ISSN: 0716-0747

FACULTAD DE DERECHO
PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DE CHILE

REVISTA CHILENA DE DERECHO

CHILEAN JOURNAL OF LAW

■ ESTUDIOS

Derecho Civil
Derecho Penal
Derecho y Tecnología
Derecho Procesal
Derecho Internacional
Filosofía del Derecho y Derecho Natural

■ RECENSIONES

2024 • Septiembre - Diciembre • Vol. 51 - Nº 3

RChD 51-3-IMPRENTA.indb 1 23-12-24 12:20

REVISTA CHILENA DE
DERECHO
CHILEAN JOURNAL OF LAW
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 Fermandois Vöhringer** (Pontificia Universidad Católica de Chile) - **Juan Luis Goldenberg Serrano** (Pontificia Universidad Católica de Chile) - **Félix A. Lamas** (Pontificia Universidad Católica Argentina) - **María Carmelina Londoño Lázaro** (Universidad de La Sabana) - **Nuria Pastor Muñoz** (Universitat Pompeu Fabra) - **Daniel Peñailillo Arévalo** (Universidad de Concepción) - **Etienne Picard** (Université de París 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)

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) - **Arturo Yrarrázaval Covarrubias †** (Pontificia Universidad Católica de Chile)

EQUIPO EDITORIAL

Álvaro Paúl Díaz
Director
(Orcid: 0000-0003-3882-450X)

Cristóbal García-Huidobro Becerra
Coordinador General
(Orcid: 0000-0002-2184-8719)

Paula Godoy Muñoz
(Orcid: 0009-0002-9065-4210)
Editora Asociada

Anamaría Quintana Cepeda
(Orcid: 0000-0001-7778-7604)
Editora Asociada

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 Sciencies (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 (JCR), CiteScore (CS) y SCImago 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 51 Nº 3

EDITORIAL

PAÚL, Álvaro: *Discurso en seminario homenaje de cincuenta años de la Revista Chilena de Derecho | Chilean Journal of Law* [V-VII]

ESTUDIOS

Derecho Civil

SAN MARTÍN NEIRA, Lilian C.: *Interpretación contractual objetiva: entre buena fe y razonabilidad* [1-32]

Derecho Penal

MALDONADO FUENTES, Francisco: *Concurrencia de delitos en los procesos electorales* [33-62]

MAÑALICH R., Juan Pablo: *La interpretación de la ley penal bajo la "prohibición de analogía" Una reconstrucción desde el pragmatismo semántico* [63-91]

Derecho y Tecnología

CALDERÓN LÓPEZ, Andrés: *¿Para qué olvidar? Análisis comparado de los contornos del derecho al olvido en la jurisprudencia chilena y peruana* [93-132]

Derecho Procesal

VERA VEGA, Jaime y MAYER LUX, Laura: *La nueva regulación del quebrantamiento de condena de adolescentes: naturaleza, sentido y vigencia* [133-162]

Derecho Civil

ARROYO ABAD, Bernardo: *Actos médicos y contratos: la encrucijada de la responsabilidad civil de las compañías de seguro médico en España* [163-195]

Derecho Internacional

URRUTIA S., Osvaldo: *Chile frente al nuevo acuerdo sobre conservación de la biodiversidad marina: áreas protegidas e interacciones con el régimen jurídico de la pesca en alta mar* [197-237]

Filosofía del Derecho y Derecho Natural

ZÚÑIGA-FAJURI, Alejandra: *Sobre la ilegalidad del consentimiento de menores de edad a las intervenciones médicas transafirmativas irreversibles* [239-258]

RECENSIONES

González Hoch, Francisco y Alvarado García, Francisco: *Zimmermann, Reinhard (2023): Protección imperativa de la familia en el Derecho sucesorio (Madrid, Editorial Aranzadi) 256 pp.* [259-264]

FACULTAD DE DERECHO
PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DE CHILE

2024 • Septiembre - Diciembre • Vol. 51 - Nº 3

RChD 51-3-IMPRENTA.indb 4 23-12-24 12:20

DOI: 10.7764/R.513.0

EDITORIAL

DISCURSO EN SEMINARIO HOMENAJE DE CINCUENTA AÑOS DE LA REVISTA CHILENA DE DERECHO | CHILEAN JOURNAL OF LAW

Muy buenas tardes, les agradecemos sinceramente su presencia en esta celebración, especialmente a nuestros invitados que accedieron a presentar hoy sobre la influencia de la doctrina en el proceso de interpretación y creación jurídica. Elegimos este tema porque es lo que da sentido a la investigación académica en derecho, cual es el objeto de la Revista.

Los cincuenta años de la Revista Chilena de Derecho constituyen un hito importante, pues celebramos medio siglo dedicado al desarrollo, la reflexión y la difusión del pensamiento jurídico en nuestro país y más allá de nuestras fronteras. Este seminario conmemorativo es sólo una de las diversas actividades que hemos planeado para celebrar estos cincuenta años. Otras iniciativas que hemos preparado son:

1. La inclusión, en nuestra página web, de todos los trabajos que ha publicado la Revista, desde el primer número del año 1974. Antes de este hito, dichos artículos estaban sólo disponibles en algún repositorio internacional de pago. Hoy, en cambio, cualquier persona puede acceder a ellos.
2. También se rediseñó el interior de la Revista, dándole un aspecto algo más moderno. Muchos de estos cambios pueden observarse en la versión impresa, pero hay otras mejoras que se aprovechan del formato digital que usan casi todos los lectores para revisar nuestros trabajos. Estos cambios son la incorporación de color, esperando que facilite la lectura, y la inclusión de hipervínculos a las páginas web citadas.
3. Por último, se estableció su denominación complementaria en inglés, de modo que la Revista no sólo se llamará Revista Chilena de Derecho a secas, sino que Revista Chilena de Derecho | Chilean Journal of Law. Esto busca facilitar su identificación por parte de personas que no hablan castellano, y dar una señal clara de nuestra apertura a trabajos globales escritos en inglés.

Nos pareció necesario contar con estos hitos, para dar una merecida celebración a una revista que, al poco tiempo de su fundación en 1974, se consolidó como un referente en el ámbito jurídico nacional, adquiriendo relevancia especial en las discusiones legislativas y constitucionales desde el último cuarto del siglo pasado. Lo que comenzó como una iniciativa académica como muchas, cuyo destino era incierto, se ha convertido en una plataforma fundamental para la difusión de la investigación en diversas áreas del conocimiento jurídico. La calidad y el rigor de los artículos publicados ha permitido que la Revista Chilena de Derecho | Chilean Journal of Law se haya mantenido vigente durante cinco décadas.

Hoy, celebramos lo que la Revista ha logrado, pero también honramos a quienes han contribuido al desarrollo y consolidación de este proyecto, y miramos con esperanza los próximos 50 años de esta publicación.

La Revista ha sido testigo de profundos cambios en Chile, en el ámbito político, social y económico. En medio de ellos, la Revista Chilena de Derecho ha servido como un espacio para analizar, criticar y, sobre todo, proponer nuevas perspectivas que ayuden a comprender y a dar forma a la realidad jurídica nacional, y cada vez más, a la internacional. En efecto, los artículos publicados en la Revista son citados en todo el mundo de habla hispana, y cada vez más por trabajos en las más diversas lenguas. En parte, esto se debe a que hoy en día no son sólo autores del mundo hispano quienes buscan publicar con nosotros, sino que también autores de lugares tan distantes como Polonia, Ucrania y Kazajstán. De hecho, la Revista ha publicado ya a autores de culturas muy diversas a la nuestra, como la china e indonesia.

Dentro de las transformaciones que le ha tocado vivir a la Revista Chilena de Derecho, se encuentran los cambios en el modo de calificar la calidad de las revistas académicas. Éste pasó, desde un criterio basado en el prestigio social, a uno que se mide, fundamentalmente, en la indexación en índices internacionales, como Scielo o Scopus. En esta materia, la Revista está en las grandes ligas desde el año 2013, en que ingresó al índice del Institute for Scientific Information, también conocido como ISI, y que ahora se denomina Journal Citation Reports, de Clarivate Web of Science, también conocido como WoS. Actualmente, nos estamos esforzando por no sólo mantenernos en estos índices, sino que también por mejorar en sus rankings, y eso se ha logrado, pues este año, por ejemplo, por primera vez en la historia de la Revista pasamos a estar, desde el cuarto cuartil, al tercero en el ranking WoS, que agrupa principalmente a revistas anglosajonas de excelencia. Por otra parte, en un ranking que incluye más revistas latinas, como lo es Scimago, nos transformamos en la primera revista de derecho en Chile en estar por cuatro años consecutivos en el primer cuartil.

Este éxito en los índices internacionales ha hecho que la Revista Chilena de Derecho, sea muy demandada en la actualidad, motivo por el cual recibimos anualmente más de 200 trabajos, de entre los cuales publicamos sólo unos 30.

Nada de esto habría sido posible sin el liderazgo y visión que tuvieron, en diferentes épocas, los distintos directores de la Revista. Por eso, queremos aprovechar esta ocasión para rendirles un merecido homenaje a los directores que nos precedieron, esto es, a Jaime Navarrete Barrueto (1974-1980), su fundador, a José Luis Cea Egaña (1980-1993), a Guillermo Bruna Contreras (1993-1997), a Alejandro Vergara Blanco (1997-2007), a Ángela Vivanco Martínez (2007-2012), a Patricio Carvajal Ramírez (2012-2014) y a Juan Luis Goldenberg Serrano (2014-2019).

También agradecemos a quienes trabajan en la actualidad en la Revista, a su coordinador Cristóbal García-Huidobro, a su secretaria, Andrea Valenzuela, a las editoras asociadas, Anamaría Quintana y Paula Godoy, a los ayudantes de edición electrónica, Luciano Zúñiga y Pía Ruiz-Tagle. También damos las gracias a las demás personas que han colaborado con la Revista a través de los años, secretarios –de redacción y administrativos–, coordinadores, ayudantes y bibliotecarios. Sin su arduo trabajo, este aniversario no sería posible.

Por último, agradecemos el invaluable trabajo de los académicos que arbitran los artículos que publica la Revista y, por cierto, a los autores que la nutren con sus investigaciones y reflexiones, elevando así el nivel del debate jurídico en Chile.

Ahora, mirando hacia el futuro, es posible vislumbrar que nos enfrentaremos a nuevos desafíos, pues la sociedad y el derecho están en constante evolución, especialmente en un mundo cada vez más globalizado y digitalizado. Algunos de estos desafíos se han ido enfrentando en los últimos años, por ejemplo, al pasar desde un formato físico a uno principalmente digital, al establecer un sistema de publicación semicontinua, al aumentar notoriamente el número de mujeres en el Comité Editorial, y al elevar la selectividad al momento de elegir los trabajos que serán publicados.

La Revista debe adaptarse a los cambios, pero sin perder de vista los principios de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Es nuestro deber seguir siendo un faro de pensamiento riguroso, analítico e innovador en el ámbito jurídico. Debemos continuar fomentando el diálogo entre la academia y la práctica jurídica. También se nos exige abrirnos a nuevas formas de investigar, especialmente aquellas interdisciplinarias y con visiones comparadas. Todo esto, teniendo presente también el modo como hoy en día se mide la calidad de las revistas, a través de criterios como la tasa de citas con las que cuentan nuestros artículos.

En este aniversario, no sólo celebramos 50 años de historia; celebramos también que existe un compromiso de seguir aportando al desarrollo del derecho en Chile y en el mundo, pues el derecho, como ciencia y como práctica, es fundamental en la construcción de una sociedad más justa, y nuestra misión es contribuir y servir a ese ideal.

Les agradezco a todos por acompañarnos en este camino. Sigamos adelante, con la misma pasión y dedicación que nos ha traído hasta aquí, porque la historia de la Revista Chilena de Derecho no termina hoy, sino que sólo se abre a un nuevo capítulo. No podemos quedarnos mirando atrás, pues el mundo cambia.

No queda más que terminar este discurso, pidiendo a Dios que, del mismo modo en que lo ha hecho durante estos cincuenta años de la Revista, pueda seguir acompañando a esta publicación para que llegue sin contratiempos a la celebración de un siglo de existencia.

Muchas gracias nuevamente por su presencia.

Álvaro Paúl
Director de la Revista Chilena de Derecho
Pontificia Universidad Católica de Chile

RChD 51-3-IMPRENTA.indb 8 23-12-24 12:20

Revista Chilena de Derecho | Chilean Journal of Law | Vol. 51 Nº 3, pp. 1 - 32 [2024]
Recepción: 21/04/2024, Aceptación: 31/07/2024 DOI: 10.7764/R.512.1

INTERPRETACIÓN CONTRACTUAL OBJETIVA: ENTRE BUENA FE Y RAZONABILIDAD

OBJECTIVE CONTRACTUAL INTERPRETATION: BETWEEN GOOD FAITH AND REASONABLENESS

Lilian C. San Martín Neira[1]

RESUMEN: En este artículo se propone que la interpretación subjetiva busca la intención concreta, mientras que la objetiva aquello que un modelo ideal habría acordado. Se sostiene que, sin perjuicio de que la distinción puede ser más bien borrosa, en nuestra tradición jurídica prima el modelo subjetivo, pues el objetivo releva cuando no es posible reconstruir la intención. A nivel comparado, los parámetros o modelos objetivos son de diversa índole, pero tienden a identificarse con la persona razonable. En Chile, suele recurrirse a la buena fe, pero esto no comporta una diferencia sustantiva, pues se ha producido una suerte de simbiosis entre los conceptos razonabilidad y buena fe.

Palabras clave: interpretación contractual, buena fe, razonabilidad, modelos de interpretación.

ABSTRACT: In this article, it is proposed that the subjective interpretation seeks the concrete intention, while the objective one seeks what an ideal model would have agreed upon. It is argued that, notwithstanding the fact that the distinction may be rather blurred, in our legal tradition the subjective model prevails, since the objective reveals when it is not possible to reconstruct the intention. At the comparative level, objective parameters or models are of various kinds, but they tend to be identified with the reasonable person. In Chile, good faith is usually used, but this does not entail a substantive difference, since there has been a kind of symbiosis between the concepts of reasonableness and good faith.

Keywords: contractual interpretation, good faith, reasonableness, models of interpretation.

[1] Doctora en Sistema Jurídico Romanístico. Profesora de derecho civil e investigadora del Centro de Derecho Regulatorio y Empresa, Universidad del Desarrollo. Dirección postal: Avenida La Plaza # 680, edificio B, Las Condes. Correo electrónico: l.sanmartin@udd.cl. 0000-0001-5101-2560.
Este trabajo forma parte del proyecto Fondecyt Nº 1221269 del que la autora es coinvestigadora.
La autora agradece al profesor Rodrigo Coloma Correa y a los pares evaluadores por sus comentarios a la anterior versión de este texto, pues sin duda contribuyeron a mejorarlo.

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los temas clásicos del derecho privado es la interpretación contractual, que ha dado lugar a múltiples estudios, especialmente en el extranjero[2], sin que se haya logrado acuerdo respecto de la aproximación que debe tener el intérprete al contrato y, sobre todo, respecto del objetivo perseguido[3]. En efecto, tradicionalmente se ha enseñado que al interpretar el contrato el juez tiene alternativamente dos modelos a seguir: uno subjetivo o "interpretación psicológica", que busca reconstruir la voluntad de las partes al tiempo de la celebración del contrato, esto es, la "intención común de los contratantes"[4]; y uno objetivo, que se centra en la declaración formulada[5], es decir, en el texto. Como afirma Viglione, estas opciones interpretativas constituyen el hilo conductor que pareciera unir a todas las experiencias jurídicas, de modo que las preferencias de los ordenamientos jurídicos, por una u otra alternativa condicionan inevitablemente la práctica contractual en cada uno de ellos[6].

A su turno, la doctrina y jurisprudencia chilenas tradicionalmente añaden que el Código de Bello adhiere al modelo subjetivo, en la medida en que el artículo 1560 prefiere a la intención por sobre la literalidad. Así, López sostiene que esta norma es la base del sistema chileno, y "por sí solo" consagra el sistema subjetivo, pues, "más que una regla de interpretación, sirve de principio rector a las reglas que siguen en el Código"[7]. De esta manera, se afirma, el juez debe buscar la intención (común) de los contratantes, para lo cual cuenta con una serie de reglas auxiliares, que se encuentran en los artículos 1561 a 1566[8].

---

[2] En la doctrina nacional, cabe mencionar: Claro (2015) pp. 9-32; López (1971); Alessandri, Somarriva, Vodanovic (1998) pp. 513-518; Ducci (1989); Johow (2005) pp. 213-233; Alcalde (2006) pp. 549-570; Montero (2006) pp. 115-129; Lyon (2006) pp. 753-792; Baraona (2008) pp. 455-470; Baraona (2016) pp. 439-449; Lyon (2017) pp. 1-431; López y Elorriaga (2017) pp. 463-611; Rubio (2020) pp. 665-683; Coloma (2023) pp. 232-249; González (2019) pp. 403-422; Banfi (2020) pp. 205-219; Alcalde y Boetsch (2021) pp. 765-840; Rubio (2023a) pp. 443-469; Rubio (2023b) pp. 585-596; Bustos (2023) pp. 1-90.

[3] A modo de ejemplo, la jurisprudencia chilena entiende que "la interpretación de un contrato corresponde a la operación intelectual por la cual se busca desentrañar su sentido y alcance (…)". Corte Suprema, 30/04/2021. Como se aprecia, la Corte habla de "desentrañar", esto es, determinar un algo preexistente. En doctrina, en cambio, suele hablarse de "atribuir" sentido. Guastini (2011) p. 13 y Guastini (2015) p. 12. La diferencia, desde luego, no es inocua, pues el rol del intérprete varía diametralmente entre una y otra formulación.

[4] A la base de esta doctrina se encuentra el llamado "dogma de la voluntad" como elemento fundante del acto jurídico. Para mayores antecedentes al respecto, véase Ferri (2001) p. 135. A nivel jurisprudencial, esto se aprecia en Corte Suprema de 12/01/2012.

[5] Ducci (1989) p. 202; Bustos (2023) p. 26.

[6] Viglione (2011) p. 100. Para más antecedentes comparados, Von Var y Clive (2010) pp. 553-560.

[7] López (1971) p. 89. Como indica Barrientos (2016) p. 581, la jurisprudencia ha llegado a asumir que la única función que cumple el artículo 1560 es consagrar en el derecho chileno el sistema subjetivo de interpretación, sin constituir una regla de interpretación propiamente tal. El mismo autor observa que en los últimos años es posible observar un matiz a dicho entendimiento.

[8] Meza (1992) pp. 50-55; Figueroa (2011) p. 161; González (2019) pp. 403-422.

En contra de esa lectura, se ha señalado que la búsqueda de la intención no es, ni puede ser, la forma en que el juez lleva a cabo la interpretación[9], cuando menos no de la manera en que ha sido tradicionalmente comprendido, toda vez que el intérprete no puede desentenderse fácilmente del texto[10].

En tal sentido, afirma Baraona:

> el artículo 1560 contiene en verdad dos proposiciones. Una explícita y otra implícita. La implícita, que en verdad es la primera regla interpretativa, ordena que los contratos se interpreten conforme con el sentido literal de las palabras usadas. Por ello, sólo puede pasarse a la segunda regla, clara y explícita en el art. 1560, cuando la voluntad común de los contratantes, y diferente a lo literal expresado, sea "conocida claramente"; por lo mismo, cuando la literalidad contractual no es fácil de comprender, por vaguedad, ambigüedad, oscuridad, imprecisión, falta de coherencia o contradicción con otras cláusulas estipulaciones o con el contrato en su conjunto o porta otra razón, o queda sobrepasada por otra manifestación del "acuerdo negocial". Es decir, cuando la intención de los contratantes fue distinta a la que se deriva del texto, y ello se conoce "claramente", sin dudas y con toda evidencia, por otras "circunstancias": signos, gestos, comportamientos inequívocos, símbolos etc.[11].

En este texto, se concuerda con Baraona en el sentido que el binomio texto versus intención resulta problemático y, todavía más, no refleja adecuadamente el contenido de la distinción entre interpretación subjetiva y objetiva. Al efecto, se postula que la intención de los contratantes –entendida como aquello que las partes quisieron acordar– es el objetivo primordial del ejercicio interpretativo, sin embargo, este resultado no siempre resulta posible. Cuando dicha operación fracasa, es necesario recurrir a otros criterios que doten de contenido inteligible a las disposiciones contractuales y, de esa forma, posibiliten la subsistencia del contrato[12]. Para ello, se recurre a criterios objetivos que en buena medida prescinden de lo que las partes quisieron, para centrarse en lo que un contratante ideal habría hecho en su lugar. Como se verá, esta solución ha sido expresamente incorporada en la generalidad de los cuerpos de unificación y armonización del derecho privado, así como por algunos códigos civiles recientes. Además, ello queda de manifiesto al analizar la jurisprudencia nacional, pues los tribunales, especialmente la Corte Suprema, suelen recurrir a criterios objetivos, como son la economía del contrato[13], la natu-

[9] Coloma (2016) pp. 25-26 y Banfi (2020) p. 208. En esta línea, Alcalde rechaza que pueda escudriñarse en los pensamientos de los contratantes por ser contrario a la garantía constitucional de libertad de conciencia. Alcalde (2006) pp. 549-570. Para un resumen de la crítica generalizada al sistema subjetivo, Figueroa (2011) pp. 162-163.

[10] Baraona (2016) p. 449. Asimismo, Figueroa (2011) p. 167.

[11] Baraona (2016) p. 441.

[12] Si al juez no le fuera posible determinar el sentido y alcance del contrato éste sería inejecutable por falta de (claridad del) objeto y, por tanto, adolecería de un vicio de nulidad.

[13] A modo de ejemplo, véase Corte Suprema 05/03/2012, que confirma la sentencia de primera instancia, que considera la lógica económica del contrato para interpretar una cláusula de ajuste de precio.

raleza de la obligación[14], entre otros. En este listado, mención especial merece el recurso a la buena fe como criterio interpretativo pues, como se mostrará, más que una herramienta de reconstrucción de la voluntad de los contratantes, ha servido de parámetro objetivo conforme a un modelo ideal de conducta: el "contratante leal y honesto". Más concretamente, en el ordenamiento jurídico chileno la buena fe cumple el rol que en algunos cuerpos normativos se asigna a la razonabilidad como criterio objetivo de interpretación. De esta manera, se destaca el papel que compete a la buena fe como criterio objetivo de interpretación, sosteniendo que ella autoriza al intérprete a prescindir de una búsqueda de la intención contractual y le permite sincerar que su decisión no obedece a aquello que las partes efectivamente quisieron, sino a lo que un contratante razonable –a juicio de un juzgador imparcial– habría hecho en el caso concreto.

Para ello, el texto se divide en tres partes: la primera dedicada a la delimitación del análisis de la buena fe y la razonabilidad como criterios objetivos de interpretación, la segunda presenta algunos casos de la jurisprudencia nacional, para finalizar con unas conclusiones.

II. BUENA FE Y RAZONABILIDAD COMO CRITERIOS OBJETIVOS DE INTERPRETACIÓN

1. Interpretación subjetiva versus objetiva: delimitación de la discusión

El punto de partida de la doctrina sobre interpretación de contratos es la distinción entre el modelo objetivo y subjetivo, que tradicionalmente ha sido entendida como una contraposición entre texto e intención. La doctrina más reciente, sin embargo, ha puesto en evidencia que esta proposición es atractiva por su simplicidad, pero no resulta suficiente para resolver adecuadamente los conflictos interpretativos[15].

En efecto, la contraposición texto v/s intención como equivalente a interpretación objetiva v/s interpretación subjetiva no resulta precisa, pues no define correctamente los extremos entre los modelos interpretativos. Al contrario de lo que sugiere dicha contraposición, el texto del contrato es siempre el punto de partida la interpretación, cualquiera sea el modelo al que se adscriba y, por el contrario, frente a un conflicto interpretativo la sola alusión al texto rara vez arrojará luces sobre el problema[16]. De esta manera, resulta oportuno preguntarse, por un lado, qué debe entenderse por intención como contrapuesto al texto, y, por otro lado, cómo se conjuga esa distinción con el binomio interpretación objetiva y subjetiva.

[14] A propósito de un contrato de construcción consensual, Corte Suprema, 29/05/2014. También se recomienda Corte Suprema, 30/11/2020.

[15] Coloma (2023) p. 233.

[16] Coloma (2023) pp. 232-249. En jurisprudencia, un caso claro para ilustrar el punto es el aquel en que se interpreta un mandato literalmente amplísimo el sentido que los actos de la mandataria debían ceder en beneficio del mandante, pues se trataba de un mandato con representación. 2º Juzgado Civil de Rancagua, 10/06/2020. Confirmado por Corte Suprema, 29/12/2021.

Sostener que la intención se contrapone al texto supone definir adecuadamente los dos extremos de la confrontación, a saber, el texto y la intención. Respecto del texto, es del caso recordar que el artículo 1560 habla de "lo literal de las palabras", por tanto, él es aplicable tanto a contratos que se hayan celebrado por escrito como a los de carácter verbal (en la medida en que pueda establecerse literalmente lo dicho). Texto, entonces, corresponde a lo verbalizado, ya sea de forma oral o escrita[17].

En cuanto a la intención, la doctrina nacional ha precisado que alude a la voluntad de los contratantes en su conjunto, lo que se resume en la idea de "intención común de los contratantes"[18]. Esta aclaración, sin embargo, resulta insuficiente, pues el contrato supone un concierto de intereses distintos y lo que debe determinarse es precisamente el contenido del acuerdo. ¿Entonces qué es lo que el código llama intención de los contratantes? A estos efectos, es atendible la doctrina que relaciona la intención común con la idea de "propósito práctico"[19]. Así las cosas, la intención de los contratantes se vincula directamente a lo que quisieron acordar, conforme al aserto de intereses regulados por el contrato[20].

El asunto que queda por definir es en qué casos debe entenderse que la intención, a pesar de ser divergente del texto, está "claramente manifestada"[21] y, más en general, cómo se determina la intención común. Esta idea ha sido particularmente desarrollada por la doctrina italiana[22], a propósito del artículo 1362 del *Codice Civile*, que manda considerar la intención sin limitarse al sentido literal y teniendo en cuenta el comportamiento de las partes antes y después de la celebración del contrato. Para estos autores, el material interpretativo se compone de dos elementos: texto y contexto. El texto, según se dijo, corresponde a lo verbalizado. El contexto, a su turno, se articula en co-texto y contexto en sentido estricto. El co-texto corresponde al conjunto de los significados verbales, orales o escritos, en que dos partes que contratan pueden, en declaraciones anexas o en documentos paralelos al texto, como planos, gráficos, esquemas, indicar intereses, objetivos, necesidades situaciones subjetivas u objetivas, materiales o jurídicas, que iluminan las reglas pactadas. El contexto en sentido estricto corresponde a los comportamientos y circunstancia relevantes para la interpretación y puede ser contexto de emisión, cuando

[17] Gentili (2015) pp. 193 y p. 494; Gentili (2021), p. 643.

[18] Por todos, Bustos (2023) p. 30.

[19] En este sentido Betti (2002) pp. 322 y ss.; Gentili (2015), p. 534; Gentili (2021), p. 650. La idea de propósito práctico acuñada por Betti en 1943 fue recogida por De Castro en España y desde ahí ha llegado a la doctrina nacional como una institución clave en la modernización del derecho contractual chileno. Morales (1983) pp. 1529-1546; San Martín (2023) pp. 445-467.

[20] Esta es justamente la comprensión de la doctrina nacional respecto de la noción de propósito práctico. Por todos, véase De la Maza y Vidal (2014) pp. 15-38; San Martín (2023) pp. 445-467.

[21] En jurisprudencia, véase Corte Suprema, 28/12/2021, donde se afirma que la conducta de las partes en la ejecución del contrato revela "claramente" su intención de introducir una modificación tácita a lo acordado.

[22] Por todos, Sacalisi (2003) pp. 75-134; Gentili (2015) pp. 179-285 y pp. 492-506; Franco (2019) pp. 109-121; Gentili (2021) p. 650.

es precedente o contemporáneo al texto, y contexto de actuación, cuando es sucesivo[23]. De esta manera, la intención común de los contratantes corresponde al resultado alcanzado una vez analizado todo el material interpretativo. En palabras de Gentili, la intención común tiene dos vertientes, la intención como propósito práctico, que se extrae sobre todo del contexto, y la intención como sentido prescriptivo del texto colegida de la interpretación. Desde esta perspectiva, afirma el autor, lejos de ser un hecho, la intención común es un significado. Es la *ratio contractus*[24].

En Chile, en términos semejantes se ha pronunciado Bustos, para quien, cuando el artículo 1560 manda preferir la intención por sobre la literalidad se refiere a la "voluntad regla", esto es, aquella que se establece por el juez una vez que el contrato ha sido interpretado conforme a las reglas de interpretación contractual[25], lo que Gentili llama intención común en sentido prescriptivo. Aceptada esta premisa, cobran pleno sentido las palabras de la Corte Suprema en un considerando que a estas alturas puede calificarse como "de estilo", que explicando el objetivo de la interpretación señala:

> El objetivo de la labor de interpretar actos y contratos estriba en conocer los puntos en que ha confluido la intención de los contratantes, la voluntad que han expresado al celebrar el acto o convención de que se trate, aquello en lo que han consentido, lo cual les unió y determinó a contratar; aspectos todos esos que, con arreglo al artículo 1560 del Código Civil, deben conocerse claramente para estarse más a ellos que a la letra de la estipulación.
> Para guiar al intérprete en su labor, el legislador ha entregado diversas reglas que sirven a la consecución de la finalidad perseguida con su actividad; directrices que se contienen, fundamentalmente, en los artículos 1560 a 1566 del Código Civil, las que no tienen un orden de prelación, sino que serán más o menos relevantes, según la incidencia que tengan en la determinación de la intención de las partes, siempre considerando las circunstancias que hayan integrado el iter contractual, inclusive lo relativo a la etapa de cumplimiento.
> No obstante, el artículo 1560 del Código Civil presupone que la prevalencia de la intención de los contratantes, por sobre lo literal de las cláusulas o términos de su acuerdo, queda supeditada a que aquélla se conozca claramente, es decir, de modo palmario o manifiesto, descartando cualquier ambigüedad sobre el particular[26].

2. El reenvío a criterios de valoración social como criterios objetivos de interpretación en subsidio de la determinación de la "intención común"

Según se aprecia en el considerando último transcrito, la Corte Suprema entiende que el objetivo de la interpretación contractual (subjetiva, de acuerdo con el

[23] Gentili (2015) pp. 193-197; Gentili (2021), p. 644.

[24] Gentili (2021) p. 650.

[25] Bustos (2023) p. 26.

[26] Corte Suprema, 14/07/2023. Con matices, este considerando se encuentra reproducido textualmente en diversos fallos. Por ejemplo, Corte Suprema 05/03/2012; Corte Suprema, 21/07/2021; Corte suprema, 13/07/2020.

modelo que imperaría en el ordenamiento nacional) es la búsqueda de la intención. Con tal fin, el legislador ha establecido reglas que guían el razonamiento del intérprete: los artículos 1561 a 1566 del Código Civil[27]. Empero, no se trata de un análisis de la psiquis de los contratantes, sino de una reconstrucción de "lo acordado" conforme al propósito práctico perseguido, para lo cual es dable recurrir a todos los materiales disponibles: texto, co-texto y contexto.

El problema es que esa búsqueda tiene límites intrínsecos, que impiden dicha reconstrucción[28]. Tales límites vienen dados fundamentalmente por la contraposición de intereses en juegos[29] y la carencia de material fáctico que dé cuenta de lo ocurrido[30]. En efecto, a pesar de los esfuerzos probatorios de las partes y de la aplicación de las reglas de interpretación, el juez puede no tener claridad respecto del contenido del acuerdo.

Frente al fracaso de una búsqueda en clave subjetiva, y en aras del principio de conservación del contrato, cobra relevancia lo que Betti llama interpretación "técnica" u "objetiva"[31]. A través de ella, se recurre a criterios que sitúan el análisis del contrato más allá de sus partes, esto es, en la totalidad del ambiente social, a fin de reconstruir lo que un modelo ideal de contratante hubiera realizado en las mismas circunstancias[32]. Los conceptos a los cuales se recurre como criterios objetivos son de diversa índole. Pertenecen a esta categoría los usos y costumbres propios de la localidad o del giro de negocios de las partes, la buena fe, la razonabilidad y cualquiera otro que el legislador respectivo considere oportuno[33].

---

[27] Esto explica que parte de la doctrina entienda que la única regla contenida en el título de la interpretación del contrato sea el artículo 1560, mientras que los artículos 1561 a 1566 serían directrices. Así Ducci (1989) p. 225.

[28] Haciéndose cargo de este problema, se ha recurrido a la idea de "voluntad virtual" o "voluntad tácita". Lyon (2006) pp. 753-792. Sin embargo, como afirma López, "estas nociones no tienen ningún sentido. O hay elementos de convicción fuertes y entonces la voluntad es real, o no los hay y entonces la voluntad es impenetrable, inútil, por ende, a la interpretación". López (1971) p. 104.

[29] Betti (2002) p. 351.

[30] En palabras de Schauer (2009) p. 219: "*Law navigates through a fog of uncertainty. In attempting to figure out what happened in the past, the legal system must deal with faulty recollections, lost documents, missing witnesses, inattentive jurors, and countless other impediments to knowing with very much confidence what actually took place months or years earlier. And even in trying to assess what law should apply to the facts so imperfectly perceived, lawyers and judges face a world of conflicting precedents, vague statutes, substantive disagreement, and a host of additional obstacles to being able to determine just what it is that the law requires*".

[31] Betti (2002) p. 351.

[32] Betti (1971) p. 403. En Chile, un atisbo de esta idea se encuentra en las palabras de Alessandri, Somarriva y Vodanovic (1998) p. 513, para quienes la interpretación subjetiva es asignar a la declaración "el sentido que presumiblemente le dio su autor", mientras que objetiva es aquella en que se le asigna el sentido que le atribuye "la opinión común del tráfico".

[33] Así, en la propuesta española para la modernización del derecho de obligaciones y contratos de 2009 se señala: "Artículo 1278. (…) Cuando el contrato no puede interpretarse de acuerdo con lo que disponen los párrafos anteriores, se le dará el sentido objetivo que personas de similar condición

La preferencia por uno u otro criterio depende fundamentalmente de la tradición jurídica en que se inserte el contrato. De hecho, en el Código de Bello, el criterio objetivo expresamente reconocido como tal se encuentra en la regla residual del artículo 1566 C.C.[34], que manda interpretar el contrato en favor del deudor o bien en contra de la parte que haya redactado la cláusula ambigua, cuando en ese proceso infringió su carga de claridad[35]. Esta norma, sin embargo, no siempre tiene posibilidad de aplicación práctica. Así, ella carece de operatividad cuando el contrato ampliamente negociado es bilateral y no está claro a quién debe considerarse deudor a efectos del preciso conflicto interpretativo que se plantea, como acontece en los juicios de nulidad o bien cuando existen acusaciones cruzadas de incumplimiento. En línea con este inconveniente, la práctica judicial demuestra que la norma ha tenido escaso uso, sin que haya sido posible encontrar fallos recientes que abiertamente la apliquen[36]. Por cierto, aquella no es la única estrategia posible. La imposibilidad de reconstruir la intención de los contratantes puede ser –y en los hechos es– suplida con arreglo a la buena fe[37].

que los contratantes le hubieran dado en las mismas circunstancias". Por su parte, en la versión 2023 se agrega a esa idea la expresión persona razonable, de modo que queda de la siguiente forma: "Artículo 1271 (…) 3. Cuando el contrato no pueda interpretarse de acuerdo con lo que disponen los apartados anteriores, se le dará el sentido que una persona razonable, de similar condición que los contratantes, le hubiere dado en las mismas circunstancias".

[34] Para un análisis de esta regla en clave histórico-comparada, Rodríguez (2008) pp. 69-111.

[35] Existe una clara relación entre la regla *contra proferentem* y la necesidad de asumir una gestión diligente de los propios asuntos, tales como cargas de claridad de comunicación de los propios intereses y de auto-información, que también influirán en la delimitación del contenido obligacional y, por consiguiente, en la interpretación. Así, Betti (2002), p. 328; Viglione (2011) p. 55.

[36] La búsqueda en VLex y Thomson Reuters arrojó más de mil sentencias en que se menciona el artículo 1566. Atendido ese volumen, la revisión se centró en las sentencias de Corte Suprema de los últimos tres años y, sin perjuicio de haber sido expresamente invocado por los recurrentes (por ejemplo, Corte Suprema 19/07/2023; Corte Suprema, 19/05/2023; Corte Suprema 24/03/2023, Corte Suprema, 09/01/2023; Corte Suprema, 04/04/2022, Corte Suprema 23/02/2022), no se encontraron fallos en que la decisión se fundara precisamente en esa norma en cuanto regla de clausura. El caso más cercano se encuentra en Corte de Apelaciones de Concepción 19/06/2019 donde se lee: "[la cláusula] debe ser interpretada conforme a las disposiciones de los artículos 1560 y siguientes del Código Civil. // De este modo, si la interpretación de tales expresiones de la cláusula adicional resultan oscuras o poco claras, especialmente por ambigüedad proveniente de la falta de una explicación suficiente que haya debido darse por ella, y en consideración que ésta claramente fue redactada por la demandada, ya que se trata de un ejemplo nítido de lo que se denomina un contrato de adhesión, necesariamente se deberá interpretar tal cláusula en contra de Liberty Compañía de Seguros Generales S.A., y a favor del particular contratante (…)". Una alusión expresa al artículo 1566 se encuentra en el fallo que rechaza el recurso de casación, Corte Suprema 04/03/2022. Con todo, en este caso no se aprecia la aplicación residual del artículo 1566, sino más bien una aplicación directa del principio *favor debilis*, en virtud del cual en los contratos de adhesión el contrato debe ser interpretado en contra del predisponente (véase el considerando décimo).

[37] Aunque para algunos también sirve de criterio para sustentar la interpretación subjetiva Así, Betti (1971) p. 403. Más enfático, Scalisi (2003) p. 172, para quien la buena fe constituye un "*strumento di ricerca della comune intenzione*", amén de un criterio objetivo de interpretación.

En Italia, el mismo Betti explica que una característica de la llamada interpretación técnica es la utilización del criterio de la buena fe –entendida como exigencia de claridad y lealtad recíprocas– sin perjuicio de otros criterios a los que pueda recurrirse[38]. Esta afirmación encuentra su refuerzo legal en el artículo 1366 del Código Civil, según el cual "*Il contratto deve essere interpretato secondo buona fede*"[39], disposición influenciada por el parágrafo 157 del BGB, según el cual el contrato debe interpretarse de buena fe y según los usos del tráfico[40].

Normas similares se encuentran en algunos códigos latinoamericanos. Así, el Código Civil y Comercial argentino, recurre al principio de buena fe en su artículo 1061: "Intención común. El contrato debe interpretarse conforme a la intención común de las partes y al principio de la buena fe". Lo mismo hace el Código Civil peruano en su artículo 168 bajo el epígrafe "interpretación objetiva": "El acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe". La doctrina afirma que ese último artículo debe ser complementado con el artículo 1362 pues él contendría una regla hermenéutica válida específicamente para los contratos[41]: "Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes".

Asimismo, el actual artículo 1188 del Código Civil francés establece: *Le contrat s'interprète d'après la commune intention des parties plutôt qu'en s'arrêtant au sens littéral de ses termes. Lorsque cette intention ne peut être décelée, le contrat s'interprète selon le sens que lui donnerait une personne raisonnable placée dans la même situation*[42]. En la exposición de motivos de la ordenanza modificatoria se señala que la segunda parte del artículo 1188 está inspirada en los instrumentos de armonización del Derecho privado, específicamente en los Principios Europeos de Derecho Contractual (PECL) y en el Borrador del Marco Común de Referencia (DCFR) y que la alusión a la persona razonable está en lugar de la referencia al buen padre de familia, en coherencia con la reforma del año 2014, que tuvo por objeto precisamente dicha sustitución[43].

En línea con lo señalado en la Ordenanza, una regla semejante a la del Código francés vigente se encuentra en los principales cuerpos de armonización y unificación del derecho privado[44]. Según se verá en la revisión que enseguida se ofrece, en todos ellos es posible acceder al criterio objetivo de la razonabilidad sólo una vez

[38] Betti (1971) p. 403.

[39] Para una amplia revisión bibliográfica alusiva a este artículo: Betti (2002) p. 340; Scalisi (2003) pp. 169-212; Fiori (2006) pp. 218-221; Piraino (2015) pp. 459-489; Gentili (2021) pp. 652-654.

[40] Sobre esta disposición y su incardinación con el § 242, Markensis *et al.* (2006) pp. 119-143.

[41] Fernández (2002) p. 146.

[42] Modificado por la ordenanza Nº 2016-131 de 10 de febrero de 2016, art. 2. Este texto reemplazó la antigua regla de clausura contenida en el artículo 1159, que establecía que "las ambigüedades se interpretarán por lo que sea de costumbre en el país en el que se celebró el contrato".

[43] *Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance Nº 2016-131* (10/02/2016).

[44] Una excepción destacable en esta línea la constituyen Los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos. Una norma semejante también se encuentra en el artículo 58 del Proyecto

que ha fracasado el intento por reconstruir la intención, es decir, una vez que falla la interpretación en clave subjetiva[45].

> PECL artículo 5:101:
> Reglas generales de interpretación:
> (…)
> (3) Si la intención de las partes no pudiera juzgarse conforme a los apartados (1) y (2), el contrato se interpretará en el sentido que normalmente le daría toda persona razonable de igual condición que las partes, en caso de encontrarse en idénticas circunstancias[46].

> DCFR, artículo II. 8:201:
> Normas generales
> (…)
> (3) El contrato se interpretará de la forma que normalmente lo haría una persona razonable:
> (a) si no se puede determinar la intención de las partes de acuerdo con lo dispuesto en los dos apartados anteriores; o
> (b) si la cuestión surge respecto a una persona que no es parte del contrato o que por ley no tiene mejor derecho que si lo fuera, y que razonablemente y de buena fe confió en el significado aparente del contrato[47].

Asimismo, el artículo 4.1 de los principios UNIDROIT, titulado "Intención de las partes", señala: "(1) El contrato debe interpretarse conforme a la intención común de las partes. (2) Si dicha intención no puede establecerse, el contrato se interpretará conforme al significado que le habrían dado en circunstancias similares personas razonables de la misma condición que las partes"[48].

---

de Compraventa Común Europea, pero dado que no se trata de un texto definitivo se ha preferido obviar su análisis.

[45] A propósito de los PETL, Ferreri (2005) p. 253.

[46] La doctrina sostiene que esta fórmula se debió al gran debate producido en torno al método de interpretación que debía primar. Así, británicos e irlandeses propusieron que debía ser la interpretación objetiva. Alegaron que el tribunal debería centrarse en primer lugar en el lenguaje del contrato, no en la intención de las partes. Si bien algunos miembros de la tradición continental adhirieron a la posición, por amplia mayoría predominó la interpretación subjetiva, lo que determinó el orden en que fueron instaurados los criterios. Bakardjieva y Nergelius (2009) p. 167. Vogenauer (2018) p. 753 destaca que las reglas de este artículo han sido muy bien recibidas en escritos académicos y que han sido mencionadas en cortes y tribunales nacionales, sobre todo porque sus disposiciones son comparativamente conservadoras y se basan en siglos de tradición común europea.

[47] Traducción de Jerez (2015) p. 112. Según se lee en Von Bar y Clive (2010) p. 554, este artículo consideró el hecho de que, en general, en los ordenamientos jurídicos europeos combinan los métodos subjetivo y objetivo. Por otro lado, este artículo ha generado opiniones divididas respecto a la separación entre buena fe y razonabilidad, siendo elogiada por algunos y criticada por otros. Polo (2021) p. 316.

[48] Destaca en esta norma el hecho de que no alude sólo a la persona razonable, sino que especifica que debe tratarse de la misma condición de las partes. De esta manera, no es un criterio general y

Finalmente, el artículo 8 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG) señala:

> 1) A los efectos de la presente Convención, las declaraciones y otros actos de una parte deberán interpretarse conforme a su intención cuando la otra parte haya conocido o no haya podido ignorar cuál era esa intención.
> 2) Si el párrafo precedente no fuere aplicable, las declaraciones y otros actos de una parte deberán interpretarse conforme al sentido que les habría dado en igual situación una persona razonable de la misma condición que la otra parte.
> 3) Para determinar la intención de una parte o el sentido que habría dado una persona razonable deberán tenerse debidamente en cuenta todas las circunstancias pertinentes del caso, en particular las negociaciones, cualesquiera prácticas que las partes hubieran establecido entre ellas, los usos y el comportamiento ulterior de las partes.

Esta disposición –al igual que las anteriormente citadas– contiene un orden de prelación entre los criterios subjetivo y objetivo de interpretación, pero la doctrina afirma que, en la mayoría de los casos, será necesario acudir al criterio objetivo[49]. En este sentido, se lee en el Compendio de Jurisprudencia:

> (…) con arreglo al artículo 8, los tribunales deben en primer lugar tratar de establecer el sentido de una declaración o un acto de una parte averiguando la intención de esa parte, como ha recalcado un tribunal arbitral; no obstante, "las más de las veces no se presentará una situación en que las dos partes en el contrato reconozcan una intención subjetiva [...]. Por tanto, en la mayoría de los casos el párrafo 2 del artículo 8 de la [Convención] será aplicable, y las pruebas objetivas servirán de base al fallo del tribunal[50].

A tal efecto se deberá considerar, por ejemplo, "el bagaje lingüístico, la capacitación técnica, el conocimiento de anteriores pactos y negociaciones entre las partes, la información sobre los mercados, y sus fluctuaciones, la comprensión de términos acuñados en diccionarios o códigos comerciales"[51]. Se deberán considerar también "todas las circunstancias pertinentes del caso. En concreto, esas circunstancias son, entre otras, las negociaciones, cualesquiera prácticas que las partes hubieran establecido entre ellas, los usos, y cualquier comportamiento ulterior de las partes"[52]. En conformidad con esto, los tribunales han recurrido en varias ocasiones al criterio de la razonabilidad como estándar objetivo[53].

abstracto de razonabilidad, sino concretizado en las partes. UNIDROIT Principles (2016) p. 138; Polo (2021) p. 314.

[49] López (1997) p. 1219; San Juan (2005) p. 135; Troiano (2005) pp. 191-197.

[50] CNUDMI (2010) p. 37.

[51] López (1997) p. 1224.

[52] CNUDMI (2010) p. 39

[53] CNUDMI (2010) pp. 37-41.

3. Buena fe y razonabilidad una simbiosis de sistemas jurídicos

De acuerdo con lo visto en el apartado anterior, el modelo de interpretación subjetiva basado en la intención de los contratantes cede frente a la imposibilidad de reconstruir lo efectivamente acordado y acepta que el contenido contractual sea fijado por el juez según un modelo ideal de conducta aplicado al caso concreto[54]. A nivel comparado, los criterios fundamentales de reconstrucción del modelo son la buena fe y la razonabilidad. En lo sucesivo, se verá que la preferencia por uno u otro concepto no determina una diferencia sustantiva, toda vez que entre ellos se ha producido una suerte de simbiosis o círculo virtuoso, que contribuye a precisar el modelo de conducta que ha de tener como referencia el intérprete.

La buena fe constituye una institución clásica del sistema romanista o de derecho continental. Ella se remonta al Derecho romano y en particular a la época de apertura de las relaciones comerciales entre romanos y peregrinos[55]. En efecto, "en virtud de la '*bona fides*' se produce una extensión de la *fides* tradicional que regía entre la clase pudiente de la sociedad romana; en buenas cuentas, se hizo exigible a todos los contratantes, ciudadanos y peregrinos, la fides del '*bonus vir*', es decir, la forma en que el 'probo y correcto ciudadano romano' cumplía sus compromisos. Se forma así el paradigma, '*el bonus vir*', con el cual debían ser comparadas las actitudes de los contratantes, a fin de juzgar si habían o no cumplido cabalmente sus compromisos.

Lo anterior significaba que cada uno de los contratantes debía tener un comportamiento leal y honesto, que no bastaba la ejecución literal de lo pactado, sino que era necesario adoptar en el cumplimiento de los propios compromisos una actitud que correspondiera a las costumbres de la gente de bien, a los usos del comercio, en fin, pensar no solo en sí mismo, sino también en el bienestar del otro contratante. Así delineada, la *bona fides* contiene una idea ético-jurídica, que se define caso a caso, mutando de contenido si es necesario. El problema que surge entonces es: ¿quién y cómo se determina en el caso concreto cuál es la fides del *vir bonus*? Formalmente, este rol estuvo siempre entregado al juez, pero la guía era la *iurisprudentia*, y esta procedía conforme a parámetros objetivos. Tenía en consideración el tipo contractual, sobre cuya base se podían equilibrar los diversos intereses involucrados en el contrato, es decir, tenía en cuenta el contenido del contrato, el propósito práctico perseguido por las partes con la celebración del mismo, y la práctica habitual de los negocios[56]. En lo que aquí importa, según pone en evidencia Fiori, la

[54] En el mismo sentido Franco (2019) pp. 168.

[55] Por todos, Carcaterra (1964) pp. 1-224; Castresana (1991) pp. 1-103; Garofalo (2003) t. I-IV; Cardilli (2004), pp. 1-202; Fiori (2008) pp. 237-259; Neme (2010) pp. 11-380; Fiori (2011), pp. 97-242; San Martín (2015), pp. 47-77; Piraino (2015) pp. 1-597; Facco (2017), pp. 11-420; Wieacker (2019) pp. 19-65; Grasso (2020) pp. 537-575.

[56] San Martín (2015) pp. 51-55.

buena fe era utilizada como criterio para seleccionar entre resultados interpretativos posibles, dando preferencia a aquel que mejor preservara el equilibrio contractual[57].

Las nociones del derecho romano están plenamente presentes en el entendimiento actual de la doctrina sobre la buena fe. Así, Schopf ha sostenido que, en cuanto cláusula general, la buena fe impone un estándar de conducta que se identifica con el "contratante leal y honesto"[58].

La buena fe, por tanto, en la medida en que se va concretizando por la jurisprudencia, asume la forma de un parámetro de conducta bastante objetivo. En este sentido, siguiendo a López, la Corte Suprema ha sostenido que, en último término, la interpretación de acuerdo a la buena fe implica "que el juez interprete aplicando el criterio del 'hombre correcto', preguntándose cómo el prototipo de hombre normal comprendería la convención"[59].

Por su parte, la razonabilidad también constituye una cláusula general o concepto jurídico indeterminado, pero su origen y trayectoria difiere de la buena fe. Surge en el sistema de *Common Law*, donde el concepto de buena fe resulta más bien extraño y se prefiere la noción de *reasonable person*[60], y desde ahí ha pasado formar parte del lenguaje jurídico común también en el sistema continental[61]. Lo destacable es que "la recepción de la noción de razonabilidad en los ordenamientos continentales conlleva necesariamente una intrínseca relación con la cláusula general buena fe"[62]. Esta idea ha sido puesta con especial énfasis por la doctrina italiana, que ha dedicado numerosos estudios a la interacción entre ambos conceptos y la importancia de la sinergia que crea su aplicación conjunta[63].

La clara relación entre los conceptos buena fe y razonabilidad se advierte en la definición de razonabilidad que dan los PECL, los cuales señalan:

> Artículo 1:302: Definición de lo razonable: "Para los presentes principios, lo que se entienda por razonable se debe juzgar según lo que cualquier persona de buena fe, que se hallare en la misma situación que las partes contratantes, consideraría como tal. En especial, para determinar aquello que sea razonable, habrá de tenerse en cuenta la naturaleza y objeto del contrato,

[57] Véase al respecto la exégesis de Fiori a D.19.2.21 y D.2.14.58 donde se advierte esta cuestión. Fiori (2011) pp. 22-238.

[58] Schopf (2018) p. 115; Shopf (2022) pp. 131-171.

[59] Corte Suprema, 29/05/2014. En un sentido similar, con fecha 10/11/2011, sostuvo que la interpretación del contrato conforme a la buena fe impide una transgresión de la confianza creada conforme a la teoría de los actos propios.

[60] Segura (2010) pp. 499-508; San Martín (2018) p. 188.

[61] Para una reseña en clave de recuento, San Martín (2018) pp. 173-198.

[62] San Martín (2018) p. 188.

