que no se encuentra sujeta a consideraciones contingentes de equidad en la distribución de los costos y beneficios de la cooperación social⁹.

Quizás por este cambio de mirada sobre qué es lo que está en juego en el hurto famélico, su tratamiento dogmático no ha recibido una solución unívoca en nuestra tradición jurídico-penal. En el caso de la doctrina chilena, las articulaciones dogmáticas para resolver

⁵ Si bien es una categoría que ya existía en el derecho romano, su mayor desarrollo doctrinal se produjo en las doctrinas canónicas del derecho. Tomás de Aquino postuló que, en una situación de necesidad, se restituye la “comunidad originaria de bienes”, reconociendo un “derecho de necesidad” (o derecho del necesitado) que permitía la apropiación de bienes extraños en situación de extrema precariedad. En palabras de Aquino: “[S]i la necesidad es tan evidente y tan urgente que resulte manifiesta la premura de socorrer la inminente necesidad con aquello que se tenga, como cuando amenaza peligro a la persona y no puede ser socorrida de otro modo, entonces puede cualquiera lícitamente satisfacer su necesidad con las cosas ajenas, sustrayéndolas, ya manifiesta, ya ocultamente. Y esto no tiene propiamente razón de hurto ni de rapiña” (Ver en: DE AQUINO (1990) p. 549). Este postulado fue compartido por teólogos y juristas hasta el siglo XX. Véase: MÄKINEN (2006); CIGÜELA (2019) pp. 36-49.

⁶ TIERNEY (1959) p. 70.

⁷ En los términos propuestos por Tomás de Aquino y más tarde por John Locke, las personas en situación de necesidad tienen un derecho sobre los bienes superfluos o innecesarios de quienes poseen más. Véase en: DE AQUINO (1990) p. 549; LOCKE (1924) §42 p. 30; TIERNEY (1959) p. 70 y ss.; PEREDA (1964) pp. 5-12. Entre nosotros, véase la discusión que realiza van Weezel a propósito de los deberes penales de solidaridad en VAN WEEZEL (2018) pp. 1109-1113.

⁸ Si bien, como veremos a lo largo de esta sección, la doctrina contemporánea sigue reconociendo la posibilidad de excluir la ilicitud en estos casos, muchos se inclinan hoy por entender los casos de hurto famélico como situaciones de inexigibilidad en los que se excluye la culpabilidad.

⁹ Esto ciertamente no implica que su protección sea absoluta, pues puede restringirse cuando entra en conflicto con otros derechos o intereses. Véase en este sentido BASCUÑÁN (2004) pp. 159-162.

los casos de hurto famélico han sido principalmente dos: el estado de necesidad y la inexigibilidad.

1. ESTADO DE NECESIDAD

Una primera posibilidad que la doctrina nacional contempla para los casos de hurto famélico es entender que el autor actúa justificado bajo estado de necesidad agresivo¹⁰. El estado de necesidad agresivo es una eximente de responsabilidad penal en la que se justifica la afectación del bien jurídico de un tercero inocente, para salvaguardar un interés jurídico que se encuentra amenazado¹¹. Esta causa de justificación que se encuentra regulada en el artículo 10 N° 7 del Código Penal (en adelante “CP”) ha recibido mucha atención por parte de la dogmática penal chilena, particularmente desde que el legislador incorporara una nueva hipótesis de estado de necesidad en el numeral 11° del mismo artículo¹². Sin embargo, en la revisión que haremos a continuación no profundizaremos sobre las discusiones dogmáticas, sino que nos limitaremos a identificar aquellas cuestiones en donde hay mayor consenso en la doctrina para poder valorar las decisiones judiciales que se dan en el ámbito del hurto famélico.

El fundamento de esta justificación suele atribuirse a dos principios diferentes. Para algunos, el estado de necesidad justificante se funda en el principio de primacía del interés preponderante, conforme al cual un interés de menor valor ha de ceder para proteger a otro más valioso¹³. Para otros, el fundamento de esta causa de justificación se encuentra en el principio de solidaridad según el cual las personas debemos, en situaciones excepcionales, contribuir con nuestros propios intereses a la protección de intereses ajenos¹⁴.

Cualquiera sea el principio que se favorezca, en el ordenamiento jurídico chileno el estado de necesidad agresivo debe satisfacer las condiciones del artículo 10 N° 7° del CP, que restringe el estado de necesidad justificante a situaciones en donde el interés afectado es la propiedad¹⁵. De acuerdo con estas condiciones el ‘daño’ a la propiedad se encuentra au-

¹⁰ Véanse en este sentido: MATUS y RAMÍREZ (2021a) p. 523; MATUS y RAMÍREZ (2021b) pp. 353-354; NOVOA (2005) Tomo I, p. 364-365; ETCHEBERRY (1999) Tomo I, p. 268; BUSTOS (1986) p. 193; LABATUT (1972) pp. 293-294; OLIVER (2013) pp. 116-118; y WILENMANN (2014) p. 216.

¹¹ Véase ETCHEBERRY (1999) Tomo I, p. 261, y CURY (2021) pp. 550-551. El carácter de “agresivo” del estado de necesidad está dado por el hecho de que, para salvaguardar un bien, se afecta a terceros que no son la fuente del peligro que se intenta aplacar, a diferencia de lo que ocurre en el estado de necesidad defensivo en donde el tercero o sus bienes son la fuente de peligro. Véase MATUS y RAMÍREZ (2021b) p. 346.

¹² Esta nueva hipótesis de estado de necesidad se incorporó el año 2010 a través de la ley número 20.840, lo que ha generado un amplio debate sobre la relación entre ambas figuras y el sentido y alcance de nuestra regulación sobre estado de necesidad justificante y exculpante. Véase, sobre esto, por ejemplo: CURY (2013); MAÑALICH (2013); ACOSTA (2013); VARGAS (2013); entre otros.

¹³ En este sentido, véase, por ejemplo: MATUS y RAMÍREZ (2021b) pp. 315-316. Para una reflexión más profunda sobre el alcance y significado que puede tener este principio véase GUERRA (2017).

¹⁴ Véase WILENMANN (2014) pp. 226-239. En el mismo sentido, Mañalich sostiene que la razón por la cual podemos estar obligados a tolerar jurídicamente el sacrificio de ciertos bienes jurídicos propios en salvaguarda de ajenos, “solo puede ser identificada con un principio de solidaridad general”. Véase MAÑALICH (2013) p. 720. Sobre esto véanse también los planteamientos de VAN WEEZEL (2018).

¹⁵ La selección de uno u otro fundamento del estado de necesidad justificante puede incidir en la interpretación de sus requisitos legales, sin embargo, nos parece que para el caso del hurto famélico la selección de uno u otro principio no plantea grandes diferencias.

torizado cuando¹⁶: a) permite evitar un mal actual o inminente; b) el mal causado es menor al que se busca evitar; y c) no hay otro medio practicable menos perjudicial para evitar dicho mal. Veamos con algo más de detención lo que estas condiciones implican para el caso particular del hurto famélico¹⁷.

1.1. Realidad o peligro inminente del mal que se intenta evitar

De acuerdo con la doctrina nacional, la existencia de un mal actual o inminente que se pretende evitar es el elemento esencial o fundamental del estado de necesidad justificante y es lo que constituye la situación de necesidad¹⁸. El mal puede consistir en la potencial afectación de cualquier interés jurídicamente reconocido del infractor o de un tercero que es valorado negativamente y su fuente puede ser de origen natural o humano¹⁹. El mal debe ser real y no imaginario²⁰. El legislador no exige que el mal sea ilegítimo, sin embargo, debe tratarse de un peligro que no haya sido intencionalmente provocado por quien actúa bajo necesidad ni que este tenga un deber de tolerar²¹.

A diferencia de lo que ocurre con el estado de necesidad exculpante regulado en el artículo 10 N° 11 del CP, tampoco se exige que se trate de un mal grave, sin perjuicio de que parte de la doctrina sí ha impuesto este requisito²². De acuerdo con Etcheberry, la

¹⁶ La sustracción sería una forma de daño de acuerdo con nuestra doctrina. VARGAS (2011) p. 150; MATUS y RAMÍREZ (2021b) p. 351.

¹⁷ Cabe mencionar que para Cury, tras la reforma introducida al Código Penal mediante la Ley 20.480 de 18 de diciembre de 2010, que incorporó una nueva eximente en el artículo 10 N° 11, el antiguo 10 N° 7 debería ser derogado dado que la nueva eximente contemplaría todas las circunstancias que la antigua justificante contemplaba. A este respecto, véase, por ejemplo: CURY (2021) pp. 560-561.

¹⁸ Véase, por ejemplo: MATUS y RAMÍREZ (2021b) p. 348; y WILENMANN (2017) p. 581. Esto es relevante, por ejemplo, para determinar una posible aplicación de la atenuante del artículo 11 N° 1. En un sentido alternativo, Vargas sostiene que no basta con la sola configuración de un mal, ya que “[l]o propio de una situación de necesidad es la existencia de un conflicto entre dos bienes protegidos jurídicamente, el peligro para un bien jurídico evitable únicamente a costa del sacrificio de otro bien protegido”. Véase VARGAS (2013) p. 249.

¹⁹ GARRIDO MONTT (2003) Tomo II, p. 141; MATUS y RAMÍREZ (2021b) p. 348; VARGAS (2011) pp. 149-150; ETCHEBERRY (1999) Tomo I, p. 265; WILENMANN (2017) p. 584, y ACOSTA (2013) p. 701 sobre la valoración negativa del mal. En principio, además podría tratarse de una afectación a un bien jurídico individual o colectivo, véase COUSO (2011) pp. 235-236.

²⁰ Al respecto, CURY (2021) p. 551 sostiene: “El mal que se trata de evitar tiene que ser real con arreglo a una apreciación ex ante. Aquí, como ocurre con la agresión en la legítima defensa, la realidad del mal se objetiviza de acuerdo al criterio de un ‘observador entendido’”. Si el mal es imaginario, el sujeto podría estar actuando bajo un error sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación, cuya forma de resolución es ampliamente discutida por la doctrina. Véase sobre esto ACOSTA (2013) pp. 703-704.

²¹ Véase la revisión de esta discusión en CASTILLO (2016) p. 353.

²² Según indica ETCHEBERRY (1999) p. 266: “La doctrina suele agregar el requisito de la gravedad del mal, punto al cual no se refiere nuestra ley. Puede invocarse la justificante para evitar males leves, siempre que los daños que se causen sean todavía más leves que los evitados”. En el mismo sentido, véase NOVOA (2005) p. 366; y COUSO (2011) p. 236. También, Castillo y Vargas advierten que la ausencia del adjetivo grave es deliberada por parte del legislador, véase CASTILLO (2016) p. 349 y VARGAS (2013) pp. 749-751. En contra de esta postura, Matus y Ramírez sostienen que tanto el estado de necesidad justificante como el exculpante suponen un mal grave, véase MATUS y RAMÍREZ (2021b) pp. 347-349. Por su parte, Cury sostiene que “dada la mezquindad de la justificante original (la del 10 N° 7) los casos en los cuales es necesario dañar la propiedad ajena para salvar un bien propio amenazado por un mal insignificante son triviales y carecen de significación práctica que justifique la conservación de una eximente especial para excluir su antijuridicidad”. Véase en CURY (2013) p. 255.

única medida de gravedad del mal que corresponde exigir es la que se impone en virtud del requisito de que el mal causado sea inferior al evitado²³. Pero aun cuando la norma no contenga una exigencia de gravedad del mal, a nuestro parecer debe existir una amenaza de sufrir un daño no trivial, pues de lo contrario no cabría hablar de ‘mal’. Adicionalmente, el carácter excepcional que tiene el estado de necesidad en términos de alterar los presupuestos básicos de aplicación del derecho, otorgan otra razón para exigir que se trate de un mal relevante²⁴.

La cuestión sobre el nivel de gravedad del mal, en todo caso, no es determinante en lo que aquí nos concierne, pues existe bastante consenso en la doctrina chilena de que este requisito sí concurre en los casos típicos de hurto famélico, en donde el mal que se intenta combatir suele ser grave o muy relevante (el hambre, el frío o la enfermedad)²⁵.

1.2. Que el mal causado sea menor al mal que se busca evitar

Para verificar la concurrencia de este requisito, el tribunal debe ponderar los males en juego, esto es, el mal causado y aquel que se busca evitar²⁶. Este ejercicio es bastante complejo, pues no existe pleno consenso en el punto de vista que debe adoptarse para efectos de valorar los males en juego, los criterios variarán según cuál sea el fundamento que uno le atribuya al estado de necesidad del numeral 7° del artículo 10, y finalmente, no existe en nuestro ordenamiento jurídico-penal una jerarquización de intereses y formas de afectación que sea suficientemente clara y precisa²⁷. Hasta hace no mucho tiempo, por ejemplo,

²³ ETCHEBERRY (1999) Tomo I, p. 266. Por su parte, Cury sostiene que “Tratándose del estado de necesidad justificante, la gravedad se determina en relación con el mal que se causa [...] La exigencia de que el mal que se evita sea de más entidad que el que se causa no está expresa en la ley, pero debe deducirse del hecho de que en el N° 11 del art. 10 se encuentran legislados conjuntamente el estado de necesidad justificante y el exculpante y que, de acuerdo a la doctrina absolutamente dominante en la actualidad ese es un requisito indiscutido del primero de ellos para diferenciarlo del segundo, de manera que en nuestro Ordenamiento jurídico tampoco se podría ignorarlo si se quiere sistematizar apropiadamente a los dos”. Véase en: CURY (2021) pp. 551-552.

²⁴ Esto es especialmente claro si el fundamento de la justificación es el principio de solidaridad, que altera el principio de autonomía y las esferas de inviolabilidad que el derecho moderno confiere a los sujetos. Véase en este sentido WILENMANN (2014) pp. 234-239 y WILENMANN (2017) p. 581; pp. 589-592, sobre la exigencia de un “mínimo de relevancia”. Si la solidaridad fundamenta el estado de necesidad, esta en todo caso no puede primar por sobre la autonomía formal y esto ocurriría según Wilenmann “cuando la lesión mínima que puede esperarse del peligro no alcanza a ser ‘relevante’”. Véase WILENMANN (2017) p. 598. Para Vargas, siguiendo a Cury y Novoa, la gravedad o relevancia mínima iría implícita en la diferencia entre males y la exigencia de ponderancia del mal evitado. Véase VARGAS (2013) p. 751 y VARGAS y HENRÍQUEZ (2013) p. 16.

²⁵ Si bien el hambre suele aparecer como el mal que típicamente se busca evitar en los casos de hurto famélico (véase, por ejemplo, ETCHEBERRY (1999), Tomo I p. 268, BUSTOS y HORMAZÁBAL (1999) p. 152; y MEDINA (2010) p. 260), la doctrina reconoce otros males equivalentes que también configuran casos de hurto famélico, tales como el frío o la enfermedad. Algunos han planteado un concepto de “hurto necesario” en vez de hurto famélico para expresar esta mayor amplitud. Así Labatut sostiene que bajo el concepto de hurto necesario “se designa la substracción de alimentos realizada por quien, habiendo caído al último extremo de la miseria, se encuentra en peligro de perecer de inanición o de prendas de vestir para cubrir su desnudez o protegerse del frío que amenaza su salud o su vida”. Ver LABATUT (1972) p. 293. En el mismo sentido, ver también NOVOA (2005) pp. 364-365.

²⁶ Sobre esto véase VARGAS (2013) pp. 763-764 y VARGAS y HENRÍQUEZ (2013) pp. 29 y ss.

²⁷ Sobre la complejidad del punto de vista a utilizar para valorar los males en juego, véase, por ejemplo, COUSO (2011) p. 236-237, MATUS y RAMÍREZ (2021b) pp. 350-351 y ETCHEBERRY (1999) pp. 262-265. Un interesante

el delito de robo con intimidación podía alcanzar una pena mayor que la del delito de homicidio²⁸. En todo caso lo que debe compararse son males y no bienes jurídicos, por lo que aun cuando hubiera algo así como una clara jerarquización de bienes jurídicos en nuestro ordenamiento, la cuestión no se podría zanjar en abstracto²⁹.

Sin perjuicio de lo anterior, en el ámbito específico del hurto famélico, el ejercicio debería ser algo más sencillo, pues además de que hoy es posible decir con bastante fundamento que nuestro ordenamiento jurídico penal otorga un mayor valor a la vida, salud e integridad física que a la propiedad privada, la intensidad del mal que gatilla una situación de hurto famélico suele ser bastante alta y el impacto del delito en la víctima, bastante leve³⁰. Prueba de ello es la regla que establece que los delitos contra la vida y la integridad física son generalmente punibles cuando se realizan de manera culposa, a diferencia de lo que ocurre con los atentados contra la propiedad que son generalmente impunes cuando se realizan sin dolo³¹. Otra demostración de lo mismo es, sin ir más lejos, que la doctrina chilena utiliza precisamente al hurto famélico como una referencia habitual para ejemplificar cuándo habría preponderancia del interés relevante en el estado de necesidad justificante³².

1.3. Que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para evitar el mal

Finalmente, el legislador impone la exigencia de subsidiariedad o necesidad. El infractor no puede ser justificado si contaba con otro medio salvador practicable y menos perjudicial a su alcance³³. Esta es la exigencia más difícil de cumplir en el hurto famélico, pues la doctrina (y los tribunales) la ha interpretado de manera muy restrictiva³⁴. La exigencia tiene dos dimensiones. Una dimensión es estrictamente de subsidiariedad, en el sentido de que solo puede ser necesario quebrantar el derecho para evitar un mal en estos casos, cuando no haya un mecanismo lícito practicable que sirva para dicho fin. La segunda dimensión en cambio es una exigencia de necesidad en un sentido más estricto que obliga al agente a escoger el medio salvador menos perjudicial de entre los disponibles.

En general, se ha considerado que ha de descartarse el estado de necesidad cuando el hambre o la falta de recursos materiales no aparecen como una amenaza inminente de

esfuerzo por articular un modelo de ponderación de males o intereses puede encontrarse en WILENMANN (2017) pp. 605-624, quien propone que al juez le corresponde comparar la intensidad de la afectación personal que significa para el necesitado la realización del peligro versus la que significa la realización de la acción de necesidad para su destinatario, correspondiendo en ambos casos a ‘afectaciones materiales’.

²⁸ Véase CHILE, Ley 20.779, que modificó las penas del homicidio simple en el año 2014.

²⁹ Véase en este sentido CÉSPEDES, ESCOBAR y MENDOZA (2022) pp. 51-52 y lo señalado en la nota 27.

³⁰ Esto último es obviamente contingente, pero como sostuvimos en la sección anterior, en la generalidad de los casos de hurto famélico el valor de lo hurtado es muy bajo. En muchos casos, además, la víctima suele ser una persona jurídica (supermercado o farmacia) con patrimonios bastante extensos.

³¹ Véase el artículo 10 numeral 13 del CP en relación con los artículos 490 y siguientes del CP.

³² Véase, por ejemplo, LABATUT (1972) p. 293.

³³ MATUS y RAMÍREZ (2021b) pp. 353-354; ETCHEBERRY (1999) p. 268.

³⁴ En este sentido, véase LABATUT (1972) p. 294; VARGAS (2011) p. 151. Quizás el ejemplo más clásico de la reticencia jurisprudencial a dar por satisfecho el requisito de subsidiariedad en los casos de estado de necesidad (exculpante o justificante) se da en el ámbito de las agresiones causadas por mujeres víctimas de violencia. Para una discusión al respecto véase VILLEGAS (2021) pp. 65-75.

muerte o de afectación grave de la salud, pues fuera de estos casos los infractores habrían podido recurrir a medios lícitos tales como centros de caridad o solicitar ayudas estatales³⁵. Algunos además han usado este requisito para fundar una exigencia extra-legal de austeridad que excluye el estado de necesidad cuando los bienes sustraídos son más valiosos que otros bienes accesibles y funcionalmente equivalentes³⁶.

A nuestro parecer, sin embargo, una interpretación adecuada de la regla no debería conducir a una postura tan estricta como la que parece primar hoy en nuestra doctrina y jurisprudencia. Aunque el asunto es discutible, la regla de la circunstancia tercera del artículo 10 numeral 7 exige que no haya otro medio *practicable*; no que haya otro medio *posible*³⁷. De ahí que, en el caso del hurto famélico, el hecho de que existan medios lícitos para que las personas necesitadas accedan a alimentos, abrigos y remedios, no es suficiente como para afirmar que sean *practicables* en el caso concreto³⁸. Si dichos medios no son accesibles en la práctica, debería reconocerse un estado de necesidad³⁹. Sin perjuicio de ello, la dificultad de verificar la concurrencia de este requisito ha dado razones para que la doctrina históricamente recurra a la eximente de inexigibilidad contemplada en el artículo 10 N° 9 del

³⁵ En este sentido véase: ETCHEBERRY (1999) Tomo I, p. 268; BUSTOS y HORMAZÁBAL (1999) p. 152; GARRIDO MONTT (2008) pp. 173-174; POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ (2004) p. 232. A este respecto, Wílenmann sostiene que existen limitaciones que permiten excluir del grupo de casos comprendidos bajo el estado de necesidad a las que él denomina: relativas, de oportunidad y absolutas. Mientras que las relativas y de oportunidad hacen referencia a las condiciones en que se encuentra el Estado para combatir el peligro que da lugar a la necesidad, las absolutas hacen referencia al grupo de casos excluidos por tratarse de problemas que el Estado ha fijado bajo su competencia privativa para solucionarlos mediante procedimientos regulados. En particular respecto de este último grupo de casos, se podría subdividir en 2: a) aquellos relativos a la necesidad no vital cotidiana (acciones redistributivas) y, b) acciones que afectan derechos ajenos pese a la existencia de un proceso institucionalizado para obtener la superación de la necesidad mediante la regulación especial de permisos de afectación de esos derechos. Véase en WÍLENMANN (2017) pp. 599-605.

³⁶ En este sentido Medina al analizar este requisito estima que, si una persona que muere de frío escoge un abrigo lujoso antes que una manta, su comportamiento no estaría justificado. Véase MEDINA (2010) p. 274.

³⁷ Como señala Couso, “las posibilidades meramente teóricas no privan de la justificación a quien optó por sacrificar un interés ajeno, si concretamente no podía disponer de ese otro medio solo accesible en teoría” (véase en: COUSO (2011) p. 237). Una postura diferente plantea van Weezel al analizar el mismo requisito en el artículo 10 numeral 11 del CP, en sus palabras: “Un medio necesario es aquel que resulta indispensable, y solo es indispensable un medio respecto del cual no hay otra alternativa practicable. Desde esta perspectiva, el medio menos lesivo y el único practicable se confunden en uno solo”. Ver VAN WEEZEL (2018).

³⁸ En este sentido, señala Cury que: “[e]l necesitado, por eso, debe ponderar la mayor o menor dificultad de servirse de medios menos perjudiciales que aquellos de que echa mano y actuar solo cuando concluye razonablemente que no le es posible acudir a ellos en la situación existente y que, por consiguiente, no le queda otra opción que la injerencia salvadora en los bienes jurídicos inocentes. Con todo, debe tenerse presente la situación de emergencia en la que usualmente suele encontrarse en estos casos el amenazado y que naturalmente reduce sus posibilidades de un examen muy detenido”. Ver en CURY (2013) p. 261.

³⁹ Si bien los jueces, como veremos, suelen aludir a la posibilidad de recurrir a instituciones de caridad como medios alternativos al delito, no existe en Chile una red pública o privada que otorgue acceso a alimentación de manera permanente y accesible a lo largo de todo el país. Esto más bien está entregado a algunas iniciativas municipales, centros de caridad, a establecimientos educacionales o a centros de salud, pero cada uno de ellos asume un rol parcial y fragmentario en esta tarea. Véase, RED DE ALIMENTOS (sitio web, 2020), RED DE ALIMENTOS (sitio web, 2021), LATHAM (2002) p. 138.

Código Penal, como una alternativa para enfrentar estos casos y otros casos de necesidad⁴⁰. Pasemos entonces a revisar esta segunda posibilidad.

2. INEXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA

La segunda institución que integra la doctrina chilena del hurto famélico es la causa de exculpación regulada en el artículo 10 N° 9 del CP, que exime de responsabilidad a quien “obra violentado por una fuerza irresistible o impulsado por un miedo insuperable”⁴¹. De acuerdo a la doctrina mayoritaria, la primera parte de la disposición, esto es, la fuerza irresistible, alude tanto a la *vis compulsiva* como a la *vis absoluta*, pero en tanto causa de exculpación por inexigibilidad, lo que nos interesa aquí es su dimensión compulsiva⁴². Esta fuerza es más amplia que el miedo, en tanto consiste en *cualquier estímulo o alteración anímica que afecte de manera importante la capacidad del infractor de subordinar su comportamiento a la norma jurídica. Algunos la consideran como la “cláusula general de inexigibilidad” en el ordenamiento jurídico penal chileno*⁴³.

El miedo insuperable, contemplado a continuación de la fuerza irresistible, también ha sido comprendido como una cláusula de inexigibilidad, pero se restringiría a alteraciones en la oportunidad de realizar el comportamiento debido, que proceden de la anticipación del acaecimiento de un mal grave (en caso de seguirse la regla de comportamiento)⁴⁴.

Para que la fuerza o el miedo tornen inexigible el comportamiento conforme a derecho, lo relevante es que el comportamiento debido aparezca como extremadamente oneroso para el autor y esto afecte gravemente su capacidad de autodeterminación. En otras palabras, la fuerza o el miedo han de impulsar al sujeto a realizar una conducta típica y antijurídica, con una intensidad tal que vuelva inapropiado exigir el comportamiento conforme a derecho⁴⁵. Para parte importante de la doctrina, el miedo o la fuerza pueden reconocerse

⁴⁰ Para una breve mirada histórica sobre esta relación entre el art. 10 N° 7 y 10 N° 9, véase GUERRA (2019) pp. 59-61. Sobre la tendencia a preferir el miedo insuperable por estas razones véase MATUS y RAMÍREZ (2021b) pp. 353-354; Garrido Montt favorece inclinarse por la inexigibilidad por las dificultades probatorias en cuanto a que no haya existido otro medio practicable y menos perjudicial de evitar el mal. Ver GARRIDO MONTT (2008) Tomo IV, p. 173. Asimismo, Oliver sostiene que la jurisprudencia ha preferido abordar este asunto en sede de culpabilidad por las dificultades probatorias para acreditar todos los requisitos legales del estado de necesidad justificante y la comprensión estricta de los mismos. Véase en OLIVER (2013) p. 117.

⁴¹ Entre quienes mencionan al hurto famélico dentro de su estudio de la inexigibilidad, se encuentran GARRIDO MONTT (2003) Tomo II, pp. 146-147; POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ (2004) p. 343; HERNÁNDEZ (2011) p. 252; y ETCHEBERRY (1999) p. 268. Cabe mencionar que la apelación a la fuerza irresistible para casos de hurto famélico aparece ya en el famoso caso de Louise Ménard acusada de robar un pan para alimentar a sus hijos, fallado a fines del siglo XIX por el célebre francés Paul Magnaud, el “juez bueno”. En el pronunciamiento del Tribunal de Chateau-Thierry del 4 de marzo de 1898, se absolvió por fuerza irresistible a una acusada por robar un pan en una panadería. El juez consideró que el hecho de ser madre y de no contar con alimentos ni dinero para satisfacer esa necesidad “real o dominante”, configuraba una situación de fuerza irresistible. Véase en: LEYRED (1909) pp. 28-41.

⁴² MATUS y RAMÍREZ (2021b) pp. 435-436; CURY (2021) pp. 695-696; ETCHEBERRY (1999) pp. 348-350; GARRIDO MONTT (2003) Tomo II, pp. 240-241. En sentido contrario, NOVOA (2005) pp. 268-272.

⁴³ HERNÁNDEZ (2011) pp. 247 y 248.

⁴⁴ HERNÁNDEZ (2011) p. 253.

⁴⁵ Véase en este sentido POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ (2004) p. 342; ETCHEBERRY (1999) pp. 348-350; HERNÁNDEZ (2011) pp. 256-257; y CURY (2021) p. 699, que señala que “es necesario que la perturbación expe-

aun cuando no haya una situación de peligro objetivo para el agente, pues la inexigibilidad está determinada por una conmoción psíquica o anímica que afecta la capacidad de determinarse de conformidad al derecho⁴⁶.

Las posibilidades de utilizar esta defensa en un caso de hurto famélico dependen en parte de cómo se interprete la fuerza irresistible y el miedo insuperable, particularmente de que se acepte como una forma de fuerza aquella que no tiene un carácter material sino moral o psicológico⁴⁷. La fuerza, en todo caso, sea física como el frío o el hambre, o psicológica, como el pudor, debe ser actual y verdaderamente compulsiva⁴⁸. La actualidad de la fuerza exige que el hambre, el frío, el padecimiento de un dolor, la vergüenza por no tener vestimentas, etc., tengan lugar en el momento en que el sujeto realiza el delito o por lo menos, que la anticipación de dicho padecimiento genere un impacto en su libertad de acción al momento de infringir la norma de comportamiento. El carácter de compulsivo, se desprende de lo apremiante que es superar estos padecimientos. Algunos consideran que el hambre y la pobreza extrema son en sí mismas situaciones de fuerza irresistible en la medida que impulsan a alguien a salir de ellas de manera perentoria⁴⁹.

Matus y Ramírez exigen además legitimidad o “moralidad” en el móvil. Para el caso del hurto famélico, por ejemplo, este estaría dado por la desesperación o angustia de satisfacer un deber de cuidado de un tercero o aliviar una situación de extrema precariedad o necesidad⁵⁰. Otros, sin embargo, sostienen que es conveniente mantener un criterio neutro⁵¹. Esta discusión podría tener alguna relevancia en los casos de hurto famélico en donde la necesidad y el hurto responden a situaciones vinculadas con problemas de adicción a drogas o alcohol, los cuales no son extraños en nuestra jurisprudencia⁵². Para quienes consi-

rimentada por el sujeto sea tan profunda que reduzca efectivamente su capacidad de autodeterminación hasta un límite que tampoco el hombre medio podría sobrepasar”.

⁴⁶ Véase sobre esto brevemente: HERNÁNDEZ (2011) p. 253; ACOSTA (2013) pp. 697-698; GUERRA (2019); y MAÑALICH (2013) pp. 741-742.

⁴⁷ Parte de la doctrina incluye dentro del concepto de ‘fuerza’ a la fuerza moral (incluso la que proviene del propio infractor). Según esta posición, la fuerza moral priva al hecho de su carácter voluntario igual que la fuerza física, pues es capaz de presionar con la misma intensidad al sujeto para que realice el comportamiento típico. En este sentido, véase MATUS y RAMÍREZ (2021b) pp. 435-437; ETCHEBERRY (1999) Tomo I, pp. 348-350; GARRIDO MONTT (2003) Tomo II, pp. 240-241. En contra, véase NOVOA (2005) pp. 268-272. En relación con los casos de hurto famélico, Novoa critica a ciertos fallos que lo estiman subsumible bajo el artículo 10 N° 9 CP, indicando que la aplicación de esta eximente a estos casos “desnaturaliza” el verdadero alcance de dicha causal de exculpación, reducido a la fuerza material extraña al individuo que la padece. Ver NOVOA (2005) pp. 364-365.

⁴⁸ Seguimos aquí a GARRIDO MONTT (2003) Tomo II, pp. 240-243.

⁴⁹ GARRIDO MONTT (2003) Tomo II, p. 147. Sobre la referencia a la pobreza extrema, véase: POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ (2004) p. 343. En el mismo sentido, Hernández, cita jurisprudencia del siglo pasado que da cuenta de que “la pobreza extrema y el hambre aguda y pertinaz del imputado y de su familia pueden alcanzar un grado tal que lo impulsen a la comisión del delito violentando su voluntad en los términos del N° 9”. Véase en: HERNÁNDEZ (2011) p. 252. Como un ejemplo de fuerza irresistible, Matus y Ramírez mencionan el caso de un padre que, motivado por el amor filial, comete robo con fuerza en un lugar no habitado para adquirir remedios para su hija enferma. MATUS y RAMÍREZ (2021b) p. 439.

⁵⁰ MATUS y RAMÍREZ (2021b) pp. 436-437; POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ (2004) p. 343.

⁵¹ GARRIDO MONTT (2003) Tomo II, p. 242.

⁵² En nuestro universo primario de casos encontramos situaciones en que los imputados presentaban problemas de consumo y adicción a drogas. Ver: Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Colina, 24/07/2016; Tribunal

deran que la legitimidad del móvil es una condición de la inexigibilidad y que ésta excluiría los casos de hurto de drogas o alcohol, se podrían considerar, en todo caso, la eximente de inimputabilidad del artículo 10 N° 1 o bien la atenuante de imputabilidad disminuida que se construye vinculando la norma recién citada con el artículo 11 N° 1 del CP. También cabría considerar la atenuante de arrebató u obcecación establecida en el artículo 11 N° 5 CP.

III. CONSIDERACIONES METODOLÓGICAS

Para efectos de levantar nuestra muestra jurisprudencial elaboramos una lista de códigos para encontrar sentencias en que los tribunales se refirieran al hurto famélico, asumiendo que nuestros tribunales emplean un lenguaje similar al de la doctrina nacional analizada en el capítulo anterior⁵³. Fijamos nuestro período de búsqueda entre los años 2004 y 2019⁵⁴. Logramos recolectar un total de 114 sentencias (2 de Cortes de Apelaciones y 112 de tribunales penales de primera instancia), de las cuales excluimos aquellas en que los ilícitos imputados correspondían a delitos sexuales o tráfico de drogas para centrarnos en el caso paradigmático del hurto famélico que supone un atentado contra la propiedad. Esto redujo nuestra muestra a 104 casos, que son los que analizamos en este estudio⁵⁵.

de Juicio Oral en lo Penal de San Antonio, 26/07/2008; Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de La Serena, 02/04/2004.

⁵³ Nuestro listado incluyó términos como “hambre”, “famélico”, “estado de necesidad”, “fuerza irresistible”, “hurto”, “alimentos”, “comida”, “hurto falta”, así como distintas derivaciones y combinaciones de estos conceptos. Una vez definidos estos códigos, los ingresamos en sistemas de búsqueda jurisprudenciales, incluyendo el sistema del Poder Judicial. Las plataformas utilizadas fueron VLEx, LexisNexis, WestLaw, y MicroJuris.

⁵⁴ Consideramos este periodo, y especialmente el año 2004 como punto de partida, pues la implementación de la reforma procesal penal en el país, con sus nuevos tribunales, estructura procesal, e instituciones, contempló periodos diferenciados de instalación. Como explica Lydia B. Tiede, cada fase de implementación contó con un periodo de adaptación y un subsecuente periodo de consolidación. En el caso de la cuarta y la novena región, las primeras en que se implementó la reforma, el periodo de consolidación comenzó el año 2003. El resto de las regiones desarrollaron sus periodos de consolidación subsiguientemente, y según su respectiva implementación, a partir del año 2004. Por ello, asumimos que los primeros fallos de casos sobre hurto famélico bajo la reforma procesal penal debían comenzar a aparecer desde el año 2004, esto es, un año después del inicio del periodo de consolidación en las primeras regiones en que la reforma se hizo operativa. Ver TIEDE (2012). Sobre las fases de desarrollo de la reforma, y sus efectos en las tasas de encarcelamiento del país, véase, también, ARRIAGADA, FARIAS y WALKER (2021). La determinación del año 2019 como término de nuestro periodo de análisis se explica por el hecho de que buscábamos examinar un lapso temporal en que la pandemia de COVID-19 no constituyera un factor determinante en la actividad de los tribunales penales.

⁵⁵ Para analizar las sentencias elaboramos un instrumento (“ficha de análisis”) que organiza de manera uniforme el contenido de cada sentencia y da cuenta de aspectos como el sexo del imputado, su edad, el delito por el cual fue juzgado, el tipo de procedimiento que se aplicó, la pena requerida por el ministerio público, la alegación de la defensa con respecto a la concurrencia de un hurto famélico y la decisión del tribunal. Con la información de las fichas de análisis construimos una base de datos con 13 variables para describir las características generales de la muestra. Específicamente nuestras variables dan cuenta de: el género del imputado, su edad, el tipo de bien hurtado, su avalúo, el tipo penal imputado, la alegación de hurto famélico por parte de la defensa, el tipo de juicio, el resultado del juicio en términos de absolución o condena, la imposición y cuantía de una pena privativa de libertad, la imposición y cuantía de una pena pecuniaria, la relación entre la pena finalmente impuesta y aquella solicitada por el Ministerio Público, la calidad de persona natural o jurídica de la víctima, y la presentación de un recurso contra la sentencia definitiva dictada por el tribunal de primera instancia.

Este diseño metodológico nos permitió desarrollar una muestra de casos única en el contexto nacional, pues no existen estudios que aborden en detalle la forma en que los tribunales penales resuelven casos relativos al hurto famélico. Adicionalmente, los estudios jurisprudenciales en Chile suelen centrarse en las decisiones adoptadas por tribunales superiores de justicia, sin prestar demasiada atención a los fallos de primera instancia. En nuestro estudio, en cambio, nos enfocamos en la actividad de los juzgados de garantía y los tribunales de juicio oral en lo penal. Esta no fue una decisión deliberada sino impuesta por la falta de resoluciones sobre hurto famélico en tribunales de segunda instancia para este periodo. Sin embargo, esta limitación nos permitió aproximarnos al “derecho en acción” al concentrarnos en los fallos de primera instancia, que catalizan la actividad de los niveles superiores de la judicatura o determinan directamente el contenido del derecho en un gran número de casos que no son revisados por los tribunales superiores de justicia. La muestra, en este sentido, nos permitió aproximarnos a las peculiaridades de la litigación y juzgamiento de estos casos penales y articular un diagnóstico que persigue entregar nuevas herramientas teóricas para el trabajo de los operadores de la justicia penal.

En cuanto a las limitaciones de este estudio, tanto el análisis como los hallazgos no son generalizables en términos estadísticos. Los datos que tenemos no poseen una extensión suficiente para realizar evaluaciones estadísticas acabadas ni para crear indicadores robustos que permitan llevar a cabo análisis de regresión orientados a determinar cuantitativamente, por ejemplo, qué variables aumentan o disminuyen las probabilidades de que se condene o absuelva a un imputado en un caso de hurto famélico, o de que se reconozca una eximente o atenuante de responsabilidad penal.

Nuestra base de datos no considera alternativas procesales que pueden dar término a un juicio sin implicar una decisión de absolución o condena, como el principio de oportunidad, la suspensión condicional del procedimiento, o los acuerdos reparatorios. En este sentido, nuestra muestra no captura la posibilidad de que los tribunales empleen estas instituciones procesales frente a situaciones en que se estima que no existe responsabilidad penal debido a que concurren los elementos del estado de necesidad o de la inexigibilidad. Por último, nuestro trabajo tampoco contempló entrevistas ni ejercicios de observación participante durante el desarrollo de los juicios en que se fallaron los casos, por lo que no hemos podido evaluar la manera en que la forma y disposición de las intervenciones de la defensa, el Ministerio Público o los jueces, han podido influir en las decisiones finales adoptadas por la judicatura. Sin perjuicio de sus limitaciones, nuestra muestra sí da cuenta de diversos patrones y problemas que presentan tanto la litigación como el juzgamiento de casos de hurto famélico en el sistema penal chileno que vale la pena analizar jurídicamente. Sobre todo, da cuenta de la amplia distancia que existe en este ámbito entre la doctrina penal chilena y el criterio de nuestros tribunales penales. Por último, esta muestra devela características interesantes sobre los infractores y las circunstancias de comisión de estos delitos que revisaremos brevemente antes de presentar el contenido de las decisiones judiciales analizadas.

En términos de composición demográfica, un 33,65% de las personas imputadas eran mujeres, lo que sugiere una sobrerrepresentación de la criminalidad femenina en este ámbito pues el porcentaje de imputadas mujeres en el sistema penitenciario actualmente

bordea el 7%⁵⁶. En cuanto a la edad, solo obtuvimos información en 84 de los 104 casos observados y allí la edad promedio fue de 34 años⁵⁷, cifra que se encuentra dentro del tramo de entre 30 y 59 años en que se concentra más del 50% de la población penal chilena según los datos consolidados de Gendarmería de Chile al momento de concluir este trabajo⁵⁸, y que es similar al promedio de edad de las personas privadas de libertad representadas por la Defensoría Penal Pública⁵⁹.

En términos del procedimiento, un 15,4% de los imputados (16 de 104) fue juzgado por un tribunal oral en lo penal. El restante 84,6% de las sentencias (88 de 104) fue dictado por un juzgado de garantía. De estos últimos, la gran mayoría se tramitó en un procedimiento simplificado⁶⁰.

Con respecto a las circunstancias de hecho, en un 60,6% de las sentencias, los bienes hurtados y/o robados correspondieron solo a alimentos, mientras que en el 39,4% de los casos, los bienes o no eran alimentos, o correspondían a un conjunto de alimentos y otros bienes. En términos de valor económico, en general se trata de bienes de bajo valor. Sin perjuicio de que no contamos con información para todos los casos, el promedio del avalúo en los que sí tenemos información (86 de 104 casos, o un 82,7% de la muestra), fue de \$32.163, donde el menor avalúo corresponde al caso de un individuo que hurtó dos encendedores y galletas por un valor total de \$800⁶¹, y el mayor corresponde a un caso en que dos personas hurtaron 10 rieles de tren avaluados en \$380.000⁶². De este grupo de observaciones, en 66 casos el valor de los bienes no excedió los \$20.000.

En relación con los tipos penales imputados, los delitos que se presentaron con mayor recurrencia fueron el hurto falta consagrado en el artículo 494 bis del Código Penal que se aplicó en un 45,1% de los casos y el delito de hurto contemplado en el artículo 446 del Código Penal, que se aplicó en un 39,5% de los casos⁶³.

En cuanto a la absolución o condena de los imputados, un 91,3% de los casos (95 de 104) terminó con una sentencia condenatoria y el restante 8,7% (9), con una sentencia absolutoria. En un 71,1% de los casos la defensa alegó, o al menos mencionó, la expresión “hurto famélico”.

⁵⁶ Ver GENDARMERÍA DE CHILE (sitio web, 2022). La cifra corresponde a la población carcelaria femenina reportada por Gendarmería de Chile el último día de septiembre de 2022.

⁵⁷ Esta edad promedio se mantuvo incluso al separar la muestra entre hombres y mujeres. La edad más alta fue de un hombre de 74 años; la más baja, de 18 años, también correspondió a un hombre.

⁵⁸ GENDARMERÍA DE CHILE (sitio web, 2021).

⁵⁹ Un estudio reciente indica que el promedio de edad de los usuarios del servicio de defensa penitenciaria de la Defensoría Penal Pública es de 34,1 años. Ver CARVACHO, VALDÉS y MATEO (2021).

⁶⁰ 84 casos de un total de 88 se tramitaron en un procedimiento simplificado, y solo 4 en procedimiento abreviado.

⁶¹ Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Arica, 13/02/2006.

⁶² Juzgado de Garantía de Los Ángeles, 02/02/2005.

⁶³ Conjuntamente, el hurto falta y el hurto, fueron imputados en un 84,6% de la muestra de casos. En los casos restantes (15,4%) se imputaron otros delitos como los contemplados en los artículos 436 inciso primero (robo con violencia o intimidación), e inciso segundo (robo por sorpresa), 440 (robo con fuerza en las cosas en lugar habitado o destinado a la habitación), y 442 (robo con fuerza en las cosas en lugar no habitado), todos del Código Penal.

Con respecto a las penas impuestas, consideramos las sanciones privativas de libertad y aquellas de carácter pecuniario como dos variables distintas. De este modo, en nuestro universo total de 104 observaciones, en un 55,8% de los casos (58) se impusieron penas privativas de libertad, lo cual implica que en el restante 44,2% (46) no se aplicó esta clase de sanción. Las penas pecuniarias se impusieron en un 64,4% de los casos (67) y en el restante 35,6% (37) no se aplicaron. En un 28,8% del total de casos (30 de 104) se impusieron conjuntamente penas pecuniarias y privativas de libertad.

Finalmente, solo en 3 de los 104 casos observados, se presentó un recurso y dos de ellos correspondieron a recursos de nulidad interpuestos por el Ministerio Público solicitando la invalidación de sentencias absolutorias dictadas por juzgados de garantía⁶⁴.

IV. EL HURTO FAMÉLICO EN LAS DECISIONES DE LOS TRIBUNALES PENALES CHILENOS

En la revisión de los argumentos jurídicos de los casos de nuestra muestra hemos encontrado dos características principales. En primer lugar, hay una falta de comprensión o confusión en el análisis jurídico del hurto famélico por parte de la defensa y la judicatura. Esto se expresa en una escasa discusión y argumentación sobre las condiciones del estado de necesidad o de la inexigibilidad en los casos de hurto famélico, así como en la alusión a requisitos que no aparecen ni en la ley ni en la doctrina⁶⁵.

En segundo lugar, la falta de comprensión y argumentación sobre la articulación dogmática del hurto famélico se complementan con una actitud reticente de la judicatura a excusar o justificar estos casos. Lo anterior se expresa fundamentalmente en el hecho de que los requisitos judiciales que se formulan para el hurto famélico, lo vuelven altamente impracticable. En efecto, los porcentajes de condena en nuestra muestra, con las limitaciones que indicamos en la sección anterior, son superiores al 90%. Si bien esta reticencia podría deberse a un desconocimiento sobre la figura, en las conclusiones plantearíamos que también podría explicarse en base a preocupaciones de carácter político criminal, a la forma en que se organiza el proceso penal frente a delitos de baja entidad, y a un sesgo de clase en los operadores del sistema penal.

Para dar cuenta de las características recién referidas hemos dividido el análisis de los casos en las razones que utilizan los tribunales para excluir la procedencia de una jus-

⁶⁴ Uno de ellos fue desechado, reafirmando el criterio del tribunal de primera instancia. Ver Juzgado de Garantía de Valparaíso, 09/11/2004. El otro, en cambio, fue aceptado y ordenó la realización de un nuevo juicio por estimarse que el tribunal de primera instancia había hecho una errónea aplicación del derecho. Ver Juzgado de Garantía de Los Andes, 09/11/2004. El tercer recurso correspondió a un recurso de apelación interpuesto por la defensa, en atención a que el tribunal de primera instancia no accedió a otorgar una pena sustitutiva y ordenó el cumplimiento efectivo de la respectiva condena. El tribunal de alzada rechazó la apelación y mantuvo el criterio del tribunal de primera instancia. Ver Juzgado de Garantía de Ovalle, 25/01/2017.

⁶⁵ Si bien la defensa técnica se ve constreñida por el hecho de que la mayoría de estos casos se juzgaron en procedimientos que no otorgan mayor espacio para el debate normativo (80,1% se tramitó en procedimiento simplificado), la alusión a la figura del hurto famélico realizada por la defensa, carece de argumentaciones mínimamente claras y en muchos casos ni siquiera se citan los artículos aplicables del Código Penal, lo que presumiblemente habría permitido encauzar mejor el razonamiento del tribunal.

tificación o excusa. Dado que los tribunales no distinguen con claridad entre el estado de necesidad y la inexigibilidad, analizamos estas razones de manera diferenciada, como obstáculos generales para la operatividad de la doctrina del hurto famélico en cualquiera de sus articulaciones dogmáticas.

1. NECESIDAD Y FUERZA: AL BORDE DE LA MUERTE

En Concepción, el año 2007 un hombre fue condenado por sustraer un tarro de leche en polvo de una farmacia para alimentar a su hija recién nacida (20 días de edad)⁶⁶. La pediatra había recetado esta leche especial, pues la madre no podía seguir amamantando o utilizar la leche en polvo entregada gratuitamente por el Estado. El acusado estaba desempleado producto de un accidente laboral y no tenía dinero para comprar la leche recetada. La defensa alegó estado de necesidad bajo la doctrina del hurto famélico. El tribunal consideró, sin embargo, que no había estado de necesidad pues no había actualidad o inminencia del mal que se buscaba evitar con la sustracción de la leche. En palabras del tribunal: “habiéndose prescrito la leche en el mismo día de ocurrencia de los hechos (...) no se ha establecido que efectivamente la hija del imputado se encontrara en circunstancias tales que peligrara (...) su integridad física o su vida”. A lo anterior el tribunal agregó que la inmediatez con la que el acusado hurta la leche luego de la orden médica, muestra que no agotó otras vías lícitas para conseguir el alimento⁶⁷.

Este caso tiene varios aspectos relevantes, pero lo que nos interesa destacar aquí es que ejemplifica una tendencia de nuestros tribunales a exigir que el mal que se cierne sobre el sujeto sea un mal extremadamente grave, cercano o parecido a la muerte inmediata⁶⁸. Esta tendencia se expresa también, en casos en que los jueces excluyen el estado de necesidad o la inexigibilidad, porque lo hurtado requiere un proceso de preparación o transformación para aliviar la necesidad y eso parecería dar cuenta de que el mal no es tan inminente o irresistible⁶⁹. En un caso de Coquimbo, por ejemplo, un hombre sustrajo una bandeja de carne cruda de un supermercado. No fue un hecho controvertido que se trataba de un hombre extremadamente pobre que carecía en ese momento de medios suficientes para alimentarse, sin embargo, fue condenado por el delito de hurto, pues el

⁶⁶ Juzgado de Garantía de Concepción, 03/12/2007.

⁶⁷ Si bien el mismo tribunal reconoce que el condenado sí recurrió a familiares que no pudieron socorrerlo, sostuvo que este debió hacer más gestiones.

⁶⁸ En el mismo sentido, puede advertirse esta exigencia en una sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Talca respecto a un recurso de nulidad, al estimar que 2 imputados en situación de indigencia que hurtaron 10 kilogramos de papas no se “encontraban ante un peligro real o inminente de padecer algún daño grave a su salud por inanición [...]”. Véase Corte de Apelaciones de Talca, 01/07/2005. También, esto se retrata en un caso similar del año 2008 en la ciudad de Molina, donde una mujer en situación de extrema pobreza sustrajo 3 bolsas de leche en polvo de un supermercado para alimentar a sus tres hijos, uno de doce años, otro de 3 años y una de 9 meses. Fue condenada como autora del delito de hurto y el juez desestimó la alegación de estado de necesidad. Ver Juzgado de Garantía de Molina, 05/08/2008.

⁶⁹ Por otra parte, cabe considerar que el legislador no ha contemplado un mandato al juez de comprobación de la certeza de la concreción del peligro ni tampoco una probabilidad elevada de ella, tal como ha señalado WILENMANN. Para este autor, aquello sería “incompatible con el carácter de institución de prevención que tiene el estado de necesidad justificante y evitaría en muchos casos que la prevención pueda ser del todo eficaz”. Véase en WILENMANN (2017) p. 586.

juez consideró que no procedía el estado de necesidad, dado que “la especie pretendida hurtar no es de aquellas que permitan su consumo directo, sino que requieren un proceso de elaboración”⁷⁰. En este mismo sentido, en un caso en Punta Arenas, un tribunal descartó eximir de responsabilidad a una mujer que hurtó una bandeja de carne y camarones para alimentarse a ella y a su hija de 6 años. El tribunal sostuvo, en términos similares al caso anterior, que era implausible que el delito fuera un medio para saciar el hambre de la menor pues la carne y los camarones “difícilmente” pueden considerarse como alimentos que una menor de 6 años pueda “consumir *libremente* para así satisfacer su necesidad de alimentarse”⁷¹.

De estos casos parece desprenderse que nuestra judicatura adhiere a una concepción de necesidad que desde Tomás de Aquino se ha definido como “necesidad extrema o gravísima” y que supone un peligro de muerte inminente, y no cualquier afectación relevante a la salud o dignidad de la persona⁷². Pero esta exigencia no se condice con la regulación legal del estado de necesidad o de la inexigibilidad donde, como vimos más arriba, la exigencia del estado de necesidad no es un mal extremo o grave, y en la inexigibilidad, lo relevante es el impacto que una situación de necesidad puede tener en la capacidad de autodeterminación del agente⁷³. Por lo demás, que la situación de necesidad exija que haya un mal actual o inminente no quiere decir que el delito, como respuesta a esa necesidad, deba ser capaz de superar dicho mal de manera inmediata o automática. En el caso de la fuerza irresistible, ni siquiera es necesario que el delito sea útil para superar el contexto que causa el estado de conmoción en el agente.

Una interpretación demasiado exigente sobre la intensidad del mal que se avecina en el caso del estado de necesidad, vuelve casi impracticable esta justificación para casos de hurto por hambre o frío. Alguien que está al borde de morir por inanición, por ejemplo, no tendrá la capacidad física ni la claridad mental como para entrar a un supermercado y sustraer comida, y aun si tiene esta capacidad difícilmente podrá pensar en discriminar los alimentos seleccionados, como por ejemplo, prefiriendo pan en vez de carne⁷⁴.

⁷⁰ Juzgado de Garantía de Coquimbo, 17/03/2009.

⁷¹ Juzgado de Garantía de Punta Arenas, 31/03/2006. El énfasis es nuestro.

⁷² Pereda recoge las categorías que formulan los teólogos clásicos en torno a los diferentes grados de necesidad. La necesidad extrema, que sería la más grave, implicaría según Tomás de Aquino “cuando es inminente el peligro de muerte y no hay más remedio para evitarla que apropiarse de lo ajeno”. Antonino Diana, por su parte, señala “cuando carece de aquello necesario para vivir, y no solo se considera tal aquella en que, si no se le socorre, al instante o muy pronto morirá, sino que debe tomarse con mayor amplitud y será extrema también si su vida se va abreviando por la penuria de todo o va cayendo en grave y larga dolencia”. En el mismo sentido, Azpilcueta señala que habría necesidad extrema “no solo cuando está en las últimas, sino cuando aparecen síntomas de que se acerca el fin si no se le socorre”. En otras palabras, la necesidad extrema se encuentra en un punto de absoluta cercanía con el colapso de la vida, donde las funciones del cuerpo están deterioradas, no pudiendo el sujeto moverse ni razonar normalmente. Es dable a asumir, además, que es un estado que conlleva gran sufrimiento. Véase PEREDA (1928) pp. 109 y ss.

⁷³ Véase más arriba, II.

⁷⁴ En este sentido, Rodríguez Devesa y Murillo, plantean que el conflicto de bienes jurídicos debe ser entre la “propiedad” y el “sufrimiento que produce el hambre”, en lugar de “propiedad” y “vida”, toda vez que este último binario es imposible que se dé en la realidad: una persona al borde de la muerte por inanición simplemente no tiene las fuerzas para ejecutar el hurto. Difícil resulta imaginar que siquiera esté en condiciones de ingerir

Adicionalmente, este umbral de exigencia para la aplicación de la doctrina del hurto famélico atenta contra nuestros más básicos instintos de supervivencia y nuestra dignidad. Exigir a las personas tolerar una situación de clara desesperación como el hambre, hasta alcanzar un umbral de “necesidad extrema” que solo se satisfaría cuando están próximas a morir por inanición (después de un largo proceso de desnutrición) puede comprenderse como una forma de trato cruel similar a forzar a alguien a auto-incriminarse. Una persona que hurta hambreada, no puede tener certeza sobre el momento en que su posibilidad de sobrevivir se ha puesto en riesgo y no es claro en qué se sustentaría, jurídicamente, una exigencia de este tipo⁷⁵.

2. BIENES NECESARIOS VS. BIENES Suntuarios.

Sobre la base de la exigencia anterior, la jurisprudencia ha construido una cierta categorización de bienes susceptibles de ser hurtados bajo la doctrina del hurto famélico. Básicamente, para algunos jueces, debe excluirse el hurto famélico cuando los bienes tienen un carácter suntuario o cuando no consisten en alimentos. Para determinar si acaso son bienes suntuarios, un criterio central parece ser su valor económico. Según este criterio, para que se configure un caso de hurto famélico los imputados deben haber hurtado aquello que tuviere menor valor de entre las posibilidades disponibles. De hecho, en nuestra muestra, los 9 casos que terminaron en una absolución presentaron un avalúo de bienes inferior a \$40.000.