[63] Criscuoli (1984) pp. 709-754; Troiano (2005) pp. 369-395; Piraino (2010) pp. 1117-1194; Piraino (2017) pp. 9-52; Navarretta (2012) pp. 953-980. Con referencia específica a la interpretación contractual: Scalisi (2003) pp. 199-212; Viglione (2011) pp. 91-151; Piraino (2015) pp. 480-489.

las circunstancias del caso y los usos y prácticas del comercio o del ramo de actividad a que el mismo se refiera.

Como se aprecia, se vinculan directamente los dos conceptos, al punto que la buena fe califica aquello que debe considerarse razonable: una simbiosis jurídica en toda regla.

Asimismo, a propósito de la CISG, la doctrina ha caracterizado al contratante razonable, entre otros aspectos, como un hombre "honesto, leal y correcto", esto es, de buena fe[64]. Agregando que, para la CISG, "la persona razonable es el comerciante especializado, dentro del sector del tráfico a que pertenezca, que se comporta conforme a la buena fe, es prudente y moderado, pero a la vez eficiente. Su conducta corresponde a la conducta comercial usualmente observada en el citado sector"[65].

En tal escenario, parece acertado afirmar que la buena fe como criterio interpretativo guarda correspondencia con una interpretación en clave de razonabilidad, produciéndose un acercamiento entre los estándares de la "persona razonable" y aquel del "contratante leal y honesto"[66]. Esta conclusión es relevante, pues implica que en el proceso interpretativo el juez deberá considerar parámetros usualmente vinculados al canon de la persona razonable, tales como, economía del contrato, usos y costumbres del rubro, profesión u oficio de los contratantes, entre otros, y, al mismo tiempo, deberá considerar los deberes de conducta que impone la buena fe, tales como colaboración[67], información y, en particular, protección de la confianza legítima[68].

Cabe reconocer, sin embargo, que el límite entre la interpretación subjetiva y objetiva o técnica no es del todo prístino. Dado que el objetivo primario del intérprete es determinar la intención de los contratantes, no siempre resulta evidente el momento en que se abandona aquella búsqueda para pasar a reconstruir una interpretación objetiva según un modelo ideal[69]. Por ejemplo, el artículo 1564 del CC chileno establece la naturaleza del contrato como criterio de interpretación. A simple vista, este criterio podría considerarse de carácter objetivo, empero, la doctrina ha sostenido que debe entenderse en línea con la idea de propósito práctico que, como se dijo, se relaciona directamente con la intención, en la medida en que

[64] Vidal (2002) pp. 3288-3290.

[65] Vidal (2002) p. 3290.

[66] En el mismo sentido, Viglione (2011) p. 16 y 91-95, quien, además, analiza con detalle la relación entre buena y razonabilidad como cánones hermenéuticos, destacando que para algunos autores se trata conceptos "indiferenciados" y "fungibles". Asimismo, a propósito del artículo 1366 del Código Civil italiano, Facco (2017), p. 220.

[67] En el mismo sentido, Boetsch (2011) pp. 132-135.

[68] Esto explica que para Bianca la buena fe interpretativa imponga precisamente en "*a) di non suscitare e b) di non speculare su falsi affidamenti e, ancora, c) di non contestare ragionevoli affidamenti comunque ingenerati nell'altra parte*" Bianca (2000) p. 423.

[69] Algunos incluso afirman la imposibilidad de realizar una neta distinción entre los distintos modelos de interpretación, Guastini (2011) pp. 92-93 y Coloma (2023) p. 232.

permite reconstruir "lo acordado"[70]. Esto refuerza la idea propuesta por Coloma en orden a que el binomio en cuestión no soporta todos los matices que ocurren en la interpretación[71]. Con todo, en los términos aquí propuestos, la distinción resulta de gran utilidad, toda vez que permite al intérprete sincerar su decisión en aquellos casos en que consabidamente renuncie a la búsqueda de la intención y dé paso a la aplicación de un modelo ideal de conducta[72], para lo cual deberá expresamente dejar de lado el material interpretativo destinado a reconstruir la intención y basar su decisión en la reconstrucción del modelo de conducta a seguir[73].

III. LA INTERPRETACIÓN SEGÚN LA BUENA FE EN LA JURISPRUDENCIA CHILENA

1. La función hermenéutica de la buena fe en el código de Bello

El Código de Bello ha sido elogiado por la doctrina nacional y extranjera por la forma en que fue acogida la buena fe negocial en el artículo 1546[74]. Esta norma, como es sabido, no se encuentra en el título de la interpretación contractual, sino en aquel destinado a regular los efectos de las obligaciones y ordena que todos los contratos "deben ejecutarse de buena fe", de suerte que el contenido prestacional o regla contractual se integra (además del texto) con todo aquello que emana de la naturaleza de la obligación, de la ley y de la costumbre. Se advierte así que la función primaria de la buena fe en el ordenamiento chileno es la integradora. En palabras de Díez-Picazo, esto significa que la buena fe es

> "una causa o fuente de creación de especiales deberes de conducta exigibles en cada caso, de acuerdo con la naturaleza de la relación jurídica y con la finalidad perseguida por las partes a través de ella. Las partes no se deben solo a aquello que ellas mismas han estipulado o es-

[70] Rubio (2019) pp. 676-677.

[71] Coloma (2023) p. 233,

[72] En sentido similar, López (1971) p. 105. Una opinión contraria se desprende de Guastini (2011) p. 93 para quien la intención del emisor es en todo caso un componente imprescindible del significado.

[73] Desde esta perspectiva, llevan razón quienes afirman que la principal diferencia entre los modelos radica en el material interpretativo. Así, Coloma (2016) pp. 9-44 sostiene que, más que dos criterios de interpretación, la diferencia pasa más bien por el material que se autoriza al intérprete para utilizar, explicando que la función interpretativa del artículo 1560 consiste precisamente en una "autorización para el uso de elementos contextuales generados por los contratantes". De la misma opinión es Viglione (2011) p. 9. Por su parte, De Castro (2016) p. 77, expone que "en verdad, lo más ajustado sería distinguir entre dos tipos de interpretación, el *amplio* o natural y el *restrictivo* o estrecho, impuesto por especiales consideraciones". Ello dependerá del material que el intérprete utilice en el proceso interpretativo. En la misma línea, a propósito del artículo 1362 del código civil italiano (equivalente al 1560), Betti (2002) p. 348.

[74] Vidal (2000) pp. 209-227; Guzmán (2002), pp. 2-23; Cardilli (2004), pp. 73-78; Facco (2017), pp. 243-255; Boetsch (2011) pp. 94-108.

cuetamente a aquello que determina el texto legal, sino a todo aquello que en cada situación impone la buena fe"[75].

Eso no significa, sin embargo, que la buena fe no esté llamada a cumplir un rol en la interpretación del contrato, al contrario. Así, por un lado, un sector de la doctrina y jurisprudencia nacionales expresamente advierte la presencia de la buena fe en sede hermenéutica[76] y, por el otro, la distinción entre integración e interpretación contractual no es para nada pacífica, al punto que hay quienes hablan de "interpretación integradora"[77] e incluso quienes aducen la artificiosidad de la distinción entre interpretación e integración[78], en el entendido que sólo a través de una genuina interpretación contractual puede llegar a determinarse el contenido prestacional[79].

En efecto, la distinción entre integración e interpretación no es fácil[80]. No es claro cuando termina una y empieza la otra, ni siquiera hay consenso en cuanto al orden en que debieran ser realizadas. Así, Para Lyon "resulta obvio que el contrato debe interpretarse después de haberse integrado con las disposiciones del artículo 1546 (…)"[81], mientras que Schopf es partidario del orden inverso, afirmando que será la interpretación la que develará la laguna que debe ser colmada a través de la integración[82]. Consideraciones similares formulan los teóricos del Derecho, para quienes la relación entre interpretación e integración contractual responde más en general a la pregunta por la labor que en concreto realiza el intérprete jurídico. En palabras de Rodríguez-Toubes: "¿es realista o útil diferenciar entre dos modos de tratar el derecho, uno reactivo, conocido como interpretación, que consiste en atribuirle sentido en tanto que producto identificable por medio de determinadas fuentes, y otro proactivo, que no se sujeta a esas fuentes y toma el derecho como un proceso vivo, y que deviene en su creación, invención, construcción o desarrollo?"[83].

Lo dicho es relevante porque, como se verá en los casos que a continuación se analizan, la cuestión podría ser abordada desde el punto de vista de la interpretación o bien desde la integración, ya que en algunos de ellos pareciera ser que los tribunales imponen a las partes deberes que no estaban previamente convenidos entre

[75] Díez-Picazo (2019), p. 16.

[76] A modo de ejemplo, Vidal (2000) p. 216; Corral (2006), p. 206-209; Boetsch (2011) pp. 132-135; Bustos (2023) pp. 49-70.

[77] Así, Betti (2002) pp. 343-346, quien explica ampliamente la noción de *interpretazione* integrativa. En la doctrina nacional, cabe mencionar a Vidal (2000) pp. 211 y 220.

[78] Fiori (2006) pp. 221-225.

[79] Para una discusión sobre el particular véase Uda (2004) p. 114, n. 7; Lyon (2017) pp. 39-47.

[80] Hinestrosa (2015) p. 175.

[81] Lyon (2017) p. 386.

[82] Schopf (2021) pp. 62-64.

[83] Rodríguez-Toubes (2019) p. 240.

las partes[84]. Sin embargo, bien vistas las cosas, y al margen de si con ello se integra o "simplemente" se interpreta, se advierte que lo discutido es justamente el sentido y alcance de determinadas cláusulas contractuales, lo cual necesariamente comporta un conflicto interpretativo. En palabras de Vidal, "la importancia de la interpretación contractual radica en que toda vez que las partes discuten sobre las consecuencias o los efectos derivados del negocio en el que figuran como partes (efectos jurídicos), es menester el despliegue de esta actividad de hermenéutica; de los resultados de ella depende el alcance de tales consecuencias o efectos. La trascendencia de un negocio, sobre cuyos efectos obligatorios las partes discuten, depende de la interpretación que se haga del mismo"[85].

La buena fe, por tanto, aunque no se mencione en el articulado relativo a la interpretación contractual, cumple una función hermenéutica. En este sentido, es dable reproducir los dichos de Bustos, quien al respecto afirma:

> Es posible advertir a lo menos cuatro manifestaciones. Estas son: a) la buena fe para precisar el sentido y alcance de las expresiones y disposiciones contractuales; b) la buena fe para determinar la forma en que debe cumplirse con la prestación; c) la buena fe para determinar el cumplimiento o incumplimiento de obligaciones contractuales; y d) la buena fe en su función correctora de la autonomía de la voluntad[86].

Lo anterior implica que la buena fe se erige en una regla interpretativa autónoma, que viene a sumarse al listado enunciado en los artículos 1560 a 1566 C.C., pero con una gran particularidad: se le reconoce el carácter de norma en sentido técnico y no de mera directiva. Es más, se sostiene que la buena fe es imperativa y de orden público[87]. En lo que aquí respecta, esta idea tiene dos consecuencias relevantes. En primer lugar, según se dijo, permite eludir la aplicación del artículo 1566 en aquellos casos en que el juez no logre una reconstrucción satisfactoria de lo acordado. Ello explicaría la escasez de fallos en que se aplica esta norma[88]. En segundo lugar, es una forma de evitar la afirmación constante de que la interpretación constituye una cuestión de hecho, revisable únicamente a través de la idea de "desnaturalización" del contrato, para dar lugar a una cuestión de derecho, revisable

[84] El mismo fenómeno advierte, a propósito del derecho italiano, Fiori, quien señala: "D'altra parte può essere non inutile notare che, al di là delle sovrastrutture ideologiche, la connessione tra interpretazione e integrazione si impone nella realtà delle cose, come mostra il fatto che, negli esiti giurisprudenziali, l'incidenza dell'art. 1366 è limitata a materia che possono senz'altro rientrare nella previsione degli artt. 1175 e 1375 – ossia delle norme che, nella *communis opinio*, fondano l'integrazione secondo buona fede". Fiori (2006) p. 225.

[85] Vidal (2000) p. 220.

[86] Bustos (2023) p. 66.

[87] Boetsch (2011) p. 96-98.

[88] Véase arriba nota 36.

directamente a través del recurso de casación en fondo[89]. Consecuentemente, es posible advertir la existencia de fallos en los cuales el conflicto interpretativo se resuelve únicamente invocando la buena fe, sin mencionar los artículos 1560 a 1566[90]. En otros, en cambio, se alude a la infracción de las normas sobre interpretación de contratos como una forma de conculcar la regla sobre la buena fe[91].

Establecido que la buena fe es empleada como criterio de interpretación, es del caso preguntarse acerca de su funcionamiento. Para esto, cabe considerar las palabras de Guastini, para quien concretar un principio consiste en usarlo como premisa –dentro de un razonamiento normalmente no deductivo– para la construcción de una regla implícita, ella sí apta para la solución de una controversia conforme a las circunstancias del caso concreto[92]. Llevada a lo que aquí importa, tal idea permite entender que el contenido normativo de la buena fe se traduce en un criterio de selección de resultados interpretativos. Como afirma Viglione, se trata de tomar en consideración y de preferir, entre los distintos resultados interpretativos posibles, a aquel que corresponda a lo que una persona razonable en las mismas condiciones de las partes habría entendido[93]. Más aún, en línea con la tradición romanista antes esbozada, la buena fe lleva a preferir aquellas interpretaciones que,

[89] Como es sabido, la interpretación contractual ha sido tradicionalmente considerada una cuestión de hecho, lo que ha sido refrendado por la Corte Suprema en incontables ocasiones, ello sin perjuicio de que la doctrina es más bien contraria a esta idea y cada vez se postula con más énfasis que la interpretación comporta cuestiones de hecho y de derecho. Así, Romero, Aguirrezabal y Baraona (2007) p. 251; López y Elorriaga (2017) p. 603; Lyon (2017) p. 375; Bustos (2023) p. 25; Romero (2021) p. 278.

[90] Así, en un caso en que se demanda a una persona natural por no pago de las rentas de arrendamiento, en circunstancias que un anexo de contrato había establecido que el nuevo arrendatario sería la E.I.R.L. del mismo arrendatario -ahora demandado-, la Corte Suprema acogió el recurso de casación en el fondo interpuesto por la demandante con arreglo exclusivamente al artículo 1546, sin perjuicio de que el recurso mencionaba, entre otros, a los artículos 1560, 1564 y 1566. Corte Suprema 02/06/2023.

[91] A contrario sensu, este razonamiento se aprecia claramente en el caso en que la Corte Suprema rechaza un recurso de casación en el fondo fundado en que "no se visualizan en el camino del razonamiento seguido por los jueces de la instancia los errores de derecho invocados por la recurrente en la aplicación de las normas que rigen la interpretación de los contratos y, es por ello, que tampoco se ha visto conculcado lo estatuido en los artículos 1545 y 1546 del Código Civil, en la medida que el fallo no desvirtuó los compromisos que ligaron recíprocamente a los contratantes". Corte Suprema, 10/11/2011.

[92] Guastini (2015) p. 39. En este texto se asume que la buena fe constituye un principio del derecho formulado a través de una cláusula general, de modo que es posible hablar del principio de buena fe, pero también de cláusula general de buena fe, dependiendo de la perspectiva de la cual se plantee el discurso. Esta idea es tomada de Femia (2021) p. 18, para quien "*la clausuola generale è un frammento vago di norma, il principio è una norma formulada con lessemi vaghi (e quindi anche con clausole generali*).

[93] Viglione (2011) pp. 144-145.

habida cuenta de las circunstancias del caso, logren un mejor equilibrio los intereses entre los contratantes[94].

2. Revisión de algunos casos jurisprudenciales

En lo sucesivo se exponen algunos casos jurisprudenciales elegidos por ilustrar con meridiana claridad el punto antes expuesto[95].

a) "Inversiones Clarkson y Compañía Limitada con Humberto Guillermo Donoso Caamaño"

Se celebró entre las partes un contrato de construcción a suma alzada perfeccionado en forma consensual. El mandante demandó por defectos constructivos. Los jueces de instancia rechazaron la demanda fundándose en:

> (…) que al demandado se le encargó la confección de una obra material respecto de la cual no existe proyecto ni plano alguno como, asimismo, tampoco existen especificaciones técnicas, elemento que conforme a la ciencia o arte de la arquitectura y construcción resultan básicos para determinar en forma precisa y exacta cuál era la obligación de hacer que derivaba del contrato de que se trata, para el demandado[96].

En síntesis, los tribunales de instancia rechazan la demanda porque, en su concepto, no hay elementos suficientes para establecer el sentido y alcance de las disposiciones contractuales, de suerte que no es posible determinar si el contrato ha sido cumplido o bien no. Como fundamento de su decisión de acoger el recurso de casación, la Corte Suprema invoca la buena fe como regla de colaboración:

> DÉCIMO TERCERO: Que, consecuencialmente, una interpretación del contrato habido entre las partes en la situación *sub judice*, acorde con la buena fe a que se ha hecho alusión, nos conduce indefectiblemente a la conclusión que su cumplimiento debe verificarse en términos tales que los defectos de construcción, no atribuibles por supuesto a quien demanda, deben estar ausentes. Ergo, al constatarse la existencia de tales anomalías, se tendrá por incumplida la obligación del encargado de la obra, consistente en hacer entrega de la misma, correspondiéndole, por consiguiente, indemnizar los perjuicios que tal incumplimiento han podido provocar;
> DÉCIMO CUARTO: Que, a idéntica conclusión se arriba si se examina la el caso *sub lite* a la luz del artículo 1563 del Código citado, norma que regla que "En aquellos casos en que no apareciere voluntad contraria deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato. Las cláusulas de uso común se presumen, aunque no se expresen". En efecto, aparece indiscutible, atendida la naturaleza del contrato celebrado entre las partes –que por cierto resulta ser una ley para ellas atento a lo que prevé el artículo 1545 del Códi-

[94] En el mismo sentido Scalisi (2003) p. 173.

[95] Para una revisión de otros casos en que se analiza la función hermenéutica de la buena fe: Corral (2006) pp. 206-209.

[96] Corte Suprema, 29/05/2014.

> go Civil– que éste no puede tenerse por cumplido si se presentan falencias en la edificación encargada, sin que fuera ni siquiera necesario que las partes expresaran una cláusula en tales términos. Es más, difícilmente podría pensarse que la intención de las partes fue pactar lo contrario, de manera que también resulta atinente al efecto lo que expresa el artículo 1560 del mencionado compendio normativo[97].

La Corte termina asumiendo que los contratantes no habrían pactado que el contratista estaba autorizado para construir una casa con falencias. Bien vistas las cosas, esto no es más que una deducción conforme a lo que un contratante (en este caso un mandante) razonable habría hecho, procurando así un equilibrio de intereses contractuales: del contratista a recibir el pago por lo construido y del mandante a recibir una cosa en condiciones de servir al fin que se tuvo en vista al tiempo de contratar[98].

b) "Alimentos y Servicios Ferbas S.A. con Junaeb"

En un contrato de suministro de raciones de alimentos a establecimientos escolares, se pactó que Junaeb debía informar el mes anterior las raciones que debían estar disponibles para cada establecimiento según un plan maestro manejado por ella. El contratista, en consecuencia, debía tener la disponibilidad material y técnica para servir todas las raciones alimentos informadas, pero se le pagaría únicamente por las efectivamente servidas. Junaeb sistemáticamente informó una cantidad considerablemente mayo a la necesaria, sufriendo por ello cuantiosas pérdidas el contratista, quien demanda el pago de la diferencia entre lo informado y lo servido. Los jueces de instancia acogen la demanda. La Corte Suprema, por su parte, luego de haber discurrido latamente sobre la interpretación contractual y el principio de buena fe, termina por acoger el recurso de casación en el fondo y en la sentencia de reemplazo señala:

> DÉCIMO SEXTO: Que, consecuencia lógica de lo anterior, es que las partes no podían dejar de entender la existencia de cierto margen de tolerancia en cuanto a la aparición de diferencias en el número de raciones del Maestro, asignadas y efectivamente servidas, puesto que de otro no se entiende la necesidad de regular instrumentos distintos que gobiernen cada uno de estos tres momentos, como tampoco la obligación de Junaeb de aportar a los oferentes un detalle del comportamiento histórico del servicio.
> La ejecución estricta y de buena fe de las cláusulas contractuales obligaba a la demandante a entender que las raciones efectivamente servidas podían corresponder a un número menor a las asignadas y, ciertamente, diferente al consignado en el Maestro; por otro lado, la demandada, contando con la facultad de asignar mensualmente raciones en una cantidad distinta a la del Maestro, debía hacerlo en un monto que se acercara a aquellas que razonablemente podría esperarse que fueran efectivamente servidas y asumir las diferencias que excedieran cierto

[97] Corte Suprema, 29/05/2014.

[98] Precisamente en esto consiste el deber de colaboración San Martín (2019) pp. 347-382.

> umbral de tolerancia puesto que, correlativamente, la empresa debía estar en condiciones de proveer el total[99].

La Corte concluye que, conforme a lo establecido en el proceso, el margen de tolerancia que debía soportar el proveedor era de 15%, debiendo la Junaeb pagar la diferencia que exceda ese porcentaje[100]. Se establece así un equilibrio entre los riesgos que debe asumir cada una de las partes.

c) "Fernández con Vivanco"

En el caso, las partes celebraron un contrato de promesa de compraventa de inmueble, cuya escritura definitiva debía ser suscrita por dos entidades bancarias. El Banco del vendedor, para alzar la hipoteca, y el Banco del comprador, para la celebración del mutuo hipotecario. El Banco del vendedor no concurrió a la firma. El promitente comprador –quien había pagado parte importante del precio– redacta una nueva escritura e invita al promitente vendedor a firmarla, quien se niega aduciendo que su obligación se cumplió con la suscripción del primer instrumento y que el plazo pactado en la promesa había expirado. Se demanda el cumplimiento forzado del contrato. El tribunal de primera instancia resuelve que, con arreglo al principio de buena fe, el promitente vendedor estaba obligada a suscribir la segunda escritura propuesta por el promitente comprador, por lo que su negativa constituye incumplimiento[101]. La demandada recurre de casación invocando una errónea interpretación del contrato. La Corte Suprema, luego de reiterar la afirmación según la cual la interpretación de los contratos corresponde a las facultades propias de los jueces de instancia, rechaza el recurso bajo el siguiente razonamiento:

> SEXTO: Que, a diferencia de lo que postula el recurrente, de lo resuelto en la decisión que se censura no se advierte que los jueces hayan incurrido en la transgresión que se les atribuye, en tanto recurrieron al concepto de buena fe en la tarea de interpretar de qué forma debía ser cumplido el acuerdo de voluntades una vez que fracasó la suscripción de la primera escritura de compraventa por la no comparecencia de las entidades bancarias involucradas Banco Santander financiando al promitente comprador y Banco –Itaú en su calidad de acreedor hipotecario de la demandada– concluyendo que la sola firma de la demandada sin la concurrencia de aquellas, no es suficiente para entender cumplidas sus obligaciones como promitente vendedora, en tanto dicha escritura no se puede inscribir en el Conservador de Bienes Raíces en tales condiciones. Consecuencialmente y teniendo presente que la demandada percibió parte importante del precio y que el actor le informó acerca de la obtención del financiamiento necesario para pagar el saldo adeudado, estimaron que era indispensable que la promitente vendedora suscribiera la escritura pública de 2 de marzo de 2018 para cumplir el acuerdo de voluntades que no se extinguió con el fracaso de la primera operación.

[99] Corte Suprema, 21/12/2020.

[100] Corte Suprema, 21/12/2020.

[101] 4º Juzgado de Letras de Copiapó, 22/05/2019. Confirmada por Corte de Apelaciones de Copiapó, 27/01/2020.

> De esta manera, al haber razonado y luego decidido en el sentido indicado, los jueces del grado han aplicado correctamente los preceptos legales atinentes a la cuestión sometida a su conocimiento, ejerciendo las facultades privativas de que están investidos y destinadas a desentrañar la intención de los contratantes, sin incurrir en los errores de derecho que se les atribuye, puesto que no han desnaturalizado el contenido y alcance de la convención sometida a su estudio[102].

En definitiva, la buena fe sirve para establecer el alcance de la obligación del promitente vendedor de suscribir el contrato, entendiendo que ella no se limita a la suscripción de un instrumento inútil para el fin perseguido por las partes, habida cuenta de la imposibilidad de realizar la tradición toda vez que el Conservador se negaría a registrar un documento que no está suscrito por todos los comparecientes.

d) Ingeniería y Movimientos de Tierra Tranex Limitada con Anglo American Sur S.A.

Las partes de autos celebraron un contrato de "Servicio de Carguío y Transporte de Concentrado de Cobre"[103] en el que incluyeron la siguiente cláusula:

> La compañía o el contratista podrá dar por terminado este contrato en cualquier momento y sin necesidad de invocar causa alguna, bastando para ello que lo comunique por escrito a la otra parte a lo menos con ciento veinte (120) días corridos de anticipación. El ejercicio de esta facultad no dará derecho a ninguna de las partes a indemnización o compensación de ninguna especie. Lo anterior, es sin perjuicio del pago de los servicios/trabajos efectivamente prestados/ejecutados hasta la fecha de término anticipado.

Anglo American hace uso de dicha facultad. Tranex demanda desconociendo el término anticipado del contrato y solicitando, a su vez, la resolución más la indemnización de perjuicios derivados de la terminación anticipada. Funda su acción en el ejercicio abusivo de la facultad, pues, conforme a la dinámica de la relación contractual, había realizado importantes gastos en la implementación del contrato en la confianza de que éste perduraría en el tiempo. Los tribunales de instancia acogieron parcialmente la demanda, sosteniendo que, en virtud de la buena fe, sin perjuicio de que nada se decía en ella, Anglo American debía esgrimir un motivo legítimo para el ejercicio de la facultad conferida en la cláusula transcrita. La Corte Suprema confirma la decisión formulando, entre otros, el siguiente razonamiento:

> VIGÉSIMO CUARTO: Que, enseguida, el fallo señala que la exigencia de justificación del derecho conferido en la cláusula 3.2. del contrato de autos también está considerada en el artículo 1546 del Código Civil, en tanto esa norma no solo se limita a imponer las obligaciones declaradas por las partes o aquellas que la ley subentiende o las que emanan de la costumbre. (…)

[102] Corte Suprema, 24/03/2021.

[103] Una reseña de este caso puede verse en Peña (2022) pp. 85-106.

> Y en el contrato bilateral, oneroso y conmutativo de autos el interés de la demandada consiste en obtener de manera ininterrumpida los servicios que encargó a la actora y, para ésta, la tarifa que por ellos recibiría, coligiendo los jueces que el plazo de cinco años previsto en el contrato tiene mayor relevancia para la contratista porque ha debido realizar cuantiosas inversiones para ejecutar el servicio de transporte durante ese lapso, calificación que esta Corte comparte ya que siendo indubitado que los servicios sí fueron prestados ininterrumpidamente pero la actora no pudo ejecutarlos durante el término convenido, aparece que la terminación anticipada de la vigencia del contrato podía ser soportada de manera ostensiblemente menos gravosa por Anglo que por Tranex, pues frente el cese del vínculo contractual bastaba a la demandada encomendar a otro prestador la continuación del servicio de transporte requerido mientras que para la actora ello significaba perder un contrato para cuya ejecución debió invertir numerosos recursos materiales y humanos y disponer de una infraestructura cuyo costo razonablemente pretendía solventar durante el lapso que ambas partes habían convenido[104].

En resumen, la interpretación de la cláusula transcrita lleva a ponderar los intereses de las partes, pues, por un lado, reconoce el derecho de Anglo American a poner término anticipado al contrato y, al mismo tiempo, otorga a Tranex la indemnización de los gastos en que incurrió en la confianza de que el contrato perduraría por el tiempo prefijado.

e) Eldu S.P.A. con Eletrans S.A.

Las partes celebraron un contrato de construcción al que el mandante, Eletrans, puso término anticipado fundado en el incumplimiento del contratista, ELDU. Ésta última presenta una demanda que, entre otras cosas, reclama que no se la ha retribuido adecuadamente, pues sólo se la pagó el 20% del total del precio pactado, en circunstancias que lo ejecutado correspondía a más del 70% de las obras. La discusión pasa porque no está claro si el pago debía hacerse por hitos o por avance y, además, el contrato cuenta con una cláusula alusiva al pago en caso de terminación anticipada, que textualmente señala:

> Una vez notificado el Contratista de la decisión de la Sociedad de poner término anticipado al Contrato, el Contratista procederá a presentar al Gerente de Proyecto de Eletrans un estado de pago final por las partes de las obras ejecutadas hasta la fecha de termino anticipado del contrato, de acuerdo al Cuadro de Precios.

El estado de pago preparado en conformidad con esta cláusula habría dejado fuera uno de los estados de pago previamente preparados, el que, por lo demás, Eletrans se había negado a pagar. El tribunal de segunda instancia concluyó, en consecuencia, que no correspondía su pago. La Corte, citando una sentencia previa de la Corte de San Miguel (citada también en el caso Tranex con Anglo American), indica:

[104] Corte Suprema, 22/05/2019. En contraste con esta sentencia, cabe mencionar Corte Suprema 06/12/2019, también referida a un caso de terminación unilateral, en que se desestima la demanda por considerarse que la facultad ha sido ejercida correctamente.

> Se advierte entonces, por las razones que se vienen señalando, que no resulta admisible esquivar la ejecución de buena fe de un contrato a pretexto del rigor del texto de lo convenido, puesto que Ninguno de los contratantes debe asilarse en su literalidad inflexible para "dar menos ni para exigir más, arbitrariamente, al influjo de un interés propio y mezquino; antes bien, debe dejarse expresar al contrato ampliamente su contenido. Ni debe dejarse de atender a factores extraliteralidad que pudieran fundarse en la naturaleza del pacto, en la costumbre o en la ley. (Corte de Apelaciones Pedro Aguirre Cerda, 4 de marzo de 1988, R.D.J., T. 85, secc. 2, p g. 9)[105].

Luego, concluye por hacer lugar a la petición del pago por este concepto, aunque desecha la demanda en las demás peticiones. Al igual que en el caso anterior, la Corte recurre a la buena fe para la selección del resultado interpretativo que mejor pondera los intereses de las partes. En efecto, la decisión de la Corte podría incluso traducirse en una suerte de rechazo al enriquecimiento injustificado derivado del hecho de que, habiéndose ejecutado el 70% de la obra, el mandante sólo pagara un porcentaje ascendente al 20% del precio pactado.

IV. CONCLUSIONES

Del análisis efectuado, es posible concluir que la contraposición texto versus intención, como referencia a la interpretación objetiva versus subjetiva, debe ser matizada, pues el texto del contrato es un elemento básico, común a cualquier estrategia de interpretación. Conforme a ello, parece más adecuado referir a la interpretación subjetiva como aquella que fija el contenido contractual teniendo por probado "lo acordado", que se identifica con la "intención común de los contratantes", con arreglo a todo el material interpretativo (texto, co-texto y contexto). Mientras que interpretación objetiva corresponde a una conclusión argumentativa relativa a lo que un contratante ideal o modelo habría realizado en las circunstancias concretas, que cobra aplicación e importancia práctica frente al fracaso de la interpretación subjetiva[106]. La complejidad de las situaciones fácticas concretas determina que el límite entre los dos modelos de interpretación resulte más bien difuso, pero la correcta configuración del binomio es útil, pues permite al intérprete sincerar su decisión, dejando de lado los materiales interpretativos destinados a reconstruir la intención, para dar paso a materiales que permitan establecer lo que dos personas correspondientes con un modelo ideal de conducta habrían acordado en las mismas circunstancias.

Los criterios objetivos a emplear varían entre los distintos ordenamientos, pero en la actualidad es posible encontrar una referencia generalizada a dos conceptos indeterminados o cláusulas generales: buena fe y razonabilidad. Este último es el criterio preferido por la inmensa mayoría de los instrumentos de armonización y

[105] Corte Suprema 30/06/2023.

[106] Una idea similar se aprecia en Fernández (2002) p. 149, quien, a propósito del ordenamiento peruano, afirma que la interpretación objetiva tiene carácter "residual".

unificación del derecho y ha sido incorporado en recientes reformas legales, como es el caso del Código Civil francés.

La generalizada alusión a la persona razonable a nivel comparado, como quien encarna al contratante ideal o parámetro de referencia objetivo, en contraposición a la buena fe como criterio utilizado ampliamente por nuestra jurisprudencia, lleva a preguntarse si se trata de modelos antagónicos o bien no. Conforme a lo visto en este trabajo, ellos no son antagónicos, sino al contrario. A pesar de su origen en diversas tradiciones, entre ellos se ha producido una suerte de simbiosis jurídica, que en los PECL ha llevado incluso a definir lo razonable con arreglo a la buena fe. El resumen de todo esto es que en la interpretación en clave objetiva deberán tenerse en consideración conceptos comúnmente asociados a la razonabilidad, como son la economía del contrato y la profesionalidad de los contratantes, al mismo tiempo que deberán considerarse las consecuencias propias de la buena fe contractual, como son la imposición de deberes de colaboración, información, aviso, entre otros.

Como es sabido, en nuestra tradición jurídica la buena fe constituye un principio de derecho, que debe ser concretizado en su aplicación. La forma de efectuar esta concretización es a través de una regla que indica al actor cómo proceder. En materia de interpretación, esta regla puede formularse en los siguientes términos: la buena fe manda al intérprete a evaluar todos los resultados interpretativos posibles conforme a las circunstancias del caso concreto y preferir aquel que de mejor manera atempere el conflicto de intereses entre las partes, logrando el mayor equilibrio contractual. Si bien no se formula en estos términos, así emana también de la jurisprudencia nacional que aplica la buena fe contractual.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

Alcalde Rodríguez, Enrique y Boetsch Gillet, Cristián (2021): *Teoría general del contrato. Doctrina y jurisprudencia* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

Alcalde Silva, Jaime (2006): "Una nueva lectura de las normas de interpretación de los contratos", en Corral Talciani, Hernán y Rodríguez Pinto, María Sara (coord.) *Estudios de Derecho Civil II* (Santiago, LexisNexis) pp. 549-570.

Alessandri Rodríguez, Arturo, Somarriva Undurraga, Manuel y Vodanovic Haklicka, Antonio (1998): *Tratado de derecho civil. Partes preliminar y general*, tomo II (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

Bakardjieva Engelbrekt, Antonina y Nergelius, Joakin (2009): *New Directions in Comparative Law* (Cheltenham, Edward Elgar).

Banfi del Río, Cristián (2020): "Riesgos en la interpretación de un contrato entre partes sofisticadas", en Barría Díaz, Rodrigo, Ferrante Alfredo y San Martín Neira, Lilian C. (edits.), *Presente y futuro del derecho contractual* (Santiago, Thomson Reuters) pp. 205-219.

Baraona González, Jorge (2008): "Panorama doctrinal de la interpretación de los contratos en Chile", en Guzmán Brito, Alejandro (edit.), *Colección de estudios de derecho civil*

en homenaje a la profesora Inés Pardo de Carvallo (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso) pp. 455-470.

Baraona González, Jorge (2016): "La interpretación contractual: una insistencia en su giro objetivo", en Departamento de Derecho Privado Universidad de Concepción (edit.), *Estudios de Derecho Civil XI* (Santiago, Thomson Reuters) pp. 439- 449.

Barrientos Grandon, Javier (2016): *El código civil. Su jurisprudencia e historia* (Santiago, Thomson Reuters).

Betti, Emilio (1971): *Interpretazione della legge e degli atti giuridici* (Milán, Giuffrè, segunda edición).

Betti, Emilio (2002): *Teoria generale del negozio giuridico* (Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, segunda edición).

Bianca Cesare, Massimo (2000): *Diritto civile 3. Il contratto* (Milán, Giuffrè, segunda edición).

Boetsch Gillet, Cristián (2011): *La buena fe contractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

Bustos Díaz, María (2023): *Interpretación de contratos y la buena fe como criterio de interpretación e integración contractual* (Valencia, Tirant lo Blanch).

Carcaterra, Antonio. (1964): *Intorno ai bonae fidei iudicia* (Nápoles, Jovene).

Cardilli, Riccardo (2004): *"Bona fides". Tra storia e sistema* (Turín, Giappichelli).

Castresana, Amelia (1991). *Fides, bona fides: un concepto para la creación del derecho* (Madrid, Tecnos).

Claro Solar, Luis (2015): *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, tomo VI (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, reimpresión).

Coloma Correa, Rodrigo (2016): "Interpretación de contratos: entre literalidad e intención", *Revista Chilena de Derecho Privado*, Nº 26: pp. 93-107.

Coloma Correa, Rodrigo (2023): "Trasfondos de interpretación contractual. Una propuesta de superación de la distinción entre interpretación objetiva y subjetiva", *Revista Ius et Praxis*, vol. 29, Nº 1: pp. 232-249.

Corral Talciani, Hernán (2006): "Aplicación jurisprudencial de la buena fe objetiva en el ordenamiento civil chileno", en *Cuadernos de Análisis Jurídico III* (Santiago, Universidad Diego Portales), pp. 187-227.

Criscuoli, Giovanni (1984): "Buona fede e raggionevolezza", *Rivista di Diritto Civile* tomo 30, fasc. 6, parte 1: pp. 709-754.

De Castro y Bravo, Federico (2016): *El negocio jurídico* (Madrid, Civitas – Thomson Reuters, reproducción facsimilar de la edición de 1971).

De la Maza Gazmuri, Íñigo y Vidal Olivares, Álvaro (2014): "Propósito práctico, incumplimiento contractual y remedios del acreedor. Con ocasión de tres recientes sentencias de la Corte Suprema", *Ius et Praxis*, vol. 20, Nº 1: pp. 15-38.

Díez-Picazo, Luis (2019): "Prólogo a la traducción española de *El principio general de la buena fe* de Franz Wieacker", en Wieacker, Franz, *El principio general de la buena fe* (Santiago, Ediciones Olejnik).

Ducci Claro, Carlos (1989): *Interpretación jurídica* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

Facco, Javier Humberto (2017): *Vicisitudes de la buena fe negocial. Reflexiones histórico-comparativas* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia).

Femia, Pasquale (2021): *Principi e clausole generali* (Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane).

Fernández Cruz, Gastón (2002): "Introducción al estudio de la interpretación en el Código Civil Peruano", *Derecho y Sociedad* Nº 19: pp. 146-164.

Ferreri, Silvia (2005): "Chapter 5 Interpretation" en Antoniolli, Luisa, Veneziano, Anna (edits.)*, Principles of European Contract Law and Italian Law* (La Haya, Kluwer Law International) pp. 251-272.

Ferri, Luigi (2001): *La autonomía privada* (Granada, Comares).

Figueroa Yáñez, Gonzalo (2011): *Curso de derecho civil*, tomo III (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

Fiori, Roberto (2006): "Bona fides. Formazione, esecuzione e interpretazione del contratto nella tradizione civilistica (Parte prima)", en Aa.Vv., *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato 2* (Nápoles, Jovene), pp. 127-228.

Fiori, Roberto (2008): "Fides e bona fides. Gerarchia sociale e categorie giuridiche", en Fiori, Roberto (curador) *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato 3* (Nápoles, Jovene), pp. 237-259.

Fiori, Roberto (2011): "Bona fides. Formazione, esecuzione e interpretazione del contratto nella tradizione civilistica", en Fiori, Roberto (curador) *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato 4* (Nápoles, Jovene), pp. 97-242.

Franco Victoria, Diego (2019): *Interpretación de los contratos civiles y estatales* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia).

Garofalo, Luigi (2003): *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese Padova, Venezia, Treviso, 14-15-16 giugno 2001* (Padua, CEDAM).

Gentili, Aurelio (2015): *Senso e consenso. Storia, teoria e tecnica dell'interpretazione dei contratti* (Turín, Giappichelli).

Gentili, Aurelio (2021): "Interpretazione del contratto", en *Enciclopedia del diritto. I tematici vol 1. Il contratto* (Milán, Giuffrè), pp. 636-666.

González Castillo, Joel (2019): "Las reglas de interpretación de los artículos 1561 a 1566", en Barría Paredes, Manuel y otros (directores y coordinadores), *Estudios de derecho privado en homenaje al profesor Daniel Peñailillo Arévalo* (Santiago, Thomson Reuters) pp. 403-422.

Grasso, Manuel (2020): "Algunas consideraciones sobre la buena fe en el derecho romano" en Arancibia Mattar, Jaime (ed.) *La buena fe en el derecho. Estudios en homenaje a los treinta años de la facultad de derecho de la Universidad de los Andes (Chile)*, pp. 537-575.

Guastini, Riccardo (2011): *Interpretare e argomentare* (Milán, Giuffrè).

Guastini, Riccardo (2015): "Interpretación y construcción jurídica", *Isonomía*, Nº 43: pp. 11-48.

Guzmán Brito, Alejandro (2002): "La buena fe en el Código Civil de Chile", *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 29, Nº 1: pp. 2-23.

Hinestrosa Forero, Fernando (2015): *Tratado de las obligaciones II* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia).

Jerez Delgado, Carmen (2015): *Principios, definiciones y reglas de un Derecho Civil europeo: el Marco Común de Referencia (DCFR)* (Madrid, Boletín Oficial del Estado).

Johow Santoro, Christian (2005): "La interpretación del contrato y la buena fe", en Varas Braun, Juan Andrés y Turner Saelzer, Susan (edits.), *Estudios de derecho civil* (Santiago, LegalPublishing) pp. 213-233.

López Santa María, Jorge (1971): *Sistemas de interpretación de los contratos* (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso).

López Santa María, Jorge, Elorriaga de Bonis, Fabián (2017): *Los contratos. Parte general* (Santiago, Thomson Reuters).

López y López, Ángel Manuel (1997): "La interpretación del contrato en la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías", *Revista de Derecho Mercantil*, Nº 225: pp. 1207-1236.

Lyon Puelma, Alberto (2006): "La voluntad virtual derivada de la "naturaleza" del contrato determinada por su causa", en Corral Talciani, Hernán y Rodríguez Pinto, María Sara (edits.), *Estudios de derecho civil II* (Santiago, Thomson Reuters) pp. 753-792.

Lyon Puelma, Alberto (2017): *Integración, interpretación y cumplimiento de contratos* (Santiago, Ediciones UC).

Markensis, Basis S., Unberath, Hannes, Johnston, Angus (2006): *The German Law of Contract. A compartive Treatise* (Oxford, Hart Publishing).

Meza Barros, Ramón (1992): *Manual de derecho civil. De las obligaciones*, 8ª ed. (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

Montero Iglesias, Marcelo (2006): "Notas sobre el impacto del consentimiento en la interpretación del contrato entre partes sofisticadas", en De la Maza Gazmuri, Íñigo (edit.), *Cuadernos de análisis jurídicos. Colección Derecho Privado III* (Santiago, Universidad Diego Portales) pp. 115-129.

Morales Moreno, Antonio (1983): "El 'propósito práctico' y la idea de negocio jurídico en Federico de Castro", *Anuario de Derecho Civil*, Año 1983, fascículo 4: pp. 1529-1546.

Navarretta, Emanuela (2012): "Buona fede e ragionevolezza nel diritto contrattuale europeo", *Europa e Diritto Privato* Nº 4: pp. 953-980.

Neme Villarreal, Martha Lucía (2010): *La buena fe en el derecho romano* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia).

Piraino, Fabrizio (2010): "Diligenza, buona fede e ragionevolezza nelle pratiche commerciali scorrette. Ipotesi sulla ragionevolezza nel diritto privato", *Europa e Diritto Privato* Nº 4: pp. 1117-1194.

Piraino, Fabrizio (2015): *La buona fede in senso oggettivo* (Turín, Giappichelli).

Piraino, Fabrizio (2017): *Buona fede, ragionevolezza e «efficacia immediata» dei principî* (Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane).

Polo Arévalo, Eva María (2021): "En torno a la *Reasonable person* como modelo de conducta para la armonización del Derecho Europeo", en García Sánchez, Justo (edit.) *Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo* (Madrid, Asociación Iberoamericana de Derecho Romano) pp. 305-322.

Prado López, Pamela (2019): "Notas sobre el alcance del artículo 1566 inciso segundo del código civil chileno", en Barría Paredes, Manuel y otros (directores y coordinadores),

Estudios de derecho privado en homenaje al profesor Daniel Peñailillo Arévalo (Santiago, Thomson Reuters) pp. 515-546.

Prado López, Pamela (2020): "El error en el sentido y alcance de las cláusulas del contrato: desde la interpretación hasta la invalidación", en Barría Díaz, Rodrigo, Ferrante, Alfredo y San Martín Neira, Lilian C. (edits.), *Presente y futuro del derecho contractual* (Santiago, Thomson Reuters) pp. 221-244.

Rodríguez Olmo, Javier (2008): "Contexto y construcción de la regla "interpretatio contra proferentem", en la tradición romanista. Aspectos histórico comparativos de un principio de interpretación contractual", *Revista de Derecho Privado*, Nº 14: pp. 69-111.

Rodríguez-Toubes Muñiz, Joaquín (2019): "Interpretación y construcción del derecho", *Teorder*, Nº 25: pp. 238-266.

Romero Seguel, Alejandro (2021): *Curso de derecho procesal civil tomo V. Los medios de impugnación* (Santiago, Thomson Reuters).

Romero Seguel, Alejandro, Aguirrezabal Grünstein, Maite y Baraona González, Jorge (2008): "Revisión crítica de la causal fundamente del recurso de casación en el fondo en materia civil", *Ius et Praxis,* Vol. 14, Nº 1: pp. 222-259.

Rubio Varas, Francisco (2019): "Una aproximación histórico dogmática al artículo 1563, inciso primero. La naturaleza del contrato como elemento de interpretación en el Código Civil chileno", en Elorriaga De Bonis, Fabián (edit.), *Estudios de Derecho Civil XV* (Santiago, Thomson Reuters) pp. 665-683.

Rubio Varas, Francisco (2020): "Una aproximación al artículo 1563, inciso primero. La naturaleza del contrato como elemento de interpretación en el código civil chileno", en Elorriaga de Bonis, Fabián (edit.), *Estudios de derecho civil XV* (Santiago, Thomson Reuters) pp. 665-683.

Rubio Varas, Francisco (2023a): "Titulo XIII. De la interpretación de los contratos", en Amunátegui Perelló, Carlos (edit.), *Comentario histórico-dogmático al libro IV del Código Civil de Chile* (Santiago, Tirant lo Blanch) pp. 443-469.

Rubio Varas, Francisco (2023b): "Contra el dogma de la "desnaturalización en la interpretación contractual", en Pinoche Olave, Ruperto (director), *Estudios de derecho civil XVI* (Santiago, Tirant lo Blanch) pp. 585-596.

San Juan Crucelaegui, Javier (2013): "La interpretación e integración de las lagunas de la Convención de Viena de 1980: Los principios en que se inspira y los principios "Unidroit"", *Estudios De Deusto* Vol. 1, Nº 53: pp. 111-161.

San Martín Neira, Lilian (2015): "La cláusula 'ex fide bona' y su influencia en el 'quantum respondeatur' como herramienta para recuperar el equilibrio patrimonial en derecho romano", *Revista de Derecho Privado*, Nº 28: pp. 47-77.

San Martín Neira, Lilian (2018): "Las funciones de la razonabilidad en el Derecho Privado Chileno", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Nº 51: pp. 173-198.

San Martín Neira, Lilian (2023): "La necesidad de colaboración entre las partes de la obligación. Reflexiones a la luz del Código de Bello", en Navia Arroyo, Felipe y Chinchilla Imbett, Carlos Alberto (edits.), *La vigencia del código civil de Andrés Bello. Análisis y*

prospectivas en la sociedad contemporánea (Bogotá, Universidad Externado de Colombia) pp. 347-382.

San Martín Neira, Lilian (2023): "Repercussions of Italian Law in the Re-Reading of The Bello Code Concerning Breach of Contract", en Benatti, Francesca, García Long, Sergio, Grondona, Mauro y León Hilario, Leysser (edits.), *The influence of the Italian Civil Law in Latin-America* (Milán, Mimesis international) pp. 445-467.

Scalisi, Antonino (2003): *La comune intenzione dei contraenti* (Milán, Giuffrè).

Schauer, Frederick (2009): *Thinking like a Lawyer: a new introduction to legal reasoning* (Cambridge, Harvard University Press).

Schopf Olea, Adrián (2018): "La buena fe contractual como norma jurídica", *Revista Chilena de Derecho Privado*, Nº 31: pp. 109-153.

Schopf Olea, Adrián (2021a): "El lugar de la buena fe en la integración de los contratos en el código civil chileno", *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 48, Nº 3: pp. 55-78.

Schopf Olea, Adrián (2021b): "El desarrollo y la concreción de la buena fe en la integración de los contratos", *Revista Chilena de Derecho Privado*, Nº 38: pp. 131-171.

Segura Riveiro, Francisco (2010): "Buena fe, un aspecto de tensión entre los sistemas jurídicos", en Departamento de Derecho Privado Universidad de Concepción (edit.), *Estudios de Derecho Civil V* (Santiago, Thomson Reuters) pp. 499-508.

Troiano, Stefano (2005): *La "ragionevolezza" nel diritto dei contratti* (Padua, CEDAM).

Uda, Giovanni Maria (2004): *La buona fede nell'esecuzione del contratto* (Turín, Giappichelli).

Vidal Olivares, Álvaro (2002): "La noción de persona razonable en la compraventa internacional", en Cabanillas Sánchez, Antonio (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, tomo II (Madrid, Civitas) pp. 3277-3305.

Vidal Olivares, Álvaro Rodrigo (2000): "La construcción de la regla contractual en el derecho civil de los contratos", en *Revista De Derecho - Pontificia Universidad Católica De Valparaíso*, Nº 21: pp. 209-227.

Viglione, Filippo (2011): *Metodi e modelli d'interpretazione del contratto* (Turín, Giappichelli).

Vogenauer, Stefan (2018): "Chapter 5: Interpretation", en Jansen, Niels y Zimmermann, Reinhard (edits.), *Commentaries on European Contract Laws* (Oxford, Oxford University Press) pp. 740-785.

Von Bar, Christian y Clive, Eric (2010): *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Volumen I (Oxford, Oxford University Press).

Wieacker, Franz (2019): *El principio general de la buena fe* (Santiago, Ediciones Olejnik).

NORMAS E INSTRUMENTOS CITADOS

Argentina, *Código Civil* (s.d.).

Chile, *Código Civil* (s.d.).

Compendio de jurisprudencia basada en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (CNUDMI) Dispo-

nible en: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/second_edition_spanish.pdf

Convención de las Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías (11/04/1980).

Italia, *Código Civil*. (s.d.).

Francia, *Código Civil*. (s.d.).

Francia, *Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance Nº 2016-131 du* (10/02/2016). *portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*. Disponible en: https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000032004539/

Perú, *Código Civil*. (s.d.).

Principios, definiciones y reglas de un derecho civil europeo: el marco común de referencia (DCFR). Disponible en: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-PR-2015-38

Principios Europeos de Derecho Contractual (PECL). Disponible en: https://internationalcontracts.net/documentos-derecho-internacional/Principios-del-Derecho-Contractual-Europeo.pdf

Unidroit principles sobre los contratos comerciales internacionales (2016). Disponible en: https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2021/06/Unidroit-Principles-2016-Spanish-i.pdf

JURISPRUDENCIA CITADA

2º Juzgado Civil de Rancagua, 10/06/2020, rol C-844-2018, acción de nulidad relativa y resolución de contrato.

4º Juzgado de Letras de Copiapó, 22/05/2019, rol C-1583-2018, acción de cumplimiento e indemnización de perjuicios.

Corte de Apelaciones de Concepción 19/06/2019, rol 6411-2017, recurso de apelación.

Corte de Apelaciones de Copiapó, 27/01/2020, rol 290-2019, recurso de apelación.

Corte Suprema, 10/11/2011, rol 6307-2010, recurso de casación en el fondo.

Corte Suprema, 12/01/2012, rol 2319-2011, acción de resolución de contrato e indemnización de perjuicios.

Corte Suprema 05/03/2012, rol 4514-2010, recurso de casación en el fondo y en la forma.

Corte Suprema, 20/05/2014, rol 2073-2013, recurso de casación en el fondo.

Corte Suprema, 29/05/2014, rol 2073-2013, recurso de casación en el fondo y en la forma.

Corte Suprema, 22/05/2019, rol 38506-2017, recurso de casación en el fondo.

Corte Suprema 06/12/2019, rol 6431-2018, recurso de casación en el fondo.

Corte suprema, 13/07/2020, rol 41162-2019, recurso de casación en el fondo.

Corte Suprema, 30/11/2020, rol 4541-2019, recurso de casación en el fondo.

Corte Suprema, 21/12/2020, rol 21351-2019, recurso de casación en el fondo.

Corte Suprema, 15/02/2021, rol 26.857-2018, recurso de casación en el fondo.

Corte Suprema, 24/03/2021, rol 24.350-2020, recurso de casación en el fondo.

Corte Suprema, 30/04/2021, rol 13370-2019, recurso de casación en el fondo.

Corte Suprema, 21/07/2021, rol 21.060-2020, recurso de casación en el fondo.
Corte Suprema, 28/12/2021, rol 33474-2019, recurso de casación en el fondo.
Corte Suprema, 29/12/2021, rol 71963-2021, recurso de casación en el fondo.
Corte Suprema 04/03/2022, rol 34104-2019, recurso de casación en la forma y en el fondo.
Corte Suprema, 04/04/2022, rol 92.404-2021, recurso de casación en el fondo.
Corte Suprema, 09/01/2023, rol 141257-2022, recurso de casación en el fondo.
Corte Suprema, 24/03/2023, rol 18118-2019, recurso casación en la forma y en el fondo.
Corte Suprema, 19/05/2023, rol 60644-2021, recurso de casación en el fondo.
Corte Suprema, 24/05/2023, rol 82.485-2021, recurso de casación en el fondo.
Corte Suprema, 02/06/2023, rol 24.885-2022, recurso de casación en el fondo.
Corte Suprema 30/06/2023, rol 32356-2022, recurso de queja.
Corte Suprema, 14/07/2023, rol 78.693-2021, recurso de casación en el fondo.
Corte Suprema 19/07/2023, rol 21085-2023, recurso de casación en el fondo.

Revista Chilena de Derecho | Chilean Journal of Law | Vol. 51 Nº 3, pp. 33 - 62 [2024]
Recepción: 08/04/2024. Aceptación: 17/07/2024
DOI: 10.7764/R.513.2

CONCURRENCIA DE DELITOS EN LOS PROCESOS ELECTORALES

CONCURRENCE OF OFFENSES IN ELECTORAL PROCESSES

Francisco Maldonado Fuentes*

RESUMEN: El presente trabajo expone la forma como se estima que deben resolverse los efectos aplicables a la concurrencia plural de delitos acaecidos en el contexto de las elecciones. Detalla las razones por las que considera que la doctrina más tradicional es errada en las consecuencias que propone para las diversas constelaciones de casos, en particular, pues parte de la base de que los delitos electorales son formas especiales y calificadas de ilícitos comunes (coacciones, fraude, falsedades), lo que es erróneo en la mayoría de los casos. Sostiene, por el contrario, que buena parte de dichos delitos sostener un único bien jurídico en común, lo que lleva a afirmar una concurrencia efectiva o auténtica cuando se ejecutan formas delictivas similares a otras comunes; a reconocer una reiteración delictiva (delitos de la misma especie) cuando se ejecutan varios de ellos en una misma elección; y un caso de unidad de delito cuando, además de ello, comparten la misma forma de ataque (afectación) al bien jurídico.

Palabras clave: Delitos electorales; concurso de delitos; unidad natural de acción; reiteración delictiva.

ABSTRACT: The present work exposes the way in which it is considered that the effects applicable to the plural concurrence of crimes occurring in the context of elections should be resolved. It details the reasons why it considers that the most traditional doctrine is mistaken in the consequences it proposes for constellations of cases, particularly because it starts from the basis that electoral crimes are special and qualified forms of common offenses (coercion, fraud, falsehoods), which is incorrect in most cases. It argues, on the contrary, that a significant portion of these crimes recognize a single common legal interest, leading to the recognition of an effective or authentic concurrence when similar forms of offenses to other common ones are executed; recognizing a recurrence of crime (crimes of the same type) when several of them are executed in the same election; and a case of unit of crime when, in addition to this, they share the same form of attack (impact) on the legal interest.

Keywords: Electoral crimes; concurrence of crimes; natural unit of action; recidivism

* Doctor en Derecho. Profesor Asociado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca. Dirección postal: Quebec 415, Providencia. Correo electrónico: frmaldonado@utalca.cl. 0000-0003-2361-3750. El texto forma parte del proyecto Fondecyt Regular Nº 1210396, financiado por Anid, del cual el autor es investigador responsable.

1. INTRODUCCIÓN

La consagración de delitos vinculados al desarrollo de procesos electorales suele presentar dos caracteres distintivos: 1) constituye un conjunto que comprende un grupo más o menos amplio, numeroso y heterogéneo de figuras punibles; y 2) suelen presentar una fisonomía extremadamente casuística, en tanto regulan formas muy específicas de conducta, que se extienden a una amplia cantidad de formas o modos de actuación diversos[1]. Valga como ejemplo de ambos caracteres el que cuenta como delito en Chile el votar en un mismo proceso electoral dos veces[2], el sustraer la urna para impedir el conteo de los votos emitidos[3], el marcar alguna parte de los votos o incidir en la papeleta de cualquier forma que sea idónea para anularlos[4], el alterar las actas de registro o el tergiversar la incorporación de los datos del escrutinio en el correspondiente sistema informático. Todas estas conductas presentan una estructura de base similar, pues corresponden a diversas maneras de adulterar el resultado de una determinada votación, de forma que a dicho respecto se muestran como actuaciones equivalentes. En otro plano, también se califican como delito diversas formas que presentan como resultado en común el impedir el libre ejercicio individual del sufragio, sea "comprando el voto"[5], forzando a otro a votar en un determinado sentido; impidiendo que los electores concurran a las urnas el día de la votación[6]; suplantando a un elector en el acto del sufragio[7] o imposibilitando el funcionamiento de una mesa o local de votación[8], sea que se haga en forma violenta, tumultuaria, provocando desórdenes públicos en las inmediaciones de un local de votación, mediante la sustracción o destrucción de elementos u objetos indispensables para ello o impidiendo que ciertas personas cumplan los roles que les corresponden en el proceso.

Estas características distintivas han llevado a que los esfuerzos emprendidos por la doctrina tradicional a la hora de empezar a preocuparse por el tratamiento de estas figuras se haya orientado a identificar criterios para una adecuada sistematización, para lo cual se recurrió inicialmente –de forma natural– a las categorías y formas delictivas tradicionales[9]. Así, se tuvo particularmente en cuenta que buena parte de los tipos "electorales" presentaban una estructura similar a una serie de formas típicas tradicionales, como estructuras de falsedad, desorden público, daño,

[1] Maldonado (2019) pp. 701, 711; Morillas (2021) p. 129; Náquira y Salim-Hanna (2021) pp. 804-805. Se destaca además que el uso masivo de esta técnica es una de las razones que explica la multiplicidad de delitos.

[2] Art. 136 Nº 1), Ley 18.700.

[3] Art. 136 Nº 5), Ley 18.700.

[4] Art. 132, Nº 5) Ley 18.700

[5] Art. 137, Ley 18.700.

[6] Art. 136 Nº 8), Ley 18.700.

[7] Art. 136 Nº 2), Ley 18.700.

[8] Art. 131 Ley 18.700.

[9] Peñaranda (1986) p. 1127; Rodríguez Devesa (1995) p. 1239.

sustracción o destrucción de objetos; adulteración de datos o sistemas informáticos; vulneración de secretos, coacciones, omisión de deberes funcionarios, fraudes u obtención indebida de prestaciones públicas (fraude de subvenciones)[10]. De ahí que rápidamente se las haya identificado –y catalogado– como figuras especiales de comisión de los correspondientes tipos base, constitutivas por ello, en general, de delitos calificados (pues, en la mayor parte de los casos, la penalidad prevista resultaba más gravosa en términos comparativos)[11]. Esta última constatación viene con ello a reforzar lo dicho toda vez que confirma que la realización de estos delitos comunes en el contexto de las elecciones pareciera demandar una mayor sanción, por la particular relevancia social que detentan las elecciones en toda organización social que se defina como democrática[12].

Las premisas sugeridas traen aparejada una serie de consecuencias. Por de pronto, lleva a una interpretación de las correspondientes figuras punibles acorde a la estructura típica que sea propia de los delitos de base o comunes con las que se corresponden en cada supuesto o a exigir elementos subjetivos o de contexto que habiliten a sostener la vinculación de su concreta ejecución con alguna de las dinámicas que tienen lugar en los procesos electorales, considerando que es dicha variable la que les da un sentido propio como formas especiales o particulares de comisión[13]. Por sobre ello –y otras implicancias adicionales que no viene el caso comentar– me interesa aquí centrarme en los aspectos concursales que se desprenden de dicha concepción. En particular, por el hecho de que la idea de que los delitos electorales estructuran su contenido de injusto –al menos, en su amplia mayoría– a partir de aquél que ofrecen las figuras tradicionales o comunes que les sirve de base lleva a una determinada configuración de las diversas constelaciones de casos de concurrencia plural o múltiple que me parece cuestionable. Por de pronto, su catalogación como delitos calificados lleva naturalmente a rechazar la aplicación de la sanción prevista para la figura común correlativa en todos los casos posibles de imaginar, por aplicación del principio de especialidad, de la mano de la teoría del concurso aparente de

[10] Faraldo (2014) p. 166; Faraldo (2012) p. 183; Jiménez (1994) pp. 12 y 15; Muñoz Conde (1983) p. 463. Se trataría por ello de un conjunto heterogéneo, que reconoce diversos intereses o bienes jurídicos como referentes de protección. Orts (1977) p. 273; Patiño (2012) pp. 51 y ss.

[11] Altes (1999) p. 170; Faraldo (2015) p. 166. En España, por ejemplo, se refleja en la incorporación de una regla que asegura un efecto agravatorio (art. 136 de la Ley Orgánica 5/1985 de Régimen Electoral General Español), ante la eventualidad de que el análisis comparativo pudiese por error llevar a un resultado diverso. Por ello, si bien en doctrina se mantiene la idea de que se trata de relaciones "de especialidad", no son pocas las voces que sostienen una de alternatividad (pues la regla privilegia "cualquiera" de las disposiciones en juego, la de mayor sanción). Al respecto, Muñoz Conde (1983) p. 463; Faraldo (2014) p. 166; Faraldo (2012) p. 183. Sobre las controversias que ha provocado Martí y Muñoz Cuesta (2008) p. 4; Peñaranda (1986) p. 1106; y Rodríguez Rodríguez (2006) pp. 7 y 18-20.

[12] Morillas (2021) pp. 131-132; Faraldo (2014) p. 166; Faraldo (2012) p. 183; Jiménez (1994) pp. 12 y 15 (especialmente); Muñoz Conde (1983) p. 463.

[13] Muñoz Conde (1983) p. 461; Martí y Muñoz Cuesta (2008) p. 5; Cruz Blanca (2013) pp. 3-4; Polanco (2011) p. 5-6.

leyes penales[14]. Lleva también a concluir que la comisión de diversas hipótesis en el marco de un mismo proceso electoral materializa un concurso de delitos de carácter heterogéneo[15], pues como señalé se trataría de actos de falsedad, fraude, daño o coacción -por mencionar solo algunos- con concretas incidencias en el régimen penológico aplicable a aquellos casos en que dichas ejecuciones respondan a la situación propia de un concurso real. Así, quien toma parte en la ejecución de una pluralidad de formas típicas de diversa configuración a fin de incidir en determinado proceso electoral (comprando votos; presionando electores, impidiendo votar, adulterando papeletas, falsificando actas, etc.) debiese ser sancionado –en principio– acorde al régimen de acumulación material de sanciones de conformidad con lo dispuesto en el art. 74 del Código Penal, salvo en los supuestos en que la ejecución tenga lugar en unidad de hecho y que configuran un concurso ideal.

En la presente contribución sostendré una perspectiva diversa, lo que lleva a afirmar que dichas conclusiones son erróneas. Para ello he tenido en cuenta que el desarrollo de la temática en las últimas décadas ha aportado razones que favorecen la idea de que los delitos electorales se definen como tales a partir de su nexo o vinculación con un específico y concreto objeto de protección, diverso al que se identifica tras las formas comisivas que caracterizan a los respectivos verbos rectores, perspectiva que comparto y que he tenido ocasión de sostener fundadamente con anterioridad[16]. A partir de dicha constatación se torna plausible identificar dicho conjunto como una categoría que goza de una relevante cuota de autonomía, al margen de su correspondencia o vinculación fáctica o motivacional con el curso de un proceso eleccionario. Por esta razón, la etiqueta no aplica a todo tipo de conductas que el legislador pueda considerar punibles y que tengan lugar en dicho marco o en el curso de las campañas políticas, sino solo a aquellas que se vinculen a dicho interés, relativo concretamente –según pasaré a sostener fundadamente– a las condiciones de igualdad que corresponde garantizar a todos los miembros de la comunidad que intervengan en dicha actividad[17]. A dicho respecto, cada uno de los delitos que ameritan dicha calificación (o etiqueta) representa una particular forma de ataque (o "comisión") cuyo efecto propio consiste en obstaculizar la posibilidad de sostener con certeza que los resultados del escrutinio reflejan una correspondencia entre representación formal y la auténtica soberanía popular. Sobre esa base, su punición se basa en un contenido lesivo que corresponde desvalorar al margen de la consideración que cabe brindar a otro tipo de afectaciones posibles de identificar y que pudiesen resultar punibles bajo un título diverso. Por su parte, la materia-

[14] Martí y Muñoz Cuesta (2008) p. 4; Rodríguez Rodríguez (2006) p. 7 (con desarrollo de casos en pp. 18 a 20).

[15] Lo relevante es que acorde a esta perspectiva es que presentan una naturaleza diversa (Morillas (2021) p. 131; Altes (1999) p. 170; pues no se puede identificar un bien jurídico único en común. Faraldo (2014) p. 166; Morillas (2021) p. 139; Orts (1977) p. 273; Patiño (2012) pp. 51 y ss.

[16] Maldonado (2018) pp. 722 y ss.

[17] Maldonado (2018) pp. 727 y 728.

lización en diversos momentos dentro de una misma elección o campaña de una pluralidad de aquellas debiese llevar a sostener una hipótesis de reiteración en tanto constituirían delitos de carácter homogéneo (es decir, de "la misma especie"). Finalmente, su carácter individual como "formas" o medios comisivos que reconocen un referente común hace plausible llegar a identificar en ciertos supuestos de esta clase una auténtica unidad de realización, más allá de que su ejecución individual se encuentre referida a tipos penales estructurados en base a exigencias o formas específicas de conducta diversas.

2. SOBRE EL SENTIDO DE LO INJUSTO EN LOS DELITOS ELECTORALES

2.1 Bien jurídico propio de los auténticos delitos electorales.

Hemos ya anticipado que las tesis tradicionales se estructuran a partir de la similitud que presentan las formas comisivas de buena parte de los delitos vinculados al desarrollo de procesos electorales con aquellas que caracterizan a una serie de delitos comunes. No obstante, no resulta acertada la idea de que este tipo de parecido o semejanza formal permita asumir una identidad de base entre ellas –en cada binomio o grupo– ni tampoco parece plausible llegar a concluir que en cada caso se compartan los respectivos fundamentos de incriminación. Basta atender a dos órdenes de razones –si bien hay otras– para ratificar lo dicho. En primer lugar, se debe tener en cuenta que la asimilación propuesta pasa por alto que la forma o modo de ataque con que el legislador caracteriza a una conducta a efectos de incriminarla (como acto de falsedad, engaño, coacción, etc.) no es un antecedente que sirva por sí mismo para extraer conclusiones sobre los intereses que se pretenden proteger tras la respectiva proscripción[18]. Por lo mismo, tampoco constituye un dato que sirva como expresión o reflejo de la naturaleza o categorización que corresponda asignar a cada figura punible[19]. Por esta razón no cabe considerar que al robo violento "clásico" como un atentado a la libertad de autodeterminación, a pesar de que adopta la forma de una conducta inequívocamente coercitiva ("violencia o intimidación"), pues la consideración de esta modalidad solo presenta relevancia en la correspondiente estructura típica en cuanto forma de conducta funcional a la materialización de un acto apropiatorio, lesivo por ello de la propiedad. De no ser así, habría que concluir que el robo, la violación y el chantaje son delitos de la misma naturaleza o "de la misma especie", y lo propio habría que sostener entre la estafa, el estupro y la falsedad. Lo usual es que la selección de una determinada forma de comisión solo refleje la manera específica bajo la cual el legislador considera que tiene sentido proscribir un determinado tipo de afectación (peligro o lesión) del bien jurídico[20], sin que por ello condicione en forma alguna la naturaleza o identidad de esta última.

[18] Maldonado (2018) pp. 721 y 722.
[19] Maldonado (2018) p. 721.
[20] Por todos, Cury (2021) p. 381.

Por otro lado, y en segundo lugar, resulta también relevante tomar nota de que la amplia mayoría de ilícitos que paradigmáticamente son adscritos a la categoría en cuestión no reconocen figuras de base o formas de comisión más genéricas que puedan dar lugar a la comisión de un delito común (en el sentido antes indicado). Así sucede por ejemplo con el cohecho electoral, con todas las formas de financiamiento electoral irregular (punible) o con el sencillo caso que ofrece quien decide votar más de una vez en una misma elección[21]. En el mismo sentido se advierte además que en muchos de los casos donde se ha pretendido identificar una relación de especialidad resulta bastante discutible el que realmente se satisfagan las exigencias típicas de las figuras penales comunes que parecieran concurrir, como sucede en buena parte de los delitos que se materializan a través de formas de falsedad, engaño o apropiatorias. Con ello, todo parece indicar que en cada uno de estos casos el legislador ha tenido en cuenta la necesidad de proteger intereses completamente diversos a los que son considerados en la regulación penal común por la sencilla razón de que se trata de decisiones incriminatorias autónomas. Y si esto es así respecto de los delitos recién referidos (que no se vinculan a una forma delictiva común) algo similar debiera ocurrir con los demás casos relativos a las elecciones. O, cuando menos, en una buena parte de ellos.

Frente a estas dificultades, la doctrina tradicional se inclinó en un primer momento por identificar en cada uno de estos últimos supuestos un contenido específico y particular de lesión, comúnmente diverso en cada caso[22]. Destaca el recurso al derecho de sufragio activo o la libertad del voto, entre otros[23]. Con ello, sin embargo, solo se consigue ampliar el campo de la dispersión pues los esfuerzos referidos solo logran resultados parciales, acotados a un segmento muy menor del conjunto de ilícitos referidos a elecciones. Por otro lado, se procura sortear la ausencia de tipos comunes de base (o la falta de satisfacción de los requisitos de las figuras afines) asociando de manera algo forzada la comisión de delitos electorales al quebrantamiento, incumplimiento o abuso de ciertas funciones, especialmente de aquellas que se vinculan a roles en el proceso electoral[24], como si se tratara en todos los casos de infracciones de carácter funcionario[25], las que sobre esa base también se pretenden tratar bajo la lógica de los delitos especiales impropios[26].

---

[21] Maldonado (2018) pp. 719 y 720.

[22] Por todos véase Betanzos (2012) p. 110.

[23] Gálvez y Rubio (2007) p. 116 y 117; Galeano (2011) p. 544; y Morillas (2021) p. 129 (en cita a Rodríguez Rodríguez).

[24] Con carácter general, Martí y Muñoz Cuesta (2008) pp. 3; De Urbano (2011) p. 2; Patiño (2012) p. 41 y Polanco (2011) p. 15; Rodríguez Rodríguez (2006) p. 20 y Romero (2005) p. 119 y 120.

[25] Betanzos (2012) p. 111; De Urbano (2011) p. 2; Patiño (2012) pp. 40 y 43 y ss. Gálvez y Rubio (2007) p. 9; Polanco (2011) p. 8 y ss.; Cruz Blanca (2013) p. 11; Muñoz Conde (1983) pp. 465 y ss. Morillas (2019) p. 182. Implícito en Chile en Ortega (2007) pp. 33 a 34.

[26] Altes (1999) p. 172; Betanzos (2012) pp. 110-111; Fernández y Ojesto (2007) pp. 1029 a 1036; Gálvez y Rubio (2007) p. 116; Jiménez (1994) pp. 25-26. En Chile una sistematización próxima en Etcheberry (2015) pp. 281 a 283.

La debilidad de ambos intentos –entre otras razones– favoreció el desarrollo y paulatina consolidación de una aproximación radicalmente diversa[27], centrada en la incidencia que proponen las conductas en cuestión en el curso o resultado de los procesos electorales. Se pone el acento en el hecho de que las funciones adscritas a su desarrollo y al escrutinio pueden verse sensiblemente afectadas a través de su ejecución. Se tuvo además en cuenta que ambos referentes tienen una trascendencia social de indiscutible relevancia, de sobra suficiente para reclamar una consideración superior a la que se desprende del tratamiento tradicional, cuya lesión con suerte es considerada para efectos secundarios o circunstanciales de carácter agravatorio[28]. La atención se centró inicialmente en el derrotero que ofrecen los propios actos electorales como ritualidad formal, en atención a su función natural, como instancia pública destinada a la concreción y formalización periódica del poder público representativo. No obstante, el carácter ampliamente reglamentario de dichas formas procedimentales a poco andar planteó la necesidad de contar con criterios complementarios que permitan discriminar el campo de la mera ritualidad del que resulta determinante. Con ello se puso la vista en lo que se espera satisfacer mediante dicha ritualidad, ideal aspiracional que se refleja en determinados caracteres, cuya satisfacción redundaría en el cumplimiento adecuado o satisfactorio de las funciones propias de los actos eleccionarios. A tales efectos se alude a la "*pureza o transparencia*"[29], la "*objetividad*", "integridad", "pulcritud"[30] o la "*credibilidad*"[31] posible de predicar del proceso electoral[32], considerados como atributos indispensables pues de ellos depende la idoneidad que presente para canalizar las preferencias individuales expresadas a través del voto en torno a un resultado que pueda ser tenido como una auténtica expresión o reflejo de la voluntad popular[33]. Dicho postulado se sostiene con una diversidad de matices y énfasis que terminan afectando su rendimiento como referente de legitimación, sistematización o interpretación. En ello influye el hecho de que los procesos electorales se despliegan y desarrollan sus funciones con base en una amplia disparidad de elementos, definiciones, plazos

[27] No obstante, debemos dejar constancia de que la opinión tradicional mantiene en la actualidad aun un importante respaldo en la doctrina comparada. Al respecto véase Morillas (2021) pp. 129 y ss.

[28] Altes (1999) p. 172; Cruz Blanca (2013) p. 5; Fernandez y Ojesto (2007) p. 1020; Jiménez (1994) p. 85; Martí y Muñoz Cuesta (2008) pp. 2 y 5; Orts (1977) p. 285.

[29] Altes (1999) p. 172; Cruz Blanca (2013) p. 14; Peñaranda (1986) p. 1109; Martí y Muñoz Cuesta (2008) pp. 1 y 2.

[30] Betanzos (2012) p. 110; Romero (2005) p. 117 (a nivel general).

[31] En Chile, Torres (2016) p. 38, con base en la opinión expresada por el poder ejecutivo en la tramitación de la Ley 20.900 (que trata las sanciones penales para el financiamiento irregular de campañas políticas).

[32] La terminología de estilo presenta un símil con los términos originarios con que el Código Penal Francés de 1810 trataba el tema, en tanto alude a la "*libertad, honestidad y sinceridad del sufragio*". Al respecto Polanco (2011) p. 2.

[33] Cruz Blanca (2013) p. 5; Orts (1977) p. 285; Jiménez (1994) p. 85; Martí y Muñoz Cuesta 2008) pp. 2 y 5; Altes (1999) p. 172; Fernandez y Ojesto (2007) p. 1020.

y reglas particulares que responden a una pluralidad de modelos de representación y diversas formas de llevarlos a cabo[34]. Asimismo, el que se trata de contenidos que ofrecen diversos niveles o grados de satisfacción de los objetivos señalados. Todo ello hace complejo discriminar con algún grado de objetividad cuáles son realmente los contenidos o condicionantes que presentan relevancia para dar cuenta del ideal de "regularidad" que se desea proteger, en términos que hacen evidente que los referentes propuestos adolecen de un serio problema de concreción[35].

Frente a ello las tendencias más recientes han concentrado la atención en los objetivos propios de este tipo de procesos (las elecciones) teniendo en cuenta que el poner la atención en los caracteres señalados apunta esencialmente a identificar condiciones para un objetivo diverso y ulterior. De lo que se trata a fin de cuentas es de garantizar la correspondencia entre la soberanía popular y la constitución periódica del poder que se ejerce a nombre de toda comunidad que se organiza democráticamente[36]. A ello se alude en el fondo cuando se califica a los delitos electorales como actos de *falsedad* (en referencia a la certeza de los *resultados* electorales[37]) o cuando se los interpreta como expresiones de *corrupción política*, en referencia a un efecto corrosivo o *distorsionador* de la idea de representación[38].

Lo dicho supone no solo un resultado que sea estricto reflejo de las preferencias expresadas a través del voto. Se requiere además de un proceso (elecciones y campaña) que de cuenta de una participación de todos y cada uno de los miembros del cuerpo de electores bajo condiciones de igualdad. Solo de esta forma se podrá asumir que los comicios reflejan la auténtica distribución de las opiniones presentes en la comunidad, y que sus resultados son efectivamente "representativos"[39]. Por esta razón es que toda regulación electoral considera una amplia gama de reglas limitativas, pues sus objetivos no solo buscan favorecer condiciones para un ejercicio libre de las propias preferencias, sino además procuran garantizar que todos y cada uno de quienes deban participar en un proceso eleccionario puedan hacerlo bajo condiciones de plena igualdad[40]. Con ello, si bien nadie puede dudar de que cualquier ciudadano goza del derecho de expresar libremente sus preferencias, apoyarlas o de canalizarlas a través de una candidatura, es también claro que no puede ejercer dichas facultades de forma plena[41], pues no todos cuentan materialmente con las

[34] Sobre la diversidad de sistemas electorales, por todos, Nogueira (2012) pp. 806 y 887-890.

[35] Maldonado (2018) pp. 724-725.

[36] Jiménez (1994) p. 1.

[37] Al respecto véase Rubio y Gálvez (2013) p. 6.

[38] Maldonado (2018) p. 726.

[39] Cruz Blanca (2013) pp. 3 y 17; Peñaranda (1986) p. 1144. Lo que se destaca es la coincidencia entre la voluntad real del cuerpo electoral y el resultado de las elecciones.

[40] Por todos, Nogueira (2012) pp. 785-786. Respecto a delitos electorales, Cruz Blanca (2013) p. 15-16.

[41] Maldonado (2018) p. 731.

mismas opciones y posibilidades de defender, apoyar o representar sus ideas[42]. Así, representación y sufragio solo conectan si este último se ejerce bajo condiciones que garanticen un ejercicio individual equivalente[43]. Por esta razón, se tiende en la actualidad a identificar un atentado a los objetivos de cualquier proceso electoral (su "injusto" propio) tras la ejecución de conductas incompatibles con condiciones de participación igualitaria, en especial, en aquellas que materializan un quebrantamiento de los límites dispuestos para favorecerlas, pues al margen de su incidencia específica en el escrutinio proponen un sustrato que impide afirmar con certeza que los resultados del proceso electoral son una auténtica expresión de la soberanía popular[44]. La trascendencia social de este interés o valor se muestra por sí sola tras el desarrollo expuesto[45].

2.2 Implicancias

Lo dicho trae aparejadas una serie de consecuencias que van más allá de la sola pretensión clasificatoria o de sistematización. Por de pronto:

- Lleva a descartar que toda irregularidad o quebrantamiento de reglas propias de cualquier proceso electoral pueda ser considerada por ese solo hecho como una (eventual) hipótesis punible, pues ello solo se podrá sostener de aquellas que se orientan a favorecer las condiciones antedichas[46]. Por la misma razón, se debe también descartar la idea de que toda infracción acaecida durante el proceso electoral (o de la campaña) presente relevancia para ser proscrita como delito por razón de los objetivos del proceso electoral[47]. Por estas razones se pueden identificar infracciones propiamente electorales que carecen de relevancia penal y también se puede afirmar la ocurrencia de delitos *comunes* (no electorales) durante el desarrollo de las elecciones o de la campaña[48];

- Los delitos auténticamente electorales se basan en efectos lesivos que no se reflejan estrictamente en el escrutinio, sino en la posibilidad de atribuirle certeza. El referente por ello no radica en el hecho de haber alterado en una determinada proporción los votos emitidos, su registro o conclusiones[49]. Se trata más bien de incidencias que cuestionan su auténtica representatividad;

[42] Muñoz Conde (1983) p. 471.

[43] Nogueira (2012) pp. 806-807. Respecto a delitos electorales, Betanzos (2012) p. 110; Orts (1977) p. 275.

[44] De forma precisa su efecto propio consiste en *debilitar* la afirmación de que el escrutinio refleja el conjunto o sumatoria de las voluntades presentes en la comunidad. En un sentido equivalente Leohucq (2007) p. 27.

[45] Cruz Blanca (2013) p. 5; Orts (1977) p. 285.

[46] Maldonado (2018) p. 737. En el mismo sentido Olaizola (2015) p. 193.

[47] Galvez y Rubio (2007) p. 5.

[48] Maldonado (2018) p. 737-738; Rubio y Gálvez (2013) p. 5.

[49] Maldonado (2018) pp. 735-736. Sobre la irrelevancia de la incidencia en los resultados Muñoz Conde (1983) p. 467, si bien, por cuanto los interpreta como delitos de tendencia (p. 470). En el

- Con ello, su comisión provoca afectaciones en el conjunto de los intereses que encuentran reflejo tras las expresiones del sufragio, sea en relación a quienes intervinieron como votantes, quienes respaldan las opciones que han sido preteridas; para los propios candidatos y también para la investidura y respaldo de las opciones que resultaron elegidas, en tanto asumirán bajo la incertidumbre que propone un desarrollo del proceso (incluyendo la campaña) que pasa a ser calificado como irregular. Con ello, se trata de delitos fundados en efectos lesivos de carácter general, colectivo o, si se prefiere, supraindividual[50].

Me he ocupado de desatacar estas implicancias en particular por sobre otras pues aportan contenidos cuya consideración resulta indispensable para abordar el tratamiento que pueden ofrecer las constelaciones de casos en que una o más personas incurren en la ejecución de diversas hipótesis delictivas en un mismo proceso eleccionario. En particular, pues llevan a sostener soluciones diversas a las que anticipé en los inicios de esta contribución, con base en las premisas de las que parte la doctrina más tradicional y de las que pretendo hacerme cargo en el apartado siguiente y final.

3. CONCURSO DE DELITOS Y DELITOS ELECTORALES

3.1 Cuestiones generales

Resulta forzoso iniciar este apartado con una constancia preliminar, relativa a dos caracteres paradigmáticos que ofrece el tratamiento de cualquier problemática propia del concurso de delitos y que es necesario tener en cuenta. Primero, el que toda aproximación conlleva abordar cuestiones respecto de las que no suele reinar el consenso, pues en la mayoría de los tópicos, temas o cuestiones a tratar en dichas temáticas existe disparidad de opiniones. Tanto en nuestro medio como en derecho comparado[51]. Por esta razón procuraremos basarnos en contenidos o conclusiones que gocen de un parecer más uniforme en doctrina si bien, cuando ello no sea posible, abordaremos las diversas perspectivas que fuesen relevantes de considerar. En segundo lugar, se debe tener en cuenta que la amplia fragmentación y diversidad de tipos penales considerados en la regulación electoral propone un contexto en el que las potenciales conjunciones delictivas son casi infinitas, de forma que es virtualmente imposible abordarlas en su totalidad. En ello no solo se deben considerar los supuestos de concurrencia plural de dos o más formas delictivas que correspondan a delitos electorales –y en todas las alternativas imaginables– sino además aquellos casos en los que junto a un delito propio del desarrollo electoral –y en cada uno de ellos– pudiesen además concurrir otro tipo de delitos de carácter común (y, en su

mismo sentido, Peñaranda (1986) pp. 1224-1225. En contra, relativamente aislado en doctrina, Gálvez y Rubio (2007) p. 117.

50 Maldonado (2018) p. 734.

51 Maldonado (2022) pp. 13-14. En el mismo sentido, Caramuti (2018) p. 45; Escuchuri (2004) p. 2; Sanz Morán (2012) p. 111; Suárez (2001) p. 29. Desde antiguo, Nino (1972) p. 120; Etcheberry (1964) p. 10

caso, varios de ellos). Finalmente, también pareciera necesario tener en cuenta los casos en que una misma persona o conjunto de ellas incurren repetidamente en el mismo tipo de infracción (acorde a los caracteres de cada caso).

En relación a esta ampla gama de casos potenciales a analizar hay que tener además en cuenta que la doctrina ha ido decantando en favor de la idea de que no es posible resolver adecuadamente las cuestiones problemáticas que ofrece la concurrencia con criterios de carácter general o comunes, pues resulta indispensable abordarlas con base en la particular forma en que se plantee la satisfacción de las propiedades que definen a cada tipo delictivo en particular[52]. Y es perfectamente posible que cada manera o forma de realización de un tipo presente por ello diversos caracteres específicos a analizar, aunque se trate de la misma clase de infracción o tipo delictivo. Con ello, cobra especial relevancia el rol que se atribuye al bien jurídico de referencia a efectos de la correspondiente interpretación, en tanto su consideración resultará indispensable para identificar el sentido disvalioso que subyace a cada delito en particular y de cada una de las correspondientes propiedades típicas[53]. Por todo ello, nos abocaremos en particular solo al análisis de algunos grupos de casos problemáticos, en especial, a aquellos cuyo tratamiento se puede ver alterado o modificado en relación al que propone la doctrina más tradicional acorde a lo expuesto en el acápite precedente. Abordaremos en particular aquellas hipótesis que tradicionalmente fueron consideradas como delitos agravados o figuras calificadas por la similitud que presentan las formas comisivas con otro delito general o de carácter común, como sucede, por ejemplo, en los casos de *coacción violenta* o en los supuestos de *falsificación* de registros, padrones o actas de escrutinio. En segundo lugar, un conjunto de casos asociados a las hipótesis en que una misma persona incurre en una pluralidad de delitos en el curso de una misma elección, abordando el tratamiento que cabe dar separando aquellos que concurren en pluralidad de hechos (concurso real); las opciones de llegar a sostener un concurso ideal en atención a dicho sustrato en común y, finalmente, la posibilidad de identificar supuestos de unidad de ejecución o de realización del tipo.

3.2 Delitos electorales como formas calificadas o especiales en relación a un delito básico de carácter común

El primer grupo de casos a abordar dice relación con los delitos que presentan una estructura que replica los términos de un delito común. Entre ellos se ubicarían los delitos previstos en el derecho chileno para sancionar la coacción electoral[54], en relación al delito de amenazas o la falta de coacciones; la suplantación de un elector

[52] Cárdenas (1973) p. 85; Casero (2016) pp. 27-28; Escuchuri (2004) p. 252; Maldonado (2022) p. 19; Matus (2002) p. 34; Reyes (1990) p. 475; Roxin (2014) pp. 948-949.

[53] Con detalle, Maldonado (2022) p. 14. A nivel general, nítido, Matus y Ramírez (2021a) p. 189.

[54] Art. 136 Nº 8) de la Ley 18.700.

en el acto de escrutinio[55], en relación a la usurpación de identidad; la apropiación de una urna con votos no escrutados[56], en relación al hurto; o la alteración o destrucción de la información del registro o padrón electoral, mesas receptoras o actas de escrutinio[57], en relación a los delitos de daño, falsificación de documentos o ciertos delitos informáticos (en particular, los previstos en los arts. 4 o 5 de la Ley Nº 21.459).

Hemos ya anticipado que en todos esos supuestos –entre otros– la perspectiva tradicional lleva a descartar la configuración de un concurso de delitos entre el correspondiente delito común y el delito electoral "especial", pues constituirían supuestos de "concurso de leyes" o "concurso aparente de leyes penales" a ser resueltos en favor de la aplicación exclusiva y preferente del delito electoral, en base al criterio de especialidad. No obstante, las consideraciones que hemos expuesto en el apartado precedente obligan a cuestionar las premisas que subyacen a dicha aproximación y llevan por ello a matizar bastante las conclusiones que se proponen sobre dicha base. En concreto, pues en la mayoría de estos casos la relación entre cada uno de los binomios de delitos referidos no supera un parecido meramente formal.

Por un lado, el que parte de estos delitos reconozcan un bien jurídico propio y común hace de suyo cuestionable la existencia de relaciones de especialidad en los términos en que se proponen, al menos en aquellos delitos que sobre esa base se pueden identificar o definir como auténticamente electorales. Lo dicho –esto es, la concurrencia de un fundamento de incriminación independiente– se ratifica en primer lugar si tenemos en cuenta que en una parte no despreciable de los casos tratados en este conjunto (en razón a que, a primera vista, se advierte una similitud en las formas comisivas empleadas en un delito electoral y en una figura común de coacción, falsedad, fraude o daño) ni siquiera se cumplen las exigencias típicas que sostienen la punibilidad de estas últimas, de forma que su identificación o vinculación en los términos antes señalados no pasa de ser consecuencia de una aproximación meramente superficial o carente de rigor[58]. Así por ejemplo sucede cuando se identifica una falsedad punible tras la tipificación de la confección de un acta de escrutinio de una mesa que no funcionó[59], en tanto se trata de casos de forjamiento de un documento privado, impune con carácter general acode al régimen penal común[60]. Otro tanto sucede con quien altera u omite el ingreso de los resultados electorales en el correspondiente sistema informático[61], usa certificaciones privadas falsas para acredi-

[55] art. 136 Nº 2) de la Ley 18.700.

[56] art. 136 Nº 5) de la Ley 18.700.

[57] Art. 136 Nº 4) de la Ley 18.700 y art. 54 de la Ley 18.556.

[58] Maldonado (2018) p. 720.

[59] Art. 136 Nº 3) de la Ley 18.700.

[60] Garrido Montt (2000) pp. 77-78. Se reconoce una tendencia a modificar el criterio en Matus y Ramírez (2021b) pp. 272-273, al menos en relación a particulares.

[61] Art. 135 de la Ley 18.700. Ver, asimismo, el art. 175 bis del mismo cuerpo legal, sobre el sujeto activo.

tar impedimentos para cumplir funciones[62] o incurre en falso testimonio a la hora de patrocinar candidaturas independientes[63], pues salvo casos de ejecución excepcionales, también se trata de comportamientos impunes acorde a la reglamentación penal general. Y es en este sentido que desde hace un tiempo la doctrina ha afirmado que, por ejemplo, la noción de falsedad que se ocupa en el contexto de estos delitos más amplia que la de uso común en la ley penal general, asimilándose a cualquier forma de *falseamiento de la verdad*[64]. Y no se trata solo de un problema referido a los acotados términos bajo los cuáles se proscriben los delitos asociados a actos de falsedad. Lo propio sucede con quien perturba el orden de ciertos lugares en que funciona una mesa, colegio escrutador o junta electoral[65]; ofrece pagos u otros beneficios a un elector para inclinar su opción de voto en un determinado sentido[66] (en relación al cohecho[67]); o con el notario que autoriza el patrocinio de candidaturas sin verificar la comparecencia personal de quienes suscriben[68].

Lo mismo se puede advertir en otros de los supuestos equivalentes a consecuencia de la interpretación que cabe asignar a los elementos o propiedades típicas de los delitos electorales con base en el bien jurídico o interés protegido antes reseñado, toda vez que su consideración a efectos teleológicos lleva a sostener una estructura típica que difiere en aspectos esenciales de aquella que caracteriza a la figura común con la que presenta similitud[69]. Basta aludir al caso ejemplar que propone el delito previsto respecto de quien se apropia de una urna con votos no escrutados[70], pues poco hay en su contenido que permita concebirlo como un atentado a la propiedad o como un comportamiento asociado a lucro, resultando completamente forzoso llegar a asimilarlo a un delito de hurto. Y es que lo relevante de este caso no radica en la sustracción de la materialidad del objeto típico (la urna) o de las papeletas o cédulas que haya en él, sino en el hecho de que se trata de un comportamiento que impide la contabilización de las preferencias o votos que contiene. Con ello, cualquier semejanza con la estructura del hurto resulta completamente forzada. Lo propio sucede con el caso de quien impide a otro sufragar mediante la

[62] Art. 140 de la Ley 18.700.

[63] Art. 128 de la Ley 18.700.

[64] Peñaranda (1986) p. 1144 a 1146. Lo propio sucede con la noción de fraude como se destaca en Galeano (2011) p. 553 y por Gálvez y Rubio (2007) p. 125.

[65] Art. 131 de la Ley 18.700.

[66] Art. 137 inciso primero de la Ley 18.700.

[67] Peñaranda (1986) p. 1220. Ver asimismo, en relación al origen histórico de esta figura (para colmar una "laguna" de impunidad) Betanzos (2012) p. 110.

[68] Art. 129 de la Ley 18.700. Al respecto conviene detallar que el caso regulado no coincide con ninguna de las formas de falsedad documental descrita en el Código penal chileno, ni con el caso regulado en el art. 443 del Código Orgánico de Tribunales. Sobre esto último, véase Mayer y Vera (2021) pp. 15 y ss.

[69] Maldonado (2018) p. 720, con detalle de ejemplos. Resulta también ilustrativa su exposición de Rodríguez Rodríguez (2006) p. 10.

[70] Art. 136 Nº 5) de la Ley 18.700.

sustracción de su cédula de identidad[71] y con la sanción prevista para quien sustrae el padrón de una mesa, el acta de escrutinio o la cédula electoral y respecto a quien los destruye[72], esta vez en relación al delito de daño. Inclusive también cuenta en relación a este último delito el caso de quien adultera o modifica los términos de un acta de votación[73].

Si bien en todos estos supuestos lo dicho lleva a la exclusiva aplicación de la correspondiente figura electoral, en un resultado que coincide con el que se propone por la aproximación tradicional, no hay que perder de vista que existen implicancias diversas en uno y otro caso, acorde a los fundamentos que sustentan dicha conclusión. Así, lo primero a tener en cuenta es que, de existir un concurso aparente de leyes penales (resuelto por "especialidad"), habría que dar lugar al reconocimiento de efectos residuales y al resurgimiento de la ley desplazada en todos aquellos supuestos en los que no procede aplicar la figura electoral[74], lo que resulta improcedente acorde a lo que hemos sostenido. Ello debe ser resuelto de esa forma por la sencilla razón de que los delitos de carácter común a los que se alude no concurren en ningún sentido, ni siquiera en uno aparente o meramente formal. Se podrá advertir que esta conclusión es particularmente relevante en este ámbito, por la habitual tendencia establecer medidas y recursos complementarios a la regulación penal orientados a favorecer la estabilidad del resultado electoral y reducir al máximo cualquier potencial fuente de incertidumbre[75]. Para ello se recurre usualmente a la regulación de breves plazos de prescripción[76], a condiciones de punibilidad o

[71] Art. 136 Nº 8) de la Ley 18.700.

[72] Art. 136 número 4) de la Ley 18.700.

[73] Si bien la idea de falsedad se puede expresar a través de conductas que tienen diversa naturaleza, lo relevante es que en todos los casos se busca alterar el justo equilibrio que debe existir entre intención de voto y resultado electoral. Al respecto, Muñoz Conde (1983) p. 479.

[74] Para un sector creciente de la doctrina el concurso aparente de delitos se plantea en torno a la aplicabilidad de las reglas de sanción contenidas en las proscripciones penales y no como casos relativos a la interpretación de los tipos (como sostiene la perspectiva más tradicional). Sobre ello, con detalle, Maldonado (2020) pp. 496-508. Para esta corriente una ley especial solo excluye la regla de sanción de la ley general y no a sus demás efectos (residuales) y solo en la medida en que sea realmente "aplicable" al caso. Si no es así, por motivos ajenos a las exigencias típicas, se debiera dar curso a la ley general (común) que en principio había sido desplazada, por lo que "resurge" en sus efectos. Al respecto, por todos, Matus (2002) pp. 46 y ss. Con ello, el hecho debe ser sancionado por la norma común (o general) si concurren motivos que hicieren inaplicable la ley especial (como la prescripción o el indulto) y se deben considerar igual las circunstancias modificatorias que el legislador pudiese haber previsto solo respecto de la ley general o común aún y cuando la pena se regule por la ley especial. Sobre todo ello, con detalle, Maurach, Gössel y Zipf (1995) p. 557; Roxin (2014) pp. 1018 a 1021; Mir Puig (2005) p. 639; Peñaranda (1991) p. 67. En Chile, Matus (2002) *passim*.

[75] Al respecto, Maldonado (2018) p. 701. A nivel general (referido a los diversos ilícitos que se interpretan como actos de corrupción política), Doval (2014) pp. 43 y 48-60; Nieva (2013) pp. 18 y ss.; De la Mata (2016) p. 21.

[76] La regulación chilena no es la excepción pues en la amplia mayoría de los demás delitos vinculados a las elecciones, dicho plazo se extiende solo a 1 año de duración (art. 163 DFL 2, de 2017).

procesabilidad[77] o, finalmente, al indulto o amnistía[78], todo lo cual amplia la posibilidad de que los delitos en cuestión no se lleguen a aplicar y que se cuestione la procedencia de la figura común a la que se parecen. Se trata de hipótesis o institutos que por lo demás resultan plenamente coincidentes aquellos en los que se reconoce o debate el mentado efecto de resurgimiento[79].

Por otro lado, también son diversas las consecuencias en materia de participación criminal, al menos en las figuras que se definen en forma particular con base en la exigencia de una cualidad o cualificación en el sujeto activo[80], muy usuales en este ámbito con base en los roles más característicos de los actos eleccionarios (vocal de mesa, miembros de colegio escrutador, administrador electoral, etc.)[81]. De ser ese el caso, corresponde reconocer en dichas figuras el estatus de un delito especial en sentido propio y regular a partir de ellos las consecuencias aplicables a quienes hayan intervenido, en lugar de recurrir al régimen diferenciado que se propone de manera uniforme para aquellos que solo reciben dicha calificación (como figura "especial") en sentido impropio[82], que sería lo procedente –y errado– acorde a la perspectiva tradicional.

Lo más relevante sin embargo, es que permite advertir que en los demás casos, esto es, en los que si se satisfacen las exigencias de incriminación de un tipo próximo similar y común, lo que corresponde es afirmar un auténtico o efectivo concurso de delitos y no uno "aparente". Ello es así pues la atribución de efectos con base en el sentido de injusto que es propio y particular de un delito electoral no supone dejar de considerar a aquél que subyace a la correspondiente figura común, por la sencilla razón de que se cumplen todas las respectivas exigencias de incriminación. Así sucede por ejemplo en el caso de quien impide a otro sufragar en forma

No obstante, hace excepción el caso de los delitos referidos a financiamiento electoral (contenidos en el DFL 3 de 2017). Si bien prescribían históricamente en el mismo término el lapso fue modificado temporalmente, entre el año 2017 y hasta 2021, a fin de extenderlo a 2 años, para, finalmente, quedar sujetos a una duración igual a la establecida en las reglas generales (Ley 21.333). Esto último constituye la tendencia más reciente (Dopico (2015) p. 260).

77 En este mismo sentido la regulación chilena establece una condición inicial de carácter procesal para los delitos referidos a financiamiento electoral o de partidos. En concreto, solo se pueden perseguir si hay denuncia o querella previa del Servicio Electoral (art. 32 del DFL 3 de 2017).

78 La regulación chilena ofrece una limitación a este respecto, en cuanto se establece la improcedencia del indulto particular. Al respecto, art. 159 del DFL 2 de 2017 (Ley 18.700).

79 Junto a los casos de prescripción (si el plazo correspondiente al delito especial es más breve) y a la amnistía, se mencionan las condiciones de procesabilidad y los casos de desistimiento efectivo. Por todos, Maurach, Gössel y Zipf (1995) p. 557; Matus (2002) pp. 43 y 44. Para ejemplos adicionales, Palma (2004) p. 233. En ciertos casos o efectos lo dicho se discute, en especial tratándose de delitos especiales privilegiados. Al respecto García Alberó (1995) p. 196; Matus (2002) pp. 55 y ss.

80 Se destaca en el análisis concreto en Cruz Blanca (2013) p. 11; Muñoz Conde (1983) pp. 465 y ss.

81 Maldonado (2018) pp. 706-708.

82 Al respecto, con carácter general, se resume el estado actual del tema en Chile en Matus y Ramírez (2021a) pp. 503-504. Sobre los delitos electorales que comprometen el comportamiento de funcionarios, véase Muñoz Conde (1983) p. 469; Peñaranda (1986) p. 1128; Altes (1999) p. 174.

violenta o de quien procura condicionar su voto a través de una amenaza[83], pues en ambos supuestos se deberá sostener una concreta afectación a la posibilidad de afirmar que el escrutinio es expresión de las mayorías presentes en la comunidad y además se podrá identificar una concreta merma en la libertad individual o seguridad del interesado, quien se habrá visto impedido de expresar sus propias preferencias a voluntad. Por ello, junto al delito propiamente electoral se debiera sancionar la correspondiente coacción o amenaza, pues si se "desplaza" la figura común, el daño causado a la libertad de autodeterminación del votante quedaría sin (des)valorar, lo que vulneraría el principio de exhaustividad ("*qua delicta tot poenae*")[84]. Lo mismo pasa con varios otros delitos como por ejemplo sucede con el previsto para quien suplanta a un elector o lo sustituye de alguna otra forma en el acto de votación[85], en relación a la usurpación de identidad[86].

Con ello, una revisión detallada de estas figuras en la perspectiva señalada permite concluir que solo en unos pocos casos se puede realmente sostener un auténtico concurso aparente de leyes penales y muy pocas de ellas con base en una relación de especialidad. En particular, ello se limita a los supuestos en que la figura común se vincula a la protección de una función de genérica que se concretiza o cumple algún tipo de papel específico en el curso de una contienda electoral, como la fe pública, la integridad de un sistema informático o tras el ejercicio de roles públicos[87]. Así sucede, por ejemplo, cuando se altera la información del registro electoral, padrón electoral o de mesas o datos del registro electoral[88] o se hace lo propio con el padrón de una mesa, acta de escrutinio o cédula electoral[89] ejecutando para ello un acto de falsedad documental punible o incurriendo en una falsedad

[83] Art. 136 ley 18.700.

[84] Al respecto véase Maldonado (2016) pp. 579-581 y Mañalich (2011) p. 143. Las expresiones señaladas suelen también ser utilizadas en un sentido equívoco, en alusión al llamado principio de acumulación ("*tantas penas como delitos cometidos*"). Al respecto, Sanz Morán (2012) p. 46; Ortiz y Arévalo (2013) pp. 317 y 346.

[85] Art. 136 ley 18.700. Esta última hipótesis permite además corroborar que lo relevante no radica en la materialidad del voto ni en la incidencia que pudiese tener en el resultado específico del escrutinio de la correspondiente mesa. De hecho, es claro que la sanción procede aun y cuando el voto de quien suplanta llegue a coincidir con la preferencia del elector sustituido. Con ello, se confirma que no se trata de proteger esta última expresión individual, sino la certeza que es posible predicar respecto a la correspondencia entre el resultado de la elección y la auténtica voluntad del electorado.

[86] Art. 214 del Código penal. El hecho de verse privado de la posibilidad de manifestar su preferencia evidencia una concreción del riesgo propio de este delito. Al respecto Etcheberry (2015) Tomo IV p. 200-201.

[87] Sobre el carácter funcional de esos delitos, Rojas (2017) pp. 80 y 165-166; Vera (2023) pp. 98-107 y 134-138, en relación a la falsedad; Malamud (2024) pp. 34 y ss., en relación a la integridad de un sistema informático.

[88] Art. 54 ley 18.556.

[89] Art. 136 ley 18.700.

informática[90]. Lo mismo, si se procede a destruir dichos datos informatizados[91] y en todo caso relativo a la usurpación de funciones (art. 213 del Código penal) en relación a las que son propias del procedimiento electoral, como las de delegado de una junta electoral o miembro de una mesa o colegio escrutador[92]. Y es bastante decidor que, por sobre ello, solo se pueda advertir este tipo de relación concursal ("aparente") en los delitos respecto de los cuales carece de toda relevancia el bien jurídico en cuestión, por tratarse de conductas que en modo alguno provocan una alteración en las condiciones de igualdad que debiesen caracterizar al proceso electoral ni se obstaculiza la posibilidad de sostener que sus resultados responden a la soberanía expresada en las urnas. Así por ejemplo ocurre con el delito aplicable a quien percibe indebidamente los bonos correspondientes a la función de vocal de mesa, miembro o secretario de colegio escrutador (por no haber cumplido o servido dichas funciones[93]) y el que se aplica a quien no devuelve los útiles, sobres, actas o registros dentro del plazo legal previsto[94], en cuanto se trata de conductas que carecen de incidencia en el curso, desarrollo o desenlace de una elección y que, por ello, constituyen solo de formas "especiales" de fraude de subvenciones y apropiación indebida, respectivamente.