Un caso en Curicó ilustra cómo los jueces despliegan este criterio de bienes necesarios mirando al valor económico de los bienes. En este caso, el imputado hurtó una lata de centolla avaluada en \$8.017. La defensa solicitó que se impusiera una pena de un día de privación de libertad, por tratarse de un hurto famélico. El tribunal descartó dicha petición argumentando que la sustracción de “un fino y costoso marisco [...] difícilmente estará motivada por el hambre y el apremiante instinto de conservar la propia vida, sino más bien [...] por el ánimo inescrupuloso de medrar con lo ajeno”. A partir de esta consideración, el juez condenó al imputado a una pena de veinte días de prisión en su grado mínimo y a una multa de 1 UTM⁷⁶.

El valor económico, sin embargo, no es el único criterio que determina el carácter suntuario de los bienes. Un criterio que acompaña esta evaluación parece ser cuán fácilmente consumible es el bien, pues los alimentos que requieren de preparación no suelen aparecer como bienes estrictamente “necesarios”⁷⁷. Esto último es lo que ocurre en los casos de hurto de carne revisados en la sección anterior, en donde los jueces desestiman el hurto famélico por el hecho de que los bienes hurtados requieren de una preparación.

alimentos. Véase RODRÍGUEZ DEvesa (1993) p. 575 y MURILLO (2021) pp. 405-406. Como nota Murillo, “(...) resulta difícil imaginar que alguien delinca para no morir, pues ni podrá cometer el hurto ni podrá ingerir, porque el estado médico será ya deplorable”. Véase en: MURILLO (2021) p. 405.

⁷⁵ Lo anterior, sin considerar además que la malnutrición genera un daño a la salud que puede ser difícil de revertir sin perjuicio de si conduce o no a la muerte de manera directa. Entre otros, véase GALLER y BARRETT (2001); LATHAM (2002); y MARTÍN PEÑA y PAREDES DE DIOS (2007).

⁷⁶ Juzgado de Garantía de Curicó, 18/01/2006.

⁷⁷ Ver Juzgado de Garantía de La Calera, 27/10/2004 y Juzgado de Garantía de Coquimbo, 17/03/2009.

Por último, tanto la idea de que el hurto famélico solo es aplicable cuando se avecina la muerte inminente, como aquella que exige que el objeto pueda consumirse inmediatamente, han llevado a nuestros tribunales a considerar que el hurto famélico se restringe a hurto de alimentos. En Valparaíso, por ejemplo, un tribunal penal desestimó la procedencia de un estado de necesidad en el caso de una mujer extremadamente pobre que sustrajo un tarro de leche en polvo chocolatada, un paquete de vienas y una colonia, todo lo cual fue avaluado en la suma aproximada de \$6.000. A juicio del tribunal, una colonia no es el tipo de bien cuya sustracción puede ampararse por el estado de necesidad en un caso como este⁷⁸. Si bien esa colonia pudo haber sido útil para la higiene de la imputada o sus hijos, no sería estrictamente necesaria para su ‘sobrevivencia’. Lo mismo ocurre en muchos otros casos⁷⁹. Otro ejemplo de estas exigencias puede encontrarse en un fallo de la Corte de Apelaciones de Talca que anuló una sentencia de primera instancia que absolvió por estado de necesidad a dos imputados en situación de indigencia por el delito de hurto falta del 494 bis del CP. Los acusados habían sido sorprendidos sustrayendo 10 kilogramos de papas avaluados en \$10.000 desde la propiedad de un particular. La Corte estimó que no existían elementos de juicio para concluir que los imputados se encontraban “ante un peligro real o inminente de padecer algún daño grave a su salud por inanición que los impulsara a saciar su hambre en forma urgente, por lo que no hay antecedentes para estimar una supuesta representación del peligro, menos aún resultaba justificado apropiarse de una cantidad de papas que excedían de lo que una persona es capaz de consumir en el tiempo inmediato” (considerando segundo)⁸⁰.

La exigencia de que el hurto recaiga sobre alimentos de bajo valor económico y directamente consumibles, no tiene un claro sustento en la ley ni en la doctrina, y los tribunales no explican cuál podría ser su fundamento. En la doctrina, el hurto famélico aparece como una figura que se aplica frente a un abanico de necesidades más amplias que solo la necesidad de nutrición⁸¹. Sin embargo, en la generalidad de las decisiones que analizamos pareciera que solo el hurto de alimentos puede dar lugar a la doctrina del hurto famélico⁸².

⁷⁸ Juzgado de Garantía de Valparaíso, 26/03/2007.

⁷⁹ En múltiples casos pudimos apreciar que los tribunales descartan la configuración del hurto famélico si los bienes sobre los cuales recae el delito no son solo alimentos, pese a que los mismos podrían ser útiles para cubrir necesidades distintas a la nutrición. Así, por ejemplo, un tribunal en Santiago condenó a una mujer que hurtó un conjunto de cuadernos para que sus hijos pudieran cumplir con sus deberes escolares, y un tribunal de Copiapó condenó a un hombre que hurtó diversos alimentos y productos de higiene personal, por estimar que estos últimos no eran bienes de primera necesidad. Ver, respectivamente Noveno Juzgado de Garantía de Santiago, 26/02/2007 y Juzgado de Garantía de Copiapó, 27/08/2008. Razonamientos similares se observan en las siguientes causas: Juzgado de Garantía de Nueva Imperial, 01/09/2004; Segundo Juzgado de Garantía de Santiago, 04/02/2008; Juzgado de Garantía de Santiago, 09/02/2007; Juzgado de Garantía de Los Ángeles, 28/02/2005; Juzgado de Garantía de Quillota, 27/05/2006; Juzgado de Garantía de Arica, 11/07/2005; Juzgado de Garantía de Nueva Imperial, 22/01/2018; Juzgado de Garantía de Concepción, 04/08/2004; y Juzgado de Garantía de Talagante, 26/09/2007.

⁸⁰ Corte de Apelaciones de Talca, 01/07/2005.

⁸¹ Véase más arriba, I.

⁸² Un dato interesante aquí es que de los escasos 9 imputados que fueron absueltos en nuestra muestra, 7 de ellos habían sustraído al menos un producto alimentario. Ver Juzgado de Garantía de Los Andes, 09/11/2004; Juzgado de Garantía de Valparaíso, 09/11/2004; Juzgado de Garantía de Viña del Mar, 23/05/2007; Sexto Juz-

En relación con las exigencias de bajo valor económico y que los alimentos sean directamente consumibles, estas podrían derivarse del requisito de subsidiariedad y estricta necesidad contemplado en la circunstancia tercera del artículo 10 N° 7 del CP⁸³. Sin embargo, las exigencias no están planteadas como exigencias de subsidiariedad o estricta necesidad, que supondrían mirar al caso concreto y ver lo que en el contexto era practicable para el agente y su necesidad específica. En cambio, nuestros tribunales imponen estas exigencias como requisitos o condiciones absolutas del hurto famélico, lo que a nuestro juicio carece de fundamento.

3. ‘ÁNIMO FAMÉLICO’ VS. ‘ÁNIMO DE LUCRO’

Relacionado con la idea de ‘bienes suntuarios’ aparece en nuestra muestra una exigencia de ‘ánimo famélico’, que conduce a una exclusión de la doctrina del hurto famélico cuando el juez estima que el infractor ha obrado con ‘ánimo de lucro’. En Los Ángeles, por ejemplo, un hombre sustrajo 18 cremas para sustentar a su familia, pues estaba en condiciones económicas muy precarias y tenía 4 hijos. El tribunal lo condenó por el delito de hurto, dando como único argumento para excluir el estado de necesidad, que el sujeto actuaba con ánimo de lucro⁸⁴. Y esta razón para excluir la doctrina de hurto famélico es bastante común. En otro caso en Viña del Mar, por ejemplo, un tribunal rechazó de plano la posibilidad de reconocer un hurto famélico, pues consideró que la sustracción de 3 bandejas de carne daba cuenta de que el autor actuaba con ánimo de lucro⁸⁵. El mismo criterio se aplicó en un caso en el que los imputados robaron varios paquetes de salmón en Punta Arenas⁸⁶. Y algo similar parece ocurrir en el caso revisado en la sección anterior en donde el tribunal descarta el hurto famélico en la sustracción de una lata de centolla, que a juicio del tribunal sería un hurto que da cuenta de un “ánimo inescrupuloso de medrar con lo ajeno”⁸⁷.

En suma, en varios casos los jueces se refieren al ánimo de lucro para descartar la procedencia de la figura cuando los bienes hurtados aparecen como suntuarios por no ser estrictamente necesarios para asegurar la sobrevivencia inmediata del infractor o de un tercero. El queso, la carne, los champiñones, las sopas en sobre, el jamón, una caja de té, etc., aparecen como lujos que expresan un ánimo de lucro que excluiría la posibilidad de justificar o excusar estos delitos⁸⁸.

gado de Garantía de Santiago, 27/03/2013; Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Angol, 27/01/2015; y Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Viña del Mar, 20/12/2019.

⁸³ Véase más arriba, 2.3.

⁸⁴ Juzgado de Garantía de Los Ángeles, 28/02/2005.

⁸⁵ Juzgado de Garantía de Viña del Mar, 01/08/2005.

⁸⁶ Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Punta Arenas, 08/04/2019.

⁸⁷ Juzgado de Garantía de Curicó, 18/01/2006.

⁸⁸ Por ejemplo, el Juzgado de Garantía de Valdivia desestimó la concurrencia de esta figura en un caso en que el imputado había hurtado 12 paquetes de queso. Para el tribunal dicha cantidad hacía inverosímil asumir que los alimentos estaban destinados a satisfacer una necesidad alimentaria y agrega que, en caso de haber necesitado alimentarse, el imputado debiera haber optado por especies de consumo inmediato como el pan que se encuentra en las estanterías de exhibición de los supermercados. Ver Juzgado de Garantía de Valdivia, 26/04/2007. En un sentido similar, el Juzgado de Garantía de La Calera descartó la concurrencia de un hurto famélico al estimar que tres paquetes de queso constituían bienes suntuarios, no destinados a satisfacer una necesidad extrema.

La exigencia de que no haya ánimo de lucro, sin embargo, no puede ser una condición del estado de necesidad ni de la inexigibilidad. El ánimo de lucro es un requisito de la tipicidad del delito de hurto sin el cual no habría comportamiento típico que requiera ser justificado, o injusto que precise ser excusado. Al igual que en los casos revisados en la sección anterior, aquí lo que debe discutirse, es si acaso hay o no una situación de necesidad o una actuación bajo *vis compulsiva*, o bien si acaso se satisface el tercer requisito del estado de necesidad, esto es, que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para impedir el mal. Carece de sentido que los jueces discurren en torno al ánimo de lucro en un caso de hurto famélico, a menos que se esté discutiendo la tipicidad de la conducta y no su justificación o excusa. Pero, aunque esto último puede ser una discusión plausible e interesante de explorar, no es la tipicidad lo que se discute en la generalidad de las sentencias revisadas⁸⁹.

4. CARÁCTER DE LOS INFRACTORES

La idea de que para justificar o excusar en estos casos debe haber algo así como un ánimo famélico (contrario al ánimo de lucro) se relaciona con otra exigencia subjetiva que aparece en varios casos y que demanda de los infractores un cierto carácter que expresa lealtad frente al derecho o integridad moral a lo largo de su biografía, o bien que satisfaga un estereotipo de alguien que, de manera completamente inocente, vive en la miseria y merece por ello nuestra simpatía.

En Santiago, por ejemplo, una mujer sustrajo 10 paquetes de queso de un supermercado. Su situación económica precaria y su falta de empleo fueron razones que llevaron a su defensa a esgrimir un estado de necesidad, pero este fue descartado por el tribunal por considerar que, dado que la acusada tenía antecedentes penales por 3 condenas anteriores,

Ver Juzgado de Garantía de La Calera, 27/10/2004. Un razonamiento similar con respecto al hurto de queso se aprecia en el caso Juzgado de Garantía de Coquimbo, 27/08/2008. Con respecto al hurto de carne, el Juzgado de Garantía de Viña del Mar desechó la existencia de un hurto famélico por estimar que el tipo de carne sustraído por el imputado era de calidad superior a los productos cárnicos que permiten satisfacer necesidades de alimentación básica, y, en caso de haberse dado una situación de necesidad, ésta se debiera haber satisfecho con carne de menor calidad. Ver Juzgado de Garantía de Viña del Mar, 24/07/2006. En otro caso, el Juzgado de Garantía de Valparaíso desestimó la alegación de hurto famélico de la defensa al considerar que la cantidad de carne hurtada por el imputado era mucho mayor que la necesaria para satisfacer una necesidad de alimentación inmediata. Ver Juzgado de Garantía de Valparaíso, 09/08/2006. El mismo criterio se reproduce en la causa Juzgado de Garantía de Valparaíso, 25/08/2005. La idea de que la cantidad de alimentos hurtados resulta excesiva para satisfacer las necesidades del imputado o su grupo familiar, y ello permite descartar la configuración del hurto famélico, también puede observarse en Noveno Juzgado de Garantía de Santiago, 13/04/2007. Por último, en el caso Juzgado de Garantía de Nueva Imperial, 01/09/2004, el tribunal condenó a una mujer que había hurtado, entre otros alimentos, un paquete de vienas, un paquete de champiñones, y una crema de espárragos, por estimar que la naturaleza de estas especies no se ajustaba a la doctrina del hurto famélico. La consideración del ánimo de lucro en estas causas podría también ser un factor explicativo de la alta variabilidad que presenta el avalúo de los bienes hurtados en los casos que, en nuestra muestra, terminaron con una sentencia condenatoria.

⁸⁹ En algunos casos excepcionales, los tribunales de nuestra muestra examinaron la concurrencia del ánimo de lucro en sede de tipicidad. Al respecto, véanse: Juzgado de Garantía de Viña del Mar, 23/05/2007; Juzgado de Garantía de Los Ángeles, 01/02/2005; Juzgado de Garantía de Los Ángeles, 02/02/2005; y Juzgado de Garantía de Los Ángeles, 28/02/2005.

no parecía ser su situación de desempleo la que explicaba el hurto⁹⁰. En otro caso, a un acusado de hurtar dos paquetes de longanizas, no se le habría concedido el estado de necesidad por encontrarse “bien vestido” y por el hecho de que el sujeto tenía su domicilio en otra ciudad. De acuerdo con el juicio del tribunal, la buena apariencia del acusado y su traslado a otra ciudad hacía implausible alegar una situación de necesidad, pues tanto el viaje como su atuendo le han debido costar dinero más que necesario para alimentarse⁹¹. Igual raciocinio se utilizó en Concepción para excluir el estado de necesidad en un hurto de comida realizado por un sujeto que, a pesar de su condición de pobreza, poseía un automóvil y varios elementos como un perfume, una linterna y candados, que “no se condicen con el estado de un individuo que no tiene ni siquiera qué comer”. Aunque el tribunal reconoció que se trataba de un automóvil viejo y en mal estado, su posesión daría cuenta de que la situación de necesidad no era lo suficientemente extrema como para reconocer un caso justificable de hurto famélico⁹².

Pero ni el estado de necesidad ni la inexigibilidad exigen requisitos subjetivos o cualidades personales de este tipo. Desde un punto de vista subjetivo, en el estado de necesidad, debe existir una percepción plausible de que la infracción normativa es necesaria para evitar un mal que se cierne sobre uno o sobre un tercero. En el caso de la inexigibilidad, el sujeto debe efectivamente actuar impulsado por la fuerza o el miedo, pero es irrelevante para estos efectos, por sí solo, el hecho de que el sujeto en su pasado haya cometido otros delitos o sienta en su fuero interno, desdén o indiferencia por el ordenamiento jurídico. También es irrelevante que tenga a su haber algunos bienes que no le sirven para superar la situación de necesidad que lo aqueja de manera actual o inminente, pues en estos casos no serían medios “practicables” para evitar el mal. Lo más cercano a esta exigencia podría ser el requisito de “moralidad del móvil” que Matus y Ramírez requieren para la fuerza irresistible, pero este no debería verse excluido por los antecedentes penales de un infractor o por el hecho de que no se encuentre completamente en la miseria⁹³. Otra manera de interpretar esta exigencia judicial, es desde la exigencia de que el necesitado no haya creado intencionalmente la situación de necesidad que lo aqueja⁹⁴. Pero esto no es para nada algo que se discuta en estos casos ni que se deje desprender fácilmente de las circunstancias de hecho que son citadas para excluir la procedencia del hurto famélico.

5. SUBSIDIARIEDAD: INEXISTENCIA DE MEDIOS ALTERNATIVOS

La subsidiariedad es una exigencia del estado de necesidad que parece permear todas las instancias en las que se discute la figura del hurto famélico (aun cuando no es un requi-

⁹⁰ En palabras del tribunal: “Ha indicado la defensa que la requerida se encuentra sin trabajo, y que, aparentemente en un estado de necesidad, habría incurrido en este ilícito, pero tiene presente el tribunal que esta misma requerida ya ha sido sentenciada anteriormente, de hecho, tiene tres penas anteriores de 41 días de prisión en grado máximo cada una de ellas, más una de 21 días de prisión en su grado medio, por lo tanto, no es una situación que acaezca por estar sin empleo”. Véase Juzgado de Garantía de Santiago, 16/08/2008.

⁹¹ Juzgado de Garantía de San Felipe, 20/07/2004.

⁹² Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Concepción, 24/07/2009.

⁹³ Véase más arriba, II.2.

⁹⁴ Véase más arriba, II. 1.1. y también WILENMANN (2017) pp. 618-622.

sito de la inexigibilidad en los términos del artículo 10 N° 9 del CP). Como vimos más arriba, la exigencia legal es “que no exista otro medio practicable y menos perjudicial” para evitar el mal, sin perjuicio de lo cual en la práctica judicial la exigencia es interpretada en el sentido de que no haya otro medio menos perjudicial, dejando a un lado su practicabilidad.

En varios casos de nuestra muestra los tribunales rechazaron el hurto famélico por considerar que los infractores debían trabajar, o recurrir a instituciones de beneficencia, caridad o asistencia social⁹⁵. Sin embargo, nuestros jueces no parecen tomarse en serio el análisis de la practicabilidad de dichos medios alternativos, y a nuestro modo de ver, exageran la medida en que estos están efectivamente disponibles en nuestra sociedad⁹⁶. Lo anterior queda bastante patente en el caso discutido más arriba del padre de la niña recién nacida que hurtó un tarro de leche⁹⁷. Para el tribunal, en ese caso no quedó suficientemente acreditada la inminencia del mal ni “que peligrara efectivamente su integridad física o su vida”, pues la leche *solo* se había prescrito el mismo día de los hechos y el padre *solo* recurrió a familiares para pedir ayuda, quedando pendiente la concurrencia a instituciones de beneficencia u organismos públicos. Basándose en este razonamiento, el tribunal rechaza el estado de necesidad invocado, pero la exigencia de que haya agotado medios lícitos alternativos, no parece incorporar una consideración de practicabilidad. Un bebé recién nacido requiere alimentarse con una frecuencia de 1 a 3 horas, de lo contrario puede deshidratarse y esto puede llegar a causar su muerte, por ello, no es claro que sea practicable o incluso permisible, para quien tiene a cargo su cuidado, esperar a agotar todas las vías lícitas existentes si ello supone una demora de más de unas cuantas horas⁹⁸. De ahí que el hecho de que la leche se haya prescrito el mismo día no puede usarse como un indicador de que el acusado no cumplió con el requisito de subsidiariedad.

Como señala Etcheberry, la existencia de “otro medio practicable y menos perjudicial” debe interpretarse mirando al caso concreto y desde el punto de vista de lo que puede razonablemente esperarse de una persona sufriendo la situación de necesidad que de hecho sufre⁹⁹. La idea de “practicabilidad” exige que los jueces valoren en la situación de hecho, si acaso esa red de soporte a la que ellos aluden se encontraba razonablemente accesible para

⁹⁵ Véase en este sentido los fallos Juzgado de Garantía de Constitución, 03/12/2007 y Juzgado de Garantía de Talagante, 14/05/2012. Llama la atención un caso en el que el tribunal incluso señala que el infractor “pudo intentar ganarse un mínimo sustento”. Ver Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de La Serena, 02/04/2004.

⁹⁶ En Chile, si bien existen algunas instituciones de caridad que ofrecen alimentos y albergue a los más necesitados, la red no es tan ubicua o universal como los fallos parecen suponer. Y esto implica que una persona que sufre una necesidad no pueda en ciertos casos confiar, razonablemente, en que esta red atenderá su necesidad. La mera posibilidad de que estas instituciones o familiares ayuden al necesitado, no equivale a la certeza de que pueden efectivamente brindar la solución concreta a la necesidad que les aqueja. Su aptitud como medio alternativo es, por ende, una mera especulación. Ver CÁMARA (2015) p. 261.

⁹⁷ Véase más arriba, p. 73.

⁹⁸ En el análisis del tratamiento jurisprudencial de casos de hurto famélico en España, Liñán da cuenta de que existe una tendencia similar a rechazar alegaciones de la defensa por estado de necesidad cuando el imputado no ha probado que ha acudido a instituciones de protección o beneficencia social de manera previa. Incluso, excluyendo en estos casos la posibilidad de optar a una eximente incompleta. Véase LIÑÁN (2022) pp. 297-324.

⁹⁹ ETCHEBERRY (1999) Tomo I, p. 261.

el infractor y esa razonabilidad dependerá, entre otras cosas, de la gravedad e inminencia del mal que se avecina.

V. CONCLUSIÓN

De las sentencias revisadas en nuestra muestra se desprende una doctrina judicial del hurto famélico que para eximir de responsabilidad penal exige lo siguiente: 1) que se avecine un mal gravísimo tal como cuando el hurto aparece como necesario para evitar una muerte inminente; 2) que lo hurtado tenga un bajo valor económico y que se trate de alimentos que puedan consumirse de manera inmediata; 3) que no exista ánimo de lucro como cuando el sujeto hurta alimentos que no tienen un bajísimo valor económico; 4) que los infractores tengan un carácter que despierte simpatía y compasión; y, 5) que no haya otro medio alternativo para superar la situación de necesidad o el mal que se avecina, sin importar lo practicable que esta alternativa sea en los hechos.

Estas cinco exigencias que configuran lo que podríamos llamar una doctrina judicial del hurto famélico, no están contempladas en la regulación legal del estado de necesidad ni de la inexigibilidad y, en su mayoría, tampoco se encuentran en la doctrina penal chilena. Intentar explicar de dónde surgen estas exigencias o cuál podría ser su racionalidad, es algo que excede los fines de esta investigación, pero para concluir con este estudio queremos aventurar algunas hipótesis.

Una primera hipótesis que podría explicar una doctrina judicial altamente reacia a reconocer una causa de justificación o una excusa en los casos de hurto famélico es un tipo de argumento de “pendiente resbaladiza”. Esta preocupación aparece en ciertos casos de manera explícita como cuando se condena a penas de prisión por el hurto de bienes con un valor ínfimo, aduciendo como razón “[...] la frecuencia con que se cometen ilícitos como el contenido en el requerimiento y que cometió la imputada”¹⁰⁰. En este sentido, podría haber un temor en los operadores del sistema penal de generar una práctica que se expanda rápidamente y que desestabilice la protección penal de la propiedad privada. En una sociedad con altos niveles de necesidad y pobreza como la chilena, y sin un Estado que asegure condiciones mínimas de seguridad alimentaria, vivienda y abrigo, aplicar la doctrina del hurto famélico en los términos que el legislador permite, podría gatillar una ola de atentados no violentos contra la propiedad. Esto, a su vez, podría desestabilizar la vigencia del sistema legal de protección a la propiedad privada y arrastrar a los tribunales de justicia y demás órganos penales a una crisis de legitimidad¹⁰¹.

En otras palabras, el reclamo de necesidad en los casos de hurto famélico, lleva implícito una crítica a todo el sistema de propiedad y en particular a su falta de sensibilidad

¹⁰⁰ Véase, por ejemplo, sentencia del Juzgado de Garantía de Nueva Imperial, 01/09/2004, donde una mujer sin antecedentes penales hurtó alimentos por \$5.638 y fue condenada por el tribunal a 10 días de prisión, pago de multa de 1 UTM, suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena y pago de costas de la causa, bajo este tipo de fundamentación.

¹⁰¹ Sin embargo, la no utilización de estas eximentes también puede producir una crisis de legitimidad. Ver en este sentido, LORCA (2021).

frente a la desigual distribución de los recursos sociales y la necesidad ajena¹⁰². Lo mismo puede plantearse, nos parece, respecto de la inexigibilidad, pues si esta se admitiera ampliamente en estos casos, podría llevar a pensar que el sistema legal de protección a la propiedad privada se vuelve generalmente inexigible. Algo que en todo caso no está muy lejos del argumento que hace décadas planteara Juan Bustos¹⁰³. La pregunta, sin embargo, es si acaso la preocupación por la estabilidad general del sistema de protección penal de la propiedad privada es una tarea que deben atender los tribunales penales en la resolución de casos. A nuestro juicio, no son los tribunales de justicia, sino el Estado a través de las instituciones encargadas de distribuir los recursos sociales, quien debe asumir la responsabilidad de generar las condiciones materiales que hacen sostenible la protección jurídico-penal de la propiedad privada.

Una segunda hipótesis se vincula con lo que Wilenmann y Aristégui recientemente han denominado “el derecho penal de baja entidad” en Chile¹⁰⁴. Con este concepto, originado en la literatura socio-legal estadounidense¹⁰⁵, los autores aluden al modo en que la mayor parte de los delitos que conocen los tribunales se tramitan en procedimientos simplificados debido a la baja cuantía de las penas probables. Existe una gran carga de trabajo que lleva a los actores penales a adoptar decisiones sin información de calidad y en tiempos extremadamente acotados, y ello ha determinado el desarrollo de estrategias de organización entre los jueces, la defensa, y el ente persecutor, para alcanzar determinados niveles de eficiencia en el flujo de procesamiento de casos¹⁰⁶. En conjunto, estos elementos configurarían prácticas estandarizadas de trabajo que se alejan del modelo de justicia adversarial, y privilegian la producción de resultados de acuerdo con las expectativas de los actores en torno a cómo deben resolverse casos similares¹⁰⁷.

Este modelo podría explicar, parcialmente al menos, las causas de los patrones de razonamiento judicial que detectamos en nuestra muestra. Dada la escasez de confrontación en las audiencias y las expectativas compartidas en torno al resultado que deben tener los juicios, los tribunales cuentan con libertad para alejarse del contenido de la ley y las propuestas doctrinarias. La orientación del derecho penal de baja entidad hacia la producción de resultados, la primacía de los procedimientos simplificados, y la similitud de los casos, permiten a los jueces recurrir, sin mayor oposición, a criterios extra-legales o a interpretaciones de dudosos fundamentos, para imponer condenas en fallos en los que el estado de necesidad o la inexigibilidad parecen precedentes. Aunque por la naturaleza documental de nuestro análisis no tenemos evidencia de que esto sea efectivamente así, creemos que

¹⁰² WALDRON (2000) p. 105.

¹⁰³ Véase COUSO (2009) pp. 153-179.

¹⁰⁴ WILENMANN y ARÍSTEGUI (2022).

¹⁰⁵ Una síntesis interesante de la literatura norteamericana dedicada a estudiar la justicia penal de baja entidad puede encontrarse en NATAPOFF (2015). Para un examen contemporáneo acabado sobre este fenómeno, véase KOHLER-HAUSMANN (2018).

¹⁰⁶ WILENMANN y ARÍSTEGUI (2022) pp. 276-280.

¹⁰⁷ La idea del trabajo cooperativo entre actores que teóricamente debieran tener roles opuestos en el sistema de justicia penal se sintetiza en la literatura estadounidense bajo la noción de COURTROOM WORKGROUP. Al respecto, véase EINSTEIN y HERBERT (1977).

futuras investigaciones, especialmente aquellas de carácter socio-legal basadas en métodos cualitativos, podrían evaluar la validez empírica de esta hipótesis.

Una última hipótesis que puede complementar las anteriores, es que la doctrina jurisprudencial del hurto famélico da cuenta de un sesgo de clase en los operadores del sistema penal, particularmente quizás, en el órgano persecutor que es quien decide en definitiva perseguir un comportamiento posiblemente justificado o no culpable.

La literatura comparada ha venido mostrando hace un tiempo que las desigualdades económicas y los privilegios sociales y políticos tienen un amplio impacto en la experiencia y resultado de los procesos penales¹⁰⁸. Una de las explicaciones para esta desigualdad en la respuesta penal según la condición económica o social del acusado, es el denominado sesgo de clase que podría afectar a jueces u otros operadores del sistema¹⁰⁹. De acuerdo con el argumento de Jeffrey Reiman, en su clásico libro *The rich get richer and the poor get prison*, las clases desposeídas han sido históricamente imaginadas como más peligrosas que las clases privilegiadas, y al asociar la pobreza con el comportamiento desviado, se consolida la idea de que la pobreza es en sí misma, un signo de ‘debilidad de carácter’ o una falla individual y no el resultado de una estructura social injusta¹¹⁰.

Carecemos de datos para mostrar que efectivamente hay un sesgo de esta naturaleza en la práctica penal chilena, pero la distancia que existe entre la ley, la doctrina y los criterios judiciales en los casos revisados, hace pensar que un sesgo de esta naturaleza es, a lo menos, probable y valdría la pena estudiarlo. El sentido de identificar sesgos como este, en todo caso, no es criticar el actuar de nuestros jueces, fiscales o defensores, sino intentar corregir el impacto que dichos sesgos pueden tener en la aplicación del derecho. Una predisposición sesgada no tiene por qué traducirse en una decisión sesgada¹¹¹.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ACOSTA, Juan Domingo (2013): “Artículo 10 N°s 7° y 11° del Código Penal. Algunos criterios de delimitación”, en Van Weezel, Álex (edit.), *Humanizar y Renovar el Derecho Penal. Estudios en Memoria de Enrique Cury* (Santiago, Legal Publishing y Thomson Reuters) pp. 691-713.
- ARRIAGADA, Isabel; FARIAS, Javiera y WALKER, Agustín (2021): “Evolución de la población penal en Chile desde 1991 a 2007: Aproximación empírica a los efectos de la reforma procesal penal”, *Política Criminal*, vol. 16, N° 31: pp. 62-82.
- BARNES, James y otros (2015): “Arrest prevalence in a national sample of adults: The role of sex and race/ethnicity”, *American Journal Criminal Justice*, vol. 40, N° 3: pp. 457-465.
- BASCUÑÁN, Antonio (2004): “La ilicitud del aborto consentido en el Derecho chileno”, *Derecho y Humanidades*, N° 10: pp. 143-181.

¹⁰⁸ Véase, por ejemplo, BARNES (2015); BRAME y OTROS (2014); BECK y BLUMSTEIN (2018); MITCHELL (2005); SPOHN (2013); CHIRICOS y BALES (1991); y CLAIR (2020) pp. 11 y 28.

¹⁰⁹ Sobre la influencia de los sesgos en el proceso de decisión judicial, véase MUÑOZ (2011); SANDOVAL y DE LA ROSA (2016) p. 141.

¹¹⁰ REIMAN y LEIGHTON (1995) p. 183.

¹¹¹ CLAIR (2020) p. 174.

- BECK, Allen y BLUMSTEIN, Alfred (2018): “Racial disproportionality in U.S. state prisons: accounting for the effects of racial and ethnic differences in criminal involvement, arrests, sentencing, and time served”, *Journal of Quantitative Criminology*, vol. 33, N° 3: pp. 853-883.
- BRAME, Robert y otros (2014): “Demographic patterns of cumulative arrest prevalence by ages 18 and 23”, *Crime & Delinquency*, vol. 60, N° 3: pp. 471-486.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan (1986): *Manual de Derecho penal. Parte especial* (Barcelona, Ariel).
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán (1999): *Lecciones de Derecho penal*, Volumen 2 (Madrid, Trotta).
- CÁMARA ARROYO, Sergio (2015): “Justicia social y Derecho penal: Individualización de la sanción penal por circunstancias socioeconómicas del penado (arts. 66.1.6, 20.7 CP y 7.3 LORRPM)”, *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, vol. 68, N° 1: pp. 237-275.
- CARVACHO TRAVERSO, Pablo; VALDÉS RIESCO, Amalia y MATEO PIÑONES, Mariel (2021): “El derecho a la defensa penitenciaria en Chile: Cuando no hay derecho”, *Política Criminal*, vol. 16, N° 31: pp. 254-283.
- CASTILLO, Juan Pablo (2016): “El estado de necesidad del artículo 10 N° 11 del Código penal chileno: ¿Una norma bifronte? Elementos para una respuesta negativa”, *Política Criminal*, vol. 11, N° 22: pp. 340-367.
- CÉSPEDES, Carlos; ESCOBAR, Javier y MENDOZA, Pamela (2022): “Las consecuencias civiles del estado de necesidad justificante en Chile”, *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, vol. 13, N° 2: pp. 45-78.
- CHIRICOS, Theodore y BALES, William (1991): “Unemployment and punishment: An empirical assessment”, *Criminology*, vol. 29, N° 3: pp. 701-724.
- CIGÜELA SOLA, Javier (2019): *Crimen y castigo del excluido social: Sobre la ilegitimidad política de la pena* (Valencia, Tirant lo Blanch).
- CLAIR, Matthew (2020): *Privilege and Punishment: How race and class matter in Criminal Court* (Princeton University Press, Princeton y Oxford).
- COUSO, Jaime (2011): “Comentario. Art. 10 N° 7”, en Couso, Jaime y Hernández, Héctor (directores), *Código penal comentado. Libro primero (arts. 1° a 105). Doctrina y jurisprudencia. Libro primero* (Santiago, Legal Publishing Chile) pp. 234-239.
- COUSO, Jaime (2009): “Culpabilidad y sujeto en la obra de Juan Bustos Ramírez”, *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 11: pp. 153-179.
- CURY URZÚA, Enrique (2013): “El estado de necesidad en el Código Penal chileno”, en Mañalich, Juan Pablo (coordinador), *La ciencia penal en la Universidad de Chile* (Santiago, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile) pp. 249-266.
- CURY URZÚA, Enrique (2021): *Derecho penal. Parte general* (Santiago, Ediciones Universidad Católica, undécima edición).
- DE AQUINO, Tomás (1990): *Suma de Teología III*, Parte II-II (a) (Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos).
- EINSTEIN, James y HERBERT, Jacob (1977): *Felony Justice: An Organizational Analysis* (Boston, Little, Brown and Co.).
- ETCHEBERRY, Alfredo (1999): *Derecho penal. Parte general*, Tomo I (Santiago, Editorial Jurídica, tercera edición).

- FERRÉ OLIVÉ, Juan (2022): “Indagaciones sobre aporofobia y plutofilia en Derecho penal”, *Revista Penal de México*, vol. 11, N° 20: pp. 51-64.
- GALLER, Janina y BARRET, Robert (2001): “Children and Famine. Long term impact on development”, *Ambulatory Child Health*, vol. 7, N° 2: pp. 85-95.
- GARRIDO MONTT, Mario (2003): *Derecho penal. Parte general*, Tomo II (Santiago, Editorial Jurídica, tercera edición).
- GARRIDO MONTT, Mario (2008): *Derecho penal. Parte especial*, Tomo IV (Santiago, Editorial Jurídica, cuarta edición).
- GENDARMERÍA DE CHILE (sitio web, 2022), *Caracterización de personas privadas de libertad*. Disponible en: https://www.gendarmeria.gob.cl/car_personas_pp.html. Fecha de consulta: 07/11/2022.
- GENDARMERÍA DE CHILE (sitio web, 2021), *Compendio estadístico 2021*. Disponible en: <https://www.gendarmeria.gob.cl/compendios.html>. Fecha de consulta: 07/11/2022.
- GUERRA ESPINOSA, Rodrigo (2017): “Ambivalencia en el principio de interés preponderante”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 49: pp. 187-215.
- GUERRA ESPINOSA, Rodrigo (2019): “Impulso irresistible en el miedo insuperable”, *Política Criminal*, Vol. 14, N° 28: pp. 59-94.
- HERNÁNDEZ, Héctor (2011): “Comentario. Art. 10 N° 9”, en Couso, Jaime y Hernández, Héctor (directores), *Código penal comentado. Libro primero (arts. 1° a 105). Doctrina y jurisprudencia. Libro primero* (Santiago, Legal Publishing Chile, primera edición) pp. 243-259.
- HERNÁNDEZ BURGOS, Claudio y LEIRA-CASTIÑEIRA, Francisco (2020): “Los rostros del hambre: autarquía, experiencias de miseria y estrategias de supervivencia durante la posguerra franquista (1939-1951)”, *Historia Social*, N° 97: pp. 79-98.
- KOHLER-HAUSMANN, Issa (2018): *Misdemeanorland* (New Jersey, Princeton University Press).
- LABATUT GLENA, Gustavo (1972): *Derecho penal* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, sexta edición).
- LATHAM, Michael (2002): “Hambruna, inanición y refugiados”, en Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (edit.), *Nutrición humana en el mundo en desarrollo* (Roma, Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura) pp. 237-261.
- LEYRED, Henry (1909): *Las sentencias del Magistrado Magnaud. Reunidas y comentadas* (Madrid, Hijos de Reus Editores, segunda edición).
- LIÑÁN LAFUENTE, Alfredo (2022): “Reflexiones acerca del estado de necesidad provocado por la pobreza o la miseria en los delitos contra la propiedad”, en Benito Sánchez, Demelsa y Gil Nobajas, María Soledad (coords.), *Alternativas político-criminales frente al Derecho penal de la aporofobia*, Volumen 14 (Valencia, Tirant lo Blanch) pp. 297-324.
- LOCKE, John (1924): *Of Civil Government, Two Treatises* (London, Everyman's Library).
- Lorca Ferreccio, Rocío (2019): “Extrema pobreza y poder penal” en Fernández Blanco, Carolina y Pereira Fredes, Esteban (coords.), *Derecho y pobreza* (Madrid, Marcial Pons) pp. 221-243.

- LORCA FERRECCIO, Rocío (2021): “Sick and Blamed. Criminal law in the Chilean response to Covid-19”, *Netherlands Journal of Legal Philosophy*, N° 2: pp. 142-150.
- MÄKINEN, Virpi (2006): “Rights and duties in late scholastic discussion on extreme necessity”, en Mäkinen, Virpi y Korkkman, Petter (edits.), *Transformations in medieval and early-modern rights discourse* (Dordrecht, Springer) pp. 37-62.
- MAÑALICH, Juan Pablo (2013): “El estado de necesidad exculpante. Una propuesta de interpretación del artículo 10 N° 11 del Código Penal chileno”, en van Weezel, Alex (ed.), *Humanizar y Renovar el Derecho Penal. Estudios en Memoria de Enrique Cury* (Santiago, Legal Publishing y Thomson Reuters) pp. 715-742.
- MARTÍN PEÑA, Gonzalo y Paredes de Dios, Naomí (2007): “Sobre la atrofia de los órganos durante la inanición”, *Nutrición Hospitalaria*, vol. 22, N° 1: pp. 112-123.
- MATUS ACUÑA, Jean Pierre y Ramírez Guzmán, María Cecilia (2021a): *Manual de Derecho penal chileno. Parte especial* (Valencia, Tirant lo Blanch).
- MATUS ACUÑA, Jean Pierre y Ramírez Guzmán, María Cecilia (2021b): *Manual de Derecho penal chileno. Parte general* (Valencia, Tirant lo Blanch).
- MEDINA JARA, Rodrigo (2010): *Manual de Derecho penal* (Santiago, AbeledoPerrot Legal Publishing, cuarta edición).
- MITCHELL, Ojmarrh (2005): “A meta-analysis of race and sentencing research: Explaining the inconsistencies”, *Journal of Quantitative Criminology*, vol. 21, N° 4: pp. 439-466.
- MUÑOZ ARANGUREN, Arturo (2011): “La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales: el factor humano. Una aproximación”, *InDret*, N° 2: pp. 1-39.
- MURILLO VILLAR, Alfonso (2021): “Reflexiones acerca de la relación entre el estado de necesidad y el hurto famélico desde una perspectiva histórica”, en Domínguez Tristán, Paula y Panero Oria, Patricia (coords.), *Fundamentos romanísticos del Derecho contemporáneo, X. Derecho penal romano* (Madrid, Boletín Oficial del Estado y Asociación Iberoamericana de Derecho Romano, primera edición).
- NATAPOFF, Alexandra (2015): “Misdemeanors”, *Annual Review of Law and Social Science*, vol. 11, N° 1: pp. 255-267.
- NOVOA MONREAL, Eduardo (2005): *Curso de Derecho penal chileno. Parte general*, Tomo I (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, tercera edición).
- OLIVER, Guillermo (2013): *Delitos contra la propiedad* (Santiago, Legal Publishing y Thomson Reuters).
- PEREDA, Julián (1964): “El hurto famélico o necesario”, *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, vol. 17, N° 1: pp. 5-28.
- POLITOFF, Sergio, Matus, Jean Pierre, y Ramírez, María Cecilia (2004): *Lecciones de Derecho penal chileno. Parte general* (Santiago, Editorial Jurídica, segunda edición).
- RED DE ALIMENTOS (sitio web, 2020), *Informe de Gestión 2020*. Disponible en: <https://www.redalimentos.cl/informe-de-gestion-2020/>. Fecha de consulta: 12/11/2022.
- RED DE ALIMENTOS (sitio web, 2021), *Informe de Gestión 2021*. Disponible en: <https://www.redalimentos.cl/informe-de-gestion-2021/>. Fecha de consulta: 12/11/2022.
- REIMAN, Jeffrey y LEIGHTON, Paul (1995): *The Rich get Richer and the Poor get Prison* (New York, Routledge).

- RODRÍGUEZ DEVESA, José María (1993): *Derecho penal español. Parte general* (Madrid, Dykinson, tercera edición).
- SÁNCHEZ BENÍTEZ, Cristian (2020): “Aporofobia y Derecho penal: el delito de hurto y la circunstancia agravante de multirreincidencia”, *Revista Sistema Penal Crítico*, N° 1: pp. 225-240.
- SANDOVAL NAVARRO, Víctor y DE LA ROSA RODRÍGUEZ, Paola (2016): “Los sesgos cognitivos y su influjo en la decisión judicial. Aportes de la psicología jurídica a los procesos penales de corte acusatorio”, *Derecho Penal y Criminología*, vol. 37, N° 102: pp. 141-164.
- SPOHN, Cassia (2013): “Racial disparities in prosecution, sentencing, and punishment”, en Bucerius, Sandra y Tonry, Michael (eds.), *The Oxford Handbook of Ethnicity, Crime and Immigration* (Nueva York, Oxford University Press) pp. 166-193.
- TIEDE, Lydia B. (2012): “Chile’s criminal law reform: Enhancing defendants’ rights and citizen security”, *Latin American Politics and Society*, vol. 54, N° 3: pp. 65-93.
- TIERNEY, Brian (1959): *Medieval Poor Law: A Sketch of Canonical Theory and Its Application in England* (Berkeley y Los Angeles, University of California Press).
- TIERNEY, Brian (1997): *The Idea of Natural Rights* (Michigan y Cambridge, William B. Eerdmans Publishing Company, primera edición).
- VAN WEEZEL, Álex (2018): “Optimización de la autonomía y deberes penales de solidaridad”, *Política Criminal*, vol. 13, N° 26: pp. 1074-1139.
- VARGAS, Tatiana (2011): *Manual de Derecho penal práctico. Teoría del delito con casos* (Santiago, LegalPublishing, segunda edición).
- VARGAS, Tatiana (2013): “Tiene la necesidad cara de hereje? Necesidad justificante y exculpante a la luz del artículo 10 N° 11”, en van Weezel, Alex (ed.), *Humanizar y Renovar el Derecho Penal. Estudios en Memoria de Enrique Cury* (Santiago, Legal Publishing y Thomson Reuters) pp. 743-774.
- VARGAS, Tatiana y HENRÍQUEZ, Ian (2013): “La defensa de necesidad en la regulación penal chilena. Aproximación dogmática a partir de una reforma”, *Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 15, N° 2: pp. 11-39.
- VILLEGAS, Myrna (2021): “Mujeres homicidas de sus parejas en contexto de violencia intrafamiliar. Posibilidades de exención de responsabilidad penal en el Derecho penal chileno”, en Antony, Carmen y Villegas, Myrna (eds.), *Criminología feminista* (Santiago, LOM) pp. 57-85.
- WALDRON, Jeremy (2000): “Why indigence is not a justification”, en HEFFERNAN, William y KLEINIG, John (eds.), *From Social Justice to Criminal Justice: Poverty and the Administration of Criminal Law* (Nueva York, Oxford University Press) pp. 98-113.
- WILENMANN, Javier (2014): “El fundamento del estado de necesidad justificante en el Derecho penal chileno: Al mismo tiempo, introducción al problema de la dogmática del estado de necesidad en Chile”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. 27, N° 1: pp. 213-244.
- WILENMANN, Javier (2017): *La justificación de un delito en situaciones de necesidad* (Madrid, Marcial Pons).
- WILENMANN, Javier y Arístegui, Juan Pablo (2022): “El procesamiento de delitos de baja entidad en Chile”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. 35, N° 2: pp. 273-295.

NORMAS CITADAS

CHILE, Código Penal (12/11/1874).

CHILE, Código Procesal Penal (12/10/2000).

CHILE, Ley N° 20.779 (17/09/2014): *Modifica Art. 391, N° 2 del Código Penal, con el objeto de aumentar la penalidad al delito de homicidio simple.*

JURISPRUDENCIA CITADA

Corte de Apelaciones de Talca, 01/07/2005, rol 346-2005, nulidad, *Westlaw Chile*, cita online CL/JUR/197/2005. Fecha de consulta:19/08/2019.

Juzgado de Garantía de Arica, 11/07/2005, rit 2190-2005, penal.

Juzgado de Garantía de Concepción, 04/08/2004, rit 2840-2004, penal.

Juzgado de Garantía de Concepción, 03/12/2007, rit 1259-2007, penal.

Juzgado de Garantía de Copiapó, 01/06/2008, rit 3039-2008, penal.

Juzgado de Garantía de Coquimbo, 27/08/2008, rit 5311-2008, penal.

Juzgado de Garantía de Coquimbo, 17/03/2009, rit 1699-2009, penal.

Juzgado de Garantía de Curicó, 18/01/2006, rit 166-2006, penal.

Juzgado de Garantía de La Calera, 27/10/2004, rit 1104-2004, penal.

Juzgado de Garantía de Los Andes, 09/11/2004, rit 1127-2004, penal.

Juzgado de Garantía de Los Ángeles, 01/02/2005, rit 317-2005, penal

Juzgado de Garantía de Los Ángeles, 02/02/2005, rit 348-2005, penal.

Juzgado de Garantía de Los Ángeles, 28/02/2005, rit 543-2004, penal.

Juzgado de Garantía de Molina, 05/08/2008, rit 975-2008, penal.

Juzgado de Garantía de Nueva Imperial, 01/09/2004, rit 568-2004, penal.

Juzgado de Garantía de Nueva Imperial, 22/01/2018, rit 1738-2017, penal.

Juzgado de Garantía de Ovalle, 25/01/2017, rit 2621-2016, penal.

Juzgado de Garantía de Punta Arenas, 31/03/2006, rit 2724-2005, penal.

Juzgado de Garantía de Quillota, 27/05/2006, rit 428-2006, penal.

Juzgado de Garantía de San Felipe, 20/07/2004, rit 789-2004, penal.

Juzgado de Garantía de Santiago, 09/02/2007, rit 1287-2007, penal.

Juzgado de Garantía de Santiago, 16/08/2008, rit 5272-2008, penal.

Juzgado de Garantía de Talagante, 26/09/2007, rit 5164-2007, penal.

Juzgado de Garantía de Talagante, 14/05/2012, rit 2861-2012, penal.

Juzgado de Garantía de Valdivia, 26/04/2007, rit 1354-2007, penal.

Juzgado de Garantía de Valparaíso, 09/11/2004, rit 4788-2004, penal.

Juzgado de Garantía de Valparaíso, 25/08/2005, rit 5115-2005, penal.

Juzgado de Garantía de Valparaíso, 09/08/2006, rit 5112-2006, penal.

Juzgado de Garantía de Valparaíso, 26/03/2007, rit 1360-2007, penal.

Juzgado de Garantía de Viña del Mar, 01/08/2005, rit 4582-2005, penal.

Juzgado de Garantía de Viña del Mar, 24/07/2006, rit 5965-2006, penal.

Juzgado de Garantía de Viña del Mar, 23/05/2007, rit 3637-2007, penal.

Noveno Juzgado de Garantía de Santiago, 26/02/2007, rit 1923-2007, penal.

Noveno Juzgado de Garantía de Santiago, 13/04/2007, rit 3744-2007, penal.
Segundo Juzgado de Garantía de Santiago, 04/02/2008, rit 1430-2008, penal.
Sexto Juzgado de Garantía de Santiago, 27/03/2013, rit 2023-2012, penal.
Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Angol, 27/01/2015, rit 91-2014, penal.
Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Arica, 13/02/2006, rit 143-2005, penal.
Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Colina, 24/07/2016, rit 194-2015, penal.
Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Concepción, 24/07/2009, rit 238-2009, penal.
Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de La Serena, 02/04/2004, rit 15-2004, penal.
Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Antonio, 26/07/2008, rit 42-2008, penal.
Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Viña del Mar, 20/12/2019, rit 471-2019, penal.
Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Punta Arenas, 08/04/2019, rit 5-2019, penal.

VICIOS DE FORMA ¿CONTROL CONCRETO EN LA ACCIÓN DE INAPLICABILIDAD?

PROCEDURAL DEFECTS ¿CONCRETE JUDICIAL REVIEW IN THE ACTION OF INAPPLICABILITY?

MIRIAM LORENA HENRÍQUEZ VIÑAS*

RESUMEN: El presente trabajo trata sobre los vicios de constitucionalidad de forma y las problemáticas que genera que su examen se realice a través de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. El artículo identifica cómo la acción de inaplicabilidad, concebida como un control concreto de constitucionalidad, se tensiona o altera cuando el Tribunal Constitucional conoce de la inaplicabilidad de los vicios de forma. Se propone una taxonomía de vicios de forma resueltos por el órgano de justicia constitucional y se expone que éste no considera los hechos, características y circunstancias de la gestión judicial pendiente que son el presupuesto de la acción de inaplicabilidad.

Palabras clave: Vicios de forma, acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, control de constitucionalidad, control concreto.

ABSTRACT: This paper deals with the procedural defects and the problems generated by the fact that its examination is conducted through the action of inapplicability. The article identifies how the inapplicability action, conceived as a concrete control of constitutionality, is altered when the Constitutional Court performs its review of the inapplicability of the procedural defects. A taxonomy of procedural defects resolved by the Constitutional Court is proposed and it is stated that it does not consider the facts, characteristics and circumstances of the judicial case that are the premise of the inapplicability action.

Keywords: procedural defects, action of inapplicability, judicial review, concrete control.

INTRODUCCIÓN

La reforma constitucional de 2005 introdujo relevantes modificaciones a las atribuciones del Tribunal Constitucional en el control posterior de los preceptos legales. Entre ellas, la facultad para conocer de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, antes conocida por la Corte Suprema; y la acción de inconstitucionalidad, sin antecedentes en nuestra historia constitucional.

* Doctora en Ciencias Jurídicas, Universidad de Santiago de Compostela (España). Profesora Titular de Derecho Constitucional de la Universidad Alberto Hurtado, Santiago, Chile. Dirección postal: Cienfuegos 41, Santiago. Dirección de correo electrónico: mhenriqu@uahurtado.cl. ORCID: 0000-0002-5900-9347.

Este trabajo es parte de la investigación financiada por el proyecto Fondecyt Regular de la Agencia Nacional de Investigación y Desarrollo, bajo el N° 1180530, con el título: “La desnaturalización de la acción de inaplicabilidad por vicios de forma”.

Las principales características del actual control de constitucionalidad de los preceptos legales en Chile son: a) Es ejercido por el Tribunal Constitucional, a través de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 93 N° 6 de la Constitución; y de la acción de inconstitucionalidad, del numeral siguiente del mismo artículo. Tanto los numerales 6 y 7 del artículo 93 reconocen diferencias respecto del legitimado para entablar las mentadas acciones, como los presupuestos de procedencia y la forma en que se ejerce el control de constitucionalidad: concreto y abstracto, respectivamente; b) La declaración estimatoria de inaplicabilidad produce efectos particulares y retroactivos en la gestión judicial que la origina; y la declaración estimatoria de inconstitucionalidad genera efectos generales y no retroactivos, de conformidad con el artículo 94 de la Carta Fundamental; y c) Ambos controles dan por supuesto que la norma legal existe, sin embargo, la acción inaplicabilidad exige además que la norma legal sea aplicable en un caso concreto.

Respecto a los vicios que se controlan, la Constitución Política no distingue entre vicios de constitucionalidad formal y material. Esta omisión soslaya cómo las particularidades de los vicios de forma inciden en el ejercicio de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad como control concreto. De esta manera, la hipótesis que guía este trabajo afirma: el Tribunal Constitucional no ejerce un control concreto de constitucionalidad en la acción de inaplicabilidad si se trata de un vicio de forma; y, por ende, no considera los hechos, características y circunstancias de la gestión judicial que son su presupuesto.

En consonancia con la hipótesis planteada, el objetivo general de este artículo es identificar como conoce el Tribunal Constitucional en la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad (en adelante acción de inaplicabilidad) cuándo el vicio alegado es uno de forma. Para ello se propone el siguiente plan de análisis: a) Primero, dar cuenta someramente de las particularidades de los vicios de forma como un vicio de constitucionalidad distinto de los vicios de fondo; b) Luego, examinar la manera en que ha sido entendido el control concreto en el marco de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, en el sentido que no busca enjuiciar la invalidez-inconstitucionalidad o inexistencia de un precepto legal, sino determinar si su aplicación produce efectos inconstitucionales en un caso concreto; c) Identificar cuáles son los ámbitos en que el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre vicios de constitucionalidad de forma y proponer una taxonomía; d) Evaluar si la constatación de los vicios de forma que realiza el Tribunal Constitucional se relaciona con los hechos o las circunstancias del caso judicial concreto que son su presupuesto; y e) Las correspondientes conclusiones.

Para la confirmación de la hipótesis y la consecución de los objetivos planteados se examinan las tesis de la doctrina, fundamentalmente en los acápites de las particularidades de los vicios de forma y del control concreto de constitucionalidad. Asimismo, se propone una casuística y una tipología de vicios de forma en los que se ha pronunciado el Tribunal Constitucional, sobre la base de ejemplos extraídos de sentencias recaídas en las acciones de inaplicabilidad incoadas en virtud del artículo 93 N° 6 de la Constitución, a partir de la vigencia formal de la reforma constitucional de 2005. En cada caso se busca reconocer si el Tribunal Constitucional tomó en consideración las circunstancias del caso concreto para resolver la inaplicabilidad del precepto legal cuestionado.

La pesquisa jurisprudencial se formula en el buscador de sentencias del Tribunal Constitucional, en la que se localizaron los términos “constitucionalidad de forma”, “inconstitucionalidad de forma” y “motivos de forma”. Cada sentencia, entre 2005 a 2022, ha sido considerada como una unidad de análisis en la que se rastreó el planteamiento de un vicio de constitucionalidad formal de acuerdo a la definición que se propone en el próximo acápite. Las sentencias escogidas se agrupan a fin de identificar las causas del planteamiento de los vicios de forma. En cada ámbito se busca reconocer si el Tribunal Constitucional tomó en consideración las circunstancias del caso concreto para resolver la inaplicabilidad del precepto legal cuestionado.