3.3 Pluralidad de delitos electorales ejecutados en un mismo proceso eleccionario.

Algo más complejo es el escenario que propone la ejecución de una pluralidad de formas delictivas de diversa configuración asociadas a la categoría en cuestión en el marco de un mismo proceso electoral. Y todo indica que acá también hay que diferenciar. Un primer caso-problema se plantea en las situaciones en que se puede constatar una concurrencia delictiva heterogénea (diversos tipos de delito) en supuestos de pluralidad de hecho. Así por ejemplo sucedería si un adherente muy comprometido con una determinada campaña alcaldicia ofrece beneficios económicos a todos quienes laboran en su empresa para que la apoyen con su voto[95]. Si días más tarde insta además a algunos de ellos a que alteren su domicilio electoral efectivo[96] ofreciéndoles incluso costear medios de desplazamiento a la localidad correspondiente. Y si, por sobre ello, en un tiempo posterior, el mismo individuo presiona a los empleados que gozan de una menor estabilidad laboral para que no voten a los mismos efectos, advirtiéndoles seriamente que perderán su puesto de trabajo. Finalmente, procede a aportar parte de sus ingresos en favor de la publicidad de la

[90] Conforme detalla el art. 5 ley 21.459.

[91] Art. 54 ley 18.556, en relación al delito previsto en el art. 4 ley 21.459 ("Ataque a la integridad de datos informáticos").

[92] Art. 136 Nº 6) de la Ley 18.700.

[93] Art 139 ley 18.700.

[94] Art. 134 ley 18.700.

[95] Art. 137 inciso primero, Ley 18.700.

[96] Art. 54 de la Ley 18.700.

respectiva campaña por sobre el límite de lo tolerado penalmente[97]; y organiza finalmente una rendición de cuentas orientada a obtener una devolución pública de gastos superiores a los auténticamente realizados[98]. En este tipo de casos las opiniones más tradicionales deberían identificar un concurso real de delitos[99], a ser sancionado bajo el régimen de acumulación material de penas previsto en el artículo 74 del Código Penal. Y sería así, pues se trataría de la ejecución de varias formas delictivas de diversa naturaleza (cohecho electoral, acarreo de votantes, coacción electoral, financiamiento ilegal de campañas políticas y falsedad en las rendiciones de cuentas) y, con ello, de ilícitos de diversa especie[100].

Frente a ello hemos ya expuesto las razones que nos llevan a sostener que buena parte de dichos delitos deben identificarse con la protección de un mismo y único bien jurídico, de forma que corresponde reconocer que se trata de delitos que comparten una naturaleza en común. Con ello, su ejecución en supuestos de pluralidad de hecho debiese dar lugar al uso de la regla penológica prevista para la reiteración delictiva en el artículo 351 del Código procesal Penal, por la sencilla razón de que se trataría de ilícitos "de la misma especie" en los términos que regula el inciso final de dicha disposición[101]. Por esta razón, solo se podría sostener un tratamiento acumulativo, en los ejemplos citados, en relación a la sanción que corresponde aplicar por el delito de uso de antecedentes falsos en la rendición de cuentas, pues es el único entre todos los ilícitos referidos que presenta un contenido de injusto de diversa clase (propio del fraude de subvenciones[102]) y sin perjuicio de los efectos penológicos que además corresponde considerar en virtud de los demás ilícitos comunes –no electorales– concurrentes, acorde a lo señalado en el párrafo precedente (como la amenaza o la coacción).

Un segundo caso-problema dice relación con la posibilidad que ofrece esta identidad o unidad de base para considerar que el conjunto de comportamientos desplegados en torno a un mismo proceso electoral han sido ejecutados en unidad de hecho, sea en torno al supuesto que da forma al concurso ideal de delitos o, más precisamente, a los efectos de llegar a sostener una única realización delictiva (esto es, como un caso de unidad de acción o una especie de delito continuado)[103]. La primera de esas situaciones no parece de suyo problemática, especialmente cuando se trata de la concurrencia de diversas formas delictivas (concurso heterogéneo). En primer lugar –en lo que ahora nos ocupa– pues no parece que la opinión que se

[97] Art. 30 inciso primero, DFL Nº 3 de 2017.

[98] Art. 31, DFL Nº 3 de 2017 y art. 470 Nº 8 del Código penal.

[99] En este sentido, por todos, Muñoz Conde (1983) p. 470.

[100] Por todos, Ortiz y Arévalo (2013) p. 334-335.

[101] Idem.

[102] Con detalle, Maldonado (2024) *passim*. Así se califica en la Historia de la ley 20.900 que crea la figura. En especial ver la opinión de Matus y de la asesora de Segpres Valeria Lübbert, en p. 556.

[103] El término "unidad de hecho", se ocupa a ambos efectos. Caruso (2018) pp. 23-24; Caramuti (2018) p. 40; García Alberó (1995) p. 121; Zaffaroni (2002) p. 857.

tenga sobre el bien jurídico o sobre la naturaleza del injusto de las diversas infracciones proponga alguna diferencia en el tratamiento que cabe asignar a este respecto. Cualquiera sea el caso, se debería sostener que procedería el régimen de absorción agravada de penas previsto para el concurso ideal de delitos en la regla prevista en el art. 75 del Código Penal. Y además, por sobre ello, el que dicha calificación se debiera siempre descartar pues la posibilidad de llegar a configurar un concurso ideal pasa por la utilización de algún criterio que sea idóneo para interpretar el lapso que va desde el inicio de la respectiva campaña hasta el término del escrutinio como un contexto que pueda contar como una unidad de hecho, en los términos del "concurso ideal", opción que no parece favorecerse por ninguna de las opiniones sostenidas en el medio nacional más allá de que sean varias y diversas[104]. Así, es claro que no se podrá advertir un vínculo de necesidad o indivisibilidad entre los diversos ilícitos potencialmente ejecutados en una misma definición electoral o comicio (extensivo además a la respectiva campaña)[105], ni será factible sostener que han podido ser evitados conjuntamente[106]. Y tampoco resulta claro que dicho contexto pueda ser inequívocamente interpretado como una unidad fáctica que valga como forma de ejecución simultánea, por la vaguedad que caracteriza a este tipo de planteamientos acorde a la doctrina más tradicional[107]. La única fórmula que podría resultar idónea a dichos efectos se identifica con planteamientos de corte subjetivo (como la unidad de propósito o de dolo) prácticamente abandonados en la actualidad[108]. Con ello, parece claro que la concurrencia en torno a una misma campaña o elección en caso alguno puede ser calificada como concurso ideal, al menos por ese solo hecho.

[104] Maldonado (2021) p. 136. Obviamente, otro tipo de supuestos de concurrencia podrían llegar a satisfacer el concepto. Por ejemplo, si la coacción o cohecho se efectúa por parte del dueño de una empresa a todos los operarios en un único acto, se podría llegar a sostener con mayor facilidad una unidad de contexto de la mano de teorías empíricas. Y lo mismo sucedería con quien logra suplantar a varios electores en una misma mesa en un lapso breve de tiempo o realiza en un solo acto diversas transferencias para materializar aportes a una pluralidad de organizaciones de campaña por sobre el límite de los penalmente permitido.

[105] Garrido Montt (2022) p. 455; Etcheberry (2015) Tomo II, p. 120; Labatut (1983) p. 173; Muñoz Conde (1986) p. 359 y 362.

[106] Mañalich (2018a) p. 188; Mañalich (2018b) p. 85.

[107] Maldonado (2021) pp. 140-141. Es tan correcto advertir una ejecución "simultánea" en relación al día de las elecciones, a aquél en que se ejecuta cada uno de los ilícitos (diverso por ello, en cada caso) o al proceso completo que comprende la elección, sin que la alusión al criterio entregue elementos de juicio que permitan circunscribirlo a esto último. Con detalle, Maldonado (2021) p. 139-141. En mi caso personal sostengo una propuesta próxima que me parece que sortea adecuadamente dichas observaciones. Véase Maldonado (2021) pp. 148 y ss.. Por sobre ello, y a los efectos que importan acá, tampoco sirve para llegar a sostener que en los casos propuestos en el texto concurra una unidad de hecho.

[108] Maldonado (2021) pp. 143-144. La única excepción se identifica con el planteamiento propuesto hace poco por L. E. Rojas. Al respecto, véase Rojas (2021) pp. 290 y ss.

Dicho esto, lo que realmente resulta problemático en el caso de quienes incurren en diversos delitos en un mismo proceso electoral se vincula a la posibilidad de interpretarlos en conjunto como una única ejecución delictiva. Esto es, como un solo delito. En este sentido cobra desde ya relevancia la alusión que la doctrina propone para considerar una única realización delictiva tras los casos en que se puede identificar una "ejecución sucesiva del tipo"[109]. El concepto aplica a hipótesis que se configuran a partir de una serie de actos secuenciales que individualmente materializan formas de ejecución del mismo tipo o clase de infracción y que presentan como elemento distintivo el que su realización, caso a caso, provoca un incremento progresivo de carácter cuantitativo en la lesión del bien jurídico. Se concluye por ello una misma y única lesión incrementada progresivamente a través de cada hito que compone el conjunto y no una diversa o adicional correspondiente a cada uno de ellos[110]. Así se resuelve el sencillo y tradicional caso de quien recibe numerosas puñaladas que finalmente le provocan la muerte, el de quien incurre en diversos actos de sustracción material para hacerse del contenido completo de una mochila pero también el de quien a través de varias operaciones sucesivas, separadas en el tiempo y de diversa naturaleza, realiza un supuesto propio del lavado de activos (o blanqueo de capitales).[111] Se podrá ver que el reconocimiento, uso o las posibilidades de aplicación de esta fórmula depende esencialmente de que la forma de afectación que se desprenda de la ejecución de los respectivos delitos que forman el conjunto provoque efectos que admitan una acumulación ascendente o, si se prefiere, una progresión gradual en la lesión de un mismo y único bien jurídico. Y el caso es que no resulta demasiado complejo identificar algo similar en una buena parte de las conjunciones que se pueden presentar en este ámbito[112]. Así por ejemplo sucedería con quien realiza diversos aportes en especie para múltiples y sucesivas actividades de difusión de una campaña cuyo monto supera el límite de lo penalmente permitido, pero también tras quien presiona en términos coercitivos la opción de voto a un conjunto de potenciales electores u ofrece pagos o beneficios para ello, aun y cuando dichas conductas –cualquiera– sean ejecutadas varias veces y en ocasiones diversas durante el curso de desarrollo de una misma campaña o contienda electoral.

A este respecto hemos ya destacado que lo importante no radica en la "acumulación" o sucesión progresiva de las incidencias que dichos comportamientos

[109] Al respecto véase Jescheck y Weigend (2014) p. 1063; Mañalich (2005) p. 1031; Wessels (2018) p. 239. En el mismo sentido Roxin (2014) p. 953. La noción se asocia a una definición de unidad típica de acción "en sentido amplio".

[110] Por todos, Caruso (2018) pp. 27-28.

[111] Por todos, Caruso (2018) pp. 113 y ss.

[112] A este respecto se debe tener en cuenta además que en modelos comparados (en concreto, en Alemania) se advierte una tendencia favorable al uso de este tipo de aproximaciones, a los efectos indicados, en ámbitos de desempeño que se desarrollan en torno a ciclos, como sucede en operaciones económicas o productivas y con el conjunto de operación que confluyen en torno al tráfico de drogas. Al respecto, con detalle, Caruso (2018) pp. 103-105. Y parece claro que ello también concurre en torno al desarrollo y curso de los procesos eleccionarios.

pudiesen llegar a tener sobre los resultados del escrutinio, sobre la votación de los electores o en la libertad con que se emiten sus preferencias. No hay que olvidar que la punibilidad de los delitos electorales no está condicionada, bajo la perspectiva que sostenemos, a ningún tipo de efectos materiales como los señalados[113]. Lo importante en la aplicación de estos delitos dice relación con la merma que las conductas sancionadas generan respecto a la credibilidad o certeza que se puede predicar de los comicios en atención a que da cuenta de hitos que quebrantan las reglas de igualdad de acceso y participación[114]. Con ello, se torna difícil asumir sus conclusiones como las propias de una instancia que refleja de forma auténtica o genuina las preferencias de todos y cada uno de quienes han debido participar en ellos. Siendo así, dicho efecto condiciona la estructura e interpretación de cada infracción electoral y determina la posibilidad de una valoración unitaria del conjunto por efecto de la sumatoria de incidencias emanadas de una ejecución sucesiva y reiterada de conductas equivalentes[115].

Por esta razón nada hay en lo dicho que lleve a circunscribir esta conclusión en torno a casos de ejecución homogénea, esto es, solo de aquellos que se estructuran a partir de la ejecución reiterada del mismo tipo de infracción o de una muy próxima. El incremento o progresión en la lesión puede perfectamente tener lugar con base en la realización de diversas formas de infracción punible, esto es, configurarse en base a diferentes clases de delitos electorales, en la medida que se trate de comportamientos que reflejen o den cuenta de un mismo modo de afectación (que se incrementa gradualmente). A dichos efectos se alude en doctrina a la idea de una "ejecución iterativa de tipos penales", en paralelo a los casos de ejecución sucesiva[116], usualmente utilizada por la jurisprudencia alemana en torno a casos como el que ofrece la reali-

[113] La incidencia en los resultados puede ser relativa, poco relevante en términos comparativos o nula e igual procede identificar una realización punible. Por eso es que -por ejemplo- el cohecho electoral se sanciona incluso si no es aceptado o si el votante a fin de cuentas, sufraga por una opción diversa de la que justificaba el pago. Por lo mismo, también se aplican los delitos aludidos en los ejemplos citados aunque la campaña financiada irregularmente no logra ningún tipo de difusión (por ejemplo, si asisten muy pocas personas) o si los electores coaccionados o sobornados no llegaren siquiera a votar. De hecho, los delitos se aplican incluso si la opción que favorece su comisión resulta electa y por amplio margen, muy superior a la potencial incidencia que ellos podrían haber tenido, a pesar de que resultaría claro que los delitos ejecutados no alteraron las mayorías representativas. Sobre ello, con detalle, Maldonado (2018) pp. 735-736. Por esta razón es que estas hipótesis delictivas no presentan individualmente una entidad o gravedad muy diversa a la que sugieren otras igualmente punibles, relativas al empleo de medios que impactan en términos más amplios en dichos resultados. Así, por ejemplo, tras la sustracción de la urna una vez concluidos los comicios -ejecutada a fin de evitar que se contabilice un número importante de votos- la falsificación, adulteración o destrucción de una acta completa de datos del registro de votaciones o del padrón electoral.

[114] Maldonado (2018) pp. 733-735.

[115] En términos similares la doctrina destaca la importancia de una adecuada interpretación "de parte especial" en casos de unidad delictiva o de delito continuado. Así, Caruso (2018) p. 24; Cuerda (1997) pp. 353-354; Escuchuri (2004) p. 396; Roxin (2014) pp. 948-949; Zaffaroni (2002) p. 861.

[116] Jescheck y Weigend (2014) p. 1063; Roxin (2014) p. 950; Mañalich (2005) p. 1031.

zación de numerosas y diversas infracciones de tránsito en una misma conducción, reconocida en la medida en que tengan en común el quebrantamiento del mismo tipo de reglas (como las que norman el derecho preferente de paso)[117].

En el fondo, se reconoce que tras estos casos la decisión del legislador de recurrir a tipos penales diferentes (esto es, enunciados o "artículos" diversos) responde en exclusiva al razones formales o de técnica regulativa, a través de lo cual se termina por aludir a un conjunto de formas verbales diferentes que no obstante responden a las mismas razones fundantes de la decisión de incriminación[118]. Así, de lo que se trata es de advertir que el legislador ha privilegiado un mención casuística o particularizada de formas muy específicas de comportamiento por sobre el recurso más tradicional a una definición más genérica, centrada en las propiedades esenciales de lo que se desea proscribir. Se trata de un recurso o técnica regulativa relativamente usual en los tiempos que corren, cuya corrección o conveniencia resulta discutible[119], y que responde generalmente a la pretensión de alcanzar una mayor precisión o cobertura en las descripciones de delito a fin de evitar vacíos, lagunas o interpretaciones que las favorezcan[120]. Por ello, suele dar lugar a farragosas y recargadas descripciones compuestas por una multiplicidad de conductas muy precisas y acotadas, tratadas como alternativas equivalentes de comisión, sea que se encuentren contenidas en un mismo enunciado o a través de varios de ellos[121]. Y es un hecho que estas particularidades resultan distintivas en casos como los que ahora nos ocupan, caracterizados por un tratamiento disperso y casuístico de expresiones verbales que muchas veces admiten ser interpretados como formas alternativas de provocar un mismo efecto lesivo[122]. Así, quien actúa para impedir el voto de diversos electores de una misma circunscripción puede para ello alterar el correspondiente padrón, sustraer las cédulas o papeletas que deban utilizar, impedir el ejercicio de ciertas funciones[123], o causar desórdenes públicos que obliguen a cerrar el recinto donde debiesen sufragar[124], provocará con cada una de esas formas el mismo tipo de

[117] Frister (2016) p. 674. Asimismo, Wessels (2018) p. 541. Mismo ejemplo se cita en Roxin (2014) pp. 956-957. Críticos, Hilgendorf y Valerius (2018) p. 320.

[118] Sostiene la misma conclusión en este ámbito Puente Aba (2017) p. 126, si bien en alusión a la posibilidad de sostener un delito continuado.

[119] Véase, por ejemplo, Mayer y Vera (2021) pp. 8 y 9.

[120] Matus y Ramírez (2021a) pp. 481 y 497 (respecto de ciertos tipos previstos en la Ley 20.000).

[121] Por algo se trata de una construcción teórica asociada a la apreciación o sentido social del conjunto de lo realizado y que cuenta con connotados autores de referencia que lo respaldan. Al respecto, Frister (2016) p. 672.

[122] En el caso de la regulación electoral la literatura advierte una tendencia constante a incorporar nuevas y particulares formas delictivas casi anecdóticas luego de cada proceso electoral, tendencia que contribuye a una mayor dispersión y casuismo. Al respecto, véase Malem Seña (2000) p. 26. En este mismo sentido Betanzos (2012) p. 110; Galeano (2011) p. 539.

[123] Orts (1977) p. 278.

[124] La conducta se interpreta como una forma de coacción a los electores. Gálvez y Rubio (2007) p. 119; Maldonado (2018) p. 742; Muñoz Conde (1983) p. 478; Peñaranda (1986) p. 1231;

efectos sobre el desarrollo del proceso. Asimismo, quien actúe para modificar el resultado que emana del conteo puede para ello sustraer algunas urnas que contienen votos emitidos, modificar las actas, el registro o falsear el ingreso de datos al mismo, con un resultado que en definitiva es del todo similar. Por el contrario esto último no se advierte tras el comportamiento del empresario al que se alude en el ejemplo antes citado, en tanto ejecuta formas de intervención que inciden de forma diversa en dicho desarrollo, sea actuando a través del voto de terceros (condicionando coercitivamente a sus trabajadores), del propio (al votar en dos o más ocasiones), alterando el registro del escrutinio y el acceso igualitario a contenidos de las diversas alternativas en juego (mediante el financiamiento irregular, penalmente relevante, de la campaña).

Finalmente, no quisiera culminar este apartado sin dejar constancia de tres consideraciones adicionales que me parece relevante destacar y que se desprenden o asocian directamente al desarrollo recién expuesto. En primer lugar, el que no parece posible fundar un tratamiento unitario como el que se propone con base en los recursos que ofrece el llamado delito continuado, a pesar de que se trata de casos que presentan una fisonomía próxima o similar a la que es propia de dicho instituto y que se trata de una modalidad que resulta más usual en nuestra práctica foral. Se trata, en efecto, de supuestos configurados a partir de diversos hitos que satisfacen individual, completa y autónomamente cada una de las exigencias típicas y objetivas requeridas[125]. No obstante, no hay que perder de vista que las razones antes expuestas favorecen un tratamiento unitario en supuestos en los que no se satisface ninguno de los criterios ofrecidos por la doctrina como vinculo de conexión o continuidad, pues no parece relevante la exigencia de dolo inicial y común, el que se haya aprovechado de una misma clase de circunstancias o que se haya fraccionado o dividido la ejecución a través de varios comportamientos de forma necesaria[126]. Por su parte, nada hay en dichos fundamentos que lleve a circunscribir el tratamiento unitario a supuestos de homogeneidad delictiva mientras que la continuidad delictiva suele estar asociada a casos de reiteración sucesiva de un mismo tipo penal[127]. De esta forma, si bien ambos institutos se orientan a la identificación de casos poco claros de unidad delictiva, todo parece indicar que la unidad de acción típica es la sede natural para el tratamiento de estas cuestiones, a riesgo de que terminar reconociendo efectos jurídicos diversos para casos afines.

Por su parte –en segundo lugar– también se debe descartar que la unidad en la ejecución se pueda sostener con base en la estructura que la doctrina atribuye a

[125] Lo único que resulta discutible es la exigencia de una cierta proximidad espacio temporal en las diversas realizaciones individuales. Cury (2007) p. 657; Etcheberry (2015) Tomo II, p. 111; Garrido Montt (2022) p. 442; Ortiz y Arévalo (2013) pp. 322 y 323). Frente a ello se sostiene que en este tipo de supuestos (electorales) la relación espacio temporal entre las diversas partes de la ejecución común se puede advertir en forma más laxa. Al respecto Roxin (2014) p. 954.

[126] Maldonado (2015) pp. 196-197, con las respectivas citas de referencia en cada caso.

[127] Cury (2007) pp. 654 y 657; Etcheberry (2015) Tomo II, p. 111; Garrido Montt (2022) p. 442; Ortiz y Arévalo (2013) pp. 322-323.

los llamados *delitos de emprendimiento*[128] o "*progresivos*"[129], a pesar de que se trata de supuestos asociados a la unidad de ejecución típica, que se configuran con base en una pluralidad de realizaciones que satisfacen tipos penales diversos y que se advierte entre ellos, igualmente, una relación progresiva "*de menos a más*" en la lesión del bien jurídico[130]. Lo relevante es que dicha categoría aplica a casos en los que se advierte dicha progresión a partir de una comparación en el contenido de los tipos penales concurrentes y no en base a su acumulación o al efecto que se adiciona a consecuencia de la secuencia o sucesión de los hitos que componen el conjunto[131]. Por ello estas categorías se ocupan para fundar una preferencia en favor de aquella figura que conlleva una mayor entidad en la lesión (o peligro) por sobre la aplicación de las demás y no de una valoración conjunta que recae sobre el total.

Finalmente, cabe tener presente que la consideración que cabe asignar a los eventuales intereses individuales comprometidos tras la comisión de delitos electorales en la forma o modalidad señalada, está condicionada y depende de que gocen de relevancia penal autónoma, la que, de ser el caso, tendía lugar al margen y con total independencia del carácter unitario del aquellos. Así, quien en una misma mañana se hace pasar por varios de electores en una mesa o conjunto de ellas materializaría una única realización del delito previsto en el art. 136 número 2) de la Ley 18.700[132], pero incurriría en tantos delitos de suplantación de identidad como sujetos hayan sido preteridos en su opción de voto (concurrentes, en forma adicional, bajo la regla de la reiteración de delitos). Sobre la misma base también habrá que reconocer tantas amenazas como sujetos hayan sido constreñidos con la advertencia seria de un padecimiento condicionado a no votar, por sobre la sanción que cabe aplicar por la comisión de un delito de los previstos en el art. 136 número 8) de la Ley 18.700[133]. Finalmente hay que concluir que esta imagen "plural" es del todo irreal y carece por completo de sentido si todas estas personas hubiesen sido sobornadas a los mismos efectos en lugar de constreñidas en su voluntad, por la sencilla razón de que se trata de un tipo de comportamiento que resulta irrelevante en el derecho penal común tratándose de relaciones entre privados.

3.4 El problema del concurso medial

Por último, corresponde abordar un tercer caso-problema referido a la posibilidad de identificar un concurso medial de delitos en este mismo tipo de supuestos

[128] Al respecto véase en el derecho chileno Alvarado (2011) p. 81. Próximo Matus y Ramírez (2021a) pp. 283 y 284 (con una noción más similar al planteamiento que hemos defendido).

[129] García Alberó (1995) pp. 123 y 124; Mir Puig (2005) p. 627.

[130] Etcheberry (1964) p. 20; Ortiz y Arevalo (2013) p. 359.

[131] Por algo se vincula también estos casos a los llamados "actos anteriores copenados". Al respecto, Calderón (1995) p. 144; Matus (2002) p. 35.

[132] "*El que suplantare la persona de un elector o pretendiere llevar su nombre para sustituirlo*".

[133] "*El que impidiere a cualquier elector ejercer su derecho a sufragar por medios violentos, amenazas o privándolo de su cédula nacional de identidad, pasaporte o cédula de identidad para extranjeros*"

(en que se incurre en una multiplicidad de formas delictivas homogéneas o heterogéneas en el curso de una misma elección). Dicha opción se torna plausible por el hecho de que parece sencillo identificarlos como conjunto a torno al logro o satisfacción de una misma finalidad: incidir en el curso de un mismo proceso electoral. Creemos sin embargo que esta opción debe ser descartada. Y no solo en los casos de concurrencia real, material o reiterada que no cumplen con las exigencias de que trata el apartado precedente[134]. Lo más importante –y decisivo– es que un concurso medial es estructura a partir de la constatación de una relación que vincula a diversas infracciones entre sí, esto es, a unas con otras, lo que no sucede en aquellos casos en que aquellas son ejecutadas para alcanzar un objetivo único y común que no se identifica con una hipótesis delictiva. En concreto, en dichos supuestos la vinculación de medio a fin se advierte entre los delitos ejecutados y el resultado de las elecciones mientras que un concurso medial –acorde a la definición propuesta por el legislador en el artículo 75 del Código Penal– se configura cuando uno o algunos delitos son ejecutados para favorecer la comisión de otro de ellos. Lo más usual por ello es que la comisión de diversos delitos electorales en estos supuestos propondrá nexos que conectan funcionalmente a todos y cada uno de los realizados en torno a un objetivo único y común de carácter final, que no se corresponde con ninguno de ellos en particular de forma que no se podrá afirmar que hayan sido ejecutados como medio o instrumento para la realización de otro, que es lo propio de esta hipótesis concursal.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

Altes Martí, Miguel Ángel (1999): "El delito electoral", *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario,* Nº 8: pp. 163-185.

Alvarado, Agustina (2011): *Delitos de emprendimiento en el Código Tributario* (Santiago, Librotecnia).

Betanzos Torres, Eber (2012): "Delitos electorales y procuración de justicia penal electoral", *Revista Justicia Electoral,* vol. 1, Nº 10: pp. 91-126.

Calderón Cerezo, Ángel (1995): "El concurso real de delitos y sus consecuencias punitivas", en Calderón Cerezo, Ángel (coord.), *Unidad y pluralidad de delitos* (Madrid, Cuadernos de Derecho Judicial), pp. 135-188.

Caramuti, Carlos (2018): *Concurso de delitos* (Buenos Aires, Hammurabi, tercera edición).

Cárdenas, Raúl (1973): *El concurso ideal para el Código Penal tipo para la América Latina*. (México, Ediciones Botas).

Caruso Fontán, Viviana (2018): *Unidad de acción y delito continuado* (Valencia, Tirant lo Blanch).

[134] Conviene a este respecto recordar que el concurso medial solo se puede sostener con base en delitos que inicialmente se presentan en una relación de concurrencia material, efectiva o real. Por todos, Ortiz y Arévalo (2013) p. 334. Se sostiene desde antiguo, Calderón (1995) pp. 146, 152 y 153.

Casero, Ramón (2016): *Interpretación de la norma jurídica: lógica, teleológica y analógica* (Madrid, Thomson Reuters-Aranzadi).

Cruz Blanca, María José (2013): "La protección penal del derecho a sufragio. Los delitos electorales", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología,* vol. 15: pp. 1-27.

Cuerda Riezu, Antonio (1997): "La unidad de delito en la jurisprudencia del TS", en Silva Sánchez, Jesús María (edit.), *Política criminal y nuevo derecho penal, Libro homenaje a Roxin* (Barcelona, Bosch), pp. 341-354.

Cury Urzúa, Enrique (2020): *Derecho Penal. Parte General*, Tomo I (Santiago, Ed. Universidad Católica de Chile, 11ª edición).

Cury Urzúa, Enrique (2007): *Derecho Penal. Parte General*, (Santiago, Ed. Universidad Católica de Chile).

De la Mata Barranco, Norberto (2016): "La lucha contra la corrupción política", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, vol. 18: pp. 1-25.

De Urbano Castrillo, Eduardo (2011): "Los delitos electorales, tras la reforma de 28 de enero de 2011", *Revista Aranzadi Doctrinal*, Nº 1: pp. 41-49.

Dopico, Jacobo (2015): "Aproximación a las necesidades de reforma legal en relación co la respuesta penal a la corrupción política", *Cuadernos Penales José María Lidón*, Nº 11: pp. 257-284.

Doval Pais, Antonio (2014): "Delitos de corrupción Pública: Indultos y Condenas", en Jareño Leal, Ángeles (Dir.), *Corrupción Pública: Cuestiones de Política Criminal (I)* (Madrid, Edit. Iustel), pp. 41-62.

Etcheberry, Alfredo (2015): *Derecho Penal* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

Etcheberry, Alfredo (1964): *El concurso aparente de leyes penales* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

Escuchuri, Estrella (2004): *Teoría del concurso de leyes y de delitos: bases para una revisión crítica* (Granada, Comares).

Faraldo Cabana, Patricia (2014): "La privación del derecho sufragio pasivo por delito electoral", *Revista Española de Derecho Constitucional*, Nº 101: pp. 159-179.

Faraldo Cabana, Patricia (2012): "Los Delitos Electorales", en Faraldo, Patricia (Dir.) y Brandariz, José Ángel (Coord.) *Comentarios a la Legislación Penal especial* (Madrid, Edit., Lex Nova y Thomson Reuters), pp. 175-281.

Fernandez, F. y Ojesto, J.F. (2007): "Delitos y faltas electorales", en Noholen, Dieter y otros (Comps.), *Tratado de Derecho electoral comparado de América Latina* (México, ediciones IIDH, segunda edición), pp. 1020-1071.

Frister, Helmut (2016): *Derecho Penal. Parte general* (Buenos Aires, Hammurabi, traducción cuarta edición Alemana).

Gálvez, Luis y Rubio, Pedro (2007): "El régimen de votación de las personas especialmente vulnerables y sus garantías, en particular la penal", *Revista Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, Nº 25: pp. 97-131.

Galeano, Juan Pablo (2011): "Delitos electorales", en Castro, C.: *Manual de Derecho penal. Parte especial* (Bogotá, Edit. Temis), vol. 2, p. 538-559.

García Alberó, Ramón (1995): *Non bis in idem material y concurso de leyes penales*. (Barcelona, Cedecs).

Garrido Montt, Mario (2022): *Derecho Penal. Parte General. Tomo II. Nociones fundamentales de la Teoría del delito* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, cuarta edición).

Garrido Montt, Mario (2000): *Derecho Penal. Tomo IV. Parte Especial.* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

Hilgendorf, Eric y Valerius, Brian (2018): *Derecho Penal. Parte General* (Buenos Aires, Ad-Hoc).

Jescheck, Hans Heinrich y Weigend, Thomas (2014): *Tratado de Derecho Penal. Parte general* (Lima, Instituto Pacífico, quinta edición).

Jiménez Diaz, M. J. (1994): "Delitos electorales. Su configuración según la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio", en Cobo, M. y Bajo, M.: *Comentarios a la Legislación Penal. Delitos electorales* (Madrid, Edit. Reus), Tomo XVI, pp. 1-85.

Labatut, Gustavo (1983): *Derecho Penal*, Tomo I (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, séptima edición).

Leohucq, Fabrice E. (2007): "¿Qué es el fraude electoral?. Su naturaleza, sus causas y consecuencias", *Revista Mexicana de Sociología*, año 69, Nº 1: pp. 1-38.

Malamud, Samuel (2024): "El delito de ataque a la integridad de un sistema informático" en, del mismo, *Delitos informáticos. Análisis dogmático y comentarios a la ley Nº 21.459* (Santiago, Tirant lo Blanch).

Malem Seña, Jorge (2000): "La corrupción política", *Jueces para la Democracia*, Nº 37: pp. 26-34.

Maldonado Fuentes, Francisco (2024): *Delitos relativos a los aportes públicos previstos para fines electorales*, Revista Política criminal, Vol. 19, Nº 37, pp. 215-249.

Maldonado Fuentes, Francisco (2022): "Apuntes metodológicos sobre el concurso de delitos" *Revista de Ciencias Penales*, 6 época, vol. XLVIII, Nº 1: pp. 13-48.

Maldonado Fuentes, Francisco (2021): "Unidad de hecho en el concurso ideal", *Revista Ius Et Praxis*, año 27, Nº 3: pp. 135-157.

Maldonado Fuentes, Francisco (2020): "Sobre la naturaleza del concurso aparente de leyes penales", *Revista Política Criminal*, vol. 15, Nº 30: pp. 493-525.

Maldonado Fuentes, Francisco (2019): "Delitos electorales", *Revista Ius et Praxis*, año 23, Nº 1: pp. 305-366.

Maldonado Fuentes, Francisco (2016): "Reiteración y concurso de delitos. Consideraciones sobre el artículo 351 del Código Procesal Penal a partir de la teoría general del concurso de delitos en el derecho chileno", en Cárdenas *et al.* (coords.): *El Derecho Penal como teoría y como práctica. Libro homenaje al Prof. Alfredo Etcheberry* (Santiago, Thomson Reuters) pp. 549-607.

Maldonado Fuentes, Francisco (2015): "Delito continuado y concurso de delitos", *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Valdivia*, vol. XXVIII, Nº 2: pp. 193-226.

Matus, Jean Pierre y Ramírez, Cecilia (2021a): *Manual de Derecho Penal chileno. Parte General* (Valencia, Tirant lo Blanch).

Matus, Jean Pierre y Ramírez, Cecilia (2021b): *Manual de Derecho Penal chileno. Parte Especial* (Valencia, Tirant lo Blanch).

Matus, Jean Pierre (2002): "La teoría del concurso aparente de leyes penales y el resurgimiento de la ley en principio desplazada", *Revista de la Universidad Católica del Norte*, Nº 9: pp. 27-68.

Mañalich, Juan Pablo (2018a): "El concurso aparente como herramienta de cuantificación penológica de hechos punibles", en Mañalich, Juan Pablo *Estudios sobre la fundamentación y determinación de la pena* (Santiago, Thomson Reuters), pp. 171-211.

Mañalich, Juan Pablo (2018b): "El principio *ne bis in idem* como estándar de derecho sancionatorio, en el derecho penal chileno", en, del mismo, *Estudios sobre la fundamentación y determinación de la pena* (Santiago, Thomson Reuters), pp. 67-103.

Mañalich, Juan Pablo (2011), "El principio *ne bis in ídem* en el derecho penal chileno", *Revista de Estudios de la Justicia*, Nº 15: pp. 139-169.

Mañalich, Juan Pablo (2005), "El concurso de delitos: bases para su reconstrucción en el derecho penal de Puerto Rico", *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, Nº 74: pp. 1021-1211.

Martí, Vicente y Muñoz Cuesta, Javier (2008): "Delitos electorales", *Diario La ley*, Nº 6887: pp. 1-17.

Maurach, Reinhart, Gössel, Karl Heinz y Zipf, Heinz (1995): *Derecho Penal. Parte general*, trad. Bofill Genzsch, Tomo II (Buenos Aires, Astrea).

Mir Puig, Santiago (2005): *Derecho Penal. Parte general* (Barcelona, Reppertor).

Morillas, Lorenzo (2021): "Doble dimensión penal de la contabilidad irregular en procesos electorales como forma de corrupción", en Morillas Cueva, Lorenzo (Dir.): *Respuestas jurídicas frente a la corrupción política* (Madrid, Dykinson), pp. 121-165

Morillas, Lorenzo (2019): "Delitos comunes en el desarrollo del proceso electoral -artículos 146,147,148,149 y 150", en Benítez Ortúzar, Ignacio (Dir.): *Corrupción electoral. Delitos e infracciones electorales* (Madrid, Dykinson), pp. 181-284.

Muñoz Conde, Francisco (1983): "Delitos electorales", en Cobo, M. y Bajo, M.: *Comentarios a la legislación penal*, Tomo II (Madrid, Edit. Reus), pp. 459-481.

Náquira, Jaime y Salim-Hanna, Roberto (2021): "De la corrupción en los procesos electorales y de los partidos políticos: marco jurídico-penal en Chile", en Morillas Cueva, Lorenzo (Dir.): *Respuestas jurídicas frente a la corrupción política* (Madrid, Edit. Dykinson), pp. 803-825.

Nieva Fenoll, Jordi (2013): "Proceso penal y delitos de corrupción", *Revista InDret*, Nº 2: pp. 1-22.

Nino, Carlos (1972): *El concurso en el derecho penal: criterios para clasificar los casos de varios hechos o de varias normas en la calificación penal de una conducta* (Buenos Aires, Astrea).

Nogueira, Humberto (2012): *Derecho Constitucional chileno* (Santiago, Edit. Thomson Reuters).

Ortega, Claudia (2007): "Legislación electoral y sanción penal", en *Boletín Delitos Funcionarios del Ministerio Público*, Nº 5: pp. 30-38.

Ortiz, Luis y Arévalo, Javier (2013): *Las consecuencias jurídicas del delito* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

Orts, E. (1977): "Consideraciones críticas en torno a los tipos penales del Real Decreto-Ley 20/1977, de 18 de marzo, sobre normas electorales", *Cuadernos de Política Criminal,* Nº 3: pp. 271-287.

Olaizola, Inés (2015): "La respuesta penal ante la corrupción: una aproximación a las principales carencias", *Cuadernos Penales José María Lidón*, Nº 11: pp. 183-202.

Palma, José Manuel (2004): *Los actos copenados* (Madrid, Dykinson).

Patiño, Javier (2012): "El sistema federal y los delitos electorales", en *IFE-Cuadernos para el Debate*, Nº 2.

Peñaranda, José Luis (1986): "Delitos e infracciones electorales", en Cazorla, Luis (Dir.): *Comentarios a la Ley Orgánica del Régimen Electoral General* (Madrid, Civitas), pp. 1097-1238.

Polanco Braga, Elias (2011): "Derecho Penal electoral", en Congreso Iberoamericano Derecho Electoral, en http://derecho.posgrado.unam.mx/congresos/congreibero/ponencias/EliasPolancoBraga.pdf Fecha de consulta: 08/03/2024

Puente Aba, Luz (2017): *El delito de financiación ilegal de partidos políticos* (Valencia, Tirant lo Blanch).

Reyes, Yesid (1990): *El concurso de delitos* (Bogotá, Ediciones Reyes Echandía Abogados).

Rojas, Luis Emilio (2021): Unidad de hecho y unidad de resultado antijurídico como supuestos del concurso ideal de delitos", en Maldonado, Francisco (Edit.): *Concurso de delitos. Problemas fundamentales* (Santiago, Tirant lo Blanch) pp. 273-300.

Rojas, Luis Emilio (2017): *Teoría funcionalista de la falsedad documental* (Barcelona, Marcial Pons).

Rodríguez Rodríguez, Manuel (2006): "Análisis jurisprudencial del delito de propaganda electoral" *Revista General de Derecho Penal*, Nº 6.

Rodríguez Devesa, José María (1995): *Derecho Penal Español. Parte especial* (Madrid, Dykinson, 18ª edición).

Romero, Beatriz (2005): *Partidos políticos y responsabilidad penal. La financiación electoral irregular* (Barcelona, Atelier).

Roxin, Claus (2014): *Derecho Penal. Parte General. Tomo II. Especiales formas de aparición del delito* (Madrid, Civitas-Thomson Reuters).

Rubio, Pedro y Gálvez, Luis (2013): "Delitos en la jornada electoral", *Revista de Derecho y Proceso Penal*, Nº 31: pp. 93-114.

Sanz Morán, Ángel (2012): *Unidad y pluralidad de delitos: La teoría del concurso en Derecho Penal* (México, Ubijus).

Suárez López, José María (2001): *El concurso real de delitos* (Madrid, Edersa).

Torres, Angélica (2016): "Los tipos penales creados por la Ley Nº 20.900 para el fortalecimiento de la democracia. Ofrecimiento, otorgamiento, solicitud y obtención indebida de aportes electorales; destinación indebida de aportes electorales estatales; entrega de antecedentes o certificación de hechos falsos al Servicio Electoral", *Revista Jurídica del Ministerio Público*, Nº 68: pp. 25-53.

Vera, Jaime (2023): *Los delitos de falsedad documental* (Montevideo-Buenos Aires, BdeF).

Wessels, Johannes, Beulke, Werner y Satzger, Helmut (2018): *Derecho Penal. Parte general. El delito y su estructura* (Lima, Instituto Pacífico, 46a ed. Alemana).

Zaffaroni, R.; Alagia, A. y Slokar, A. (2002): *Derecho Penal. Parte General*, 2a ed. (Buenos Aires, Ediar).

DOCUMENTOS:

Historia de la Ley 20.900, en https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4915/

Revista Chilena de Derecho | Chilean Journal of Law | Vol. 51 Nº 3, pp. 63 - 91 [2024]
Recepción: 22/01/2024. Aceptación: 26/06/2024
DOI: 10.7764/R.513.3

LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY PENAL BAJO LA "PROHIBICIÓN DE ANALOGÍA". UNA RECONSTRUCCIÓN DESDE EL PRAGMATISMO SEMÁNTICO

THE INTERPRETATION OF PENAL LEGISLATION UNDER THE "PROHIBITION OF ANALOGY". A SEMANTIC-PRAGMATIST RECONSTRUCTION

Juan Pablo Mañalich R.[*]

RESUMEN: El artículo examina los constreñimientos que se siguen de la llamada "prohibición de analogía" para la interpretación judicial de la ley penal, rechazando el recurso al criterio del "sentido literal posible". Con apoyo en el pragmatismo semántico articulado por Brandom, se analiza la asimetría de la relación de reconocimiento recíproco que tiene que constituirse entre el legislador y el juzgador para que pueda decirse que el segundo aplica normas producidas por el primero. Tras dar cuenta de las implicaciones que este enfoque tiene para el tradicional contraste entre analogía e "interpretación extensiva", el artículo concluye explicando por qué el legislador necesariamente reconoce la autoridad del juzgador en lo tocante a la determinación semántica del derecho legislado.

Palabras clave: prohibición de analogía, interpretación de la ley penal, autoridad legislativa y deferencia judicial, intenciones semánticas.

ABSTRACT: The article examines the constraints that follow from the so-called "prohibition of analogy" for the judicial interpretation of penal legislation, rejecting the recourse to the "possible literal meaning" criterion. On the basis of the semantic pragmatism articulated by Brandom, it further analyzes the asymmetry of the relationship of reciprocal recognition that needs to hold between legislator and adjudicator so that it may be said that the latter applies norms produced by the former. After explaining the implications of this approach for the traditional contrast between analogy and "extensive interpretation", the article concludes by explaining why the legislator necessarily recognizes the authority of the judge concerning the semantic determinacy of statutory law.

[*] Doctor en derecho, Universidad de Bonn; profesor titular del Departamento de Ciencias Penales, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Av. Santa María 076, Providencia, Santiago; jpmanalich@derecho.uchile.cl; 0000-0003-4999-1469. Vaya mi gratitud hacia Matías Villalón A., en conversación con quien algunas de las ideas aquí presentadas fueron tomando forma, así como hacia Flavia Carbonell B., Javier Contesse S., Constanza Ihnen J., Gissella López R. y Federico Szczaranski V., por múltiples observaciones formuladas al texto. Agradezco también a Julio Cortés O., Isidora Gómez R. y Antonio López V., ayudantes *ad honorem*, por su ayuda en la revisión del borrador.

Keywords: prohibition of analogy, interpretation of penal legislation, legislative authority and judicial deference, semantic intentions.

I. INTRODUCCIÓN: LA GARANTÍA DE *LEX STRICTA* Y LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY (PENAL)

1. La garantía de *lex stricta* como regla de aseguramiento de la clausura legal de la punibilidad

El principio de legalidad penal representa una conquista política de la modernidad ilustrada[1]. En cuanto estándar de legitimación del complejo de poderes públicos que solemos unificar a través de la postulación de una "potestad punitiva" atribuida al Estado, su rasgo absolutamente diferenciador consiste en la índole formal de los criterios de legitimación así tematizados. Se trata, en efecto, de criterios concernientes a la forma que han de satisfacer tanto la producción como la aplicación de las normas de sanción penal[2].

¿Pero qué está en juego en la prefiguración constitucional del respectivo sistema de normas de sanción, instituyentes de punibilidad, como un sistema de normas cuya producción ha de satisfacer las condiciones especificadas por el concepto (constitucional) de ley?[3] La respuesta es: tal sistema de normas resulta clausurado por una regla de segundo orden, constitucionalmente consagrada, que funciona así como una regla de clausura residual[4]. Esta regla de clausura determina que toda persona que no ocupe una posición de sujeción al castigo, instituida por una norma de sanción legislativamente formulada, se encuentre *eo ipso* en una posición de inmunidad al castigo, cuyo correlato será la correspondiente inhabilidad punitiva en la que, a su respecto, se encontrará el Estado. Una posible formulación canónica de tal regla de clausura sería la siguiente: "todo quien no sea punible bajo alguna norma de sanción legislativamente formulada, es no-punible"[5]. Bajo un sistema de normas así clausurado, una situación de falta de punibilidad no admite ser confundida con lo que, técnicamente, denominamos una "laguna normativa". Pues,

[1] Véase Hruschka (2011) pp. 17 ss., 26 ss., analizando cómo la formulación del principio de legalidad penal ofrecida por Feuerbach encontraría su sustento inmediato en el tratamiento que Kant diera a la legitimación jurídico-formal de la punición estatal.

[2] Acerca de esta concepción del principio de legalidad y de las reglas orientadas a asegurar su realización, véase Mañalich (2023a) pp. 27 ss., 33 ss.

[3] Sobre el concepto (técnico) de ley como especificativo de un instrumento de producción de normas jurídicas, Laporta (2022) pp. 261 ss.

[4] Véase Mañalich (2021a) pp. 27 ss., 48 ss., 53 s., con múltiples referencias ulteriores.

[5] Nótese que la negación de la punibilidad expresada en el antecedente de la regla así formulada se corresponde con una negación externa, en tanto que la negación de la punibilidad expresada en el consecuente, con una negación interna.

así clausurado, ese sistema contará como cerrado, esto es, como carente de lagunas normativas[6].

¿Pero cómo puede asegurarse que en la punición que llegue a materializarse sobre una persona, con base en la invocación de una norma de sanción penal legislativamente formulada como premisa para la correspondiente decisión judicial, se vea actualizada una punibilidad instituida por la norma así invocada? Asegurar la base legal de la respectiva punición resultante de la aplicación de la correspondiente norma de sanción es la función específicamente atribuible a la garantía de *lex stricta*. Esto vuelve manifiesto que, contra lo sugerido por este último latinajo, el foco de la garantía no está puesto en algún atributo que haya de exhibir la respectiva ley en cuanto soporte de la formulación de la norma en cuestión, sino en la forma en la cual esta ha de ser aplicada[7].

Montiel ha hecho un oportuno llamado de atención acerca de la disonancia existente entre el compromiso retórico que las y los penalistas declaramos tener con la importancia de que la aplicación judicial de las normas de sanción penal se ajuste a la garantía de *lex stricta*, por un lado, y la liviandad –por no decir: indiferencia– con la que solemos enfrentar la pregunta por las consecuencias que ello habría de tener en lo tocante a la interpretación de la ley penal, por otro[8]. En parte al menos, esto se ve favorecido por un déficit de claridad en lo tocante a la relación en la que se encuentran la operación de interpretar un texto en el cual pudiera estar formulada una norma de sanción penal y la operación de aplicar la norma así identificada al caso sometido al conocimiento del respectivo tribunal.

¿Cuál es la forma de aplicación de las normas de sanción penal exigida por la garantía de *lex stricta*? Esta garantía es usualmente identificada con una "prohibición de analogía" (*in malam partem*). Si esto último se toma en el sentido de que la aplicación analógica de una norma de sanción penal resulta inválida[9], entonces la condición negativa de validez así enunciada puede ser positivamente reformulada como una exigencia de aplicación subsuntiva. Esto quiere decir que las circunstancias particulares en referencia a las cuales se pregunta por la aplicabilidad de la respectiva norma de sanción necesitan ejemplificar las propiedades que conforman el caso genérico que la norma correlaciona con la pena de cuya posible imposición se trata. Si

[6] Nótese que ello no es equivalente a que, según sostiene Bascuñán (2021) p. 160, se encuentre "prohibida" la integración de cualesquiera "lagunas punitivas"; se trata más bien de que, como resultado de la clausura del respectivo sistema de normas de sanción, lo usualmente tematizado como un posible "vacío de punibilidad" no admite ser identificado, en lo absoluto, con una laguna normativa o, más genéricamente, con un "caso no regulado". Acerca de esta última distinción, en la cual no es necesario entrar aquí, véase Olave (2023) pp. 8 ss., 26 ss.

[7] Véase Kuhlen (2012) p. 154; Montiel (2017) p. 8.

[8] Véase Montiel (2017) pp. 25 ss.

[9] Para la tesis de que las reglas aseguradoras de la legalidad penal, como lo son la "prohibición" de analogía perjudicial para el imputado o acusado, la "prohibición" de retroactividad desfavorable y el "mandato de determinación", deberían ser entendidas como reglas constitutivas, y no regulativas, véase Mañalich (2023a) pp. 33 ss.

entre el caso juzgado y el supuesto de hecho de la norma no se da semejante relación de satisfacción semántica, entonces la norma no puede ser válidamente esgrimida como fundamento de una punibilidad susceptible de verse actualizada en la respectiva punición. Así entendida, la garantía de *lex stricta* operativiza el sometimiento del tribunal a la clausura legal de la punibilidad, constitucionalmente impuesta.

Todo el problema radica, sin embargo, en que el hecho de que una norma de sanción penal tenga el pedigrí de una norma legislativamente formulada no consiste sino en que esa norma pueda ser reconocida como formulada en el respectivo texto legal. Y la comprobación de que la norma que un tribunal esgrima como premisa para la imposición de una pena es una norma formulada en tal o cual texto legal presupone una operación interpretativa, consistente en la atribución de significado a ese mismo texto[10]. Pero si se advierte que la norma que habría de ser subsuntiva y no analógicamente aplicable al caso tiene que ser identificada a través de una operación interpretativa efectuada por el mismo tribunal habilitado para darle aplicación, ¿cómo podría la actividad del juzgador quedar sometida a la garantía de *lex stricta*? Pues, si el juzgador tiene "a su disposición" la identificación interpretativa de la norma de cuya aplicación se trata, entonces parecería que aquel siempre podrá reclamar estar dando aplicación subsuntiva a la norma en cuestión, según cómo la norma sea interpretativamente identificada[11].

2. Textos, interpretación y autoridad

Lo anterior sugiere que la garantía de *lex stricta* necesita verse complementada por el sometimiento de la identificación de las respectivas normas de sanción como normas formuladas en tales o cuales textos legales a un "código interpretativo" que resulte vinculante para el juzgador[12]. Contra lo que muchas veces se sugiere, no parece factible articular ese conjunto de cánones de interpretación en torno a un criterio como el del "sentido literal posible"[13]. De acuerdo con esto, si se asume que semejante sentido literal posible estaría anclado en el llamado "tenor literal" del texto respectivo, entonces habría que concluir que el texto mismo tendría que proveer un límite a su interpretación[14], puesto que el tenor literal de un texto no es algo distin-

[10] En los términos de la distinción sugerida por Wróblewski (1992) pp. 87 s., esto supone tomar la expresión "interpretación" en un sentido amplio (como designativa de una operación de "derivación"), y no en un sentido estricto (como designativa de una operación de "clarificación").