En el análisis de las sentencias, se estudia solo el razonamiento de la decisión de mayoría; sin perjuicio que ciertos votos de minoría o de prevención se han referido al tema. Cabe aclarar que no se citan las referencias a reproducciones textuales de considerandos que constan en sentencias previas y que hacen afirmaciones sobre los asuntos de esta investigación; y tampoco las decisiones que se limitan a declarar la inadmisibilidad. Antes de comenzar con el análisis planteado cabe señalar qué se entiende por control concreto de constitucionalidad a los fines de este trabajo y cuál es el aporte que se espera con el presente estudio. De conformidad con el artículo 93 N° 6 de la Constitución, se entiende que el control concreto es un examen incidental que realiza el Tribunal Constitucional respecto de un precepto legal que resulta aplicable y decisivo para la resolución del asunto para verificar si esa aplicación produce efectos contrarios a la Constitución. Concebido de esta forma, este control no examina la constitucionalidad del precepto legal, sino que controla si su aplicación en un caso concreto produce efectos inconstitucionales. Por ello, cobran especial relevancia los hechos ventilados en la gestión pendiente.

El debate sobre los vicios de forma y la acción de inaplicabilidad cobran relevancia en el actual momento de cambio constitucional en el que se discuten los alcances del control previo de constitucionalidad de los proyectos de ley, así como la reformulación de la acción de inaplicabilidad como control posterior de los preceptos legales y su relación con la acción de inconstitucionalidad.

I. PARTICULARIDADES DE LOS VICIOS DE CONSTITUCIONALIDAD DE FORMA

Siguiendo a Marina Gascón, una norma legal podría ser declarada formalmente inconstitucional cuando no ha sido producida: a) Por el órgano competente; b) Según el procedimiento prescrito; y c) En el ámbito material reservado por la Constitución a la ley y a los distintos tipos de ley. La infracción a la primera condición señalada origina un vicio de incompetencia formal; de la segunda un vicio de procedimiento; y de la tercera un vicio de incompetencia material¹. A los fines de este artículo, estos vicios son rotulados como infracción o vicios de constitucionalidad de forma.

Según lo dispuesto por la Constitución Política: a) La función legislativa es ejercida por el Presidente de la República y el Congreso Nacional de conformidad con los artículos

¹ GASCÓN (1997) p. 144.

32 N° 1 y 46 respectivamente; b) Se desempeña según el procedimiento de formación de la ley señalado en los artículos 65 y siguientes; c) Está circunscrita al marco de las materias de ley reservadas en el artículo 63 y se expresa mediante los tipos de ley previstos en el artículo 66 de la Constitución; y d) En relación con los decretos con fuerza de ley, que son normas con jerarquía legal y por ende preceptos legales, la regulación del procedimiento para su dictación y las materias sobre las que puede o no versar se encuentran previstas en el artículo 64 de la Constitución. La infracción a algunas de estas disposiciones podría acarrear, en principio, un vicio de constitucionalidad de forma².

Por otra parte, una norma legal podría ser declarada materialmente inconstitucional si contraviene las normas constitucionales que predeterminan sus posibles contenidos. De esta contravención resulta un vicio de contenido, sustantivo o material³ o contradicción.

Conforme al régimen chileno, una norma formal o materialmente inválida o inconstitucional podría entrar en vigor, producir efectos jurídicos, ser aplicable, hasta que sea declarada su invalidez vía acción de inconstitucionalidad, previa declaración de inaplicabilidad, según el artículo 94 de la Constitución.

Según la literatura especializada, los vicios de constitucionalidad formales y materiales se diferencian al menos por: a) El objeto que afectan; b) La manera en que se constata la infracción o la contradicción constitucionales; y c) El efecto que producen. A los fines de este trabajo, corresponde concentrarse en el objeto que afectan y en la forma en que se constata la infracción, toda vez que inciden directamente sobre el carácter concreto de la acción de inaplicabilidad. Se excluye así el análisis de los efectos, toda vez que las consecuencias de la sentencia estimatoria de inaplicabilidad son una consecuencia de ese control concreto.

En general, los autores distinguen y señalan que el vicio de validez formal afecta el acto normativo, mientras que el vicio de validez material afecta la norma, es decir la propo-

² En nuestro medio, Francisco Zúñiga y Francisco Vega distinguen la inconstitucionalidad de forma y la relacionan con el vicio de procedimiento: “se produce cuando el precepto legal infringe normas constitucionales relativas al procedimiento de formación de la ley o normas orgánicas relativas a los órganos colegisladores, esto es, el Presidente de la República y el Congreso Nacional”. Y también diferencian el vicio de incompetencia material: “La inconstitucionalidad competencial se produce cuando el precepto legal excede la competencia legislativa o dominio máximo legal del artículo 63 de la Constitución; o bien, cuando el precepto legal ha sido aprobado infringiendo el reparto de competencia legislativa que la tipología de leyes interpretativas constitucionales, orgánicas constitucionales, de quórum calificado, de quórum calificadísimo y simples u ordinarias del artículo 66 contempla. Este doble reparto de competencias legislativas de los artículos 63 y 66 de la Constitución, encuentra múltiples remisiones a reservas de ley o reservas de ley de quórum especial”. ZÚÑIGA Y VEGA (2006) pp. 159-160.

Por su parte, Patricio Zapata, considera que los vicios de forma se corresponden con los vicios de procedimiento y afirma que la inconstitucionalidad de forma se produce cuando en el proceso de generación de la ley se ha omitido alguno de los requisitos de procedimiento exigidos por la Carta Fundamental para su tramitación válida. ZAPATA (2008) p. 317. También reconoce que los vicios de forma admiten una doble modalidad: “En efecto, ésta puede consistir en la falta de competencia de quien dicta la norma o en el incumplimiento de los procedimientos prescritos por la Constitución Política”. ZAPATA (2008) 311, esto es distingue la incompetencia formal del vicio de procedimiento.

³ GASCÓN (1997) p. 144.

sición interpretada. Así lo entienden, por ejemplo, Delgado⁴, Ródenas⁵, Orunesu, Rodríguez y Sucar⁶.

En el marco de los vicios de forma, es más notorio que tanto el vicio de incompetencia formal como el vicio de procedimiento afectan el acto normativo o la norma como formulación (todavía) no interpretable en sede de aplicación y/o adjudicación. Respecto al vicio de incompetencia material, que presupone interpretar/definir/aplicar el ámbito reservado por la Constitución a un tipo determinado de ley, así como el cumplimiento de esa reserva por la norma legal en cuestión, si bien este tipo de vicio supondría un mínimo de interpretación del ámbito que debe ser regulado por la ley o por un tipo especial de ella, no implica hacer una interpretación de las normas en cuestión a fin de verificar una posible contradicción, y por tanto, no transforma este vicio formal en sustancial⁷.

En cualquier caso, detectar tales vicios formales no supone realizar un juicio sobre la norma como formulación interpretada, cuestión que es presupuesto del examen de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. El juicio de validez formal puede verificarse mediante constataciones empíricas y meramente subsuntivas. Esto, toda vez que este tipo de vicio radica en el hecho que la autoridad que dictó la ley no era el legislador; o el legislador no siguió el procedimiento establecido constitucionalmente para la dictación de la ley; o se excedió del ámbito reservado constitucionalmente a la ley o a un determinado tipo de ley. De esta forma, no es estrictamente un control de la aplicación de la norma en un caso concreto, tal como exige la sede chilena de inaplicabilidad. A diferencia de los juicios de validez mate-

⁴ Por ejemplo, Jesús Delgado –citando a Guastini– señala: “La validez formal es validez del acto normativo; la validez material es validez de la norma puesta por el acto”. DELGADO (2005) p. 33.

⁵ Ángeles Ródenas afirma que: “La validez formal se predicaría del acto que da lugar al resultado normativo, mientras que la validez material afectaría al contenido de tal resultado”. RÓDENAS (2007) p. 545.

⁶ A la misma conclusión arriban Orunesu, Rodríguez y Sucar: “La inconstitucionalidad de una norma entendida como formulación no interpretada concierne en sentido propio a un vicio formal en su promulgación (inconstitucionalidad formal). Análogamente, si se concibe a las normas como formulaciones interpretadas, su inconstitucionalidad sólo puede en sentido propio aludir a la incompatibilidad entre ellas y las disposiciones contenidas en la constitución (inconstitucionalidad material)” ORUNESU, RODRÍGUEZ, SUCAR (2001) p. 25.

⁷ En todo caso, el carácter de los vicios de competencia material es controvertida. Algunos autores, como Riccardo Guastini, conciben a la incompetencia material como un vicio material. Guastini entiende que las normas materiales sobre la producción jurídica son aquellas que, de manera diversa, limitan o incluso predeterminan el contenido de la futura normación, y comprende dentro de esta categoría aquellas: a) normas relativas al objeto de regulación de las diversas fuentes; y b) normas relativas al modo de regulación de los diversos objetos. Las primeras a su vez se subdividen en dos tipos: a) normas que circunscriben el objeto de una competencia normativa. Es decir, las normas que enumeran las materias sobre las que determinada fuente puede dictar normas y, de esta forma, circunscriben la competencia de la fuente en cuestión a las materias enumeradas; y b) normas que reservan una competencia normativa. Tales son las normas que reservan determinada materia a determinada fuente, de manera que ninguna otra fuente está autorizada a regular aquella materia. GUASTINI (2017) pp. 67-73.

Otros, como Ángeles Ródenas, consideran el vicio de incompetencia material como un vicio formal: “La interpretación que se lleva a cabo cuando se trata de determinar la competencia material no descende a juzgar la compatibilidad del contenido de la norma con el de otras normas superiores del sistema –como sucede cuando nos preocupa la validez material de la norma–, sino que sólo se preocupa de si el órgano en cuestión es competente para emitir una norma respecto de la materia de que se trate –con independencia de que su contenido sea acorde o no con otras normas del sistema–”. RÓDENAS (2007) p. 546.

rial que requieren del desarrollo de una actividad interpretativa más compleja que involucra necesariamente juicios normativos o juicios de valor, y como tales ni verdaderos ni falsos⁸.

En consecuencia, si el vicio de constitucionalidad formal no afecta la norma legal como formulación interpretada y puede verificarse o refutarse a través de simples averiguaciones de hechos, cabe plantear ¿Es necesario que se ejerza a su respecto un control concreto de constitucionalidad?

II. CONTROL CONCRETO

Una de las cuestiones centrales para comprobar la hipótesis propuesta en este trabajo es la naturaleza de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad como control concreto. Como punto de partida, cabe reconocer la dificultad de la conceptualización de dicho tipo de control, indeterminación que complejiza contrastar su efectivo ejercicio por el órgano encargado⁹.

Por varios años el Tribunal Constitucional intentó delinear en sus sentencias su nueva atribución de control posterior y concreto de los preceptos legales, afirmando las diferencias con el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, conocido anteriormente por la Corte Suprema como control abstracto¹⁰.

⁸ Jesús Delgado expone: “En el primer caso, basta con comprobar que se dan los hechos o actos que atribuyen la competencia y que el acto realizado por el sujeto es de la clase prevista en la norma de competencia; en el segundo hay que comparar normas, es decir enunciados normativos interpretados”. DELGADO (2005) p. 33.

⁹ Por ejemplo, autores como Eduardo Aldunate llaman la atención sobre la pluralidad de significados que se atribuyen a la categorización de “control concreto”, asunto que dificulta la comprensión de la institución, fundamentalmente en los primeros años de la institución radicada en el Tribunal Constitucional. ALDUNATE (2009) p. 7. La complejidad y poca atención al alcance del concepto “control concreto” también es anotada por Rodrigo Pica, quien cuestiona: “¿Es la inaplicabilidad un control de carácter concreto claramente configurado? ¿O bien es solo un aparente control concreto que en realidad solo está dotado del elemento incidental y debiera ser calificado de fronterizo?”. PICA (2009) p. 124.

La dificultad de articular bien la diferencia entre control concreto y abstracto fue reconocida temprana y casuísticamente por Javier Couso y Alberto Coddou. COUSO y CODDOU (2010) pp. 389-421.

El problema incluso ha llevado a algunos autores a afirmar que el artículo 93 N° 6 consagra dos acciones, distinguiendo entre inaplicabilidad impropia o abstracta que somete a juicio la ley misma, y otra propia o concreta, cuyo objeto es el caso de que el juez conoce. Tal es el caso de Ricardo Salas, quien precisa: “En la inaplicabilidad concreta, el Tribunal Constitucional controla preventivamente la constitucionalidad de una sentencia judicial y obra como juez de equidad correctiva. En la inaplicabilidad impropia controla la validez de un precepto legal y obra como legislador negativo singular”; sin embargo, no aborda expresamente los vicios de forma. SALAS (2018) p. 222.

En un trabajo reciente, Miriam Henríquez analiza el supuesto carácter concreto de la acción de inaplicabilidad y propone, con motivo del proceso constituyente 2021-2022, una distinción entre una acción de inaplicabilidad por los efectos inconstitucionales, que se ejerce como control concreto que recae en la inconstitucionalidad de la aplicación de un precepto legal; y una acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, que se ejerce como control abstracto respecto de un precepto legal inconstitucional y que en todos los casos que reciba aplicación producirá efectos inconstitucionales. HENRÍQUEZ (2022) p. 286.

¹⁰ Tribunal Constitucional, ARTÍCULO 416 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL, Rol N° 791 (2008); Tribunal Constitucional, ARTÍCULO 387 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL, Rol N° 821 (2008); Tribunal Constitucional, ARTÍCULO 387 DE LA LEY DE ISAPRES, Rol N° 976 (2008); Tribunal Constitucional, ARTÍCULO 474 DEL CÓDIGO DEL TRABAJO, Rol N° 946 (2008); Tribunal Constitucional, ARTÍCULO 474 DEL CÓDIGO DEL TRABAJO, Rol N° 968 (2008); Tribunal Constitucional, ARTÍCULO 21 DEL DECRETO LEY N° 2.186, Rol N° 1038 (2008); Tribunal Constitucional,

Reiteradas decisiones del Tribunal Constitucional¹¹ aseveraron que la acción de inaplicabilidad supone: a) Una decisión jurisdiccional que recae en la conformidad o contrariedad con la Constitución que la aplicación del precepto legal puede tener en cada caso concreto, destacando que se trata de un control de constitucionalidad de la aplicación del precepto legal y no del precepto mismo¹²; b) Un fallo que no recae en la contradicción abstracta y universal del precepto legal con la normativa constitucional¹³; c) Que la declara-

ARTÍCULO 387 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL, Rol Nº 1130 (2008); Tribunal Constitucional, ARTÍCULO 416 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL, Rol Nº 1314 (2009); Tribunal Constitucional, ARTÍCULOS 3º y 4º DEL DECRETO LEY Nº 1.757, de 1977, Rol Nº 1295 (2009); Tribunal Constitucional, ARTÍCULOS 230, 231, 237 y 240 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL, Rol Nº 1445 (2010); Tribunal Constitucional, ARTÍCULO 53 DEL CÓDIGO TRIBUTARIO, Rol Nº 1951 (2012); Tribunal Constitucional, ARTÍCULO 53 DEL CÓDIGO TRIBUTARIO, Rol Nº 1952 (2012).

¹¹ La presente muestra de sentencias se realiza en base a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del siguiente modo: a) Desde el motor de búsqueda avanzada de Vlex Chile; b) Por el periodo 2006 al 2022, esto es desde que comenzaron a resolverse las acciones de inaplicabilidad por el Tribunal Constitucional tras la reforma constitucional de 2005; c) A partir de sentencias que caracterizan y comparan la acción de inaplicabilidad con la acción de inconstitucionalidad; d) Con los siguientes criterios de búsqueda: como parámetro general los sintagmas ‘acción de inaplicabilidad’ y ‘acción de inconstitucionalidad’; como parámetros exactos, los sintagmas ‘control concreto’, ‘en sí misma/o inconstitucional’ y ‘universal y abstracta’, por ser estas las frases más utilizadas en la particularización bajo análisis.

Del examen realizado se observa que la mayor cantidad de sentencias se concentran entre los años 2006 a 2012, espaciándose de 2012 en adelante. A lo largo del periodo analizado se mantiene la caracterización de la acción de inaplicabilidad como control concreto en oposición al carácter abstracto de la acción de inconstitucionalidad.

¹² Tribunal Constitucional, ARTÍCULO 30 DEL DECRETO LEY Nº 3.538, Rol Nº 546 (2006); Tribunal Constitucional, LEY Nº 17.235 Y LEY Nº 20.033, Rol Nº 773 (2007); Tribunal Constitucional, ARTÍCULO 96 DEL CÓDIGO DE MINERÍA, Rol Nº 741 (2007); Tribunal Constitucional, ARTÍCULO 96 DEL CÓDIGO DE MINERÍA, Roles Nº 608-609-610-611 y 612 (2007); Tribunal Constitucional, ARTÍCULO 96 DEL CÓDIGO DE MINERÍA, Rol Nº 623 (2007); Tribunal Constitucional, ARTÍCULO 96 DEL CÓDIGO DE MINERÍA, Rol Nº 589 (2007); Tribunal Constitucional, ARTÍCULO 96 DEL CÓDIGO DE MINERÍA, Rol Nº 588 (2007); Tribunal Constitucional, ARTÍCULO 416 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL, Rol Nº 596 (2007); Tribunal Constitucional, ARTÍCULO 96 DEL CÓDIGO DE MINERÍA, Rol Nº 517 (2007); Tribunal Constitucional, ARTÍCULO 96 DEL CÓDIGO DE MINERÍA, Rol Nº 473 (2007); Tribunal Constitucional, ARTÍCULOS 3º y 4º DEL DECRETO LEY Nº 1.757, DE 1977, Rol Nº 1295 (2009); Tribunal Constitucional, ARTÍCULOS 230, 231, 237 Y 240 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL, Rol Nº 1445 (2010); Tribunal Constitucional, ARTÍCULO 53 DEL CÓDIGO TRIBUTARIO, Rol Nº 1951 (2012); Tribunal Constitucional, ARTÍCULO 53 DEL CÓDIGO TRIBUTARIO, Rol Nº 1952 (2012); Tribunal Constitucional, ARTÍCULO 16 B DE LA LEY Nº 18.410, Rol Nº 2.161 (2013); Tribunal Constitucional, ARTÍCULO 5º DE LA LEY Nº 20.285, Rol Nº 2.246 (2013); Tribunal Constitucional, ARTÍCULO 416 INCISO 3 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL, Rol Nº 2.805 (2015); Tribunal Constitucional, ARTÍCULO 2º DEL DECRETO LEY Nº 3.643 Y 4º DEL DECRETO LEY Nº 2.067, Rol Nº 12.345 (2022).

¹³ Tribunal Constitucional, ARTÍCULO 30 DEL DECRETO LEY Nº 3.538, Rol Nº 546 (2006); Tribunal Constitucional, ARTÍCULO 96 DEL CÓDIGO DE MINERÍA, Rol Nº 473 (2007); Tribunal Constitucional, ARTÍCULO 96 DEL CÓDIGO DE MINERÍA, Rol Nº 517 (2007); Tribunal Constitucional, ARTÍCULO 416 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL, Rol Nº 596 (2007). ARTÍCULO 96 DEL CÓDIGO DE MINERÍA, Rol Nº 588 (2007). ARTÍCULO 96 DEL CÓDIGO DE MINERÍA, Rol Nº 589 (2007); Tribunal Constitucional, ARTÍCULO 96 DEL CÓDIGO DE MINERÍA, Rol Nº 623 (2007); Tribunal Constitucional, ARTÍCULO 96 DEL CÓDIGO DE MINERÍA, Roles Nº 608-609-610-611 y 612 (2007); Tribunal Constitucional, ARTÍCULO 96 DEL CÓDIGO DE MINERÍA, Rol Nº 741 (2007); Tribunal Constitucional, ARTÍCULO 416, DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL, Rol Nº 791 (2008); Tribunal Constitucional, ARTÍCULO 474 DEL CÓDIGO DEL TRABAJO, Rol Nº 946 (2008); Tribunal Constitucional, ARTÍCULO 474 DEL CÓDIGO DEL TRABAJO, Rol Nº 968 (2008); Tribunal Constitucional, ARTÍCULO 21 DEL DECRETO LEY Nº 2.186, DE 1978, Rol Nº 1038, (2008); Tribunal Constitucional, ARTÍCULOS 3º y 4º DEL DECRETO LEY Nº 1.757, DE 1977, Rol Nº 1295 (2009); Tribunal Constitucional, ARTÍCULO 53 DEL CÓDIGO TRIBUTARIO, Rol Nº 1951 (2012); Tribunal Constitucional, ARTÍCULO 53 DEL CÓDIGO TRIBUTARIO, Rol Nº 1952 (2012); Tribunal Constitucional,

ción de inaplicabilidad de un precepto legal no significa que éste sea en sí mismo inconstitucional, sino que solo lo es en el caso concreto en el cual se formula el requerimiento¹⁴; d) Que el juicio de inaplicabilidad no puede prescindir del análisis de los hechos que estructuran la gestión pendiente, destacando que las características y circunstancias del caso concreto adquieren una relevancia mayor de la que se atribuía antes de la reforma constitucional de 2005¹⁵; e) Que la acción de inaplicabilidad se diferencia de la acción de inconstitucionalidad, en que la segunda requiere de una completa, abstracta y universal contradicción del precepto legal con la Constitución¹⁶.

ARTÍCULO 456 DEL CÓDIGO CIVIL Y ARTÍCULO 4° DE LA LEY N° 18.600, Rol N° 2.703 (2016); Tribunal Constitucional, ARTÍCULO 248 LETRA C) DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL, Rol N° 6.222 (2019); Tribunal Constitucional, ARTÍCULO 29 DEL DL N° 3.538, Rol N° 2.922 (2016); Tribunal Constitucional, ARTÍCULO 395 BIS EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 393 Y 390 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL, Rol N° 3.731 (2019); Tribunal Constitucional, ARTÍCULO 113 INCISO 4, SEGUNDA PARTE, DEL DFL N° 1 DEL MINISTERIO DE SALUD, 2005, EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 121 N° 11 DEL MISMO TEXTO LEGAL, Rol N° 5.731 (2019); Tribunal Constitucional, ARTÍCULO 2° DEL DECRETO LEY N° 3.643 Y 4° DEL DECRETO LEY N° 2.067, Rol N° 12.345 (2022).

¹⁴ Tribunal Constitucional, ARTÍCULO 30 DEL DECRETO LEY N° 3.538, Rol N° 546 (2006); Tribunal Constitucional, LEY N° 17.235 Y LEY N° 20.033, Rol N° 773 (2007); Tribunal Constitucional, ARTÍCULO 96 DEL CÓDIGO DE MINERÍA, Rol 473 (2007); Tribunal Constitucional, ARTÍCULO 96 DEL CÓDIGO DE MINERÍA, Rol N° 517 (2007); Tribunal Constitucional, ARTÍCULO 416 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL, Rol N° 596 (2007); Tribunal Constitucional, ARTÍCULO 96 DEL CÓDIGO DE MINERÍA, Rol N° 588 (2007); Tribunal Constitucional, ARTÍCULO 96 DEL CÓDIGO DE MINERÍA, Rol N° 589 (2007); Tribunal Constitucional, ARTÍCULO 96 DEL CÓDIGO DE MINERÍA, Rol N° 623 (2007); Tribunal Constitucional, ARTÍCULO 96 DEL CÓDIGO DE MINERÍA, Roles N° 608-609-610-611 y 612 (2007); Tribunal Constitucional, ARTÍCULO 5° DE LA LEY N° 20.285, Rol N° 2.246 (2013); Tribunal Constitucional, ARTÍCULO 29 DEL DL N° 3.538, Rol N° 2.922 (2016).

¹⁵ Tribunal Constitucional, LEY N° 17.235 Y LEY N° 20.033, Rol N° 773 (2007); Tribunal Constitucional, ARTÍCULO 96 DEL CÓDIGO DE MINERÍA, Rol 473 (2007); Tribunal Constitucional, ARTÍCULO 96 DEL CÓDIGO DE MINERÍA, Rol N° 517 (2007); Tribunal Constitucional, ARTÍCULO 416 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL, Rol N° 596 (2007); Tribunal Constitucional, ARTÍCULO 96 DEL CÓDIGO DE MINERÍA, Rol N° 588 (2007); Tribunal Constitucional, ARTÍCULO 96 DEL CÓDIGO DE MINERÍA, Rol N° 589 (2007); Tribunal Constitucional, ARTÍCULO 96 DEL CÓDIGO DE MINERÍA, Rol N° 623 (2007); Tribunal Constitucional, ARTÍCULO 96 DEL CÓDIGO DE MINERÍA, Roles N° 608-609-610-611 y 612 (2007); Tribunal Constitucional, ARTÍCULO 96 DEL CÓDIGO DE MINERÍA, Rol N° 741 (2007); Tribunal Constitucional, ARTÍCULO 416, DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL, Rol N° 791 (2008); Tribunal Constitucional, ARTÍCULO 474 DEL CÓDIGO DEL TRABAJO, Rol N° 946 (2008); Tribunal Constitucional, ARTÍCULO 474 DEL CÓDIGO DEL TRABAJO, Rol N° 968 (2008); Tribunal Constitucional, ARTÍCULOS 3° Y 4° DEL DECRETO LEY N° 1.757, DE 1977, Rol N° 1295 (2009); Tribunal Constitucional, ARTÍCULOS 230, 231, 237 Y 240 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL, Rol N° 1445 (2010); Tribunal Constitucional, ARTÍCULO 9° DE LA LEY N° 18.689, Rol N° 2.683 (2015); Tribunal Constitucional, ARTÍCULO 416 INCISO 3 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL, Rol N° 2.805 (2015).

¹⁶ Tribunal Constitucional, ARTÍCULO 30 DEL DECRETO LEY N° 3.538, Rol N° 546 (2006); Tribunal Constitucional, LEY N° 17.235 Y LEY N° 20.033, Rol N° 773 (2007); Tribunal Constitucional, ARTÍCULO 21 DEL DECRETO LEY N° 2.186, Rol N° 1038 (2008); Tribunal Constitucional, ARTÍCULO 5° DE LA LEY N° 20.285, Rol N° 2.246 (2013); Tribunal Constitucional, ARTÍCULO 416 INCISO 3 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL, Rol N° 2.805 (2015); Tribunal Constitucional, ARTÍCULO 2° DEL DECRETO LEY N° 3.643 Y 4° DEL DECRETO LEY N° 2.067, Rol N° 12.345 (2022).

Respecto a esta última sentencia estimatoria de inconstitucionalidad, resuelta en virtud del artículo 93 N°7 de la Constitución Política, el Tribunal Constitucional compara la acción de inaplicabilidad y la acción de inconstitucionalidad en base a los criterios sostenidos desde 2006. Así expresa: “Que el juicio de inconstitucionalidad expresa una comparación abstracta de dos normas de distinto rango, para constatar su manifiesta incompatibilidad. La ilegitimidad constitucional del precepto legal emana de su propio enunciado, sin referencia a una situación singular. La sentencia estimatoria de inconstitucionalidad, que excluye el precepto del ordenamiento jurídico, produce efectos generales. En la inaplicabilidad, por el contrario, la decisión jurisdiccional ha de recaer

Como se advierte, el Tribunal Constitucional estima que la acción de inaplicabilidad tiene un carácter concreto, que supone verificar si la aplicación del precepto legal produce efectos contrarios a la Constitución y no examinar la constitucionalidad del precepto mismo. Por ello, a juicio del órgano de justicia constitucional, cobra especial relevancia el análisis de los hechos, las características y circunstancias de la gestión pendiente que sirven de base al requerimiento.

En un sentido coincidente, tras la reforma constitucional de 2005, la doctrina constitucional mayoritaria sostiene el carácter concreto de esta acción, siendo señero el artículo del año 2007 del profesor Lautaro Ríos¹⁷, citado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional¹⁸. En lo que la doctrina coincide es que la reforma constitucional de 2005 supuso un cambio sustancial en la “naturaleza” o en la “fisonomía” del recurso de inaplicabilidad. La diferencia estribaría en que el otrora recurso de inaplicabilidad fue un control abstracto entre el precepto legal y la norma constitucional¹⁹. Mientras que la acción de inaplicabilidad supone un control concreto, más precisamente un control de la constitucionalidad de la aplicación del precepto legal a un caso particular²⁰.

En el control concreto es relevante no solo qué se controla, sino cómo se controla. Respecto a lo primero, y cómo se vio, el órgano de justicia constitucional estima que la acción de inaplicabilidad no versa sobre un vicio de la norma, sino en los efectos de su aplicación. Con relación a lo segundo, el Tribunal Constitucional debe verificar: a) La existencia de una gestión pendiente en que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo, siendo el caso el ámbito del control; y 2) Si la posible aplicación del precepto legal produce efectos inconstitucionales en ese caso, siendo éste el parámetro de control de cons-

en la conformidad o contrariedad con la Constitución que la aplicación de la norma impugnada puede tener en el caso concreto y no, necesariamente, en su contradicción abstracta y universal con la preceptiva constitucional. Los efectos de la resolución son relativos y conciernen a las partes del juicio o gestión en que inciden. De lo expuesto se sigue que no existe una relación causal entre ambos juicios –de inaplicabilidad e inconstitucionalidad–, en términos que la inaplicación de un precepto provoque necesariamente su inconstitucionalidad. Perfectamente una disposición declarada inaplicable puede ser constitucional en abstracto y resultar aplicable en otros casos” (considerando sexto).

¹⁷ El artículo de Lautaro Ríos resumidamente señala sobre el control concreto: a) La inaplicabilidad cumple la función de impedir que la parte que la invoca en el caso concreto del que conoce un tribunal, se vea afectada por un precepto legal cuya aplicación a ese caso particular resulte evidentemente contraria a la Constitución y sus fines; b) En la inaplicabilidad comparecen tres elementos de cotejo necesarios para su decisión: la norma constitucional, el precepto legal cuya inaplicación se solicita, y el examen particular acerca de si, en ese caso, la aplicación del precepto cuestionado pudiera generar efectos opuestos a la finalidad implícita de aquélla; y c) El procedimiento de la inaplicabilidad exige siempre el examen del caso particular y de la manera en que la aplicación a ese caso de la norma legal cuestionada, puede vulnerar la Constitución. RÍOS (2005) pp. 77-78.

¹⁸ ARTÍCULO 416 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL, ROL N° 478 (2006). ARTÍCULO 416, DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL, ROL N° 529 (2006). ARTÍCULO 387 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL, ROL N° 821 (2008).

¹⁹ Una base para esa conclusión es el propio texto constitucional que actualmente señala: “precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución”. La versión de la Constitución sin la reforma expresaba: “precepto legal contrario a la Constitución”.

²⁰ SAENGER (2009) p. 281; ZUÑIGA (2010) p. 372; PICA (2013) p. 23; COLOMBO (2013) p. 243; GÓMEZ (2013) p. 36; LÜBBERT (2014) p. 381, VALENZUELA (2019) p. 58, entre otros.

titucionalidad²¹. Corresponde constatar si este segundo elemento comparece, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, cuando el vicio de constitucionalidad invocado es uno de forma.

III. ÁMBITO DE CONTROL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Respecto a la procedencia de la acción de inaplicabilidad por vicios de forma, la doctrina chilena parece aceptar su procedencia, fundada principalmente en que: a) El artículo 93 N° 6 y 7 de la Constitución Política no distingue entre vicios de fondo y forma; b) La reforma constitucional de 2005 habría superado la doctrina sostenida por la Corte Suprema hasta 2005, es decir la incompetencia para declarar la inaplicabilidad por vicios de forma; c) Algún órgano debe ejercer el control de constitucionalidad de los vicios de forma y ese órgano, por mandato de la Constitución luego de la reforma constitucional de 2005, sería el Tribunal Constitucional; y d) Considerar sólo los vicios de fondo produciría un vacío inconsistente con el principio de supremacía constitucional²².

Sin embargo, ciertos autores, sostienen su improcedencia o aducen que el carácter concreto de la acción de inaplicabilidad se pierde cuando se trata de vicios de forma. En términos generales, estos autores plantean los siguientes cuestionamientos y reparos: a) El carácter concreto de la acción de inaplicabilidad decae cuando versa sobre vicios de forma, difuminándose la distinción entre control concreto y control abstracto de constitucionalidad²³; b) Los vicios de forma de una norma legal requieren más un análisis de la historia de la ley que de las circunstancias de su aplicación al caso concreto y sus posibles efectos inconstitucionales²⁴; y c) Los efectos de la declaración de inaplicabilidad se generalizan²⁵.

Por su parte, el Tribunal Constitucional ha expresado en diferentes sentencias que: a) Tiene la facultad de resolver la acción de inaplicabilidad por motivos de forma o de

²¹ En un sentido coincidente Rodrigo Pica explica lo que denomina la doble relación del caso: “El caso particular constituye un marco y, al mismo tiempo, parte del parámetro de juzgamiento, en la medida que la aplicación del precepto debe producir un resultado contrario a la Constitución dentro del proceso *a quo*, lo que solo podrá ocurrir en el marco de dictación de resoluciones judiciales en el mismo, lo traslada gran parte del examen de constitucionalidad al acto de aplicación y/o a sus efectos, constituyendo entonces un control de aplicación de preceptos en el cual concurre la doble relación del objeto controlado con el caso concreto al tener que evaluar si la aplicación en el caso concreto produce o no un resultado inconstitucional”. PICA (2009) 126.

²² RUBANO (1996) pp. 85-98; BULNES (2005) p. 39; NOGUEIRA, 2006, p. 252; ZUÑIGA y VEGA (2006) p. 170; CEA (2007) p. 225; PEÑA (2009) p. 413; VALENZUELA (2019) p. 59; SALEM (2022) p. 255.

²³ Así, Valeria Lübbert explica que, al analizar un vicio de forma en sede de inaplicabilidad, el Tribunal Constitucional se estará pronunciado sobre la ley en abstracto, con total prescindencia de las circunstancias del caso e instrumentalizándolo para emitir un pronunciamiento de carácter general. LÜBBERT (2014) p. 383. En el mismo sentido, RIVAS (2013) p. 136.

²⁴ Sergio Verdugo expresa que un control demasiado cercano a la causa particular y a la aplicación judicial del precepto impugnado no se condice con la naturaleza de los vicios de forma, que se acerca más a la historia legislativa de la ley y se aleja del contenido normativo que el juez del caso está llamado a aplicar. VERDUGO (2010) p. 109.

²⁵ Manuel Núñez constata, del análisis de la jurisprudencia inicial del Tribunal Constitucional, que la acción de inaplicabilidad deja de ser un control concreto cuando examina un vicio de forma debido a la menor incidencia del caso y de sus hechos, y que la declaración de inaplicabilidad adquiere una dimensión más general. NÚÑEZ (2007) p. 157. En el mismo sentido se refieren CAZOR y PICA (2009) p. 31.

fondo²⁶; b) Su atribución para conocer ambos tipos de vicio se colige de la historia de la reforma constitucional de 2005²⁷ y que el artículo 93 N° 6 no diferencia entre vicios de constitucionalidad de forma y fondo²⁸; c) La acción de inaplicabilidad no supone enjuiciar el mérito de la regulación legal; y d) Corresponde analizar primeramente los vicios de forma y luego los vicios de fondo, porque aquellos afectan la existencia misma de la ley²⁹.

²⁶ Tribunal Constitucional, ARTÍCULO 30 DEL DECRETO LEY N° 3.538, Rol N° 546 (2006); Tribunal Constitucional, ARTÍCULO 96 DEL CÓDIGO DE MINERÍA, Roles N° 608-609-610-611 y 612 (2007); Tribunal Constitucional, ARTÍCULO 96 DEL CÓDIGO DE MINERÍA, Rol 473 (2007); Tribunal Constitucional, ARTÍCULO 96 DEL CÓDIGO DE MINERÍA, Rol N° 517 (2007); Tribunal Constitucional, ARTÍCULO 416 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL, Rol N° 596 (2007); Tribunal Constitucional, ARTÍCULO 96 DEL CÓDIGO DE MINERÍA, Rol N° 588 (2007); Tribunal Constitucional, ARTÍCULO 96 DEL CÓDIGO DE MINERÍA, Rol N° 589 (2007); Tribunal Constitucional, ARTÍCULO 96 DEL CÓDIGO DE MINERÍA, Rol N° 623 (2007); Tribunal Constitucional, ARTÍCULO 96 DEL CÓDIGO DE MINERÍA, Rol N° 741 (2007); Tribunal Constitucional, ARTÍCULO 416 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL, Rol N° 791 (2008); Tribunal Constitucional, ARTÍCULO 387 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL, Rol N° 821 (2008); Tribunal Constitucional, ARTÍCULO 387 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL, Rol N° 1130 (2008); Tribunal Constitucional, ARTÍCULO 38 TER DE LA LEY DE ISAPRES, Rol N° 976 (2008); Tribunal Constitucional, ARTÍCULO 474 DEL CÓDIGO DEL TRABAJO, Rol N° 946 (2008); Tribunal Constitucional, ARTÍCULO 474 DEL CÓDIGO DEL TRABAJO, Rol N° 968 (2008); Tribunal Constitucional, ARTÍCULO 21 DEL DECRETO LEY N° 2.186, Rol N° 1038 (2008); Tribunal Constitucional, ARTÍCULO 149 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL, Rol N° 1065 (2008); Tribunal Constitucional, ARTÍCULO 595 DEL CÓDIGO ORGÁNICO DE TRIBUNALES, Rol N° 1140 (2009); Tribunal Constitucional, ARTÍCULO 38 TER DE LA LEY DE ISAPRES, Rol N° 1218 (2009); Tribunal Constitucional, ARTÍCULO 416 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL, Rol N° 1314 (2009); Tribunal Constitucional, ARTÍCULOS 3° Y 4° DEL DECRETO LEY N° 1.757, DE 1977, Rol N° 1295 (2009); Tribunal Constitucional, ARTÍCULOS 230, 231, 237 Y 240 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL, Rol N° 1445 (2010); Tribunal Constitucional, ARTÍCULO 53 DEL CÓDIGO TRIBUTARIO, Rol N° 1951 (2012); Tribunal Constitucional, ARTÍCULO 53 DEL CÓDIGO TRIBUTARIO, Rol N° 1952 (2012).

El órgano de justicia constitucional categóricamente sostuvo en una serie de sentencias de 2022, todas en el considerando décimo, la pertinencia de la acción de inaplicabilidad para conocer los vicios de forma: “[...] no procede sostener que la infracción de las referidas normas sobre “formación” de la ley no incidiría en su “aplicación” y que, por tanto, la normativa cuestionada quedaría a salvo o por solo ello inmunizada de una ulterior acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad”. Tribunal Constitucional, ARTÍCULO ÚNICO, INCISOS DOCE, TRECE Y CATORCE, DE LA LEY N° 21.330, Rol N° 11.230, 11.559, 11.560, 11.683 (2022).

²⁷ Bajo el Rol N° 1191 de 2009, el órgano de justicia constitucional aludió a la historia de la reforma constitucional de 2005 y, a partir del considerando noveno, mencionó la discusión del proyecto en el Senado y la mención expresa que quedó signada sobre la procedencia de la acción por motivos de forma o fondo. Acuerdo que fue eliminado por la Cámara de Diputados sin que –según el relato del Tribunal Constitucional– se dejara testimonio del fundamento tenido a la vista para ello. Según la sentencia en comento, la interpretación de la historia de la tramitación legislativa de la ley 20.050 fue “consolidar un sistema de control de constitucionalidad más amplio y concentrado que el existente”. Tribunal Constitucional, ARTÍCULO 137 DE LEY GENERAL DE SERVICIOS ELÉCTRICOS, Rol N° 1191 (2009).

²⁸ En el considerando décimo quinto de la sentencia Rol N° 3.248, el Tribunal Constitucional reafirmó su competencia para examinar la “inconstitucionalidad de forma” de un precepto legal en el control posterior: “Ello, porque el artículo 93, inciso primero, N° 6 de la Carta Fundamental no distingue al señalar que la aplicación del precepto impugnado resulte contraria a la Constitución, lo que necesariamente conlleva que, en esta materia, este sentenciador está llamado a efectuar un resguardo integral del principio de supremacía constitucional, tanto desde el punto de vista del proceso de formación de la ley cuanto de una infracción sustantiva a la Ley Suprema”. Tribunal Constitucional, ARTÍCULO 12, N° 1, LETRA D) DE LA LEY 19.253, Rol N° 3.248 (2018).

²⁹ Respecto al orden en que corresponde conocer los vicios de constitucionalidad alegados por el requirente, las sentencias Rol N° 473, 517, 535, todos en el considerando décimo cuarto, señalaron que planteados vicios de forma y fondo corresponde “analizar primeramente los presuntos vicios formales”. La razón que esgrime el tribunal para abordarlos en primer término es la existencia misma del precepto legal: “de estar viciado en su formación el precepto legal impugnado no sería tal y deberá acogerse el requerimiento por lo que carecerá de utilidad

Los requerimientos de inaplicabilidad que ha resuelto el Tribunal Constitucional versan –según la tipología propuesta– sobre vicios de incompetencia formal, vicios de incompetencia material y vicios de procedimiento, es decir todo el abanico de infracciones constitucionales anticipado en el segundo apartado de este trabajo³⁰.

Respecto a los vicios de incompetencia formal, en el año 2022 el Tribunal Constitucional acogió cuatro de siete requerimientos planteados por haberse establecido –a su juicio– como reforma constitucional un asunto que debía regularse como ley. De modo que se habría soslayado la atribución del Presidente de la República de iniciar los proyectos de ley que regulen materias de seguridad social, toda vez que fueron iniciados por moción parlamentaria. Con ello se habría infringido el artículo 65 inciso cuarto de la Constitución inciso sexto³¹. Como se observa, el vicio alegado es que una autoridad distinta de la establecida constitucionalmente se arrogó la iniciativa de un proyecto de ley, en los términos previstos en el artículo 65 de la Constitución.

Con relación a los vicios de incompetencia material, el órgano de justicia constitucional se ha pronunciado en los siguientes casos: a) Una actividad del Estado no habría sido calificada por el legislador como empresarial, y por ende no autorizada por ley de quórum

analizar, además, las inconstitucionalidades de fondo de que pudo adolecer”. Tribunal Constitucional, ARTÍCULO 96 DEL CÓDIGO DE MINERÍA, Rol N° 473 (2007); Tribunal Constitucional, ARTÍCULO 96 DEL CÓDIGO DE MINERÍA, Rol N° 517 (2007); Tribunal Constitucional, ARTÍCULO 96 DEL CÓDIGO DE MINERÍA, Rol N° 535 (2007).

^En el mismo sentido, el órgano de justicia constitucional expresó que es “práctica invariable” plantear las cuestiones de forma antes que las de fondo, “pues de estar viciado en su formación, el precepto legal no será tal”. Tribunal Constitucional, ARTÍCULO 238 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL Y ARTÍCULO 32 DE LA LEY ORGÁNICA CONSTITUCIONAL DE MUNICIPALIDADES, Rol N° 1145 (2009).

³⁰ Cabe resaltar dos propuestas doctrinarias de sistematización de vicios de forma. La primera realizada por Sebastián Soto, a propósito de los vicios de forma que se extraen de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional con motivo del control previo de constitucionalidad. El autor distingue los vicios vinculados con: a) el contenido del proyecto (ideas matrices, iniciativa); las votaciones (quórum, forma de votación de los proyectos de ley); b) el procedimiento legislativo (admisibilidad e inadmisibilidad, informes de la Corte Suprema, reglas del veto, nuevos gastos y fuente de los recursos); c) los procedimientos una vez despachado el proyecto del Congreso (promulgación de proyectos de ley, recepción de la sentencia del Tribunal Constitucional). SOTO (2020) pp. 136-137.

Una casuística semejante a la propuesta en este trabajo, más no la tipología, es planteada por Enrique Navarro, quien expresa: “El Tribunal Constitucional ha analizado la situación particularmente en relación con inaplicabilidades vinculados con preceptos que no habrían sido aprobados por el quórum orgánico constitucional, los que en general han sido desechados. También los ha habido respecto de preceptos revisados preventivamente por el Tribunal Constitucional. Los vicios formales podrían también tener relación respecto de vicios asociados a la falta de consulta a órganos durante la tramitación de la ley (por ejemplo, la Corte Suprema), infracción a la reserva legal y limitaciones al decreto con fuerza de ley, y, en general, incumplimientos al quórum de aprobación. NAVARRO (2020) p. 64.

Por su parte, el Tribunal Constitucional tiene su tipología que se resume en la sentencia Rol N° 1443: “Solo cuando el Parlamento exceda su ámbito de competencia, infringiendo los márgenes contemplados en la Constitución, o violente el proceso de formación de la ley, el Tribunal Constitucional puede intervenir para reparar los vicios de inconstitucionalidad en que éste haya incurrido”. Tribunal Constitucional, ARTÍCULOS 364, 372 A 387 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL, Rol N° 1443 (2010) (considerando décimo cuarto).

³¹ Tribunal Constitucional, ARTÍCULO ÚNICO, INCISOS DOCE, TRECE Y CATORCE, DE LA LEY N° 21.330, Rol N° 11.230, 11.559, 11.560, 11.683 (2022). Acordada con el voto en contra de los ministros García Pino, Pica Flores y de la Ministra Silva Gallinato, quienes concluyen que las alegaciones de vicios de constitucionalidad de forma carecen de asidero pues no existe iniciativa exclusiva del Presidente en materia de reformas constitucionales, como sí lo existe en el caso de normas de rango simplemente legal.

calificado en los términos del artículo 19 N° 21, inciso segundo, de la Constitución, sino regulada por ley simple³²; b) Un asunto que estaría vedado a la regulación por decreto con fuerza de ley fue regulado por este tipo de fuente³³; c) Una normativa que tipificaría conductas punibles y establecería sanciones no fue regulada por la ley en sentido estricto, sino por un decreto con fuerza de ley³⁴; d) Una materia que debería ser regulada por una ley orgánica constitucional, fue regulada por un decreto ley³⁵; e) Una materia que debería ser regulada por una ley orgánica constitucional, fue regulada por ley simple³⁶. Cabe aclarar que se trata de una sistematización de las decisiones sobre este tipo de vicios, que no significa que el Tribunal Constitucional se haya pronunciado aceptando la tesis sobre los vicios de incompetencia material.

En síntesis, los casos de incompetencia material han recaído en la infracción al ámbito material reservado por la Constitución a la ley, de conformidad con el artículo 63; a los distintos tipos de ley, según lo dispuesto por el artículo 66; y a los decretos con fuerza de ley del artículo 64 de la Carta.

Con relación a los vicios de procedimiento, destacan los casos en que: a) Se omitió el control previo y obligatorio de constitucionalidad que correspondería a un asunto materia de ley orgánica constitucional³⁷; b) Una norma, que incidiría en atribuciones de los tribunales de justicia, no cumplió el trámite de oír previamente a la Corte Suprema³⁸; y c) No se dictó una ley delegatoria de facultades, en circunstancias que se requería para la generación de un decreto con fuerza de ley o se habrían excedido los límites fijados por la ley delegatoria³⁹.

En general, los casos de vicios de procedimiento consisten en la omisión de los siguientes trámites: a) El control previo de constitucionalidad, previsto en el artículo 93 N° 1 de la Constitución; b) Oír previamente a la Corte Suprema, tal como lo exige el artí-

³² Tribunal Constitucional, ARTÍCULO 23 DE LA LEY N° 19.542, Rol N° 467 (2006).

³³ Tribunal Constitucional, ARTÍCULO 3° DE LEY ORGÁNICA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DEL TERRITORIO MARÍTIMO Y DE MARINA MERCANTE, Rol N° 2784 (2016).

³⁴ Tribunal Constitucional, ARTÍCULO 22° DEL DFL N° 707, SOBRE CUENTAS CORRIENTES BANCARIAS Y CHEQUES, Rol N° 3141 (2016); y Tribunal Constitucional, ARTÍCULO 22° DEL DFL N° 707, SOBRE CUENTAS CORRIENTES BANCARIAS Y CHEQUES, Rol N° 3199 (2017).

³⁵ Tribunal Constitucional, ARTÍCULO 11 DEL DECRETO LEY N° 799, DE 1974, Rol N° 796 (2007).

³⁶ Tribunal Constitucional, ARTÍCULO 96 DEL CÓDIGO DE MINERÍA, Rol N° 473, 517, 535, 588, 589, 608-609-610-611-612, 623 y 741 (2007); y Tribunal Constitucional, ARTÍCULO 96 DEL CÓDIGO DE MINERÍA, Rol N° 1068, 1148, 1149, 1174, 1175, 1176, 1177, 1178, 1179, 1180, 1181 (2009).

³⁷ Los requerimientos de inaplicabilidad que impugnaron el artículo 96 del Código de Minería también plantearon un vicio de procedimiento, que sería la omisión del control previo de constitucionalidad. Ver las sentencias Rol N° 473, 517, 535, 588, 589, 608-609-610-611-612, 623 y 741, todas del Tribunal Constitucional. Así también, Tribunal Constitucional, ARTÍCULO 238 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL Y ARTÍCULO 32 DE LA LEY ORGÁNICA CONSTITUCIONAL DE MUNICIPALIDADES, rol N° 1145 (2009); Tribunal Constitucional, ARTÍCULO 41 N°5 DE LEY DE RENTAS MUNICIPALES, Rol N° 2841 (2016); Tribunal Constitucional, ARTÍCULO 12, N° 1, LETRA D) DE LA LEY 19.253, Rol N° 3248 (2018).

³⁸ Tribunal Constitucional, ARTÍCULO 238 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL Y ARTÍCULO 32 DE LA LEY ORGÁNICA CONSTITUCIONAL DE MUNICIPALIDADES, Rol N° 1145 (2009).

³⁹ Tribunal Constitucional, ARTÍCULO 2°, N° 2 DEL DFL N° 1, QUE FIJÓ EL ESTATUTO ORGÁNICO DEL SERVICIO DE TESORERÍAS Y ARTÍCULOS 170, 171, 172, 173, 174, 177, 178, 190, 193, Y 179 DEL CÓDIGO TRIBUTARIO, Rol N° 3297 (2017).

culo 77 de la Constitución; y c) La delegación de facultades legislativas por medio de una ley habilitante, según lo exigido por el artículo 64 inciso primero de la Carta Fundamental.

En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el caso más frecuente corresponde a los requerimientos de constitucionalidad del artículo 96 del Código de Minería⁴⁰. Los requerimientos planteados señalan que esta regulación se contrapone con los artículos 19 N° 24 inciso séptimo, 93 N° 1 y 94, inciso segundo de la Constitución, en cuanto el artículo 96 acarrea la extinción de la propiedad minera en circunstancias que la misma Carta reserva a la ley orgánica constitucional la regulación de las causales de extinción de la concesión, siendo el Código de Minería, que las regula, una ley simple. Además, se habría omitido el control previo de constitucionalidad que pesa sobre los proyectos de ley orgánica constitucional.

En el conjunto de sentencias de 2007 como de 2009 relativas al artículo 96 del Código en comento, el Tribunal trató esta inconstitucionalidad como “vicios de forma o competencias” y realizó un análisis con base en: a) Un examen conjunto y sistemático de las normas constitucionales que regulan el régimen de la minería nacional, esto es, el inciso sexto al décimo del N° 24 del artículo 19, y las disposiciones transitorias segunda y tercera de la Carta Fundamental, distinguiendo entre derechos mineros antiguos y nuevos; y b) Una interpretación concordante con la jurisprudencia previa de los fallos Rol N° 10, 17 y 256 del mismo órgano y; c) Las actas de la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución.

Como se observa en este y otros casos, el análisis de los vicios de forma en sede de inaplicabilidad se realiza considerando: a) La historia de la norma legal⁴¹; b) La historia de la Constitución, en particular las actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución; y c) La jurisprudencia del propio Tribunal Constitucional. Ninguno de estos elementos de juicio se vincula con la gestión judicial pendiente.

Consistente con lo anterior, el Tribunal Constitucional reconoce en algunos fallos que cuando se trata de un vicio de forma la importancia del caso concreto disminuye y los efectos se generalizan. En palabras del órgano de justicia constitucional:

“De esta manera, el que en uno o más casos determinados se declare un precepto legal inaplicable por inconstitucional, no significa que siempre y en cualquier caso procederá igual

⁴⁰ Durante 2007 se dictaron 8 sentencias en virtud de requerimientos de inaplicabilidad que impugnaron el artículo 96 del Código de Minería por un vicio de competencia que consistiría en que un asunto propio de ley orgánica constitucional es regulado por una ley simple. En tal sentido las sentencias Rol N° 473, 517, 535, 588, 589, 608-609-610-611-612, 623 y 741 del Tribunal Constitucional. En 2009, se falló otra serie de sentencias sobre el mismo artículo bajo los roles N° 1068, 1148, 1149, 1174, 1175, 1176, 1177, 1178, 1179, 1180, 1181 del mismo tribunal.

⁴¹ En la sentencia Rol N° 1191, el Tribunal Constitucional afirmó que: “cuando la inaplicabilidad se funda en un vicio formal o procedimental del precepto legal, el control de constitucionalidad comprende un estudio nomogenético, esto es, un análisis de la gestación y puesta en vigencia del precepto legal impugnado”. Tribunal Constitucional, ARTÍCULO 137 DE LEY GENERAL DE SERVICIOS ELÉCTRICOS, Rol N° 1191 (2009). En el sentido de realizar un estudio de la historia de la ley, Tribunal Constitucional, ARTÍCULO 23 DE LA LEY N° 19.542, Rol N° 467 (2006); Tribunal Constitucional, ARTÍCULO 22° DEL DFL N° 707, SOBRE CUENTAS CORRIENTES BANCARIAS Y CHEQUES, Rol N° 3141 (2016); Tribunal Constitucional, ARTÍCULO 2°, N° 2 DEL DFL N° 1, QUE FIJÓ EL ESTATUTO ORGÁNICO DEL SERVICIO DE TESORERÍAS Y ARTÍCULOS 170, 171, 172, 173, 174, 177, 178, 190, 193, Y 179 DEL CÓDIGO TRIBUTARIO, Rol N° 3297 (2017).

declaración, característica que cobra mayor importancia cuando se trata de una inconstitucionalidad de fondo y cuya trascendencia decae tratándose de defectos en la formación del precepto impugnado, pues resulta obvio que si en determinado caso la inaplicabilidad se acoge por estimarse que el precepto impugnado adolece de inconstitucionalidad de forma, disminuirá la importancia del caso concreto y la declaración de inaplicabilidad adquirirá una dimensión más general⁴².

Del examen de las sentencias analizadas, es posible inferir que el Tribunal Constitucional reconoce ser competente para conocer la acción de inaplicabilidad por vicios de forma y se adentra a conocer las infracciones constitucionales sin considerar las circunstancias de hecho del caso que sirve como supuesto y parámetro del control concreto, reconociendo incluso que el carácter concreto decae cuando el vicio que se alega es uno de forma.

CONCLUSIONES

De conformidad con la interpretación atribuida por la doctrina mayoritaria al artículo 93 N° 6 de la Constitución, la acción de inaplicabilidad exige un control concreto de constitucionalidad como examen incidental que realiza el Tribunal Constitucional de la constitucionalidad de la aplicación del precepto legal con ocasión de una gestión pendiente, que por su configuración produce efectos particulares. Tal como lo ha afirmado el órgano de justicia constitucional, este control no examina la constitucionalidad del precepto legal, sino que controla si su aplicación en un caso concreto produce efectos inconstitucionales.

La regulación constitucional de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad no discrimina entre vicios de constitucionalidad de forma o de fondo. Esta ausencia de distinción no permite apreciar cómo las particularidades de los vicios de forma inciden en el ejercicio de la referida acción en tanto control concreto. Esto ha podido comprobarse a partir de las sentencias analizadas en este artículo, en las que el Tribunal Constitucional expresa sostenidamente tener la facultad para conocer y resolver la acción de inaplicabilidad por motivos de forma o de fondo, sin distinción. Puntualmente, el órgano de justicia constitucional ha resuelto sobre vicios de incompetencia formal, vicios de incompetencia material y vicios de procedimiento, es decir, el amplio abanico de infracciones constitucionales.

Empero, esta ausencia de diferenciación desaparece en la práctica cuando el Tribunal Constitucional se encamina a conocer las infracciones, por cuanto no considera las circunstancias de hecho del caso que sirven como supuesto y parámetro de control, reconociendo expresamente en ciertos fallos que el carácter concreto disminuye cuando el vicio alegado es uno de forma. Por el contrario, en estos supuestos, el órgano de control de constitucionalidad ejerce un examen de la génesis, gestación del acto normativo y puesta en vigencia del precepto legal y no de los efectos inconstitucionales que su aplicación produce en una gestión judicial pendiente.

⁴² Tribunal Constitucional, ARTÍCULO 96 DEL CÓDIGO DE MINERÍA, Rol N° 741 (2007).

El Tribunal Constitucional no distingue explícitamente si corresponde formular un examen respecto del acto normativo o de la norma para la gestión pendiente, cuestión que es presupuesto del examen de inaplicabilidad por inconstitucionalidad como control concreto.

Se comprueba así la hipótesis de este trabajo: cuando el Tribunal Constitucional conoce un vicio de forma de un precepto legal en sede de inaplicabilidad no ejerce propiamente un control concreto de constitucionalidad, al menos tal como su jurisprudencia y la doctrina lo han caracterizado.

Esta última conclusión podría ser utilidad en el marco de un proceso de cambio constitucional para: a) Barajar la exclusión del control previo de constitucionalidad de los proyectos de ley, dejando a salvo el control para los vicios de forma; b) Configurar una acción de inaplicabilidad que expresamente permita el control abstracto de los vicios de forma; o c) Facultar la declaración de inconstitucionalidad por vicios de forma a través de la acción de inconstitucionalidad, sin necesidad de cumplir con el requisito de una previa declaración de inaplicabilidad.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALDUNATE, Eduardo (2009): *Jurisprudencia Constitucional 2006-2008* (Santiago, LegalPublishing).
- BULNES, Luz (2005): “El recurso de inaplicabilidad y la reforma constitucional”, *Revista Actualidad Jurídica*, N° 13: pp. 97-114.
- CAZOR, Kamel y PICA Rodrigo (2009): “Tribunal Constitucional y control concreto ¿Evolución hacia un amparo imperfecto?”, *Nomos*, N° 3: pp. 13-39.
- CEA, José Luis (2007): *Escritos de Justicia Constitucional* (Santiago, Cuadernos del Tribunal Constitucional, N° 35).
- COLOMBO, Juan (2013): “Reflexiones sobre el Tribunal Constitucional a ocho años de la reforma de 2005”, en NOGUEIRA, Humberto (coord.), *Reflexiones acerca del Tribunal Constitucional y sus competencias a ocho años de la reforma de 2005* (Santiago, Librotecnia) pp. 237-246.
- COUSO, Javier y CODDOU, Alberto (2010): “La naturaleza jurídica de la acción de inaplicabilidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: un desafío pendiente”, *Revista Estudios Constitucionales*, N° 2: pp. 389-430.
- DELGADO, Jesús (2005): “El concepto de validez de los actos jurídicos de Derecho privado”, *Anuario de Derecho Civil*, N° LVIII-1: pp. 9-74.
- GASCÓN, Marina (1997): “Sentido y alcance de algunas distinciones sobre la invalidez de las leyes”, *Doxa*, N° 20: pp. 131-156.
- GÓMEZ, Gastón (2013): *Las sentencias del Tribunal Constitucional y sus efectos sobre la jurisdicción común* (Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales).
- GUASTINI, Riccardo (2017): *Las Fuentes del Derecho. Fundamentos teóricos* (Lima, Legales Ediciones).
- HENRÍQUEZ, Miriam (2022): “La fisonomía de la acción de inaplicabilidad en la futura constitución chilena ¿control concreto?”, *Revista de Derecho Político*, N° 115: pp. 269-288.

- HENRÍQUEZ, Miriam y NÚÑEZ, José Ignacio (2020): “Reflexiones preliminares sobre los vicios de constitucionalidad de forma en el sistema chileno”, en HENRÍQUEZ, Miriam (coord.), *Jurisdicción constitucional y vicios de forma* (Valencia, Tirant Lo Blanch) pp. 11-22.
- HENRÍQUEZ, Miriam (2017): “Justicia constitucional chilena y vicios de forma: un caso de improcedencia”, *Revista Derecho UCUDAL*, N° 15: pp. 49-68.
- LÜBBERT, Valeria (2012): “El proceso legislativo frente a los jueces: El caso de la inaplicabilidad por vicios de forma”, *Revista de Derecho Público*, N° 76: pp. 373-391.
- NAVARRO, Enrique (2020): “Inaplicabilidad por vicios de forma. Notas sobre su evolución y su viabilidad en el control concreto de constitucionalidad”, en HENRÍQUEZ, Miriam (coord.), *Jurisdicción constitucional y vicios de forma* (Valencia, Tirant Lo Blanch) pp. 23-22.
- NOGUEIRA, Humberto (2006): “La ampliación de las competencias normativas de control de constitucionalidad del Tribunal Constitucional chileno y la ampliación de la fuerza normativa de sus sentencias de acuerdo con la reforma constitucional de 2005”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, N° 10: pp. 241 - 280.
- NÚÑEZ, Manuel (2007): “El control de la igualdad en la aplicación de la ley como factor de expansión del control concreto de constitucionalidad de las leyes”, *Sentencias Destacadas*: pp. 123-161.
- ORUNESU, Claudia, RODRÍGUEZ, Jorge, SUCAR, Germán (2001): “Inconstitucionalidad y derogación”, *Discusiones*, N° 2: pp. 11-58.
- PEÑA, Marisol (2009): “Inaplicabilidad por inconstitucionalidad: reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional Chileno”, en NOGUEIRA, Humberto (coord.), *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho* (Santiago, CECOCH - IIJ UNAM - Librotecnia) pp. 397-420.
- PICA, Rodrigo (2013): “Algunos nudos procesales del control de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en la ley orgánica constitucional del Tribunal Constitucional”, NOGUEIRA, Humberto (coord.), *Reflexiones acerca del Tribunal Constitucional y sus competencias a ocho años de la reforma de 2005* (Santiago, Librotecnia) pp. 9-46.
- RÍOS, Lautaro (2005): “El proyecto de reforma constitucional sobre los efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional sobre la justicia”, *Revista Estudios Constitucionales*, Vol. 3, N° 1: pp. 73-95.
- RIVAS, Diana (2013): *Naturaleza jurídica de la inaplicabilidad en el modelo chileno* (Santiago, Cuadernos del Tribunal Constitucional, N° 51).
- RÓDENAS, Ángeles (2007): “Validez formal y validez sustantiva: el encaje de la competencia material”, *Doxa*, N° 30: pp. 543-559.
- RUBANO, Mariela (1996): “¿Procede la inconstitucionalidad de fondo y forma, o solo la primera?”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. 7: p. 85-98.
- SAENGER, Fernando (2009): “Control abstracto y concreto en la nueva inaplicabilidad”, en PFEFFER, Emilio y BULNES, Luz (coord.), *Temas actuales de Derecho Constitucional. Libro Homenaje al profesor Mario Verdugo Marinkovic* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) pp. 277-304.

- SALAS, Ricardo (2018): “Una reconstrucción dogmática de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Las inaplicabilidades propia e impropia, la legislación negativa singular, el control preventivo de constitucionalidad de las sentencias y la equidad constitucional”, *Revista Estudios Constitucionales*, Año 16, N° 1: pp. 187-226.
- SALEM, Catalina (2022): “Los casos de “rentas vitalicias” y la consolidación de la acción de inaplicabilidad como amparo de derechos contra actos del legislador”, *Revista Actualidad Jurídica*, N° 46: pp. 247-269.
- SOTO, Sebastián (2020): “Control de constitucionalidad de los vicios de forma de los proyectos de ley por el Tribunal Constitucional”, en HENRÍQUEZ, Miriam (coord.), *Jurisdicción constitucional y vicios de forma* (Valencia, Tirant Lo Blanch) pp. 131-161.
- VALENZUELA, William (2019): “La sentencia de inaplicabilidad y su cumplimiento por parte de los tribunales de justicia”, *Revista Estudios Constitucionales*, Año 17, N° 1: pp. 53-86.
- VERDUGO, Sergio (2010): “Inaplicabilidad y vicios de forma: ¿un problema resuelto?”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. 23, N°2: pp. 83-112.
- ZAPATA, Patricio (2008): *Justicia constitucional. Teoría y práctica en el derecho chileno y comparado* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- ZÚÑIGA, Francisco y VEGA, Francisco (2006): “El nuevo recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. Teoría y práctica”, *Revista Estudios constitucionales*, Año 4, N° 2: pp. 135-174.
- ZÚÑIGA, Francisco (2010): “La relación Tribunal Constitucional - tribunales del fondo y los efectos de la sentencia de inaplicabilidad acerca de los presupuestos de la acción”, *Anuario de Derecho Público*, N° 1: pp. 370-428.

JURISPRUDENCIA CITADA

- Tribunal constitucional, 26/04/ 2022, Rol N° 11.560, Requerimiento de inaplicabilidad, (*DE 4 LIFE SEGUROS DE VIDA S.A. DEL ART. ÚNICO, INCISOS DOCE, TRECE Y CATORCE, DE LA LEY N° 21330, QUE MODIFICA LA CARTA FUNDAMENTAL PARA ESTABLECER Y REGULAR UN MECANISMO EXCEPCIONAL DE RETIRO DE FONDOS PREVISIONALES Y ANTICIPO DE RENTAS VITALICIAS, CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, ROL N° 264-2021 (2022)*).
- Tribunal constitucional, 17/03/2022, Rol N° 11.230, Requerimiento de inaplicabilidad (*DE BICE VIDA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. DEL ART. ÚNICO, INCISOS DOCE, TRECE Y CATORCE, DE LA LEY N° 21330, QUE MODIFICA LA CARTA FUNDAMENTAL PARA ESTABLECER Y REGULAR UN MECANISMO EXCEPCIONAL DE RETIRO DE FONDOS PREVISIONALES Y ANTICIPO DE RENTAS VITALICIAS, CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, ROL N° 263-2021 (2022)*).
- Tribunal constitucional, 17/03/2022, Rol N° 11.559, Requerimiento de inaplicabilidad (*DE PENTA VIDA COMPAÑÍA DE SEGUROS DE VIDA S.A. DEL ART. ÚNICO, INCISOS DOCE, TRECE Y CATORCE, DE LA LEY N° 21330, QUE MODIFICA LA CARTA FUNDAMENTAL PARA ESTABLECER Y REGULAR UN MECANISMO EXCEPCIONAL DE RETIRO DE FONDOS PREVISIONALES Y ANTICIPO DE RENTAS VITALICIAS, CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, ROL N° 262-2021 (2022)*).
- Tribunal constitucional, 17/03/2022, Rol N° 11.683, Requerimiento de inaplicabilidad (*DE PENTA VIDA COMPAÑÍA DE SEGUROS DE VIDA S.A. DEL ART. ÚNICO, INCISOS DOCE, TRECE Y CATORCE, DE LA LEY N° 21330, QUE MODIFICA LA CARTA FUNDAMENTAL PARA ESTABLECER Y RE-*

GULAR UN MECANISMO EXCEPCIONAL DE RETIRO DE FONDOS PREVISIONALES Y ANTICIPO DE RENTAS VITALICIAS, CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, ROL Nº 25119-2021 (2022)).

Tribunal constitucional, 18/01/2022, Rol Nº 12.345, Acción de inconstitucionalidad (DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 2º, DEL DECRETO LEY Nº 3.643, DE 1981, Y EL ARTÍCULO 4º, DEL DECRETO LEY Nº 2.067, DE 1977, SEGÚN SE EXPLICARÁ, DE OFICIO (2021)).

Tribunal constitucional, 10/12/2019, Rol Nº 6.222, Requerimiento de inaplicabilidad (DE VICENTE AHRENS, DEL ARTÍCULO 248 LETRA C) DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL, RUC Nº 1810022771-8, RIT Nº 1120-2018, JUZGADO DE GARANTÍA DE LA CALERA (2018)).

Tribunal constitucional, 05/12/2017, Rol Nº 3.297, Requerimiento de inaplicabilidad (DE CLAUDIO ORESTE MORALES, DEL ARTÍCULO 395 BIS EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 393 Y 390 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL, RUC Nº 1700383542-1, RIT Nº 2635-2017, JUZGADO DE GARANTÍA DE IQUIQUE (2017): TC, Rol Nº 3.731 de 30 de mayo de 2019. REQ. DE INAPL. DE JUAN ZAMORANO MENDIETA DEL ART. 2º, Nº 2 DEL DFL Nº 1, QUE FIJÓ EL ESTATUTO ORGÁNICO DEL SERVICIO DE TESORERÍAS, DE LOS ARTS. 170, 171, 172, 173, 174, 177, INC. 4º, 178, INCS. 1º, 2º Y 3º, ARTS. 190, 193, Y 179, EN LAS FRASES QUE INDICA, TODOS, DEL CÓDIGO TRIBUTARIO, EN “TESORERÍA PROVINCIAL DE ÑUÑO A CON ZAMORANO, JUAN”, 21º JUZGADO DE LETRAS EN LO CIVIL DE SANTIAGO, ROL C-25229-2016 (2017)).

Tribunal constitucional, 28/03/2017, Rol Nº 3.199, Requerimiento de inaplicabilidad. (DE CARLOS TORNQUIST BERTRAND DEL ART. 22º DEL DFL Nº 707, SOBRE CUENTAS CORRIENTES BANCARIAS Y CHEQUES, RIT Nº 6321-2016, RUC Nº 1610012953-5, SÉPTIMO JUZGADO DE GARANTÍA DE SANTIAGO (2017)).

Tribunal constitucional, 10/01/2017, Rol Nº 2.944, Requerimiento de inaplicabilidad (DE SOCIEDAD LED CHILE SPA., DEL ART. 41 Nº 5 DEL DECRETO SUPREMO Nº 2.385, DE 1996, DEL MINISTERIO DEL INTERIOR Y SEGURIDAD PÚBLICA, QUE APRUEBA EL TEXTO REFUNDIDO Y SISTEMATIZADO DEL DECRETO LEY Nº 3.063, LEY DE RENTAS MUNICIPALES, EN RECLAMO DE ILEGALIDAD, “SOCIEDAD LED CHILE SPA CONTRA I. MUNICIPALIDAD DE SANTIAGO”, ROL Nº 5603-2015, CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, (2017)).

Tribunal constitucional, 27/12/2016, Rol Nº 3.141, Requerimiento de inaplicabilidad (DE CARLOS TORNQUIST BERTRAND, DEL ART. 22º DEL DFL Nº 707, SOBRE CUENTAS CORRIENTES BANCARIAS Y CHEQUES, RIT Nº 3304-2015, RUC Nº 1510028478-K, DÉCIMO JUZGADO DE GARANTÍA DE SANTIAGO (2016)).

Tribunal constitucional, 29/09/2016, Rol Nº 11.559, Requerimiento de inaplicabilidad (DE ROBERTO GUZMÁN, DEL ARTÍCULO 29 DEL DECRETO LEY Nº 3.538, QUE CREA LA SUPERINTENDENCIA DE VALORES Y SEGUROS, ROL C-21.305, 16º JUZGADO CIVIL DE SANTIAGO (2014)).

Tribunal constitucional, 12/05/2016, Rol Nº 2.784, Requerimiento de inaplicabilidad (DE ESVAL S.A. DEL ART. 3º, LETRA I) Y L) DEL DFL Nº 292, DE 1953, QUE APRUEBA LA LEY ORGÁNICA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DEL TERRITORIO MARÍTIMO Y LA MARINA MERCANTE, ARTS. 95, 96, 97; 142, INCS. 3º Y 4º; 149, INC. 1º E INCS. 1º, 150, INCS. 1º Y 4º, Y 151 DEL DL Nº 2222 DE 1978, QUE ESTABLECE LA LEY DE NAVEGACIÓN, EN “ESVAL S.A. CON GOBERNACIÓN MARÍTIMA DE VALPARAÍSO”, ROL Nº 3183/2014, CORTE DE APELACIONES DE VALPARAÍSO (2016)).

- Tribunal constitucional, 21/01/2016, Rol N° 2.841, Requerimiento de inaplicabilidad, (DE INVERSIONES CAVA SPA. Y OTRA, DEL ART. 41 N° 5 DEL DECRETO SUPREMO N° 2.385, DE 1996, DEL MINISTERIO DEL INTERIOR Y SEGURIDAD PÚBLICA, QUE APRUEBA EL TEXTO REFUNDIDO Y SISTEMATIZADO DEL DECRETO LEY N° 3.063, LEY DE RENTAS MUNICIPALES, “VALENZUELA AEDO CRISTÓBAL CONTRA ALCALDE DE LA I. MUNICIPALIDAD DE VITACURA”, ROL N° 1570-2015, CORTE SUPREMA (2016)).
- Tribunal constitucional, 26/01/2016, Rol N° 2.703, Requerimiento de inaplicabilidad (JUEZA SUBROGANTE DEL TERCER JUZGADO DE LETRAS DE IQUIQUE, DE LOS ARTÍCULOS 456 DEL CÓDIGO CIVIL Y 4 DE LA LEY N° 18.600, ROL N° V-185-2014, TERCER JUZGADO DE LETRAS DE IQUIQUE (2014)).
- Tribunal constitucional, 22/01/2015, Rol N° 2.683, Requerimiento de inaplicabilidad (CONFEDERACIÓN DE EMPLEADOS PARTICULARES DE CHILE, DEL ARTÍCULO 9° DE LA LEY N° 18.689, ROL N° C-3090-1999, PRIMER JUZGADO CIVIL DE VIÑA DEL MAR (1999)).
- Tribunal constitucional, 24/12/2015, Rol N° 2.805, Requerimiento de inaplicabilidad (DIPUTADA CRISTINA GIRARDI, DEL INCISO TERCERO DEL ARTÍCULO 416 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL, ROL N° 16, CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (2015)).
- Tribunal constitucional, 04/04/2013, Rol N° 2.161, Requerimiento de inaplicabilidad (COMPAÑÍA NACIONAL DE FUERZA ELÉCTRICA S.A. Y EMPRESA ELÉCTRICA ATACAMA S.A., DEL ARTÍCULO 16 B DE LA LEY N° 18.410 QUE CREA LA SUPERINTENDENCIA DE ELECTRICIDAD Y COMBUSTIBLES, “COMPAÑÍA NACIONAL DE FUERZA ELÉCTRICA S.A., EMPRESA ELÉCTRICA ATACAMA S.A. CON SUPERINTENDENCIA DE ELECTRICIDAD Y COMBUSTIBLES”, PROTECCIÓN, ROL N° 21.515, CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, (2011)).
- Tribunal constitucional, 31/01/2013, Rol N° 2.246, Requerimiento de inaplicabilidad (MINISTERIO SECRETARÍA GENERAL DE LA PRESIDENCIA, DEL INCISO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 5° DE LA LEY N° 20.285, SOBRE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA, “SUBSECRETARÍA GENERAL DE LA PRESIDENCIA CON CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA”, ROL N° 2496, CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (2012)).
- Tribunal constitucional, 13/09/2012, Rol N° 1.952, Requerimiento de inaplicabilidad (DE JAIME ANTONIO ILLANES PIEDRABUENA, DEL ART. 53, INC. 3° Y 5°, PARTE ÚLTIMA, DEL CÓDIGO TRIBUTARIO, ROL N° 7281-2010, CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (2012)).
- Tribunal constitucional, 13/09/2012, Rol N° 1.951, Requerimiento de inaplicabilidad (DE JAIME ANTONIO ILLANES PIEDRABUENA, DEL ART. 53, INCS. 3° Y 5°, PARTE ÚLTIMA DEL CÓDIGO TRIBUTARIO, ROL N° 4885-2010, CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (2012)).
- Tribunal constitucional, 14/07/2011, Rol N° 1.865, Requerimiento de inaplicabilidad (DE TRANSPORTES ESERT S.A. DE LA PARTE FINAL DEL INC. TERCERO, DEL ART. 474, DEL CÓDIGO DEL TRABAJO, ROL N° 985-2009 SOBRE RECLAMACIÓN DE MULTA SUSTANCIADOS, 7° JUZGADO DEL TRABAJO DE SANTIAGO (2011)).
- Tribunal constitucional, 26/08/2010, Rol N° 1.443, Requerimiento de inaplicabilidad (DE FRANCISCO CHOQUE SIGUAYRO Y OTRO, DE LOS ARTS. 364, 372, 373, 374, 375, 376, 377, 378, 379, 380, 381, 382, 383, 384, 385, 386 Y 387 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL Y ARTS. 1, 3, 22 Y 25 DE LA LEY 20.000, RIT 177-2009, TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL DE ARICA (2010)).

- Tribunal constitucional, 05/08/2010, Rol Nº 1.432, Requerimiento de inaplicabilidad (DE LEONARDO DEL TRÁNSITO MAZUELA MONTENEGRO, DE LOS ARTS. 364, 372, 373, 374, 375, 376, 377, 378, 379, 380, 381, 382, 383, 385, 386 Y 387 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL, RIT 22-2009 Y RUC 0800077921-1, TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL DE LOS ANDES (2010)).
- Tribunal constitucional, 29/01/2010, Rol Nº 1.445, Requerimiento de inaplicabilidad. DE EDUARDO SÁNCHEZ EYQUEM, DEL ART. 230 INC. 1º Y ARTS. 231 Y 237 INC. 1º, 2º, 3º A; 4º, 5º, 7º Y 8º, Y ART. 240 INC. SEGUNDO DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL, RUC 09000447112 – 9, RIT 6118 – 2009, 4º JUZGADO DE GARANTÍA DE SANTIAGO (2010)).
- Tribunal constitucional, 24/09/2009, Rol Nº 1.314, Requerimiento de inaplicabilidad (REQ. DE INAPL. DE CATORCE COMPAÑÍAS DE SEGUROS GENERALES, DE LOS ARTS. 3º Y 4º DEL DECRETO LEY Nº 1.757, DE 1977, EN RECURSO DE RECLAMACIÓN, ROL Nº 7910-2008, CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, (2009): TC, Rol Nº 1.295, 6 de octubre de 2009.
- Tribunal constitucional REQ. DE INAPL. DE LA CORTE DE APELACIONES DE TALCA, DEL ART. 416 INC. 3º DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL, ROL Nº 549-2008 (2009)).
- Tribunal constitucional, 7/09/2009, Rol Nº 1.218, Requerimiento de inaplicabilidad (DE MARÍA XIMENA OSORIO SAGREDO, DEL ART. 38 TER DE LA LEY Nº 18.933 -INTRODUCIDO POR LA LEY Nº 20.015-, ART. 199 DEL D.F.L. (MINISTERIO DE SALUD) Nº 1, DE 2005, ROL Nº 10.913-2008, INTENDENTE DE FONDOS Y SEGUROS DE SALUD (2009)).
- Tribunal constitucional, 02/06/2009, Rol Nº 1.181, Requerimiento de inaplicabilidad. DE SOCIEDAD CONTRACTUAL MINERA VIRGINIA, DE LOS INCS. 1º Y 3º DEL ART. 96 DEL CÓDIGO DE MINERÍA, ROL Nº 44.966-04, “INVERSIONES DOMINGA S.A. CON SOCIEDAD CONTRACTUAL MINERA VIRGINIA”, RELATIVA AL ESTACAMENTO SALITRAL “OFICINA SAN ENRIQUE EX OFICINA SACRAMENTO”, CORTE SUPREMA, ROL Nº 343-2008 (2009)).
- Tribunal constitucional, 02/06/2009, Rol Nº 1.180, Requerimiento de inaplicabilidad (DE SOCIEDAD CONTRACTUAL MINERA VIRGINIA, DE LOS INCS. 1º Y 3º DEL ART. 96 DEL CÓDIGO DE MINERÍA, ROL Nº 44.813-04, “SOCIEDAD QUÍMICA Y MINERA DE CHILE S.A. CON SOCIEDAD CONTRACTUAL MINERA VIRGINIA”, RELATIVA AL ESTACAMENTO SALITRAL “OFICINA SAN ENRIQUE EX OFICINA SACRAMENTO”, CORTE SUPREMA, ROL Nº 340-2008 (2009)).
- Tribunal constitucional, 02/06/2009, Rol Nº 1.179, Requerimiento de inaplicabilidad (DE SOCIEDAD CONTRACTUAL MINERA VIRGINIA, DE LOS INCS. 1º Y 3º DEL ART. 96 DEL CÓDIGO DE MINERÍA, EN ROL Nº 44.815-04, “SOCIEDAD QUÍMICA Y MINERA DE CHILE S.A. CON SOCIEDAD CONTRACTUAL MINERA VIRGINIA”, RELATIVA AL ESTACAMENTO SALITRAL “LOTE DIEZ, OFICINA TRES MARÍAS”, CORTE SUPREMA, ROL Nº 339-2008 (2009)).
- Tribunal constitucional, 02/06/2009, Rol Nº 1.178, Requerimiento de inaplicabilidad, (DE SOCIEDAD CONTRACTUAL MINERA VIRGINIA, DE LOS INCS. 1º Y 3º DEL ART. 96 DEL CÓDIGO DE MINERÍA, EN ROL Nº 44.814-04, “SOCIEDAD QUÍMICA Y MINERA DE CHILE S.A. CON SOCIEDAD CONTRACTUAL MINERA VIRGINIA”, RELATIVA AL ESTACAMENTO SALITRAL “OFICINA PERUANA”, DEL JUZGADO CIVIL DE POZO ALMONTE, CORTE SUPREMA, ROL Nº 338-2008 (2009)).
- Tribunal constitucional, 02/06/2009, Rol Nº 1.177, Requerimiento de inaplicabilidad (DE SOCIEDAD CONTRACTUAL MINERA VIRGINIA, DE LOS INCS. 1º Y 3º DEL ART. 96 DEL CÓDIGO DE MINERÍA, EN ROL Nº 44.969-04, “INVERSIONES DOMINGA S.A. CON SOCIEDAD CONTRACTUAL MINERA VIRGINIA”, RELATIVA AL ESTACAMENTO SALITRAL “OFICINA PERUANA”, DEL JUZGADO CIVIL DE POZO ALMONTE, CORTE SUPREMA, ROL Nº 1.338-2008 (2009)).

- Tribunal constitucional, 02/06/2009, Rol N° 1.176, Requerimiento de inaplicabilidad (DE SOCIEDAD CONTRACTUAL MINERA VIRGINIA, DE LOS INCS. 1° Y 3° DEL ART. 96 DEL CÓDIGO DE MINERÍA, EN ROL N° 44.968-04, “INVERSIONES DOMINGA S.A. CON SOCIEDAD CONTRACTUAL MINERA VIRGINIA”, RELATIVA AL ESTACAMENTO SALITRAL “ESTACAMENTO MINERO PAPOSO Y CHOLITA, INCLUSO LIMEÑITA, YUNGAY BAJO Y TERRENO LA NORIA”, DEL JUZGADO CIVIL DE POZO ALMONTE, CORTE SUPREMA, ROL N° 341-2008 (2009)).
- Tribunal constitucional, 02/06/2009, Rol N° 1.175, Requerimiento de inaplicabilidad (DE SOCIEDAD CONTRACTUAL MINERA VIRGINIA, DE LOS INCS. 1° Y 3° DEL ART. 96 DEL CÓDIGO DE MINERÍA, EN ROL N° 44.967-04, “INVERSIONES DOMINGA S.A. CON SOCIEDAD CONTRACTUAL MINERA VIRGINIA”, RELATIVA AL ESTACAMENTO SALITRAL “LA OFICINA SAN PEDRO, SAN VICENTE, SAN CARLOS”, DEL JUZGADO CIVIL DE POZO ALMONTE, CORTE SUPREMA, ROL N° 342-2008 (2009)).
- Tribunal constitucional, 02/06/2009, Rol N° 1.174, Requerimiento de inaplicabilidad (DE SOCIEDAD CONTRACTUAL MINERA VIRGINIA, DE LOS INCS. 1° Y 3° DEL ART. 96 DEL CÓDIGO DE MINERÍA, EN ROL N° 36.853, “SQM QUÍMICOS S.A. CON SOCIEDAD CONTRACTUAL MINERA VIRGINIA”, RELATIVA AL ESTACAMENTO SALITRAL “OFICINA RAMÍREZ”, DEL JUZGADO CIVIL DE POZO ALMONTE, CORTE SUPREMA, ROL N° 2.787-2007 (2009)).
- Tribunal constitucional, 02/06/2009, Rol N° 1.149, Requerimiento de inaplicabilidad (DE SOCIEDAD CONTRACTUAL MINERA VIRGINIA, DE LOS INCS. 1° Y 3° DEL ART. 96 DEL CÓDIGO DE MINERÍA, EN ROL N° 36.856, “SOCIEDAD QUÍMICA Y MINERA DE CHILE S.A. CON SOCIEDAD CONTRACTUAL MINERA VIRGINIA”, RELATIVA AL ESTACAMENTO SALITRAL “ESTACAMENTO PAPOSO-CATÓLICA”, DEL JUZGADO CIVIL DE POZO ALMONTE, CORTE SUPREMA, ROL N° 2.323-2007 (2009)).
- Tribunal constitucional, 02/06/2009, Rol N° 1.148, Requerimiento de inaplicabilidad (DE SOCIEDAD CONTRACTUAL MINERA VIRGINIA, DE LOS INCS. 1° Y 3° DEL ART. 96 DEL CÓDIGO DE MINERÍA, EN ROL N° 36.861, “SQM QUÍMICOS S.A. CON SOCIEDAD CONTRACTUAL MINERA VIRGINIA”, RELATIVA A LOS ESTACAMENTOS SALITRALES “SANTA ANA” Y “SAN JUAN”, DEL JUZGADO CIVIL DE POZO ALMONTE, CORTE SUPREMA, ROL N° 2.316-2007 (2009)).
- Tribunal constitucional, 17/03/2009, Rol N° 1.145, Requerimiento de inaplicabilidad (DE LA MUNICIPALIDAD DE ARAUCO, DEL ART. 238 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL E INC. SEGUNDO DEL ART. 32 DE LA LEY ORGÁNICA CONSTITUCIONAL DE MUNICIPALIDADES, EN ROL N° 2779-07, SEGUNDO JUZGADO CIVIL DE CONCEPCIÓN, “VARELA CON I. MUNICIPALIDAD DE ARAUCO” (2009)).
- Tribunal constitucional, 14/01/2009, Rol N° 1.140, Requerimiento de inaplicabilidad (DE MARÍA JOSÉ ARANCIBIA OBRADOR, DEL ART. 595 DEL CÓDIGO ORGÁNICO DE TRIBUNALES (2009)).
- Tribunal constitucional, 09/05/2008, Rol N° 1.130, Requerimiento de inaplicabilidad (DE CAROLINA GAJARDO SALAZAR, DEL INC. SEGUNDO DEL ART. 387 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL, RIT N° 2015-2005, JUZGADO DE GARANTÍA DE TALCAHUANO (2008)).
- Tribunal constitucional, 02/06/2009, Rol N° 1.068, Requerimiento de inaplicabilidad (DE SOCIEDAD CONTRACTUAL MINERA COMPAÑÍA DE SALITRE Y YODO NEGREIROS, DE LOS INCS. PRIMERO Y TERCERO DEL ART. 96 DEL CÓDIGO DE MINERÍA, ROL N° 1.798-2007, CORTE SUPREMA (2009)).

- Tribunal constitucional, 19/05/2009, Rol Nº 1.191, Requerimiento de inaplicabilidad (DE LA PRIMERA SALA DEL TRIBUNAL DE JUICIO ORAL EN LO PENAL DE VALPARAÍSO EN RUC 0700364853-7, RIT 186-08 EN CONTRA DE FRANCO MARIANO ARANCIBIA TOGNIA, EN RELACIÓN CON LA APLICACIÓN DEL ART. 137 DEL DFL Nº 1, DE 1982, DEL MINISTERIO DE MINERÍA, LEY GENERAL DE SERVICIOS ELÉCTRICOS (2009)).
- Tribunal constitucional, 18/12/2008, Rol Nº 1.065, Requerimiento de inaplicabilidad (DEL JUEZ DEL JUZGADO DE GARANTÍA DE PUERTO MONTT, DEL ART. 149, INC. SEGUNDO, DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL, RIT Nº 3798-2008, RUC Nº 0800363671-3 (2008)).
- Tribunal constitucional, 14/08/2008, Rol Nº 1.038, Requerimiento de inaplicabilidad (DE AMÉRICO GIOIA GOBBI RESPECTO DEL INC. SEGUNDO, DEL ART. 21 DEL DECRETO LEY Nº 2.186, DE 1978, LEY ORGÁNICA DE PROCEDIMIENTO DE EXPROPIACIONES, ROL 2.612-2007, CORTE DE APELACIONES DE VALPARAÍSO (2008)).
- Tribunal constitucional, 10/06/2008, Rol Nº 968, Requerimiento de inaplicabilidad DE SOCIEDAD ASESORÍA Y SERVICIO EMPRESARIAL LIMITADA, DEL INC. TERCERO DEL ART. 474 DEL CÓDIGO DEL TRABAJO, ROL Nº 806-07, “ASESORÍA Y SERVICIO CON DIRECCIÓN DEL TRABAJO”, 5º JUZGADO DE LETRAS DEL TRABAJO DE SANTIAGO (2008)).
- Tribunal constitucional, 01/07/2008, Rol Nº 946, Requerimiento de inaplicabilidad (DE FM SEGURIDAD S.A., DEL INC. TERCERO DEL ART. 474 DEL CÓDIGO DEL TRABAJO, EN ROL Nº 757-07, “FM SEGURIDAD S.A. CON DIRECCIÓN REGIONAL DEL TRABAJO”, 8º JUZGADO DE LETRAS DEL TRABAJO DE SANTIAGO (2008): TC, Rol Nº 946, 1 de julio de 2008.
- Tribunal constitucional, 26/06/2008, Rol Nº 976, Requerimiento de inaplicabilidad (DE SILVIA PEÑA WASAFF, DEL ART. 38 TER DE LA LEY Nº 18.933, EN RECURSO DE PROTECCIÓN CONTRA ISAPRE ING SALUD S.A., ROL Nº 4972-2007, CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (2008)).
- Tribunal constitucional, 01/04/2008, Rol Nº 821, Requerimiento de inaplicabilidad (DE MANUEL ALVARADO ARAVENA, DEL ART. 387, INC. SEGUNDO, DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL, EN RUC Nº 0400400430-8 Y RIT Nº 223-2006, SEGUIDA EN CONTRA DE SONIA ELIZABETH SALGADO HENRÍQUEZ, CIRO OMAR ALBORNOZ BURGOS Y OLGA ANTONIA SALGADO HENRÍQUEZ, TRIBUNAL DE JUICIO ORAL EN LO PENAL DE ARICA (2008)).
- Tribunal constitucional, 26/07/2007, Rol Nº 796, Requerimiento de inaplicabilidad (DE CARLOS LÓPEZ VEGA, DEL ART. 11 DEL DECRETO LEY Nº 799, DE 1974, EN “CARLOS LÓPEZ VEGA”, ROL Nº 2237-2007, CORTE SUPREMA (2007)).
- Tribunal constitucional, 15/01/2008, Rol Nº 791, Requerimiento de inaplicabilidad (DE DIPUTADO IVÁN PAREDES FIERRO, DEL ART. 416, INC. TERCERO, DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL, ROL Nº 2286-2007, CORTE SUPREMA (2008)).
- Tribunal constitucional, 27/11/2007, Rol Nº 773, Requerimiento de inaplicabilidad (DE ESTADIO ESPAÑOL S.A., DE LOS ARTS. 1º, 3º, 4º, 5º, 7º, 10, 12 Y 16 DE LA LEY Nº 17.235 Y DEL ART. 2º DE LA LEY Nº 20.033, EN LAS PARTES QUE INDICA, EN RECLAMO DE AVALÚO ROL Nº 11.181-07, TRIBUNAL TRIBUTARIO SANTIAGO ORIENTE (2007)).
- Tribunal constitucional, 30/10/2007, Rol Nº 741, Requerimiento de inaplicabilidad (DE S.C.M. VIRGINIA, DEL ART. 96 DEL CÓDIGO DE MINERÍA EN “SOCIEDAD QUÍMICA Y MINERA DE CHILE S.A. CON S.C.M VIRGINIA”, ROL Nº 3.922-2006, CORTE SUPREMA (2007)).

Tribunal constitucional, 02/10/2007, Rol N° 608-609-610-611-612, Requerimiento de inaplicabilidad (DE S.C.M. VIRGINIA, DEL ART. 96 DEL CÓDIGO DE MINERÍA EN EL PROCESO SOBRE PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA DE LA ACCIÓN DE NULIDAD A DE PERTENENCIA MINERA, ROL N° 107-03, “SOCIEDAD QUÍMICA Y MINERA DE CHILE S.A. CON S.C.M. VIRGINIA”, SEGUIDA ANTE EL JUZGADO DE LETRAS DE MARÍA ELENA, ROL N° 6213-05, CORTE SUPREMA, (2007)).

Tribunal constitucional, 10/09/2007, Rol N° 623, Requerimiento de inaplicabilidad (DE S.C.M. VIRGINIA, DEL ART. 96 DEL CÓDIGO DE MINERÍA EN EL PROCESO SOBRE PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA DE LA ACCIÓN DE NULIDAD DE PERTENENCIA MINERA, ROL N° 1202-06, CORTE SUPREMA (2007)).

Tribunal constitucional, 21/08/2007, Rol N° 589, Requerimiento de inaplicabilidad DE S.C.M. YODO Y SALITRE, DEL ART. 96 DEL CÓDIGO DE MINERÍA, ROL N° 5829-2005, CORTE SUPREMA (2007)).

Tribunal constitucional, 26/07/2007, Rol N° 588, Requerimiento de inaplicabilidad (DE S.C.M. YODO Y SALITRE, DEL ART. 96 DEL CÓDIGO DE MINERÍA, ROL N° 875-2006, CORTE SUPREMA (2007)).

Tribunal constitucional, 21/07/2006, Rol N° 11.559, Requerimiento de inaplicabilidad (DE JACOBO KRAVETZ MIRANDA, DEL ART. 30 DEL DECRETO LEY N° 3.538, ROL N° 9059-06, 8° JUZGADO DE LETRAS EN LO CIVIL DE SANTIAGO (2006): TC, Rol N° 546, 21 de julio de 2006.

Tribunal constitucional, 12/07/2007, Rol N° 596, Requerimiento de inaplicabilidad (DE DIPUTADO IVÁN PAREDES FIERRO, DEL INC. TERCERO DEL ART. 416 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL, ROL N° 3337-2006, CORTE SUPREMA (2007)).

Tribunal constitucional, 08/05/2007, Rol N° 535, Requerimiento de inaplicabilidad (DE COMPAÑÍA MINERA TAMAYA SCM, DEL INC. TERCERO DEL ART. 96 DEL CÓDIGO DE MINERÍA, EN “SOCIEDAD MINERA ATOCHA CON COMPAÑÍA MINERA TAMAYA SCM”, ROL N° 418-04, PRIMER JUZGADO DE LETRAS CIVIL DE OVALLE (2007)).

Tribunal constitucional, 08/05/2007, Rol N° 473, Requerimiento de inaplicabilidad (DE JUAN VENEGAS NAVARRO, DEL INC. TERCERO DEL ART. 96 DEL CÓDIGO DE MINERÍA, ROL N° 1555-2005, SEGUNDO JUZGADO DE LETRAS CIVIL DE ANTOFAGASTA (2007)).

Tribunal constitucional, 08/05/2007, Rol N° 517, Requerimiento de inaplicabilidad (DE COMPAÑÍA MINERA TAMAYA SCM, DEL INC. TERCERO DEL ART. 96 DEL CÓDIGO DE MINERÍA, EN “SOCIEDAD MINERA UNIÓN PARTICULAR CON COMPAÑÍA MINERA TAMAYA SCM”, ROL N° 693-05, TERCER JUZGADO DE LETRAS CIVIL DE OVALLE (2007)).

Tribunal constitucional, 14/11/2006, Rol N° 467, Requerimiento de inaplicabilidad (DE TAN SHENG CHANG, DEL ART. 116 DEL CÓDIGO TRIBUTARIO, ROL N° 3.396-2000, CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (2006)).

Tribunal constitucional, 09/11/2006, Rol N° 529, Requerimiento de inaplicabilidad (DE JUAN PABLO LONGUEIRA MONTES, DEL INC. TERCERO DEL ART. 416 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL, ROL N° 7203-2006, LA CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (2006)).

Tribunal constitucional, 08/08/2006, Rol N° 478, Requerimiento de inaplicabilidad (DE SENADOR GUIDO GIRARDI, DEL INC. TERCERO DEL ART. 416, DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL, ROL N° 2257-2006, CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (2006): TC, Rol N° 478, 8 de agosto de 2006.

CONSTITUTIONAL CRISIS: INTENSIFYING DISOBEDIENCE TO THE DECISIONS OF THE INDONESIAN CONSTITUTIONAL COURT

CRISIS CONSTITUCIONAL: INTENSIFICACIÓN DE LA DESOBEDIENCIA A LAS DECISIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE INDONESIA

NOVENDRI M. NGGILU¹
DIAN EKAWATY ISMAIL²
TRI SULISTYOWATI³
MOHAMAD RIVALDI MOHA⁴

ABSTRACT: A constitutional crisis is a scenario in which the norms stated in the constitution are present in the text but absent in context (constitution with semantic value), indicating an amputation of the impartiality of the Constitutional Court and disobedience to its decisions. Functionally, the Constitutional Court has the highest authority in maintaining the dignity of the constitution and guarding its values, to which all elements of the nation are accountable. In Indonesia, the constitutional crisis can be understood from three important events. First, the House of Representatives signed a waiver for Article 22 of the 1945 Constitution, approving a Government Regulation in Lieu of the Job Creation Law stipulated by the President. Second, the Court's impartiality principle was violated via dismissal of the Constitutional Judge, Aswanto. Third, the legislative and executive as well as the judiciary, in this case, the Supreme Court, disobeyed the Constitutional Court's decisions. These three events intensify the constitutional crisis.

Keywords: Constitution, Constitutional Crisis, Constitutional Court, Constitutional Disobedience.

RESUMEN: Una crisis constitucional es un escenario en el que las normas establecidas en la constitución están presentes en el texto, pero ausentes en el contexto (constitución con valor semántico), lo que indica una amputación de la imparcialidad de la Corte Constitucional y una desobediencia a sus decisiones. Funcionalmente, la Corte Constitucional tiene la máxima autoridad en el mantenimiento de la dignidad de la constitución y la custodia de sus valores, ante los cuales todos los elementos de la nación son responsables. En Indonesia, la

¹ Candidate Doctor of Law, Universitas Padjadjaran. Affiliation address: Faculty of Law, Universitas Negeri Gorontalo, Jl. Jend Sudirman No. 6, Dulalowo Timur, Gorontalo City, Gorontalo Province, Indonesia, 96128. E-mail: novendrilawfaculty@ung.ac.id. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-7417-8555>.

² Doctor of Law, Universitas Islam Sultan Agung, Affiliation address: Faculty of Law, Universitas Negeri Gorontalo, Jl. Jend Sudirman No. 6, Dulalowo Timur, Gorontalo City, Gorontalo Province, Indonesia, 96128. E-mail: dian.ekawaty23@gmail.com. Orchid: <https://orcid.org/0000-0002-6273-2472>

³ Doctor of Law, Universitas Trisakti. Affiliation address: Faculty of Law, Universitas Trisakti, Jl. Kyai Tapa No. 1 Jakarta Province, Indonesia. 28293. E-mail: tri.s@trisakti.ac.id. Orcid:-.

⁴ Master of Law, Universitas Brawijaya. Affiliation address: Faculty of Law, Universitas Negeri Gorontalo, Jl. Jend Sudirman No. 6, Dulalowo Timur, Gorontalo City, Gorontalo Province, Indonesia, 96128. E-mail: mohamadivaldi@ung.ac.id. Orcid: <https://orcid.org/0009-0006-1050-7691>.

crisis constitucional puede entenderse a partir de tres eventos importantes. En primer lugar, la Cámara de Representantes firmó una renuncia al artículo 22 de la Constitución de 1945, aprobando un Reglamento Gubernativo en lugar de la Ley de Creación de Empleo estipulado por el Presidente. En segundo lugar, se violó el principio de imparcialidad del Tribunal mediante la destitución del juez constitucional de Aswanto. En tercer lugar, tanto el poder legislativo y ejecutivo como el judicial, en este caso, la Corte Suprema, desobedecieron las decisiones de la Corte Constitucional. Estos tres hechos agudizan la crisis constitucional

Palabras clave: Constitución, Crisis Constitucional, Corte Constitucional, Desobediencia Constitucional

I. INTRODUCTION

The constitution is the result of political, social, and cultural processes; it is also an autobiography of the state, reflecting the diversity of its society and factors to be manifested in the future⁵. Therefore, the constitution is regarded as the highest norm in the country. As the basic law (*grondwet*)⁶, the constitution guides the administration of national life. In the context of Indonesia, the 1945 Constitution is considered as the state law.

The Indonesian Reformation Era was marked by amendments to the 1945 Constitution implemented in 1999–2002⁷. Thus, most of the content in the Indonesian Constitution was changed⁸, several state institutions were abolished as they were considered irrelevant in the administration, and a few state institutions were established based on necessity. One of the new institutions was the Constitutional Court, making Indonesia the 78th country⁹ to establish an administrator of judicial power other than the Supreme Court¹⁰. The Indonesian Constitutional Court has four powers and one obligation:

1. Review the laws against the constitution;
2. Resolve disputes over the authority of state institutions of which powers are granted by the constitution;
3. Decide on the dissolution of political parties;
4. Resolve disputes over general election results¹¹;
5. Decide on the opinion of the House of Representatives regarding alleged violations by the President and/or Vice President according to the Constitution.¹²

⁵ MANAN and HARJANTI (2015) p. ix.

⁶ ASSHIDDIQIE (2010) p. 72.

⁷ INDRAYANA (2008) p. 72

⁸ NGGILU (2014) p. 102.

⁹ ASSHIDDIQIE (2005a) p. 193.

¹⁰ BASUKI and JAELANI (2018) p. 2.

¹¹ Article 24B Paragraph (1) of the 1945 Constitution, Indonesia.

¹² Article 24B Paragraph (2) of the 1945 Constitution, Indonesia.

As the *guardian* of the constitution, the Constitutional Court is tasked with maintaining the dignity of the law¹³ while ensuring that the constitutional values are carried out responsibly by all elements of the nation¹⁴. The decision of the Constitutional Court is final and binding; no other legal remedy can be approached for amendments¹⁵. However, despite this nature, there have been several cases of disobedience to the decisions of the Constitutional Court not only by the legislative and executive bodies but also by the judiciary, that is, the Supreme Court¹⁶.

Disobedience to the final and binding decisions of the Constitutional Court reflects disloyalty to the constitution¹⁷. The Constitutional Court is functionally the guardian of the constitution¹⁸, and being straddled by state institutions is tantamount to disobedience to the constitution. If such disobedience persists, a much worse situation may emerge, such as a constitutional crisis.

Constitutional crisis is a scenario in which three events may occur: first, the constitution is only used as a state document with semantic value, its norms stated only in text but absent in context. Second, the Constitutional Court decision that is a form of guarantee for safeguarding the dignity of the constitution is ignored and violated by the legislative, executive, and judicial bodies. Third, political intervention dilutes the independence and impartiality of the Constitutional Court.

This study discusses events that reflect a constitutional crisis, especially the criteria for disobedience to a Constitutional Court decision. The required solution to prevent disobedience to the constitution is also outlined.

II. RESEARCH METHOD

The research approaches used in this study are as follows¹⁹: 1) the Constitutional Design Analysis, which includes the formulation of the Indonesian Constitution relating to the design of authority of the Constitutional Court and the nature of its decisions; 2) conceptual approach, which is reflected in the use of the concept of constitutional justice and of a constitutional crisis, developed through this paper; and 3) case study methodology, which is intended to help describe various events that make up a constitutional crisis, especially incidents of disobedience to Constitutional Court decisions. Primary legal materials with authoritative value, such as the Indonesian Constitution, Constitutional Court Laws, and Constitutional Court Verdicts, were used. Secondary sources included books and primarily journal articles that discuss issues of the Constitutional Court, deterioration of democracy, and the destruction of the constitution. The legal materials obtained were then analyzed and are presented below.

¹³ ASSHIDDIQIE (2005b) pp. 33-35.

¹⁴ NGGILU (2019) pp. 44-45.

¹⁵ LUMBUUN (2009) p. 68.

¹⁶ NGGILU (2019) p. 44

¹⁷ NGGILU (2019) p. 51. See also SAIFULLAH (2022) p. 163.

¹⁸ HANDAYANI and others (2019) p. 37.

¹⁹ MARZUKI (2011) p. 93.

III. CONSTITUTIONAL CRISIS IN DEMOCRATIC COUNTRIES

Jurists use several terms to describe the constitutional crises that occur in various countries. Aziz Huq and Tom Ginsburg used the term “constitutional retrogression”²⁰, while David Landau proposed “Abusive constitutionalism”²¹. Daly²² and Machado²³ used the term “constitutional damage”. Syah²⁴ used the term “constitutional crisis” to describe Sri Lanka when President Sirisena dissolved the Parliament and announced parliamentary elections in January 2019. The President’s action was considered a form of executive defiance of the constitution.

“Constitutional retrogression” requires three indicators, namely, a democratic electoral system, the right to speak, and legal integrity. Abusive constitutionalism focuses on democratic destruction through constitutional amendments, as happened in Venezuela and Colombia. By comparison, the “constitutional crisis” uses the constitution and the Constitutional Court as its main measure with three indicators. First, norms in the constitution are used only as accessories and only if they benefit the interests of the regime; otherwise, they lose their use. Second, the Constitutional Court that is designed as an institution to uphold the values of constitutionalism is disobeyed in its rulings not only by the government, in this case the President and legislative bodies, but also by fellow institutions holding judicial power such as the Supreme Court and the judiciary. The defiance of the President and legislative institutions is most evident from the lack of execution of the many decisions of the Constitutional Court that ordered changes or cancellations. In addition, with the absolute authority of the President in issuing Government Regulations in Lieu of Law, regulations that asymmetrically contradict the decisions of the Constitutional Court are implemented. As for the judiciary, Constitutional Court decisions are disobeyed in cases that are later tried and decided by the Supreme Court or other judicial bodies. Even when the Constitutional Court decision is part of the consideration, separate interpretations supplied by judges clearly deviate from the aforementioned decision. Finally, the amputation of independence and impartiality can further intensify the attack on the Constitutional Court.

Awareness of the importance of the principle of impartiality and independence of the institution of the Constitutional Court is the responsibility of the judiciary. Under executive or legislative powers, one way to weaken or subordinate the Constitutional Court is through budget allocations and changing provisions, including the extreme act of amputating the term of office of its judges with constitutional authority (i.e., authority to elect constitutional judges, which is given to the House of Representatives or the President) and use arguments that appear constitutional. Constitutional Court become of the main focuses because in other countries that experiencing constitutional crises, the most targeted

²⁰ HUQ and GINSBURG (2018) pp. 80-168.

²¹ LANDAU (2013) pp. 189-259.

²² DALY (2019) pp. 9-36.

²³ MACHADO (2013) p. 237.

²⁴ SYAH (2020) pp. 133-156.

institution is the Constitutional Court. This is because in countries that are experiencing a transition from authoritarianism to democracy, the Constitutional Court is the main actor functioning to maintain democracy by protecting its own independence and that of other state institutions and upholding human rights²⁵.

IV. INTENSIFYING DISOBEDIENCE TO CONSTITUTIONAL COURT RULINGS: REFLECTIONS ON THE INDONESIAN CONSTITUTIONAL CRISIS

As the constitution is considered the supreme law of the land, ensuring its proper implementation is the critical work of the Constitutional Court. The Indonesian Constitutional Court does not only ensure adherence to laws²⁶ made by the legislative body but also performs other functions as the guardian of democracy, protector of human rights, and protector of citizens' constitutional rights²⁷. Despite its central and strategic position, the Constitutional Court decision is widely straddled and disregarded, especially by the institutions that are supposed to follow its rulings. This form of disobedience has resulted in delayed constitutional justice.

Disobedience to Constitutional Court decisions is reflected in the failure to follow its decisions in review of the constitutionality of laws by the House of Representatives²⁸. In 2013–2018, 24 Constitutional Court decisions were not followed by legislators²⁹, namely, the House of Representatives³⁰ and other arms of the government³¹. This situation indicates that the House of Representatives or Dewan Perwakilan Rakyat (DPR) actually carried out legislative omissions³², a behavior in which legislators do not perform their obligations in amending laws that have been cancelled either in part or in whole by the Constitutional Court. These conditions showed the negative behavior of the legislature, which is believed to produce conflicting regulations and ideological flaws³³. As such, 1,491 requests for reviewing the constitutionality of laws were submitted to the Constitutional Court in the period of 2003–2022, of which 281 case rulings were granted petitions³⁴.

The defiance of the Constitutional Court's decision by the House of Representatives worsens with the amputation of the independence of a constitutional judge, such as in the case of the replacement of Constitutional Judge Aswanto. His term was not extended be-

²⁵ Satrio (2018) pp. 271–300.

²⁶ PUBLIC RELATION OF CONSTITUTIONAL COURT (2021).

²⁷ Putri and Ali (2019) p. 886.

²⁸ Dewi and others (2016) p. 239.

²⁹ Sulistyowati and others (2019) p. 75.

³⁰ The House of Representatives of the Republic of Indonesia holds the power to form laws, as stated in Article 20 Paragraph (1) of the 1945 Constitution, Indonesia.

³¹ The President has the authority to submit draft laws to the House of Representatives of the Republic of Indonesia, as stated in Article 5 Paragraph (1) of the 1945 Constitution, Indonesia.

³² Grzybowski (2009) p. 1.

³³ Anggono (2016) p. 4.

³⁴ Tohadi Tohadi (2022) p. 21.

cause he was considered to have performed poorly by the House of Representatives³⁵. Such performance assessment is based on the number of laws formed by the House of Representatives but annulled by the Constitutional Court, which is what happened in the case of Judge Aswanto³⁶.

Aswanto's appointment was indeed proposed by the representatives of the people as mandated by the constitution and stipulated in Article 24C Paragraph (3)³⁷, which confirms that the Constitutional Court has nine judges appointed by the President. Of the nine, three each are nominated by the Supreme Court, the House of Representatives, and the President. However, Aswanto or other judges are not subject to the interests of these institutions but rather to the values of constitutionalism. Indeed, the arrangement for the appointment of constitutional judges is regulated in the Indonesian Constitution, but a constitutional order explains the regulation of their appointment and detention.

The dismissal of Judge Aswanto is not in accordance with the criteria of dismissing constitutional judges, namely, age of 70 years, resigning, being sentenced to imprisonment based on an intractable decision, and committing an ethical violation³⁸. The dismissal is not only a concrete form of the House of Representatives ignoring the Constitutional Court Law, but also an orchestration of the use of political power in undermining the principle of impartiality of the judiciary, especially the Constitutional Court.