[11] Claramente acerca de este problema, Canale y Tuzet (2014) pp. 154 ss., a propósito de la tradicional diferenciación de la "obtención" analógica de una nueva norma frente a una "interpretación extensiva" del respectivo texto legal; véase también Ortiz de Urbina (2012) pp. 177 ss. Al respecto, más abajo, IV.2.

[12] Véase Ortiz de Urbina (2012) pp. 179 ss. Para la correspondiente noción de código interpretativo, véase Chiassoni (2011) pp. 72 ss., 87 ss.

[13] Entre muchos otros, véase Matus (2012) pp. 177 ss.

[14] Para una detallada presentación de la tesis del "límite del tenor literal", véase Klatt (2008) pp. 4 ss., 33 ss., 44 ss.

guible del texto en cuestión. Sin embargo, no es en absoluto claro que, en cuanto objeto de la correspondiente interpretación, el texto pueda proveer tal límite[15].

Esto tendría que ser fácil de advertir si reparamos en que la idea de una comparación entre un texto y su sentido es problemática en grado sumo, por no decir: derechamente absurda ¿Por qué? Porque solo reconocemos como un texto algo que, en virtud de su correspondiente fisonomía sintáctica, sirve como posible soporte de una unidad de sentido[16]. De ahí que el sentido atribuible a un artículo del Código Penal o de alguna ley penal especial sea el sentido del texto en el que ese artículo consiste. En estos términos, un texto no puede ser inteligiblemente comparado con su sentido. Por supuesto, es perfectamente concebible que un texto cualquiera sea comparado con otro texto, pudiendo esa comparación ser sintáctica o semántica. Así, podríamos comparar los textos consistentes en las oraciones "el cielo está cubierto" y "el cielo está nublado", desde un punto de vista sintáctico, para así constatar que el número total de las letras que componen el primero sobrepasa en una unidad al número total de las letras que componen el segundo. También podríamos comparar los dos textos, desde un punto de vista semántico, para así determinar si existe, tal vez, alguna sutil diferencia de significado entre una oración y otra, según el sentido que les sea respectivamente atribuible. ¿Pero en qué podría consistir, por contraste, comparar la oración "el cielo está cubierto" con el sentido de la oración "el cielo está cubierto"? Dado que el sentido de un texto no es, a su vez, un texto, esa comparación no podría llevarse a cabo desde un punto de vista sintáctico. Y para que la pretendida comparación pudiera tomar la forma de una comparación semántica, no habría más remedio que considerar el texto en atención a su sentido. Pero entonces comparar el texto con "su" sentido sólo podría consistir en comparar, circularmente, el sentido del texto con el sentido del texto.

Puesto a modo de eslogan: si el respectivo texto es el objeto de la interpretación, entonces el texto no puede funcionar, al mismo tiempo, como un criterio de corrección de su interpretación. Por ello, para la explicitación del código interpretativo a través del cual pudiera verse implementada la garantía de *lex stricta* es imprescindible prestar atención, más bien, al *telos* de la decisión constitucional resultante en la clausura legal de la punibilidad[17]. En lo que aquí interesa, ello tendría que traducirse en que la interpretación de los respectivos textos legales esté orientada a

[15] Véase, empero, Montiel (2017) p. 26, según quien el tenor literal representaría "el obligado objeto de referencia de la interpretación", a la vez que proveería el "parámetro externo" que conferiría "objetividad a la decisión del juez" llamado a dar aplicación a la respectiva norma de sanción penal. Contra lo sugerido por Montiel, ambas proposiciones no son compatibles: si el tenor literal no es otra cosa que el texto que funge como el objeto de la interpretación, entonces el mismo tenor literal no puede proporcionar un parámetro de corrección para esa interpretación.

[16] Fundamental, Moore (2000) pp. 425 ss., 431 ss., quien muestra que el reconocimiento de algo como un texto –esto es, como susceptible de interpretación– no puede hacerse depender de la aplicación de criterios semánticos.

[17] Al respecto, Mañalich (2023a) pp. 31 ss., 40 ss.

asegurar que las normas de sanción penal admitan ser vistas como normas legislativamente producidas.

Así, y contra lo sostenido por quienes defienden alguna forma de escepticismo semántico resultante en un "no-cognitivismo interpretativo"[18], necesitamos poder reconstruir la operación de la interpretación judicial de la ley (penal) de un modo que logre hacer inteligible que la potestad legislativa para poner en vigor tal o cual norma no es reducible a la potestad para fijar un cierto texto en un formato de determinadas características. Semejante reducción es postulada, empero, por los representantes de una cierta tradición *iusrealista* que se autodescribe como comprometida con un "escepticismo moderado". Este enfoque descansa en la hipótesis de que, al interpretar el respectivo texto, el juzgador produciría la norma en cuestión, por la vía de "seleccionar" uno de los múltiples significados que, necesariamente, el texto poseería en cuanto afectado por la equivocidad que, en general, afectaría a todo texto generado a través del uso de algún lenguaje natural[19]. En estos términos, la interpretación judicial de cualquier texto legal se desdoblaría en dos operaciones: una operación de índole "cognoscitiva", por la cual el juzgador identificaría el conjunto –cuyo número de elementos necesariamente sería superior a 1– de significados comprendidos por el "marco" impuesto por la literalidad del texto interpretado[20]; y una operación de índole "decisoria" –o aun: "prescriptiva"–, consistente en la selección de alguno de los significados comprendidos en dicho marco como el significado que (voluntaristamente) el juzgador atribuiría al texto en cuestión. En palabras de uno de los más connotados defensores de esta concepción escéptica de la interpretación de los textos legales: "la interpretación –no la legislación […]– aparece como la única actividad genuinamente productiva de derecho"[21].

Frente a esto, el desafío consiste en dar plausibilidad a la proposición de que el tribunal que impone una pena sobre alguien da aplicación a una norma de sanción que aquel identifica como formulada en un texto fijado por el legislador. Esto es incompatible con la sugerencia de que la contribución legislativa a la fundamentación de una punibilidad actualizable en la punición de una persona se reduciría a la mera fijación de un texto, entendida esta acción fijadora del texto en cuestión como algo distinto de la producción de una norma instituyente de esa punibilidad a través de su formulación en ese texto. Pues legislar no es reducible a "simplemente

[18] Véase Guastini (2014) pp. 361 ss.

[19] Véase Guastini (2010) pp. 121 ss., 137 ss.; también Chiassoni (2011) pp. 161 ss. Para una reconstrucción crítica de esta aproximación, véase Rodríguez (2021) pp. 587 ss.

[20] Tal metáfora de un "marco" de significados admisibles tiene su origen en la concepción "irracionalista" de la interpretación delineada por Kelsen; véase Kelsen (1960) pp. 600 ss. Para una denuncia de la ambigüedad asociada a la apelación a semejante "marco", en lo concerniente a si, en sentido epistemológico, el marco en cuestión tendría que ser identificable "ya" *a priori* o "recién" *a posteriori*, véase Canale (2012) pp. 144 ss., 158 ss., quien atribuye a Guastini una oscilación no resuelta entre la adhesión a una teoría "proposicional" y a una teoría "interpretativa" del significado.

[21] Guastini (2010) p. 138.

manchar papeles"[22]. Antes bien, legislar consiste en ejercer un poder normativo. De esto depende que los textos legales puedan ser caracterizados como textos autoritativos[23]. Esto, porque un texto legal cuenta como autoritativo en la precisa medida en que ese texto pueda ser identificado como el soporte de algo que se encuentra, pretendidamente, revestido de autoridad. Y ello no es independiente de que lo formulado en ese texto sea identificable como una o más normas puestas en vigor por un agente al que se atribuye autoridad para ponerlas en vigor.

Esto último apunta a la contribución activa que cabe al juzgador, en cuanto intérprete, en que el texto legal por él interpretado cuente como autoritativo. Ello depende de que el respectivo texto legal sea reconocido como el soporte de formulación de una norma, de manera tal que la norma que se tiene por formulada en ese texto pueda ser tratada como revestida de la autoridad que le confiere su producción legislativa. Estos giros idiomáticos –que el texto sea "reconocido como", que la norma sea "tenida por" y que ella sea "tratada como"– pretenden indicar que así no se está apuntando a atributos que el texto o la norma, según corresponda, pudieran exhibir por mor de sí mismos, sino más bien al modo en el cual esos atributos les son actitudinalmente conferidos. En la terminología acuñada por el filósofo Robert Brandom, el problema consiste en lograr explicar el estatus semánticamente autoritativo del texto interpretado a partir de las actitudes de quienes están involucrados en su producción y aplicación[24]. Y en concordancia con cómo, en un contexto más general, el asunto ha sido planteado por Brandom mismo, la solución pasa por disolver la preocupación dicotómica acerca de si, en la interpretación de un texto, lo que está en juego sería o bien el "descubrimiento" o bien la "producción" de su significado[25]. En la historia del tratamiento jurídico-filosófico del problema, la tensión así tematizada encuentra sus polos simétricos en lo que Hart respectivamente llamó "formalismo", por un lado, y "escepticismo ante las reglas", por otro[26]. Esta tensión puede verse desactivada si, con Brandom, advertimos que la interpretación de un texto –y con ello: también la de un texto legal– admite ser entendida como un proceso que es, a la vez, (constructivamente) productivo y (reconstructivamente) descubridor de su significado[27].

II. UN MODELO PRAGMATISTA DE DETERMINACIÓN SEMÁNTICA

1. Bases pragmáticas para un inferencialismo semántico

Para dar forma a una aproximación como la recién planteada, en lo que sigue se esbozará una concepción de la interpretación de la ley –y de la ley penal en par-

[22] Así, acertadamente, Rodríguez (2021) p. 589.
[23] Véase Raz (2009) pp. 275 s., 284.
[24] Véase Brandom (2014) pp. 26 ss.
[25] Brandom (2002) pp. 91 s.
[26] Véase Hart (2012) pp. 124 ss., 136 ss.
[27] Véase Brandom (2014) pp. 37 s.

ticular– fundada en una "pragmática normativa" capaz de sustentar una semántica inferencialista, en la senda del programa de filosofía del lenguaje sistemáticamente articulado por Brandom[28].

En lo fundamental, una semántica inferencialista así orientada identifica el significado de cualesquiera expresiones lingüísticas (que es de lo que se ocupa la semántica) con su respectivo rol inferencial, consistente en la contribución que esas expresiones hacen a que, en el nivel de su contenido, las oraciones de las que esas expresiones forman parte queden conectadas mediante relaciones "materiales" de consecuencia o de incompatibilidad con el contenido de otras posibles oraciones[29]. Dado que el contenido de una oración puede identificarse con la proposición expresada por esa oración, las relaciones (materialmente) inferenciales entre oraciones pueden ser más exactamente entendidas como relaciones entre proposiciones[30]. Y al anclaje de tal concepción del significado en una pragmática normativa subyace, a su vez, la tesis según la cual el significado de cualquier expresión lingüística es únicamente explicable por el uso que de ellas hacen quienes interactúan lingüísticamente (que es de lo que se ocupa la pragmática). Puesto a modo de eslogan: "la semántica tiene que responder a la pragmática"[31]. Así, el significado de la expresión E, de la que se vale un hablante H al ejecutar algún acto de habla a través de la emisión de una oración O, no es otra cosa que la contribución que E hace a que O quede infe-

[28] Para su presentación detallada, véase Brandom (1994) pp. 3 ss., 67 ss., 141 ss.; una exposición más sucinta se encuentra en Brandom (2000) pp. 1 ss., 185 ss. A modo de muestrario de las muy diferentes propuestas orientadas a anclar una teoría de la interpretación jurídica en la pragmática normativa de Brandom, pueden contrastarse los trabajos de Canale y Tuzet (2007); Klatt (2008) pp. 96 ss., 115 ss., 181 ss.; y Szczaranski (2022). Para una reconstrucción crítica del pragmatismo semántico de Brandom, encaminada a demostrar su pretendida incapacidad para dar cuenta de la normatividad del significado, véase Tsoumanis (2022) pp. 665 ss., 678 ss., quien pasa enteramente por alto, sin embargo, el componente diacrónico de la concepción brandomiana de la determinación semántica; sobre esto, más abajo, 2.2.

[29] El carácter "material" –en oposición a lógico– de las relaciones inferenciales en cuestión queda determinado por el hecho de que se trate aquí de patrones de inferencia cuya validez depende de la corrección o pertinencia sustantiva de las premisas que se ofrecen como razones para la correspondiente conclusión, lo cual es función del contenido de los conceptos ("no lógicos") aplicados en la construcción de la inferencia en cuestión. Brandom reconoce en ello el rasgo distintivo de todo esquema de razonamiento "no monotónico": que la conclusión se siga del respectivo conjunto de premisas puede verse afectado por la adición de alguna premisa ulterior, lo cual significa que semejante inferencia no queda sometida al principio del "reforzamiento del antecedente", lo cual a su vez explica que tales inferencias se distingan por ser "derrotables". Al respecto, Brandom (2014) pp. 20 s., observando que entre los múltiples contextos de razonamiento no monotónico figura, destacadamente, el jurídico. Para una informativa presentación del conjunto de debates asociados a la pregunta por la derrotabilidad del razonamiento jurídico, véase Bayón (2001); desde una perspectiva crítica, Rodríguez (2021) pp. 735 ss.

[30] Acerca del correspondiente postulado de la "prioridad de lo proposicional", según el cual lo proposicional sería "la forma fundamental de lo conceptual", véase Brandom (1994) pp. 79 ss.; también Brandom (2000) pp. 12 ss.

[31] Brandom (1994) pp. 83 s.

rencialmente conectada con otras oraciones, con cuyo contenido H se habrá implícitamente comprometido al proferir O.

Los compromisos inferenciales así implícitamente asumidos –en primera persona– por el hablante que profiere una oración no son sino los compromisos que otros pueden legítimamente atribuirle –en tercera persona– en virtud de haber emitido esa oración. Esto quiere decir que es el uso, por parte del hablante, de las expresiones que conforman la oración por él proferida lo que sirve como título legitimador, o "licencia" (*entitlement*), para que otros le atribuyan, en lo inmediato, el correspondiente compromiso con el contenido de algún ulterior conjunto de oraciones inferencialmente conectadas con aquella[32]. Esto determina, a su vez, el alcance de la licencia asimismo atribuible al hablante para emitir ulteriores oraciones. Así, y trivialmente, al hablante tendría que ser denegada la licencia para emitir cualquier oración cuyo contenido la vuelva incompatible con la oración por él proferida, así como tendría que serle reconocida la licencia para emitir cualquier oración que sea una consecuencia de la oración por él proferida. En estos términos, tomar parte en una práctica lingüística consiste en participar en un juego de "registro contable deóntico" (*deontic scorekeeping*), al interior del cual cada participante lleva una cuenta de los compromisos y las licencias inferenciales atribuibles a él mismo y a los demás, en función de los actos de habla que cada cual ejecuta[33]. Y la específica fuerza (ilocutiva) de un acto de habla consiste en la diferencia que ese acto de habla hace en cuanto a los compromisos y las licencias atribuidos y asumidos por los participantes involucrados, cuyo alcance resulta codificado como el significado (o rol inferencial) de las expresiones empleadas en la ejecución de ese acto de habla[34].

2. La diacronía de la determinación semántica

Algunas implicaciones que este programa de filosofía del lenguaje puede tener para la teoría de la aplicación del derecho han sido explicitadas por Brandom, a partir de una ampliación "hegeliana" de su proyecto[35]. En lo fundamental, esa ampliación se orienta a complementar la apelación a la socialidad inherente a toda práctica lingüística, cuyos participantes recíprocamente se confieren responsabilidad y autoridad en lo tocante a la determinación del significado de las expresiones que usan, con una apelación a la historicidad implicada en que el significado de esas expresiones sea función de un proceso diacrónico de "recolección"[36]. En el contexto de su presentación de esta versión hegeliana de un pragmatismo semántico, Bran-

[32] Al respecto, Brandom (1994) pp. 157 ss.; véase también Brandom (2002) pp. 189 ss.

[33] Brandom (1994) pp. 141 ss., 180 ss.

[34] Brandom (1994) pp. 182 ss., 186 ss.

[35] Para el contraste del "racionalismo inferencialista" definitorio de su proyecto temprano de una pragmática normativa frente a la forma de racionalismo historicista extraíble de la *Fenomenología del Espíritu* de Hegel, véase Brandom (2002) pp. 6 ss., 12 ss.

[36] Detalladamente, Brandom (2014); véase también Brandom (2009) pp. 84 ss.; Brandom (2019) pp. 448 ss., 564 ss., 601 ss., 661 ss., 745 s. Al respecto, Szczaranski (2022) pp. 48 ss.

dom impugna el escepticismo semántico favorecido por la tradición *iusrealista*, que en sus palabras desembocaría en un "nihilismo jurídico"[37], el cual admitiría ser caracterizado como una manifestación de "alienación en el sentido de Hegel"[38].

Aquí es necesario advertir que, en la senda marcada por Kant, Brandom entiende todo concepto expresado por alguna expresión lingüística como una norma cuya aplicación se correspondería, a su vez, con un juicio susceptible de ser evaluado como correcto o incorrecto[39]. En estos términos, para discernir la normatividad ínsita a la corrección o incorrección de la aplicación de uno o más conceptos jurídicos, sería imprescindible que podamos diferenciar lo que hace quien ejerce una "autoridad normativa por apelación al derecho", por un lado, de lo que hace quien "simplemente (ejerce) poder en su nombre", por otro[40].

Para prevenir, o revertir, la especie de alienación que afectaría a una práctica jurisprudencial que se autocomprendiera de esta segunda manera[41], tendríamos que abandonar la concepción estática del estatus de un concepto como (semánticamente) determinado. Tal concepción estática se corresponde con lo que Brandom tematiza como el "modelo Kant-Frege", que a su vez ejemplificaría la forma de pensamiento que Hegel llama "entendimiento" (*Verstand*), la cual tendría que ser reemplazada por una concepción dinámica, congruente con la forma de pensamiento que Hegel llama "razón" (*Vernunft*)[42]. Esto supondría tomar en consideración el carácter históricamente bifronte del modo en el cual los conceptos jurídicos logran exhibir "determinidad" (*Bestimmtheit*) como resultado de su progresiva "determinación" (*Bestimmung*)[43]. Esa determinidad se correspondería con el resultado, nunca definitivo, de la actividad de quienes han estado, están y estarán involucrados en la aplicación –en el campo jurídico: fuertemente institucionalizada– de los conceptos en cuestión, entre quienes se constituiría, por esa vía, una relación diacrónica de reconocimiento recíproco[44].

De esta manera, por un lado, cada juez asume responsabilidad, tanto frente a los aplicadores pasados como frente a los aplicadores futuros de los conceptos que aquel actualmente aplica, por su contribución a la especificación del contenido de esos mismos conceptos, lo cual implica que esos jueces pasados y futuros quedan así correlativamente investidos de autoridad a su respecto. Esto, porque su aplicación

[37] Brandom (2014) p. 20.

[38] Brandom (2019) p. 662 (con énfasis suprimido).

[39] Véase Brandom (2009) pp. 32 ss., 54 ss.; Brandom (2019) pp. 9 ss.

[40] Brandom (2014) p. 20.

[41] Brandom (2019) p. 662.

[42] Brandom (2014) pp. 33 ss.; también Brandom (2019) pp. 610 ss.; más sucintamente, Brandom (2009) pp. 88 ss.

[43] Brandom (2019) pp. 429 ss.

[44] Acerca de la estructura que, según Brandom, en general exhibirían las relaciones de reconocimiento recíproco capaces de sustentar la autoconsciencia de un sujeto –y en lo que ahora interesa: la autoconsciencia de un agente como autorizado para, y responsable por, la aplicación de conceptos que comparte con otros–, véase Mañalich (2022) pp. 473 ss.

actual de esos conceptos necesita dar cuenta de cómo estos han sido aplicados en el pasado, quedando a la vez sometida al juicio de quienes en el futuro podrán validar o corregir esa misma aplicación. Por otro lado, y simétricamente, cada juez aparece investido de autoridad tanto frente a los aplicadores pasados como frente a los aplicadores futuros de los conceptos que aquel actualmente aplica, conferida por quienes así asumen, correlativamente, responsabilidad a su respecto. Pues, en su aplicación actual de esos conceptos, el respectivo juez estará validando o corrigiendo la aplicación que ellos hayan recibido en el pasado, y estará a la vez condicionando la aplicación que ellos vayan a recibir en el futuro[45].

Esta esquematización de relación simétrica de reconocimiento recíproco que se constituye entre quienes, cual jueces, conforman una comunidad diacrónica de aplicadores de una misma norma (articulada conceptualmente) ejemplifica la complementariedad de las dos perspectivas temporales desde las cuales, más basalmente, puede ser considerada la trayectoria de la aplicación "comunal" de un concepto[46]. Mirado retrospectivamente, el proceso de determinación del contenido de un concepto se nos presenta como una tarea epistémica, que toma la forma de una "reconstrucción recolectora" de criterios de corrección para el uso del término que expresa el concepto en cuestión y que identificamos como habiendo implícitamente gobernado la práctica de su aplicación. Mirado prospectivamente, en cambio, el proceso de determinación del contenido de un concepto se nos presenta como una tarea práctica, que constructivamente instituye la corrección de algunas aplicaciones del concepto a casos nóveles, por la vía de tratarlas como correctas. Desde la primera perspectiva, los conceptos que aplicamos aparecen como habiendo sido siempre perfectamente determinados en el sentido del modelo del "entendimiento", aunque no siempre hayamos sabido cuál era su contenido; desde la segunda perspectiva, por el contrario, los conceptos que aplicamos nunca cuentan como plenamente determinados en ese mismo sentido, puesto que a su respecto "siempre hay espacio para una ulterior determinación"[47].

3. ¿Determinación semántica como "integridad" interpretativa?

La insistencia de Brandom en el carácter prospectivamente abierto del proceso de progresiva determinación (aplicativa) del contenido conceptual de una norma está directamente conectada con su rechazo de la adecuación teórica de la metáfora de una "novela en cadena", célebremente empleada por Dworkin para articular su concepción del "derecho como integridad"[48].

De acuerdo con esta concepción, el derecho tendría que ser entendido como una práctica argumentativa comprometida con un principio moral de coherencia, cuya observancia llevaría a que, en condiciones ideales –arquetípicamente identifi-

[45] Brandom (2014) p. 33.

[46] Véase Brandom (2019) pp. 448 ss.

[47] Brandom (2014) pp. 36 s.

[48] Véase Dworkin (1986) pp. 228 ss.

cadas con la forma en que un modélico juez ("Hércules") razonaría para resolver el caso sometido a su conocimiento–, siempre pudiera alcanzarse la (única) "respuesta correcta" que, jurídicamente, tendría que recibir el caso[49]. En ese marco, la posición ocupada por cada juez sería análoga a la de un escritor que tiene a su cargo la escritura de un capítulo de una novela producida en serie, en términos de lo cual cada coescritor de la cadena "interpreta los capítulos que le han sido dados para escribir un nuevo capítulo, que entonces es añadido a aquello que recibe el siguiente novelista, y así sucesivamente"[50]. Con ello, cada coescritor "tiene la tarea de escribir su capítulo de un modo que haga que la novela sea construida para ser todo lo buena que pueda", la complejidad de lo cual serviría como modelo para "la complejidad de decidir acerca de un caso difícil según el derecho como integridad"[51].

Frente a esto, Brandom no sólo sugiere que la metáfora favorecida por Dworkin pasa por alto cuán heterogéneas son las dimensiones en las cuales pueden ser enjuiciadas las obras literarias, por un lado, y las "tradiciones jurídicas", por otro, sino que también denuncia su ineptitud para perfilar el sentido preciso en que una interpretación judicial pudiera ser "mejor" que otra[52]. De ahí que, en rigor, lo ofrecido por Dworkin "difícilmente (sea) una teoría" en lo absoluto, sino a lo sumo un conjunto de recordatorios de preguntas a plantear[53]. Para dar forma a una teoría acerca de cómo el aplicador de una norma puede quedar efectivamente constreñido por la norma que aplica, si de él mismo depende su identificación como norma aplicable, sería indispensable dotarnos de un modelo diacrónico de reconocimiento recíproco como el que, según Brandom, podemos extraer de la filosofía de Hegel. Este modelo sí lograría explicar que quienes conforman una comunidad de aplicadores de normas ocupen recíprocamente posiciones de autoridad y responsabilidad en lo tocante al contenido conceptual de las normas que están llamados a aplicar, en virtud de las actitudes que ellos recíprocamente adoptan acerca de las normas de cuya aplicación se trata[54].

En contraste con una concepción "integrista" como la de Dworkin, el modelo de determinación semántica que Brandom busca extraer de la filosofía de Hegel se distingue por admitir cabalmente la posibilidad de que, considerada prospectivamente, en la actividad del juzgador haya "genuino espacio para elegir" una interpretación sobre otra, según "qué compromisos precedentes (asumidos por juzgadores anteriores) son tratados como precedenciales y qué aspectos de similitud y diferencia son enfatizados"[55]. Esto último se explica, crucialmente, por el hecho de que,

[49] Dworkin (1986) pp. 177 ss., 225 ss., 266 ss. Para una crítica pormenorizada, véase Rodríguez (2021) pp. 560 ss.

[50] Dworkin (1986) p. 229.

[51] Dworkin (1986) p. 229.

[52] Brandom (2014) p. 31.

[53] Brandom (2014) p. 31 (con énfasis suprimido).

[54] Brandom (2014) pp. 31 s.

[55] Brandom (2014) pp. 34 s.

aplicado a la determinación de un concepto cuya aplicación se extiende en el tiempo, el modelo diacrónico del reconocimiento recíproco no pueda apoyarse más que en "lo que ha sido puesto" en ese concepto a través de las aplicaciones que han sido respaldadas o rechazadas en el pasado, mas sin que esas aplicaciones pasadas logren fijar "todas las posibles aplicaciones futuras" del mismo concepto como si se tratara –según la célebre expresión de Wittgenstein– de "rieles invisiblemente tendidos hasta la eternidad"[56]. En tal medida, la "consistencia con decisiones pasadas" que este modelo convierte en un parámetro (abierto) de determinación semántica es congruente con la forma de convencionalismo inherente a una concepción positivista del derecho[57], y no, en cambio, con la forma de constructivismo interpretativo que subyace a la concepción del derecho como integridad[58].

III. AUTORIDAD LEGISLATIVA Y DEFERENCIA INTERPRETATIVA

1. La asimetría del reconocimiento recíproco entre el legislador y el juzgador

La explicación precedente hace reconocible, con todo, que Brandom mantiene el foco puesto en la práctica de creación jurisprudencial del derecho propia de la tradición del *common law*, sin prestar atención a las particularidades que, a este mismo respecto, exhibe el derecho legislativamente producido[59]. Esto se sigue de que, como Brandom mismo lo advierte, una norma legislativamente producida normalmente tomará la forma propia de una "regla" en cuanto norma explícitamente formulada, en circunstancias de que tales normas explícitas "necesariamente flotan sobre un mar sostenedor de normas implícitas en la práctica"[60]. Esto último se traduciría en que el carácter "semánticamente determinado" que pueda (contingentemente) exhibir el derecho legislado, en el sentido aquí relevante, no admita ser disociado de la determinación que logre conferirle, en último término, la práctica de su aplicación[61].

En contraste con una práctica de aplicación de derecho jurisprudencialmente creado, lo distintivo de una práctica de aplicación de derecho legislado radica en la asimetría de las posiciones de legislador y juzgador[62]. De ahí que, para hacer apro-

[56] Wittgenstein (1984) § 218; al respecto, Brandom (2014) p. 35.

[57] Al respecto, Dworkin (1986) pp. 130 ss. Para un detallado análisis del compromiso iuspositivista con la tesis ontológica del carácter convencional del derecho, véase Bayón (2002) pp. 57 ss., 76 ss.; pormenorizadamente, Arena (2014) pp. 25 ss., 159 ss., 191 ss.

[58] Véase Dworkin (1986) pp. 49 ss., 227 s.

[59] De lo cual Brandom muestra estar al tanto; véase Brandom (2002) pp. 13 s.; también Brandom (2009) p. 84.

[60] Brandom (2014) p. 22. Para una explicación de la diferencia entre un orden normativo informal y un orden normativo institucional, construida a partir de la distinción entre normas implícitas y normas explícitas (codificadas como reglas), véase MacCormick (2007) pp. 11 ss., 21 ss.

[61] Brandom (2014) p. 22.

[62] El punto es pasado por alto por Szczaranski (2022) pp. 52 ss., en su implementación del enfoque de Brandom para encarar el problema de la indeterminación semántica como desafío para la racionalidad de la aplicación del derecho.

vechable el pragmatismo semántico de Brandom en la elaboración de una teoría de la interpretación de la ley (penal), sea imprescindible reconstruir la relación existente entre el legislador y el respectivo juzgador como una relación asimétrica de reconocimiento recíproco. Esto quiere decir que, si bien uno y otro aparecen ocupando, uno frente al otro, una doble posición de autoridad y responsabilidad, la doble posición de autoridad y responsabilidad que el legislador ocupa frente al juzgador no es equivalente a la doble posición de autoridad y responsabilidad que el juzgador ocupa frente al legislador. Y tendría que ser claro que una concepción de la función desempeñada por el juzgador como la sugerida por la metáfora dworkiniana de la coescritura de una novela en cadena es incapaz de dar cuenta de la asimetría de la relación que vincula al juzgador con el legislador.

Es crucial notar, empero, que la relación asimétrica (o "vertical") de reconocimiento recíproco que así se constituye entre el legislador y el respectivo juzgador coexiste con la relación simétrica (u "horizontal") de reconocimiento recíproco que tendría que constituirse entre todos quienes, en cuanto aplicadores de la ley, quedan sometidos a la correspondiente autoridad legislativa[63]. Esto último es importante por la razón siguiente. Como observa Raz, el legislador no puede más que contar con que el respectivo texto legal habrá de ser interpretado según las "convenciones interpretativas" prevalecientes en el momento en que la respectiva ley es promulgada[64]. Sin embargo, si esas convenciones interpretativas han de ser congruentes con la autoridad que cada juez del presente tendría que atribuir a cada juez que en el futuro vaya a dar aplicación a las normas formuladas en ese mismo texto, en lo que a la especificación de su contenido conceptual respecta, entonces cabe concluir que, *pace* Raz[65], el legislador no puede sino asumir que el significado del texto que él mismo fija será sensible a las convenciones interpretativas que prevalezcan en el momento en que esas normas hayan de ser aplicadas[66].

[63] El esquema tendría que verse ulteriormente complejizado en consideración a la posibilidad de que la relación de reconocimiento recíproco que vincule a dos juzgadores (unipersonales o pluripersonales) no sea plenamente simétrica allí donde uno de ellos ocupe, al interior del correspondiente organigrama jurisdiccional, una posición de superioridad jerárquica como la correspondiente, verbigracia, a un tribunal de casación. Acerca de la relevancia de la labor uniformadora de la jurisprudencia que, en el contexto chileno, tendría que ser acometida por la Corte Suprema como contribución a "la determinación de las leyes penales", véase Fernández (2017) pp. 668 ss. Para un pormenorizado análisis de la resistencia que, *de facto*, la Corte Suprema muestra tener respecto del desempeño de esa función uniformadora, que *de iure* le corresponde ejercer, véase Couso y Mera (2011) pp. 97 ss., 233 ss.

[64] Al respecto, Raz (2009) pp. 285 ss., 288.

[65] Véase Raz (2009) pp. 288 s., nota 25, donde se examina la posibilidad de que, contingentemente, las convenciones interpretativas prevalecientes al momento en que se fija el texto legal den –en cuanto convenciones de segundo orden– preeminencia a las convenciones interpretativas prevalecientes al momento de la aplicación de las normas allí formuladas, lo cual estaría en tensión con el fundamento de lo que él presenta como la "tesis de la intención autoritativa". Esto se ve reflejado en el tratamiento que Raz da al problema asociado a la interpretación de "leyes vetustas" (*old laws*); véase Raz (2009) pp. 294 ss. Acerca del problema, véase también Tsoumanis (2022) pp. 591 ss.

[66] Al respecto, más abajo, IV.3.

El reconocimiento de la autoridad del legislador por parte del juzgador se corresponde con una actitud que el segundo puede adoptar respecto del texto legal que interpreta, y así respecto de aquello que identifica como formulado en el texto así interpretado. Se trata de una actitud de deferencia hacia el legislador, cuya autoridad es así reconocida por el juzgador en cuanto intérprete[67]. En la adopción generalizada de esa actitud de deferencia por parte de quienes conforman la respectiva comunidad de intérpretes descansa la naturaleza autoritativa de los textos de los cuales se vale el legislador para producir las normas que son así puestas en vigor. Esto quiere decir que la interpretación judicial de la ley necesita ser concebida como una actividad colaborativa, en cuanto anclada en el reconocimiento de la autoridad legislativa por parte del juez cual intérprete, lo cual no implica, sin embargo, que ella admita ser plausiblemente reconstruida a través de un modelo "conversacional" que descanse en la validación del "principio cooperativo" postulado por Grice[68].

Esto último se ve decisivamente condicionado por el carácter híper-institucionalizado de la interacción que, en el marco de un sistema jurídico, los órganos jurisdiccionales desarrollan respecto de los textos legales en los que tendrían que encontrarse formuladas las normas cuya aplicación les compete[69], lo cual se ve reflejado en que no tenga asidero alguno la imagen de un "juego de consulta-respuesta" entre el juzgador y el legislador[70]. Lo anterior priva de rendimiento reconstructivo a un enfoque que persigue modelar la interpretación judicial de la ley en la forma de una conversación[71]. Y frente a ello se muestra mejor aspectado, por contraste, un enfoque inferencialista orientado a explicar cómo tendría que ser determinado el significado de los textos legales prestando atención, primordialmente, a los constreñimientos que gobiernan la manera en la cual tendría que desenvolverse el intercambio de razones susceptibles de ser esgrimidas para fundar la aplicación de una norma que admita ser entendida como formulada en el texto interpretado[72].

2. La deferencia judicial hacia la intención legislativa

La tematización latente de esa actitud deferencial hacia, y así "recognoscitiva" de, la correspondiente autoridad legislativa subyace a la observación de Montiel en cuanto a que "el intérprete está sujeto a la expresión lingüística que ha elegido el le-

[67] Para el esbozo de un modelo del "juez deferente", véase Bayón (2017) pp. 69 ss.

[68] Véase Grice (1989) pp. 22 ss., 26 s.; para una presentación pormenorizada de la adaptación del enfoque de Grice al campo jurídico, véase Tsoumanis (2022) pp. 559 ss., 566 ss. Una impugnación del modelo conversacional de la interpretación jurídica se encuentra en Poggi (2020) pp. 14 ss., 16 ss.; para una crítica matizada de esa impugnación, véase Moreso (2023) pp. 29 ss., 33 ss.

[69] Véase Canale (2017) pp. 48 ss.

[70] Acertadamente, Tsoumanis (2022) pp. 587 s.

[71] Acerca de la importancia de no pasar por alto las peculiaridades exhibidas por aquellos actos de habla que –en virtud de su configuración institucional– son "esencialmente convencionales", en contraste con los actos de habla a través de cuya ejecución se desenvuelve la comunicación cotidiana, véase Strawson (1964) pp. 441 ss., 454 ss.

[72] Así, Canale (2017) p. 50.

gislador para transmitir la norma"[73]. Según lo ya explicado, esto no puede ser tomado como significando que el tenor literal pudiera proveer, por sí mismo, un "límite" a la admisibilidad de una cierta interpretación[74]. Pero en la observación de Montiel aparece el germen de una idea perfectamente distinguible de aquella, a saber: que es en (exclusiva) consideración al texto respectivo que tendríamos que poder establecer si el juzgador ha dado aplicación a una norma que puede ser deferentemente tratada como una norma formulada en ese texto, y no como una norma creada por el juzgador "bajo pretexto" de la (mentada) interpretación de ese texto.

A esto último alude Montiel cuando observa que un juez que incurre en una "interpretación arbitraria" hace del "tenor literal" una "mera fachada, detrás de la cual se escondería una decisión del juez, basada en una norma creada para el caso concreto"[75]. Esto quiere decir que, en cuanto intérprete, el juzgador ha de respetar la fijación legislativa del texto que él está llamado a interpretar; o puesto de otra manera: que el intérprete ha de ser deferente para con el significado que esas palabras tienen, en razón de que esas son las palabras que han sido usadas por el legislador para formular la o las normas de cuya interpretación se trata.

El problema está en que haríamos bien en abandonar la idea de que una o más palabras tienen significado con independencia de la oración que les sirve de contexto, tal como esto último es proclamado, sin embargo, mediante la postulación del "principio composicional"[76], cuya adopción conduce a un atomismo semántico. El enfoque opuesto descansa en la adopción de lo que –en la senda marcada por Frege– se conoce como el "principio contextual"[77], según el cual la oración es la unidad mínima de significado y cuya adopción conduce a un holismo semántico[78]. En lo que ahora interesa, basta con destacar que, tal como Brandom mismo lo advierte[79], una semántica inferencialista trae aparejada una forma particularmente radical de holismo semántico, que lleva a identificar la correspondiente red de oraciones inferencialmente conectadas como la unidad mínima de significado[80]. Esto último logra hacer justicia al *dictum* de Wittgenstein: "entender una oración significa entender un lenguaje"[81].

---

[73] Montiel (2017) p. 26.

[74] Más arriba, I.2.

[75] Montiel (2017) p. 29.

[76] Al respecto, Canale y Tuzet (2014) p. 159; para un decidido rechazo de tal postulado, véase Ross (2019) pp. 133 s.

[77] Canale y Tuzet (2014) p. 159.

[78] En referencia a Frege, véase Brandom (1994) pp. 80 ss.

[79] Brandom (2000) pp. 15 s.

[80] Véase Canale y Tuzet (2007) p. 36, quienes identifican tal unidad mínima de significado, empero, con "las relaciones entre oraciones". Esto supone pasar por alto que lo que pueda cumplir tal función de soporte tendría que corresponderse con una estructura sintáctica.

[81] Wittgenstein (1984) § 199. Véase también Davidson (2001) p. 22: "Si el significado de las oraciones es dependiente de su estructura, y si entendemos el significado de cada ítem de su estructura solamente como abstracción de la totalidad de las oraciones en las cuales aquel figura, entonces solo

La asunción de un holismo semántico implicado por una semántica inferencialista tendría que contribuir a disolver, o en todo caso a relativizar, la dificultad que los teóricos de la interpretación de la ley suelen asociar al fenómeno de la ambigüedad semántica[82]. La dificultad en cuestión solo podría impresionar a quien se muestre –al menos implícitamente– comprometido con una forma particularmente ingenua de atomismo semántico. Si se renuncia a ese compromiso, entonces tendría que ser claro que es enteramente inviable pretender fijar aisladamente el significado de una palabra cualquiera. El hecho de que, por ejemplo, el sustantivo "banco" pueda designar o bien una estructura física susceptible de ser usada como asiento por una o más personas, o bien (alguna sucursal de) una entidad financiera, no tendría por qué conllevar que una oración en la que figure ese sustantivo tuviera que verse afectada por una manifestación más o menos aguda de indeterminación semántica[83]. Ello tendría que ser una obviedad si asumimos el ya mencionado principio contextual: el significado del sustantivo "banco" será una función del significado de la oración que le sirve de contexto, y no al revés. Y a pesar de que el asunto suele ser menos frecuentemente planteado, la adopción del principio contextual también tendría que tener impacto en cómo sea enfrentado el problema asociado a la ambigüedad sintáctica de algún componente del texto interpretado[84]. Así, por ejemplo, que la contribución que un adjetivo hace al significado del texto en cuestión pueda depender de cuál o cuáles sean los sustantivos que, al interior de la respectiva estructura oracional, se vean calificados por ese adjetivo[85], vuelve improbable que esa contribución pueda ser adecuadamente explicada a partir de la postulación del principio composicional.

Una metodología de la interpretación de la ley que se apoye en la adopción del principio contextual tendría que lograr desactivar posibles desvaríos hermenéuticos que se siguen de la validación –al menos tácita– del principio composicional. Un ejemplo elocuente nos lo brinda la controversia interpretativa referida a los respectivos incisos de los artículos 66, 67 y 68 del Código Penal que se ocupan del

podemos determinar el significado de una oración (o palabra) cualquiera determinando el significado de toda oración (y palabra) en ese lenguaje".

82 La ambigüedad semántica de una expresión lingüística consiste en que a ella pueda atribuirse más de un sentido (o *intensio*). Ello tiene que ser diferenciado de su posible vaguedad, consistente en la indeterminación de su extensión bajo algún sentido que le sea atribuible. En general al respecto, Quine (1960) pp. 125 ss., 129 ss.; desde el punto de vista de la teoría de la interpretación jurídica, véase Moore (1981) pp. 181 ss., 193 ss. En la literatura chilena, puede consultarse Ossandón (2009) pp. 62 ss., 68 ss.

83 En referencia a este mismo ejemplo, véase Rodríguez (2021) pp. 599 s.

84 En general sobre ello, Quine (1960) pp. 134 ss.; en referencia inmediata a los pormenores de la interpretación jurídica, véase Ross (2019) pp. 143 ss.; Rodríguez (2021) pp. 600 s.

85 Detalladamente al respecto, Mañalich (2021b) pp. 22 ss., 25 ss., a propósito de cómo tendría que ser interpretada la frase nominal "autoridades o jefes militares" en el contexto del artículo 35 de la Ley Nº 20.357, que consagra la llamada "responsabilidad del superior" en relación con hechos constitutivos de genocidio, crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra.

impacto que la concurrencia de dos o más atenuantes, no acompañadas de agravante alguna, puede tener en la alteración del correspondiente marco penal[86]. Contra lo que generalizadamente se asume, que en cada uno de esos incisos se diga que el tribunal "podrá" dar lugar a una rebaja de pena en uno o más grados, no basta en lo absoluto para concluir que lo así instituido sería nada más que la posibilidad de una rebaja facultativa. Pues, dado el contexto de la formulación de cada una de esas reglas, es perfectamente razonable la hipótesis interpretativa de que, en tal caso, el tribunal está habilitado para determinar en cuántos grados ha de tener lugar la rebaja de pena a partir de los criterios allí indicados, pero sin quedar habilitado para no dar lugar a una rebaja siquiera en un grado[87].

Pero aun rectificada a través de la adopción del principio contextual, la sugerencia de que el intérprete tendría que mostrar respeto o deferencia hacia una estructura sintáctica de mayor o menor complejidad es problemática por otra razón. En sentido estricto, lo que puede reclamar respeto o deferencia de parte del intérprete no es el conjunto de fonemas o grafemas de los que se vale el hablante para decir lo que se dice, sino la intención con la cual el hablante dice lo que dice. ¿Supone esto validar una concepción intencionalista de la interpretación? Todo depende de qué se entienda por "intención del hablante", en consideración a una ambigüedad que aqueja a esta expresión cuando se la usa para designar un posible tópico de interpretación[88].

3. La intención legislativa como intención semántica

La ambigüedad se suscita porque con la "intención del hablante" podemos estar aludiendo o bien a una intención semántica, o bien a una intención no semántica[89]. Por "intención semántica" cabe entender una intención internamente conectada con el uso, por parte del hablante, de una expresión lingüística, consistente en que la expresión sea tomada como poseyendo un cierto significado. Por "intención no semántica", en cambio, cabe entender cualquier propósito extralingüístico –orientado a la obtención de algún efecto "perlocutivo"– que el hablante pudiera perseguir al realizar el acto de habla que conlleva el uso de la expresión en cuestión.

La importancia de la distinción puede ser ilustrada a propósito de la pregunta de cómo habría que interpretar los artículos 19 y siguientes del Código Civil, tomados como textos en los cuales se encuentran formuladas reglas para la interpretación

[86] Detalladamente al respecto, Mañalich (2018) pp. 229 ss., 236 ss.

[87] Mañalich (2018) pp. 232 s., 237 s.

[88] Fundamental acerca de esto, Raz (2009) pp. 272 ss.

[89] Davidson (2001) pp. 265 ss., 271 ss., 274 s. Acerca de la distinción entre intenciones semánticas e intenciones no semánticas como posibles parámetros de interpretación de textos jurídicos, Moore (1981) pp. 247 ss.; más detalladamente, Moore (1985) pp. 338 ss.; así como Raz (2009) pp. 289 ss.; desde premisas diferentes, también Iturralde (2014) pp. 92 ss.

de la ley[90]. En este punto es importante notar que esos artículos no pueden –porque lo contrario entrañaría una autorreferencialidad lógicamente viciosa– ser interpretados a través de la aplicación de los criterios de interpretación identificados como formulados en esos mismos artículos. Pues identificar los criterios así formulados equivale a interpretar los artículos en cuestión. Esto sirve como recordatorio de que los criterios últimos para toda interpretación solo pueden estar implícitos en la respectiva práctica interpretativa[91].

Para lo que ahora interesa, basta con poner la mirada en el artículo 19 del Código Civil, cuyo inciso 1º nos dice que "[c]uando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor, a pretexto de consultar su espíritu"[92]. El inciso 2º complementa lo anterior declarando que la invocación de la "intención o espíritu" de la ley interpretada solo es admisible ante "una expresión obscura de la ley". En concordancia con el ya mencionado inciso 1º, esto último equivale a que "el sentido de la ley" no sea claro en atención a "su tenor literal". Y para el caso de que, por falta de claridad del tenor literal, sea procedente apelar a la "intención" de la ley, el inciso 2º agrega que esta ha de ser reconocible en cuanto "claramente manifestad[a]" sea en la ley misma, sea "en la historia fidedigna de su establecimiento". Si bien, en los términos del artículo 19, la intención en cuestión tendría que ser identificada con la intención "de la ley", esta forma de hablar sólo puede ser tomada como metafórica. Pues la frase nominal "la ley" no designa agente alguno al que pudiera ser atribuida una intención. Antes bien, por "intención de la ley" tendríamos que entender la intención atribuible al agente respectivamente dotado de autoridad legislativa, que bajo un sistema jurídico institucionalizado se corresponde con un hablante impersonal y abstracto[93], al que ordinariamente aludimos con la frase nominal "el legislador"[94].

De acuerdo con esto, bajo las reglas del Código Civil es admisible resolver una incertidumbre interpretativa, suscitada por una oscuridad del texto interpretado,

[90] A pesar de que ello suele ser pasado por alto, las reglas así formuladas no admiten ser adecuadamente reconstruidas como si ellas se limitaran a codificar los cuatro "elementos" –en el sentido de: aspectos– de la interpretación de la ley célebremente distinguidos por Savigny. Al respecto, Bascuñán (2013) pp. 298 ss.

[91] Véase Brandom (2014) pp. 21 s.

[92] El argumento que se ofrece a continuación representa una ampliación de lo planteado en Mañalich (2023b) pp. 576 ss.

[93] Al respecto, Raz (2009) pp. 272 ss., 279 ss., quien muestra que nada ontológicamente sospechoso hay en la idea de que semejante agente institucional pueda actuar intencionalmente de manera superviniente al actuar de personas "naturales", sin que las intenciones del primero admitan ser reducidas a las intenciones de las segundas. Acerca del rendimiento del análisis filosófico del problema de la intencionalidad colectiva para la reconstrucción del estatus del legislador como una "persona institucional", véase Tsoumanis (2022) pp. 595 ss., 600 ss.

[94] Para una muy clara identificación de la "voluntad del legislador" con la voluntad atribuible a un agente impersonal institucionalmente configurado, véase Binding (1885) pp. 454 ss. Nótese que esto supone adoptar una aproximación institucionalista al llamado "problema ontológico" asociado al análisis del concepto de intención legislativa; véase Canale (2017) pp. 45 s., con referencias ulteriores.

invocando la "intención" que ha guiado al legislador al poner en vigor la respectiva regulación. Nótese, de paso, que ello no equivale en lo absoluto a que el intérprete esté autorizado para confundir la intención del legislador, cual agente impersonal y abstracto, con la intención de uno o más hablantes distintos de aquel, como lo sería la intención que algún congresista hubiera manifestado con ocasión de la tramitación del proyecto de ley en cuestión[95]. Como sostuviera Binding, quien también se permitía hablar metafóricamente: "después de su publicación, ninguna voluntad personal decide acerca de aquello que en verdad la ley piensa y así también quiere"[96].

La pregunta crítica que emerge con esto último apunta a qué ha de entenderse, entonces, por "intención" en el contexto de los dos incisos del artículo 19 del Código Civil. La respuesta tendría que ser: una intención no semántica, en cuanto no susceptible de ser identificada en consideración al texto mismo, dada la falta de claridad de este. En estos términos, la regla del inciso 1º de ese artículo puede ser tomada, a *contrario sensu*, como una que confiere prioridad interpretativa a la consideración de la literalidad del texto[97], para así reconstruir la intención semántica que, en cuanto intención "mínima", necesita ser atribuible al hablante investido de autoridad legislativa para volver interpretable el texto legal del que se trate como el resultado ("racionalizable") de un ejercicio intencional del poder de legislar[98].

En lo inmediato, lo anterior se sustenta en que ya respecto de la comunicación lingüística cotidiana vale, como lo nota Raz, que "la manera normal de descubrir lo que una persona intentó decir es establecer qué dijo"[99]. Si esto se pone en

[95] Fundamental al respecto, Moore (1985) pp. 352 ss. Acerca del problema epistemológico al que se enfrenta la identificación de una intención "legislativa" así entendida, véase Canale (2017) p. 46.

[96] Binding (1885) p. 456. Una detallada reconstrucción de la teoría "objetivista" de la interpretación de la ley defendida por Binding es ofrecida en Hilliger (2018) pp. 88 ss., 106 ss.

[97] Para una fundada defensa de la primacía que, en la reconstrucción de los cánones de interpretación de la ley penal, habría que atribuir a la consideración de las propiedades semánticas y sintácticas de las expresiones lingüísticas que conforman el texto legal interpretado y su respectivo contexto, véase Ortiz de Urbina (2012) pp. 197 ss., quien parece oscilar, con todo, entre identificar el sentido (del texto) con aquello que habría de ser interpretativamente determinado –lo cual es perfectamente correcto–, por un lado, e identificarlo con el objeto mismo de la interpretación –lo cual no puede ser correcto–, por otro.

[98] Véase Raz (2009) pp. 281 ss., 284 s.

[99] Raz (2009) p. 287. De ahí que, en referencia al llamado "significado literal" de una oración, Davidson observara que, "[p]or supuesto, la mera intención no confiere ese significado a la oración; pero si esta es proferida con la intención de proferir una oración con ese significado, y de hecho no tiene ese significado, entonces ella no tiene significado lingüístico alguno", así, Davidson (2001) pp. 271 s. (con énfasis suprimido), agregando que, por ello, el "significado literal" y el "significado literal intencionado" (*intended literal meaning*) tendrían que coincidir, si la oración ha de tener algún significado literal en lo absoluto, lo cual, empero, no contribuiría en lo absoluto a clarificar qué habría que entender por "significado literal". Y tal como Davidson mismo lo explica en otro lugar, por tal habría que entender el "significado primero" (*first meaning*) susceptible de ser discernido en consideración a la intención semántica con la cual el hablante dice lo que dice; véase Davidson (2005) pp. 89 ss., 92 ss. Para una revisión parcialmente crítica de este último planteamiento, véase Talmage (1994) pp. 213 ss., 218 ss.

relación con el carácter híper-institucionalizado de la actividad de legislar, entonces parece sensato concluir que, en lo tocante a la interpretación de la ley, "la posibilidad de tener que ir más allá de lo dicho para establecer qué se quiso decir se vuelva muy rara"[100]. Precisamente en esta consideración radica la sensatez de la primacía que el inciso 1º del artículo 19 del Código Civil concede a la literalidad de lo que el legislador ha dicho. Y es recién para el caso de que el texto interpretado no haga reconocible la intención semántica que haya podido guiar su establecimiento que, por contraste, el inciso 2º del mismo artículo 19 habilita al intérprete para prestar atención a algún conjunto de intenciones no semánticas que pudieran ser atribuibles al legislador. La reconstrucción así esbozada del sentido y alcance atribuible a los dos incisos del artículo 19 no hace más que implementar lo que Davidson tematiza como el principio de la "autonomía del significado": lo que significa una oración no puede ser confundido con, ni derivado de, aquello que el hablante persigue, como propósito extralingüístico, a través de su emisión[101].