The culmination of the rivalry between the House of Representatives and the Constitutional Court that led to the dismissal of Judge Aswanto is closely related to the Constitutional Court Decision Number 91/PUU-XVIII/2020, which in essence states that Law Number 11 of 2020 on Job Creation is declared conditionally unconstitutional³⁹. The process of forming this law does not maximize public participation. The public participation is an important aspect in this era of constitutional democracy⁴⁰ because it will make 'the law is in accordance with the interests of the community as the holder of the highest sovereignty and the legitimacy of the community toward the law will be stronger⁴¹. In its ruling, the Constitutional Court ordered the DPR to improve the law within 2 years by optimizing meaningful participation.

Commission 3 Chairman Bambang Wuryanto presented the argument that Aswanto was replaced due to being unable to safeguard the interests of the people's representatives⁴². This case shows the superficial institutional understanding of the Commission 3 Chairman and DPR because the constitutional design of the Constitutional Court attaches independence in deciding every case that the judges decide despite being elected by the DPR,

³⁵ Komisi III, The House of Representatives of Indonesia (2022).

³⁶ HARDIANTORO (2022).

³⁷ The regulation for the selection of constitutional judges in the Constitution of the Republic of Indonesia is indeed limited because the Basic Law delegates further arrangements on the mechanism for appointing and dismissing constitutional judges as regulated in the Constitutional Court Law.

³⁸ Article 23 of Law No. 7, 2022.

³⁹ Constitutional Court Decision (2021): p. 416.

⁴⁰ ELKINS, GINSBURG and BLOUNT (2008) pp. 361-382.

⁴¹ CROMBRUGGE (2017) pp. 13-36.

⁴² KOMPAS (2023).

President, and the Supreme Court. The Constitutional Court performs the function of ensuring that legislation passed by the DPR and the President in the form of laws does not violate the constitution.⁴³

The amputation of the independence and impartiality of the Constitutional Court through the dismissal of Constitutional Justice Anwar Usman reflects a constitutional crisis. This scenario is also a marker of the “democratization dilemma” raised by Blokker,⁴⁴ which states that the actions of rulers make use of constitutionalist discourse but subtly distort the principles and values of modern constitutionalism. The dismissal of Justice Aswanto is constitutionally postulated as a normal replacement and in accordance with the constitutional authority of the House of Representatives but is actually a form of amputation of the principle of impartiality and independence of the judiciary that is the hallmark of modern constitutionalism.⁴⁵ Aswanto’s dismissal reveals that the Constitutional Court is similar to a company under the House of Representatives where constitutional judges are directors that can be replaced at any time by “shareholders”. In this direction, Aswanto’s successor, Guntur Hamzah, was elected by the House of Representatives without undergoing a fit and proper test as stipulated in the constitutional law.⁴⁶

Nowadays, the House of Representatives has increasingly and publicly demonstrated its intervention and intimidation to the Constitutional Court such as in a press conference conducted by its Eight Factions, among others: Gerindra, Golkar, Nasional Demokrat (Nasdem), Partai Keadilan Sejahtera, Partai Persatuan Pembangunan, Partai Kebangkitan Bangsa, Partai Amanat Nasional, and dan Partai Demokrat. Gerindra party faction representative Habiburokhman expressly stated that if the Constitutional Court is to decide the application for judicial review of the Election Law related to the electoral system from an open to a closed proportional system, then the House of Representatives is prepared to use its authority to revise the Constitutional Court Law, amputate its ruling,⁴⁷ and cut down its budget allocation⁴⁸. Although the Constitutional Court ultimately rejected the application for judicial review of the electoral system⁴⁹, the House of Representatives has already shown plans to use its authority with unconstitutional purposes, namely, to undermine the impartiality and independence of the Constitutional Court as guaranteed by the 1945 Constitution of the Republic of Indonesia.

In addition to the above disobedience by the House of Representatives, a real form of defiance is performed by the government. The Constitutional Court declared Article 1 number 23, Article 4 Paragraph (2), Article 44, Article 45, Article 45, Article 48 Paragraph (1), Article 59 letter a, Article 61, and Article 63 of Law Number 22 of 2001 concerning Oil and Gas and the phrase “implementing agency” (BP Migas) as unconstitutional⁵⁰. In

⁴³ BUTT (2012) pp. 175-195.

⁴⁴ BLOKKER (2018) pp. 437-470.

⁴⁵ ROZNAI (2014) p. 62.

⁴⁶ HIDAYAT (2022).

⁴⁷ DETIKNEWS (2023).

⁴⁸ REPUBLIKA (2023).

⁴⁹ CONSTITUTIONAL COURT DECISION (2022)

⁵⁰ CONSTITUTIONAL COURT DECISION (2012)

practice, the government did not implement the decision to abolish the implementing body but instead outmaneuvered it by changing the name of the institution from Oil and Gas Implementing Agency (BP Migas) to Special Task Force for Upstream Oil and Gas Business Activities (SKK Migas). However, its duties and functions are the same as the BP Migas institution that was declared unconstitutional by the Constitutional Court⁵¹.

Disobedience to the decisions of the Constitutional Court by the President as the head of state and the government is also reflected in the issuance of Government Regulations in Lieu of Laws⁵². This regulation was issued after a Constitutional Court decision stated that the Job Creation Law formed by the People’s Legislative Assembly and the Government was unconstitutional owing to the lack of meaningful participation⁵³. A major feature in a constitutional democracy⁵⁴ is public participation in the formation of legal policy,⁵⁵ including the formation of a law. Under the pretext of compelling urgency, President Joko Widodo issued the regulation formed on the basis of the full subjectivity of his office. The incident reflects an attitude of dictatorship⁵⁶; instead of complying with the Constitutional Court decision while encouraging access to public participation in improving the Job Creation Law, the President established a Government Regulation in Lieu of Law, which in fact did not open any space for public participation due to its subjective basis. Zainal Arifin Mochtar strongly criticized the President, who seemed to take refuge in the proposition of “compelling urgency” to issue the regulation. According to Zainal⁵⁷, the issuance does not meet the formal requirement of a compelling emergency; the President’s actions reflect a forced emergency.

The abovementioned action of the President ignores the provisions of Article 24C that states that Constitutional Court decisions are final and binding, which means that they should be obeyed by all elements of the nation, including the government. Rather, the President’s action is a constitutional instrumentalization⁵⁸ in which he used his constitutional authority stipulated in Article 22 of the Constitution of the Republic of Indonesia Year 1945. However, the issuance of the regulation also ignores the final and binding decision of the Constitutional Court, which is expressly stated in Article 24C of the Basic Law.

This constitutional instrumentalization carried out by the President is not the first instance of disobedience. President Joko Widodo also established Government Regulation in Lieu of Law (Perpu) Number 2 of 2017, which enabled the government to dissolve organizations without the need for judicial mechanisms⁵⁹. This act clearly ignores an important principle and feature in the teachings of modern constitutionalism, namely, the right of citizens to express and organize themselves as guaranteed by the Indonesian Constitu-

⁵¹ Presidential Regulation No, 9, 2012

⁵² Government Regulation In Lieu of Law No. 2, 2022.

⁵³ CONSTITUTIONAL COURT DECISION (2012) p. 416.

⁵⁴ ELKINS and others (2008) pp. 361-382.

⁵⁵ CROMBRUGGE, (2017) pp. 209-218.

⁵⁶ ROSSITER (2009) p. 3.

⁵⁷ MOCHTAR (2023).

⁵⁸ SATRIO (2018) pp. 271-300.

⁵⁹ SATRIO (2019) pp. 175-195.

tion. This action is a form of constitutional instrumentalization,⁶⁰ which is formally constitutional but substantively counter-constitutional.

In this case, President Joko Widodo targeted the Indonesian Hizbu Tahrir Organization as a hardline Islamist group that successfully mobilized the masses to overthrow his ally, Basuki Tjahaya Purnama, the governor of Jakarta. The President's critics were silenced by legal instruments such as the information and technology law, the Criminal Code, which targets activists who use the hashtag "ChangePresident"⁶¹ as a movement against the Joko Widodo government. In addition, threats, and intimidation in the campus environment, specifically of a Professor of Constitutional Law at the Islamic University of Indonesia, in a discussion planned at Gadjah Mada University raised the issue of Presidential Impeachment⁶². This condition is observed by Ozan Varol, who states that the authoritarian leadership strategy in modern times is to undermine democracy by constitutional means⁶³, which seems to be occurring in Indonesia.

Further, disobedience to Constitutional Court decisions can occur in the context of implementing its provisions in disputes over the results of general elections⁶⁴. In its decision, the Constitutional Court annulled the success of the candidate pair determined by the West Waringin City General Election Commission⁶⁵, which strangely rejected this decision⁶⁶ based on a vote of its members⁶⁷. In addition to this dissent by a regional election commission, the Central Election Commission recently disregarded a Constitutional Court ruling. The commission is constitutionally authorized to hold general elections and issued the General Election Commission Regulation (PKPU) Number 10 of 2023 concerning the Nomination of Members of the People's Representative Council, Provincial and Regency/City People's Representative Councils, and the General Election Commission Regulation (PKPU) Number 11 of 2023 concerning the Nomination of Individuals Participating in the General Election for Members of the Regional Representative Council. These regulations provide space for former prisoners to run for legislature without having to wait for a period of 5 years after serving a sentence of confinement/imprisonment as stipulated by the Constitutional Court in Decision Number 87/PUU-XX/2022 and Decision Number 12/PUU-XXI/2023. The action of the General Elections Commission was called by Former Commissioner of the Corruption Eradication Commission, Bambang Wijayanto, a counter-constitutional action that presents a new norm in PKPU to contradict the Constitutional Court decision⁶⁸.

Defiance of the constitution is also committed by judicial institutions. Constitutionally, judicial power in Indonesia is distributed between two institutions. First, the Supre-

⁶⁰ Satrio (2018) pp. 271-300.

⁶¹ Warburton and Aspinall (2019).

⁶² Satrio (2020).

⁶³ Varol (2015) pp. 1673-1742.

⁶⁴ Nggilu (2019) p. 42.

⁶⁵ Constitutional Court Decision (2010).

⁶⁶ Minutes of General Election Commission of West Waringin City No. 397/BA/VI/2010, 2010.

⁶⁷ Soerose (2013) p. 230.

⁶⁸ PerluDEM (2023).

me Court is authorized to function as a cassation court, test regulations under and against the law⁶⁹, and execute other powers granted by law. In carrying out the duties of the Supreme Court, judicial bodies within its scope include the general judicial, religious court, military court, and state administrative court environments (state administrative court)⁷⁰. The second holder of judicial power based on constitutional design is the Constitutional Court. As an institution of judicial power with final and binding decisions in every exercise of its authority, the decisions of this court must be obeyed by all judicial institutions, namely, the Supreme Court and its subject judicial bodies, who in practice show non-compliance.

The following are certain cases in which Constitutional Court decisions were defied by the Supreme Court:

1. The decision of the Constitutional Court states that judicial review by the Supreme Court is postponed if the law used as its basis is still under review by the Constitutional Court until a decision is reached⁷¹. However, the Supreme Court issued a Circular Letter to all its courts stating that it has the authority to exercise judicial review rights that are still being tested although the law used as their basis is under review by the Constitutional Court⁷².
2. The decision of the Constitutional Court recognizes Peradi, the only advocate organization referred to in the Advocate Law. Thus, the authority given to prospective advocates to conduct educational activities is implemented only through this organization and oath-taking is performed under the High Court throughout Indonesia. However, the Chief Justice of the Supreme Court issued a letter⁷³ addressed to the Chief Justice of the High Courts of Indonesia stating that advocates who are affiliated with organizations other than Peradi are also eligible for oath-taking. This directive disregards the Constitutional Court decision.
3. The decision of the Constitutional Court states that political party officials are not allowed to contest for the Regional Representatives Council⁷⁴, which the General Election Commission has followed and regulated in the form of General Election Commission Regulations⁷⁵. However, this regulation of the Chairman of the General Election Commission was annulled by the Supreme Court⁷⁶, making the rivalry between the two courts evident.

In addition to the incident of intensifying disobedience to the Indonesian Constitutional Court decisions and the amputation of the court's impartiality in the form of the dismissal of Constitutional Judge Aswanto, another important event that intensifies the

⁶⁹ Article 24A Paragraph (2) of the 1945 Constitution, Indonesia.

⁷⁰ SUBIYANTO (2012). pp. 661-680.

⁷¹ Constitutional Court Decision (2004) and Constitutional Court Decision (2018a)

⁷² SULISTYOWATI and others (2021) p. 128

⁷³ Letter of the Chief Justice of the Supreme Court No. 73/KMA/HK.01/IX/2015, 2015.

⁷⁴ CONSTITUTIONAL COURT DECISION (2018b).

⁷⁵ Regulation of General Election Commission No. 26, 2018.

⁷⁶ Dr. Oesman Sapta vs. Chairman of the General Election Commission (2018).

constitutional crisis is the neglect of constitutional norms by the House of Representatives in the exercise of its legislative powers.

Article 22 Paragraph (1) of the 1945 Constitution states that the President, in a state of emergency, can issue a Government Regulation in Lieu of Law. The President's power to form regulations shows absolute authority⁷⁷, given that at other times, the power to form a regulation, especially a law, must be discussed and mutually agreed upon by the DPR and the President⁷⁸. In the context of a Government Regulation in Lieu of a Law, such regulation can be formed directly by the President. However, control over the issuance of Government Regulations in Lieu of Laws by the President is carried out by the House of Representatives in the form of giving approval in the session after the regulations are formed⁷⁹.

The implementation of a plenary meeting regarding the third session in 2023⁸⁰, which should be the highest forum for decision making, includes the approval of the Government Regulation in Lieu of the Job Creation Law⁸¹ formed by the President, which was in fact not approved by the House of Representatives⁸². This condition denotes the neglect of the provisions of Article 22 Paragraph (2) that basically states that approval of a Government Regulation in Lieu of Law must be carried out at the subsequent session (Plenary Meeting of the Period of the DPR Session). This indicates that the Government Regulation in Lieu of Law has lost its validity and thus must be revoked by the President.

V. FORCED POWER FORMULA TO SUPPRESS DISOBEDIENCE TO CONSTITUTIONAL COURT DECISIONS

One of the main differences between the judicial power held by the Supreme Court and that held by the Constitutional Court is that the former has a unit within its institutional scope that has the function of executing the decisions of the Supreme Court and its judicial bodies in the general court, state administrative court, religious court, and military justice. Meanwhile, the Constitutional Court does not have a special unit that institutionally functions to implement its decisions.

The intensifying disobedience to rulings of the Constitutional Court results in the unhealthy administration of a constitutional democratic state and creates uncertainty about the values of constitutional justice embedded in Constitutional Court decisions. Therefore, a formula is required to suppress forms of such disobedience.

Efforts to suppress disobedience through the moral consensus of state institutions⁸³ cannot be used as the only formula for increasing adherence to decisions of the Constitutional Court. Additional measures are required as a coercive power for state institutions to

⁷⁷ PRAYITNO (2020) p. 463.

⁷⁸ PERMAQI (2017) p. 408.

⁷⁹ See more in Article 22 Paragraph (2) of the 1945 Constitution, Indonesia, and the Explanation of Article 52 Paragraph (1) of LAW No. 12, 2011.

⁸⁰ The House of Representatives of Indonesia (2023).

⁸¹ Government Regulation In Lieu of Law No. 2, 2020.

⁸² PEOPLE'S CONSULTATIVE ASSEMBLY (2023).

⁸³ SOEROSO (2013) p. 248.

ensure their adherence to the decisions of the Constitutional Court. Certain measures are suggested below:

1. The inclusion of a follow-up period by the adresat in the Constitutional Court decision⁸⁴ is very important, especially for non-self-executing decisions. Thus far, in several cases decided by the Constitutional Court, the absence of this grace period allows the adresat to not follow case decisions reviewing the constitutionality of the law (e.g., the House of Representatives).

2. Establishment of a body or unit directly under the Constitutional Court to monitor the implementation of decisions. This unit or body must also be attached with the authority to remind the decision adresat, especially the House of Representatives, President, and the other institutional entities that do not obey the decisions of the Constitutional Court. Vice versa, through this mechanism, the President, House of Representatives, or other institutional entities can provide clarification regarding the non-follow-up of the Constitutional Court decisions, which are supposedly final and binding⁸⁵.

3. The imposition of administrative sanctions in the form of forced money or dwangsom, a terminology from the Netherlands that is familiar in Indonesia as a former Dutch colony. Forced money or dwangsom is a common practice in the Indonesian State Administrative Court as stipulated in Article 116 of Law Number 51 of 2009. If the adresat does not enforce the court decision, the court may assign forced money to a determined party. Dwangsom is also interpreted by Rocky Marbun⁸⁶ as a forced claim or additional punishment for the defendant in the context of the State Administrative Court. The imposition of forced money or dwangsom can also be considered to force the adresat of the Constitutional Court decision to obey. In the case of disobedience to the decision, then the party is charged with forced money (dwangsom) to be deposited with the state. The imposition of forced money or dwangsom does not necessarily eliminate the obligation of parties to follow the Constitutional Court decision⁸⁷.

4. Acts of disobedience to Constitutional Court decisions can be qualified as unprofessional conduct, which is considered and assessed as improper behavior⁸⁸. In the Indonesian context, every profession and position in the legislative, executive, and judiciary are bound by a code of ethics, one of which is attachment to provisions of laws and regulations. Therefore, non-compliance with laws and regulations is behavior as a form of unprofessional conduct. Disobedience to the decision of the Constitutional Court means the same as non-compliance with the constitution and laws, and thus can be qualified as unprofessional conduct to be processed through an ethics trial and be subject to ethical sanctions. For example, disobedience to the de-

⁸⁴ HANDAYANI and others (2019) p. 42.

⁸⁵ LUMBUN (2009). pp. 192-223.

⁸⁶ SUYANTO (2022) pp. 34-47.

⁸⁷ SUYANTO (2022) pp. 34-47.

⁸⁸ MARCUM (2010) p. 1.

cision of the Constitutional Court carried out by judges within the Supreme Court or even the Chief Justice himself can be tried by the Supreme Court Oversight Board and the Judicial Commission. Meanwhile, disobedience by the General Elections Commission can be considered an ethical violation and be examined and tried by the Honorary Board of Election Organizers. Meanwhile, if a violation of ethics in terms of disobedience is committed by the House of Representatives, then the Honorary Court can conduct the examination and trial. If the President disobeys the Constitutional Court ruling, then the People's Consultative Assembly can be asked to hold trial.

5. Expansion of the meaning of contempt of court. Contempt of court itself is defined as an act that deliberately defies or violates authority or thwarts judicial duties and is carried out by a person by being a party to the case at trial or deliberately disobeying a valid court order⁸⁹. The Indonesian Criminal Code includes a contempt of court arrangement in Chapter VI, Book II, Articles 325–335 with the term 'criminal act against the administration of justice'. The latest law on the Criminal Code, Law Number 1 of 2023, is also reflected in the concept of contempt of court as stipulated in Article 293. This provision individually criminalizes all those who damage buildings and court equipment, including those that result in law enforcement who temporarily carry out their duties or if witnesses who give testimony at the time of trial are injured or even die. The expansion of the meaning of contempt of court is not only interpreted as making noise in the trial but disobedience to court decisions, including those of the Constitutional Court, given that acts of defiance are the worst form of damage to the prestige and dignity of the judiciary. With this expansion of the meaning of contempt of court, anyone who disobeys the Constitutional Court decision can garner criminal consequences⁹⁰. Although the aspect of defiance to court decisions, especially the Constitutional Court, is directed at the coalification of contempt of court, this measure needs to be used as a last resort. When various other formulas have been applied and failed, and cause repeated acts of defiance, then the imposition of contempt of court can be the last measure to be taken.

VI. CONCLUSIONS

The House of Representatives neglected the provisions for the formation of regulations, particularly Article 22 Paragraph (2) of the 1945 Constitution, with the amputation of the principle of impartiality of the Constitutional Court in the form of the dismissal of Constitutional Judge Aswanto. The increasing defiance of Constitutional Court decisions indicates a constitutional crisis. The application of feasible measures, such as including a grace period for implementing Constitutional Court decisions, application of criminal and administrative sanctions, and the ethical prosecution of acts of disobedience to Constitutional Court decisions as unprofessional conduct, can help suppress the intensifying dis-

⁸⁹ JOHNY (2009) pp. 135-144.

⁹⁰ NGGILU (2019) p. 58.

obedience to state institutions, namely, the legislative, executive, and judiciary bodies, and in this case, the Supreme Court.

CITED BIBLIOGRAPHY

- ASSHIDDIQIE, Jimly (2005a): *Konstitusi dan Konstitusionalisme Indonesia* (Jakarta, Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan MKRI).
- ASSHIDDIQIE, Jimly (2005b): *Format kelembagaan Negara dan Pergeseran Kekuasaan Dalam UUD 1945* (Yogyakarta, FH UII Press).
- ASSHIDDIQIE, Jimly (2010): *Perihal Undang-Undang* (Jakarta, Rajawali Pers).
- BASUKI, Udiyo and KADIR JAELANI, Abdul (2018): “Problematika Pelaksanaan Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 100/PUU-XI/2013 Dalam Mendudukkan Pancasila Sebagai Dasar Negara” *Wacana Hukum: Jurnal Fakultas Hukum Universitas Slamet Riyadi* Vol. 24 No. 2: pp. 1-14.
- BLOKKER, Paul (2018): “Dillema of Democratisation from Legal Revolution to Democratic Constitutionalism?” *Nordic Journal of International Law* Vol. 18 No. 2: pp. 437-470.
- BUTT, Simon. (2012): “Indonesia’s Constitutional Court: conservative activist or Strategic operator?”, In Björn Dresse (edits). *The Judicialization of Politics in Asia* (New York: Routledge).
- CROMBRUGGE, R.V. (2017): “Belgium anad Democratic Constitution-Making: Prospect for the Future” *Netherlands Journal of Legal Philosophy* Vol. 46 No. 1: pp. 13-36
- DWI ANGGONO, Bayu (2016): “The Politics of Law on the Formation of Responsive, Participative, and Populist Legislation”, *International Journal of Bussines, Economic and Law* Vol. 9 No. 4: pp. 4-9.
- EDI SUBIYANTO, Achmad (2012):. “Mendesain Kewenangan Kekuasaan Kehakiman Setelah Perubahan UUD 1945” *Jurnal Konstitusi* Vol. 9 No. 4: pp. 661-680.
- ELKINS, Zachary; GINSBURG, Tom and BLOUNT, Justin (2008): “The Citizen as Founder: Public Participation in Constitutional Approval” *Temple Law Review*, Vol. 81 No. 2: pp. 361-382.
- GAYUS LUMBUUN, Topane (2009): “Tindak Lanjut Putusan Mahkamah Konstitusi Oleh DPR RI” *Jurnal Legislasi Indonesia*, Vol. 6 No. 3: pp. 77-94.
- GERALD DALY, Tom (2019): “Democratic Decay: Conceptualising an Emerging Research Field” *Hage Journal on The Rule of Law* Vol. 11 No. 1: pp. 9-36
- GRZYBOWSKI, Marian (2009): “Legislative Omission in Practical Jurisprudence of the Polish Constitutional Tribunal” *Observatorio da Jurisdicao Constitutional* No. 1: pp. 1-14.
- HANDAYANI, I Gusti Ayu Ketut Rachmi and others (2019): “Model Pelaksanaan Putusan Mahkamah Konstitusi yang Eksekutabilitas dalam Pengujian Peraturan Perundang-Undangan di Indonesia” *Jurnal Bestuur* Vol. 7 No. 1: pp. 36-46.
- HARDIANTORO, Alinda (2022): *Polemik Pencopotan Aswanto dari Hakim Konstitusi*, kompas.com, Available at: <https://www.kompas.com/tren/read/2022/10/01/200500065/polemik-pencopotan-aswanto-dari-hakim-konstitusi?page=all>. Date of access: February 28, 2023.

- HIDAYAT, Rofiq (2022): *Pengangkatan Guntur Hamzah Sebagai Hakim Konstitusi Dinilai Inkonstitusional*. Available at <https://www.hukumonline.com/berita/al-pengangkatan-guntur-hamzah-sebagai-hakim-konstitusi-dinilai-inkonstitusional-lt637db6afa0cdf/?page=all> Date of access: July 7, 2023.
- HADIATY JOHNY, Ruby (2009): “Contempt of Court (Kajian Tentang Ide Dasar dan Implementasinya Dalam Hukum Pidana)” *Jurnal Dinamika Hukum*, Vol 9 No. 2: pp. 135-144.
- HUQ, Aziz and GINSBURG, Tom (2018): “How to Lose Constitutional Democracy”, *UCLA Law Review*, Vol. 78: pp. 80-168.
- INDRAYANA, Deny (2008): *Amandemen Undang-Undang Dasar 1945, Antara Mitos dan Pembongkaran*, (Bandung, Mizan Pustaka).
- KOMISI III, THE HOUSE OF REPRESENTATIVES OF INDONESIA (2022): *Penggantian Hakim MK Aswanto Telah Sesuai Mekanisme*. Available at: <https://www.dpr.go.id/berita/detail/id/41327/t/Penggantian+Hakim+MK+Aswanto+Telah+Sesuai+Mekanisme>. Date of access: February 28, 2023.
- KOMPAS (2023): *Aswanto Mendadak Diberhentikan Dari Hakim MK, Komisi III: Dia Wakil DPR, tapi Produk DPR dia Anulir*. Available at <https://nasional.kompas.com/read/2022/09/30/15483001/aswanto-mendadak-diberhentikan-dari-hakim-mk-komisi-iii-dia-wakil-dpr-tapi>. Date of access: July 7, 2023.
- LAKSONO SOEROSO, Fajar (2013): “Pembangkangan terhadap Putusan Mahkamah Konstitusi” *Jurnal Yudisial*, Vol. 6 No. 3: pp. 227-249.
- LAKSONO SOEROSO, Fajar (2023). “Ketidapatuhan vs Kekuatan Public Support, Seberapa Berani Mahkamah Konstitusi?” *Grondwet: Jurnal Hukum Tata Negara & Hukum Administrasi Negara*, Vol. 2 No. 2: pp. 192-223.
- LANDAU, David (2013). “Abusive Constitutionalism”, *UC Davis Law Review*, Vol. 47 No. 189: pp. 189-259
- MARCUM, Tanya (2010): *The Consequences of Unethical and unprofesional Conduct* (USA, Michigan Academia).
- NGGILU, Novendri (2014): *Hukum dan Teori Konsittusi (Perubahan Konstitusi yang Partisipatif dan Populis)* (Yogyakarta, UII Press).
- NGGILU, Novendri (2019): “Menggagas Sanksi atas Tindakan Constitution Disobedience Terhadap Putusan Mahkamah Konstitusi” *Jurnal Konstitusi* Vol. 16 No. 1: 43-60.
- WANTU, Fence and others (2021): “Indonesian Constitutional Interpretation: Constitutional Court Versus The People’s Consultative Assembly” *Journal of Legal, Ethical and Regulatory Issues*, Vol. 24 No. 6: pp. 1-11.
- MACHADO, Jonatas E.M. (2013): *The Portuguese Constitution of 1976: Hal-Life and Decay, In Engineering Constitutional Change: A Comparative Perspective on Europe, Canada, and the USE*, Edited by Xenophon Kontiades (London, Routledge).
- MAHMUD MARZUKI, Peter (2011): *Metode Penelitian Hukum* (Jakarta, Kencana).
- MANAN, Bagir and DWI HARJANTI, Susi (2015): *Memahami Konstitusi: Makna dan Aktualisasi* (Jakarta, Rajawali Press).
- NG, Silvia (2023): *Anggota DPR Ancam Cabut Kewenangan MK Jika Putuskan Pemilu Coblos Partai*. Available at <https://news.detik.com/pemilu/d-6747478/anggota-dpr->

- ancam-cabut-kewenangan-mk-jika-putusan-pemilu-coblos-partai. Date of access: July 7, 2023.
- PEOPLE’S CONSULTATIVE ASSEMBLY (2023): Hidayat Nur Wahid, *Gagal Disetujui DPR dan Kehilangan Relevansi, Wakil Ketua MPR: Sesuai UUD, Perppu Ciptaker harusnya dicabut*. Available at: <https://www.mpr.go.id/berita/Gagal-Disetujui--DPR-dan-Kehilangan-Relevansi,-Wakil-Ketua-MPR:-Sesuai-UUD,-Perppu-Ciptaker-Harusnya-Dicabut>. Date of access: March 1, 2023.
- PERDANA A. SAIFULLAH, Putra (2022): “Penafsiran Pembentuk undang-Undang Membentuk Kebijakan Hukum Terbuka Presidential Threshold Dalam Undang-Undang Pemilihan Umum Yang Bersumber Dari Putusan Mahkamah Konstitusi” *Jurnal Rechtsvinding, Media Pembinaan Hukum Nasional*, Vol. 11 No. 1: pp. 153-172.
- PERMAQI, Farhan (2017): “Politik Hukum Pembentukan Peraturan Pemerintah Pengganti undang-Undang Dalam Asas Hal Ihwal Kegentingan yang Memaksa”, *Jurnal Legislasi Indonesia*, Vol. 14 No. 4: pp 407-420.
- PERMATAA PUTRI, Intan and MAHRUS ALI, Mohamad (2019): “Karakteristik Judicial Order Dalam Putusan Mahkamah Konstitusi dengan Amar Tidak Dapat Diterima” *Jurnal Konstitusi*, Vol. 16 No. 4: pp 883-904.
- PRAYITNO, Cipto (2020): “Analisis Konstitusionalitas Batasan Kewenangan Presiden dalam Penetapan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang” *Jurnal Konstitusi*, Vol. 17 No. 3: pp 523-539.
- PERLUDEM (2023): *Pernyataan 10 Eks Komisioner KPK terkait Kontroversi PKPU 10/2023 dan PKPU 11/2023 yang mempercepat mantan Narapidana Korupsi untuk dapat Menca- lonkan Diri Sebagai Anggota Legislatif*. Available at: <https://perludem.org/2023/06/13/pernyataan-10-eks-komisioner-kpk-terkait-kontroversi-pkpu-10-2023-dan-pkpu-11-2023-yang-mempercepat-mantan-terpidana-korupsi-untuk-dapat-mencalonkan-diri-sebagai-anggota-legislatif/>, Date of access: February 7, 2023.
- PUBLIC RELATIONS OF CONSTITUTIONAL (2021): *Saldi Isra: Mahkota Kewenangan MK adalah Menguji UU*. Available at: <https://www.mkri.id/index.php?page=web.Berita&id=17393>. Date of access: February 28, 2023.
- PUTRI SUYANTO, Wulan Febriyanti (2022): “Efektivitas Eksekusi Upaya Paksa” *Jurnal Al Tasri’iyyah*, Vol. 2 No. 1: pp. 34-47.
- RAMADHAN, Bilal (2023): *DPR Ancam ‘Sunat’ Anggaran, MK enggan Tanggapi*. Available at <https://news.republika.co.id/berita/rviskr330/dpr-ancam-sunat-anggaran-mk-enggan-tanggapi> Date of access: February 7, 2023.
- ROZNAI, Yaniz (2014): *Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers*. Thesis for applying degree of Doctor of Philosophy at Department of Law of
- ROSSITER, Clinton (2009): *Constitutional Dictatorship: Crisis Government in the Modern Democracies*, (United State, Princeton University Press).
- SATRIO, Abdurrachman (2018): “Constitutional Retrogression in Indonesia Under President Joko Widodo’s Government: What Can the Constitutional Court do?” *Constitutional Review*, Vol. 4 No. 2: pp. 271-300.

- SATRIO, Abdurrachman (2019): "A Battle Between Two Populist: The 2019 Presidential Election and the Resurgence of Indonesia's Authoritarian Constitutional Tradition" *Australian Journal of Asian Law*, Vol. 19 No. 2: pp. 175-195.
- SATRIO, Abdurrachman (2020): *Academic Freedom under Fire: Constitutional Law Scholars Threatened over Impeachment Talk. Indonesian at Melbourne*. Available at <https://indonesiaatmelbourne.unimelb.edu.au/academic-freedom-under-fire-constitutional-law-scholars-threatened-over-covid-impeachment-talk/> Date of access: June 9, 2020.
- SULISTYOWATI, Tri and others (2021): "Constitutional Compliance Solution to Law Testing Rulings in the Constitutional Court" *Jambura Law Review* Vol. 3 (Special Issue): pp. 117-134.
- SULISTYOWATI, Tri, IMAM NASEF, Muhammad, and RIDHO, Ali (2019): *Constitutional Compliance atas Putusan Mahkamah Konstitusi oleh Lembaga-Lembaga Negara* (Jakarta, Fakultas Hukum Universitas Trisakti dan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia).
- SYAH, Dian A.H. (2020): "Political Change and The Decline and Survival of Constitutional Democracy in Malaysia and Indonesia" *Constitutional Studies*, Vol. 8 No. 1: pp. 133-156.
- THE HOUSE OF REPRESENTATIVES OF INDONESIA (2023): *The 14th DPR RI Plenary Meeting Session Period III Session of 2022-2023, dated January 10, 2023*. Available at: <https://www.dpr.go.id/agenda/index/tanggal/2023-01-10>. Date of access: March 1, 2023.
- TOHADI TOHADI, Dian Ekawaty Prastiwi (2022): "Rekonstruksi Hukum Dalam Mewujudkan Kepatuhan Pembentuk Undang-Undang terhadap Putusan Mahkamah Konstitusi Sebagai Mekanisme Check and Balances" *Jurnal Rechtsvinding, Media Pembinaan Hukum Nasional* Vol. 11 No. 1: pp. 19-36.
- TRIHONI NALESTI DEWI, Yustina; RIAWAN TJANDRA, W. and R. NEIMANM, Grant (2016): "Independence of Judicial Power as a Foundation of Human Rights Judicial Function in Indonesia" *International Journal of Social and Humanity*, Vol. 6 No. 3: pp. 239-242.
- VAN CROMBRUGGE, Ronald (2017): "Belgium and Democratc Constitutional-Making: Prospect for the Future" *Netherlands Journal of Legal Philosophy*, No. 1: pp: 13-36.
- VAROL, Ozan (2015). "Stealth Authoritarianism" *Iowa Law Review*, Vol. 100 No. 2: pp. 1673-1742.
- WARBURTON, Eve and ASPINAL, Edward (2019). "Explaining Indonesia's Democratic Regression: Structure, Agency and Popular Opinion" *Contemporary Southeast Asia: A Journal of International and Strategic Affairs*, Vol, 41 No. 2: pp. 255-285.

CITED NORMS AND INSTRUMENTS

INDONESIA

- The 1945 Constitution of The Republic of Indonesia (10/08/2002).
- Law Number 12 of 2011 on Formation of Laws and Regulations (12/08/2011).
- Law Number 7 of 2020 on the Third Amendment to Law Number 24 of 2003 on the Constitutional Court (29/09/2020).
- Government Regulation in Lieu of Law Number 2 of 2022 on Job Creation (30/12/2022).
- Presidential Regulation Number 9 of 2013 on Implementation of Management of Upstream Oil and Gas Business Activities (10/01/2013).

Regulation of General Election Commission Number 26 of 2018 on the Second Amendment to the Regulation of General Election Chairperson Number 14 of 2014 on the Nomination of Individual Election Contestants for Members of the Regional Representative Council (06/08/2018).

Minutes of General Election Commission of West Waringin City No. 397/BA/VI/2010.

Letter of the Chief Justice of the Supreme Court Number. 73/KMA/HK.01/IX/2015 on Advocate Pledge (25/09/2015).

CITED CASE LAW

INDONESIA:

Constitutional Court Decision December 13, 2004. *Ponente*: Jimly Asshiddiqie. Decision No. 066/PUU-II/2004.

Constitutional Court Decision July 7, 2010. *Ponente*: Moh. Mahfud MD. Decision No. 45/PHPU.D.VIII/2010.

Constitutional Court Decision November 13, 2012. *Ponente*: Moh. Mahfud MD. Decision No. 36/PUU-X/2012.

Constitutional Court Decision March 20, 2018. *Ponente*: Anwar Usman. Decision No. 93/PUU-XV/2017.

Constitutional Court Decision March 23, 2018. *Ponente*: Anwar Usman. Decision No. 30/PUU-XVI/2018.

Constitutional Court Decision November 25, 2021. *Ponente*: Anwar Usman. Decision No. 91/PUU-XVIII/2020.

Constitutional Court Decision June 15, 2023. *Ponente*: Anwar Usman. Decision No. 114/PUU-XX/2022

Dr. Oesman Sapta VS. Chairman of the General Election Commission of The Republic of Indonesia. Supreme Court Decision No. 65/P/HUM/2018, October 25, 2018.

IMPUGNACIÓN DE LA ADMISIBILIDAD DE LA DECLARACIÓN DEL IMPUTADO POR FALTA DE VOLUNTARIEDAD. PERSPECTIVAS Y SOLUCIONES

CHALLENGING THE ADMISSIBILITY OF THE DEFENDANT'S STATEMENT FOR LACK OF VOLUNTARINESS. PERSPECTIVES AND SOLUTIONS

VÍCTOR BELTRÁN ROMÁN*

RESUMEN: El artículo aborda el problema probatorio que surge al impugnar la admisibilidad de la declaración del imputado por falta de voluntariedad en el sistema legal chileno. El objetivo del artículo es ofrecer perspectivas con soluciones operativas que permitan superar las dificultades existentes en torno a establecer qué interviniente debe acreditar las condiciones bajo las cuales se obtuvo dicha declaración. Se comienza examinando la situación actual a nivel nacional, destacando la ausencia de una solución expresa en la legislación, la escasa atención doctrinal que ha recibido el problema y la existencia de una serie de decisiones confusas de parte de la Corte Suprema. Luego, a fin de identificar posibles soluciones operativas al problema, se explora el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y algunas legislaciones extranjeras. A partir de los hallazgos, es posible identificar dos escenarios –uno con reforma legal y otro, sin reforma legal– que permitirían superar las dificultades actuales. De esa manera, el artículo proporciona una visión integral del problema y ofrece perspectivas concretas para superar las dificultades actuales asociadas a la impugnación de la admisibilidad de la declaración del imputado por falta de voluntariedad.

Palabras clave: Declaración del imputado, impugnación de admisibilidad, voluntariedad.

ABSTRACT: The article addresses the probatory problem of challenging the admissibility of the defendant's statement based on lack of voluntariness within the Chilean legal system. Its objective is to present operational solutions that overcome the existing difficulties in establishing which intervening party must prove the conditions under which the statement was obtained. Firstly, it examines the current national context, revealing the absence of a specific legislative solution, limited scholarly discourse on the matter, and confusing rulings by the Supreme Court. Secondly, potential operational solutions are explored by delving into international human rights law and foreign regulations. The findings identify two scenarios: one involving legal reform and the other without it, both offering avenues to overcome the exis-

* Master of Laws de la Universidad de Wisconsin-Madison. Candidato a Doctor en Derecho e Investigador Adjunto del Programa de Reformas Procesales y Litigación de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales. Dirección postal: Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, República 112, Santiago, Chile. Contacto: victor.beltran@mail.udp.cl. <http://orcid.org/0000-0003-3554-1838>. Agradezco a la Agencia Nacional de Investigación y Desarrollo de Chile, de quien recibo financiamiento para mis estudios doctorales a través de la beca ANID-Subdirección de Capital Humano/Doctorado Nacional/2021-21211455. Asimismo, agradezco las sugerencias formuladas por diversos profesores de la Facultad de Derecho UDP en una sesión de discusión de un borrador del presente trabajo. De igual manera, agradezco especialmente al profesor Mauricio Duce, por efectuar valiosos comentarios y sugerencias bibliográficas a versiones preliminares de este documento. Naturalmente, cualquier error es de mi exclusiva responsabilidad.

ting challenges. Consequently, the article provides a comprehensive overview of the problem and offers tangible perspectives to surmount the present obstacles associated with challenging the admissibility of the defendant's statement based on lack of voluntariness.

Keywords: Defendant's statements; admissibility challenge; voluntariness.

I. INTRODUCCIÓN

El presente artículo se desarrolla a partir del problema sumamente concreto y consiste de estudiar qué interviniente del proceso penal debe acreditar (o desacreditar) la voluntariedad de la declaración del imputado prestada ante la policía cuando se impugna su admisibilidad¹. En otras palabras, el trabajo se aproxima a la pregunta de qué interviniente debe probar las condiciones bajo las cuales se obtiene la declaración del imputado por funcionarios policiales una vez que se impugna su admisibilidad a juicio por falta de voluntariedad².

Para mayor claridad, el problema se da en el escenario que a continuación se describe. Primero, el Ministerio Público³ desea incorporar al juicio oral el contenido de la declaración que el imputado ha dado ante la policía, en la cual éste confiesa su participación en el delito que se investiga o entrega información que le perjudica. Segundo, la defensa sostiene que la declaración ha sido obtenida por la policía a través de alguna forma en que se afectó la voluntariedad del imputado⁴. Así, surge la pregunta de qué interviniente debe probar las condiciones en que se obtuvo la declaración y, consecuentemente la voluntariedad de esta: ¿aquel interviniente que cuestiona las condiciones en que se obtuvo o, por el contrario, aquel interviniente que desea incorporarla?

En el contexto descrito, el presente artículo tiene los siguientes objetivos. Primero, realizar un diagnóstico del asunto en Chile, esto es, dar cuenta del estado del arte y conocer de qué manera se ha tratado el problema a nivel legal, doctrinal y jurisprudencial. Segundo, describir el desarrollo que la materia ha tenido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y en algunas regulaciones extranjeras. Finalmente, se busca contrastar y evaluar

¹ La pregunta se vincula a la cuestión de la *carga de la prueba*, esto es, la conducta que pesa sobre un litigante en tanto este debe acreditar la verdad de los hechos que ha enunciado. Véase: COUTURE (1958) p. 241.

² En este trabajo se discutirá centralmente sobre la cuestión de qué interviniente debe probar. En cambio, aunque puede surgir como variable en algunos ejemplos comparados y podría haber algunas menciones para el caso chileno, no se argumentará en detalle respecto a cuál sería el estándar de prueba con el cual debiese acreditarse dicha alegación en Chile. Es decir, no discutiré en el caso nacional cuánto se debe probar o cuál es el estándar que debe alcanzarse para que un juez estime que una confesión ha sido obtenida o dada de manera voluntaria o involuntaria por el imputado. Resolver el punto del estándar de prueba escapa a las pretensiones del presente trabajo y será objeto de un estudio posterior.

³ Lo que en este respecto se diga sobre el Ministerio Público, podría ser aplicable también a la querellante, especialmente considerando que sobre dicho interviniente pesarían iguales deberes de registro en tanto acusadores. Respecto los deberes de registro, véase: artículos 227 y 228 del Código Procesal Penal. Junto a ello, a modo general, véase: Bofill (2005) pp. 45-61.

⁴ La *voluntariedad* es un elemento esencial en la validez de las declaraciones que emite el imputado, en tanto prestar declaración es una manifestación de su autonomía, DUCE y RIEGO (2007) p. 170. En un sentido similar en relación con la voluntariedad, HORVITZ y LÓPEZ (2004) p. 92. Véase también: BINDER (1999) p. 182.

críticamente la conformidad de la situación nacional con los estándares internacionales y con los insumos comparados desarrollados.

El artículo se estructura en cuatro apartados. En el primero, se intenta reconstruir el estado de la cuestión en Chile explorando tres niveles de análisis. Así, se dará cuenta de la carencia de una regulación legal, un escaso tratamiento doctrinal y un confuso desarrollo jurisprudencial a nivel de Corte Suprema. En el segundo, se revisan algunos estándares desarrollados en el Derecho Internacional sobre el problema; en particular, se busca conocer si la regulación y práctica nacional es acorde o no con dichos estándares. En el tercer apartado, se describen algunas soluciones al problema desarrolladas en otras jurisdicciones, con miras a operativizar el asunto en nuestro país. Por último, en el cuarto apartado, se presentan algunas consideraciones finales, donde se sostendrá que, si bien un escenario ideal requeriría una reforma legal, de todos modos, es posible tratar adecuadamente el problema en Chile, especialmente con arreglo a las disposiciones y estándares internacionales que rigen la materia y que son vinculantes para nuestro país.

II. BREVE DIAGNÓSTICO DEL CASO CHILENO

Es usual que en los procesos penales se incorpore la declaración que el imputado ha prestado ante la policía a través del relato de los propios funcionarios que la presenciaron. Dicha práctica, aunque discutida en doctrina y resistida por una parte de ella⁵, ha sido validada por la jurisprudencia nacional de manera constante⁶. Así, los tribunales se han decantado en favor de la posibilidad de incorporar la declaración del imputado en juicio oral a través de los funcionarios policiales que la presenciaron como testigos de oídas. A lo anterior, se suma el hecho de que la legislación procesal penal, en su artículo 93 letra g), expresamente señala que todo lo que el imputado manifieste, en caso de renunciar al derecho a guardar silencio, podrá ser usado en su contra⁷.

En tal contexto, y dada la posibilidad cierta de que se incorpore en juicio la declaración del imputado, el supuesto fáctico básico que permite ejemplificar e introducirse en el problema de estudio es el siguiente: durante la audiencia de preparación de juicio oral, el

⁵ En contra: MEDINA (2004) pp. 64-65; POBLETE (2004) p. 248; SALAS (2019) p. 417. Los argumentos de HERNÁNDEZ (2014) apoyarían esta postura. A favor, siempre que dicha declaración se haya prestado de manera libre, informada y con pleno respeto a todas las garantías individuales: DUCE y RIEGO (2007) p. 170; HORVITZ y LÓPEZ (2004) p. 92 (favorables, pero reconocen riesgo de pasar por alto protecciones del art. 91 del CPP); TAVOLARI (2005) pp. 168-169; NAVARRO (2019) p. 196 (reconoce como práctica asentada, pero de legitimidad discutible); MIRANDA, CERDA y HERMOSILLA (2012) p. 141 (favorable, pero niega totalmente cuando imputado es menor de edad).

⁶ Solo a modo ejemplar, algunas sentencias que históricamente se han pronunciado favorablemente sobre la admisibilidad del testimonio de funcionarios que presenciaron la declaración del imputado son las siguientes: Corte Suprema, 27/04/2004, rol 992-2004. Corte Suprema, 12/04/2010, rol 9521-2009. Corte Suprema, 06/12/2010, rol 7193-2010. Corte Suprema, 25/01/2011, rol 9377-2010. Corte Suprema, 24/02/2011, rol 10162-2010. Corte Suprema, 29/10/2012, rol 6219-2012. Corte Suprema, 09/12/2014, rol 25641-2014. Corte Suprema, 04/04/2016, rol 8149-2016. Corte Suprema, 07/03/2017, rol 266-2017. Corte Suprema, 28/12/2017, rol 42335-2017. Corte Suprema, 13/06/2018, rol 8039-2018. Corte Suprema, 31/05/2021, rol 17414-2021.

⁷ MIRANDA, CERDA y HERMOSILLA (2012) p. 123.

Ministerio Público o la querellante desean incorporar a juicio la declaración de los funcionarios policiales que estuvieron presentes al momento de la declaración del imputado. Ahora bien, ante ello, la defensa se opone solicitando que no se admita a juicio ninguna mención a la declaración prestada por el imputado, por haberse obtenido con inobservancia de garantías fundamentales. En concreto, sostiene que la declaración no ha sido dada voluntariamente, pues se ha obtenido de alguna forma prohibida. Para efectos de este ejemplo base, la forma de obtención puede tratarse de medios violentos o cualquier otra forma prohibida de interrogación, como coacciones, amenazas o promesas no permitidas, entre otros.

Una vez promovida la incidencia por parte de la defensa, surge la relevancia de preguntarse por el problema en estudio. Así, ante un cuestionamiento a la voluntariedad de dicha declaración: ¿qué interviniente debe acreditar dicha alegación? A continuación, se intentará dar cuenta del estado del arte en torno al problema, reconstruyendo la situación nacional desde una mirada legal, doctrinal y jurisprudencial.

1. LA SITUACIÓN EN LA LEY Y LA DOCTRINA

Desde el punto de vista estrictamente legal, no existe en Chile una solución expresa al problema de quién debe probar la voluntariedad en la declaración del imputado ante una impugnación de admisibilidad. A nivel teórico, la carga de la prueba puede estar distribuida por el legislador de manera expresa o implícita⁸. En materia procesal penal, es la parte acusadora quien debe probar los elementos que den cuenta de la culpabilidad del acusado por mandato expreso de la ley⁹. Sin embargo, aquella solución solo tendría sentido en el contexto del juicio oral¹⁰. En otras palabras, ante el problema de estudio, que tiene lugar en etapas anteriores al juicio, no hay en la legislación procesal penal una disposición normativa que establezca de forma expresa y clara que la carga de probar se radica en uno u otro interviniente.

Para enfrentar lo anterior hay varios caminos posibles. Por ejemplo, utilizar el principio general de que “quien alega un hecho debe probarlo”¹¹; mirar el asunto desde la perspectiva de las cargas probatorias dinámicas, que alteran la lógica de las disposiciones sobre carga de la prueba; interpretar conforme a los valores en juego; acudir en búsqueda de una respuesta en el derecho internacional; mirar soluciones comparadas, entre otros. Lo

⁸ COUTURE (1958), p. 242.

⁹ Véase: artículo 340, *Código Procesal Penal*.

¹⁰ A propósito del juicio oral, la carga de probar recae en los acusadores. También, se señala expresamente cuánto deben probar, al establecer un estándar de convicción “más allá de toda duda razonable”. En cambio, en discusiones tenidas lugar en etapas previas al juicio, como el problema en estudio, la cuestión del estándar de prueba es mucho menos claro. La cuestión del estándar en etapas previas al juicio ha sido discutida, por ejemplo, para el caso del estándar en materia de prisión preventiva. Véase: VALENZUELA (2018) *passim*. Si bien no forma parte de los objetivos de este artículo responder a la cuestión de cuánto se debe probar en el caso de la discusión sobre la voluntariedad, en mi opinión, no considero aplicable el estándar “más allá de toda duda razonable” a este punto. En cambio, me parece que deben buscarse soluciones con un estándar menos exigente. En tal sentido, puede verse la propuesta de un estándar de “sospecha” en DUCE y RIEGO (2007) p. 475.

¹¹ Siguiendo las reglas de materia procesal civil, que se desprende del artículo 1698 del Código Civil que regula la prueba de las obligaciones, esto es, que quien alega un hecho debe probarlo. Véase: BARCÍA (2008) p. 211.

relevante, por ahora, es dejar en claro que, a nivel de interno, la ley chilena no da respuesta expresa al problema.

En segundo lugar, si se mira este problema desde la perspectiva de la doctrina, es un tema que no ha sido exhaustivamente abordado, lo que también dificulta encontrar respuestas a la pregunta.

A modo ejemplar, un reciente comentario ha desarrollado algunos aspectos que, aunque tangenciales, podrían ser potencialmente útiles al problema de estudio¹². Aunque el trabajo es referido a los medios de prueba en general, se aborda la cuestión de quién debe probar la licitud de un medio de prueba. Dicho trabajo presenta un caso en que la Corte acogió un recurso de nulidad, sosteniendo que el Ministerio Público no acreditó la existencia de la autorización judicial que permitía llevar adelante las interceptaciones telefónicas en virtud de las cuales se obtuvo información para luego efectuar un control de identidad que acabó con el registro de un vehículo donde se portaba cocaína¹³. En lo que interesa a este trabajo, Rodríguez sostiene que no resulta razonable que el Ministerio Público deba ofrecer todos los elementos que permitan demostrar que las fuentes de todos los medios de prueba son lícitas¹⁴. En cambio, esboza como una solución posible que el Ministerio Público deba ofrecer únicamente la prueba destinada a corroborar la licitud de la obtención de aquellos medios probatorios sobre los cuales la defensa ha levantado algún tipo de cuestionamiento durante la etapa de investigación, sea en la audiencia de control de detención, discusión de cautelares u otra audiencia¹⁵.

Refiriéndose particularmente a la cuestión de la carga de probar las condiciones en que un imputado ha prestado declaración en sede policial, la abrumadora mayoría de los textos disponibles derechamente no abordan el asunto. En cambio, solamente un par de autores se hacen cargo del punto.

Uno de ellos es Riego, quien sostiene que sería la parte final del artículo 91 del Código Procesal Penal (en adelante CPP), en la frase *bajo la responsabilidad y con autorización del fiscal*, la que establecería en el Ministerio Público la obligación de preconstituir pruebas sobre las condiciones en que se ha prestado la declaración¹⁶. Argumenta que la disposición solo cobra sentido si se entiende que es responsabilidad del fiscal la de probar posteriormente ante el juez las condiciones en que se prestó la declaración. Asimismo, sostiene que resulta lógico que la carga de probar recaiga en los agentes del Estado ya que estos tienen pleno control de la situación en que se encuentra el imputado y, por ende, están en condiciones de preconstituir prueba acerca de las condiciones en que este declara. Por último, agrega que entender así la normativa permitiría una adecuada resolución de la cuestión de la voluntariedad de la declaración del imputado en la audiencia de preparación del jui-

¹² RODRÍGUEZ (2022) *passim*. El autor reflexiona sobre tres cuestiones: cuándo y cómo se activa la carga del Ministerio Público de demostrar, en el juicio oral, la existencia de la autorización judicial que valida una actuación policial; de qué manera se acredita la existencia de dicha autorización en el juicio; y cómo se impugna la sentencia. El caso que comenta Rodríguez corresponde a Corte Suprema, 9/08/2021, rol 31701-2021.

¹³ RODRÍGUEZ (2022) p. 255.

¹⁴ RODRÍGUEZ (2022) p. 257.

¹⁵ RODRÍGUEZ (2022) p. 257.

¹⁶ RIEGO (2019) p. 288. En igual sentido, DUCE y RIEGO, (2002) pp. 163-164; ZAPATA (2004) p. 93.

cio oral por parte del juez de garantía, además de generar un incentivo tanto para fiscales como para los policías de tomar las declaraciones de modo legal y registrarlas, con la doble finalidad de despejar cualquier imputación de abuso en su obtención y, eventualmente, de reproducirlas en el juicio oral¹⁷.

En todo caso, Riego, quien argumenta en favor de una reforma legal en la materia, sostiene que se requeriría que la ley establezca con claridad que la carga de probar las condiciones en las que fue obtenida la declaración del imputado corresponde al ente persecutor. Así, en caso de una impugnación de admisibilidad fundada en alguna forma de afectación de la voluntariedad, dicho cuestionamiento debería ser despejado por el fiscal bajo la sanción de no ser admitida la declaración por el juez de garantía, lo que debiese ser, en general, satisfecho mediante la grabación y certificación de su integridad¹⁸.

El problema también ha sido puesto en evidencia por Duce, en el contexto de un estudio que analiza diversos factores que contribuirían a la producción de condenas erróneas. Dicho trabajo se detiene especialmente en el uso de confesiones falsas y revela diversos aspectos problemáticos en la práctica de la toma de declaraciones de imputados ante la policía que podrían contribuir a la producción de condenas erróneas en Chile. Por ejemplo, identifica que éstas son normalmente obtenidas sin resguardos como filmaciones, grabaciones o testigos externos que luego permitan verificar las condiciones bajo las cuales se prestaron tales declaraciones. Asimismo, se trata de declaraciones respecto de las cuales se levantan registros incompletos, que no incluyen la transcripción literal de lo que ha dicho un imputado, ni tampoco información sumamente relevante como las preguntas concretas formuladas por la policía¹⁹. En seguida, el autor sostiene que, además de todo lo anterior, no existe claridad en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Chile respecto a quien tendría la carga de probar la existencia de apremios en los cuarteles policiales²⁰. Todo lo anterior, sostiene Duce, dificultaría el control de la voluntariedad real de la declaración de los imputados, el control del uso de técnicas engañosas o incluso de presión psicológica para obtener la declaración, así como el control de la rigurosidad de la información que se obtiene²¹.

Desde la perspectiva de la doctrina, son pocos los autores que se refieren al problema en estudio. Sin embargo, quienes se han pronunciado, son consistentes en advertir y argumentar que, en principio, sería necesario exigir al Ministerio Público que acredite la voluntariedad en la obtención de una declaración, ante un cuestionamiento de su admisibilidad. En ese orden de ideas, la lectura que se ha hecho de la parte final del artículo 91 CPP parece adecuada y, en mi opinión, debe entenderse complementada con otras disposiciones, como la prevista en el artículo 97 CPP en cuanto a la obligación, que pesa tanto respecto de policías como fiscales, de mantener constancias que den cuenta del cumplimiento de la normativa legal que establece derechos y garantías del imputado. En cualquier caso, todo puntaría a que contar con registros y constancias adecuados resulta ser un elemento clave y central.

¹⁷ RIEGO (2019) pp. 288-289.

¹⁸ RIEGO (2019) p. 293.

¹⁹ DUCE (2013) pp. 109-110.

²⁰ DUCE (2013) p. 109 (en particular, véase nota al pie N° 109).

²¹ DUCE (2013) p. 109.

2. LA SITUACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

A nivel jurisprudencial existen algunas sentencias que han deslizado una respuesta al problema, aunque no es sencillo establecer un criterio unívoco, lo que precisamente daría cuenta del entendimiento y tratamiento confuso del problema por parte de la Corte Suprema. En lo que sigue, a modo ejemplar, se expondrán brevemente algunos pronunciamientos respecto de algunos recursos de nulidad deducidos en virtud del artículo 373 letra a) del CPP²².

El primero, se trata de un caso de homicidio en el cual la Corte estableció que era de cargo de la defensa acreditar la existencia de apremios en el cuartel policial²³. La alegación principal de la defensa consistía en una serie de vulneraciones durante la declaración policial, como la omisión de registro de algunas actuaciones, pero, especialmente, en el hecho de haber sufrido, el imputado, apremios ilegítimos al ser tenido bajo custodia policial por más de 8 horas, manteniéndose incomunicado, siendo constantemente interrogado y, mientras no se le interrogaba, se le mantuvo mirando hacia un muro. El tribunal desechó la alegación de los apremios ilegítimos denunciados por no haber sido acreditados ni existir prueba de su ocurrencia²⁴.

En otro caso, se realizaron alegaciones en torno a la manera en que se obtuvo la declaración de un imputado acusado de robo con intimidación, a quien se le mantuvo incomunicado, fue trasladado de Temuco a Concepción y luego fue interrogado de madrugada por un tiempo de cuatro horas, sin que constara la lectura de derechos²⁵. En una línea similar al caso anterior, el Tribunal sostuvo que, al no contar con antecedentes suficientes que permitan satisfacer las objeciones planteadas por la defensa, estas debían ser desestimadas²⁶.

Otro grupo de casos, aunque no vinculados directamente con la cuestión de la voluntariedad, se relacionan con acreditar que la declaración del imputado se haya prestado conforme a las reglas del artículo 91 del CPP²⁷. Estos casos también permiten mostrar que

²² Las sentencias que se expondrán son ejemplares y por tanto no necesariamente representativas. Sin embargo, se hace presente que estas provienen de un estudio de jurisprudencia que tuvo por finalidad acceder a recursos de nulidad por la causal del artículo 373 a) CPP y que se vincularan a la institución del artículo 91 CPP. Se obtuvieron preliminarmente 103 sentencias de las plataformas vLex y Microjuris, las que fueron sometidas a un proceso de depuración a fin de eliminar decisiones repetidas, inaccesibles o erróneamente clasificadas por las plataformas. Las sentencias fueron agrupadas temáticamente en diversos tópicos, incluyendo la cuestión de la carga de la prueba de acreditar las condiciones en que se prestó la declaración. No se incluyen decisiones de Cortes de Apelaciones debido a que la causal de nulidad objeto de la investigación no es de competencia de tales Tribunales, ni tampoco decisiones de Juzgados de Garantía o Tribunales de Juicio Oral en lo Penal por la enorme dificultad para pesquisar y acceder a tales decisiones. Algunas de las sentencias que formaron parte del estudio jurisprudencial referido han sido tratadas en BELTRÁN (2022) pp. 601-651.

²³ Corte Suprema, 14/04/2005, rol 5-2005. El caso también ha sido expuesto por DUCE (2013) p. 109.

²⁴ Corte Suprema, 14/04/2005, rol 5-2005, pp. 4-5.

²⁵ Corte Suprema, 3/06/2011, rol 2921-2011.

²⁶ Corte Suprema, 3/06/2011, rol 2921-2011, pp. 11-12.

²⁷ El artículo 91 del CPP regula la declaración del imputado ante la policía bajo tres supuestos. Primero, la policía solo puede interrogar autónomamente al imputado en presencia de su defensor, de lo contrario solo puede constatar su identidad. Segundo, cuando, sin defensor presente, el imputado manifiesta su deseo de declarar, la policía debe tomar las medidas para que este declare inmediatamente ante el fiscal. Tercero, cuando lo anterior no fuere posible, la policía puede consignar las declaraciones que el imputado se allane a prestar, bajo la responsabilidad y con la autorización del fiscal.

la Corte parece resolver de manera confusa el asunto. Por ejemplo, en un caso de cuasidelito de homicidio ocurrido en el contexto de un accidente de tránsito, la defensa dedujo recurso de nulidad alegando que la policía obtuvo una declaración de parte de la imputada con infracción a las reglas del artículo 91 del CPP, por no existir delegación de parte del fiscal²⁸. La Corte rechazó el recurso sosteniendo que *no se demostró incumplimiento* a las reglas de la declaración prestada por la imputada ante la policía²⁹, entendiendo así, al menos implícitamente, que la carga de probar la existencia o no de la delegación se radicaba en la defensa.

En otro caso, sin embargo, la Corte entendió que acreditar la existencia de la delegación era de cargo del Ministerio Público y las policías, lo que volvería a mostrar la confusión o falta de criterio unívoco de parte de la Corte en torno al problema. En dicho caso, se condenó al imputado como autor del delito de homicidio simple, la defensa dedujo recurso de nulidad argumentando que se tomó declaración al imputado, sin presencia del defensor y sin la delegación de fiscal³⁰. En su razonamiento, la Corte expuso que es una tarea de la policía y del Ministerio Público demostrar la *regularidad formal de las actuaciones policiales*, entre ellos, demostrar que existió delegación del fiscal para tomar una declaración del imputado³¹. A pesar de que en el caso no se demostró la existencia de la delegación, la Corte rechazó el recurso, sosteniendo que dicha infracción no cumplía con el requisito de sustancialidad que exige la causal de nulidad del artículo 373 letra a) del CPP.

En otro caso, es posible advertir que la Corte ha establecido la carga de la prueba en la defensa. Se trata de un caso en el cual la defensa alegó una situación de analfabetismo como impedimento a la comprensión de los derechos informados al imputado, entre ellos el derecho a guardar silencio y no prestar declaración. La Corte, desechando el recurso, sostuvo que el analfabetismo no es una situación que en sí misma impida la comprensión de los derechos que asisten a los imputados. En seguida, afirmó que debía acreditarse por la defensa que esta circunstancia de analfabetismo impedía la comprensión y el ejercicio de los derechos del imputado³². La decisión parece correcta ya que se trata de una circunstancia que se puede considerar como extraordinaria y que no guarda relación con una actuación de policías o fiscales, sino más bien con un estado mental del imputado. Esta decisión, al mismo tiempo, permite ilustrar que no cualquier impugnación de la declaración tiene el efecto de trasladar la carga de la prueba al otro interviniente. Aunque no se debe perder de vista que la obtención de declaraciones de personas en situación de vulnerabilidad, como en este caso, debe hacerse tomando más resguardos, dada la posibilidad de obtener confesiones falsas³³.

Un último caso, que también permite reafirmar la idea de que el problema está siendo tratado en forma poco clara por la Corte, corresponde a una persecución por homicidio en el cual las defensas dedujeron recurso de nulidad sosteniendo que, al obtener la declara-

²⁸ Corte Suprema, 15/03/2021, rol 140183-2020, pp. 2-3.

²⁹ Corte Suprema, 15/03/2021, rol 140183-2020, p. 9.

³⁰ Corte Suprema, 14/08/2013, rol 4363-2013, p. 1.

³¹ Corte Suprema, 14/08/2013, rol 4363-2013.

³² Corte Suprema, 13/03/2017, rol 2882-2017.

³³ Respecto a grupos vulnerables, véase: BELTRÁN (2022) pp. 613-614

ción de los imputados, la policía no contaba con delegación del Fiscal. En este caso, la Corte desestimó el recurso de nulidad sin siquiera analizar si había existido alguna infracción a las disposiciones que regulan la declaración del imputado ante la policía. En efecto, previo a analizar si existió o no delegación, la Corte sostuvo que *la defensa no demostró que se había interrogado a los imputados*, sino que únicamente constaba que se efectuó un control de identidad y registro de vestimentas³⁴. Llama profundamente la atención que la Corte haya sostenido que no se pudo demostrar que hubo interrogatorio si, de hecho, la información obtenida en dicho interrogatorio –esto es, la declaración del imputado– fue incorporada y valorada por parte del Tribunal Oral en lo Penal en el juicio y en la sentencia. En definitiva, el caso es útil para sostener que la Corte no ha abordado adecuadamente el problema, pues recurre a esta suerte de tecnicismo para evitar tratar el problema de fondo.

En definitiva, la situación nacional se caracteriza por no existir legislación interna que regule expresamente el asunto, además de un escaso desarrollo del tema por parte de la doctrina. A lo anterior, se suman algunas decisiones de la Corte Suprema, que han sido poco claras e incluso inconsistentes en la materia. En este escenario, parece del todo pertinente analizar el problema desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y de los estándares internacionales aplicables, para conocer si nuestro país cumple o no con aquellos. Al mismo tiempo, estudiar otras jurisdicciones parece relevante para tener mayores ideas sobre cómo se aborda este mismo problema en otros contextos, lo que podría ser útil para el caso nacional. Sobre estos ámbitos se profundizará en los apartados siguientes.

III. ABORDAJE DEL PROBLEMA DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

A la luz del diagnóstico presentado en la sección anterior, surge como pregunta central si en Chile se cumple o no con los estándares internacionales que rigen la materia. Por ello, en este apartado se indagará el problema desde la perspectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

En lo que sigue, se revisarán principalmente dos tratados internacionales, su respectiva jurisprudencia internacional y algunos instrumentales jurídicos relevantes para el problema en estudio (v.gr., directivas, reportes, observaciones). Los tratados que se revisarán son el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). De forma complementaria, se incluirán a modo ejemplar algunas referencias menores al Convenio Europeo sobre Derechos Humanos (CEDH).

Previo al análisis, vale referirse brevemente a la elección de estos sistemas internacionales. En primer lugar, tanto el PIDCP y la CADH encuentran su relevancia y pertinencia para el problema de estudio en el hecho de ser tratados jurídicamente vinculantes para Chile, los que, además de ser obligatorios para el país, han inspirado y orientan diversas disposiciones del Código Procesal Penal. En segundo lugar, en el caso del CEDH, a pesar de no ser vinculante ni tener aplicación en nuestro país, sí se trata de un cuerpo normativo relevante a nivel internacional, especialmente debido a su enorme influencia y a la juris-

³⁴ Corte Suprema, 15/12/2015, rol 18595-2015, p. 10.

prudencia que emana del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). También, su relevancia descansa en el hecho de que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha desarrollado algunos de sus estándares en base a los desarrollados en el contexto del CEDH³⁵.

A continuación, se revisarán temáticamente tres aspectos. Primero, la manera en que estos instrumentos consagran la garantía de la no autoincriminación y el núcleo esencial de esta. Segundo, se revisarán las diversas formas o medios a través de los cuales puede ser afectada la garantía de la no autoincriminación. Tercero, en base a los dos elementos anteriores, se mirará específicamente a la cuestión de sobre quién recae la carga de la prueba al alegar la falta de voluntariedad en la obtención de una declaración.

1. CONSAGRACIÓN Y NÚCLEO DE LA NO AUTOINCRIMINACIÓN

El derecho a no autoincriminarse es caracterizado como una de las garantías más complejas en el contexto de un proceso penal³⁶. A pesar de que el problema básico que aborda la garantía es más bien claro, se advierte que no existe consenso en muchas cuestiones más específicas, como la terminología o nomenclatura más adecuada y el alcance que debiese tener³⁷. Se trata de un derecho que ha sido ampliamente desarrollado³⁸ y que se reconoce como una garantía fundamental en toda persecución penal³⁹, cuya preocupación principal tiene que ver con el respeto a la voluntad del acusado a permanecer en silencio y no actuar en contra de sus propios intereses⁴⁰.

El PIDCP consagra el derecho a la no autoincriminación en su artículo 14.3 letra g) PIDCP, estableciendo el derecho de toda persona inculpada de un delito a “no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable”. El Comité de Derechos Humanos (CDH), órgano encargado de supervisar la aplicación del PIDCP, se ha pronunciado en el sentido de que esta garantía debe interpretarse de tal manera que resulte inadmisibles que

³⁵ Algunos ejemplos de desarrollos hechos por la Corte IDH en base a estándares desarrollados por el TEDH, especialmente en materia de autoincriminación, pueden verse en: IBÁÑEZ (2014) pp. 245-246.

³⁶ TRECHSEL (2005) p. 341. Incluso más, para una adecuada comprensión de la garantía, es conveniente expresar su estrecha vinculación con el derecho a la defensa y concebir la garantía desde un punto de vista positivo y uno negativo, como dos caras de una misma moneda. Así, por ejemplo, las normas del debido proceso consagran, por una parte, la expresión positiva del derecho del imputado a hablar e intervenir en el proceso; y, por otro, la expresión negativa de la prohibición de ser obligado a declarar contra sí mismo o su derecho a guardar silencio, vinculando la no autoincriminación a la prohibición de tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes, así como cualquier forma que menoscabe la voluntad de imputado. Es en esta última dimensión en la que se interesa especialmente esta sección.

³⁷ BINDER (1999) p. 182; TRECHSEL (2005) p. 341.

³⁸ El desarrollo histórico de la garantía puede verse en la reciente obra de MERKEL (2022) pp. 173-179.

³⁹ Incluso en el contexto del CEDH, donde la autoincriminación no se encuentra consagrada expresamente, se ha sostenido que forma parte de la esencia del derecho a un juicio justo o un *fair trial*. Véase: NOWAK (2005) p. 345; TRECHSEL (2005) p. 340 y p. 347. Asimismo, el TEDH ha reconocido que el derecho a no autoincriminarse se encuentra en el núcleo de la noción de juicio justo o *fair trial*. Véase: TEDH, Caso John Murray contra Reino Unido, Sentencia del 8 de febrero de 1996.

⁴⁰ TRECHSEL (2005) p. 348.

las autoridades investigadoras ejerzan presión física o psicológica directa o indirecta sobre los acusados a fin de que estos se confiesen culpables⁴¹.

La CADH, a su turno, contempla dos disposiciones relevantes. Primero, en su artículo 8.2 letra g), se establece el derecho de toda persona a “*no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable*”. Luego, en el artículo 8.3 se establece, como corolario del derecho anterior, una regulación en torno a la evidencia obtenida mediante coerción⁴², en términos tales que “la confesión del inculpaado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza”.

En relación con ambos preceptos, la doctrina ha sostenido que la garantía se encuentra vinculada primordialmente a la prohibición de tortura y de tratos crueles, inhumanos o degradantes, así como a la carencia de validez probatoria de una confesión obtenida mediante el uso de estos medios⁴³. En otras palabras, el confesarse culpable de un delito debe ser un acto libre, voluntario y cualquier tipo de coacción que resulte capaz de quebrantar la expresión espontánea de la voluntad de la persona afectará la garantía y, con ello, la obligación de excluir la evidencia respectiva del proceso judicial⁴⁴.

2. ¿DE QUÉ FORMAS SE PUEDE AFECTAR LA GARANTÍA?

La doctrina procesal penal ha entendido la no autoincriminación prohíbe el uso de medios violentos u otros como el uso de amenazas o preguntas capciosas o sugestivas, sería capaz de afectar la garantía y con ello la validez de la declaración entregada⁴⁵.

El CDH en su Observación General N° 32 (23 de agosto de 2007), sobre el artículo 14 del PIDCP, esto es, el derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia, ha señalado que la garantía se afectaría cada vez que se trate a un acusado de manera contraria al artículo 7 (que prohíbe torturas y penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes), con la finalidad de obligarlo a confesar o declararse culpable⁴⁶.

Por su parte, la doctrina ha especificado que también se puede afectar la garantía de otras maneras, sean estas formas directas o indirectas de presión física o psicológica, los que pueden ir corresponder a tortura y tratos crueles, inhumanos o degradantes de aquellos prohibidos por el artículo 7 y 10 del PIDCP, o cualquier otro método de coacción, incluyendo la imposición de sanciones judiciales tendientes a hacer que el acusado declare⁴⁷. En línea con lo anterior, el CDH ha sostenido que el derecho interno debe establecer que las pruebas y declaraciones o confesiones obtenidas por métodos que contravengan el artículo

⁴¹ ONU: COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS (2007) p. 16.

⁴² ANTKOWIAK y GONZA (2017) p. 206.

⁴³ MEDINA (2018) p. 425. Revisando los casos más relevantes en la materia, véase: IBÁÑEZ (2014) pp. 245-246.

⁴⁴ El caso más relevante en esta materia corresponde a Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010.

⁴⁵ BINDER (1999) p. 182.

⁴⁶ La Observación cita el artículo 15 de la “Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes”, que señala: “Todo Estado Parte se asegura de que ninguna declaración que se demuestre que ha sido hecha como resultado de tortura pueda ser invocada como prueba en ningún procedimiento, salvo en contra de una persona acusada de tortura como prueba de que ha formulado la declaración”. La referida Convención fue ratificada por Chile en 1988.

⁴⁷ NOWAK (2005) p. 345.

7 del Pacto, deberán ser excluidas de las pruebas, a menos que estas se utilicen para demostrar que hubo tortura u otros tratos prohibidos⁴⁸.

En el caso de la CADH, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha especificado de qué maneras es posible afectar la garantía de la no autoincriminación. En primer lugar, ha señalado que es claro que se afecta la garantía si se somete a una persona a torturas para doblegar su resistencia psíquica para obligarla a incriminarse o a confesar su participación en un delito⁴⁹. Luego, la Corte IDH se ha encargado de desarrollar el alcance de la voz “coacción” en el texto del tratado, entendiendo que se trata de toda “exhortación” que implique “la amenaza de una pena u otra consecuencia jurídica adversa para el caso de que el exhortado faltara a la verdad”⁵⁰. Por último, la Corte IDH también ha señalado que constituye coacción el requerimiento de “rendir juramento o formular promesa de decir verdad”, lo que atenta contra el principio de libertad “para declarar o abstenerse de hacerlo”⁵¹.

Junto a ello, la Corte IDH ha entendido que la garantía puede ser afectada a través de diferentes vías, incluyendo no solo apremios físicos que pudiesen constituir tortura, sino que también coacciones psicológicas e incluso promesas, amenazas u obligaciones de juramentar previo a declarar. Así, ha señalado que un medio de investigación que implique el uso de coacción para doblegar la voluntad del imputado deja de ser válido, independiente si se trata de una amenaza o tortura o de otros de tratos crueles, inhumanos o degradantes, pues en estos casos, de todas maneras, se instrumentaliza a la persona y se viola per se el derecho⁵². En el mismo sentido, la tendencia de la Corte IDH en los años recientes ha sido la de promover la exclusión de todas las pruebas (no solamente confesiones) que hayan sido obtenidas bajo cualquier forma de coacción⁵³.

Así las cosas, es posible advertir que la garantía de no autoincriminación puede afectarse de diferentes maneras. En otras palabras, la voluntad del imputado puede ser quebrantada a través de diferentes vías, desde escenarios constitutivos de tortura hasta otras formas menos intensas y no necesariamente violentas, pero que de todas maneras tienen la aptitud para coaccionar y menoscabar la voluntad del imputado.

Los desarrollos en el marco del PIDCP y la CADH son también consistentes con aquellos desarrollados a propósito del CEDH, donde la afectación a la autoincriminación debe leerse a la luz del derecho a un *fair trial*. En efecto, el TEDH ha sostenido que para determinar cuándo un procedimiento ha sido justo, deben considerarse entre otros criterios, la calidad de las evidencias y si las circunstancias en las cuales fueron obtenidas produ-

⁴⁸ ONU: COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS (2007) p. 16. En igual Sentido, NOWAK (2005) p. 345.

⁴⁹ Corte IDH. Caso Cantoral Benavides Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000 § 132.

⁵⁰ Corte IDH. Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999 § 167.

⁵¹ Corte IDH. Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999 § 167.

⁵² Corte IDH. Caso Pollo Rivera y otros Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de octubre de 2016 § 176.

⁵³ ANTKOWIAK Y GONZA (2017) p. 208.

cen dudas en su confiabilidad o precisión, tomando en consideración el grado y la naturaleza de eventuales presiones o coacciones⁵⁴.

3. DESARROLLOS SOBRE LA CUESTIÓN DE QUIÉN DEBE PROBAR

El CDH ha desarrollado expresamente un estándar aplicable al problema de estudio en la referida Observación General N° 32. Así, en relación con las pruebas y declaraciones o confesiones obtenidas por métodos que contravengan el artículo 7 del PIDCP, ha sostenido que recaerá en el Estado la carga de demostrar que las declaraciones de los acusados han sido hechas libre y voluntariamente⁵⁵.

Posteriormente, un reporte del año 2014 del Relator Especial sobre tortura y otros tratos cueles, inhumanos o degradantes especificó algunos aspectos en torno a la regla de exclusión de pruebas en procedimientos judiciales, refiriéndose también a la cuestión de quién debe probar⁵⁶. En lo que interesa, entre sus conclusiones, sostiene que el imputado solamente debe presentar razones plausibles de por qué las pruebas pueden haber sido obtenidas mediante tortura u otros malos tratos⁵⁷. En seguida, a partir de ese momento, la carga de la prueba se traslada al Estado y los tribunales deben investigar si existe un riesgo real de que la prueba se haya obtenido por medios ilegales. Si existe un riesgo real, la prueba no debe ser admitida⁵⁸.

El mismo reporte, entre sus recomendaciones finales, señala que se deben aclarar las disposiciones procesales sobre admisibilidad de pruebas obtenidas mediante tortura u otros malos tratos, incluyendo la carga de la prueba que deben aplicar los tribunales, asegurando que se traslade al Estado cuando el solicitante presente una razón plausible de por qué dichas pruebas podrían haber sido obtenidas mediante tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes⁵⁹. Ante lo cual, acto seguido, el tribunal deberá indagar si existe un riesgo real de que la prueba haya sido obtenida mediante tales medios y, en su caso, no deberá admitir la prueba⁶⁰. Este reporte pone a nuestro país en la necesidad de revisar críticamente la regulación en torno al problema en estudio.

También, el reporte enfatiza en que el solicitante debe presentar una razón plausible para conseguir trasladar la carga de la prueba al Estado. En mi opinión, estas razones plausibles pueden tratarse de alegaciones de cualquier tipo de tortura, trato cruel, inhumano o degradante (v.gr., aplicación de electricidad,), así como cualquier otra forma de menoscabo a la voluntad de un imputado (v.gr., maltrato psicológico, privar del sueño, impedir el consumo de agua o alimentos, etc.). Con todo, considero que no debe establecerse una exigencia probatoria alta al alegar esta “razón plausible” para lograr trasladar la carga de probar al Estado. Primero, porque es una discusión que tiene lugar en etapas previas al juicio,

⁵⁴ Los criterios para determinar *fairness* se desarrollan en: TEDH, Caso Ibrahim y Otro contra Gran Bretaña, Sentencia del 13 de septiembre de 2016.

⁵⁵ ONU: COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS (2007) p. 16.

⁵⁶ UN: HUMAN RIGHTS COUNCIL (2014) *passim*.

⁵⁷ UN: HUMAN RIGHTS COUNCIL (2014) p. 17.

⁵⁸ UN: HUMAN RIGHTS COUNCIL (2014) p. 17.

⁵⁹ UN: HUMAN RIGHTS COUNCIL (2014) p. 19.

⁶⁰ UN: HUMAN RIGHTS COUNCIL (2014) p. 19.

donde no sería aplicable el estándar “más allá de toda duda razonable”. Segundo, porque debe considerarse especialmente que el imputado no se encuentra en condiciones de producir pruebas, registrar o documentar aquello que ocurre durante su tiempo en custodia o durante un interrogatorio policial⁶¹. Sobre algunos de estos aspectos se profundizará en la siguiente sección.

Respecto a la CADH, la cuestión no ha sido explicitada con tanta claridad como en el sistema antes revisado. Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte IDH, en un caso sobre la responsabilidad del Estado por la detención arbitraria y tratos crueles y la falta de investigación y sanción de los responsables⁶², ha establecido cuestiones que permiten construir una argumentación en igual sentido. En particular, la Corte IDH sostuvo que en los casos en que una persona, dentro de un proceso, alega que su declaración o confesión ha sido obtenida mediante coacción, recae en los Estados la obligación de verificar la veracidad de la denuncia a través de una investigación llevada a cabo con la debida diligencia⁶³. A partir de este caso, la Corte ha sostenido que la carga probatoria, respecto a las condiciones en que se obtuvo la confesión, no puede recaer en el denunciante, sino que el Estado debe demostrar que la confesión fue voluntaria⁶⁴.

En una línea similar a lo sostenido por la Corte IDH, el TEDH ha sostenido que, cuando un detenido es puesto en libertad con evidencias de maltrato, el Estado está obligado a proporcionar explicaciones sobre el origen de las heridas; de lo contrario, se incurre en una violación del artículo 3° del CEDH. El TEDH ha encontrado en los deberes de investigación eficaz de la tortura la justificación para que cobre sentido el hecho de que la carga de probar las condiciones en las que se ha obtenido una confesión recaiga en el Estado⁶⁵.

Una breve mirada al problema desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos ha permitido develar algunas cuestiones clave en relación con la situación a nivel interno en Chile. Primero, que existen estándares internacionales aplicables a Chile que permitirían dar solución al problema en estudio. Segundo, considerando algunos de los casos presentados, la Corte Suprema habría resuelto los problemas en torno a la impugnación de las declaraciones por falta de voluntariedad en dirección contraria a los estándares desarrollados, especialmente en casos en que se alegan malos tratos al interior de la unidad policial. Tercero, por todo lo dicho, pareciera ser que en Chile no se estaría dan-

⁶¹ Aunque es un punto que escapa a lo central de este trabajo, no se debe perder de vista que, para operativizar y tener un mejor control de la voluntariedad de las confesiones, es también necesario mejorar sustancialmente la manera en que se registran ciertas actividades policiales. Al respecto podrán verse algunas menciones en la sección siguiente.

⁶² Corte IDH. Caso *Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010.

⁶³ Corte IDH. Caso *Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010 § 136.

⁶⁴ Además del caso previamente citado, tal criterio se ha reiterado en la Corte IDH. Caso *Maldonado Vargas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2015 § 86. La Corte también ha citado diversos informes del Subcomité para la Prevención de la Tortura de las Naciones Unidas, así como del Comité de Derechos Humanos y el Protocolo de Estambul para asentar el punto.

⁶⁵ Por ejemplo, véase: TEDH, Caso *San Argimiro Isasa contra España*. Sentencia del 28 de septiembre de 2010.

do cumplimiento a los estándares internacionales aplicables en la materia, especialmente en lo que dice relación con aclarar las disposiciones procesales sobre admisibilidad de pruebas obtenidas mediante tortura u otros malos tratos.

En este escenario, la siguiente sección continúa explorando el problema en estudio para conocer de qué forma se ha solucionado en otras jurisdicciones.

IV. ALGUNAS SOLUCIONES EN EL ÁMBITO COMPARADO

La parte final de este artículo tiene por objetivo mirar algunos ejemplos en la experiencia comparada para describir y conocer de qué manera han resuelto este problema. En este subapartado se explorarán los casos de Canadá, Reino Unido y Estados Unidos.

Las jurisdicciones que se presentan se han seleccionado toda vez que en ellas se establecen reglas claras en torno a la utilización de una confesión en un juicio criminal, sea porque regulan expresamente el problema a través de la promulgación de una ley en tal sentido, o porque existen precedentes que se han desarrollado en torno al asunto y en base a ellos se ha desarrollado una práctica determinada. En todos los casos, como se verá, la razón de ser de la regulación apunta en mayor o menor medida a mejorar la administración de justicia, a fortalecer las protecciones o salvaguardas para el detenido y del derecho a guardar silencio, así como también a mejorar prácticas policiales.

A continuación, se revisarán brevemente y de manera temática tres aspectos: sobre quién recae la carga de la prueba, las bases para la alegación de la defensa y, por último, cuánto debe probar el fiscal.

1. ¿SOBRE QUIÉN RECAE LA CARGA DE LA PRUEBA?

Un aspecto común en torno a las jurisdicciones revisadas tiene que ver con que, además de existir esta carga de la prueba y estar reconocida expresamente en legislación o jurisprudencia, es que esta se radica en el Estado. Es decir, es el acusador quien debe acreditar las condiciones bajo las cuales se obtuvo dicha confesión. Ahora bien, lo que varía es la manera en que genera la incidencia, esto es, de qué forma se activa ese deber sobre el fiscal de probar las condiciones bajo las cuales se obtuvo la declaración.

Con la finalidad de proteger al acusado y asegurar que la administración de justicia sea, en definitiva, justa⁶⁶, en Canadá se ha reconocido la importancia de ser cautelosos con la admisibilidad de esta clase de confesiones, y a través de la jurisprudencia se ha desarrollado una regla en la materia. El caso hito en esta materia es el caso *Oickle*⁶⁷, que estableció la denominada *common law confession rule*, aunque inspirada en los desarrollos de Reino Unido. En lo pertinente a este punto, la regla establece que es el Estado quien debe probar las condiciones bajo las cuales se obtuvo una confesión para que esta sea admisible en el proceso penal.

⁶⁶ CAMPBELL (2018) p. 92. Uno de los primeros casos que se pronunció sobre el derecho a guardar silencio fue *R. v. Hebert*.

⁶⁷ Véase: *R. v. Oickle*.

En Reino Unido, por su parte, reguló legalmente la denominada *common law confession rule* en la sección 76 de la Police and Criminal Evidence Act (PACE)⁶⁸. La consagración en la PACE de diversas salvaguardas para sospechosos en custodia policial representaron una mejora en comparación con las reglas del *common law* y, consecuentemente, a las prácticas derivadas de ellas⁶⁹.

La actual regulación sostiene que la confesión hecha por una persona es inadmisibile si ha sido obtenida mediante algunas de las formas señaladas en dicha sección, contempladas como bases legales para la exclusión⁷⁰. En este caso, la incidencia tendría la siguiente dinámica. Ante la proposición del Estado de utilizar en juicio una confesión, la defensa podrá impugnar la admisibilidad de dicha confesión, representando al tribunal que esta fue obtenida o pudo haber sido obtenida a través de los métodos establecidos en la sección 76(2)⁷¹. En dicho escenario, se radica en el Estado la carga de probar que no concurren las bases para la exclusión⁷².

En Estados Unidos, y particularmente para aquellas persecuciones penales que se siguen a nivel federal o aquellas llevadas adelante en el Distrito de Columbia, existe una regulación expresa en torno a la admisibilidad de una confesión, la cual establece que el Estado tiene la obligación de acreditar que la declaración se ha obtenido voluntariamente. Regulaciones similares han sido establecidas a nivel estadual. Por otro lado, la jurisprudencia de la Suprema Corte de Estados Unidos ha abordado expresamente el asunto a propósito de persecuciones penales de nivel Estatal y, en igual sentido, el máximo tribunal ha sostenido que es el acusador quien debe probar que la confesión ha sido dada voluntariamente⁷³.

En definitiva, en estos países es claro que existe esta carga de probar las condiciones bajo las cuales se obtuvo una declaración cuando se impugna su admisibilidad y ella recae en el Estado. Asimismo, parece ser que el origen de estas regulaciones tiene que ver con incrementar las protecciones de la persona que se encuentra bajo custodia, fortalecer el estatuto del derecho a guardar silencio, mejorar prácticas policiales y contribuir a una mejor administración de justicia.

2. ¿QUÉ TIPO DE ALEGACIÓN DEBE EFECTUAR LA DEFENSA?

En este apartado se revisará brevemente el rol que tiene la defensa en la incidencia de impugnación de la admisibilidad de la declaración del imputado. En particular, se expondrá cuáles son las bases para que una defensa alegue su impugnación y active así el deber del Estado de probar la cuestión de la voluntariedad en la declaración que se desea incorporar.

En el caso de Canadá, de acuerdo con la *common law confession rule* que se ha ido desarrollando progresivamente, la defensa podrá basar su alegación en que la declaración

⁶⁸ Los antecedentes contextuales que llevaron a pasar de la regla de *common law* a una regla estatutaria, pueden verse en: KEANE y MCKEOWN (2012) p. 365. La regulación positiva se encuentra disponible en: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1984/60/section/76/>.

⁶⁹ QUIRK (2017) p. 85.

⁷⁰ CAMPBELL, ASHWORTH y REDMAYNE (2010) p. 150.

⁷¹ KEANE y MCKEOWN (2012) p. 393.

⁷² Véase: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1984/60/section/76/>.

⁷³ *Lego v. Twomey*, 404 U.S. 477 (1972). Discutiendo sobre el caso citado, véase: MARKS (1972) pp. 81-86.

fue obtenida a través del uso de fuerza, amenazas o incentivos, circunstancias opresivas⁷⁴, por la falta de una “mente operativa”⁷⁵, u obtenida o inducida a través de engaño de parte de la policía⁷⁶.

En el caso de Reino Unido, la defensa debe basar su alegación en alguna de las hipótesis expresadas en la sección 76 PACE. Así, la defensa representará al tribunal que dicha confesión *se obtuvo o pudo haberse obtenido*: a) Por *opresión* de la persona que la realizó; o (b) como consecuencia de algo dicho o hecho que probablemente, en las circunstancias existentes en ese momento, pudieran hacer poco fiable cualquier confesión dada como consecuencia de aquello⁷⁷.

Con todo, cuando la defensa no levanta la incidencia en torno a la forma en que se obtuvo la declaración, el tribunal puede actuar de oficio y exigir al ente persecutor, como condición de admisibilidad de esta, que demuestre que la confesión no se obtuvo mediante alguno de los modos señalados en el párrafo anterior⁷⁸.

Por último, en el caso de los Estados Unidos, a diferencia de las regulaciones anteriores, no existe un catálogo cerrado de bases legales sobre las cuales el defensor deba basar su alegación de impugnación. En cambio, el sustento de la alegación de la defensa es más bien genérico y debe versar sobre la cuestión de la voluntariedad. Así, la doctrina ha sostenido que se deja espacio a un juicio subjetivo, en el sentido de que se deben considerar las circunstancias de cada caso, lo que puede abarcar cuestiones tan diversas como la duración y las condiciones de la detención, el estado de salud físico y mental del detenido, la cantidad y el tipo de presión, estrés o manipulación que ejerce la policía sobre el interrogado, entre otros⁷⁹. Ahora bien, si la defensa no tiene éxito en la impugnación de la declaración, de todos modos, podrá rendir pruebas sobre la cuestión de la voluntariedad durante el juicio y en presencia de jurado, quienes podrán valorar la declaración de conformidad a la totalidad de las circunstancias que la circundaron.

Las regulaciones revisadas se caracterizan por establecer un catálogo, más o menos amplio dependiendo del caso, de bases legales o causales que pueden ser invocadas por las defensas para efectos de impugnar la incorporación de la declaración del imputado al juicio. Todas ellas, de una u otra manera, contemplan como elemento central la cuestión de la voluntariedad de la declaración prestada por el imputado.

⁷⁴ Por ejemplo, privar a alguien de su alimentación, de vestuario, del consumo de agua, de dormir, de recibir atención médica. También serán circunstancias opresivas el negar el acceso a un abogado, el uso de evidencias falsas o fabricadas para intentar obtener una confesión, y los interrogatorios por periodos prolongados. Estas circunstancias pueden ser ilustrativas de lo que en nuestra realidad podrían considerarse como razones plausibles.

⁷⁵ Se trata fundamentalmente de que el acusado tenga una capacidad cognitiva tal que permita entender lo que está declarando y también comprender que lo que dice será usado como evidencia en su contra. En aquellos casos en que se muestre que el imputado no tenía esta capacidad de comprender plenamente lo que ocurrió, es altamente probable que la confesión se considere inadmisibile. PACIOCCO y STUESSER (2008) pp. 323-334.

⁷⁶ CAMPBELL (2018) p. 94; PACIOCCO y STUESSER (2008) pp. 335-336.

⁷⁷ Véase: Sección 76 (2). Disponible en: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1984/60/section/76>.

⁷⁸ Véase: Sección 76 (3). Disponible en: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1984/60/section/76>.

⁷⁹ SIGNORELLI (2011) p. 282.

3. ¿CUÁNTO DEBE ACREDITAR EL FISCAL?

En el presente subapartado se abordará la cuestión de cuánto debe probar el fiscal, esto es, el estándar de prueba que debe satisfacer o alcanzar para conseguir superar la alegación esgrimida por la defensa al impugnar la declaración.

Ante la pregunta de este subapartado las respuestas se reducen fundamentalmente a dos. La primera de ellas se refleja con claridad en los casos de Canadá y Reino Unido, que se han desarrollado en torno a la *common law confession rule*: uno por vía jurisprudencial y el otro consagrándolo expresamente en la ley. En ambos países se establece que el Estado debe satisfacer el estándar de prueba *más allá de toda duda razonable*⁸⁰. Ahora bien, ambas jurisdicciones, como se vio anteriormente, tienen un catálogo diverso de bases para la impugnación.

La segunda respuesta posible corresponde a un estándar menos exigente que el anterior y es el que se refleja en la situación de Estados Unidos. En efecto, la jurisprudencia de la Suprema Corte ha sostenido que, ante una impugnación de la declaración del imputado, al debatirse la cuestión de la voluntariedad, el acusador debe probar, por *preponderancia de la evidencia*, que la confesión ha sido dada voluntariamente⁸¹. Este estándar, más bajo que el de *más allá de toda duda razonable*, se cumpliría cuando la parte que tiene la carga de probar convence al tribunal de que hay más de cincuenta por ciento de probabilidad de que la afirmación sea cierta⁸².

Con todo, de forma adicional, algunos diseños normativos a nivel estadual imponen otras obligaciones a los agentes encargados de la persecución penal, las que repercuten en aquello que debe acreditar el Estado a través del ente persecutor y así conseguir la admisibilidad de la declaración. Por ejemplo, el caso de Texas, la regulación sostiene que, en principio, ninguna confesión es admisible a juicio, a menos que: 1) exista el registro electrónico de dicha declaración; 2) que previo a dar a declaración, el imputado haya sido advertido de sus derechos y renunció a ellos, de manera informada, voluntaria y con pleno conocimiento de las consecuencias de la renuncia; 3) que el dispositivo de registro sea capaz de registrar con precisión, que el operador era competente y que el registro es preciso y no ha sido alterado o manipulado; 4) que todas las voces en el registro son identificadas; y 5) que no más tarde del veinteavo día anterior a la audiencia, el abogado defensor recibió una copia verdadera, precisa y completa de todos los registros que existan del imputado de conformidad a la ley⁸³. En definitiva, la ley también puede establecer requisitos adicionales de admisibilidad para que el fiscal pueda derrotar la impugnación de admisibilidad y utilizar la declaración del imputado en juicio.

La cuestión del estándar que debe satisfacer el fiscal para derrotar la impugnación es un tema que, aunque no central para este trabajo, de todas maneras, es relevante para la operatividad de la impugnación. En efecto, tras dicha determinación también existen alter-

⁸⁰ Para el caso de Canadá: PACIOCCO y STUESSER (2008) pp. 320-322. Para el caso de Reino Unido: CAMPBELL, ASHWORTH y REDMAYNE (2010) pp. 150-153.

⁸¹ *Lego v. Twomey*, 404 U.S. 477 (1972).

⁸² HO, 2021. El estándar “preponderancia de la evidencia” es utilizado en asuntos de naturaleza civil, un recuento histórico de dicho estándar puede verse en LEUBSDORF (2016), *passim*. Véase también: LEO (2009) p. 14.

⁸³ Tex. Crim. Proc. Code § 3(a).

nativas más o menos deferentes con la persecución penal, dependiendo de qué tan alto es el estándar por satisfacer. Junto a ello, es posible establecer exigencias adicionales de admisibilidad, los cuales muchas veces exceden el asunto de la voluntariedad, como el tipo y calidad de los registros, su descubrimiento oportuno, entre otros.

V. CONSIDERACIONES FINALES

En esta sección desarrollaré algunas ideas que, lejos de buscar zanjar el asunto, tienen por objeto abrir debate respecto a un tema que ha permanecido poco claro para la operativa del sistema de justicia penal chileno.

En primer lugar, me parece posible pensar en un escenario en el cual, sin mediar una reforma legal, sea posible superar algunas dificultades existentes en Chile en torno a la confusión jurisprudencial descrita, donde incorrectamente la Corte Suprema ha entendido que es carga del acusado acreditar las circunstancias que mostrarían la involuntariedad de su confesión.

En tal escenario, cobrarían relevancia operativa los estándares internacionales desarrollados, los que forman parte del *corpus iuris* internacional y son obligatorios para nuestro país. Estos estándares protegen la voluntariedad en las declaraciones autoincriminatorias y establecen que la garantía se vería afectada no solo en casos graves, como la tortura, sino que también mediante cualquier medio que menoscabe la voluntad del imputado que declara. Asimismo, tales estándares establecen que se radica en el Estado la carga de probar las circunstancias que rodean una confesión cuya admisibilidad se impugna.

Además de los estándares expresamente desarrollados, es posible esbozar un argumento a partir de la obligación del Estado de investigar de manera eficaz la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes. A partir de tales obligaciones de investigar y por una cuestión de facilidad probatoria, es sensato pensar que sea el Estado quien deba probar las condiciones en las que se da una declaración autoincriminatoria. Lo propio puede predicarse de otras disposiciones en el derecho interno que imponen en policías y fiscales la obligación de llevar ciertas constancias y registros (v.gr., art. 97 CPP).

Los estándares desarrollados también solucionan otros aspectos operativos de la alegación de impugnación. Por ejemplo, al establecer el tipo de alegación que debiese hacer una defensa, esto es, que quien alega algún vicio en la forma de obtención de la confesión, debe presentar una razón plausible que justifique tal alegación, ante lo cual la carga de la prueba de las condiciones en que se obtuvo la confesión se traslada al Estado.

En fin, en este primer escenario resultar clave que los actores relevantes comprendan y apliquen adecuadamente dichos estándares, lo que debiese ocurrir de la mano de un mejor entendimiento del derecho internacional y de reconocer su importancia en la operatividad del derecho a nivel interno. Esto no parece ser algo tan lejano, ya que recurrentemente litigantes y tribunales hacen referencia a normativa internacional en la práctica diaria de la justicia penal.

En segundo lugar, es posible pensar un segundo escenario en que una reforma legal se haga cargo de algunos elementos de diseño como los que se señalan a continuación.

Primero, definir si la discusión de la voluntariedad al incorporar la declaración del imputado tendrá lugar siempre que el fiscal quiera incorporar dicha declaración o solo en aquellos en que exista alguna alegación de la defensa. En otras palabras, si el Estado siempre tiene el deber de probar las condiciones de obtención de la declaración o únicamente cuando haya una impugnación de admisibilidad de parte de la defensa. Segundo, establecer las bases para impugnar la admisibilidad de la declaración, sea a través de un catálogo específico como en los casos de Canadá y Reino Unido o a través de una mención genérica a la voluntariedad. Sin perjuicio de lo anterior, además, la legislación podría exigir alguna entidad adicional en dicha alegación, como que las razones ofrecidas para fundar la causal respectiva sean plausibles. Por último, para mayor claridad en la operativa práctica de la incidencia, debiese establecerse un estándar de prueba que deba ser satisfecho por el ente persecutor para superar la impugnación.

Cualquiera de los dos escenarios presentados trae implícito el hecho de que no es aconsejable mantener la situación nacional tal cual se ha descrito en el diagnóstico presentado. Me parece que existen buenas razones para avanzar en el sentido establecido en los estándares internacionales y propuesto por las regulaciones extranjeras revisadas, a fin de que en nuestro país la garantía de no autoincriminación adquiera plena vigencia y un alcance tal que proteja adecuadamente a las personas acusadas de un delito. De esa manera, hacerse cargo del problema adecuadamente fortalecería las protecciones y salvaguardas existentes a favor del imputado que se encuentra bajo custodia policial, así como el derecho a guardar silencio e incluso podría contribuir a mejores prácticas policiales. Todo lo anterior resultaría en mejoras significativas en la calidad de la justicia penal.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ANTKOWIAK, Thomas y GONZA, Alejandra (2017): *The American Convention on Human Right: Essential Rights* (Oxford: Oxford University Press).
- BARCÍA, Rodrigo (2008): *Lecciones de derecho civil chileno*, Tomo III (Santiago: Editorial Jurídica de Chile).
- BELTRÁN, Víctor (2022): “Confesiones y riesgos de condenas e imputaciones erróneas: identificación de algunos aspectos problemáticos en Chile”, *Revista Brasileña de Derecho Procesal Penal*, vol. 8, N° 2: pp. 601-651.
- BINDER, Alberto (1999): *Introducción al derecho penal* (Buenos Aires: Ad-Hoc).
- BOFILL, Jorge (2005): “Alcance de la obligación del fiscal de registrar sus actuaciones durante la investigación. Consecuencias de su incumplimiento en las diferentes etapas del procedimiento”, *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 6: pp. 45-61.
- CAMPBELL, Kathryn (2018): *Miscarriages of justice in Canada: causes, responses, remedies* (Toronto: University of Toronto Press).
- CAMPBELL, Liz; ASHWORTH, Andrew; REDMAYNE, Mike (2010): *The Criminal Process* (Oxford: Oxford University Press).
- COUTURE, Eduardo (1958): *Fundamentos del Derecho Procesal Civil* (Buenos Aires: Depalma Editor).

- DUCE, Mauricio (2013): “¿Debiéramos preocuparnos de la condena de inocentes en Chile?: Antecedentes comparados y locales para el debate”, *Ius et Praxis*, vol. 19, N° 1: pp. 77-138.
- DUCE, Mauricio y RIEGO, Cristián (2002): *Introducción al Nuevo sistema Procesal Penal* (Santiago: Universidad Diego Portales).
- DUCE, Mauricio y RIEGO, Cristián (2007): *Proceso Penal* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile).
- HERNÁNDEZ, Héctor (2014): “Contra los Testimonios de Oídas Preconstituidos”, en BLANCO SUÁREZ, Rafael e IRURETA URIARTE, Pedro (edits.), *Justicia, Derecho y Sociedad*. Libro en memoria de Maximiliano Prado Donoso. (Santiago: Ediciones Universidad Alberto Hurtado) pp. 17-57.
- HO, Hock Lai (2021): “The Legal Concept of Evidence”. *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Disponible en: <https://leibniz.stanford.edu/friends/preview/evidence-legal/>
- HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián (2004): *Derecho Procesal Penal Chileno*, Tomo II (Santiago: Editorial Jurídica de Chile).
- IBÁÑEZ, Juana María (2014): “Artículo 8. Garantías Judiciales”, en STEINER, Christian; URIBE, Patricia (edits.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario* (Alemania: Editorial Themis) pp. 207-254.
- KEANE, Adrian; MCKEOWN, Paul (2012). *The Modern Law of Evidence* (Oxford: Oxford University Press).
- LEO, Richard (2009): *Police Interrogation and American Justice* (Cambridge: Harvard University Press).
- LEUBSDORF, John (2016): “The Surprising History of the Preponderance Standard of Civil Proof”, *Florida Law Review*, vol. 67: pp. 1569-1619.
- MARKS, Paul (1972): “Constitutional Law – Burden of Proof at Voluntariness Hearing to Determine the Admissibility of a Confession”, *Duquesne Law Review*, Vol. 11, N° 1: pp. 81-86.
- MEDINA, Cecilia (2018): *La Convención Americana de Derechos Humanos: teoría y jurisprudencia* (Santiago de Chile: Ediciones Universidad Diego Portales).
- MEDINA, Gonzalo (2004): “Primera declaración del imputado y el derecho a no declarar en perjuicio propio”, en COLOMA, Rodrigo (edit.), *La Prueba en el Nuevo Proceso Penal Oral* (Santiago: LexisNexis) pp. 35-68.
- MERKEL, Laura (2022): *Derechos humanos e instituciones policiales. Una tensión constante* (Madrid: Marcial Pons).
- MIRANDA, Manuel; CERDA, Rodrigo y HERMOSILLA, Francisco (2012): *Práctica de la prueba en el juicio oral*. Santiago: Librotecnia.
- NAVARRO, Roberto (2019): *Derecho procesal penal chileno*, Tomo I (Santiago: Ediciones Jurídicas de Santiago).
- NOWAK, Manfred (2005): *U.N. Covenant on Civil and Political rights: CCPR commentary*. (United States of America: N.P. Engel).
- ONU: COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS (2007): *Observación general N° 32: Artículo 14. El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia*. 23 de Agosto 2007.
- PACIOCCO, David; STUESSER, Lee (2008): *The law of evidence* (Toronto: Irwin Law).

- POBLETE, Orlando (2004): “El interrogatorio policial autónomo y el derecho al silencio y a la no autoincriminación”, en LIBERTAD Y DESARROLLO (edit.), *Sentencias destacadas. Anuario de jurisprudencia: una mirada desde la perspectiva de las políticas públicas* (Santiago: Libertad y Desarrollo) pp. 237-254.
- QUIRK, Hannah (2017): *The Rise and Fall of the right of Silence* (New York: Routledge).
- RIEGO, Cristian (2019): “Confesiones frente a la policía en el proceso penal chileno”. *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. 32, N° 2: pp. 273-295.
- RODRÍGUEZ, Manuel (2022): “El peso de demostrar la licitud de la obtención de la prueba de cargo. Cuándo, cómo y ante quién”, *Revista de Ciencias Penales*, Vol. 48, N° 1: pp. 255-272.
- SALAS, Jaime (2019). *Problemas del proceso penal* (Santiago: Editorial Librotecnia).
- SIGNORELLI, Walter (2011): *Criminal Law, Procedure, and Evidence*. (Florida: CRC Press).
- TAVOLARI, Raúl (2005): *Instituciones del nuevo proceso penal* (Santiago: Editorial jurídica de Chile).
- TRECHSEL, Stefan (2005): *Human rights in criminal proceedings* (Oxford: Oxford University Press).
- UN: HUMAN RIGHTS COUNCIL (2014): *Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment*. 10 de abril de 2014.
- VALENZUELA, Jonatan (2018): “Hacia un estándar de prueba cautelar en materia penal: algunos apuntes para el caso de la prisión preventiva”, *Política Criminal*, Vol. 13, N° 26, pp. 836-857.
- ZAPATA, María Francisca (2004): *La prueba ilícita* (Santiago: LexisNexis).

NORMAS E INSTRUMENTOS CITADOS

- CHILE, *Código Civil*.
- CHILE, *Código Procesal Penal*.
- CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (22/11/1969).
- CONVENCIÓN CONTRA LA TORTURA Y OTROS O PENAS CRUELES, INHUMANOS O DEGRADANTES (23/09/1987).
- CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (4/11/1950).
- ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, Texas Code of Criminal Procedure (1966).
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (16/12/1966).
- REINO UNIDO, Police and Criminal Evidence Act (1984)

JURISPRUDENCIA NACIONAL E INTERNACIONAL CITADA

CANADÁ

R. v. Hebert.

R. v. Oickle.

CHILE

Corte Suprema, 27/04/2004, rol 992-2004.

Corte Suprema, 14/04/2005, rol 5-2005.

Corte Suprema, 12/04/2010, rol 9521-2009.

Corte Suprema, 06/12/2010, rol 7193-2010.

Corte Suprema, 25/01/2011, rol 9377-2010.

Corte Suprema, 24/02/2011, rol 10162-2010.

Corte Suprema, 3/06/2011, rol 2921-2011.

Corte Suprema, 29/10/2012, rol 6219-2012.

Corte Suprema, 14/08/2013, rol 4363-2013.

Corte Suprema, 09/12/2014, rol 25641-2014.

Corte Suprema, 15/12/2015, rol 18595-2015.

Corte Suprema, 04/04/2016, rol 8149-2016.

Corte Suprema, 07/03/2017, rol 266-2017.

Corte Suprema, 13/03/2017, rol 2882-2017.

Corte Suprema, 28/12/2017, rol 42335-2017.

Corte Suprema, 13/06/2018, rol 8039-2018.

Corte Suprema, 15/03/2021, rol 140183-2020.

Corte Suprema, 31/05/2021, rol 17414-2021.

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010.

Corte IDH. Caso Cantoral Benavides Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000.

Corte IDH. Caso Castillo Petrucci y otros Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999.

Corte IDH. Caso Pollo Rivera y otros Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de octubre de 2016.

ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

Lego v. Twomey, 404 U.S. 477 (1972).

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

TEDH, Caso John Murray contra Reino Unido, Sentencia del 8 de febrero de 1996.

TEDH, Caso San Argimiro Isasa contra España. Sentencia del 28 de septiembre de 2010.

TEDH, Caso Ibrahim y Otro contra Gran Bretaña, Sentencia del 13 de septiembre de 2016.

LOS ESTÁNDARES INTERAMERICANOS DE DERECHOS HUMANOS Y EL ESTADO DE DERECHO: UNA EVALUACIÓN CRÍTICA

THE INTER-AMERICAN STANDARDS OF HUMAN RIGHTS AND RULE OF LAW: A CRITICAL EVALUATION

RENÉ TAPIA HERRERA*
GONZALO CANDIA FALCÓN**

RESUMEN: El trabajo evalúa, desde una perspectiva de estado de derecho, la doctrina de los estándares interamericanos de derechos humanos. A través de la misma, la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos han establecido para los Estados un conjunto de estándares de conducta no recogidos por instrumentos convencionales. El artículo argumenta que la controversia generada a partir del establecimiento de los señalados estándares demuestra su grave problema de promulgación, el cual produce efectos “acumulativos” que limitan la realización de otras exigencias de estado de derecho. Los autores concluyen que los problemas planteados son lo suficientemente graves para reevaluar el alcance de la doctrina de los estándares interamericanos.

Palabras clave: Estándares interamericanos de derechos humanos, sistema interamericano de derechos humanos, estado de derecho, Lon Fuller.

ABSTRACT: This work evaluates, from a rule of law perspective, the doctrine of the Inter-American standards of human rights. By developing this doctrine, both the Commission and the Inter-American Court of Human Rights have imposed standards of conduct on States which are not expressly recognized by conventional instruments. This paper argues that the controversy existing around the doctrine of standards demonstrates important problems of promulgation whose “accumulative” effects limits the realization of other rule of law requirements. The authors conclude that those problems are sufficiently critical to revisit the scope of the doctrine of Inter-American standards.

Keywords: Inter-American standards of human rights, Inter-American system of human rights, rule of law, Lon Fuller.

* Abogado, LLM Pontificia Universidad Católica de Chile, mención Derecho Constitucional. Profesor Universidad Finis Terrae; doctorando en Derecho Constitucional Universidad de Barcelona. Dirección postal: Av. Pedro de Valdivia 1509, Providencia. Correo electrónico: rtapiahe35@alumnes.ub.edu. ORCID ID 0000-0001-7844-3504.