IV. LA GARANTÍA DE *LEX STRICTA* ENTRE LA INTENCIÓN LEGISLATIVA Y LAS CONVENCIONES INTERPRETATIVAS

1. El rol de los constreñimientos gramaticales

Lo que ahora interesa esclarecer es si las reglas formuladas en los dos incisos del artículo 19 del Código Civil pueden estimarse congruentes con los constreñimientos que, para la interpretación de la ley penal, tendrían que seguirse del sometimiento de la actividad del juzgador a la garantía de *lex stricta*. De acuerdo con las disquisiciones precedentes, una manera plausible de reconstruir esos constreñimientos pasa por asumir que, como aseguramiento de la forma cualificada de reserva de ley implicada por la clausura legal de la punibilidad, la garantía de *lex stricta* exige, contra la regla del inciso 2º del artículo 19, conceder una prioridad no derrotable a las intenciones semánticas atribuibles al legislador.

Como ya fuera explicado, una intención semántica atribuible al legislador es aquella que ha de ser reconocible en exclusiva atención al texto legal, con cargo a la hipótesis de que el legislador ha pretendido poner en vigor una o más normas susceptibles de ser formuladas precisamente a través de *ese* texto, y no de otro. Conceder una prioridad no derrotable a las intenciones semánticas atribuibles al legislador equivale a tener por inadmisible toda hipótesis interpretativa referida a un determinado texto legal que apele a algún conjunto de intenciones, ninguna de las cuales logre explicar que el legislador se haya valido precisamente de ese texto para formular la o las normas de cuya identificación se trate. Esto muestra que, como observa Raz, el recurso a la "intención del legislador" no nos provee de un "método" para

[100] Raz (2009) p. 287.

[101] Véase Davidson (2001) pp. 164 s., 274 s.

atribuir significado a algún texto legal, sino que cumple, más bien, una función de legitimación[102].

En sus consecuencias, el enfoque recién presentado se acerca considerablemente al planteamiento defendido por Ortiz de Urbina. Según este, tratándose de la interpretación de la ley penal, el espacio de pertinencia para la apelación a uno o más propósitos extralingüísticos atribuibles al legislador debería entenderse delimitado por los constreñimientos "gramaticales" –esto es, sintácticos y semánticos– que el texto interpretado impondría al intérprete[103]. En sus términos, esto supondría dar primacía al "canon gramatical" (*lato sensu*) sobre el "canon teleológico", entendido el primero como integrando el "canon sistemático" *qua* criterio de interpretación específicamente sensible al contexto (lingüístico) en el que se inserta el texto legal interpretado[104]. Frente a lo asumido por Ortiz de Urbina, sin embargo, cabe insistir en que no puede ser el texto mismo lo que imponga los constreñimientos en cuestión. Si se adopta un pragmatismo semántico como el elaborado por Brandom[105], entonces esos constreñimientos gramaticales no pueden considerarse intrínsecos a las expresiones que componen el texto interpretado, puesto que ellos solo emergen en el uso que se da a esas mismas expresiones[106].

2. ¿(In)admisibilidad de una "interpretación extensiva" bajo la garantía de *lex stricta*?

Según ya fuera observado, un vasto sector doctrinal entiende que, contra lo recién sostenido, el "sentido literal posible" tendría que servir como criterio para reconocer cuándo la aplicación de una norma de sanción es analógica y, por ende, inadmisible bajo la garantía de *lex stricta*. Al mismo tiempo, suele afirmarse que ese límite no se vería sobrepasado, en cambio, cuando la norma formulada en el texto es identificada a través de una interpretación extensiva, aunque no siempre es claro qué se entiende por "interpretación extensiva" y por "analogía" cuando se introduce

[102] Raz (2009) p. 288. Coincidentemente, Tsoumanis (2022) p. 582: "La aproximación intencionalista no es en sí método alguno, sino que plantea la pregunta correcta".

[103] Véase Ortiz de Urbina (2012) pp. 201 s.

[104] Es en este sentido que cabe reconstruir la regla formulada en el inciso 1º del artículo 22 del Código Civil, en su apelación al "contexto de la ley" como criterio capaz de "ilustrar el sentido de cada una de sus partes", sin que ello admita ser confundido con el trabajo de sistematización doctrinal del derecho legislado inherente a la función de la dogmática jurídica, entendida esta como un metalenguaje referido al lenguaje del legislador en cuanto lenguaje-objeto.

[105] Más arriba, II.

[106] Para una exploración del problema, resultante en la demostración de la falta de plausibilidad de la tradicional apelación al eslogan del "sentido literal posible" como pretendido límite a la interpretación, véase Becker y Martenson (2016). Esto tendría que volver problemática la propuesta, exhaustivamente presentada por Klatt, de reconstruir el "límite del tenor literal" a partir del pragmatismo semántico articulado por Brandom; véase Klatt (2008) pp. 230 ss. Críticamente al respecto, Tsoumanis (2022) pp. 664 s., 681 ss., 686 ss.

ese contraste[107]. Para despejar posibles equívocos cabe estipular que, en el presente contexto, "analogía" designa un modo de aplicación de normas fundado en un esquema de razonamiento "por similitud", y por ello no subsuntivo, en tanto que "interpretación" designa una operación (o el resultado de una operación) consistente en atribuir significado a un texto para así identificar una o más normas que pudieran entenderse formuladas en ese texto[108].

Sobre esta base, la noción de interpretación extensiva suele ser esgrimida para tematizar una de las tres variantes posibles de interpretación en atención a su resultado, según la relación en la cual se encontrarían el texto interpretado, por un lado, y el sentido atribuido a ese texto, por otro[109]. Así, la interpretación sería "restrictiva" cuando el sentido en definitiva atribuido al texto resulta ser más estrecho que el sentido "literalmente sugerido" por ese texto (esto es, cuando el texto resulta ser "sobreincluyente"); ella sería "extensiva", a su vez, cuando el sentido en definitiva atribuido al texto resulta ser más amplio que el "literalmente sugerido" por ese texto (esto es, cuando el texto resulta ser "infraincluyente"); y ella sería "declarativa", finalmente, cuando hay congruencia o "armonía" entre el texto y el sentido que le es atribuido (esto es, cuando el texto no es sobreincluyente ni infraincluyente).

Pero la distinción así trazada es manifiestamente problemática. El problema radica en la idea misma de una comparación de un texto con su sentido, esto es, con su significado[110]. Pues un texto es algo que, en consideración a sus propiedades sintácticas, reconocemos como potencialmente portador de un cierto significado. Identificar ese significado es interpretar (exitosamente) el texto en cuestión. De ahí que caracterizar una interpretación como extensiva o restrictiva solo tenga sentido comparativamente. Más precisamente: una interpretación admite ser caracterizada como extensiva o restrictiva en la medida en que ella consista en la adopción de una hipótesis interpretativa que, en comparación con alguna otra hipótesis interpretativa, atribuya una extensión más vasta, o menos vasta, a las expresiones de cuya interpretación se trata[111]. Bajo semejante enfoque "comparativista", no hay razón alguna para asumir que la garantía de *lex stricta* pudiera traer aparejada, para el juzgador, la exigencia de siempre favorecer una interpretación (comparativamente) restrictiva del respectivo texto legal[112]. Y esto equivale a decir que la garantía de *lex stricta* no

[107] La confusión se incrementa cuando se llega a hablar de una "interpretación analógica", una de cuyas variantes sería la "interpretación analógica extensiva"; véase, por ejemplo, Matus (2012) pp. 197 ss. No menos problemático es que se sostenga que "la prohibición de analogía en contra del reo" sería una de las "reglas interpretativas" impuestas por la garantía de *lex stricta*; así, Fernández (2017) p. 667.

[108] Más arriba, I.1. Para una reconstrucción de lo que ellos denominan el "punto de vista tradicional" a este respecto, véase Canale y Tuzet (2014) pp. 151 ss.

[109] Al respecto, y detalladamente, Rodríguez (2021) pp. 613 ss.

[110] Más arriba, I.2.

[111] Véase Rodríguez (2021) pp. 616 s.

[112] Muy claramente, Novoa (2005) pp. 136 s. Semejante exigencia de interpretación restrictiva se encuentra consagrada, empero, en el inciso 2º del artículo 5 del Código Procesal Penal, en lo tocante

se traduce, sin más, en la inadmisibilidad de una interpretación que, en comparación con alguna otra, pudiera ser caracterizada como extensiva[113].

A modo de ejemplo, considérese el problema que puede suscitar la interpretación de la frase "[h]aciendo uso de llaves falsas, o verdadera que hubiera sido sustraída" en el contexto del Nº 2 del artículo 440 del Código Penal, que penaliza una variante de robo con fuerza en las cosas en lugar habitado o destinado la habitación. ¿Podríamos sostener que el uso de una tarjeta magnética habilitada para abrir la puerta de la habitación de un hotel cuenta como una "llave" en el sentido del texto legal? Si asumimos que lo tipificado a título de robo con fuerza en las cosas consiste en una disyunción de determinadas modalidades de apropiación (mediante sustracción) asociadas al vencimiento de algún dispositivo de custodia reforzada de la cosa sustraída, y si a modo de hipótesis semántica asumimos que, en atención a uno de sus usos distintivos, la palabra "llave" designa un artefacto diseñado para abrir o cerrar algún mecanismo (físico) de cierre, entonces cabría decir que una tarjeta magnética diseñada y habilitada para abrir la puerta de esa habitación cuenta como una "llave" bajo el Nº 2 del artículo 440.

Con ello, ante un caso en el cual A logra apropiarse de una cosa ubicada dentro de la habitación en cuestión, habiendo A ingresado a esta gracias a la tarjeta que ha sustraído previamente, podríamos decir que, en los términos de la disposición legal, A ha hecho uso de algo que es subsumible bajo la descripción "llave verdadera sustraída". En tal caso, la aplicación de la norma de sanción que tipifica el robo con fuerza en las cosas no sería analógica, sino subsuntiva, y así admisible bajo la garantía de *lex stricta*. Y esto sería perfectamente compatible con sostener que tal interpretación del Nº 2 del artículo 440, conducente a identificar la norma de sanción así formulada como una norma subsuntivamente aplicable a ese mismo caso, admitiría ser caracterizada como extensiva, si se la comparara con una posible interpretación del texto legal de acuerdo con la cual el sustantivo "llave" fuera tomado como únicamente designativo de objetos metálicos[114].

3. La deferencia legislativa hacia la autoridad del juzgador

Las consideraciones precedentes no han pretendido más que ilustrar cómo tendría que ser argumentativamente defendida, como admisible bajo la garantía de *lex stricta*, una determinada hipótesis interpretativa referida a un texto legal en el cual pueda entenderse formulada una norma de sanción penal. En lo fundamental, ello exige que la atribución de significado al texto legal haga reconocible la deferen-

a "[l]as disposiciones de este Código que autorizan la restricción de la libertad o de otros derechos del imputado o del ejercicio de alguna de sus facultades".

113 Para una aplicación detallada de este enfoque a propósito de la interpretación de la frase "objetos de cualquier índole" en el contexto del artículo 365 bis del CP, véase Mañalich (2023b) pp. 579 ss., 583 ss.

114 Nótese que la primera de las múltiples acepciones de "llave" enunciadas en el diccionario de la RAE reza así: "Instrumento, comúnmente metálico, que, introducido en una cerradura, permite activar el mecanismo que la abre y la cierra".

cia del intérprete hacia las intenciones semánticas con las que el legislador ha fijado el texto en cuestión.

¿Pero cómo puede el texto legal, en cuanto tal, servir como un indicador de una intención (semántica) con la que el texto ha sido usado como soporte para la formulación de una o más normas, si esa intención consiste en que el texto sea tomado como "poseyendo" un cierto significado que necesita serle atribuido? Aquí se vuelve necesario considerar la actitud de deferencia que, correlativamente, el legislador no puede sino adoptar hacia quienes habrán de dar aplicación (autoritativa) a la o las normas susceptibles de ser identificadas como formuladas en el texto por él fijado. Precisamente en esto consiste que entre el legislador y cada uno de los juzgadores llamados a dar aplicación a las normas legislativamente producidas se configure una relación (asimétrica) de reconocimiento recíproco[115].

El punto pasa por lo que, aptamente, Raz describe como "el ciclo de la convención y la intención"[116]. Al fijar el texto que estima adecuado como soporte lingüístico para la formulación de una o más normas, el legislador no puede más que mostrar deferencia hacia las convenciones interpretativas que rijan en la comunidad a la que pertenecen quienes habrán de dar aplicación a las normas que ellos identifiquen como formuladas en el texto así fijado[117]. Y esto vale aun para el caso de que, como ciertamente puede hacerlo, el legislador pretendiera alterar las convenciones interpretativas seguidas al interior de la respectiva comunidad de intérpretes. Para hacerlo, el legislador podría expresar "su intención de que así sea", pero entonces no tendrá más remedio que valerse de expresiones lingüísticas que serán tomadas según las convenciones interpretativas "vigentes en ese momento"[118].

De ahí que, para estar a la altura de su responsabilidad como intérprete deferente para con la autoridad normativa del legislador, por su parte el juzgador no pueda abdicar de entenderse a sí mismo como alguien que forma parte de una comunidad de intérpretes, y no meramente de jueces intérpretes, cuyo medio es un lenguaje respecto del cual nadie puede reclamar tener la última palabra.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

Arena, Federico (2014): *El convencionalismo jurídico* (Madrid, Barcelona, Buenos Aires y São Paulo, Marcial Pons).

Bascuñán, Antonio (2013): "El mito de Domat", en Grez, Pablo y otros. (coords.), *Una vida en la Universidad de Chile: celebrando al profesor Antonio Bascuñán Valdés* (Santiago, Legal Publishing/Thomson Reuters) pp. 263-349.

[115] Más arriba, III.1.

[116] Raz (2009) pp. 286 s.

[117] Raz (2009) p. 286. Al respecto, véase Montiel (2017) pp. 26 s., quien identifica las correspondientes convenciones interpretativas con "las reglas del habla que rigen en la comunidad de hablantes".

[118] Raz (2009) p. 286.

Bascuñán, Antonio (2021): "La garantía de *lex propria* como concreción del principio de legalidad penal", en Navarro, Enrique y Zúñiga, Francisco (coords.), *Derecho Procesal Constitucional. Libro homenaje al profesor Juan Colombo Campbell* (Valencia, Tirant lo Blanch) pp. 141-178.

Bayón, Juan Carlos (2001): "¿Por qué es derrotable el razonamiento jurídico?", *DOXA*, Vol. 24: pp. 35-62.

Bayón, Juan Carlos (2002): "Derecho, convencionalismo y controversia", en Navarro, Pablo y Redondo, María Cristina (comps.), *La relevancia del derecho* (Barcelona, Gedisa) pp. 57-92.

Bayón, Juan Carlos (2017): "El imperio de la ley y la interpretación y aplicación del derecho: dos visiones", *DOXA*, ed. especial: pp. 67-72.

Becker, Christian y Martenson, Jule (2016): "Asche zu Asche, Staub zu Staub – Wortlaut, möglicher Wortsinn und Sprachspielabhängigkeit von Bedeutung", *Juristenzeitung*, Vol. 7, Nº 15/16: pp. 779-786.

Binding, Karl (1885): *Handbuch des Strafrechts* (Léipzig, Duncker & Humblot).

Brandom, Robert (1994): *Making It Explicit* (Cambridge [Mass.] y Londres, Harvard University Press).

Brandom, Robert (2000): *Articulating Reasons* (Cambridge [Mass.] y Londres, Harvard University Press).

Brandom, Robert (2002): *Tales of the Mighty Dead* (Cambridge [Mass.] y Londres, Harvard University Press).

Brandom, Robert (2009): *Reason in Philosophy* (Cambridge [Mass.] y Londres, Belknap Press).

Brandom, Robert (2014): "A Hegelian Model of Legal Concept Determination", en Hubbs, Graham y Lind, Douglas (eds.), *Pragmatism, Law, and Language* (Nueva York, Routledge) pp. 19-39.

Brandom, Robert (2019): *A Spirit of Trust* (Cambridge [Mass.] y Londres, Belknap Press).

Canale, Damiano (2012): "Teorías de la interpretación jurídica y teorías del significado", *Discusiones*, Vol. XI: pp. 135-165.

Canale, Damiano (2017): "What Inferentialism Tells Us About Combinatory Vagueness in Law", en Poggi, Francesca y Capone, Alessandro (eds.), *Pragmatics and Law* (Cham, Springer) pp. 43-66.

Canale, Damiano y Tuzet, Giovanni (2007): "On Legal Inferentialism. Toward a Pragmatics of Semantic Content in Legal Interpretation", *Ratio Juris*, Vol. 20, Nº 1: pp. 32-44.

Canale, Damiano y Tuzet, Giovanni (2014): "Sulla distinzione tra analogia e interpretazione estensiva nel ragionamento giuridico", *Materiali per una storia della cultura giuridica*, Vol. XLIV, Nº 1: pp. 149-173.

Chiassoni, Pierluigi (2011): *Técnicas de interpretación jurídica* (Madrid, Barcelona y Buenos Aires, Marcial Pons).

Couso, Jaime y Mera, Jorge (2011): *Precedentes y justicia penal* (Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales).

Davidson, Donald (2001): *Inquiries into Truth and Interpretation* (Oxford y Nueva York, Oxford University Press, segunda edición).

Davidson, Donald (2005): *Truth, Language, and History* (Oxford y Nueva York, Oxford University Press).

Dworkin, Ronald (1986): *Law's Empire* (Cambridge [Mass.] y Londres, Belknap Press).

Fernández, José Ángel (2017): "La interpretación conforme con la constitución en los límites del mandato de certeza", *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 44, Nº 3: pp. 653-675.

Grice, Paul (1989): *Studies in the Way of Words* (Cambridge [Mass.] y Londres, Harvard University Press).

Guastini, Riccardo (2010): *Nuevos estudios sobre la interpretación* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia).

Guastini, Riccardo (2014): *Interpretar y argumentar* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, segunda edición).

Hart, H.L.A. (2012): *The Concept of Law* (Oxford, Oxford University Press, tercera edición).

Hilliger, Fedja Alexander (2018): *Das Rechtsdenken Karl Bindings und die „Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens"* (Berlín, Duncker & Humblot).

Hruschka, Joachim (2011): "Kant, Feuerbach und die Grundlagen des Strafrechts", en Kindhäuser, Urs, Neumann, Ulfrid y Paeffgen, Hans-Ullrich (coords.), *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion. Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag* (Berlín, Duncker & Humblot) pp. 17-37.

Iturralde, Victoria (2014): *Interpretación literal y significado convencional* (Madrid, Barcelona, Buenos Aires y São Paulo, Marcial Pons).

Kelsen, Hans (1960): *Reine Rechtslehre* (Tubinga, Mohr Siebeck, segunda edición).

Klatt, Matthias (2008): *Making the Law Explicit* (Oxford y Portland [Or.], Hart).

Kuhlen, Lothar (2012): "Sobre la relación entre el mandato de certeza y la prohibición de analogía", en Montiel, Juan Pablo (ed.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?* (Madrid, Barcelona, Buenos Aires y São Paulo, Marcial Pons) pp. 151-172.

Laporta, Francisco (2022): "Ley", *Eunomía*, Nº 22: pp. 253-266.

MacCormick, Neil (2007): *Institutions of Law* (Oxford, Oxford University Press).

Mañalich, Juan Pablo (2018): *Estudios sobre la fundamentación y la determinación de la pena* (Santiago, Thomson Reuters).

Mañalich, Juan Pablo (2021a): "La clausura de los sistemas de normas de sanción penal como sistemas de reglas constitutivas", *Revus*, Nº 44: pp. 27-55.

Mañalich, Juan Pablo (2021b): "Ambigüedad sintáctica e interpretación de la ley penal. Sobre el alcance de la regla sobre 'responsabilidad del superior' en el derecho penal chileno", *Diritto Penale Contemporaneo*, 2/2021: pp. 19-28.

Mañalich, Juan Pablo (2022): "La ontología social de la responsabilidad", *Eunomía*, Nº 23: pp. 467-475.

Mañalich, Juan Pablo (2023a): "El diseño constitucional de la legalidad penal", en Ambos, Kai y Guzmán Dalbora, José Luis (dirs.), *Constitución y Derecho penal en Chile* (Santiago, Der) pp. 27-64.

Mañalich, Juan Pablo (2023b): "¿Irrelevancia típica de la introducción de partes de un cuerpo humano a título de abuso sexual calificado?", en Oliver, Guillermo, Mayer, Laura y Vera, Jaime (eds.), *Un derecho penal centrado en la persona humana. Libro ho-*

menaje al profesor Luis Rodríguez Collao, tomo I (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) pp. 569-591.

Matus, Jean Pierre (2012): *La ley penal y su interpretación* (Santiago, Editorial Metropolitana, segunda edición).

Montiel, Juan Pablo (2017): "Estructuras analíticas del principio de legalidad", *InDret*, 1/2017 Disponible en: https://indret.com/estructuras-analiticas-del-principio-de-legalidad/. Fecha de consulta: 01/03/2023.

Moore, Michael (1981): "The Semantics of Judging", *Southern California Law Review*, Vol. 54: pp. 151-294.

Moore, Michael (1985): "A Natural Law Theory of Interpretation", *Southern California Law Review*, Vol. 58: pp. 277-398.

Moore, Michael (2000): *Educating Oneself in Public* (Oxford: Oxford University Press).

Moreso, José Juan (2023): "Una casa portuguesa. Conversando sobre pragmática con Francesca Poggi", *Analisi e Diritto*, Vol. 23, Nº 1: pp. 25-40.

Novoa, Eduardo (2005): *Curso de Derecho Penal Chileno*, tomo I (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, tercera edición).

Olave, Alejandra (2023): "Los casos irrelevantes como problema externo al derecho", *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, Nº 39: pp. 7-33.

Ortiz de Urbina, Íñigo (2012): "¿Leyes taxativas interpretadas libérrimamente? Principio de legalidad e interpretación del derecho penal", en Montiel, Juan Pablo (ed.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución*? (Madrid, Barcelona, Buenos Aires y São Paulo, Marcial Pons) pp. 173-205.

Ossandón, María Magdalena (2009): *La formulación de los tipos penales* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

Poggi, Francesca (2020): "Against the conversational model of legal interpretation", *Revus*, Nº 40: pp. 9-26.

Quine, W.V.O. (1960): *Word and Object* (Cambridge [Mass.], MIT Press).

Raz, Joseph (2009): *Between Authority and Interpretation* (Oxford, Oxford University Press).

Rodríguez, Jorge (2021): *Teoría analítica del derecho* (Madrid, Barcelona, Buenos Aires y São Paulo, Marcial Pons).

Ross, Alf (2019): *On Law and Justice* (Oxford, Oxford University Press, nueva edición).

Strawson, Peter (1964): "Intention and Convention in Speech Acts", *The Philosophical Review*, Vol. 73, Nº 4: pp. 439-460.

Szczaranski, Federico (2022): "Autoridad y responsabilidad en la aplicación del derecho", *Ius et Praxis*, Año 28, Nº 1: pp. 39-59.

Talmage, C.J.L. (1994): "Literal Meaning, Conventional Meaning, and First Meaning", *Erkenntnis*, Vol. 40: pp. 213-225.

Tsoumanis, Nikolaos (2022): *Bestimmtheit und Normativität im Strafrecht* (Baden-Baden, Nomos).

Wittgenstein, Ludwig (1984): *Philosophische Untersuchungen*, Werksaufgabe 1 (Fráncfort del Meno, Suhrkamp).

Wróblewski, Jerzy (1992): *The Judicial Application of Law* (Dordrecht, Springer).

NORMAS CITADAS

Chile, *Código Civil* (14/12/1855).
Chile, *Código Penal* (14/11/1874).
Chile, Ley Nº 20.357 *Tipifica crímenes de lesa humanidad y genocidio y delitos de guerra*. (18/07/2009).

Revista Chilena de Derecho | Chilean Journal of Law | Vol. 51 Nº 3, pp. 93 - 132 [2024]
Recepción: 08/04/2024. Aceptación 21/08/2024. DOI: 10.7764/R.513.4

¿PARA QUÉ OLVIDAR? ANÁLISIS COMPARADO DE LOS CONTORNOS DEL DERECHO AL OLVIDO EN LA JURISPRUDENCIA CHILENA Y PERUANA

WHY FORGET? COMPARATIVE ANALYSIS OF THE BOUNDARIES OF THE RIGHT TO BE FORGOTTEN IN CHILEAN AND PERUVIAN JURISPRUDENCE

Andrés Calderón López*

RESUMEN: Pese a la ausencia de una norma expresa que reconozca la existencia de un derecho al olvido, Chile y Perú han experimentado, cada uno, un profuso pero sinuoso desarrollo jurisprudencial al respecto. Este artículo presenta un análisis comparado de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Chile y de la jurisprudencia administrativa y del Tribunal Constitucional peruanos. A través de este paralelo, se busca hallar los fundamentos y las delimitaciones con los que dichos países han venido construyendo el derecho al olvido a nivel jurisprudencial. Esta comparación permite, además, encontrar algunas falencias, teóricas y prácticas, en la solución de los conflictos que suelen presentarse cuando una persona quiere suprimir o restringir el acceso a información que se encontraba públicamente disponible en Internet.

Palabras clave: Autodeterminación Informativa, Derecho al Honor, Derecho al Olvido, Libertad de Información, Ponderación de derechos.

ABSTRACT: Despite the absence of a legal provision recognizing the existence of a right to be forgotten, Chile and Peru have each experienced a profuse but winding case law on this matter. This article presents a comparative analysis of the jurisprudence of the Chilean Supreme Court and the Peruvian administrative jurisprudence and the recent decisions of the Constitutional Tribunal. Through this parallel, we aim at finding the foundations and boundaries over which these countries have been building the right to be forgotten at the jurisprudential level. This comparison also makes it possible to locate some shortcomings, both theoretical and practical, when the courts had to decide whether to allow the suppression or the restriction of access to information that was publicly available on the Internet.

* Magister en Derecho (LL.M.) Universidad de Yale. Profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Becario ANID. Dirección postal: Av. Universitaria 1801, San Miguel, Lima 32, Perú. Dirección electrónica: andres.calderon@pucp.edu.pe. 0000-0001-9922-6517. El autor desea agradecer los valiosos comentarios de los profesores Marcelo Barrientos y Adolfo Wegmann a versiones preliminares de este trabajo, así como el sobresaliente apoyo en la investigación de la señora Francesca Chocano.

Keywords: Informational Self-determination, Right to Honor, Right to be Forgotten, Freedom of Information, Rights Balancing.

I. INTRODUCCIÓN

Puede sonar un poco extraño que en países que han sufrido terribles momentos de rupturas del orden constitucional y atropellos de derechos humanos se hable de un derecho al olvido. Superada la primera impresión, sin embargo, podremos advertir que el llamado derecho al olvido no se contrapone (o no debiera oponerse) al derecho a la verdad o a la construcción de una memoria histórica[1].

Aunque es aún debatido en muchas latitudes, el derecho al olvido ya tiene un reconocimiento normativo o jurisprudencial explícito en otros tantos países. En sencillo, se puede entender el olvido como el derecho "de las personas físicas a hacer que se borre información sobre ellas después de un periodo de tiempo determinado"[2], o "el fundamento jurídico que permite que ciertas informaciones del pasado no sean actualmente difundidas cuando son capaces de provocar más daños que beneficios"[3]. Sin ser plenamente pacífica la definición de este derecho, otros autores proponen un alcance más amplio, haciendo hincapié en las motivaciones por las que una persona desea la supresión de sus datos, puesto que pueden ser "en ocasiones inexactos, en ocasiones falsos o en ocasiones irrelevantes"[4].

Normalmente, esta información se hallará bajo los escombros del portal web de un medio de comunicación social que conserva, pese a los años, las notas periodísticas alguna vez escritas; o se encontrará en algún fichero público disponible en Internet, y correspondiente a alguna entidad con la que una persona interactuó en algún momento, sea porque postuló a un puesto de trabajo, porque le brindó servicios o porque fue sancionado por dicho órgano público, para mencionar algunos ejemplos.

Muchas veces esta información es difícil de conseguir si no fuera por la ayuda de los motores de búsqueda como Google, Yahoo o Bing, los cuales recopilan, copian e indexan toda la información disponible en Internet. Entonces, cuando alguien introduce "Juan Pérez" en el buscador, aparecerán dentro de los resultados los enlaces a las páginas web que incluyan ese nombre y apellido dentro de su contenido.

Por tal razón, el objetivo concreto de la pretensión de derecho al olvido puede incluir, en algunos casos, la eliminación de la publicación original, o en otros, el bloqueo o la desindexación de los motores de búsqueda[5], haciendo que la información –si es que se mantuviera disponible en la fuente original– sea menos sencilla

[1] Sobre la posible contradicción entre el derecho al olvido y el derecho a conservar la memoria histórica, ver Díaz (2019) p. 29.

[2] De Terwamgne (2012) p. 54, citada por Reusser (2021) p. 139.

[3] Leturia (2016) p. 96.

[4] Platero (2016) p. 249.

[5] Muñoz (2015) pp. 216-217.

de encontrar. Si bien el interés del accionante normalmente estará dirigido a que la información se suprima o sea menos accesible (como manifestación del derecho de cancelación o supresión de los datos personales), también se suele plantear como alternativa en este tipo de casos que la información se rectifique o actualice, si es que esta ha devenido anacrónica[6]. Ello motiva que los destinatarios de este tipo de pretensiones incluyan no solo a motores de búsqueda o titulares de ficheros públicos (desindexación y bloqueo) sino también a los titulares de los sitios webs en los que se publica y mantiene la información que afecta al solicitante, como se verá en la jurisprudencia estudiada en las secciones II y III.

En cuanto a la naturaleza del derecho al olvido, encontramos a algunos autores como Corral[7], que sostienen que este se trata de una derivación de otros derechos de la personalidad como el derecho a la vida privada, o Cuenca[8], que lo ubica como una extensión del derecho a la intimidad. No es extraña esta derivación puesto que, como recuerda Moreno[9], los primeros casos europeos que reconocen a un peticionante el derecho a que no vuelva a divulgarse información de su pasado se sustentan en una concepción amplia del derecho a la privacidad.

Representantes de la doctrina chilena, como Reusser[10] y Muñoz[11], han entendido el derecho al olvido como parte del derecho a la protección de datos personales, el cual, a su vez, se ancla en el derecho a la autodeterminación informativa. Contreras[12] resalta la evolución del derecho a la autodeterminación informativa para adquirir autonomía y distinción frente al derecho a la vida privada, a partir de un estudio detallado de los antecedentes legislativos que culminaron con el reconocimiento expreso del derecho a la protección de datos personales en la Constitución chilena, dato al que nos referiremos sucintamente en la sección II.1. Otros autores, como Guzmán Cobeñas[13], o Díaz Colchado[14], en el caso peruano, van más allá y le conceden al derecho al olvido una autonomía que trasciende a la de la protección de datos personales. Aunque no es materia de este artículo la discusión conceptual sobre el anclaje del derecho al olvido, vale la pena precisar en este punto que las pretensiones propias del derecho al olvido (desindexación o supresión) suponen el ejercicio de este autocontrol informativo sobre los datos personales, sin perjuicio de que el análisis de su viabilidad en cada caso concreto pueda exigir la contraposición

6 Ortiz y Viollier (2021) pp. 86-87.
7 Corral (2017).
8 Cuenca (2017) p. 137.
9 Moreno (2012) p. 7, pp. 11-12.
10 Reusser (2021).
11 Muñoz (2015).
12 Contreras (2020) p. 89, p. 99, pp. 101-102.
13 Guzmán (2022) pp. 255-256.
14 Díaz (2019) p. 39.

o ponderación de varios derechos fundamentales, como advierten Ortiz y Viollier[15], y Leturia[16], entre otros.

La autodeterminación informativa, como se conoce, tuvo origen en la jurisprudencia constitucional alemana de 1983, que declaró inconstitucional algunos preceptos de la Ley de Censo[17], y que halló el fundamento del derecho de cada persona a controlar el uso y la divulgación de su información personal en la protección de la dignidad humana y el derecho general a la propia personalidad, independizando así este derecho de otros como la intimidad y el honor[18]. Luego de este antecedente, este derecho empezó a ser reconocido en textos y cortes constitucionales, como el Tribunal Constitucional de España en 1993 (derecho a la libertad informática)[19], Perú a partir de la Constitución de 1993[20] y la jurisprudencia constitucional desde el 2003[21], y Chile con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en 2011[22] y la reforma constitucional de 2018, conforme se comenta en las siguientes secciones sobre la legislación de cada país.

El objetivo de este trabajo es, precisamente, aportar a la discusión de los fundamentos con los que se ha venido delimitando este derecho al olvido, a partir de una revisión jurisprudencial comparada entre Chile y Perú. Nuestra hipótesis es que a falta de una respuesta legislativa explícita en esta materia, la construcción jurisprudencial de este derecho presenta todavía algunas falencias o imprecisiones, que se manifiestan principalmente en tres ámbitos: 1) la definición de los derechos o intereses específicos que se buscan tutelar ante una pretensión de derecho al olvido, 2) el establecimiento de criterios previsibles para aceptar o rechazar una pretensión de olvido, y 3) la elección de la medida tutelar de una pretensión de olvido (eliminación, desindexación o actualización de la información).

Para tales fines, realizamos un análisis comparado de la jurisprudencia del más alto nivel de Chile y Perú[23]. En el caso chileno revisamos las sentencias más emblemáticas de la Corte Suprema, mientras que en el caso peruano nos enfocamos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, organismo constitucionalmente autónomo que recientemente ha emitido sus primeras sentencias en la materia. Al ser incipiente esta última, la complementamos con las resoluciones más llamativas de la

[15] Ortiz y Viollier (2021).

[16] Leturia (2016) p. 97.

[17] BVerfG, Order of the First Senate, 15/12/1983. Ver, al respecto: Kodde (2016).

[18] Reusser (2021) p. 56.

[19] Tribunal Constitucional de España, 20/07/1993. Ver, al respecto: Reusser (2021) p. 59.

[20] Perú, Constitución Política del Perú, artículo 2, inciso 6.

[21] Tribunal Constitucional de Perú, 29/01/2003. Ver, al respecto: Castro (2008) pp. 272-273.

[22] Tribunal Constitucional de Chile, 21/06/2011.

[23] Dado que el objetivo y la metodología del trabajo están circunscritos al análisis comparado de las principales tendencias jurisprudenciales, nos enfocaremos en los razonamientos de las instancias judiciales y administrativas respectivas. Por tal razón, no evaluaremos las argumentaciones de las partes de dichos procesos, lo cual excede el propósito y el alcance del artículo.

Dirección de General de Protección de Datos Personales del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (DGPDP), la cual tiene encargada ser la última instancia administrativa en materia de protección de datos personales.

Nuestro análisis comparado toma en cuenta a Chile y Perú, puesto que son dos países que comparten muchas similitudes en esta materia: ausencia de previsión expresa a nivel positivo (constitucional y legal), proyectos legislativos que proponen su reconocimiento y caracterización que han sido objeto de diversas críticas, y un interesante pero también sinuoso desarrollo jurisprudencial. Además, las leyes de protección de datos personales de ambos países presentan varias similitudes, en particular, en el reconocimiento de los derechos ARCO (acceso, rectificación, cancelación[24] y oposición), altamente influenciados por la legislación española y los desarrollos europeos.

Luego de la introducción, en el segundo capítulo pasaremos a examinar los fundamentos sobre los que se ha venido construyendo el derecho al olvido en Chile, a partir de una revisión de las principales sentencias de la Corte Suprema. Para situarnos y comprender bien la doctrina jurisprudencial, revisaremos antes las normas constitucionales y legales que han sido utilizadas por los tribunales para la sustentación de este novedoso derecho. Repetiremos la misma fórmula de análisis en el capítulo tercero, dedicado a la experiencia peruana. La particularidad de esta sección, como se ha adelantado, es que la jurisprudencia peruana a revisar incluye las recientes sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional peruano, última instancia judicial en materia de procesos constitucionales de tutela urgente de derechos, y los principales pronunciamientos de la DGPDP.

Dado que nuestro propósito es comprender y analizar la construcción práctica del derecho al olvido en Chile y Perú hasta la fecha, consideramos en nuestro estudio únicamente la jurisprudencia y la legislación vigente, omitiendo las reflexiones sobre proyectos de ley, cuya revisión será reservada para otra ocasión.

En el cuarto capítulo realizaremos el análisis comparado de ambas experiencias nacionales, centrándonos en los siguientes elementos: a) los derechos o intereses invocados para sustentar el derecho al olvido, y la utilización de técnicas ponderativas de derechos en conflicto, b) la utilización de los criterios más frecuentemente discutidos para aceptar o rechazar una pretensión de olvido, estos son: el paso del tiempo, y el interés público subyacente a la información que se busca eliminar, desindexar o corregir, y c) las razones o prioridades elegidas por las respectivas autoridades chilenas y peruanas para elegir cuándo eliminar, desindexar o actualizar la información. Finalmente, presentaremos nuestras conclusiones.

[24] Mientras que la legislación chilena utiliza los términos 'cancelación' o 'eliminación' para referirse a la destrucción de datos personales (artículo 2, inciso h, de la Ley Nº 19.628), la legislación peruana utiliza indistintamente los términos 'cancelación' (artículo 2, inciso 3, y artículo 67 del Decreto Supremo Decreto Supremo 003-2013-JUS, Reglamento de la Ley Nº 29733) y 'supresión' (artículo 20 de la Ley Nº 29733) para el mismo concepto.

II. EL DERECHO AL OLVIDO EN CHILE

1. Silencio legislativo y constitucional

Ni en el texto constitucional ni en el ámbito legislativo se puede encontrar una norma positiva que reconozca explícitamente el derecho al olvido. Ello no ha impedido que los accionantes hayan recurrido a algunos derechos constitucionales para proponer la existencia de un derecho al olvido, como se apreciará más adelante en la revisión jurisprudencial.

Los derechos más mentados han sido los de respeto y protección a la vida privada, y el derecho a la honra, ambos contemplados en el artículo 19.4 de la Constitución Política de la República. Cabe recordar que este artículo fue materia de una reforma constitucional en el año 2018, agregándose al numeral 4 del artículo 19, la expresión "y su familia" en lo que respecta al derecho a la honra, y la expresión "y, asimismo, la protección de sus datos personales"[25]. Con esta última adición, se consagró la protección de datos personales a nivel constitucional[26].

La Ley 19.628 sobre protección de la vida privada contiene varias provisiones específicas para la protección de datos personales. Estas resultan bastante similares a las que se hallan en normativas extranjeras sobre la materia. Al igual que la norma peruana, que se estudiará en el siguiente capítulo, la norma chilena se inspira en la norma española de protección de datos personales, la Ley Orgánica 5/1992 de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de carácter personal[27], sin perjuicio de la importante influencia de la normativa europea en su aplicación.

Como se conoce, la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo estableció un primer marco general para la protección de datos personales[28]. Aunque esta norma ya recogía el derecho a la supresión de los datos personales, no establecía expresamente un "derecho al olvido" ni un ámbito de aplicación, como se desarrollaría posteriormente a partir de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en el caso *Costeja v. Google España*[29]. Finalmente, el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD)[30] introducirá explícitamente el término "derecho al olvido" para referirse al derecho de supresión de datos personales en el artículo 17, haciendo énfasis en su importancia en el "entorno en línea" en la consideración 66[31].

---

[25] Chile, Ley Nº 21.096.

[26] Sobre la discusión legislativa que antecedió a la reforma constitucional, ver: Contreras (2020).

[27] Cerda (2003) p. 63.

[28] Unión Europea, Directiva 95/46/CE.

[29] Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 13/05/2014.

[30] Unión Europea, Reglamento 2016/679.

[31] En contraste con la normativa europea, el derecho en los Estados Unidos rechaza la responsabilidad de los intermediarios digitales (incluyendo motores de búsqueda) por las informaciones publicadas por terceros. La moderación (o no) de contenidos, incluyendo la posibilidad de eliminarlo o desindexarlo, es una decisión de los intermediarios exenta de responsabilidad, en virtud de la sección 230 de la *Communications Decency Act de EE.UU.* El régimen de responsabilidad norteamericano

Volviendo a la normativa chilena, en esta se establece como regla general la facultad del titular de datos personales de autorizar o no que sus datos personales sean tratados (recolectados, almacenados, interconectados, comunicados, etc.[32]) por terceras personas, así como de revocar dicho consentimiento[33]. El artículo 12 de la Ley 19.628 dispone, además, el derecho de toda persona de pedir que se modifiquen los datos que resulten "erróneos, inexactos, equívocos o incompletos", así como "exigir que se eliminen, en caso de que su almacenamiento carezca de fundamento legal o cuando estuvieren caducos".

Los derechos de rectificación y de supresión o cancelación, antes reseñados, son los que han servido de base en otras jurisdicciones para sustentar el derecho al olvido[34]. Dentro de la doctrina nacional, Reusser sostiene que el derecho al olvido es, en realidad, otro nombre para el derecho de cancelación, haciendo innecesario el uso del término derecho al olvido[35].

Un obstáculo para pretender una equivalencia inmediata entre el derecho al olvido y el derecho de cancelación (o supresión) de datos personales es que la propia Ley 19.628 establece que el tratamiento de datos personales debe sujetarse a las obligaciones previstas en dicho cuerpo normativo "con excepción del que se efectúe en ejercicio de las libertades de emitir opinión y de informar"[36]. Así, resultaría contradictorio sostener que, bajo el amparo de una ley, un titular de datos personales pueda lograr la supresión de la información que un medio noticioso ha publicado, sin mayor sustento que la sola alegación de tal derecho, cuando la propia ley admite el ejercicio válido de tales libertades informativas[37].

Así, existe un estatuto particular de los medios periodísticos de Chile regulado por la Ley 19.733, y la propia legislación de protección de datos personales, Ley 19.628, prescribe que su aplicación no alcanza al ejercicio de las libertades informativas. Sin embargo, ello debe entenderse no como una exclusión absoluta del dere-

excede largamente al alcance de este trabajo, sin embargo, se puede leer sobre la materia: Keller (2019); Kosseff (2019); y Goldman (2019).

32 Chile, Ley Nº 19.628, definición amplia del artículo 2, inciso o).

33 Chile, Ley Nº 19.628, artículo 4.

34 Dependiendo de la legislación nacional, también se podría mencionar el derecho de oposición dentro de este abanico de posibilidades.

35 Reusser (2021) p. 169, p. 189.

36 Chile, Ley Nº 19.628, artículo 1. Ver, en similar sentido, el artículo 17, apartado 3, del Reglamento General de Protección de Datos Personales de la Unión Europea, que dispone que el derecho de supresión de datos personales ("derecho al olvido") no aplicará cuando el tratamiento sea necesario "para ejercer el derecho a la libertad de expresión e información". Unión Europea, Reglamento 2016/679.

37 Ante esta aparente colisión, desde nuestra perspectiva, el reconocimiento del derecho de cancelación o supresión, por sí solo, no significa la admisión de un "derecho al olvido" en los términos en que se ha conceptualizado en la sección precedente. Se requiere una construcción adicional que, en los casos de Chile y Perú, ha sido ejecutada por las cortes nacionales, conforme se analizará más adelante.

cho de la protección de datos personales (y del derecho al olvido, en particular) de los ámbitos informativos, sino más bien como una exigencia de compatibilización o ponderación de ambos derechos. Así, como veremos en las secciones II.2 y II.3, los titulares de datos personales han planteado en más de una ocasión pretensiones de derecho al olvido contra medios periodísticos y la judicatura no solo ha admitido esta posibilidad, sino que en ocasiones ha declarado fundado tales pedidos.

En efecto, las libertades de información y opinión están previstas en el artículo 19.12 de la Constitución, y su ejercicio se encuentra desarrollado en la Ley 19.733, sobre libertades de opinión, información y ejercicio del periodismo. De hecho, en esta ley podemos encontrar un derecho que guarda una similitud parcial con alguna de las pretensiones que se suelen discutir en un caso de derecho al olvido. El título IV de la Ley 19.733 regula el derecho de aclaración y de rectificación del que goza "toda persona natural o jurídica ofendida o injustamente aludida por algún medio de comunicación social"[38]. En virtud de esta facultad, una persona podría pedir que se actualice cierta información que ha quedado desfasada, por ejemplo; sin embargo, no podría sustentar la eliminación o la desindexación de la publicación.

Por otra parte, cabe anotar que el procedimiento establecido en la Ley 19.733 no sería el más adecuado para aplicarse directamente a supuestos como los que suelen acompañar a una pretensión de derecho al olvido. Podría suceder, por ejemplo, que entre la noticia originalmente publicada en un portal web y un desenlace posterior que motivara su actualización transcurran meses o años. Piénsese, por ejemplo, en una noticia que dé cuenta del inicio de una instrucción penal contra un funcionario público, y que es declarado absuelto al cabo de dos años. En un hipotético como el planteado, no resultaría lógico exigirle el plazo de 20 días "contado desde la fecha de la emisión" que se instituye en la Ley 19.733[39]. La interpretación correcta demandaría eximir de este plazo a quien tiene interés en la actualización de un contenido digital que ha quedado desfasado o, en todo caso, contarlo desde que ha surgido el hecho que justifica la actualización. En cualquier caso, esta atingencia sirve para entender por qué muchas personas que han buscado suprimir, modificar o reducir la exposición de cierta información publicada por un medio noticioso, han acudido no a la Ley 19.733, sino a la tutela del derecho al olvido.

Finalmente, para concluir esta concisa revisión legislativa, es necesario referirnos también al artículo 21 de la ya citada Ley 19.628, que estipula que los organismos públicos que realicen tratamiento de datos personales relacionados a condenas por delitos, infracciones administrativas o faltas disciplinarias "no podrán comunicarlos una vez prescrita la acción penal o administrativa, o cumplida o prescrita la sanción o la pena"[40]. Este artículo ha sido objeto de análisis por parte del Consejo para la Transparencia de Chile (CPLT), organismo autónomo creado por la Ley

[38] Chile, Ley Nº 19.628, artículo 16.

[39] Chile, Ley Nº 19.628, artículo 20.

[40] Chile, Ley Nº 19.628, artículo 21.

20.285, con el propósito de promover el derecho de acceso a la información pública y fiscalizar el cumplimiento de las obligaciones de transparencia de los órganos de Administración del Estado.

Con ocasión del desarrollo de sus funciones, por mandato de la Ley 20.285, el CPLT ha tenido que dilucidar casos en los que se buscaba acceder a datos personales que podrían dar cuenta de sanciones administrativas o condenas penales de personas naturales. Si bien los pronunciamientos del CPLT escapan a los alcances de este trabajo, centrado en el análisis comparado de los tribunales judiciales máximos en la materia de Chile y Perú, se puede mencionar sucintamente que el CPLT emitió en el año 2020 la Resolución Exenta 304[41] con el objetivo de señalar algunos criterios orientativos para las entidades públicas en la aplicación de la Ley 19.628[42].

En la Resolución Exenta 304 se reitera lo previsto en el artículo 21 de la Ley 19.628 en el sentido de que los órganos estatales no pueden comunicar los datos personales relativos a condenas e infracciones una vez que ha quedado prescrita la acción penal o administrativa, o ha sido cumplida o prescrita la sanción o la pena[43]. Este precepto normativo ha sido interpretado en varias ocasiones por el CPLT como una manifestación del derecho al olvido, de modo tal que "quienes han cumplido condena no deben mantenerse en el registro"[44].

En resumen, no ha existido, hasta la fecha, una decisión legislativa y política explícita de cara al reconocimiento del derecho al olvido y sus implicancias prácticas. Ello no ha sido impedimento para que la discusión sobre la existencia del derecho al olvido y sus contornos haya encontrado espacio en las instancias judiciales.

2. Jurisprudencia: escepticismo inicial frente al derecho al olvido

Los primeros casos resueltos por la Corte Suprema de Chile muestran una aproximación todavía timorata a la cuestión del derecho al olvido[45].

Así, por ejemplo, en el primer caso resuelto, el accionante demandó al remitente y al destinatario de un correo electrónico en el que se daba cuenta de la prisión preventiva que se había dictado en contra del accionante por los delitos de

[41] Chile, Resolución exenta Nº 304.

[42] Chile, Resolución exenta Nº 304, Artículo 1.

[43] Chile, Resolución exenta Nº 304, Artículo 9.

[44] Consejo para la Transparencia, 05/04/2019, y Consejo para la Transparencia, 15/03/2011. Ver, en un sentido similar: Consejo para la Transparencia, 02/04/2019.

[45] Sin perjuicio de que el objetivo y metodología de este trabajo están circunscritos al análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema, resulta pertinente referirnos brevemente a un importante antecedente de la Corte de Apelaciones de Valparaíso que data del año 2012 e, incluso, precede al famoso caso *Costeja*. En el caso chileno, la Corte de Apelaciones ordenó a Google establecer filtros para evitar publicaciones injuriosas contra un fiscal regional, que había sido objeto de acusaciones de corrupción en un blog. Ver: Corte de Apelaciones de Valparaíso, 30/07/2012. Corral advierte, no obstante, que este caso no cumple con los elementos característicos de derecho al olvido, ya que la información publicada (anónimamente) afectaba la honra del recurrente. Ver: Corral (2017) p. 11.

abuso y violación de una menor[46]. Este correo se incorporó a un blog público por una tercera persona. Aunque los hechos del caso mostraban que el accionante había sido posteriormente absuelto, la Corte desestimó el recurso de protección porque no se dirigió contra la persona que hizo la publicación, ni contra los motores de búsqueda. La Corte hizo alusión además al "derecho al olvido" recientemente reconocido en el fallo *Costeja vs. Google España*[47] del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, pero por las razones expuestas determinó que "no es pertinente efectuar el análisis correspondiente para determinar si bajo la actual legislación el recurrente gozaría o no del derecho de obtener la eliminación" de la publicación cuestionada.

En otras dos sentencias tempranas sobre el tema, del año 2016, la Corte Suprema confirmó los fallos que habían denegado la solicitud contra una persona natural titular de dos cuentas en redes sociales y contra Google (Youtube) para eliminar un video que informaba sobre la presunta violación de los derechos de los niños por parte de una juez, y la solicitud contra un medio periodístico digital y contra Google para eliminar unos enlaces sobre unas lesiones hacia una profesora por parte de un abogado, respectivamente[48]. En ambos casos, no existe motivación explícita de la Corte Suprema, la cual simplemente confirma la sentencia apelada.

Posteriormente, en una sentencia de julio de 2017, la Corte Suprema desestimó eliminar la noticia publicada en el portal electrónico de La Tercera, que daba cuenta de un juicio por un delito informático seguido contra el recurrente. En este caso, si bien la Corte advirtió que el accionante había sido absuelto de condena penal, también consideró que sí había sido sancionado administrativamente y la noticia tenía interés público. En tal medida, revocó parcialmente la sentencia apelada ordenando al portal de noticias la actualización de la información incluyendo un link con el íntegro de la sentencia absolutoria. En este caso, la Corte nuevamente muestra reticencia a reconocer el derecho al olvido, el cual –señala– "no está consagrado en nuestra legislación, por lo que, para resolver la controversia de autos debe dirimirse el conflicto que se presenta entre los derechos a la honra y a la vida privada y la libertad de expresión"[49].

En un caso resuelto en agosto de 2017, la Corte Suprema, por voto en mayoría, desestimó el pedido dirigido a los diarios El Mercurio, La Tercera y otros medios noticiosos, y a Google, para eliminar y desindexar, respectivamente, los *links* a las noticias que daban cuenta del delito cometido por el recurrente, pese a que ya había cumplido la pena. Al igual que en el caso anterior, la Corte recordó que "el denominado derecho al olvido que invoca el recurrente no está establecido en nuestra legislación"[50]. En tal sentido, resolvió que la libertad de información prevalecía

[46] Corte Suprema de Chile, 29/10/2014.

[47] Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 13/05/2014.

[48] Ferrante (2022) pp. 41-42.

[49] Corte Suprema de Chile, 24/07/2017.

[50] Corte Suprema de Chile, 09/08/2017.

sobre el derecho a la honra y a la privacidad alegados debido a había un interés colectivo o general de conocer acerca de la comisión de un delito de abuso sexual.

Autores como Ferrante observan un solo caso, de enero de 2016[51], en el que la Corte Suprema hace un esfuerzo por conceptualizar el derecho al olvido y recibirlo favorablemente, dentro de esta primera etapa[52]. El accionante pedía al diario El Mercurio "eliminar de los motores de búsqueda de internet una publicación" *online* en la que se indicaba que un mayor de Carabineros había sido sometido a proceso por el delito de abusos sexuales contra menores. En este caso, la Corte definió el derecho al olvido como la pretensión por la que "una persona pueda aspirar a la eliminación desfavorable sobre sí misma que le provoque perjuicios actuales y que se contenga en los sistemas informáticos disponibles"[53]. Y, luego, identificó un perjuicio concreto para el caso, consistente en "el menoscabo sobre todo síquico y laboral, tanto para sí como para una familia única y de apellido estigmatizable"[54].

Si bien la Corte advirtió nuevamente que "en nuestro ordenamiento jurídico nacional no existe, por ahora, una solución legislativa expresa sobre este tema", observó también que "no resulta difícil advertir en él su compromiso con la protección del honor, la dignidad y vida privada de las personas". Añadió que nuestro ordenamiento "sistemáticamente ha venido recogiendo la tendencia mundial de reconocer el derecho al olvido respecto de conductas reprochables de las personas –sean éstas penales, civiles o comerciales– después de un lapso de tiempo, como una forma de reintegrarlas al quehacer social"[55].

La Corte finalmente acogió la pretensión del accionante y ordenó al medio periodístico eliminar el registro informático de la noticia. A diferencia de otros casos, señaló explícitamente los derechos en los que fundamenta el derecho al olvido: "protección del derecho a la integridad síquica y a la honra personal y familiar". Además, se apoyó fuertemente en el transcurso del tiempo como factor decisivo para hacer prevalecer el derecho al olvido sobre el derecho a la información: "Mantener vigente una noticia como la ya mencionada después de una década, es ajena a la finalidad de informar a la ciudadanía de los hechos ocurridos en ese momento determinado". Concluyó que después de ese tiempo, la libertad de información "debería ceder […] en beneficio del derecho a la reinserción social del que ha delinquido y de su derecho a mantener una vida privada que la posibilite, como asimismo el derecho a la honra y privacidad de su familia"[56].

Se trata del primer caso en el que la Corte Suprema fundamenta el derecho al olvido en una combinación de varios derechos, sin especificar concretamente cuál es

[51] Corte Suprema de Chile, 21/01/2016.
[52] Ferrante (2022) pp. 40-42.
[53] Corte Suprema de Chile, 21/01/2016.
[54] Corte Suprema de Chile, 21/01/2016.
[55] Corte Suprema de Chile, 21/01/2016.
[56] Corte Suprema de Chile, 21/01/2016.

el que se vería tutelado en un caso concreto. Esta es una característica que encontraremos nuevamente en las sentencias más recientes.

A pesar de que, en los últimos años, la Corte Suprema ha amparado algunas pretensiones de eliminación, actualización o desindexación de la información, la mayoría de sus sentencias continúan advirtiendo la ausencia de previsión legislativa expresa sobre el derecho al olvido[57].

Un caso especialmente llamativo es el resuelto en junio de 2020, cuando la Corte rechazó el recurso de protección planteado por un accionante contra Google que buscaba la eliminación de la base de datos del motor de búsqueda de una entrada en un blog sobre un hecho delictual ocurrido trece años atrás. En esa ocasión, desestimó explícitamente la aplicación del criterio del ya referido caso *Costeja* del TJUE y afirmó que "el llamado 'derecho al olvido' no se encuentra establecido en nuestra legislación", por lo que "el recurso de protección no está en condiciones de prosperar, sin perjuicio de otros derechos que pueda hacer valer el recurrente conforme el ordenamiento jurídico"[58].

Esta sentencia es provocativa porque la Corte descarta recurrir a otros derechos que en otras ocasiones habían servido de base para analizar si procedía o no la eliminación o desindexación de una publicación en Internet.

3. Un prisma de derechos en un edificio por construir

Después de una primera etapa de cierto escepticismo frente al derecho al olvido, la Corte Suprema se enfrentará a una variedad de casos que le permiten desarrollar más criterios argumentativos.

En la mayoría de casos, desde el 2017 hasta la actualidad, la Corte acudirá a lo que denomina un "prisma de derechos que se pueden ver afectados"[59]. Esta es una fórmula recurrente, en virtud de la cual se pondera la libertad de información por un lado y, normalmente, los derechos a la honra y a la vida privada, por el otro. En otros casos[60], sin aludir específicamente al "prisma de derechos", la Corte reco-

[57] Ver, entre otros: Corte Suprema de Chile, 04/09/2017; Corte Suprema de Chile, 06/11/2017; Corte Suprema de Chile, 15/01/2019, *M. con Ediciencero.cl*; Corte Suprema de Chile, 15/01/2019, *U. con Copesa*; Corte Suprema de Chile, 21/01/2019; Corte Suprema de Chile, 22/01/2019; Corte Suprema de Chile, 23/09/2019; Corte Suprema de Chile, 10/06/2020; Corte Suprema de Chile, 26/02/2021; Corte Suprema de Chile, 25/04/2023.

[58] Corte Suprema de Chile, 10/06/2020.

[59] Corte Suprema de Chile, 09/08/2017; Corte Suprema de Chile, 15/01/2019, *M. con Ediciencero.cl*; Corte Suprema de Chile, 15/01/2019, *U. con Copesa*; Corte Suprema de Chile, 21/01/2019; Corte Suprema de Chile, 23/09/2019; Corte Suprema de Chile, 26/02/2021; Corte Suprema de Chile, 25/04/2023.

[60] Excepcionalmente, en un caso, la Corte Suprema negó la existencia de un conflicto de derechos, planteando que el derecho al olvido, por un lado, y el derecho de informar y de expresión, por el otro, tenían, cada uno, una esfera de acción propia. Ver: Corte Suprema de Chile, 21/01/2016.

nocerá la "colisión de derechos"[61], o los derechos en "potencial conflicto"[62], mencionando siempre a las libertades informativas por un lado (información y expresión u opinión) y a la honra y la vida privada, por el otro, acompañados ocasionalmente por otros derechos como la integridad síquica[63].

No obstante lo anterior, la identificación de los derechos afectados no ha sido determinante en la evaluación de la Corte Suprema, sino más bien otros factores como el contenido de la noticia que se busca eliminar o desindexar, si esta involucraba hechos delictivos, y el tiempo transcurrido.

Por razones de orden y para los fines de este trabajo, dividiremos el análisis de la jurisprudencia ponderativa de la Corte Suprema chilena bajo tres rubros: a) casos en los que se discute el paso del tiempo como factor para amparar o denegar el derecho al olvido; b) casos en los que se discute el interés público de la información; y, c) casos en los que se ampara la petición de olvido, pero se discute si corresponde la eliminación, actualización o desindexación de la información.

a) El transcurso del tiempo

Uno de los criterios que suele aparecer en las motivaciones de las sentencias de la Corte Suprema sobre el derecho al olvido es el transcurso del tiempo. Recurrentemente los peticionantes argumentarán que el paso del tiempo convierte en innecesaria o injustificada la subsistencia *online* de la publicación que alegan afecta su honra, privacidad, integridad síquica o posibilidades de reinserción social.

Si quisiéramos describir la evolución temporal de la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema en torno a este criterio, esta no podría representarse de forma lineal, sino más bien zigzagueante. En efecto, encontraremos en un mismo periodo casos en los que el devenir temporal es un factor favorable para amparar la pretensión de olvido, y otros tantos en los que esa marcha no es suficiente.

Entre los primeros, podemos volver a mencionar el caso del mayor de Carabineros que pedía a El Mercurio eliminar una publicación en la que se le identificaba como presunto autor del delito de abusos sexuales contra menores de edad, delito por el que finalmente fue condenado. La Corte, en el 2016, amparó finalmente la petición, argumentando que "mantener vigente una noticia […] después de una década, es ajena a la finalidad de informar a la ciudadanía de los hechos ocurridos en ese momento determinado"[64]. El perjuicio que puede ocasionar la subsistencia de la publicación pese al tiempo transcurrido es nuevamente estimado por la Corte Suprema, en el 2017, a favor del peticionante en el caso de un abogado que solicitaba a Blogspot y a Google la eliminación y desindexación de una publicación en un blog que lo acusaba de haberse coludido con las autoridades para ocultar el asesinato del hijo de su excliente. La Corte acogió la demanda tomando en consideración

[61] Corte Suprema de Chile, 04/12/2017; Corte Suprema de Chile, 23/03/2023.

[62] Corte Suprema de Chile, 22/04/2019.

[63] Corte Suprema de Chile, 22/04/2019.

[64] Corte Suprema de Chile, 21/01/2016.

"el deterioro causado a la imagen del recurrente, a su honra y prestigio personal", lo que, a su juicio, "constituye un perjuicio que se ha extendido por casi cinco años"[65].

También podemos referirnos a tres casos similares, resueltos entre 2019 y 2020, en los que la Corte argumenta que con el transcurso del tiempo se va perdiendo el interés noticioso de la publicación original. Un primer caso, de enero de 2019, involucraba a una abogada a la que se le otorgó la razón en el pedido de eliminación de una noticia en el portal noticioso Edicióncero.cl que contaba de las causas abiertas ante el Ministerio Público por el delito de ejercicio ilegal de la profesión, y por las que fue finalmente absuelta[66]. Muy similar es el caso de otra abogada que también solicitó que se eliminara una publicación en la web del Ministerio Público sobre un juicio oral por delitos de estafa y ejercicio ilegal de la profesión, del que fue finalmente absuelta. Aquí, la Corte señaló que, dado que

> han trascurrido más de siete años y medio desde que se dio a conocer la noticia acerca de la acusación y juzgamiento de que fue objeto la recurrente […] no se divisa el beneficio actual para la libertad de expresión de mantener un registro digital fácilmente detectable y accesible de una noticia[67].

El caso resuelto por la Corte Suprema en abril de 2020 trataba del pedido dirigido al Fiscal Regional de Atacama para que eliminara los datos de una señora que figuraban en la plataforma informática del Sistema de Apoyo de los Fiscales por presunto delito de conducción de estado de ebriedad, del que la peticionante fue absuelta. En dicha ocasión, la Corte afirmó que "la mantención de los mismos [enlaces web] después de haber transcurrido alrededor de cinco años desde la dictación del sobreseimiento definitivo, configura un acto ilegal y además arbitrario que lesiona el derecho a la honra y a la privacidad"[68].

Es llamativo, por contraste, el caso resuelto en julio de 2019. Aquí, la Corte también valoró el paso del tiempo a favor del peticionante, pero no para eliminar la publicación (que figuraba en los diarios El Mercurio y La Tercera), como en los casos anteriormente reseñados, sino para ordenar a los medios periodísticos demandados que la actualizaran. El peticionante había sido condenado en el año 2009 como autor de un cuasidelito de homicidio, había cumplido la condena y se habían eliminado sus antecedentes penales. La Corte argumentó que "atendido el tiempo transcurrido desde la ocurrencia de los hechos y la dictación de la sentencia que motivaron las publicaciones mencionadas, se hace necesario complementarlas, en el sentido de incluir la totalidad de los antecedentes", esto es, el cumplimiento de la condena y el pago de las indemnizaciones[69].

---

65 Corte Suprema de Chile, 04/12/2017.

66 Corte Suprema de Chile, 15/01/2019, *M. con Edicioncero.cl*.

67 Corte Suprema de Chile, 22/04/2019.

68 Corte Suprema de Chile, 01/04/2020.

69 Corte Suprema de Chile, 02/07/2019.

En contraste con los casos antes mencionados, podemos localizar también varias sentencias de la Corte Suprema, durante los mismos años, en los que, en palabras de la propia Corte, "el transcurso del tiempo –por sí solo– no resulta ser un criterio objetivo para evaluar la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida"[70] que buscaba la eliminación o desindexación de la información disponible en línea.

Así, en setiembre de 2017, la Corte se pronunció acerca del pedido de una persona que había sido señalada en publicaciones de Las Últimas Noticias y La Estrella de Valparaíso, por presentarse falsamente como fiscal del Ministerio Público ante terceros, y que fue absuelta del proceso que se le siguió. Pese a que la Corte admitió, en principio, que "el tiempo es el criterio para resolver el conflicto", dispuso que en el caso concreto no procedía otorgar la cautela solicitada de eliminación de las publicaciones en línea "con base en el fundamento del tiempo transcurrido", ya que "su transcurso no justifica la aplicación del mismo conforme a su escasez"[71]. Para la Corte, los siete años transcurridos desde los sucesos eran insuficientes en comparación con los 16 años transitados en el caso *Costeja*, tomado como referencia.

Un razonamiento muy parecido se siguió en tres sentencias de 2019. La primera versaba sobre una noticia publicada por La Tercera disponible en el sitio pressreader.com sobre el juicio en contra del recurrente por uso malicioso de instrumento público, causa que fue sobreseída ulteriormente. La segunda involucraba sendas noticias publicadas por Radio Bío Bío, El Mercurio y La Tercera, respecto de un hombre que estuvo en prisión preventiva y luego fue condenado por delitos económicos y cumplió su pena. En el primer caso, la Corte rechazó la demanda contra el medio periodístico para retirar la publicación, y argumentó que "ha transcurrido menos de un año desde que quedó despejada la situación procesal [del solicitante], lapso de tiempo insuficiente para estimar que una noticia que fue de interés público, haya devenido en intrascendente"[72]. En el segundo, siguió el mismo razonamiento, considerando que el paso de cinco años desde que se cumplió la medida de libertad vigilada sobre el solicitante era escaso, por lo que rechazó la solicitud para que los medios periodísticos buscaran la desindexación de las noticias de los motores de búsqueda[73]. En la tercera, dado que solo habían "transcurrido menos de tres años desde que quedó despejada la situación procesal del recurrente"[74] (un ex acusado de homicidio de una menor, que pasó dos años en cárcel, pero fue finalmente absuelto), la Corte también rechazó su pretensión contra dos medios periodísticos y dos motores de búsqueda, para que eliminaran y desindexaran las publicaciones, respectivamente.

Como se puede apreciar, el paso del tiempo es un factor que la Corte ha valorado al momento de efectuar la ponderación del 'prisma de derechos' involucrados

[70] Corte Suprema de Chile, 22/01/2019.
[71] Corte Suprema de Chile, 04/09/2017.
[72] Corte Suprema de Chile, 15/01/2019.
[73] Corte Suprema de Chile, 21/01/2019.
[74] Corte Suprema de Chile, 23/09/2019.

en este tipo de casos. Sin embargo, no se puede deducir un criterio imperante ni mucho menos objetivo (como, por ejemplo, la cantidad de años transcurridos) para determinar cuándo se considerará que el devenir temporal justifica o no amparar una solicitud de olvido.

Sin perjuicio de ello, resulta pertinente analizar el desarrollo jurisprudencial de otro criterio que frecuentemente acompaña al factor temporal en las motivaciones de la Corte Suprema: el de la subsistencia del interés de la noticia o información publicada.

b) El interés de la noticia o información publicada

Como se anticipaba en la sección precedente, el interés noticioso del artículo de prensa publicado originalmente es uno de los factores que se adhería al transcurso del tiempo en el razonamiento de la Corte Suprema en los casos de derecho al olvido. Y también en sintonía con el análisis previo, hallamos heterogeneidad en la jurisprudencia de la Corte.

Dentro de los casos en los que se falla a favor del peticionante, encontramos dos grupos de razonamientos: casos en los que se concluía que ya no subsistía el interés noticioso, y un grupo de casos en los que se considera que el interés noticioso exigía la actualización de la información original.

En el primer grupo, encontramos los casos ya reseñados del mayor de Carabineros que triunfó en su pretensión contra un medio periodístico para la eliminación de la publicación que lo identificaba como presunto autor del delito de abuso sexual contra menores, pese a que fue condenado. La Corte razonó que "mantener vigente una noticia como la ya mencionada después de una década, es ajena a la finalidad de informar a la ciudadanía"[75]. También resolvió a favor de la abogada absuelta de los delitos de estafa y ejercicio ilegal de la profesión que había solicitado el retiro de la información publicada en la plataforma electrónica de la fiscalía, puesto que "mantener vigente la publicación de una noticia que da cuenta de una imputación penal […] aun cuando se incluya la información sobre la decisión absolutoria con que culminó el proceso penal respectivo, luego de transcurrido largo tiempo, resulta ajena a la finalidad de informar a la ciudadanía"[76].

Este último criterio aparece en abierta contradicción con sentencias más recientes de la Corte, en las que no se ordenó eliminar la información por el decaimiento del interés noticioso, sino que este interés justificaba –a su criterio– la actualización de la información. Como ejemplo, se puede reiterar el caso de la abogada procesada y absuelta por ejercicio ilegal de la profesión, cuya información se publicó en edicioncero.cl, y en el que la Corte indicó que "constituye un deber de la empresa periodística actualizar la noticia incorporando, además un link con el texto integral de la sentencia absolutoria"[77]. El tribunal máximo también consi-

[75] Corte Suprema de Chile, 21/01/2016.

[76] Corte Suprema de Chile, 22/04/2019.

[77] Corte Suprema de Chile, 15/01/2019, *M. con Edicioncero.cl*.

deró que "se hace necesario complementar [la publicación] en el sentido de incluir la totalidad de los antecedentes"[78] como el cumplimiento de la pena y el pago de la indemnización en el caso ya citado del abogado que había sido condenado por el cuasidelito de homicidio.

De manera más asertiva, en 2021, la Corte determinó en otro caso que había "interés público comprometido en el conocimiento de aquella información"[79] que daba cuenta de una investigación formalizada por el delito de malversación de caudales públicos del, entonces, secretario regional ministerial de educación, iniciada en el 2012, pero cuya causa fue sobreseída en el 2018. Añade, sin embargo, que el interés público subsistía "no sólo en su origen, a propósito de lo que en este fue publicado, sino también en su conclusión"[80]. Por esta razón, la Corte rechazó la pretensión dirigida contra varios medios periodísticos para eliminar las publicaciones en línea y contra Google para disponer su desindexación, pero sí dispuso ordenar a algunos de los medios noticiosos actualizar la información publicada. Concluyó que "no procede la eliminación de la noticia que en su día fue publicada lícitamente, sin embargo, es un deber de las empresas periodísticas recurridas complementarla a efectos de actualizar el dato, incorporando además, un link con el texto íntegro de la resolución que declaró el sobreseimiento definitivo del recurrente"[81].

Un razonamiento casi idéntico repite la Corte en 2023, descartando la eliminación de la publicación y disponiendo que "constituye un deber de la empresa periodística actualizar la noticia, con la finalidad de que, de esa manera, quienes accedan a ella puedan conocer la situación actual del actor"[82]. Se trataba de un pedido de desindexación contra El Mercurio, Megamedia y Google, de las noticias publicadas por los medios periodísticos sobre una persona condenada por el delito de trata de personas, y que ya había cumplido la pena y esta había sido eliminada del registro de condenas.

Como se puede advertir, no existe un criterio unívoco para la Corte Suprema en cuanto a los supuestos de hecho que motivan la pérdida del interés noticioso de una publicación. Más aún, incluso en los casos en los que la Corte ha rechazado la eliminación de la noticia y ha optado por la actualización de la misma, encontramos noticias sobre delitos, en los que el imputado puede haber sido condenado[83] o haber sido absuelto[84]. Por otra parte, los casos en los que la Corte decide rechazar

[78] Corte Suprema de Chile, 02/07/2019.

[79] Corte Suprema de Chile, 26/02/2021.

[80] Corte Suprema de Chile, 26/02/2021.

[81] Corte Suprema de Chile, 26/02/2021.

[82] Corte Suprema de Chile, 25/04/2023.

[83] Ver: Corte Suprema de Chile, 02/07/2019 y Corte Suprema de Chile, 25/04/2023.

[84] Ver: Corte Suprema de Chile, 15/01/2019, *U. con Copesa,* y Corte Suprema de Chile, 26/02/2021.

por completo la eliminación, desindexación o actualización de la información originalmente publicada, involucran generalmente algún tipo de delito o infracción[85].

En el ya comentado caso del presunto falso fiscal que fue finalmente absuelto, la Corte tomó en consideración que se trataba de una noticia de carácter judicial en el que "el interés ciudadano contenido en la fiscalización de la correcta actividad que desarrollan los tribunales de justicia provoca una razonable disminución de las expectativas y probabilidades de acoger la eliminación de los antecedentes que pueden pesquisarse en los motores de búsqueda de internet"[86].

Tampoco admitió la Corte la pretensión de un ginecólogo de eliminar el reportaje publicado por Ciper que lo vinculaba con el uso de medicamentos abortivos en su práctica profesional. Tomó en consideración la Corte que los hechos publicados fueron probados y que merecieron una sanción de parte del Colegio Médico, "situación que justifica plenamente la necesidad de hacer pública la información debido a su relevancia y connotación"[87].

En dos sentencias, una de 2017 y otra de 2019, la Corte Suprema se apoyó en el artículo 30 de la Ley de Prensa para rechazar las pretensiones de los accionantes y respaldar la noción del interés de público que acompaña a las noticias sobre casos delictivos, "razón por la cual la información que el recurrente solicita eliminar relativa a su participación en los delitos ya referidos dice relación con un hecho de interés público"[88]. El primer caso, ya reseñado, involucraba la solicitud contra diversos medios periodísticos y Google, para la eliminación y desindexación, respectivamente, de las noticias sobre una persona condenada como autora de delitos de abuso sexual que ya había cumplido su condena y los requisitos para la eliminación de antecedentes. El segundo caso versaba sobre el, ya citado, caso de la persona que pasó dos años en cárcel como acusado del homicidio de una menor, pero que fue absuelto y que pretendía la eliminación y desindexación de las publicaciones sobre su proceso penal, contra dos medios periodísticos y dos motores de búsqueda, respectivamente.

Aunque se puede encontrar cierta deferencia de la Corte a favor de mantener la información publicada por la prensa cuando esta involucra hechos delictivos o infracciones profesionales[89], hemos visto ya que ese factor no resulta determinan-

[85] Aunque, como ya se ha visto, en más de un caso de noticias sobre delitos, la Corte también había ordenado la eliminación de la publicación.

[86] Corte Suprema de Chile, 04/09/2017.

[87] Corte Suprema de Chile, 06/11/2017.

[88] Corte Suprema de Chile, 09/08/2017, y Corte Suprema de Chile, 23/09/2019.

[89] Un criterio adicional y distinto para que no prospere la pretensión del olvido es el que desarrolló la Corte de Apelaciones de Santiago en un caso en el que un personaje televisivo pedía la desindexación de las noticias que daban cuenta de acusaciones en su contra por abuso de poder y abuso sexual, dado que todas las causas seguidas en su contra habían sido sobreseídas. La Corte, sin embargo, declaró que no procedía la solicitud porque no era el caso que "la información indexada resulte ser falsa o se encuentre sin actualizar", y dado que resultaba "posible, a través de los motores de búsqueda señalados, obtener una información actualizada del resultado de las denuncias efectuadas"

te[90]. Ante casos similares, la Corte también ha admitido la eliminación de la publicación original o la actualización de la información para incluir el cumplimiento de la condena o el sobreseimiento de la causa. Así, su ejercicio ponderativo ha conducido, pues, a una multiplicidad de resultados, sin que se pueda apreciar un criterio preponderante sobre cuándo subsiste un interés público en el contenido de la noticia ni sobre el espacio temporal en el que podría decaer dicho interés.

Aun cuando los derechos invocados y evaluados por la Corte Suprema en casos de derecho al olvido son, generalmente, los mismos, la heterogeneidad en la evaluación es palmaria. Ello impide concluir que exista ya una doctrina jurisprudencial completamente edificada. La diversidad de criterios y soluciones se traducirá también en los remedios cautelares que dicte en los casos en que acepta la pretensión de olvido, como se analizará en la siguiente sección.

c) Eliminación, actualización o desindexación de la información

Un análisis cuantitativo de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Chile, como el realizado por Ferrante, muestra una menor proclividad hacia amparar la pretensión de eliminación de la información publicada. De un total de 26 sentencias consideradas por el autor entre 2014 y 2021, en la mayoría (14 sentencias) el recurso de protección es rechazado, en otras (9 sentencias) la orden preferida es la de actualización de información, y solo en un número reducido de casos (3 sentencias) se eliminan los datos publicados[91]. De hecho, como se puso en evidencia en la sección precedente, los casos más recientes resueltos por la Corte muestran una posición deferente hacia la libertad de información, sustentada en un interés público por mantener la noticia o actualizarla en los casos en que se otorga la razón al peticionante.

Precisamente, un aspecto resaltante de la jurisprudencia de la Corte Suprema es la ausencia de un criterio de selección que haga previsible cuándo el tribunal ordenará la eliminación de la publicación, la actualización de la información o su desindexación de los motores de búsqueda.

Aunque, como demuestra Ferrante, en la mayoría de casos el máximo tribunal chileno ha optado por rechazar la pretensión del solicitante, en los recursos de protección que han sido declarados fundados por la Corte Suprema se pueden encontrar hechos similares que han merecido, no obstante, resultados disímiles.

---

en su contra. Corte de Apelaciones de Santiago, 27/10/2020. La sentencia fue confirmada posteriormente por la Corte Suprema, sin que se explicitara la motivación de la decisión. Corte Suprema de Chile, 03/01/2022.

[90] Autores como Anguita sostienen que el criterio de interés público de la información debe estar presente en casos en los que los resultados de búsqueda arrojan información sobre personas públicas, como políticos y quienes han "adquirido cierta celebridad, a consecuencia de actividad, profesión o arte". Anguita (2016) p. 207.

[91] Ferrante (2022) p. 145.

Así, por ejemplo, se encuentra el caso de una persona condenada por el delito de abuso sexual contra menores en el que la Corte Suprema ordenó al medio periodístico la eliminación de la publicación[92], mientras que en otros casos como el de una persona condenada por el cuasidelito de homicidio[93] y el de una persona condenada por el delito de trata de personas[94] solo se dispuso la actualización de la información publicada por los medios digitales.

Del mismo modo, en dos casos se ordenó la eliminación de la información disponible en plataformas *online* del Ministerio Público de la información de personas absueltas[95], pero en el caso de otras personas también absueltas se dispuso que el medio de comunicación actualice la publicación para incluir el resultado de los procesos[96].

Por otra parte, los casos en los que se ordenó específicamente la desindexación son muy escasos. Uno de ellos se presentó en el caso del abogado que solicitó a Google y Blogspot la eliminación y desindexación de una publicación en un blog en que se le acusaba de haberse coludido con las autoridades judiciales para ocultar el asesinato del hijo de su ex defendido. La Corte Suprema otorgó la razón al agraviado de las que consideró "expresiones objetivamente difamantes", y ordenó "a los recurridos la baja y desindexación" de la publicación "respecto al motor de búsqueda Google y Blogspot"[97]. En la sentencia, sin embargo, no se encuentra ningún argumento acerca de las responsabilidades específicas del motor de búsqueda, ni por qué en este caso, a diferencia de muchos otros, sí procedía la desindexación de la publicación.

En contraposición con el caso anterior, que podríamos calificar como uno aislado, encontramos más bien sentencias de la Corte Suprema en las que, además de rechazar la pretensión de olvido del recurrente, se fundamenta a favor de la ausencia de responsabilidad del motor de búsqueda por negarse a desindexar la publicación cuestionada.

Así, por ejemplo, en un caso en el que una persona había sido condenada por el delito de obtención de servicios sexuales de personas menores de edad, la Corte rechazó la pretensión de olvido por considerar que la noticia presentaba interés público. Respecto de Google, en particular, la Corte argumentó que no existía "un deber general de vigilancia y monitoreo de los datos personales que terceros publican en Internet"[98], y que en el caso concreto "no se advierte que la recurrida Google Inc. haya incurrido en alguna acción u omisión ilegal o arbitraria"[99].

---

92 Corte Suprema de Chile, 21/01/2016.

93 Corte Suprema de Chile, 02/07/2019.

94 Corte Suprema de Chile, 25/04/2023.

95 Corte Suprema de Chile, 22/04/2019 y Corte Suprema de Chile, 01/04/2020.

96 Corte Suprema de Chile, 15/01/2019, *M- con Ediciencero.cl*, y Corte Suprema de Chile, 26/02/2021.

97 Corte Suprema de Chile, 04/12/2017.

98 Corte Suprema de Chile, 22/01/2019.

99 Corte Suprema de Chile, 22/01/2019.

De manera más escueta pero directa, la Corte también rechazó el pedido de eliminación o desindexación de una publicación de un blog, publicado en el 2008, y sobre un hecho delictual ocurrido hace más de 13 años. Luego de argumentar que "los motores de búsqueda de Internet no son responsables de los datos que crean los usuarios, sino que su función se limita a indexar la información, la que es creada por terceros"[100], la Corte rechazó el recurso de protección presentado contra Google.

En suma, incluso en los casos en los que se accede al pedido del recurrente de eliminar o desindexar una publicación en Internet, o se ordena, como media intermedia, la actualización de la información, la Corte es poco clara al establecer cuáles son las razones por las que procede una medida concreta en lugar de otra. Sí se puede advertir, en cambio, una tendencia marcada a favor de actualizar la información como una orden judicial preferible a la supresión de la información o a su desindexación, esta última una medida utilizada de forma muy excepcional.

III. EL DERECHO AL OLVIDO EN EL PERÚ

1. Un marco legislativo profuso pero impreciso

En Perú, como en muchos otros países de la región, no existe un reconocimiento constitucional o legal explícito de un "derecho al olvido". Pero, al igual que otras jurisdicciones, la discusión sobre su existencia ha tenido lugar a nivel jurisprudencial.

Como se verá más adelante, los tribunales administrativos y judiciales peruanos han hallado las raíces del derecho al olvido en el derecho a la autodeterminación informativa. Esta ha sido entendida como la facultad de "ejercer control sobre la información propia con el objeto de protegerla frente a su uso extralimitado"[101]. La materialización positiva de este derecho es lo que en diversos ordenamientos ha recibido el título de legislación de protección de datos personales[102].

Aunque no tiene un reconocimiento explícito en la Constitución Política vigente, su derivación proviene del artículo 2, inciso 6, de la Carta Magna que reconoce el derecho de toda persona a "que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar". A nivel doctrinario y jurisprudencial, este inciso ha sido interpretado como el reconocimiento constitucional del derecho a la autodeterminación informativa, conforme se resumió en la sección introductoria de este trabajo.

De manera más amplia, se regula este derecho en el Código Procesal Constitucional, que faculta a las personas a iniciar el proceso constitucional de urgencia denominado *Habeas Data* cuando se hayan visto afectadas en el ejercicio de su autodeterminación informativa[103]. Sin embargo, ninguno de los supuestos previstos en este Código contempla como remedio una suerte de olvido o eliminación de

[100] Corte Suprema de Chile, 10/06/2020.

[101] Tribunal Constitucional, P.V.D.V. S.A.C. *con M. S.A.C.*

[102] Reusser (2021) p. 135.

[103] Perú, Código Procesal Constitucional, artículo 59.

los datos personales por el solo transcurso del tiempo. Los casos más cercanos son los de los incisos 7, 8 y 11 del artículo 59 que posibilitan que una persona pida la modificación de la información que sea "falsa, desactualizada o imprecisa", añadir información cierta que "por el transcurso del tiempo ha sufrido modificaciones", y finalmente, a eliminar datos sensibles que "afectan la intimidad personal, familiar o cualquier otro derecho fundamental de la persona", respectivamente.

En este aspecto, la ley procesal constitucional guarda similitud con el derecho de cancelación o supresión previsto en la Ley 29733, Ley de Protección de Datos Personales[104], y su Reglamento[105]. Esta legislación otorga al titular de datos personales un derecho amplio para decidir quién puede tener acceso a sus datos personales, si puede realizar tratamiento o no, de qué forma hacerlo, y finalmente impedir que continúe con el tratamiento o revocar el consentimiento inicialmente conferido.

La amplitud con la que está contemplado el derecho de cancelación en la Ley de Protección de Datos Personales podría sugerir la posibilidad de que una persona pueda, por su sola voluntad, pedir que se borre cualquier publicación *online* que contenga sus datos personales[106]. Sin embargo, esta tesis tendría que ser limitada cuando menos por las excepciones previstas en el artículo 14 de la misma ley, que permiten realizar el tratamiento de datos personales sin el consentimiento de su titular. Una de ellas consiste en el tratamiento realizado "en ejercicio constitucionalmente válido del derecho fundamental a la libertad de información"[107]. Esto supondría, por ejemplo, que cuando un medio de comunicación difunde un hecho noticioso, no necesita contar con el consentimiento de las personas que protagonizan dicho hecho para identificarlas con sus nombres y apellidos. Por consiguiente, si no se requiere el consentimiento para su publicación, parecería lógico que un individuo no pueda procurar –sin ningún otro fundamento más que la sola alegación del derecho de cancelación– la eliminación (u olvido) de las notas periodísticas que incluyen sus datos personales.

No existe en el ordenamiento peruano un estatuto especial para los medios de prensa, sin perjuicio de una ley que regula, de forma transversal, el derecho de rectificación de las personas, y obliga a los medios de comunicación a rectificar los hechos o imágenes difundidos[108]. Como veremos en las secciones III.2 y III.3 siguientes, al igual que el caso chileno, la jurisprudencia peruana ha entendido que

[104] Perú, Ley Nº 29733, artículos 20 y 21.

[105] Perú, Decreto Supremo 003-2013-JUS, artículo 67.

[106] Esta es la tesis que sostiene Reusser en el caso chileno, la de una equivalencia inmediata entre el derecho a la cancelación de datos personales y el derecho al olvido, y que, por lo tanto, el titular de datos personales no tiene que "hacer nada" para beneficiarse del derecho a ser olvidado. Reusser (2021) p. 138, p. 140. En el caso peruano, Castro plantea que "el registro de la información personal adversa o socialmente reprobable se encuentra sometido a un término de caducidad por lo que resulta inadmisible su conservación indefinida", dando pie a la cancelación de esta información. Castro (2008) p. 268.

[107] Perú, Ley Nº 29733, artículo 14, inciso 12.

[108] Perú, Ley Nº 26775.

no existe una prevalencia absoluta del derecho de protección de datos personales (derecho al olvido) ni las libertades informativas de los medios periodísticos, sino que ha ido evaluando y ponderando ambos derechos, caso por caso.

2. Derecho al olvido como derecho de cancelación de datos personales: La inicial mirada restrictiva de la DGPDP

En Perú existe una autoridad administrativa encargada de aplicar la Ley de Protección de Datos Personales. Este rol es desempeñado por la Dirección de Protección de Datos Personales (DPDP) en primera instancia, y la DGPDP, en segunda. Son órganos administrativos que funcionan al interior del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Están encargados de resolver, en sede administrativa, los procedimientos administrativos trilaterales iniciados por los titulares de datos personales contra los titulares de bancos de datos personales o los responsables del tratamiento de los datos, en ejercicio de sus derechos de acceso, rectificación, cancelación u oposición (los llamados "derechos ARCO").

Es en el contexto del ejercicio de los derechos ARCO que la DGPDP ha interpretado la existencia de un "derecho al olvido", como una manifestación particular del derecho de cancelación.

El primer caso en que se hizo mención explícita a este derecho fue en el año 2015, cuando un profesor universitario pidió a Google la cancelación de sus datos personales (nombres y apellidos) de todos los resultados de búsqueda en los que aparecía información noticiosa de haber sido acusado de cometer actos contra el pudor[109]. El reclamante sí fue procesado por la presunta comisión de este delito, pero un juez finalmente declaró el sobreseimiento de la causa.

Luego de calificar a la actividad que realiza un motor de búsqueda (explorar, recopilar, organizar, indexar y facilitar información) como tratamiento de datos personales[110], la DGPDP respaldó explícitamente los criterios adoptados por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso *Costeja*, para reconocer y acoger en el Perú el derecho al olvido[111]. Según la autoridad peruana, la indexación de datos personales y su difusión en los resultados de búsqueda "hipervisibles" vulnera "el derecho del reclamante a no ser enlazado a la información materia de reclamación"[112].

La DGPDP no ordenó eliminar ni actualizar la información, sino que buscó evitar que esta información fuera divulgada por los motores de búsqueda "reduciendo la accesibilidad a la información materia de reclamación mediante la búsqueda en internet por los nombres y por los apellidos (sus datos personales)"[113].

---

[109] Morales (2022).

[110] Dirección General de Protección de Datos Personales, 30/12/2015, pp. 17-18.

[111] Dirección General de Protección de Datos Personales, 30/12/2015, p. 19.

[112] Dirección General de Protección de Datos Personales, 30/12/2015, p. 20.

[113] Dirección General de Protección de Datos Personales, 30/12/2015, p. 20. En este caso, la DGPDP vincula expresamente el derecho de cancelación de datos personales (que da sustento al de-

La autoridad administrativa no prestó mayor atención al contenido de la información noticiosa ni a los efectos que esta podría generar sobre el accionante[114]. La DGPDP únicamente fundamentó su decisión en el supuesto derecho del titular de datos personales a que no se "hipervisibilicen" sus datos. La privacidad, específicamente puesta de manifiesto a través de los datos personales, fue el único fundamento jurídico detrás de la concepción del derecho al olvido para la autoridad administrativa.

Durante el año 2016, la DGPDP se pronunció por casos iniciados por titulares de datos personales contra algunos medios noticiosos, pidiendo la cancelación o desindexación de las noticias que se habían publicado en sus portales web.

En uno de los casos en que se denegó el pedido dirigido contra varios medios periodísticos, la DGPDP observó que el pedido del accionante se fundamentaba en el derecho al honor y a la buena reputación antes que en la protección de sus datos personales. En tal sentido, argumentó que no le correspondía "emitir pronunciamiento de valoración sobre la afectación del derecho al honor y a la buena reputación del reclamante mediante la difusión de la noticia"[115]. El mismo razonamiento utilizó la DGPDP en otro caso en el que se reclamaba a Google la desindexación de los enlaces noticiosos que vinculaban al reclamante con una persona investigada por el delito de lavado de activos. La autoridad declaró improcedente el pedido porque se fundamentaba en la protección del derecho al honor y la buena reputación, y añadió que "existen normas especiales sobre prensa, delitos de prensa, y garantías de derechos fundamentales que no son competencia directa de esta autoridad"[116].

Estos casos muestran la reticencia inicial de la DGPDP de ampliar su espectro de evaluación, y más bien una concepción poco reflexionada y casi automatizada del derecho al olvido. Así, el titular de datos personales, por el solo hecho de serlo, podría evitar que sus datos se hipervisibilicen a través de los motores de búsqueda. Debe considerarse, además, que el diseño institucional de la DGPDP –una entidad no judicial, sino administrativa dependiente del Poder Ejecutivo y circunscrita en sus funciones al principio de legalidad administrativa– puede haber motivado los reparos iniciales a tomar en cuenta los varios derechos fundamentales en conflicto que trascendían al derecho de cancelación.

Otro caso, de 2018, plantea una ligera moderación en la mirada acotada de la autoridad de protección de datos personales. Se trataba del reclamo de un ex trabajador del Congreso de la República que pedía a Google la eliminación o desindexación

recho al olvido) con el derecho a la privacidad de una persona. Bajo esta concepción, la autodeterminación informativa (controlar la información sobre uno mismo) sería finalmente una manifestación más particular del más amplio derecho a la privacidad. En este sentido, ver: Franco y Quintanilla (2020) pp. 277 y 289.

[114] Por su parte, Cuenca llega a calificar esta decisión como censura indirecta de la información, puesto que la autoridad administrativa no realizó un "juicio valorativo sobre el contenido de fondo de los links o URL que solicitan ser bloqueados", Cuenca (2017) p. 136.

[115] Dirección General de Protección de Datos Personales, 10/02/2016, p. 6.

[116] Dirección General de Protección de Datos Personales, 15/12/2016, p. 5.

de unos enlaces a una página web del Congreso y de algunos medios noticiosos, en los que se daba cuenta de que pesaba una orden de captura policial en su contra[117].

En ese caso, la autoridad administrativa sí analizó el contenido de aquello que se pretendía olvidar. Así, constató la veracidad de los hechos reportados en ese momento (la existencia de la orden de captura), y el interés público de las noticias publicadas, tratándose de un funcionario del Congreso. Bajo ese entendimiento, razonó la DGPDP que no correspondía "la cancelación o supresión de las noticias, sino analizar la desindexación nominal"[118]. Sin embargo, tampoco ordenó la desindexación de la información puesto que consideró que, pese al paso del tiempo, la noticia mantenía interés periodístico, considerando la notoriedad pública que ostentaba el reclamante, quien había desempeñado varios cargos públicos[119].

Un aspecto resaltante es que, a pesar de que en este caso también se alegaba la afectación de otros derechos como la intimidad y el honor, la DGPDP no utilizó la misma fórmula ya citada para rechazar su consideración. Así, argumentó la autoridad que si

> el reclamante, pese a tener entre sus pretensiones la afectación a su derecho a la intimidad, honor y a la buena reputación, cumple con las formalidades exigidas por el reglamento para accionar el procedimiento trilateral de tutela […] la DPDP no puede restringir el ejercicio de su derecho anticipando que su pretensión carece de sustento y debe, por el contrario, realizar su función de órgano llamado a resolver las controversias surgidas entre los administrados conforme a las disposiciones normativas de la Ley 29733 y su reglamento[120].

En otras palabras, en casos en los que se aleguen derechos distintos a la protección de datos personales, la autoridad administrativa aún podría atenderlos, pero desde la perspectiva específica de los derechos ARCO.

3. La perspectiva ampliada de la DGPDP y los primeros criterios de ponderación

En los últimos años, la perspectiva de la DGPDP se ha ido expandiendo en diversos aspectos: derechos que podrían concurrir con el de protección de datos personales para sustentar el pedido de olvido digital, admitir la ponderación de los derechos involucrados, y la consideración de los factores que determinarán cuándo procede la desindexación o no. Cuando menos desde el año 2020, se aprecia una tendencia bastante sostenida en algunos criterios. Por ejemplo, se tiene el caso de una exfuncionaria que ejerció el derecho de oposición para solicitar que Google deje de indexar las noticias sobre un delito de corrupción que cometió en el pasado. La DPDP declaró fundado el pedido –disponiendo que no se eliminen las publi-

[117] Dirección General de Protección de Datos Personales, 24/09/2018, p. 20.
[118] Dirección General de Protección de Datos Personales, 24/09/2018, p. 21.
[119] Dirección General de Protección de Datos Personales, 24/09/2018, pp. 23-24.
[120] Dirección General de Protección de Datos Personales, 24/09/2018, p. 8.

caciones, pero sí su desindexación–, aun cuando explícitamente no hizo alusión al llamado "derecho al olvido"[121].

En lo que respecta a los derechos involucrados, además del derecho de oposición, la autoridad administrativa consideró a favor del pedido "el fuerte descrédito a la vida profesional y personal" produciéndose "un estigma en la recurrente", así como también el "principio de resocialización del condenado", habida cuenta de que la reclamante ya había cumplido con la pena impuesta[122]. Asimismo, a diferencia de lo que ocurría en casos anteriores, la autoridad administrativa se consideró "plenamente facultada para aplicar el test de proporcionalidad o ponderación"[123] de derechos en estos casos, reconociendo que se encontraba "frente a un conflicto entre el derecho a la libertad de información y el derecho a la protección de datos de la reclamante"[124].

Finalmente, la autoridad optó por la desindexación de la publicación, argumentando que era una medida proporcional para proteger los datos personales sin afectar desmedidamente la libertad de información, al conservar su publicación:

> Así, la propuesta formulada de desindexación por la DPDP no supone eliminar las noticias ni la sentencia condenatoria materia de la presente reclamación, lo que permite una perfecta armonización entre el derecho a la protección de datos personales de la reclamante evitando su hipervisibilización y mantener intactos los derechos de libertad de información, expresión y prensa, así como la memoria histórica de la sociedad que todo medio de comunicación debe preservar[125].

Esta salida será una constante en los pronunciamientos de la DPDP y la DGPDP, priorizándose siempre la desindexación de la noticia antes que su eliminación.

Podemos encontrar similares pronunciamientos de la autoridad administrativa entre los años 2020 y 2023, en los que: i) se advertirá que existen otros derechos conexos a la cancelación y oposición que buscan ser tutelados con una pretensión de olvido digital[126]; ii) se reconocerá explícitamente su potestad para efectuar una pon-

[121] Dirección de Protección de Datos Personales, 18/08/2020.

[122] Dirección de Protección de Datos Personales, 18/08/2020, p. 14.

[123] Dirección de Protección de Datos Personales, 18/08/2020, p. 12.

[124] Dirección de Protección de Datos Personales, 18/08/2020, p. 15.

[125] Dirección de Protección de Datos Personales, 18/08/2020, p. 16.

[126] Dirección de Protección de Datos Personales, 26/08/2022 (se consideran el derecho al honor, a la buena reputación y a la presunción de inocencia); Dirección de Protección de Datos Personales, 17/11/2022 (se considera la afectación a la intimidad, al honor, al trabajo digno, y al entorno familiar y laboral); Dirección de Protección de Datos Personales, 16/11/2021 (se considera el derecho a la intimidad); Dirección de Protección de Datos Personales, 22/07/2020 (se considera el derecho al honor); Dirección de Protección de Datos Personales, 31/08/2020 (se considera el derecho a la intimidad).

deración de derechos[127]; y, iii) se valorará a la desindexación como medida proporcional y menos restrictiva de derechos que la eliminación de la publicación digital[128].

Además, la condición de personaje público del reclamante será uno de los factores más importantes a tomar en cuenta por la autoridad de datos personales para decidir si admitir o no la desindexación[129]. Así, sostenidamente, la DPDP ha ordenado a medios noticiosos retirar sus publicaciones en línea de los índices de los motores de búsqueda cuando el personaje involucrado en la noticia publicada no califique como un personaje público[130]. La DPDP sostuvo este mismo criterio, y ordenó a Google la desindexación de noticias en línea, incluso, en un caso en el que la persona involucrada había cometido un delito en el pasado[131].

4. La constitucionalización jurisprudencial del derecho al olvido

Mientras la perspectiva de la autoridad administrativa de protección de datos personales se iba ampliando, llegó la oportunidad para que el Tribunal Constitucional peruano se pronunciara, por primera vez, sobre el derecho al olvido.

Esto ocurrió en el año 2022, en el marco de un proceso constitucional de *Habeas Data*, en el que el accionante solicitaba a diversos medios periodísticos y a Google la eliminación y desindexación, respectivamente, de múltiples notas periodísticas que lo señalaban como sujeto de investigaciones por narcotráfico.

Como ya se ha señalado, este proceso de tutela constitucional aplica cuando se produce una afectación al derecho de acceso a información pública o al derecho a la autodeterminación informativa.

En su primera sentencia, el Tribunal Constitucional de Perú señaló que este derecho protegía al titular de la información frente a "posibles abusos o riesgos derivados de la utilización de datos personales contenidos en registros ya sean públicos o privados"[132]. Un párrafo después ejemplifica estos posibles riegos con la proliferación de la información mediante los "motores de búsqueda", y considera a esta actividad como un supuesto de "hipervisibilización de data" que, "en ocasiones, puede

[127] Ver: Dirección de Protección de Datos Personales, 20/05/2021, Dirección General de Protección de Datos Personales, 10/08/2022; Dirección de Protección de Datos Personales, 17/11/2022; Dirección General de Protección de Datos Personales, 31/08/2020.

[128] Ver: Dirección de Protección de Datos Personales, 20/05/2021; Dirección de Protección de Datos Personales, 28/10/2021; Dirección de Protección de Datos Personales, 22/07/2020.

[129] Díaz Colchado sostiene que el olvido digital debe ceder "si es que se trata de una persona que estuvo dentro de los aparatos de poder o ejerció el poder político y estuvo involucrado en los hechos de violaciones a los derechos humanos o corrupción", en: Díaz (2019) p. 44.

[130] Ver: Dirección de Protección de Datos Personales, 17/11/2022; Dirección de Protección de Datos Personales, 28/10/2021.

[131] Ver: Dirección de Protección de Datos Personales, 18/08/2020, p. 14 ("[…] con una simple consulta nominal en un buscador de internet es posible encontrar los enlaces, objeto de reclamación, referidos al pasado de la reclamante haciéndolo hipervisible; lo cual, en la actualidad, cuando los hechos han pasado y el reclamante no es un personaje público, resulta desproporcionado").

[132] Tribunal Constitucional, *M.A.R. con Google Perú S.R.L. y otros*, Fundamento jurídico 9.

intervenir en el contenido protegido del derecho a la protección de datos personales, en conexidad con otros derechos fundamentales"[133].

Lo más interesante aparece en el fundamento jurídico número 11, cuando se hace alusión expresa al derecho al olvido y se desarrolla las facultades que éste entraña. Por su relevancia, citamos un extracto del razonamiento del TC:

> 11. En cuanto al que suele denominarse derecho al olvido, sin perjuicio de ulteriores precisiones jurisprudenciales, puede afirmarse que este garantiza la eliminación, supresión o retiro de información relacionada con datos personales que, usualmente vinculada al nombre de la persona, es posible hallarse usando motores de búsqueda o sistemas informáticos que hayan estado disponibles al público por un determinado tiempo, y que, habiendo sido ajustada a la realidad en su oportunidad, como consecuencia de nuevas condiciones fácticas y/o jurídicas relevantes, ya no lo es o no lo es plenamente, de modo tal que su difusión, ahora de contenido abiertamente inexacto, genera un perjuicio al titular de la información, en particular, respecto al contenido de su derecho fundamental al honor y a la buena reputación (artículo 2, inciso 7 de la Constitución), respecto del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad (artículo 2, inciso 1 de la Constitución) o, eventualmente, respecto de su derecho a la intimidad (artículo 2, inciso 7 de la Norma Fundamental).

Esta fundamentación amerita varias reflexiones.

En primer lugar, encontramos, por parte del Tribunal Constitucional, un anclaje del derecho al olvido en la protección de datos personales (manifestación del derecho de autodeterminación informativa), puesto que la pretensión del titular de este derecho consiste, justamente, en la administración de sus datos personales. Así, lo que procura el titular del derecho es la eliminación, supresión o retiro de sus datos personales.

Un segundo aspecto importante es que el Tribunal menciona una serie de derechos que se verían afectados si es que no prosperara el ejercicio del derecho al olvido. Así, el Tribunal razona que la motivación subyacente de la pretensión de olvido es evitar o detener el perjuicio que sufriría una persona en derechos tales como el honor, la intimidad y el libre desarrollo de la personalidad. Entiende, así, que es el contenido de la información periodística difundida la que produciría eventualmente tales afectaciones.

Para ilustrar el argumento, pongamos un ejemplo. Supongamos que, diez años atrás, el joven Fulano Tapia chocó su vehículo por encontrarse en estado de ebriedad, un suceso que fue cubierto por la sección Policial de un periódico local. En la actualidad, el señor Tapia pide que se elimine o desindexe la publicación periodística porque dañaría su honor y porque le impediría conseguir un trabajo (libre desarrollo de la personalidad). Resulta claro que el elemento que produce la pretendida afectación es el contenido noticioso en sí mismo, la información sobre el accidente automovilístico, y no así el tratamiento de sus datos personales por sí mismo. En cambio, si la noticia versara sobre la beca obtenida por el señor Tapia por sus

[133] Tribunal Constitucional, *M.A.R. con Google Perú S.R.L. y otros*, Fundamento jurídico 10.

investigaciones para la mitigación de las secuelas del COVID-19, difícilmente buscaría que se olvide tal noticia, pese a que también se realiza un tratamiento de sus datos personales[134].

Así, aun cuando la raíz inicial del derecho al olvido se hallaría en la autodeterminación informativa y la titularidad de datos personales, ello no sería sustento suficiente para una pretensión de derecho al olvido. El Tribunal Constitucional peruano, en este caso, lo entiende así, y apunta a una combinación de derechos como cimientos a partir de los cuales puede construir este derecho.

En tercer lugar, se encuentra el factor del paso del tiempo como condicionante para el surgimiento de este derecho. En palabras del Tribunal, son las "nuevas condiciones fácticas y/o jurídicas relevantes" las que motivan la pretensión de quien solicita el olvido. En otras palabras, el transcurso del tiempo es un elemento necesario, pero no determinante para el surgimiento del derecho al olvido. Para el Tribunal Constitucional peruano, el acontecer temporal debe venir acompañado de otro elemento consistente en el cambio de las condiciones fácticas o jurídicas. Así, aquello que se divulgó inicialmente y que era cierto, "ya no lo es o no lo es plenamente", convirtiéndose en un "contenido abiertamente inexacto"[135].