** Doctor en Derecho, Universidad de Georgetown. Profesor de Derecho Público, Pontificia Universidad Católica de Chile, Profesor Afiliado, Centro de Estudios Internacionales UC. Dirección postal: Alameda 340, Pontificia Universidad Católica de Chile, Facultad de Derecho, cuarto piso. Dirección de correo electrónico: gfcandia@uc.cl. ORCID ID 0000-0003-2557-0117.

El presente artículo se enmarca en la ejecución del proyecto de investigación PUENTE-2022-24, de la Dirección de Investigación de la Pontificia Universidad Católica de Chile, titulado “Los desiderata del estado de derecho y los estándares interamericanos de derechos humanos: una relación necesaria”, del cual el profesor Gonzalo Candia Falcón es investigador responsable.

I. INTRODUCCIÓN

Durante los últimos años de funcionamiento del sistema interamericano de derechos humanos (en adelante, “SIDH”), los órganos que lo estructuran –la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, “CIDH”) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, “Corte IDH”)–, han promovido la doctrina de los estándares interamericanos de derechos humanos. Dicha doctrina considera que las normas de conducta jurídicamente exigibles a los Estados partes del SIDH se encuentran contenidas no sólo en los instrumentos regionales de protección como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, “la Convención”), sino también en ciertas decisiones que, tanto la CIDH como la Corte IDH, adoptan en el ejercicio de sus competencias. Desde esta perspectiva existirían estándares de conducta que, pese a su carácter extra convencional, igualmente obligarían a los Estados.

Sin embargo, esta doctrina no ha resultado del todo pacífica. Efectivamente, una revisión de la literatura especializada permite concluir que, si bien existe certeza respecto del carácter obligatorio de ciertos estándares –como los estándares contemplados *expresamente* en los tratados del SIDH–, existe controversia respecto de la fuerza normativa de otros –los estándares extra convencionales, esto es, aquellos establecidos a partir de decisiones de los mismos órganos del SIDH–. Este trabajo se sirve de esta controversia para evaluar la doctrina en cuestión a la luz de las exigencias del estado de derecho. En este sentido, el artículo afirma que, cualquiera sea la concepción que se sostenga del estado de derecho, resulta exigencia indubitada de aquel que todo ordenamiento jurídico permita a sus destinatarios no sólo acceder al contenido de los mandatos del ordenamiento jurídico, sino también determinar de manera cierta cuáles son los criterios que permiten a los destinatarios de las normas distinguir entre una norma de conducta jurídicamente vinculante de aquella que no lo es. La doctrina denomina *promulgación* a esta exigencia de estado de derecho.

Ahora bien, en la medida que existe un significativo grado de discusión en torno a los criterios que permitirían determinar cuáles estándares de conducta estatal resultarían jurídicamente obligatorios dentro del SIDH, es posible concluir que aquellos se encuentran afectados por un problema de estado de derecho; más específicamente, por un problema de promulgación. En efecto, subsisten importantes interrogantes al interior del SIDH acerca de si las actuaciones tanto de la CIDH, como de la Corte IDH, representan un criterio válido para identificar estándares de conducta obligatoria para los Estados, discusión que no tiene lugar respecto de otros estándares: aquellos expresamente señalados en los instrumentos regionales de protección. Ello, precisamente, porque respecto de estos últimos, el criterio de promulgación es generalmente aceptado: el consentimiento de los Estados.

El artículo concluye que este problema –representado por la ausencia de criterios ciertos para determinar la exigibilidad jurídica de cierto tipo de estándares interamericanos–, resulta particularmente grave cuando dichos estándares son utilizados por la CIDH y la Corte IDH para efectos de atribuir responsabilidad internacional a los Estados. Ello, porque la adjudicación de casos concretos a partir de los referidos estándares podría, eventualmente, dar lugar a una aplicación retroactiva del derecho con consecuencias sumamente perjudiciales para los destinatarios de las normas del SIDH. De igual manera, el artículo

afirma que el problema de promulgación que afecta a la doctrina de los estándares también termina por impactar otros aspectos críticos del estado de derecho, tales como la consistencia interna que todo ordenamiento jurídico debe satisfacer, o la congruencia entre el derecho establecido y el utilizado para resolver casos concretos. Desde esta perspectiva, los autores concluyen la necesidad de reevaluar la construcción de la doctrina de los estándares interamericanos. Ello, evidentemente, con el propósito de asegurar la capacidad del ordenamiento regional de derechos humanos para orientar adecuadamente la conducta de sus actores, reforzando con ello la seguridad y certeza propios de todo sistema jurídico que realiza razonablemente las exigencias del estado de derecho.

Para exponer el planteamiento anteriormente descrito el presente artículo se divide en las siguientes secciones. En una primera sección, el trabajo explicará sintéticamente la doctrina de los estándares interamericanos de derechos humanos. En una segunda parte, se describirá cuál es –a grandes rasgos– el debate doctrinario existente en torno a la normatividad de los estándares extra convencionales. En una tercera sección, el artículo explicará por qué la existencia de dicho debate da cuenta de un problema de estado de derecho asociado, en primer lugar, a la exigencia de promulgación, problema que, en atención a su carácter “acumulativo”, permea hacia otras demandas del estado de derecho. En esta sección, el trabajo expondrá algunos posibles caminos a seguir para, o bien superar los problemas de estado de derecho diagnosticados, o al menos, atenuarlos. Finalmente, se ofrecerá una conclusión.

II. LA DOCTRINA DE LOS “ESTÁNDARES INTERAMERICANOS DE DERECHOS HUMANOS”: SU ALCANCE Y PREVALENCIA DENTRO DEL SISTEMA REGIONAL DE DERECHOS HUMANOS

1. EL CONCEPTO DE “ESTÁNDAR INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS” EN LOS PRONUNCIAMIENTOS DE LA CIDH

En términos generales, para la CIDH, los estándares interamericanos de derechos humanos representan “orientaciones generales” cuya función es proveer “mínimos de protección que deben ser necesariamente respetados por el Estado”¹. El objetivo principal de los estándares interamericanos sería “servir de guía para los Estados Miembros de la OEA sobre cómo cumplir con diversas obligaciones”². En este sentido, para la CIDH, los estándares especificarían los contenidos de los instrumentos regionales de protección de derechos humanos, definiendo para los Estados ciertas prioridades que deberían ser consideradas por aquellos para dar cumplimiento a sus obligaciones internacionales³. Desde esta perspectiva, los estándares constituirían verdaderas obligaciones de conducta a las cuales todos los Estados del SIDH se encontrarían sometidos.

Ahora bien, la CIDH ha sostenido que estas obligaciones de conducta tendrían diversas fuentes. En efecto, la CIDH ha indicado que los estándares interamericanos de derechos humanos estarían conformados por las obligaciones estatales contenidas en: (i) el

¹ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2009) párrafo 15.

² COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2011) párrafo 9.

³ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2018).

texto de los tratados interamericanos que resguardan derechos humanos, (ii) las sentencias y opiniones consultivas de la Corte IDH, y (iii) el conjunto de decisiones, informes temáticos y de país, y otras recomendaciones adoptadas por la misma CIDH⁴. Asimismo, la CIDH también ha atribuido el carácter de estándares a un conjunto de deberes de acción recogidos por protocolos regionales que los Estados deben implementar para prevenir infracciones de derechos humanos. Por ejemplo, la CIDH, trata como un estándar el deber de los Estados de desagregar información de datos al momento de sistematizar la información relacionada con situaciones de violencia contra la mujer⁵.

La doctrina anteriormente referida ha sido reiterada por la CIDH en su recientemente aprobado “Compendio sobre la obligación de los Estados de adecuar su normativa interna a los Estándares Interamericanos de Derechos Humanos”⁶ del año 2021. En este trabajo, si bien la CIDH no define el concepto de estándar interamericano de derechos humanos, sí provee de manera implícita, cierta información respecto de la tipología de los mismos. En primer lugar, para la CIDH sería claro que las normas contenidas en los tratados regionales de derechos humanos se encontrarían necesariamente dentro de la categoría de estándares interamericanos, entendidos éstos como obligaciones de conducta estatal⁷. De igual manera, la CIDH considera estándares las obligaciones de conducta estatal recogidas en las decisiones de la Corte IDH⁸. Adicionalmente, la CIDH también considera como estándares interamericanos aquellas recomendaciones incorporadas en sus propios informes. En este sentido, tanto los pronunciamientos de la CIDH, como aquellos de la Corte IDH, formarían parte de “los estándares de derechos humanos *desarrollados* en el marco del sistema interamericano de protección y promoción de derechos humanos”⁹.

La CIDH ha sido clara en torno al deber jurídico de los Estados de cumplir con lo dispuesto por los estándares interamericanos de derechos humanos. En este sentido, la CIDH –a la luz de lo dispuesto en el Preámbulo y el artículo 2 de la Convención, así como en lo preceptuado por los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados–, ha concluido que la incorporación de los estándares interamericanos de derechos humanos a los ordenamientos jurídicos nacionales representaría una obligación para los Estados¹⁰. Así, la CIDH ha manifestado que “la eficacia del SIDH requiere (...) de la incorporación y debida aplicación de los estándares interamericanos por parte de las autoridades internas”¹¹. En efecto, “la obligación de los Estados de adecuar su normativa interna a los estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (...), ha sido parte de las recomendaciones históricas que la CIDH ha realizado a través de sus pronunciamientos

⁴ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2011) párrafo 10.

⁵ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2019) párrafo 17.

⁶ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2021).

⁷ En este sentido, COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2021), párrafo 39.

⁸ Por ejemplo, véase las consideraciones contenidas en COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2021) párrafo 51.

⁹ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2021) párrafo 2.

¹⁰ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2021) párrafo 3.

¹¹ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2013) párrafo 72; COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2021) párrafo 44.

en los que se concluye que las disposiciones de derecho interno contrarias a la Convención Americana no surten efectos jurídicos”¹². Aún más: la CIDH ha establecido que los Estados tienen el deber no sólo de ajustar su normativa interna a los estándares, sino que también deben hacerlo respecto de sus prácticas y políticas¹³. Si los Estados no cumplieran con esta obligación, aquellos incurrirían en responsabilidad internacional¹⁴.

2. EL CONCEPTO DE “ESTÁNDAR INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS” EN LOS PRONUNCIAMIENTOS DE LA CORTE IDH

La Corte IDH también ha abrazado, de manera más restringida, la doctrina de los estándares interamericanos de derechos humanos. En efecto, y en el contexto del desarrollo jurisprudencial del *control de convencionalidad*, este tribunal ha atribuido a sus interpretaciones de las normas de la Convención, el carácter de “estándar mínimo”¹⁵, obligatorio para todos los Estados partes del SIDH. Ello, en la medida que la Corte IDH sería “[el] intérprete último de (...) [la Convención]”¹⁶. Así las cosas, el tribunal interamericano ha exigido que los órganos nacionales, particularmente los tribunales, al momento de aplicar la normativa interna del Estado, lo hagan “teniendo en cuenta (...) los precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana”¹⁷. En este sentido, el control de convencionalidad implementado por las autoridades domésticas debe realizarse “tomando en consideración (...) la lectura que [de la Convención] ha realizado la Corte”¹⁸. De esta forma, la autoridad nacional y, en particular la judicial, debe buscar “integrar en el sistema de sus decisiones las normas contenidas en la Convención Americana de Derechos Humanos (...) y los estándares desarrollados por la jurisprudencia”¹⁹. La Corte IDH ha agregado que los estándares en cuestión representarían el parámetro a través del cual las autoridades estatales no sólo deben juzgar la convencionalidad de su normativa interna, sino también la legitimidad de sus propias políticas públicas²⁰. Finalmente, la Corte IDH ha agregado que los estándares aplicables por los Estados al momento de hacer uso del control de convencionalidad, no sólo son aquellos contenidos en sentencias pronunciadas en el ejercicio de su función contenciosa, sino también aquellos recogidos por sus opiniones consultivas²¹.

¹² COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2021) párrafo 3.

¹³ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2021) párrafo 18.

¹⁴ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2021) párrafos 35-36.

¹⁵ FERRER (2011) p. 532; FERRER y PELAYO (2012) p. 148.

¹⁶ BAZÁN (2014) Tomo I, p. 233.

¹⁷ *GELMAN vs. URUGUAY* (2013) párrafo 69.

¹⁸ BAZÁN (2014) Tomo I, p. 233.

¹⁹ NASH (2013) p. 494; en el mismo sentido: GALDÁMEZ (2014) p. 336; NASH y NÚÑEZ (2017) pp. 16-17; DÍAZ (2020) p. 313.

²⁰ E.g.: *RADILLA PACHECO vs. MÉXICO* (2009) párrafo 339.

²¹ *OPINIÓN CONSULTIVA OC-21/14 “DERECHOS Y GARANTÍAS DE NIÑAS Y NIÑOS EN EL CONTEXTO DE LA MIGRACIÓN Y/O EN NECESIDAD DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL”* párrafo 31; *OPINIÓN CONSULTIVA OC-22/16 “TITULARIDAD DE DERECHOS DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS (INTERPRETACIÓN Y ALCANCE DEL ARTÍCULO 1.2, EN RELACIÓN CON LOS ARTÍCULOS 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46, Y 62.3 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, ASÍ COMO DEL ARTÍCULO 8.1 A Y B DEL PROTOCOLO DE SAN SALVADOR)”* párrafo 26; *OPINIÓN CONSULTIVA OC-24/17 “IDENTIDAD DE GÉNERO, E IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN A*

3. CONCLUSIÓN: LOS ESTÁNDARES INTERAMERICANOS COMO NORMAS DE CONDUCTA ESTATAL OBLIGATORIA

Tal como se ha apreciado, tanto la CIDH, como la Corte IDH, han conceptualizado los estándares interamericanos como verdaderas normas de conducta que resultan obligatorias para los Estados y cuyo incumplimiento acarrea la responsabilidad internacional de aquellos. En este respecto, tanto la CIDH, como la Corte IDH, han coincidido que esos estándares pueden tener como fuente normativa sus propias decisiones y no necesariamente, el texto de la Convención. Como se apreciará a continuación, esta posición no ha resultado del todo pacífica.

III. CONTROVERSIA EN TORNO A LA DOCTRINA DE LOS ESTÁNDARES INTERAMERICANOS DE DERECHOS HUMANOS: CRITERIOS DE IDENTIFICACIÓN Y NORMATIVIDAD DE LOS ESTÁNDARES EXTRA CONVENCIONALES

1. DUDAS ACERCA DEL ALCANCE DE LOS ESTÁNDARES EN LA JURISPRUDENCIA DE LOS ÓRGANOS DEL SIDH

Si bien la CIDH y la Corte IDH han adherido conjuntamente a la doctrina de los estándares interamericanos, reconociendo que los mismos no se encuentran únicamente contenidos en los instrumentos de protección, ambas instituciones difieren en torno a las actuaciones que podrían servir de fuente para el establecimiento, precisamente, de esos estándares. En efecto, si bien la CIDH ha atribuido a los pronunciamientos contenciosos y no-contenciosos de la Corte IDH el carácter de estándares interamericanos, este tribunal supranacional no ha operado de la misma manera tratándose de las decisiones de la CIDH. Ello, por cuanto la Corte IDH no ha reconocido, al menos, en términos expresos, el carácter de estándar a las decisiones adoptadas por la CIDH, excluyendo implícitamente a estas últimas del listado de criterios a partir del cual las autoridades nacionales están llamadas a efectuar el control de convencionalidad.

Al respecto, si bien existe coincidencia material en la gran mayoría de los estándares construidos por la CIDH y la Corte IDH, han existido ciertas áreas en las cuales esos estándares han tenido carácter diverso, cuestión que ha originado decisiones contrapuestas por parte de aquellas instituciones. Un ejemplo de aquello son los estándares construidos por ambos órganos en torno a cuestiones de libertad de expresión. Mientras para la CIDH el único estándar de sanción aceptable frente a eventuales atentados contra la honra de las personas –particularmente de aquellas que ejercen funciones públicas–, era uno de índole civil, la Corte IDH promovía un estándar más laxo, permitiendo bajo ciertas circunstancias, la concurrencia de la sanción penal²². No obstante, el estándar en cuestión ha ido

PAREJAS DEL MISMO SEXO. OBLIGACIONES ESTATALES EN RELACIÓN CON EL CAMBIO DE NOMBRE, LA IDENTIDAD DE GÉNERO, Y LOS DERECHOS DERIVADOS DE UN VÍNCULO ENTRE PAREJAS DEL MISMO SEXO (INTERPRETACIÓN Y ALCANCE DE LOS ARTÍCULOS 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 Y 24, EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 1 DE LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS)” párrafo 16.

²² RIVERA (2010) p. 27.

progresivamente uniformándose a través de la adopción, por parte de la Corte IDH, del criterio construido por la CIDH²³.

En resumen: pese al esfuerzo que tanto la CIDH como la Corte IDH han realizado para promover la idea de estándares interamericanos y su carácter obligatorio, se han evidenciado ciertos problemas en torno a su conceptualización e implementación. Efectivamente, la Corte IDH no ha reconocido en términos expuestos el carácter vinculante de las decisiones de la CIDH. Ello, pese a que la CIDH sí atribuye carácter de estándar a las decisiones contenciosas y no-contenciosas de la Corte IDH. Las consecuencias de esta diversidad de criterios entre ambas instituciones pueden resultar eventualmente complejas. Ello, porque si bien existe un consenso generalizado en torno al carácter obligatorio de las sentencias de la Corte IDH respecto de los Estados que son partes de los procesos en los cuales el tribunal pronuncia su sentencia, existen aún interrogantes respecto de la vinculatoriedad jurídica de las decisiones de la CIDH.

2. DUDAS ACERCA DEL ALCANCE DE LOS ESTÁNDARES EN LA PRÁCTICA DE LOS ESTADOS Y LA LITERATURA ESPECIALIZADA

La aplicación de los estándares por las autoridades nacionales ha sido una cuestión no exenta de dificultades. De hecho, la misma Asamblea General de la Organización de Estados Americanos se ha hecho eco de esta situación²⁴. Distintas son las razones que se han ofrecido para explicar esos problemas. Tratándose del incumplimiento de estándares convencionales, la CIDH ha manifestado que ello encontraría su origen, muchas veces, en la falta de ratificación de los instrumentos regionales de protección por parte de los Estados, particularmente en la esfera angloparlante²⁵. Ello, porque la ausencia de ratificación privaría a la Corte IDH de la posibilidad de desarrollar y aplicar aquellos estándares en el contexto de casos concretos al carecer de competencia para conocer de casos contenciosos²⁶. En este sentido, la ausencia de ratificación produciría que “las personas afectadas no se puedan beneficiar de los aportes jurisprudenciales de la Corte como intérprete autorizada de la Convención Americana, y otros instrumentos interamericanos”²⁷. Igualmente, la CIDH ha manifestado que “si bien se han registrado avances importantes en la implementación de las recomendaciones de la CIDH y en el cumplimiento de las decisiones de la Corte, aún no se ha logrado alcanzar un nivel de cumplimiento que permita garantizar la efectividad del sistema interamericano”²⁸.

Al interior de la doctrina, una de las razones que buscan explicar los incumplimientos dice relación con las problemáticas de legalidad que viven los Estados de la región²⁹. Sin embargo, existe una línea doctrinal más crítica para la cual los problemas de implementa-

²³ *ÁLVAREZ RAMOS VS. VENEZUELA* (2019) y *PALACIO URRUTIA Y OTROS VS. ECUADOR* (2021).

²⁴ E.g.: ASAMBLEA GENERAL DE LA OEA (2011) punto resolutivo 3.d).

²⁵ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2014), párrafos 31-33.

²⁶ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2014), párrafos 36-37.

²⁷ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2014), párrafo 37.

²⁸ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2014), párrafo 38.

²⁹ BURGORGUE-LARSEN (2014) p. 136.

ción de los estándares, particularmente de aquellos extra convencionales, tendría su origen en la ausencia de certeza en torno a la normatividad de estos últimos en atención a la fuente de la cual derivarían: las actuaciones tanto de la CIDH como de la Corte IDH.

Así, por ejemplo, MOLINA indica que el carácter “polisémico” con el que sería utilizado el concepto de estándar, por parte de la CIDH y la Corte IDH, generaría serias incertezas al interior del SIDH, cuestión que, evidentemente, impactaría negativamente en la implementación de los estándares³⁰. Para DE CASAS, dichas incertezas estarían asociadas al hecho de que la CIDH y la Corte IDH conceptualizarían como estándares de igual valor jurídico tanto las normas de conducta recogidas por los instrumentos regionales de protección, así como la especificación que de aquellas normas realizan los órganos de supervisión del SIDH, pese a que respecto de estas últimas existirían serias dudas en torno a su vinculatoriedad jurídica *erga omnes*, cuestión que generaría problemáticas en torno a la identificación de las fuentes de comportamiento estatal³¹. En este mismo sentido, estudios tempranos acerca del SIDH elaborados previamente a los pronunciamientos de la Corte IDH que dieron lugar a la doctrina del control de convencionalidad manifestaban que los Estados “no se encontraban bajo la obligación jurídica de cumplir con los contenidos de decisiones [de la Corte IDH] pronunciados en casos en los cuales ellos no eran partes”³². De hecho, el surgimiento mismo de la doctrina del control de convencionalidad dentro del SIDH no ha estado exento de fuertes críticas³³. En efecto, para ciertos autores, la obligatoriedad que se predicaría, por ejemplo, de los estándares contenidos en pronunciamientos de la Corte IDH, “no t[endría] un sustento normativo sólido en la Convención Americana”³⁴.

Así las cosas, pese a los esfuerzos de los órganos del sistema por promover la normatividad de los estándares extra convencionales,

Queda aún la duda si un estándar entregado por la Corte IDH es norma obligatoria incorporada al derecho interno a través de las facultades interpretativas de la Corte sobre la CADH, o son meras declaraciones de principios con términos laxos como *recomendar*, *promover* o *alentar*, los cuales transforman el contenido jurídico de un estándar a una categoría de mera recomendación³⁵.

Pero, además,

¿Qué sucede con las opiniones consultivas de la Corte IDH, o las observaciones generales emitidas por el CIDH? ¿Podemos entender que sus amplios textos son un estándar? ¿Es unánime que los tribunales nacionales las incorporen como derecho nacional, y por ende se utilicen más que como meras recomendaciones a los Estados?³⁶.

³⁰ MOLINA (2018) pp. 249-250.

³¹ DE CASAS (2019) p. 298.

³² DAVIDSON (1997) p. 213.

³³ E.g.: SILVA (2018); PAÚL (2019) y HUIZA (2021).

³⁴ CONTRERAS (2015) p. 427.

³⁵ MOLINA (2018) pp. 245-246.

³⁶ MOLINA (2018) p. 248.

En este sentido, aún persistiría “la duda sobre cuál es el mecanismo dentro del SIDH [apto] para la creación de los [estándares interamericanos], su relación de obligatoriedad con los Estados y su relación con otros conceptos jurídicamente relevantes”³⁷. Prueba fehaciente de ello serían las interrogantes que origina la jurisprudencia de la Corte IDH al negar, al menos tácitamente, que el pronunciamiento de informes por parte de la CIDH, represente precisamente, uno de aquellos mecanismos aptos para construir estándares interamericanos.

Por otro lado, la práctica judicial de los Estados también da cuenta de la persistencia de ciertas dudas al interior del SIDH respecto de la obligatoriedad de los estándares extra convencionales. Mientras tribunales de ciertos Estados han hecho uso efectivo de los mismos³⁸, otros han manifestado que estos estándares extra convencionales no resultarían necesariamente obligatorios³⁹, o bien que los mismos no podrían vincular a los Estados si ellos contradicen estándares expresamente recogidos en los instrumentos regionales de protección⁴⁰. De hecho, esto último ha dado lugar a una fuerte reacción por parte de la Corte IDH, la cual ha buscado reafirmar el carácter jurídicamente vinculante de los estándares establecidos por sus pronunciamientos en el contexto de la dictación de sentencias de supervisión⁴¹.

En conclusión: la doctrina desarrollada por la práctica de la CIDH y de la Corte IDH en torno a los estándares interamericanos de derechos humanos no es del todo pacífica. Por el contrario, la visión crítica manifestada por cierto sector de la doctrina, y la práctica de ciertos actores del SIDH, permiten afirmar que aún subsisten importantes interrogantes, particularmente en torno a cuáles serían las fuentes del derecho que, válidamente, permitirían establecer dichos estándares de conducta, con carácter obligatorio, a los Estados.

3. CONCLUSIÓN: UNA NUEVA PERSPECTIVA DE ANÁLISIS

La controversia anteriormente descrita permite acreditar que, pese a la acción decidida de la CIDH y de la Corte IDH, aún subsisten importantes interrogantes acerca de la doctrina de los estándares. Particularmente, existen importantes dudas en torno a cuáles serían las fuentes del derecho que, válidamente, serían capaces de construir, de manera obligatoria, esos estándares *vis a vis* los Estados. Ahora bien, la persistencia de este debate permite explorar la doctrina de los estándares interamericanos de derechos humanos desde una nueva perspectiva: la del estado de derecho. Ello, por cuanto no podría resultar indiferente para este último la circunstancia que, dentro de un sistema jurídico –como el interamericano–, los destinatarios de las normas carezcan de certezas plenas en torno a los criterios que permitan distinguir formas de conducta jurídicamente obligatorias, de otras que no lo son. De hecho, como se verá, este es claramente un problema de estado de derecho que debe abordarse como tal.

³⁷ MOLINA (2018) p. 250.

³⁸ Véase, por ejemplo: NOGUEIRA (2017); BREWER-CARIAS (2018); VILLACÍS (2018); GARCÍA y PALOMINO (2013).

³⁹ MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES Y CULTO *S/ INFORME SENTENCIA DICTADA EN EL CASO “FONTEVECCHIA Y D’AMICO VS. ARGENTINA”* (2017).

⁴⁰ AA.BB. *Denuncia. Excepción de Inconstitucionalidad Artículos 1°, 2° y 3° de la Ley N° 18.831, IUE 2-109.9717/2011* (2013).

⁴¹ *GELMAN VS. URUGUAY* (2013).

IV. EL ESTADO DE DERECHO Y LOS ESTÁNDARES INTERAMERICANOS DE DERECHOS HUMANOS. UNA APROXIMACIÓN A ALGUNAS DE SUS PROBLEMÁTICAS

1. EL ESTADO DE DERECHO Y SUS *DESIDERATA*

La teorización de la idea de estado de derecho es compleja⁴². Ello, por cuanto se han subsumido dentro de la misma una serie de elementos sustantivos, formales y procedimentales⁴³. A su vez, esto ha producido el surgimiento de concepciones de estado de derecho disímiles⁴⁴. No obstante esas diferencias, una evaluación atenta de las distintas teorizaciones acerca de estado de derecho permite concluir que ellas comparten un *sustrato común* en relación con cuáles son sus exigencias básicas. Dicho sustrato común está conformado por los criterios técnicos de excelencia que, empleados en los procesos de producción e implementación del derecho, permiten dotar de eficacia y operatividad al ordenamiento jurídico⁴⁵. La formulación más conocida y discutida de dichos criterios es la referida por Lon Fuller en su texto *The Morality of Law*. Fuller identifica esos criterios por medio de la enunciación de los *desiderata* –condiciones “deseables”– del estado de derecho. Dichos *desiderata* suponen que el derecho sea establecido y administrado de forma que éste satisfaga los requerimientos de: (a) generalidad, (b) claridad, (c) promulgación, (d) no-retroactividad, (e) estabilidad, (f) coherencia, (g) posibilidad de obediencia y (h) congruencia entre el derecho y su aplicación por las autoridades pertinentes⁴⁶.

Los mencionados *desiderata* del estado de derecho producen efectos sistémicos dentro de los ordenamientos y, por tanto, “se aplican a todo lo largo y a todo lo ancho de todas las operaciones básicas de un sistema jurídico”⁴⁷. En este sentido, la razonable satisfacción de los *desiderata* en los procesos de elaboración, administración y aplicación del derecho deben permitir que, en la práctica, las reglas y estándares recogidos por cualquier sistema jurídico sean capaces de: (i) ordenar las acciones de sus destinatarios de forma tal que éstos puedan, efectivamente, cumplir con sus exigencias, y (ii) establecer límites ciertos a las facultades discrecionales de quienes ejercen autoridad dentro de aquel sistema⁴⁸. De hecho, son estas bondades las que explican por qué las diversas aproximaciones a la noción de estado de derecho convergen necesariamente en el reconocimiento de los *desiderata* como núcleo fundamental de toda teoría admisible de estado de derecho⁴⁹.

En este sentido, y más allá de los cuestionamientos que ciertos autores dirigen hacia la aplicabilidad de las exigencias de estado de derecho en contextos de derecho internacio-

⁴² TAMANAHA (2004) p. 91.

⁴³ WALDRON (2011a) pp. 4-5.

⁴⁴ PISARELLO (2001); FERRAJOLI (2002); VILLAR (2007) p. 74; BURGOS (2010) p. 232.

⁴⁵ E.g.: DWORKIN (1985) p. 12; VILLAR (2007) p. 74; BINGHAM (2011) pp. 17-18; FINNIS (2011) pp. 270-271.

⁴⁶ FULLER (1969) pp. 33-81.

⁴⁷ ATIYAH y SUMMERS (2002) p. 44.

⁴⁸ FULLER (1969) pp. 33-91; PETTIT (1997) p. 174; en el ámbito europeo continental: VIGNOLO (2011) p. 785; TRUJILLO (2015).

⁴⁹ PETTIT (1997) pp. 174-175.

nal⁵⁰, resulta claro que aquellas no resultan indiferentes para el proceso de establecimiento e implementación de los estándares interamericanos de derechos humanos. En efecto, es sólo por medio de la realización suficiente de los *desiderata* del estado de derecho que los estándares pueden aspirar, de manera efectiva, a: (i) ordenar la conducta de los Estados respecto de las personas sujetas a su jurisdicción, y (ii) establecer límites a la discrecionalidad de juicio con la que pueden actuar los diversos actores del SIDH al momento de resolver casos concretos, precisamente, a partir de los mencionados estándares.

2. ESTÁNDARES INTERAMERICANOS Y LA DEFICIENCIA EN EL *DESIDERÁTUM* DE PROMULGACIÓN

Tal como se planteó anteriormente, todo sistema jurídico que cumpla mínimamente los estándares del estado de derecho es uno cuyas normas están configuradas e implementadas de manera tal que sus destinatarios sean capaces de conocerlas, comprenderlas y cumplirlas. Desde esta perspectiva, la sola existencia de interrogantes significativas entre los actores del SIDH, y la literatura especializada, en torno a los criterios que permitirían identificar correctamente estándares de conducta estatal fuera del texto de los instrumentos regionales de protección representa, por sí misma, un problema de estado de derecho. Esto, particularmente, desde la dimensión del *desideratum* de *promulgación*.

En términos generales, para Fuller, el cumplimiento de aquel *desideratum* exige dos cuestiones. Primero, que los destinatarios de las normas jurídicas puedan acceder a sus mandatos de manera que, conociéndolos, puedan cumplirlos, cuestión asociada a la publicidad de aquellos mandatos⁵¹. Sin embargo, para que aquellos destinatarios puedan conocer y cumplir con esos mandatos, es necesario, primero, que éstos puedan atribuir carácter *jurídico* a aquellas normas de conductas exigidas por el ordenamiento. Esto supone la existencia de un ordenamiento que disponga de criterios ciertos y estables que permitan a sus destinatarios distinguir con propiedad entre una norma que crea obligaciones sancionadas por el derecho, y otras que no⁵². En otras palabras, para permitir a los destinatarios de las normas la posibilidad de cumplir con los mandatos del derecho resulta necesario que dichas normas puedan ser identificadas como tales por sus destinatarios a partir de ciertos criterios claramente establecidos y consensuados al interior del sistema jurídico⁵³. Así las cosas, la exigencia de promulgación –al menos en los términos planteados por Fuller–, no se cumpliría con la sola posibilidad que los actores del sistema jurídico tuvieran conocimiento de que ciertas conductas resultan esperables por la autoridad –publicidad–. Es necesario, además, que los destinatarios de esos comportamientos que se publicitan como deseables por la autoridad, tengan certeza que representan obligaciones jurídicas y, por tanto, deben ser imperativamente cumplidas. En efecto, no resultaría razonable exigir a los destinatarios de las normas jurídicas adherir estrictamente a sus mandatos si no existiera suficiente certeza, al interior del ordenamiento, en torno a los criterios que permiten distinguir entre normas

⁵⁰ E.g.: WALDRON (2011b).

⁵¹ FULLER (1969) pp. 49-51.

⁵² RAZ (2009) p. 215.

⁵³ RAZ (2009) p. 214.

jurídicamente obligatorias, y normas de otro tipo. Más complejo aún resultaría imputar algún tipo de responsabilidad jurídica a un destinatario frente al incumplimiento de una norma de conducta en un escenario dentro del cual aquel no podía concluir, con suficiente seguridad, el carácter jurídicamente obligatorio de la norma al momento en que ocurrieron los hechos del supuesto incumplimiento.

Por lo tanto, un ordenamiento jurídico exhibe serios problemas de estado de derecho si el mismo presenta serias interrogantes para sus destinatarios en torno a cuáles son los criterios que permiten identificar, de manera cierta y estable en el tiempo, una regla o estándar de actuación jurídicamente obligatorio. En efecto, un ordenamiento como el descrito vería disminuida su capacidad para orientar adecuadamente los comportamientos de sus destinatarios, dado que, precisamente, ofrece más dudas que certezas en torno a los lineamientos de acción sancionados por el derecho. De igual manera, la problemática descrita disminuiría la capacidad del sistema jurídico para limitar de manera efectiva la discrecionalidad de la autoridad llamada a resolver conflictos, precisamente, a partir de esas normas.

3. LOS PROBLEMAS DE PROMULGACIÓN QUE AFECTAN A LOS ESTÁNDARES INTERAMERICANOS EXTRA CONVENCIONALES

Tal como se examinó en la sección anterior, al interior del SIDH existe una importante controversia en torno a cuáles serían las fuentes del derecho a partir de las cuales se podrían construir válidamente estándares de conducta estatal. Si bien existe certeza que el acuerdo expreso de los Estados partes, formalizado a través de la ratificación de un instrumento regional de protección, representa una fuente apta para establecer estándares de conducta obligatorios para los Estados, existen interrogantes significativas en torno a la capacidad de las decisiones de los órganos del SIDH para construir válidamente estándares de conducta jurídicamente vinculantes. De hecho, dichas interrogantes existen al interior de los mismos órganos que se atribuyen autoridad para definir esos estándares.

La sola existencia de esta discusión da cuenta, por sí misma, de la presencia de un problema de estado de derecho asociado al *desideratum* de promulgación. En efecto, la controversia en cuestión plantea serias interrogantes en torno al sistema de fuentes del derecho al interior del SIDH. Se cuestiona, ni más ni menos, la validez de ciertos criterios que, dentro del ordenamiento interamericano de derechos humanos, permitirían obligar jurídicamente a los Estados partes. Además, la discusión no sólo recae sobre la aptitud jurídica de las decisiones de la CIDH y de la Corte IDH para elaborar estándares de conducta vinculantes para los Estados. Por el contrario, la discusión también se extiende a la determinación de qué actuaciones de los órganos del SIDH serían aptas para construir aquellos estándares obligatorios para los Estados. Efectivamente, acerca de este último punto, ni siquiera existe un consenso expreso entre la CIDH y la Corte IDH. Ello, dado que la Corte IDH ha reservado celosamente el carácter jurídicamente obligatorio únicamente para sus propios pronunciamientos contenciosos y no-contenciosos, ignorando tácitamente con ello las decisiones de la CIDH. En este escenario, las interrogantes existentes en torno a la suficiencia del cumplimiento del *desideratum* de promulgación, por parte de los estándares interamericanos, naturalmente impactan la capacidad de aquellos para “servir de guía para

los Estados Miembros de la OEA sobre cómo cumplir con (...) [sus] obligaciones”⁵⁴. Ello, porque esta problemática dificulta a los Estados anticipar, con plena certeza y seguridad jurídica, cuál es el comportamiento específico esperado de aquellos frente a determinados supuestos. Esto, simplemente, porque no existiría un criterio unánimemente compartido por todos los actores, al interior del SIDH, acerca de cuáles serían los cánones que permitirían válidamente atribuir fuerza obligatoria a los estándares interamericanos de conducta estatal.

4. EVALUANDO LA GRAVEDAD DEL PROBLEMA DE PROMULGACIÓN: EL EFECTO “ACUMULATIVO” DE FULLER

Ahora bien, cabe señalar que la no-realización plena de alguno de los *desiderata* dentro de un sistema jurídico no acarrea necesariamente la invalidez de un sistema jurídico desde la perspectiva del estado de derecho. En efecto, la literatura ha planteado que resulta imposible concebir un sistema jurídico que de manera perfecta realice las exigencias de cada uno de los *desiderata* del estado de derecho, incluyendo aquel de promulgación⁵⁵. En este sentido, la realización de cada *desideratum* del estado de derecho se mueve, en la práctica, dentro de un continuo que debería satisfacer, más o menos, los requerimientos básicos de aquella exigencia⁵⁶. Así, resultaría admisible la pervivencia de ciertos déficits de legalidad al interior de un sistema jurídico en la medida que esos déficits no terminen por frustrar las exigencias mismas del estado de derecho: coordinar adecuadamente la acción de sus destinatarios y limitar el ejercicio de la autoridad.

En este contexto, resulta necesario estudiar cuán grave es el problema de promulgación anteriormente señalado. Para ello, este artículo considerará uno de los criterios planteadas por Fuller en *La Moralidad del Derecho*. Para el autor en cuestión, las problemáticas de estado de derecho tienden a ser “acumulativas”⁵⁷. En efecto, para Fuller, si la realización de uno de los *desiderata* del estado de derecho resulta insuficiente, dicho problema terminará, tarde o temprano, afectando otras exigencias de aquel⁵⁸. Así las cosas, un criterio perfectamente válido para evaluar la gravedad del problema de promulgación que padecen los estándares interamericanos es determinar cuáles son las consecuencias que dicho problema acarrea para el resto de las exigencias del estado de derecho y evaluar sus consecuencias para el ordenamiento jurídico.

5. PRIMER PROBLEMA “ACUMULATIVO”: LA EVENTUAL IMPUTACIÓN RETROACTIVA DE RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL AL ESTADO A PARTIR DE ESTÁNDARES EXTRA CONVENCIONALES

Considérese que, si los destinatarios de un sistema jurídico tienen dudas o incertezas en torno a cuáles son los criterios que permiten identificar una norma de comportamiento obligatorio, es posible que los actores del sistema, al momento de juzgar la normatividad de

⁵⁴ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2011) párrafo 9.

⁵⁵ FULLER (1969) p. 45.

⁵⁶ FULLER (1969) p. 46.

⁵⁷ FULLER (1969) p. 92.

⁵⁸ FULLER (1969) p. 92.

una determinada regla o estándar, terminen por incumplir un mandato jurídico. Esto, en sí mismo, representa un problema de estado de derecho en la medida que ese ordenamiento se vuelve menos cierto y predecible. Sin embargo, la gravedad de este problema de promulgación podría verse peligrosamente incrementada si la autoridad llamada a implementar aquellas reglas o estándares imputa alguna forma de responsabilidad jurídica a los destinatarios que optaron por no dar cumplimiento a la conducta en el pasado. En este escenario hipotético, no sería extraño que esa autoridad termine, eventualmente, aplicando el derecho de manera retroactiva, castigando a los destinatarios incumplidores por la no ejecución de una conducta cuya existencia o exigibilidad resultaban dudosas al momento de la ocurrencia de los hechos, como consecuencia del problema de promulgación que padecía ese ordenamiento. En esta hipótesis, la autoridad *ex post facto* resolvería la cuestión acerca de la existencia de la norma cuya exigibilidad era puesta en duda por su destinatario al momento de la ocurrencia de los hechos.

El problema anteriormente descrito podría perfectamente tener lugar dentro del SIDH. Hipotéticamente, la existencia de incertezas entre los actores del SIDH, en torno a los criterios que permitirían válidamente atribuir carácter obligatorio a ciertos estándares de conducta estatal —particularmente aquellos fuera de los textos convencionales—, contribuiría a crear las condiciones necesarias para que los actores del SIDH incurran en dos tipos de error. Mientras uno podría afectar a los Estados, el otro podría afectar a la CIDH y a la Corte IDH. Primero, es probable que las incertezas que afectan la promulgación del sistema puedan llevar a los Estados a errar su juicio, absteniéndose de implementar un estándar que, para los órganos de supervisión del sistema, resultaba jurídicamente obligatorio al momento de la ocurrencia de los hechos que dieron origen a un caso. Segundo, es probable que, en el contexto de incertidumbre existente al interior del SIDH en torno a los criterios que permiten jurídicamente validar la exigibilidad de una conducta, la CIDH, o la Corte IDH, resuelvan aplicar al Estado un estándar cuya normatividad resultaba, al menos, cuestionable al tiempo de los hechos que dieron lugar a un caso. En ambas situaciones, el error cometido llevará a la CIDH, o bien a la Corte IDH, a evaluar la conducta estatal de una manera que, eventualmente, podría resultar retroactiva. Esto, en la medida que los Estados, el tiempo en que ocurrieron los hechos del caso, no tenían certeza plena en torno a la exigibilidad de la conducta esperada de ellos por parte de los órganos del SIDH. Ahora bien, la posibilidad que una hipótesis como la descrita llegue a ocurrir no es menor, considerando ciertas características propias del SIDH.

Una primera circunstancia que contribuiría a crear un escenario dentro del cual podría presentarse el problema del uso retroactivo de estándares para la resolución de casos al interior del SIDH, es la adhesión, por parte de sus órganos, a la doctrina que ve en los tratados regionales de protección de derechos humanos “instrumentos vivos”⁵⁹, “cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales”⁶⁰. Asumiendo la validez de esta tesis, los órganos del SIDH podrían, eventualmente, imputar responsabilidad internacional a un Estado por el incumplimiento de un

⁵⁹ E.g.: “MASACRE DE MAPIRIPÁN” vs. COLOMBIA (2005).

⁶⁰ E.g.: ATALA RIFFO Y NIÑAS vs. CHILE (2012) párrafo 83.

estándar extra convencional formulado por la CIDH, o la Corte IDH, en el contexto del caso concreto sometido a su decisión. Esto podría ocurrir cuando la CIDH, o la Corte IDH, formulen el referido estándar con el propósito de adaptar las exigencias de la Convención a una nueva realidad social, cultural o económica. Esto, pese a que el Estado afectado, al tiempo en que ocurrieron los hechos que dieron lugar al caso, ignoraba la existencia del estándar en cuestión o, al menos, dudaba razonablemente acerca de su carácter normativo en atención a la fuente a partir de la cual dicho estándar se generó.

El escenario anteriormente descrito no resulta del todo exagerado. Ello, particularmente considerando que la misma Corte IDH ha declarado que, entre sus competencias, se encuentra aquella de “actualizar” las exigencias de los estándares contenidos en la Convención⁶¹. Esto ha permitido, por ejemplo, que la Corte IDH condene a un Estado por no respetar las exigencias del derecho a la “identidad cultural”, pese a que el mismo no se encontrase expresamente recogido por el artículo 26 del tratado, y pese a que el estándar extra convencional en cuestión tampoco hubiese sido utilizado previamente, por algún órgano del SIDH, para condenar previamente a un Estado⁶². Casos como el descrito podrían, efectivamente, representar peligrosas instancias de aplicación retroactiva del derecho, cuestión que resulta de suyo complicada de cara a las exigencias del estado de derecho.

Un segundo factor que incrementa las probabilidades de que un Estado sea condenado, a partir de la aplicación eventualmente retroactiva de estándares extra convencionales, es la doctrina que la Corte IDH ha desarrollado acerca de la idea de consenso regional. Para este tribunal, cada una de sus decisiones “debe remitirse única y exclusivamente a las estipulaciones de las obligaciones internacionales contraídas por decisión soberana de los Estados a través de la Convención Americana”⁶³. Por tanto, la Corte IDH ha excluido el uso del consenso regional como criterio válido para determinar si un Estado se encontraba jurídicamente obligado por un estándar de conducta en el pasado. Luego, la ausencia de ese consenso regional en torno a la normatividad de un estándar extra convencional, al tiempo de la ocurrencia de los hechos de un caso, no sería óbice para que la Corte IDH juzgue y condene a un Estado, en el tiempo presente, por su incumplimiento⁶⁴. Ello, pese a que el Estado afectado pueda alegar que, al tiempo en que ratificó la Convención, “prest[ó] su consentimiento a una idea de derechos humanos que tenía en mente ciertos tipos de violación, y no otras que en su momento no existían”⁶⁵.

Un tercer factor que complejiza aún más el escenario es la consideración del grave retardo procesal que aqueja al SIDH, el cual continúa persistiendo pese a los importantes esfuerzos que los órganos del sistema han realizado para ponerle término⁶⁶. Este retardo

⁶¹ *COMUNIDADES INDÍGENAS MIEMBROS DE LA ASOCIACIÓN LHAKA HONHAT (NUESTRA TIERRA) VS. ARGENTINA* (2020) párrafo 199; *CUSCUL PIVARAL Y OTROS VS. GUATEMALA* (2019) párrafo 101; y *HERNÁNDEZ VS. ARGENTINA* (2019) párrafo. 66. Para una opinión en contrario, ver: *HERNÁNDEZ VS. ARGENTINA* (2019) voto disidente del juez Eduardo Vio Grossi p. 21.

⁶² *COMUNIDADES INDÍGENAS MIEMBROS DE LA ASOCIACIÓN LHAKA HONHAT (NUESTRA TIERRA) VS. ARGENTINA* (2020).

⁶³ *ATALA RIFFO Y NIÑAS VS. CHILE* (2012) párrafo 92.

⁶⁴ *ATALA RIFFO Y NIÑAS VS. CHILE* (2012) párrafo 92-93.

⁶⁵ *ATALA RIFFO Y NIÑAS VS. CHILE* (2012) párrafo 74.

⁶⁶ Véase, por ejemplo: *DULITZKY* (2015) y *CARVAJAL y GUZMÁN* (2017).

permite que la Corte IDH termine conociendo de casos cuyos hechos transcurrieron muchos años atrás. En este escenario, se incrementa dramáticamente la probabilidad de que un Estado sea condenado por el tribunal a partir de la formulación de un estándar extra convencional cuya imperatividad jurídica resultaba, al menos, cuestionable al tiempo en que se presentaron los hechos materia de juzgamiento. Ello, por cuanto la valoración de la conducta del Estado por parte de los órganos del SIDH podría haberse visto modificada de manera relevante a lo largo del tiempo que medió entre la presentación de la petición ante la CIDH, y el pronunciamiento de la sentencia por parte de la Corte IDH. Esa nueva valoración de los hechos justificaría, de acuerdo con los criterios de aquel tribunal, “actualizar” las exigencias de la Convención en el contexto de la resolución de un caso concreto. Ello, a su vez, obligaría a los órganos del SIDH a conocer los hechos bajo una mirada completamente distinta a aquella con la cual se planteó, originalmente, el caso en cuestión. Esto podría tener lugar, particularmente, si la Corte IDH decidiera aplicar el criterio *iura novit curia* para ampliar el ámbito infraccional que motivaría la eventual condena del Estado⁶⁷.

En conclusión: a partir de los argumentos expuestos, el déficit de promulgación asociado a los estándares interamericanos podría originar, de cara a las exigencias del estado de derecho, y considerando las particularidades del SIDH, problemáticas asociadas a la aplicación retroactiva de estándares extra convencionales. Ahora, resulta necesario determinar cuán graves resultan, en los hechos, las problemáticas de retroactividad diagnosticadas.

6. LA GRAVEDAD DEL PROBLEMA “ACUMULATIVO” DE RETROACTIVIDAD ASOCIADO A LOS DÉFICITS DE PROMULGACIÓN DE LOS ESTÁNDARES INTERAMERICANOS

Tal como lo ha planteado Fuller, el estado de derecho no supone la absoluta ausencia de retroactividad al interior de los ordenamientos jurídicos. Por el contrario, ciertos grados de retroactividad dentro de aquellos resultan, en principio, aceptables⁶⁸. Ello, en la medida que esos grados de retroactividad no afecten de manera sustantiva la capacidad orientadora que todo sistema jurídico debe disponer para identificarse con un estado de derecho. Desde esta perspectiva, la gravedad con la cual aparece la retroactividad al interior de los ordenamientos variará⁶⁹. Uno de los factores para apreciar, desde una mirada de estado de derecho, la gravedad de la aplicación retroactiva de las normas jurídicas es la sanción asociada a su incumplimiento⁷⁰. Así, entre más grave sea la naturaleza de la pena aplicada, más grave resultará, desde la perspectiva de estado de derecho, el uso retroactivo de normas jurídicas en un proceso de adjudicación. Esto explica, por ejemplo, que los sistemas jurídicos admitan ciertos ámbitos de retroactividad en materia civil, pero no así en materia penal, particularmente cuando la aplicación retroactiva de normas opere en perjuicio del afectado⁷¹.

Así las cosas, la gravedad del problema ocasionado al SIDH, por el uso retroactivo de estándares extra convencionales, variará de acuerdo con los contextos en los cuales ese

⁶⁷ Para un panorama general del uso de este principio, véase: NIETO (2014).

⁶⁸ FULLER (1969) p. 53.

⁶⁹ FULLER (1969) p. 59.

⁷⁰ FULLER (1969) pp. 57-59.

⁷¹ FULLER (1969) pp. 57-59.

uso se presente. Por ejemplo, resulta menos grave que, al momento de ejercer sus funciones de *monitoreo*, la CIDH utilice eventualmente, ciertos estándares interamericanos cuya existencia o exigibilidad era dudosa o desconocida anteriormente por los Estados. Ello, particularmente, si esos estándares determinan formas de conducta virtuosa que, en el pasado, eran abrazados, en los hechos, por la gran mayoría de los Estados partes del SIDH⁷². En este sentido, si bien un Estado podría resentir una crítica dirigida por la CIDH a partir de la aplicación retroactiva de un estándar en el contexto de una *visita*, o de la elaboración de un *informe país*, las consecuencias estrictamente jurídicas que se derivarían de ello, para el Estado afectado, no resultarían, al menos, necesariamente, graves. Efectivamente, en el peor de los escenarios, el juicio de la CIDH concluiría con la formulación de algún tipo de recomendación.

Sin embargo, cosa distinta es que, dentro de un contexto de alta incerteza normativa en torno a la existencia o exigibilidad jurídica de los estándares extra convencionales, la CIDH o la Corte IDH, utilicen, en el tiempo presente, algunos de esos estándares como fundamento para atribuir responsabilidad internacional a un Estado por el eventual incumplimiento de aquellos en el pasado. Efectivamente, la atribución de responsabilidad internacional es la sanción más grave que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos reserva para los Estados. Es una sanción que afecta al Estado no sólo en términos jurídicos, sino también en términos políticos: como consecuencia de la condena su imagen podría verse seriamente comprometida frente a la comunidad internacional. Por ejemplo, condenas reiteradas por parte de la CIDH podrían dar lugar a la inclusión del Estado en el temido capítulo IV de su informe anual. Por otro lado, la imputación de responsabilidad internacional por parte de la Corte IDH es una decisión que no es susceptible de ser impugnada. No hay recurso que permita al Estado invalidarla.

Adicionalmente, el pronunciamiento de la condena para un Estado por parte de la Corte IDH, supone la adopción por parte de la autoridad nacional, de un conjunto de medidas de distinta naturaleza que pueden, en los hechos, resultar sumamente gravosas. Ello, en la medida que el artículo 63.1 de la Convención permite a la Corte IDH exigir formas de reparación de índole no-pecuniaria. Muchas de esas medidas podrían, eventualmente, generar conflictos políticos al interior del Estado, especialmente si las mismas dicen relación con la modificación de la legislación en temáticas que resultan socialmente controversiales y sobre las cuales no existe un consenso entre los actores políticos del Estado.

Por otro lado, el fallo condenatorio de la Corte IDH deja al Estado sometido a la jurisdicción del tribunal, en lo que concierne al cumplimiento del fallo en cuestión, hasta que aquel haya cumplido con la totalidad de la sentencia en conformidad al juicio del tribunal. Esto acarrea la aplicación, por parte de la Corte IDH, de procedimientos judiciales de supervisión, en los cuales el Estado, eventualmente, podría verse cuestionado de manera más o menos permanente a lo largo del tiempo por el ilícito cometido. Ello, incluso si aquel ha cumplido con medidas relevantes de reparación, tales como el pago de las compensaciones por los daños materiales e inmateriales producidos a las víctimas declaradas de un caso.

⁷² FULLER (1969) p. 92.

Finalmente, cabe considerar que, desde la perspectiva estatal, el pronunciamiento de una sentencia que impute responsabilidad internacional a un Estado por infracción de derechos humanos resulta, en términos comparativos, mucho más gravosa al interior del SIDH. En efecto, en otros sistemas regionales de derechos humanos, como el europeo, la condena del Estado, básicamente, se traduce en el pago de una compensación económica a la víctima⁷³. De igual forma, y tal como lo indica el artículo 46.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, una vez pronunciada la sentencia por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la supervisión de su cumplimiento queda entregada a un órgano de naturaleza política, escapando así el Estado de la supervisión del mismo tribunal que previamente lo condenó.

Todo lo anterior permite concluir que la imputación de responsabilidad internacional a un Estado, a partir del incumplimiento de estándares extra convencionales cuya existencia o exigibilidad resultaba, al menos dudosa, al tiempo de la ocurrencia de los hechos de un caso representa, desde la perspectiva del estado de derecho, una de aquellas hipótesis de retroactividad de mayor gravedad. Esto, precisamente en atención a la entidad y al impacto que, para el Estado, tiene esa sanción. Efectivamente, la imputación de responsabilidad internacional es el castigo más severo que establece el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, cuyas consecuencias van más allá del plano estrictamente jurídico. Asimismo, tratándose de los Estados partes del SIDH, la gravedad de la sanción en cuestión resulta aún más intensa. Esto, por cuanto las medidas de reparación que puede resolver la Corte IDH exceden con creces lo puramente económico, razón por la cual su implementación, por parte del Estado, puede representar un verdadero desafío para éste. En un escenario como el descrito, el problema “acumulativo” de retroactividad, ocasionado por los déficits de promulgación que afectan endémicamente a los estándares extra convencionales, no puede dar lo mismo. Al menos, claro está, desde la perspectiva del estado de derecho.

7. OTRAS PROBLEMÁTICAS “ACUMULATIVAS” DE ESTADO DE DERECHO: ESTABILIDAD, CONSISTENCIA INTERNA Y CONGRUENCIA ENTRE EL DERECHO VIGENTE Y EL DERECHO UTILIZADO PARA LA RESOLUCIÓN DE CASOS CONCRETOS

Tampoco es posible desconocer otros complejos problemas “acumulativos” de estado de derecho asociados a las problemáticas de promulgación y retroactividad anteriormente mencionados. Un importante *desiderátum* del estado de derecho es que las normas jurídicas gocen de una mínima estabilidad, cuestión que resulta necesaria para orientar la conducta de los destinatarios del sistema jurídico, en particular en lo atingente a decisiones de largo plazo⁷⁴. Si bien la estabilidad del sistema jurídico es un valor del estado de derecho que acepta ser relativizado, es importante recordar que cambios inesperados o imprevistos pueden impactar negativamente la fuerza directiva de cualquier ordenamiento. En el caso concreto, si la práctica de los Estados ha asumido que un determinado estándar no era jurídicamente exigible, por no cumplir éste con ciertos criterios de identificación, lo más probable es que esos Estados actúen en consecuencia y, por tanto, orienten sus decisiones

⁷³ Véase: SCHNEIDER (2015) p. 71.

⁷⁴ FULLER (1969) p. 79; RAZ (2009) p. 214.

asumiendo ese supuesto. Si, en razón de una decisión sobreviniente de la CIDH o de la Corte IDH, ese estándar repentinamente se transforma en obligatorio para los Estados, evidentemente se afecta la estabilidad del derecho aplicable de una manera que resta importantes grados de previsibilidad a la operatividad del SIDH.

Otro problema de estado de derecho asociado a una insuficiente promulgación está conectado con la necesidad de preservar la consistencia del sistema jurídico, evitando contradicciones⁷⁵. Esa problemática de inconsistencia se produciría en la medida que los actores del SIDH podrían tener posiciones distintas en torno a cuáles son los criterios que, válidamente, permitirían identificar un estándar interamericano obligatorio fuera del texto de los instrumentos convencionales aplicables. Esto, a su vez, podría producir dos problemas bien concretos de estado de derecho. Primero, que los destinatarios de los estándares de conducta del SIDH no puedan anticipar con suficiente tiempo las consecuencias jurídicas de ciertas actuaciones de cara a los órganos supervisores del sistema, los cuales, precisamente, podrían utilizar criterios distintos para identificar normas jurídicas. En segundo lugar, la problemática de inconsistencia permitiría, en la práctica, crear las condiciones necesarias para que los órganos del SIDH disfruten de un amplio margen de discrecionalidad para establecer nuevos estándares más allá de los textos convencionales del sistema, sin que las normas de estos últimos puedan efectivamente disciplinar aquella discrecionalidad. Ello, precisamente, porque no existiría total certeza, al interior del SIDH, acerca de cuáles serían los únicos criterios válidos para juzgar a los Estados.

Un último problema de estado de derecho es aquel que dice relación con la necesidad de promover la congruencia entre lo que es el derecho, y su aplicación por parte de la autoridad llamada a implementarlo⁷⁶. La idea fundamental de este *desideratum* es que las decisiones de los órganos llamados a resolver conflictos a partir de la implementación del derecho vigente, lo hagan de una manera tal que resulte consistente con los contenidos del sistema jurídico.

En este respecto, considérese el caso en el cual alguno de los órganos del SIDH establece un estándar extra convencional en el contexto de la resolución de un caso. Tal como se examinó, ese órgano podría argumentar que el establecimiento de dicho estándar resultaba necesario para “actualizar” lo dispuesto por la Convención. Precisamente, esta línea de argumentación da cuenta del problema de congruencia entre derecho vigente y derecho utilizado para resolver casos, problema, a su vez, derivado de la ausencia de criterios ciertos para atribuir carácter obligatorio a ciertos estándares de conducta estatal. En efecto, cuando se resuelve un caso a partir de un estándar establecido en razón de la necesidad de “actualizar” un tratado, implícitamente se está afirmando que el criterio a partir del cual el caso es resuelto no está contemplado en el texto del tratado correspondiente. Por tanto, en términos estrictamente lógicos, el órgano en cuestión estaría resolviendo a partir de un criterio que no está contemplado en el derecho vigente⁷⁷, cuestión que, necesariamente, representa-

⁷⁵ FULLER (1969) p. 65; RAZ (2009) p. 214.

⁷⁶ FULLER (1969) p. 81.

⁷⁷ FINNIS (2016) p. 83.

ría un grave problema de estado de derecho, especialmente si de ello se deriva una sanción como la imputación de responsabilidad internacional a un Estado.

8. ¿QUÉ HACER?

A la luz de los antecedentes expuestos, resulta meridianamente claro que la doctrina de los estándares interamericanos adolece de ciertas problemáticas de estado de derecho. En este sentido, el problema de promulgación que sufren los estándares interamericanos extra convencionales no es uno menor o irrelevante desde la perspectiva del estado de derecho. Por el contrario, el problema en cuestión afecta la normatividad misma del SIDH. El problema de promulgación diagnosticado es tan grave, que el mismo termina por producir efectos de índole “acumulativa” en lo que respecta a otras exigencias del estado de derecho, tales como la irretroactividad de las normas jurídicas, su estabilidad y la necesidad de preservar tanto la consistencia interna del ordenamiento jurídico, como la de promover la congruencia entre el derecho vigente y el derecho utilizado para la resolución de casos concretos.

Los problemas de estado de derecho diagnosticado se traducen, en la práctica, en la disminución de la capacidad del ordenamiento interamericano de derechos humanos para orientar las decisiones y acciones de sus destinatarios. En efecto, como consecuencia de los problemas asociados a la promulgación, los Estados disponen de menos certezas para identificar el estándar de conducta que los órganos supervisores del SIDH esperan de ellos en situaciones concretas. Por otro lado, en este mismo contexto, y dentro de las jurisdicciones nacionales, las personas van a tener mayores dudas respecto de qué conductas válidamente exigir o no a sus Estados para que éstos den cumplimiento a sus compromisos convencionales de derechos humanos. Finalmente, los problemas de estado de derecho referidos restan aptitud al ordenamiento interamericano de derechos humanos para limitar la discrecionalidad de juicio que, naturalmente, debe emplear tanto la CIDH como la Corte IDH, para resolver casos a partir de normas abstractas y muchas veces extremadamente generales, tales como aquellas que integran la Convención.

Así las cosas, y a la luz de los problemas de estado de derecho que perturban endémicamente la doctrina de los estándares, resulta natural plantear la necesidad de buscar soluciones al problema. En este contexto, se conciben como posibles dos caminos de solución. Mientras que el primero busca ofrecer soluciones más de fondo, reforzando el carácter normativo de los instrumentos regionales de protección como expresión del consenso de los Estados Partes, el segundo busca proponer soluciones más bien parciales que, si bien permiten limitar la gravedad de las consecuencias del problema, o bien acotar el ámbito del mismo, no resuelven, por sí mismas, el problema de estado de derecho descrito en este trabajo.

En cuanto al primer camino de solución, éste necesariamente pasa por reforzar la capacidad orientadora del SIDH. Ello puede llevar al SIDH en dos direcciones posibles. Una primera dirección es aquella que busca reafirmar la normatividad del sistema de fuentes del ordenamiento interamericano a través de la adopción de dos estrategias por parte de sus actores. Una primera estrategia implicaría asumir que el conjunto de estándares interamericanos de conducta, que resultan jurídicamente exigibles a los Estados, es únicamente aquel integrado por las normas iusfundamentales expresamente recogidas por los instrumentos convencionales, excluyendo, por tanto, de la categoría de estándar a las construcciones que

tanto la CIDH, como la Corte IDH, efectúan a través de sus pronunciamientos. Dentro de esta misma dirección, una segunda estrategia exigiría –esta vez, a los Estados–, asumir sus propias responsabilidades a la luz de lo dispuesto en el artículo 77.1 de la Convención.

Esta disposición establece un mecanismo que permite fijar nuevos estándares de conducta para los Estados partes del SIDH, distintos de aquellos expresamente reconocidos en los actuales instrumentos de protección regional. En efecto, en conformidad a esta regla, los Estados podrían “incluir progresivamente en (...) [su] régimen de protección (...) otros derechos y libertades” a través de la celebración de nuevos protocolos facultativos. Por medio del uso de este mecanismo, los actores del SIDH podrían, por un lado, definir nuevos estándares interamericanos distintos de aquellos existentes –haciéndose cargo, por ejemplo, del surgimiento de nuevas circunstancias y sensibilidades en torno a los derechos humanos en la región–, pero sin que ello significara crear problemáticas altamente complejas de estado de derecho dentro del sistema. Ello, porque, para efectos de atribuir obligatoriedad jurídica a los referidos estándares, se utilizaría un criterio de promulgación cuya validez resultaría incuestionable: el consentimiento expreso de los Estados. La adopción de esta alternativa por parte de los actores del SIDH permitiría, a la larga, reforzar la capacidad orientadora del sistema interamericano de derechos humanos, dado que ofrecería, al menos, mayores grados de certeza y seguridad jurídica tanto a los Estados, como a los órganos de supervisión, acerca de las fuentes del derecho aptas para producir normas jurídicas de conducta.

Un segundo camino posible es la adopción de soluciones parciales al problema de estado de derecho diagnosticado, sin ofrecer soluciones definitivas al mismo. En efecto, dichas propuestas buscarían atenuar las consecuencias más complejas del problema, o bien reducir el ámbito de situaciones dentro del cual se presentaría el problema de estado de derecho.

Este tipo de búsqueda de soluciones no sería completamente novedosa. En efecto, éste parece ser el camino adoptado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Esta jurisdicción regional, al momento de condenar a un Estado a partir de la aplicación de un estándar extra convencional establecido de manera retroactiva, ha optado, por ejemplo, por reducir el impacto de la sanción para el Estado, eximiendo a este último del pago de compensaciones⁷⁸. Evidentemente, con ello, el Tribunal ha buscado reducir la gravedad del problema de estado de derecho derivado de condenar retroactivamente a un Estado por el incumplimiento de un estándar extra convencional. Por otro lado, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha adoptado la estrategia de reducir el ámbito de posibilidades dentro de las cuales el problema puede presentarse. En este sentido, el uso de la doctrina del margen de apreciación ha permitido acotar el número de casos en los cuales los Estados resultan condenados por el incumplimiento de estándares extra convencionales respecto de los cuales no existía un claro consenso regional acerca de su existencia o exigibilidad al tiempo de la ocurrencia de los hechos del caso. Así, por ejemplo, el Tribunal se ha abstenido de condenar a aquellos Estados denunciados por no incorporar dentro de su legislación el matrimonio entre personas del mismo sexo, habida cuenta de que no existiría en el continente europeo un consenso suficiente para afirmar la existencia de un estándar extra convencional en la materia⁷⁹.

⁷⁸ *CHRISTINE GOODWIN V. REINO UNIDO* (2002) párrafo 119.

⁷⁹ E.g.: *CHAPIN Y CHARPENTIER V. FRANCIA* (2016) párrafos 38-39.

Dentro del ámbito del SIDH, el uso del margen de apreciación como herramienta para limitar el ámbito de casos dentro de los cuales un Estado puede ser condenado por el incumplimiento de estándares extra convencionales, respecto de los cuales no existía consenso regional en torno a su existencia al momento de la ocurrencia de los hechos del caso, resulta una estrategia poco viable. Ello, habida cuenta que los órganos del SIDH han declarado no admitir el empleo del margen de apreciación como mecanismo para resolver casos concretos⁸⁰. Sin embargo, dentro de este marco de soluciones parciales al problema de estado de derecho que afecta a los estándares extra convencionales, podrían plantearse otras estrategias que, eventualmente, permitirían limitar el ámbito dentro del cual se presenta el problema. En este sentido, una opción posible sería asumir que, dado que existen discusiones en torno al carácter jurídicamente obligatorio de las decisiones de la CIDH, éstas no sean consideradas como fuentes creadoras de estándares extra convencionales. A su vez, esta opción estaría en línea con el planteamiento –al menos, implícito– de la Corte IDH, que considera a las normas de los instrumentos regionales de protección, y a sus propios pronunciamientos, como los únicos estándares de convencionalidad aplicables de manera obligatoria a los Estados dentro del SIDH. Esto permitiría, al menos, acotar el problema de estado de derecho al ámbito de las decisiones de la Corte IDH, pero sin ofrecer una solución definitiva a los problemas diagnosticados en este trabajo.

Finalmente, y dentro de este conjunto de soluciones parciales, otra opción evaluable sería el empleo, por parte de la CIDH y de la Corte IDH, de criterios de escrutinio diferenciados, que resulten menos exigentes a la hora de evaluar el cumplimiento, por parte de los Estados, de estándares extra convencionales. Lo anterior permitiría acotar el impacto de los problemas de estado de derecho que sufren los estándares extra convencionales en contextos concretos, aunque, evidentemente, sin resolverlos del todo.

V. CONCLUSIÓN

La doctrina de los estándares interamericanos, desarrollada por la CIDH y por la Corte IDH, ha buscado ampliar el ámbito de las conductas jurídicamente exigibles a los Estados partes del SIDH. En efecto, ambos órganos de supervisión han establecido que los Estados no se encuentran únicamente obligados por los estándares de conducta recogidos por los instrumentos convencionales, sino también por estándares producidos a partir de decisiones adoptadas tanto por la CIDH, como por la Corte IDH. Si bien no existe unanimidad entre ambas instituciones al momento de definir qué actuaciones permitirían establecer esos estándares extra convencionales, ambas coinciden en reconocer que los Estados se encontrarían sometidos a estándares no recogidos expresamente en las convenciones del SIDH.

Pese al esfuerzo realizado por la CIDH y la Corte IDH por persuadir tanto a los Estados como a los autores, acerca de la legitimidad de la doctrina de los estándares, igualmente subsisten controversias en torno a la fuerza vinculante de los estándares interamericanos extra convencionales. Desde una perspectiva de estado de derecho, dichas interro-

⁸⁰ *ATALA RIFFO Y NIÑAS VS. CHILE (2012)* párrafo 74-75; *ARTAVIA MURILLO Y OTROS (FECUNDACIÓN IN VITRO) VS. COSTA RICA (2012)* párrafo 316.

tes producen un severo problema de promulgación que impacta también otros *desiderata*. Todos estos problemas terminan por disminuir la capacidad orientadora del SIDH. Ello, en la medida que los Estados partes carecen de las suficientes certezas para identificar con precisión cuáles serían los estándares que les resultarían jurídicamente obligatorios. Esa pérdida de capacidad orientadora, a su vez, disminuye la habilidad del mismo SIDH para limitar la discrecionalidad de juicio de sus órganos supervisores, contribuyendo con ello a generar espacios de incerteza. De allí la necesidad de que los diversos actores del SIDH, al menos, reevalúen sus posiciones en torno a la doctrina de los estándares buscando introducir con ello mayores grados de seguridad jurídica al interior del SIDH.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ATIYAH, Patrick y SUMMERS, Robert (2002): *Form and Substance in Anglo-American Law. A comparative Study in Legal Reasoning, Legal Theory, and Legal Institutions* (Oxford, Oxford University Press).
- BAZÁN, Víctor (2014): “Algunos retos temáticos para la justicia constitucional en América Latina”, en ETO CRUZ, Gerardo (edit.), *Treinta años de jurisdicción constitucional en el Perú*, Tomo I (Centro de Estudios Constitucionales, Lima) pp. 195-239.
- BINGHAM, Tom (2011): *The Rule of Law* (London, Penguin UK).
- BREWER-CARÍAS, Allan (2018): “Sobre el control de convencionalidad ejercido por los tribunales nacionales y el derecho administrativo”, en HERNÁNDEZ MENDIBLE, Víctor y VILLEGAS MORENO, José Luis (coord.), *Hacia un derecho administrativo para retornar a la democracia. Liber Amicorum al profesor José Araujo Juárez* (Caracas, CIDEP) pp. 295-318.
- BURGORGUE-LARSEN, Laurence (2014): “El contexto, las técnicas y las consecuencias de la interpretación de la Convención Americana de los Derechos Humanos”, *Estudios Constitucionales*, vol. 12, N° 1: pp. 105-161.
- BURGOS, José (2010): “Estado de derecho: del modelo formal al sustancial”, *Revista Diálogos de Saberes*, N° 33: pp. 231-244.
- CANDIA FALCÓN, Gonzalo Fernando (2015): “Derechos implícitos y Corte Interamericana de Derechos Humanos: una reflexión a la luz de la noción de estado de derecho”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 42, N° 3: pp. 873-902.
- CANDIA FALCÓN, Gonzalo Fernando (2016): “La concepción sustantiva del estado de derecho: problemáticas y desafíos”, *Revista Jurídicas*, vol. 13, N° 2: pp. 9-26.
- CANDIA FALCÓN, Gonzalo Fernando (2017): “Interpretation of Regional Human Rights Conventions and Originalism: Different Context, Same Myths”, *DPCE Online*, vol. 31, N° 3: pp. 597-606.
- CANDIA FALCÓN, Gonzalo Fernando (2018): “Causales de inadmisibilidad de opiniones consultivas: reforzando el carácter subsidiario del sistema interamericano de derechos humanos”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 45, N° 1: pp. 57-80.
- CARVAJAL MARTÍNEZ, Jorge Enrique y GUZMÁN RINCÓN, Andrés Mauricio (2017): “¿Justicia demorada? El tiempo de los derechos en el sistema Interamericano”, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, vol. 47, N° 126: pp. 143-167.

- CONTRERAS VÁSQUEZ, Pablo (2015): “Análisis Crítico del Control de Convencionalidad”, en NÚÑEZ POBLETE, Manuel Antonio (ed.), *La Internacionalización del Derecho Público* (Santiago, Thomson Reuters) pp. 425-469.
- DAVIDSON, Scott (1997): *The Inter-American Human Rights System* (Aldershot, Dartmouth).
- DE CASAS, Ignacio (2019): “¿Qué son los estándares de derechos humanos?”, *Revista Internacional de Derechos Humanos*, vol. 9, N° 2: pp. 291-301.
- DÍAZ TOLOSA, Regina Ingrid (2020): “Aplicación de los estándares interamericanos sobre expulsión de extranjeros en el sistema jurídico chileno”, *Estudios Constitucionales*, vol. 18, N° 1: pp. 309-352.
- DULITZKY, Ariel (2015): “Muy poco, muy tarde: la morosidad procesal de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, *Buenos Aires*, N° 12. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r33492.pdf>. Fecha de consulta: 4 de abril de 2023.
- DWORKIN, Ronald (1985): *A Matter of Principle* (Cambridge, Harvard University Press).
- FERRAJOLI, Luigi (2002): “Juspositivismo crítico y democracia constitucional”, *Isonomía*, N° 16: pp. 7-20.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (2011): “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, *Estudios Constitucionales*, vol. 9, N° 2: pp. 531-622.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y PELAYO MÖLLER, Eduardo (2012): “La obligación de ‘respetar’ y ‘garantizar’ los derechos humanos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Análisis del artículo 1° del pacto de San José como fuente convencional del derecho procesal constitucional mexicano”, *Estudios Constitucionales*, vol. 10, N° 2: pp. 141-192.
- FINNIS, John (2011): *Natural Law and Natural Rights* (Oxford, Oxford University Press, segunda edición).
- FINNIS, John (2016): “Judicial Law-Making and the ‘Living’ instrumentalisation of the ECHR” en BARBER, Nicholas, EKINS, Richard y YOWELL, Paul (eds.), *Lord Sumption and the Limits of the Law* (Oxford, Hart Publishing) pp. 73-120.
- FULLER, Lon (1969): *The Morality of Law* (New Haven, Yale University Press, second edition).
- GALDÁMEZ ZELADA, Liliana (2014): “El valor asignado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Estudios Constitucionales*, vol. 12, N° 1: pp. 329-364.
- GARCÍA BELAUNDE, Domingo y PALOMINO MANCHEGO, José (2013): “El control de convencionalidad en el Perú”, *Pensamiento Constitucional*, vol. 18, N° 18: pp. 223-241.
- HUIZA PINTO, Severo Pablo: (2021): “Una mirada crítica del control de convencionalidad desde el pensamiento de Michel Foucault”, *Revista Jurídica Derecho*, vol. 10, N° 15: pp. 21-50.
- MOLINA VERGARA, Marcela (2018): “Estándares jurídicos internacionales: Necesidad de un análisis conceptual”, *Revista de Derecho (Coquimbo. En línea)*, año 25, N° 1: pp. 233-256.

- NASH ROJAS, Claudio (2013): “Control de convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XIX: pp. 489-509.
- NASH ROJAS, Claudio y NÚÑEZ, Constanza (2017): “Recepción formal y sustantiva del derecho internacional de los derechos humanos: experiencias comparadas y el caso chileno”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLX, N° 148: pp. 185-231.
- NIETO NAVIA, Rafael (2014): “La aplicación del principio *jura novit curia* por los órganos del sistema interamericano de derechos humanos”, en REY CARO, Ernesto y RODRÍGUEZ DE TABORDA, María (direct.) *Estudios de Derecho Internacional: en homenaje a la Dra. Zlata Drnas de Clément* (Córdoba, Advocatus) pp. 619-639.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2017): “El control de convencionalidad por los Estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y tribunales chilenos”, *Revista de Derecho (Universidad Católica Dámaso A. Larrañaga)*, año 13, N° 15: pp. 143-200.
- PAÚL DÍAZ, Álvaro (2019): “Los enfoques acotados del control de convencionalidad: las únicas versiones aceptables de esta doctrina”, *Revista de derecho (Concepción)*, vol. 87, N° 246: pp. 49-82.
- PETTIT, Philip (1997): *Republicanism: A Theory of Freedom and Government* (Oxford, Oxford University Press).
- PISARELLO, Gerardo (2001): “Del estado social legislativo al estado social constitucional: por una protección compleja de los derechos sociales”, *Isonomía*, N° 15: pp. 81-107.
- RAZ, Joseph (2009): *The Authority of Law: essays on Law and Morality* (Oxford, Oxford University Press, segunda edición).
- RIVERA RUGELES, Juan Camilo (2010): “Las sanciones penales frente a expresiones sobre temas de relevancia pública: ¿Limitación o violación a la libertad de expresión?”, *American University International Law Review*, vol. 26, N° 1: pp. 7-32.
- SCHNEIDER, Jan (2015): *Reparation and enforcement of judgments: a comparative analysis of the European and InterAmerican human rights systems*, (Berlin, epubli GmbH). Disponible en: https://www.ssoar.info/ssoar/bitstream/handle/document/45633/ssoar-2015-Schneider-Reparation_and_enforcement_of_judgments.pdf?sequence=3&isAllowed=y&lnkname=ssoar-2015-Schneider-Reparation_and_enforcement_of_judgments.pdf. Fecha de consulta: 06 de noviembre de 2022.
- SILVA ABBOTT, Max (2018): “¿Es realmente viable el control de convencionalidad?”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 45, N° 3: pp. 717-744.
- TAMANAH, Brian (2004): *On the rule of law. History, Politics, Theory* (Cambridge, Cambridge University Press).
- TRUJILLO, Isabel (2015): “Estado de derecho y práctica de los derechos humanos”, *Persona y Derecho*, vol. 73, N° 2: pp. 161-180.
- VIGNOLO CUEVA, Orlando (2011): “La cláusula del estado de derecho, el principio de legalidad y la administración pública. Postulados básicos y transformaciones”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLIV, N° 131: pp. 783-813.
- VILLACÍS LONDOÑO, Henry (2018): “El control de convencionalidad y su aplicación en Ecuador”, *Revista San Gregorio*, N° 26: pp. 84-91.

- VILLAR BORDA, Luis (2007): “Estado de derecho y Estado social de derecho”, *Revista Derecho del Estado*, N° 20: 73-96.
- WALDRON, Jeremy (2011a): “Thoughtfulness and the Rule of Law”, *New York University School of Law Public Law & Legal Theory research paper series working paper N° 11-13*: pp. 1-20.
- WALDRON, Jeremy (2011b): “Are Sovereigns Entitled to the Benefit of the Rule of Law?”, *European Journal of International Law*, vol. 22 N° 2: pp. 315-343.

NORMAS E INSTRUMENTOS CITADOS

- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: “Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos” (31 de diciembre de 2009).
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: “Estándares jurídicos vinculados a la igualdad de género y a los derechos de las mujeres en el sistema interamericano de derechos humanos: desarrollo y aplicación” (3 de noviembre de 2011).
- ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, ASAMBLEA GENERAL: “Fortalecimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en Seguimiento de los Mandatos Derivados de las Cumbres de las Américas”, Resolución AG/RES. 2675 (XLI-0/11) (7 de junio de 2011).
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: “Informe Anual 2013”, Capítulo IV (A) (31 de diciembre de 2013).
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: “Consideraciones sobre la ratificación universal de la Convención Americana y otros tratados interamericanos en materia de derechos humanos” (14 de agosto de 2014).
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: “Políticas públicas con enfoque de derechos humanos” (15 de septiembre de 2018).
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: “Anexo 1. Principales estándares y recomendaciones en materia de violencia y discriminación contra mujeres, niñas y adolescentes” (14 de noviembre de 2019).
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: “Compendio sobre la obligación de los Estados de adecuar su normativa interna a los Estándares Interamericanos de Derechos Humanos” (25 de enero de 2021).

JURISPRUDENCIA CITADA

- Sentencias DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS
- CASO DE LA “MASACRE DE MAPIRIPÁN” VS. COLOMBIA (2005): Corte Interamericana de DD.HH., Serie C No. 134.
- CASO RADILLA PACHECO VS. MÉXICO (2009): Corte Interamericana de DD.HH., Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 209.
- CASO ATALA RIFFO Y NIÑAS VS. CHILE (2012): Corte Interamericana de DD.HH., Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 239.
- CASO ARTAVIA MURILLO Y OTROS (FECUNDACIÓN IN VITRO) VS. COSTA RICA (2012): Corte Interamericana de DD.HH., Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 257.

CASO GELMAN vs. URUGUAY (2013): Corte Interamericana de DD.HH., Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013.

CASO CUSCUL PIVARAL Y OTROS vs. GUATEMALA (2018): Corte Interamericana de DD.HH., Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 359.

CASO ÁLVAREZ RAMOS vs. VENEZUELA (2019): Corte Interamericana de DD.HH., Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 380.

CASO HERNÁNDEZ vs. ARGENTINA (2019): Corte Interamericana de DD.HH., Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 395.

CASO COMUNIDADES INDÍGENAS MIEMBROS DE LA ASOCIACIÓN LHAKA HONHAT (NUESTRA TIERRA) vs. ARGENTINA (2020): Corte Interamericana de DD.HH., Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 400.

CASO PALACIO URRUTIA Y OTROS vs. ECUADOR (2021): Corte Interamericana de DD.HH., Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 446.

OPINIONES CONSULTIVAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

DERECHOS Y GARANTÍAS DE NIÑAS Y NIÑOS EN EL CONTEXTO DE LA MIGRACIÓN Y/O EN NECESIDAD DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL (2014): Corte Interamericana de DD.HH., Opinión Consultiva OC-21/14, Serie A No. 21.

TITULARIDAD DE DERECHOS DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS (INTERPRETACIÓN Y ALCANCE DEL ARTÍCULO 1.2, EN RELACIÓN CON LOS ARTÍCULOS 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46, Y 62.3 DE LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, ASÍ COMO DEL ARTÍCULO 8.1 A Y B DEL PROTOCOLO DE SAN SALVADOR) (2016): Corte Interamericana de DD.HH., Opinión Consultiva OC-22/16, Serie A No. 22.

IDENTIDAD DE GÉNERO, E IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN A PAREJAS DEL MISMO SEXO. OBLIGACIONES ESTATALES EN RELACIÓN CON EL CAMBIO DE NOMBRE, LA IDENTIDAD DE GÉNERO, Y LOS DERECHOS DERIVADOS DE UN VÍNCULO ENTRE PAREJAS DEL MISMO SEXO (INTERPRETACIÓN Y ALCANCE DE LOS ARTÍCULOS 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 Y 24, EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 1 DE LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS) (2017): Corte Interamericana de DD.HH., Opinión Consultiva OC-24/17. Serie A No. 24.

SENTENCIAS DEL CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS

CHRISTINE GOODWIN v. REINO UNIDO (2002). Corte Europea de DD.HH., N° 28957/95, 11/07/2002.

CHAPIN Y CHARPENTIER v. FRANCIA (2016). Corte Europea de DD.HH., N° 40183/07, 09/06/2016.

SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA NACIONAL DE ARGENTINA

Corte Suprema de Justicia de la Nación (2017): *Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada para el caso “Fontevicchia y D 'Amico vs. Argentina” por la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Disponible en: <http://www.saij.gob>.

ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-ministerio-relaciones-exteriores-culto-informe-sentencia-dictada-caso-fontevecchia-damico-vs-argentina-corte-interamericana-derechos-humanos-fa17000003-2017-02-14/123456789-300-0007-1ots-eupmocsollaf. Fecha de consulta: 12 de abril de 2023.

SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE URUGUAY

AA.BB. Denuncia. Excepción de Inconstitucionalidad Artículos 1°, 2° y 3° de la Ley N° 18.831, IUE 2-109.9717/2011 (2013).

SAN MARTÍN NEIRA, Lilian C. (2023): *Responsabilidad civil por desastres naturales. Fenómenos naturales extremos ante la responsabilidad civil* (Valencia, Tirant lo Blanch) 260 pp.

La profesora Lilian San Martín, junto con desarrollar un proyecto de investigación Fondecyt, ha publicado esta monografía que lleva un prólogo del profesor español Miquel Martín Casals, quien se refiere a este libro como “extraordinario, no sólo por la poca atención que ha recibido el tratamiento de los daños causados por desastres naturales, sino por el enfoque fundamentalmente iusprivatista”.

El libro se divide en varios capítulos. El primero de ellos se titula *Desastres naturales como eventos adversos que exigen la gestión del riesgo*, donde se realiza un comentario a la ley N° 21.364, de 2021, que establece un Sistema de Prevención y Respuesta ante Desastres; las etapas de la gestión del riesgo: mitigación, preparación, respuesta, recuperación y reconstrucción; y la búsqueda de responsables. Como normalmente se trata de casos fortuitos y es aplicable la máxima *casus sentit dominus*, ello derivó en que por largo tiempo hubo una ausencia de demandas de responsabilidad civil, pero este panorama ha cambiado. Por el terremoto y tsunami del 27 de febrero de 2010, ha existido una abundante jurisprudencia tanto de responsabilidad contractual como extracontractual. Se trata también del mapa de riesgos definidos en el art. 38 de la ley N° 21.364.

Se estudia luego, en un segundo capítulo, la gestión de los riesgos de desastres naturales como un deber jurídico de conducta, aunque si bien la autora piensa que no siempre corresponde a la autoridad pública y que también hay organismos privados, en general quien está para gestionar el riesgo de desastres es el Estado y la culpa de la que responde es la culpa leve tanto en responsabilidad contractual como extracontractual. La autora se introduce aquí en la culpa contra la legalidad o culpa infraccional y descarta que pueda irse más allá como lo sostiene Alessandri; aunque la autora no se pronuncia sobre si es necesario establecer responsabilidad más allá de la culpa contra la legalidad.

En un tercer capítulo, la autora habla de la polifuncionalidad de la responsabilidad civil donde destaca las funciones punitiva, resarcitoria o reparatoria, preventiva o disuasoria y expresiva o comunicativa, donde incluye las demandas por un peso o un franco y que tienen por objeto demostrar la ilicitud de la conducta del demandado. Por cierto, todo esto debilita los elementos tradicionales de la responsabilidad civil, como la culpa (por regímenes de responsabilidad objetiva) y la relación de causalidad (por la teoría de la pérdida de la oportunidad o chance). De allí que surja el principio *pro damnato* y que la responsabilidad civil desarrolle lo que la autora llama una función asistencial o de justicia distributiva (lo que en Estados Unidos llaman *deep pocket*). Se comenta el caso en que un adolescente varón se tomó con su polola unas fotos con evidente connotación sexual y las subió por pocos segundos a internet. Los padres de la adolescente demandaron a los del muchacho y obtuvieron indemnización, pese a que no fuera posible tachar de negligentes o descuidados a los padres del muchacho. Se añaden casos de responsabilidad civil por accidentes del trabajo y casos por desastres naturales, para los cuales la Corte Suprema utiliza la teoría de la pérdida de la chance y así establece el nexo de causalidad.

La profesora San Martín señala que esta opción por la función asistencial de la responsabilidad civil está desfigurando y transformando sus finalidades. Por ello, propone que,

en vez de establecer responsabilidades civiles contra el Estado, se establezcan mecanismos de compensación o de seguros obligatorios que se aparten del derecho privado.

En el siguiente capítulo, Lilian San Martín analiza los conceptos de caso fortuito y fuerza mayor de los desastres naturales. Habla del juicio de previsibilidad y sobre todo de la irresistibilidad, y la conexión entre ambas, haciendo ver que una cosa es el daño propio del desastre natural (evento) y otros son los daños concomitantes o subsiguientes (consecuencias). Termina el capítulo analizando los conceptos de “culpa eventual” y del principio precautorio. Sigue a Civello para quien la culpa eventual debe considerarse como una culpa cautelar o precautoria, y que dice más relación con la gestión del riesgo que con el desastre propiamente tal y, además, a Cristián Banfi que señala que el principio precautorio ha desfigurado los elementos de la responsabilidad civil extracontractual, entre ellos la culpa y la relación causal. No obstante, la autora señala que no estaremos aquí frente a un propio caso de responsabilidad civil estricta u objetiva y que más bien se trata de riesgos posibles, pero inciertos. La autora señala que la legislación chilena no contempla reglas para este tipo de desastres naturales.

En el capítulo quinto, la autora trata de la causalidad psicológica por ausencia de información del riesgo del desastre. En este sentido señala que existen varias teorías que relativizan el vínculo causal, como las presunciones o los estándares de prueba (lo que la jurisprudencia chilena no suele flexibilizar), así como la responsabilidad proporcional, dentro de la cual se incluyen la responsabilidad por mercado compartido, la pérdida de la oportunidad y el aumento del riesgo. La teoría de origen francés de la pérdida de la oportunidad ha servido para dar indemnización a víctimas del terremoto y tsunami del 27-F, ya que no se dieron las informaciones oportunas y ello hizo que muchas víctimas sucumbieran en este desastre natural. No obstante, la autora señala que mientras no se haga una reforma legal, debe seguir aplicándose el criterio de la pérdida de la oportunidad o del aumento del riesgo. No obstante, señala que la víctima debe haber conocido el mensaje erróneo del intendente que señalaba que no habría tsunami, pero la Corte Suprema casa la sentencia de instancia y da por probado el hecho del conocimiento por medio de una presunción. La omisión de la advertencia de riesgo producto del desastre natural impide que haya responsabilidad extracontractual, pero aun así los tribunales indemnizan íntegramente el daño moral por pérdida de la chance, lo que es criticado por la autora.

En el penúltimo capítulo se trata de los desastres naturales como riesgo de daño contingente, y finalmente se estudia el principio de reparación integral del daño, y el *quantum* indemnizatorio o resarcitorio, pero la autora se muestra partidaria de que se acredite el vínculo causal entre el evento y el daño, y que no exista culpa de la víctima o infracción del deber de evitar el daño.

Se trata de indemnizar el estrés postraumático como indicio de daño moral, ya que los parientes de la víctima que ha fallecido están afectados en su salud mental. En todo caso, afirma la autora, el daño moral debe ser probado, aunque su prueba pueda hacerse a través de presunciones. Termina la profesora San Martín discutiendo sobre la posibilidad de que el evento natural (desastre) pueda ser considerado concurrente con la actividad o conducta humana, y analiza dos supuestos: el primero es que exista culpa del demandado y además un desastre natural ilustrado por varios casos de la jurisprudencia de la Corte

Suprema, en que se hace responder a la conducta humana culposa del demandado, normalmente el Estado. Otro supuesto es aquel en que el suceso natural es de por sí una causa del daño, pero es posible que sea de menor intensidad si se da la negligencia de un ser humano.

En primer lugar, me parece que se trata de un libro, como se dice en el prólogo, extraordinario, por abordar un tema que no es frecuente como es la responsabilidad civil por desastres naturales. Por cierto, se advierten varias erratas en el texto, lo que se debe a la falta de correctores profesionales de la editorial Tirant lo Blanch, y puesto que se deja la corrección a los mismos autores, que no siempre pueden detectar estas fallas. Tampoco nos gusta la expresión “así las cosas” que la autora ocupa de manera reiterada.

Además, nos parece criticable que la jurisprudencia de la Corte Suprema asuma que la responsabilidad civil en caso de desastres naturales tenga una función asistencial o de seguridad social propio de la justicia distributiva, porque ello contribuye a desdibujar los elementos propios de la responsabilidad civil, cuya función es solo la resarcitoria o reparatoria, y que se basa o en la culpa o en ciertos factores de responsabilidad objetiva. Pero que el principio *pro damnato* se mezcle aquí para evitar que se deje sin indemnización a las víctimas de los desastres, nos parece que es claramente una distorsión de la responsabilidad civil extracontractual ya que no se aprecia ni culpa ni relación causal. Por ello es que son criticables los fallos que asumen la pérdida de la chance o del aumento del riesgo creado para eludir la prueba de la relación de causalidad.

Nos parece que el análisis del caso fortuito y la fuerza mayor es un tanto débil, ya que confunde la culpa con la relación de causalidad, esta última analizada como un ligamen fáctico usando la *condictio sine qua non*, pero además con un análisis más normativo que es el que ha ido predominando en los sistemas jurídicos. Pero identificar culpa con relación causal es distorsionador de los requisitos de la responsabilidad, más aún si se trata de responsabilidad objetiva o estricta, para la cual la autora señala que existe una “relación funcional” entre culpa y causalidad. Además, afirma que en el caso fortuito el imprevisto del evento debe ser considerado inevitable o irresistible, ya que atendida la conducta del demandado no ha podido ser evitado, por lo que es necesario modelar el rango de la conducta con los deberes de cuidado del demandado. Para esto deben distinguirse los daños concomitantes y los que son consecuencias posteriores del evento natural, donde puede considerarse la llamada culpa eventual que lo que hace es disminuir el riesgo de daño, y el llamado principio precautorio, que la autora no considera procedente en estos casos ya que se trata de una probabilidad más que de una imposibilidad y que no consiste en un supuesto de responsabilidad estricta u objetiva.

Quizás el análisis más interesante sea el de la comunicación del riesgo y la causalidad psicológica, donde no es posible establecer si la víctima recibió o no la comunicación errónea del riesgo, por ejemplo que no habría tsunami o maremoto por aviso radial del intendente. Para ello en la jurisprudencia se construyen diversos paliativos como las presunciones y la causalidad proporcional, donde cabe la pérdida de la oportunidad de sobrevivir y el incremento del riesgo. Todas estas teorías son aprovechadas por la Corte Suprema para otorgar indemnizaciones por muerte de parientes a víctimas por repercusión. Se trata de lo que la autora califica de causalidad psicológica ya que el mensaje erróneo o equívoco del riesgo de catástrofe genera una sensación de tranquilidad en las víctimas que les impide

adoptar medidas de seguridad, pero para ello la víctima debe haber recibido el mensaje, mientras que la Corte Suprema revoca una sentencia en que se da indemnización a los parientes de una víctima fallecida al presumirse que habría ésta escuchado el mensaje del intendente, lo que es criticado por la autora ya que no se condice con el sistema de prueba tasada y las presunciones necesitan un hecho base desde el cual deducirse.

Otro caso de responsabilidad es por omisión de la comunicación del riesgo, como sucedió en el tsunami que afectó a la isla Juan Fernández y en que la Corte Suprema consideró que era el demandado el que debía cargar con la prueba, lo que la autora critica, y no parece ser una solución razonable, pero se muestra partidaria de la responsabilidad por pérdida de la chance de evitar el daño, en la medida en que la víctima haya podido evitarlo; lo que estimamos discutible.

Otra cuestión que nos parece poco rigurosa es la aplicación del principio de reparación integral del daño, ya que, si el daño debe ser determinado con parámetros jurídicos, no puede hablarse de su reparación integral, máxime si como la misma autora lo indica sólo se indemnizan los daños que pueden ser imputados causalmente al demandado, ya sea por causalidad material o jurídica y no aquellos que igualmente se habrían producido, aunque el demandado adoptara otra conducta.

El principal daño aquí es el de las víctimas indirectas y que consiste en el daño moral o extrapatrimonial, entre ellos el daño por trastorno del estrés postraumático u otras repercusiones en la salud mental de las víctimas. Concordamos sí en que el daño moral debe ser probado, al menos con presunciones. Pero no nos parece que haya responsabilidad por un desastre natural, que en sí es caso fortuito o fuerza mayor, aunque sí de conductas humanas culposas de los demandados en la gestión y advertencia de los riesgos. Tampoco pensamos que aquí deba relajarse la prueba de la causalidad jurídica del daño sufrido por las víctimas.

Estamos ante un estudio muy sugerente que plantea numerosos conflictos y un análisis exhaustivo de la jurisprudencia sobre desastres naturales, en especial del terremoto y tsunami del 27 de febrero de 2010. Lo más relevante es que parece estarse desdibujando la responsabilidad civil extracontractual al añadirse la función asistencial y sobre todo por la aplicación de la teoría francesa de la pérdida de la chance.

HERNÁN CORRAL TALCIANI
Universidad de los Andes

SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo (dir.) (2021) *Medio siglo de Derecho penal en España. Del modelo autoritario al del ciudadano constitucional*, Granada, Comares, 236 pp.

En la obra científica que se reseña, SÁNCHEZ-OSTIZ y los siete autores que lo acompañan, se proponen analizar la evolución del Derecho penal español durante los últimos cincuenta años (desde el Código Penal de 1973 hasta el presente). Esta tarea, nada sencilla, es asumida con impecable metodología de trabajo y con un claro hilo conductor: el concepto de ciudadano que subyace al discurso penal español. La evolución de este concepto de ciudadano vislumbra en el conjunto de reglas que conforman el régimen de imputación penal. La conclusión –tras analizar las mentadas reglas de imputación– es que se ha pasado de un modelo de ciudadano “pasivo-defensivo” (CPD), hacia un modelo “activo-colaborador” (CAC), que –incluso– se proyecta hacia un modelo activo-colaborador-sospechoso (CACS), (p. 197).

La investigación se desarrolla a lo largo de 16 capítulos y dos anexos (que contienen las principales leyes e iniciativas legislativas de contenido penal en España entre 1970 y 2020). La introducción (I) y los dos capítulos conclusivos (cap. XV y XVI) son, a mi juicio, la clave para dar unidad y sentido a la investigación colectiva, pues delimitan el espacio temporal (último medio siglo), los principales acontecimientos ocurridos dentro y fuera de España que han tenido repercusión en el Derecho penal (pp. 1-5) y las dos hipótesis de partida que se irán demostrando mediante el análisis sistemático (II a XIV): i) las reglas de imputación condicionan el perfil del ciudadano al que se dirige el Derecho penal y ii) dicho modelo se ha visto alterado (p. 10). Finalmente, dos capítulos de cierre que confirman la hipótesis inicial (XV) y formulan una valoración en cuanto a su legitimidad (XVI).

La originalidad de esta obra radica en el prisma desde el cual se valora la evolución del Derecho penal español: las reglas de imputación (en sentido amplio) que emanan de algunos tópicos referidos a instituciones de la teoría del delito y “otros que afectan a las vías de imputación de responsabilidad” (p. 11). En esta tarea, los distintos autores –todos ellos de demostrada trayectoria en la materia– van desgranando las reglas de imputación que emergen de algunos institutos del Derecho penal y perfilan un modelo de ciudadano (II a XIV). En su exposición siguen un mismo esquema de análisis: régimen actual, antecedentes, aportes de la jurisprudencia, factores que influyeron en los cambios operados en la legislación y el modelo de ciudadano que se deriva de las reglas de imputación. El estudio demuestra que en el último medio siglo ha ido consolidándose en España un Derecho penal *civilizado/constitucionalizado* (traducido en un modelo de ciudadano pasivo-defensivo). No obstante, los sucesivos cambios multinivel dejan ver la aparición de aspectos que van matizando los rasgos en que se asienta (o al menos debería) la *tradición central de occidente*. Esto trasluce en las reglas de imputación (de atribución o restricción de responsabilidad penal) que, a su vez, configuran un modelo de ciudadano activo-colaborador-sospechoso.

No es posible efectuar un resumen de cada uno de los capítulos de la obra, pues los temas son muy diversos. En consecuencia, solo mencionaré algunas de las cuestiones que plasman tanto la consagración de un modelo de ciudadano pasivo-defensivo, como la aparición de aspectos que forjan un nuevo modelo activo-colaborador e, incluso, sospechoso. Ello a la luz de las reglas de imputación como muestra de la inicial *consolidación* en el Derecho penal español de los principios basales de la *tradición central de occidente*, y su subsiguiente *flexibilización*.

En concreto, el *principio de responsabilidad subjetiva (i)* se vislumbra en: el régimen de la imprudencia y de la imputabilidad (ÍÑIGO, II y IV), la regulación de la inexigibilidad (PEREIRA GARMENDIA, VII), del error de prohibición (BERNAL DEL CASTILLO, III), las previsiones acerca de la responsabilidad penal de los menores de edad y la *actio libera in causa* (SÁNCHEZ-OSTIZ, VI y V). Si bien los tópicos estudiados representan, en líneas generales, el anclaje del nuevo ordenamiento en el principio de responsabilidad subjetiva, también aumentan la carga del ciudadano. Esto puede verse en la regulación de la imprudencia (II) que limita la responsabilidad penal por actos imprudentes mediante la técnica del *numerus clausus*, pero esta limitación “no necesariamente conduce a un modo de ver las relaciones sociales caracterizado por otorgar más libertad al ciudadano: al contrario, aunque sean delito imprudente solo los casos tasados, no es menor la carga de cuidado que sobre el ciudadano recae” (p. 36). Además, se han ido añadiendo supuestos que amplían el ámbito de la imprudencia (p. 35).

El reconocimiento de efectos al error de prohibición (III) representa un contrapeso ante una sociedad de la información y del riesgo, en la cual se espera el conocimiento de un complejo entramado de deberes profesionales, económicos y sociales (pp. 44-45). No obstante, BERNAL DEL CASTILLO describe algunas *sombras* (p. 46) que se ciernen sobre la aparente democratización del tratamiento de la relevancia del desconocimiento de las normas.

Otro tanto ocurre con la regulación de la responsabilidad *in causa* (V). Este proceso pareciera “coherente y respetuoso con la culpabilidad y las necesidades preventivas: se responde de lo conocido y querido, pero también se exige mantenerse en condiciones de conocer y querer” (pp. 66-67). Así, la evolución parece inclinarse hacia la creación de mayores deberes (de colaboración, de información) en cabeza de los ciudadanos.

El estudio que realiza PEREIRA GARMENDIA sobre la inexigibilidad (VII) es un claro ejemplo de las expectativas –a veces desmedidas– que se ciernen sobre el ciudadano. En concreto, para el autor, “siempre que se verifique que el sujeto al realizar la conducta injusta, se vio inmerso en una situación que observe la estructura de la inexigibilidad, se le debe dar el tratamiento correspondiente a dicho instituto” (p. 100). Sin embargo, el Código Penal español regula un elenco taxativo de causas de inexigibilidad, fuera de los cuales no cobran relevancia las vicisitudes que pueda haber sufrido el agente. Todo ello permite sostener que, a algunas personas, se les exige una conducta supererogatoria (p. 101).

Si bien es cierto que la responsabilidad *ad personam (ii)* sustenta el sistema penal, vemos en el estudio que se recensiona cómo en ciertos casos se desdibuja. Así, las normas de responsabilidad penal de las personas jurídicas (GOENA VIVES, XII) y algunas reglas de imputación incorporadas por el Estatuto de Roma (PEREIRA GARMENDIA, X). Al respecto, se percibe que el ciudadano al que se dirigen las normas penales ya no es sólo el individuo, sino también la empresa como *riesgo permitido al que dirigen expectativas normativas* (p. 160). Y en este contexto, se pone sobre la mesa un asunto de no menor importancia: el destinatario del reproche penal no es necesariamente un sujeto culpable. En consecuencia, resultan cuestionados tanto el principio de culpabilidad como el de personalidad de las penas (p. 161).

Algo similar ocurre con respecto a la *responsabilidad por el hecho y el principio de exterioridad (iii)*. Si bien su recepción en el Código Penal español de 1995 es indudable y se

refleja en el régimen de la tentativa (BERNAL DEL CASTILLO, VIII) y de los actos preparatorios (APARICIO DÍAZ, IX), no todos sus aspectos son positivos. En efecto, el régimen de la tentativa (de aplicación restrictiva, exención de responsabilidad en el desistimiento), y el principio general de impunidad de los actos preparatorios, pueden “quedar en una conquista más formal y material que real”, pues el legislador, con el correr de los años ha incrementado el número de delitos de preparación de otras infracciones, ha adelantado las barreras de punición en numerosos preceptos de la parte especial (p. 111) y ha elevado algunos actos preparatorios a la categoría de delitos (p. 122).

Esta flexibilización de la responsabilidad por el hecho se desprende, también, de la protección penal frente a la criminalidad organizada (XIII) y de las nuevas “agravaciones por abuso de posición” (XIV), pues reflejan una responsabilidad más allá de la conducta individual (p. 175). Para GOENA VIVES, se pone de manifiesto la “búsqueda de seguridad a través del Derecho penal”, el coste de ello es “que queda desnaturalizado el bien jurídico objeto de protección, en favor de construir unas reglas de convivencia ciudadana a golpe de pena” (p. 188). La evolución, en esta materia, se traduce en un resurgimiento de un Derecho penal de autor (p. 190).

En cuanto al *principio de proporcionalidad* (iv) aparece en la casi totalidad de los institutos, aunque de manera residual. Puntualiza ÍÑIGO que, en la relación entre imprudencia y relevancia del bien protegido, no siempre se respeta el *principio de proporcionalidad* (p. 26). También lo analiza PEREIRA GARMENDIA al tratar las reglas de imputación emanadas del Estatuto de la Corte Penal Internacional (p. 133).

Finalmente, el *debido proceso* como único medio para determinar la responsabilidad penal y la sanción (v), encuentra su plenitud en la consagración de la presunción de inocencia (REY HUIDOBRO, XI). No obstante, cabe advertir que también es puesto en riesgo ante la multiplicidad de deberes de colaboración en cabeza del ciudadano y la aparición del ciudadano sospechoso.

Todo este panorama, lleva a ZAMBRANO (XVI) a reflexionar acerca de la legitimidad constitucional del Derecho penal actual. Se pregunta hasta qué punto se puede exigir cada vez más colaboración al ciudadano (con la correspondiente limitación de su ámbito de libertad). A lo largo de un estudio anclado en la filosofía analiza y extrae conclusiones acerca del rumbo del Derecho penal español en las últimas décadas. Para la autora, la irrupción de un modelo de ciudadano activo-colaborador-sospechoso, no implica necesariamente su discordancia con el sistema protector de los derechos fundamentales. Con miras en ello, propone tres pautas para que cada lector valore la legitimidad de la evolución multinivel del concepto de ciudadano: 1) respeto a la igualdad, 2) respeto a la racionalidad práctica y 3) razonabilidad, que “habrán de interpretarse a la luz de su referencia última e intrínsecamente inteligible, la realización humana integral” (p. 234). Los conceptos de persona-agente y de ciudadano son de tal importancia que, para Zambrano, además de la racionalidad y la legitimidad del discurso, se juega “la existencia misma del Derecho penal” (p. 236).

Realizo a continuación algunas reflexiones como consecuencia de la lectura de esta investigación. Por una parte, las cuestiones tratadas no serán indiferentes al lector, pues incluyen tópicos más recientes (como la responsabilidad penal de las personas jurídicas o la regulación del Derecho penal internacional en España) y otros tradicionales (imprudencia,

imputabilidad, error de prohibición, inexigibilidad). Con respecto a estos últimos, a pesar de ser temas clásicos sobre los que mucho se ha dicho, los autores logran entrelazarlos con aspectos actuales, como ser: neurociencias, determinismo, el entorno social y su influjo en la libertad del individuo, la imputabilidad disminuida, o la cuestión del *excluido social* (IV, pp. 55-58 y cap. 7, pp. 97-99). Esta riqueza temática es una fortaleza de la obra, pero también podría ser una debilidad pues la profundidad de análisis y reflexión acerca de los institutos no es uniforme, sino que varía entre los distintos autores (hay análisis minuciosos acompañados de valoraciones de los diferentes tópicos y hay capítulos de menor profundidad).

Por otra parte, advierto la mención de temas de enorme relevancia que, quizás, hubieran merecido una mayor reflexión (como puede ser el modelo de ciudadano sospechoso y su convivencia con el principio de inocencia, o los delitos de omisión de los deberes de colaboración, entre otros). Aunque, con relación a esto último, la obra no pretende un análisis exhaustivo de las instituciones penales sino más bien una invitación a la reflexión de las múltiples cuestiones que surgen del estudio, lo que, sin duda, se logra sobradamente.

El acierto en la elección de los temas y la originalidad de su abordaje (a través de las reglas de imputación y su reflejo en el modelo de ciudadano), son solo algunos de los méritos de la investigación. El estudio es, sobre todo, reflejo del pensamiento crítico de los autores que no se limitan a la descripción de la evolución legislativa. Por el contrario, desde un principio resaltan la influencia de los acontecimientos históricos y sociales, del aporte jurisprudencial y doctrinal y de la inserción de España en un marco regional y universal, que van moldeando las reglas de imputación. Nos muestra con claridad un Derecho penal *vivo*, multinivel, con diversos factores que van ejerciendo presión en los principios que deben sustentarlo, mientras la interpretación doctrinaria y jurisprudencial va intentando *flexibilizar* las distintas piezas para no romper con un modelo de ciudadano respetuoso de los principios de la tradición central de occidente. En otras palabras, el texto no se queda en una exposición descriptiva de las reformas legislativas, sino que va mucho más allá y exterioriza ese cúmulo de obligaciones cada vez mayor que pesan sobre el ciudadano actual del que se espera que sea: prudente, normal, precavido, informado, tranquilo, héroe (entre otras cosas).

Concluyendo, los autores consiguen demostrar cómo el Derecho penal español (a través de las reglas de imputación) bascula hacia un modelo de ciudadano a quien cada vez se le exige más. No solo se imponen deberes de colaboración con estructuras del Estado —como advierte y ejemplifica SÁNCHEZ-OSTIZ (p. 67)—, sino que, además, el ciudadano activo-colaborador es transformado muchas veces en sospechoso (lo que riñe con la presunción de inocencia).

En definitiva, estamos ante una obra que formula un análisis magistral, solvente y esclarecedor del camino recorrido por el Derecho penal español en los últimos 50 años e invita a reflexionar sobre las sucesivas reformas que, con apariencia de ser respetuosas de los derechos fundamentales del ciudadano, esconden mayores restricciones a la libertad y pretenden modelar las conductas sociales. Sin duda la lectura de este estudio es imprescindible si se quiere “no cejar en el empeño de mejorar el Derecho penal” (p. 194).

EN ESTE NÚMERO

■ EDITORIAL

PAÚL, Álvaro: *Sobre las recensiones o reseñas bibliográficas*

■ ESTUDIOS

Derecho Laboral

MARTÍNEZ PLACENCIA, Victoria: *Funciones de las categorías de discriminación en el Derecho Laboral chileno*

Derecho Civil

LARROUCAU TORRES, Jorge y VOGT GEISSE, Thomas: *El interés del demandado en su defensa en la etapa de discusión del juicio civil*

Derecho Penal

LORCA, Rocío / ASTUDILLO, MAIRA / MANQUES, LUIS FELIPE Y ROCHOW, DIEGO: *El hurto famélico en las decisiones de los tribunales penales chilenos*

Derecho Constitucional

HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam Lorena: *Vicios de forma. ¿Control concreto en la acción de inaplicabilidad?*

NGGILU, Novendri M. / EKAWATY ISMAIL, Dian / SULISTYOWATI, Tri y RIVALDI MOHA, Mohamad: *Constitutional crisis: intensifying disobedience to the decisions of the Indonesian Constitutional Court*

Derecho Procesal

BELTRÁN ROMÁN, Víctor: *Impugnación de la admisibilidad de la declaración del imputado por falta de voluntariedad. Perspectivas y soluciones*

Derecho Constitucional

TAPIA HERRERA, René y CANDIA FALCÓN, Gonzalo: *Los Estándares Interamericanos de Derechos Humanos y El Estado de Derecho: Una Evaluación Crítica*

■ RECENSIONES

CORRAL TALCIANI, Hernán: *San Martín Neira, Lilian C. (2023): Responsabilidad civil por desastres naturales. Fenómenos naturales extremos ante la responsabilidad civil (Valencia, Tirant lo Blanch) 260 pp.*

NOUGUÉS COSSIO, Rosario: *Sánchez-Ostiz, Pablo (dir.) (2021) Medio siglo de Derecho penal en España. Del modelo autoritario al del ciudadano constitucional, Granada, Comares, 236 pp.*