Por ejemplo, si la señora Juana González había sido detenida por presuntamente haber asaltado una tienda de mascotas, esto podría haber motivado la publicación de una nota periodística al respecto. Pero si al cabo de un año, se había encontrado que la señora González fue confundida por los testigos y no tuvo ninguna responsabilidad en los hechos, la publicación inicial deviene entonces incorrecta y podría justificar, bajo la conceptualización del Tribunal Constitucional peruano, la aplicación del derecho al olvido.

En el caso concreto del *Habeas Data*, el Tribunal resolvió en contra del accionante, luego de efectuar una ponderación entre el pretendido derecho al olvido y la libertad de información, aplicando el test de proporcionalidad. En el caso bajo comento, el Tribunal consideró que no se había producido un supuesto de cambio de circunstancias que ameritara la aplicación del nuevo derecho. De hecho, valoró positivamente la información que se había publicado sobre el demandante, al considerar que "se basa en datos objetivos y contrastables, constituidos por las investigaciones relacionadas con el narcotráfico y el financiamiento del terrorismo"[136].

Para el máximo intérprete constitucional peruano, el demandante no había demostrado un cambio de circunstancias que desacreditara la información publi-

[134] Una posición contraria es la que defiende, en Chile, Reusser, quien sostiene que "es perfectamente posible invocar legítimamente el olvido respecto de información favorable y eventualmente beneficiosa, siempre cuando no exista consentimiento ni autorización legal para tratarla". Reusser (2021) p. 148. Encontramos esta posición poco plausible, puesto que difícilmente una persona buscaría eliminar información que no la afecta. Además, no creemos que el ordenamiento jurídico deba restringir el derecho de información de portales noticiosos y del público en general a cambio de atender el simple deseo de un individuo sin que ello tutele un interés jurídico concreto relevante.

[135] Tribunal Constitucional, *M.A.R. con Google Perú S.R.L. y otros*, Fundamento jurídico 11.

[136] Tribunal Constitucional, *M.A.R. con Google Perú S.R.L. y otros*, Fundamento jurídico 20.

cada sobre él[137]. Más bien –sostiene el Tribunal– el hecho de que una investigación se haya archivado no quiere decir que la investigación no tenga asidero, al punto de advertir la "posibilidad de su reapertura"[138]. El Tribunal encuentra sustento en la información originalmente publicada y ni siquiera valora la posibilidad de la actualización de las noticias publicadas para incluir el archivo de la investigación contra el demandante como alternativa a su eliminación o desindexación[139].

La misma definición de derecho al olvido y la misma combinación de derechos involucradas es utilizada en una segunda sentencia del Tribunal Constitucional de Perú emitida apenas dos meses después de la precedente. Este nuevo caso no involucraba una publicación noticiosa en línea, sino más bien un registro de denuncias interpuestas ante las comisarías de la Policía Nacional del Perú, denominado Sistema SIDPOL-PNP. Aunque este sistema no era público, un registro específico se había filtrado a una empresa de verificación de antecedentes y reclutamiento, por lo que el accionante pedía al Ministerio del Interior que se eliminara su registro de una investigación por tráfico ilícito de drogas que fue archivada[140].

El Tribunal Constitucional evaluó este caso como uno de derecho al olvido y, además de la afectación a la protección de datos personales, tomó en cuenta que el acceso indebido a este registro perjudicaba las "expectativas laborales" del accionante o "estigmatizaciones de tipo social"[141]. Considerando tales afectaciones y que no se había acreditado alguna justificación para el almacenamiento permanente de estos datos, el Tribunal amparó la pretensión del demandante y dispuso la depuración de su registro particular. Asimismo, ordenó que el Ministerio del Interior encriptara dicha base de datos.

Estas han sido las dos únicas sentencias del Tribunal Constitucional de Perú sobre derecho al olvido, hasta el momento.

IV. ANÁLISIS COMPARADO

1. ¿Para qué olvidar?

Como habíamos señalado al inicio de este trabajo, Chile y Perú comparten la ausencia de una previsión legislativa que reconozca explícitamente el derecho al olvido, pero ello no ha sido obstáculo para que este derecho haya adquirido recono-

[137] "[E]l demandante no ha presentado documentación alguna que acredite la falsedad de lo indicado, esto es, que demuestre que no existieron tales investigaciones". Tribunal Constitucional, *M.A.R. con Google Perú S.R.L. y otros,* Fundamento jurídico 24.

[138] Tribunal Constitucional, *M.A.R. con Google Perú S.R.L. y otros,* Fundamento jurídico 24.

[139] En este aspecto, Ortiz y Viollier proponen que los casos de derecho al olvido no deben ser resueltos con soluciones "binarias", "en términos de acceder o no a la cancelación de la información". Ver: Ortiz y Viollier (2021) p. 104.

[140] Tribunal Constitucional, *S.C.A.Z. con Ministerio del Interior.*

[141] Tribunal Constitucional, *S.C.A.Z. con Ministerio del Interior,* Fundamento jurídico 14.

cimiento en la práctica, como consecuencia de la casuística judicial y administrativa que han enfrentado los tribunales de ambos países.

El primer aspecto que deseamos comparar aquí tiene que ver, entonces, con el fundamento jurídico a partir del cual se ha construido un nuevo derecho. En el caso chileno, si bien la doctrina nacional ha sustentado la existencia del derecho al olvido en el derecho de cancelación previsto en la Ley 19.628, como manifestación concreta del derecho a la autodeterminación informativa, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha considerado una extensión más amplia de derechos para sustentar, caso por caso, la procedencia o no de la pretensión de olvido planteada por los accionantes. En la mayoría de los casos, sobre todo en la jurisprudencia más reciente, la Corte se ha apoyado en un "prisma de derechos" para evaluar si correspondía eliminar, actualizar o desindexar una publicación *online* por el paso del tiempo. Este prisma de derechos incluye, principalmente, los derechos a la honra y a la vida privada, y dependiendo de la casuística particular, la Corte Suprema ha recurrido a otros derechos o intereses, como la intimidad, el menoscabo síquico y laboral, y la reinserción social.

Esta combinación de derechos que se podrían ver involucrados en un caso concreto es un aspecto en el que la experiencia jurisprudencial chilena y la peruana guardan similitud. Después de unos primeros años en que la autoridad administrativa peruana de protección de datos personales anclaba el derecho al olvido únicamente en la Ley 29733, Ley de Protección de datos personales (derechos de cancelación y oposición), los órganos administrativos peruanos han ido considerando otras afectaciones como dignas de atención en una pretensión de olvido digital, incluyendo el honor y buena reputación, la intimidad, el trabajo digno y la presunción de inocencia. Esta amplitud de derechos se ha visto consolidada con las más recientes sentencias del Tribunal Constitucional peruano, que ha mencionado hasta el momento a otros derechos para dar sustento a la existencia de un derecho al olvido. Entre ellos, se ha señalado al derecho al honor y a la buena reputación, la intimidad y el libre desarrollo de la personalidad, así como intereses de no ver perjudicadas las "expectativas laborales" del accionante o evitar las "estigmatizaciones de tipo social".

Por un lado, consideramos positiva la perspectiva amplia que la jurisprudencia chilena y peruana han tenido para advertir que a los pedidos de olvido digital puede subyacer una serie de derechos e intereses que trascienden largamente la administración de los datos personales propios. Esa mirada transversal permitirá tener en consideración las distintas variables en juego que rodean a un problema complejo como el de borrar o no una información que, en un primer momento al menos, resultaba cierta, lícita y que aumentaba el conocimiento del público destinatario.

Sin embargo, por otro lado, advertimos que la jurisprudencia de ambos países no ha sido prolífica en identificar concretamente cómo una publicación podría afectar los distintos derechos e intereses enumerados por las cortes y órganos administrativos. Así, más allá de mencionarlos, encontramos una seria falencia: las sentencias revisadas no definen qué aspecto de los derechos involucrados se ven

afectados por la noticia o información que se pretende olvidar, ni cómo se produce dicho impacto.

La pluralidad de derechos mentados por los peticionantes del olvido digital, así como los enumerados por los fallos administrativos y judiciales que evalúan estas pretensiones, ponen de manifiesto que la claridad sobre los contornos del derecho al olvido tanto en Chile como en Perú es una tarea pendiente de las cortes (cuando no de los legisladores) de ambos países.

¿Qué afectaciones a la honra son aceptables por el ordenamiento jurídico y cuáles no? ¿Qué aspectos íntimos inicialmente divulgados de forma lícita no deberían conservarse en el conocimiento público por mucho tiempo? ¿La resocialización de un convicto es algo que se debe perseguir mediante la eliminación o reducción del acceso a la información sobre la condena? ¿El derecho al trabajo incluye la eliminación de información pública sobre un postulante? Son todas interrogantes pendientes, pese a que muchos de estos derechos han sido nombrados por los órganos decisorios de Chile y Perú. Esta situación nos lleva a plantear una pregunta quizá más profunda: ¿el derecho al olvido y sus contornos deben ser aceptados y definidos por una corte judicial o por un poder legislativo?

La existencia del derecho al olvido, al menos como ha sido concebido jurisprudencialmente, presupone, en cierta medida, que la información puede causar daño. Pero se podría discutir si son, más bien, las percepciones sociales las que ocasionan el daño. Por ejemplo, un potencial empleador podría conocer que un postulante es una persona condenada y resocializada. La decisión final de contratarla no pasa por un ejercicio automático de conocimiento o desconocimiento de información, sino por la valoración individual –influenciada, sin duda, por factores sociales– de ese empleador respecto de dicha información. Desde otra perspectiva, también se podría decir que los actos son los que producen agravio y no la información sobre ellos. Así, frente a un video de una persona destruyendo propiedad pública en estado de ebriedad, uno podría preguntarse si la mala reputación se deriva de la acción indecorosa o del registro visual.

Traemos estas discusiones precisamente para poner de manifiesto que la conceptualización del llamado derecho al olvido requiere de una definición ontológica sobre aquella información que, como sociedad, en Chile y en Perú, respectivamente, se desea mantener accesible y aquello que dichas sociedades están dispuestas a ocultar. La sola mención de derechos o intereses involucrados en este dilema no resulta suficiente para tal fin.

2. ¿Cuándo olvidar?

El segundo aspecto que podemos analizar en clave comparativa es el de las metodologías utilizadas por los órganos resolutivos chileno y peruano al momento de resolver los casos de derecho al olvido.

En ambos países –aunque más temprano en Chile–, las cortes advirtieron que había una colisión entre el derecho al olvido (o los derechos subyacentes a él) y la libertad de información, toda vez que la aceptación del primero suponía, *per se*,

una limitación de la segunda. Y ambas jurisdicciones acudieron –de forma acertada, desde nuestro punto de vista– al test de proporcionalidad o ponderación de derechos como mecanismo para resolver la confrontación de derechos.

Ahora bien, el recurso a la ponderación de derechos ha sido más nominal que material; esto es, en muy pocos casos, los tribunales chilenos o peruanos han hecho el ejercicio desarrollado de evaluar si la restricción de un derecho en detrimento del otro cumplía con ser una medida idónea, necesaria y proporcional en sentido estricto. Sin embargo, en medio de este ejercicio ponderativo, encontramos que hay algunos factores que han tenido una relevancia especial.

El primero de ellos consiste en el paso del tiempo. Salvo por algunos casos de escueta argumentación y algunas previsiones singulares de algunos ministros, la Corte Suprema de Chile parece haber considerado que el paso del tiempo es un factor relevante pero no determinante para amparar una pretensión de olvido digital. Este razonamiento, por su parte, ya se encuentra consolidado de manera explícita en la jurisprudencia peruana. Más aún, las dos recientes sentencias del Tribunal Constitucional peruano expresan que no es el transcurso del tiempo en sí mismo aquello que motiva revisar si se debe eliminar, desindexar o actualizar cierta información, sino el cambio de circunstancias fácticas o jurídicas.

Un segundo factor viene normalmente a acompañar o matizar el primero mencionado. El interés público de la noticia o, más bien, la subsistencia de este interés respecto de una información publicada hace un tiempo atrás, es un elemento que frecuentemente ha sido evaluado tanto por la Corte Suprema chilena como por la autoridad administrativa peruana de protección de datos personales. Este interés público se apreciará subsistente, para las autoridades peruanas, cuando la información involucre a un personaje público. En esos casos, prevalecerá la libertad de información por encima del derecho al olvido. En el caso chileno, este factor se ha aplicado de forma menos previsible. Más allá de que en una mayoría de casos se aprecia una deferencia de la Corte Suprema para no eliminar la información periodística que da cuenta de una noticia relacionada con un personaje público o la comisión de un delito o una falta ética, la jurisprudencia no ha sido consistente en este criterio. Así, encontramos supuestos similares (por ejemplo: publicaciones de investigaciones sobreseídas, o sobre condenas cumplidas y antecedentes eliminados) que han llegado hasta la Corte Suprema, obteniendo fallos en sentidos diversos. Así, unos casos han merecido la eliminación de la información, en otros la actualización de la noticia, y en varios otros se ha rechazado por completo el recurso.

3. ¿Cómo olvidar?

Finalmente, un elemento interesante en la ponderación de derechos utilizado principalmente por la jurisprudencia peruana se relaciona con la apreciación de la intensidad restrictiva de las medidas disponibles para hacer valer el derecho al olvido.

En casi todas las decisiones administrativas de la autoridad peruana de datos personales que han amparado la pretensión de olvido, se ha optado por disponer la desindexación de la información de los motores de búsqueda y no la eliminación de

la información. Ello ha sido considerado por la autoridad como una medida menos restrictiva de la libertad de información, porque la información aún permanece en Internet, pero de forma menos visible.

En el caso chileno, no existe una construcción argumentativa similar; sin embargo, desde el punto de vista cuantitativo se aprecia que solo un pequeño número de casos concluye con la supresión de un contenido *online*. En aquellos casos en los que se ampara la pretensión del recurrente, la Corte suele optar por la actualización de la información y, en segundo término, por la desindexación.

Este es, precisamente, un ámbito donde el análisis comparado permite advertir un punto pendiente de atender: la definición más precisa de los posibles desenlaces de una pretensión amparada de olvido digital. En algunas de las sentencias de la Corte Suprema de Chile se rechazó el recurso de protección que buscaba la eliminación o la desindexación, sin considerar la posibilidad intermedia de la actualización de la información. De manera similar ocurrió con la jurisprudencia administrativa peruana, en la que se optó por la vía de la desindexación sin considerar que la actualización o rectificación de la información podría resultar más idónea y proporcional para los fines perseguidos por el accionante y para los derechos informativos de la ciudadanía en general. Así, aun cuando se aprecian las tendencias marcadas en Chile y Perú, no existen aún parámetros jurisprudenciales que señalen con claridad en qué casos resulta más conveniente actualizar, desindexar o suprimir la información.

V. CONCLUSIONES

1. El estudio comparado sobre el denominado derecho al olvido entre Chile y Perú nos muestra a dos países que, pese a no tener un reconocimiento legislativo explícito, han avanzado jurisprudencialmente en el desarrollo de este derecho en los últimos años, influenciados por el seminal caso *Costeja* del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

2. En un primer momento, la jurisprudencia administrativa peruana intentó fundamentar la existencia de derecho al olvido únicamente en los derechos de cancelación y oposición al tratamiento de datos personales previstos en la Ley 29733. Con posterioridad, tanto las decisiones de la Dirección General de Protección de Datos Personales como del Tribunal Constitucional peruano han ampliado su perspectiva para reconocer que había otros derechos involucrados y que podrían servir de justificación para admitir la pretensión de olvido digital, incluyendo los derechos al honor, a la intimidad y al libre desarrollo de la personalidad. Esta es una aproximación que se asemeja a la jurisprudencia de la Corte Suprema chilena, la cual, después de un momento inicial de escepticismo, empezó a considerar que en los casos el derecho al olvido existe un "prisma de derechos" involucrados, incluyendo, por lo general, los derechos a la honra y a la vida privada, y en algunos casos, la intimidad, el derecho al trabajo y a la reinserción social.

3. La mirada transversal de derechos que proponen los tribunales chilenos y peruanos permite, en teoría, una mejor comprensión del fenómeno del olvido digi-

tal, y la identificación de quienes podrían verse beneficiados y perjudicados de ampararse este derecho. En la práctica, sin embargo, la jurisprudencia de ambos países ha sido poco prolija en señalar concretamente cómo una publicación podría afectar los derechos e intereses enumerados por ellas. Esto pone en evidencia una pendiente clarificación de los contornos del derecho al olvido en ambas jurisdicciones, y la ausencia de una definición ontológica sobre aquella información que las sociedades chilena y peruana, respectivamente, desean mantener accesible y aquella que están dispuestos a ocultar. Para una mayor claridad argumentativa, sería deseable que tanto los tribunales chilenos como peruanos desarrollen explícitamente los pasos que componen el test de proporcionalidad o ponderación de derechos, al momento de resolver los conflictos entre el derecho al olvido y la libertad de información, explicitando, caso por caso, la evaluación de los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

4. El paso del tiempo es un factor que se ha tomado en cuenta por la Corte Suprema de Chile sin ser determinante, salvo por algunos casos individuales. En cambio, en la jurisprudencia peruana más reciente, se ha señalado expresamente que el paso del tiempo no es un factor que, por sí mismo, habilite al olvido digital de una información, sino más bien, el cambio de circunstancias fácticas o jurídicas. La subsistencia del interés público de la noticia que se pretende olvidar es un factor frecuentemente considerado por las cortes chilenas y peruanas. En el caso peruano, cuando la noticia involucraba a un personaje público, ello inclinaba la balanza en contra del derecho al olvido. La jurisprudencia de la Corte Suprema chilena, por su parte, aunque muestra una deferencia a favor de la libertad informativa para la subsistencia de noticias de interés público, también exhibe resultados heterogéneos y, en ocasiones, contradictorios, ante supuestos similares de noticias que involucraban investigaciones sobreseídas o condenas ya cumplidas.

5. Para superar las deficiencias y eventuales contradicciones argumentativas, sería pertinente que la jurisprudencia de los respectivos países descarte explícitamente la identificación de un plazo temporal específico para admitir o rechazar una pretensión de olvido digital. Será, más bien, la subsistencia del interés público en la noticia uno de los factores trascendentales para el análisis, dentro del cual se puede incluir el paso del tiempo como factor relevante, en cada caso concreto.

6. Ni en Chile ni en Perú se ha establecido un orden de prelación entre las distintas soluciones que pueden surgir en un caso de derecho al olvido, esto es, la eliminación de la publicación, la actualización de la información, o la desindexación de los motores de búsqueda. Sin embargo, la casuística chilena muestra una reticencia empírica hacia la eliminación, mientras que la jurisprudencia administrativa peruana ha descartado prácticamente la supresión de la información y ha optado por la desindexación en todos los casos en que se ha acogido la pretensión de derecho al olvido. Consideramos que los órganos resolutivos de cada jurisdicción debieran hacer más explícitas las razones para elegir un tipo de medida en cada caso favorable de olvido digital. En tal sentido, la actualización de la información publicada podría ser la medida prevalente en la mayoría de casos, de modo tal que

se produzca una menor afectación a las libertades informativas; mientras que, entre la desindexación y la supresión de la información, se prefiera a la primera como remedio, dejando a la eliminación de la información como medida residual para los casos en que se aprecie la ausencia completa de relevancia pública de la información por ser esta errónea o intrascendente.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

Anguita Ramírez, Pedro (2016): *Acciones de Protección contra Google. Análisis del llamado derecho al olvido en buscadores, redes sociales y medios de comunicación* (Santiago, Editorial Librotecnia).

Castro Cruzatt, Karin (2008): "El derecho fundamental a la protección de datos personales: aportes para su desarrollo en el Perú", *Ius et Veritas*, vol. 18, Nº 37: pp. 260-276.

Cerda Silva, Alberto (2003): "Autodeterminación Informativa y Leyes sobre Protección de Datos", *Revista Chilena de Derecho Informático*, Nº 3: pp. 47-75.

Contreras Vásquez, Pablo (2020): "El derecho a la protección de datos personales y el reconocimiento de la autodeterminación informativa en la Constitución chilena", *Estudios Constitucionales*, Vol. 18, Nº 2: pp. 87-120.

Corral Talciani, Hernán (2017): "El derecho al olvido en internet: Antecedentes y bases para su configuración jurídica", *Revista Jurídica Digital UANDES*, Vol. 1, Nº 1: pp. 43-66.

Cuenca Espinosa, Alexander (2017): "Protección de datos personales y derecho al olvido. Análisis del caso Perú vs. Google", *FORO Revista de Derecho*, Nº 27: pp. 129-139.

De Terwangne, Cécile (2012): "Privacidad en Internet y el derecho a ser olvidado/derecho al olvido", *Revista de Internet, Derecho y Política*, vol. 13: pp. 53-66.

Díaz Colchado, Juan Carlos (2019): "Olvido digital vs. verdad: el impacto del derecho al olvido digital en la preservación en internet de la memoria histórica sobre violaciones a derechos humanos y actos de corrupción", *Pensamiento Constitucional*, vol. 24, Nº 24: pp. 24-47.

Ferrante, Alfredo (2022): *Derecho al Olvido en Internet en Chile. La evolución de los parámetros jurisprudenciales y la influencia de la doctrina y del derecho extranjero* (Santiago, Legal Publishing Chile).

Franco García, Devora y Quintanilla Perea, Alejandro (2020): "La protección de datos personales y el derecho al olvido en el Perú. A propósito de los estándares internacionales del Sistema Interamericano de los Derechos Humanos", *Revista Derecho PUCP*, vol. 84: pp. 271-299.

Goldman, Eric (2019): "Why Section 230 is better than the First Amendment", *Notre Dame Law Review Reflection*. Vol. 95, Nº 1: pp. 33-46.

Guzmán Cobeñas, María del Pilar (2022): "La pirámide informacional y el derecho al olvido digital", *Uniandes Episteme*, vol. 9, Nº 2: pp. 244-263.

Keller, Daphne (2019): *Who do you sue? State and platform hybrid power over online speech* (California, Hoover Institution, Aegis Series Paper No. 1902). Disponible en: https://www.hoover.org/sites/default/files/research/docs/who-do-you-sue-state-and-platform-hybrid-power-over-online-speech_0.pdf. Fecha de consulta: 10/03/2024.

Kodde, Claudia (2016): "Germany's 'Right to be forgotten' – between the freedom of expression and the right to informational self-determination", *International Review of Law, Computers & Technology*, Vol. 30, Nº 1-2: pp. 17-31.

Kosseff, Jeff (2019): *The twenty-six words that created the Internet* (New York, Cornell University Press).

Leturia Infante, Francisco (2016): "Fundamentos Jurídicos del Derecho al Olvido: ¿Un Nuevo Derecho de Origen Europeo o una Respuesta Típica ante Colisiones entre Ciertos Fundamentos?", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 43, Nº 1: pp. 91-113.

Morales Cáceres, Alejandro (2022): "El Derecho al Olvido en Perú", *Agnitio*. Disponible en: https://agnitio.pe/articulo/el-derecho-al-olvido-en-el-peru/. Fecha de consulta: 22/05/2023.

Moreno Bobadilla, Ángela (2022): "The right to be forgotten in the US and Europe: Same origin, different development", *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 49, Nº 2: pp. 1-17.

Muñoz Massouh, Ana María (2015): "Eliminación de datos personales en internet: el reconocimiento del derecho al olvido", *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, Vol. 4, Nº 2: pp. 215-261.

Ortiz Mesías, Leonardo y Viollier, Pablo (2021): "Repensando el derecho al olvido y la necesidad de su consagración legal en Chile", *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, Vol. 10, Nº 1: pp. 77-109.

Platero Alcón, Alejandro (2016): "El derecho al olvido en internet. El fenómeno de los motores de búsqueda", Opinión Jurídica, Vol. 15, Nº 29: pp. 243-260.

Reusser Monsálvez, Carlos (2021): *Derecho al olvido: La protección de datos personales como límite a las libertades informativas* (Santiago, DER, segunda edición).

NORMAS CITADAS

Chile, *Constitución Política de la República* (11/08/1980).

Chile, Ley Nº 19.628 (28/08/1999): *Sobre protección de la vida privada*.

Chile, Ley Nº 19.733 (04/06/2001): *Sobre libertades de opinión, información ejercicio del periodismo*.

Chile, Ley Nº 21.096 (16/06/2018): *Consagra el Derecho a Protección de los Datos Personales*.

Chile, Consejo para la Transparencia, Resolución exenta Nº 304, *Aprueba el texto actualizado y refundido de las recomendaciones del Consejo para la Transparencia sobre protección de datos personales por parte de los órganos de la Administración del Estado y sustituye texto que indica* (07/12/2020).

Perú, *Constitución Política de la República* (29/12/1993).

Perú, *Código Procesal Constitucional* (23/07/2021).

Perú, Ley Nº 26755 (24/04/1997): *Establecen derecho de rectificación de personas afectadas por afirmaciones inexactas en medios de comunicación social.*

Perú, Ley Nº 29733 (03/07/2011): *Ley de Protección de Datos Personales*.

Perú, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Decreto Supremo 003-2013-JUS, *Reglamento de la Ley de Protección de Datos Personales* (22/03/2013).

Unión Europea, Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, 24/10/1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. Diario Oficial de las Comunidades Europeas, L 281/31, 23/11/95.

Unión Europea, Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, 27/04/2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos). Diario Oficial UE, L 119/1, 04/05/2016.

JURISPRUDENCIA CITADA

Alemania

BVerfG, Order of the First Senate, 15/12/1983, 1 BvR 209/83 -, paras. 1-214.

Chile

Administrativa

Consejo para la Transparencia, 15/03/2011, rol C1415-11, amparo.
Consejo para la Transparencia, 02/04/2019, rol C4086-18, amparo.
Consejo para la Transparencia, 05/04/2019, rol C4418-18, amparo.

Judicial

Corte de Apelaciones de Valparaíso, 30/07/2012, rol 228-2012, protección.
Corte de Apelaciones de Santiago, 27/10/2020, rol 16010-2020, protección.
Corte Suprema de Chile, 29/10/2014, rol 21607-2014, protección.
Corte Suprema de Chile, 21/01/2016, rol 22243-2015, protección.
Corte Suprema de Chile, 09/08/2016, rol 40591-2016, protección.
Corte Suprema de Chile, 06/12/2016, rol 87756-2016, protección.
Corte Suprema de Chile, 24/07/2017, rol 65431-2016, protección (*Covarrubias con Copesa S.A.*), *Oficina Jurídica Virtual*. Fecha de consulta: 03/06/2023.
Corte Suprema de Chile, 09/08/2017, rol 11746-2017, protección.
Corte Suprema de Chile, 04/09/2017, rol 19172-2017, protección.
Corte Suprema de Chile, 09/08/2017, rol 11746-2017, protección.
Corte Suprema de Chile, 04/12/2017, rol 39.972-2017, protección.
Corte Suprema de Chile, 15/01/2019, rol 23107-2018, protección (*M. con Edicioncero.cl*).
Corte Suprema de Chile, 15/01/2019, rol 25154-2018, protección (*U. con Copesa S.A.).*
Corte Suprema de Chile, 21/01/2019, rol 25159-2018, protección.
Corte Suprema de Chile, 22/01/2019, rol 19134-2018, protección.
Corte Suprema de Chile, 22/04/2019, rol 4317-2019, protección.
Corte Suprema de Chile, 02/07/2019, rol 1279-2019, protección.
Corte Suprema de Chile, 23/09/2019, rol 5493-2019, protección.
Corte Suprema de Chile, 03/01/2022, rol 135543-2020, protección.

Corte Suprema de Chile, 01/04/2020, rol 25763-2019, protección.
Corte Suprema de Chile, 10/06/2020, rol 54-2020, protección.
Corte Suprema de Chile, 26/02/2021, rol 140332-2020, protección.
Corte Suprema de Chile, 26/05/2021, rol 34615-2021, protección.
Corte Suprema de Chile, 20/07/2021, rol 90746-2020, protección.
Corte Suprema de Chile, 25/04/2023, rol 3616-2022, protección.
Tribunal Constitucional de Chile, 21/06/2011, rol 1800-2010.

España

Tribunal Constitucional de España, 20/07/1993, sentencia 254/1993.

Perú

Administrativa

Dirección General de Protección de Datos Personales, 30/12/2015, expediente 012-2015-PTT (*S/N con Google Inc. y Google Perú S.R.L.*)
Dirección General de Protección de Datos Personales, 10/02/2016, expediente 001-2016-PTT (*S/N con diario El Trome y otros*).
Dirección General de Protección de Datos Personales, 15/12/2016, expediente 024-2016-PTT (*S/N con Google Perú S.R.L.*)
Dirección General de Protección de Datos Personales, 24/09/2018, expediente 011-2018-PTT (*S/N con Google LLC y Google Perú S.R.L.*)
Dirección General de Protección de Datos Personales, 31/08/2020, expediente 021-2019/PTT (*S/N con Google LLC*).
Dirección General de Protección de Datos Personales, 10/08/2022, expediente 020-2020/PTT (*S/N con Google LLC*).
Dirección de Protección de Datos Personales, 22/07/2020, expediente 068-2019/PTT (*S/N con Partido Popular Cristiano*).
Dirección de Protección de Datos Personales, 18/08/2020, expediente 057-2019/PTT (*S/N con Google LLC*).
Dirección de Protección de Datos Personales, 31/08/2020, expediente 021-2019/PTT (*S/N con Google LLC*).
Dirección de Protección de Datos Personales, 20/05/2021, expediente 083-2020/PTT (*S/N con Google LLC*).
Dirección de Protección de Datos Personales, 28/10/2021, expediente 113-2021/PTT (*S/N con Editora del País*).
Dirección de Protección de Datos Personales, 16/11/2021, expediente 019-2020/PTT (*S/N con Grupo La República Publicaciones*).
Dirección de Protección de Datos Personales, 26/08/2022, expediente 036-2022/PTT (*S/N con Andina Agencia Peruana de Noticias*).
Dirección de Protección de Datos Personales, 17/11/2022, expediente 027-2022/PTT (*S/N con Grupo La república Publicaciones*).

Judicial

Tribunal Constitucional de Perú, 29/01/2003, expediente 1797-2002-HD/TC, *Habeas Data* (*W.R.G. con Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima*).

Tribunal Constitucional de Perú, 15/10/2007, expediente 04739-2007-PHD/TC, *Habeas Data* (*P.V.D.V. S.A.C. con M. S.A.C.)*

Tribunal Constitucional de Perú, 17/06/2022, expediente 3041-2021-PHD/TC, *Habeas Data* (*M.A.R. con Google Perú S.R.L. y otros*).

Tribunal Constitucional de Perú, 22/08/2022, expediente 2839-2021-PHD/TC, *Habeas Data* (*S.C.A.Z. con Ministerio del Interior*).

Unión Europea

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 13/05/2014, Asunto C-131/12 (*Google Spain SL, Google Inc. con Agencia Española de Protección de Datos y Mario Costeja González*).

Revista Chilena de Derecho | Chilean Journal of Law | Vol. 51 Nº 3, pp. 133 - 162 [2024]
Recepción 23/05/2024. Aceptación 21/08/2024
DOI: 10.7764/R.513.5

LA NUEVA REGULACIÓN DEL QUEBRANTAMIENTO DE CONDENA DE ADOLESCENTES: NATURALEZA, SENTIDO Y VIGENCIA

THE NEW REGULATION OF VIOLATION OF SENTENCE FOR JUVENILES: NATURE, MEANING AND VALIDITY

Jaime Vera Vega[1]
Laura Mayer Lux[2]

RESUMEN: El presente trabajo analiza el nuevo estatuto del quebrantamiento de condena de adolescentes, establecido a través de la Ley Nº 21.527. Luego de precisar su naturaleza jurídica, concepto y fundamento, el artículo ofrece una interpretación sobre el sentido y alcance de la nueva regulación. Adicionalmente, el texto examina el problema relativo a la aplicación temporal de dicho régimen, considerando las reglas de vacancia legal previstas en la referida ley y el carácter eventualmente más favorable del nuevo estatuto.

Palabras clave: Derecho Penal ejecutivo, responsabilidad penal juvenil, reinserción social, *vacatio legis*, *lex tertia*.

ABSTRACT: This paper analyzes the new regulation of juvenile violation of sentences, established through Law No. 21,527. After specifying its legal nature, concept and basis, the article offers an interpretation of the meaning and scope of the new regulation. Additionally, the text examines the problem related to the temporary application of said regime, considering the legal vacancy rules provided for in the law and the possibly more favorable nature of the new statute.

Key words: Executive criminal law, juvenile criminal liability, social reintegration, vacatio legis, lex tertia.

[1] Doctor en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Brasil 2950, cuarto piso, Valparaíso. jaime.vera@pucv.cl. https://orcid.org/0000-0002-3748-5182.

[2] Doctora en Derecho de la Rheinische Friedrich Wilhelm-Universität, Bonn, Alemania. Brasil 2950, cuarto piso, Valparaíso. laura.mayer@pucv.cl. https://orcid.org/0009-0008-0136-5294.

I. INTRODUCCIÓN Y ACLARACIONES METODOLÓGICAS

La Ley Nº 21.527 constituye sin duda la reforma más sustantiva introducida a la Ley Nº 20.084[3], sobre responsabilidad penal adolescente, desde su entrada en vigencia el año 2005. Esta afirmación se funda en que dicha modificación aborda casi todos los ejes normativos e institucionales que subyacen a la regulación (actualmente) vigente, pues se incluyen innovaciones en materia de Derecho Penal sustantivo (en especial, respecto de las sanciones y su determinación), en el ámbito procesal penal (donde destaca la incorporación de la mediación) y en materia de Derecho ejecutivo. A esto se añade la creación de un nuevo Servicio de Reinserción Social Juvenil.

En específico, este artículo se referirá a las reformas introducidas respecto del quebrantamiento de condena de adolescentes, es decir, a uno de los cambios introducidos en relación con el sistema original de ejecución contemplado en la Ley Nº 20.084. En términos metodológicos, se analizará la naturaleza jurídica y el fundamento del quebrantamiento de condena, y se partirá de la base de que la nueva normativa en materia de quebrantamiento no debe analizarse simplemente desde la perspectiva del cambio de redacción del artículo 52 –que es el precepto que regula esta cuestión–, sino que requiere, necesariamente, asumir la reforma indicada en términos sistemáticos[4]. Efectivamente, si bien el artículo referido constituye la principal fuente normativa del quebrantamiento de condena de adolescentes, existe a lo largo del nuevo régimen legal una serie de disposiciones que directa o indirectamente inciden en el estatuto de dicha institución. De ahí que el correcto abordaje del quebrantamiento no pueda obviar la normativa que, estando vinculada con él, se encuentra dispersa en el nuevo texto legal.

Asimismo, el análisis que aquí se propone, sin prescindir de la cuestión sistemática, se efectuará desde lo general a lo particular, pues primero se examinarán aspectos conceptuales del quebrantamiento (*v.gr.*, su definición y clasificación), para luego emprender el estudio de los aspectos específicos del quebrantamiento del nuevo catálogo de sanciones previsto en la Ley de Responsabilidad Penal de Adolescentes. Para tales efectos, el texto analizará las disposiciones establecidas en la Ley Nº 20.084, que serán complementadas con consideraciones doctrinales que se hayan desarrollado sobre el particular.

Igualmente, el artículo partirá de una característica comúnmente aceptada a nivel doctrinal, a saber, que la justicia penal juvenil constituye un sistema de res-

[3] En lo sucesivo, si se hace referencia a algún artículo sin precisar a qué ley corresponde, se entiende que se alude a la Ley Nº 20.084, que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal.

[4] Favorece esta misma clase de interpretación, a propósito del problema de la determinación de las sanciones en el régimen de responsabilidad penal juvenil, Cillero (2008) pp. 2-3.

ponsabilidad "especial"[5] o "diferenciada"[6], que presenta rasgos específicos en comparación con la que es aplicable a los adultos[7], los que han de ser tenidos en cuenta a la hora de interpretar la normativa que la rige. En lo que respecta al contenido del presente trabajo, especialmente relevante será la idea de que en materia de responsabilidad penal de adolescentes han de preferirse las sanciones no privativas de la libertad[8], idea que constituye una expresión de otra más general, relacionada con el menor rigor punitivo[9] que caracteriza a la justicia penal en este específico ámbito.

Tal forma de enfrentar el conflicto penal se vincula, asimismo, con la finalidad de reinserción que tiene la Ley Nº 20.084, que es deducida[10], especialmente, de lo dispuesto en su artículo 20. De acuerdo con dicho precepto, "[l]as sanciones y consecuencias que [ella] […] establece tienen por objeto hacer efectiva la responsabilidad de los adolescentes por los hechos delictivos que cometan, de tal manera que la sanción forme parte de una intervención socioeducativa amplia y orientada a la plena integración social".

A su turno, debe destacarse que la reforma aludida perfecciona el régimen sobre ejecución de sanciones de adolescentes, que constituye, justamente, una de las grandes falencias que ha caracterizado al sistema aplicable a los adultos[11]. En esa línea, el modelo de ejecución de adolescentes en materia penal, incluso antes de la reforma, ya contaba con un conjunto de instituciones, tales como, la remisión, la sustitución y el quebrantamiento[12], cuya aplicación servía de complemento al proceso de individualización de la pena, específicamente en lo tocante a la satisfacción de los fines subyacentes a la Ley Nº 20.084. Por lo tanto, de resultar exitosa la reforma introducida por la Ley Nº 21.527, podría quedar todavía más en evidencia el déficit que históricamente ha caracterizado al sistema de ejecución de sanciones penales aplicables a los mayores de dieciocho años.

---

[5] Maldonado (2011) p. 524.

[6] Horvitz (2006) p. 97, con referencias al "principio del interés superior del niño". En la misma línea, Castro (2023) p. 1205; Langer y Lillo (2014) p. 714.

[7] Como plantea Couso (2012) pp. 150 y 170, el juzgamiento penal de los adolescentes, tanto en materia sustantiva como procesal, se rige por el "principio de especialidad", el cual se proyecta a una serie de cuestiones, que en caso alguno se limitan a la determinación de la pena aplicable. En el mismo sentido, Alvarado (2022) pp. 284-285; Maldonado (2014) pp. 44-45; Núñez y Vera (2012) p. 180. Véase, también, Cillero (2008) p. 4, relacionando la especialidad del sistema con las ideas de necesidad y merecimiento de pena.

[8] Aguirrezabal, Lagos y Vargas (2009) p. 148; Diehl, Carvalho y Baracho (2020) p. 225; Medina (2009) p. 214, aludiendo al "carácter extraordinario de la privación de libertad para menores".

[9] En esa misma línea, Couso (2012) pp. 157-159. Véase, igualmente, Corte de Apelaciones de Puerto Montt, 29/03/2018.

[10] Aguirrezabal, Lagos y Vargas (2009) pp. 140-141; Estrada (2011) p. 562. En un sentido similar, Reyes (2019) p. 175.

[11] Künsemüller (2005) pp. 113 y ss.

[12] Aguirrezabal, Lagos y Vargas (2009) p. 148, n. 38; Estrada (2011) p. 566.

Finalmente, pese a que el problema del quebrantamiento de condena de adolescentes ya ha sido abordado por la doctrina[13], aún no se han elaborado trabajos sobre la base de la nueva regulación de dicho instituto. En ese sentido, la Ley Nº 21.527 introduce reformas de relevancia en esta materia, cuyo sentido y alcance han de ser abordados a nivel doctrinal. A partir de dicho asunto, el presente trabajo pretende contribuir al desarrollo dogmático de la responsabilidad penal juvenil, materia que, no obstante su importancia, tradicionalmente ha concitado una relativamente baja atención de los autores[14], si se la compara con la responsabilidad penal de los adultos. Pero, junto con ello, el artículo busca examinar un tópico específico –el quebrantamiento de condena de adolescentes–, cuya modificación legislativa plantea varios puntos problemáticos en el plano interpretativo.

Por cierto, tratándose de una reforma que aún no entra en vigor y, considerando el acotado espacio del que disponemos, no pretendemos agotar cada uno de los aspectos atingentes a la interpretación del nuevo estatuto del quebrantamiento de condena de adolescentes; antes bien, abordaremos sólo los que, por ahora, nos han parecido más relevantes desde una perspectiva tanto teórica como práctica.

En ese entendido, la hipótesis del presente trabajo puede resumirse como sigue: las particularidades del régimen de responsabilidad penal de adolescentes, reconocidas tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, impactan en la definición de la naturaleza jurídica, así como en el alcance y en la aplicación temporal del (nuevo) estatuto de quebrantamiento de condena de la Ley Nº 20.084. Por lo mismo, el Juzgado de Garantía, actuando como Tribunal de Ejecución, ha de considerar tales particularidades en la audiencia en la que se discuta un eventual quebrantamiento de condena respecto de un adolescente infractor.

II. NATURALEZA JURÍDICA, CONCEPTO Y FUNDAMENTO DEL QUEBRANTAMIENTO DE CONDENA

Determinar la naturaleza jurídica del quebrantamiento de condena tiene, al menos, dos consecuencias de importancia, que serán tratadas en el presente trabajo. Por una parte, ella puede incidir en las relaciones existentes entre el quebrantamiento y otras formas legales de regular la vulneración de las sanciones penales que prevé la ley, como ocurre en el caso del delito de desacato. Por otra parte, la naturaleza jurídica del quebrantamiento de condena impacta en el problema de la aplicación temporal de la ley penal, máxime considerando que la Ley Nº 21.527 estableció reglas específicas en esta materia.

Una primera posibilidad para determinar la naturaleza jurídica del quebrantamiento de condena en el nuevo régimen previsto en la Ley Nº 20.084, pasa por examinar esta cuestión a propósito de la institución equivalente, establecida en el

[13] Destacando el trabajo monográfico de Berríos (2022), al que pueden agregarse otros de corte más general, por ejemplo, Reyes (2019) pp. y ss.

[14] Estrada (2011) p. 546, indicando algunas razones que podrían explicar este estado de cosas.

estatuto aplicable a los adultos. De acuerdo con la doctrina mayoritaria, el quebrantamiento de condena de adultos constituye un delito autónomo[15], distinto de aquel ilícito penal que dio lugar a la sanción quebrantada. En ese sentido, pese a que su regulación se ubica en la Parte General del Código Penal[16], es posible sostener que con aquel se tipifica una conducta determinada[17], diferenciable de otras, que además tiene sanciones penales independientes y diversas del delito cuya pena se quebrantó. Como variante de esta tesis puede indicarse la que postula que el quebrantamiento de condena constituye un delito *sui generis*, de características particulares, "cuya persecución depende de la exigibilidad de cumplimiento de una pena impuesta con anterioridad y que genera las consecuencias jurídicas establecidas en el artículo 90"[18] del Código Penal.

En cambio, según un sector minoritario de la doctrina, el quebrantamiento de condena no constituye un delito autónomo y diferenciable de aquel que originó la sentencia condenatoria que ha sido quebrantada. Para fundamentar este planteamiento se alude a la ubicación sistemática de las disposiciones que lo regulan –fuera de la Parte Especial del Código Penal–, así como al hecho de que la tesis contraria obligaría a

> llegar a la poco lógica conclusión de que el que delinque de nuevo después de quebrantar una condena, soportaría tres diversas responsabilidades penales; primero, la correspondiente al primer delito que dio origen a la pena que se quebrantó; segundo, la derivada del hecho punible que sería el quebrantamiento de condena, y tercero, la consiguiente al delito cometido durante el quebrantamiento[19].

Sin embargo, a nuestro juicio, la naturaleza jurídica del quebrantamiento de condena de adolescentes no puede determinarse a partir de los mismos argumentos desarrollados en relación con el sistema de adultos[20]. Entre otras[21], existen razones de texto para sostener que la regulación de uno y otro quebrantamiento difiere en términos relevantes[22]. Así, mientras el Código Penal, a propósito del régimen de adultos, indica que "[l]os sentenciados que quebrantaren su condena serán castigados con las penas que respectivamente se designan" en dicho cuerpo normativo, la

[15] En ese sentido, por ejemplo, Garrido (2018) p. 335.

[16] Cillero (2011) p. 704.

[17] Künsemüller (2010) p. 423.

[18] Fuenzalida (2004) p. 177, aunque enfatizando que se trataría de un ilícito penal "carente de autonomía".

[19] Novoa (2019) p. 80.

[20] De ahí que Berríos (2022) p. 92 plantee la especialidad del régimen de quebrantamiento de condena de adolescentes "frente al delito de quebrantamiento de condena del art. 90 CP".

[21] Por ejemplo, atingentes al "*telos*" de la Ley Nº 20.084. Véase Reyes (2019) pp. 174-175.

[22] En la misma dirección, Reyes (2019) p. 174, quien plantea que ambas regulaciones son incompatibles.

Ley Nº 20.084 consagra un sistema de sanciones de refuerzo[23], que implica "variar la pena originalmente impuesta por una más estricta"[24] en caso de que la condena hubiere sido quebrantada. Lo dicho resulta confirmado si se examina lo dispuesto en el artículo 52, que alude expresamente a una ampliación del plazo de las sanciones ya impuestas, así como a una intensificación del correspondiente plan de intervención[25] y no, en cambio, a que dichas medidas constituyan penas (autónomas)[26]. Ello, por lo demás, es plenamente coherente con la idea, expuesta *supra*, de que la Ley Nº 20.084 consagra un sistema de responsabilidad penal especial o diferenciada, "que, si bien es de carácter penal, resulta definida en base a condiciones, objetivos y finalidades diversos a los previstos en el régimen general de adultos"[27].

En lo que respecta a su sentido y alcance, De la Cuesta Arzamendi postula que el quebrantamiento de condena es "sinónimo de violación, cambio de dirección, interrupción, infracción de las obligaciones inherentes a la medida; una conducta que, para llegar a cubrir suficientemente el 'significado jurídico-procesal y no solamente material o fáctico' del término, debe producir 'un cambio sustancial' en cuanto al cumplimiento de la medida impuesta"[28]. Como veremos, esta definición resulta coherente con la sistematización que puede plantearse respecto de las diversas hipótesis de quebrantamiento de condena que, justamente, identifica casos de "mero incumplimiento", carentes de consecuencias jurídicas. Por el contrario, los casos de auténtico quebrantamiento siempre deben revestir una cierta gravedad[29], que justifique las distintas medidas (punitivas) que pueden adoptarse frente a su verificación.

En cuanto a su fundamento, si bien hemos sostenido que la naturaleza jurídica del quebrantamiento de condena de adultos y de adolescentes es distinta, no advertimos inconvenientes para afirmar que uno y otro comparten el mismo fundamento. Ello es así, pues ambos importan la verificación de un hecho antijurídico[30], así como la aplicación de consecuencias jurídicas de índole penal, que en un supuesto corresponden a penas autónomas y en otro a un reforzamiento de castigos previamente impuestos[31]. En ese sentido, el carácter punitivo de esos dos regímenes torna necesario, en ambos casos, indagar en las razones que llevaron al legislador a establecerlos, materia en la cual es posible recurrir a los planteamientos

[23] Berríos (2022) pp. 89 y 100. En un sentido análogo, Couso (2010) p. 63, quien alude a una "intervención más intensa" en casos de quebrantamiento.

[24] Berríos (2022) p. 91.

[25] Véanse los numerales 3° y 4° del artículo 52, así como el inciso final de ese mismo artículo, de acuerdo con el texto introducido por la Ley Nº 21.527.

[26] En la misma línea, Berríos (2022) p. 91.

[27] Maldonado (2011) p. 525.

[28] De la Cuesta (2000) pp. 76-77.

[29] Berríos (2022) p. 95; Corte de Apelaciones de San Miguel, 05/06/2017; Corte de Apelaciones de San Miguel, 15/11/2017.

[30] Así, respecto del quebrantamiento de condena de adolescentes, Reyes (2019) p. 175.

[31] Véase, más en detalle, diferenciando este supuesto de aquel en el que se revocan penas sustitutivas, Berríos (2022) pp. 89-90.

que la dogmática ha desarrollado respecto del sistema de adultos. En este contexto, de acuerdo con un sector de la doctrina –opinión que compartimos–, el fundamento de la regulación del quebrantamiento de condena corresponde a la (correcta) administración de justicia[32]. En esa misma línea, Rodríguez y Ossandón plantean que el quebrantamiento de condena puede ubicarse entre los comportamientos que, afectando la administración de justicia, responden a la idea de "organización de la propia esfera de libertad", carácter que compartiría con otras hipótesis, como el encubrimiento o la acusación o denuncia calumniosa[33].

En el ámbito penal, la "administración de justicia" puede identificarse, entre otras cosas[34], con el hecho de que las sanciones penales que han sido impuestas en virtud de una sentencia firme sean efectivamente cumplidas por quienes corresponda[35]. Desde este punto de vista, sólo la pena que es aplicada y ejecutada en la práctica logrará cumplir los fines[36] retributivos y preventivos (especiales) que, como veremos, se encuentran asociados al sistema penal de adolescentes. Por el contrario, cada vez que una pena impuesta a un adolescente se ve quebrantada, la consecución de dichos fines resulta amenazada, debiendo por ende restablecerse el sistema previsto por el legislador para encauzar esa clase de conflicto jurídico-penal.

III. CONCEPTOS CONTENIDOS EN LAS NUEVAS HIPÓTESIS DE QUEBRANTAMIENTO DE CONDENA

A partir de lo establecido en el artículo 52 de la Ley Nº 20.084 se puede inferir que, en términos legales, el quebrantamiento de condena consiste en que el adolescente no dé cumplimiento en forma grave o reiterada a alguna de las penas impuestas en virtud de la ley, circunstancia que habilita al tribunal encargado del control de la ejecución a imponer algunas de las sanciones (más graves) que, taxativamente[37], en esta misma disposición se mencionan. Además, las referencias explícitas de esta norma en el sentido de que el quebrantamiento se debe "sancionar", contenidas en varios de sus numerales, confirman su naturaleza jurídica, jus-

[32] En esa dirección, Cury (2011) p. 771; Garrido (2018) pp. 335-336, respecto del quebrantamiento de condena de adultos.

[33] Rodríguez y Ossandón (2021) p. 201, a propósito del quebrantamiento de condena de adultos.

[34] Para un análisis relativo a otras dimensiones (concretas) que abarcaría el referido bien jurídico, véase, por ejemplo, Hilgendorf (2009) p. 1160, con referencias a la objetividad y corrección de las decisiones judiciales; en un sentido similar, Rojas (2022) p. 336. Para una aproximación más centrada en los fines del proceso y en el sentido institucional de la administración de justicia, véase, por ejemplo, Vormbaum (2017) p. 1087; mientras que, para un examen que identifica a la administración de justicia con la estabilización del contexto social que posibilita la libertad general de acción, véase Wilenmann (2011) p. 557.

[35] En ese sentido, Cury (2011) p. 771; Garrido (2018) pp. 335-336.

[36] Rivacoba (2002) p. 31, quien señala que "la pena es nada (…) si no se cumple".

[37] Corte Suprema, 06/01/2010.

tamente, como sistema de sanciones de refuerzo, según se sostuvo asimismo bajo el régimen aún imperante, esto es, previo a la reforma legal.

Sin embargo, esta no es la única disposición que alude a una hipótesis de quebrantamiento en el estatuto de la Ley Nº 21.527. Por el contrario, el nuevo artículo 25 quáter inciso segundo, que regula la unificación de condenas, prevé que si con posterioridad a la acusación o al requerimiento o durante la ejecución de una sanción prevista en la ley, el responsable fuere condenado a uno o más simples delitos de menor gravedad respecto de aquellos que fundan la condena en curso de ejecución, no debe procederse a la acumulación según lo establecido en el inciso primero, sino que corresponde "considerar" los hechos, a estos efectos, como un quebrantamiento de condena. Adicionalmente, el artículo 52 bis establece otro supuesto, que se debe "tomar" como quebrantamiento, en caso de que el condenado adolescente, en virtud de una renuencia reiterada, no se presentare a la ejecución de la condena o no concurriere a las citaciones que se le comuniquen para la determinación del plan de intervención.

El uso de las expresiones "considerar" y "tomar", en las dos normas referidas, en relación con supuestos de quebrantamiento de condena, resulta indicativo de que el legislador estima que aquellos, en esencia, no constituyen auténticos quebrantamientos, como sí lo sería el del artículo 52. Es decir, se usan expresiones parecidas a las del artículo 15 del Código Penal que, *v.gr.*, también alude a quienes se "consideran autores", justamente, para incluir supuestos que no son propiamente de autoría[38]. De ahí que, utilizando una terminología bastante extendida en materia de reincidencia de adultos[39] –con la cual suele relacionarse al quebrantamiento de condena[40]–, es posible clasificar dichas hipótesis como quebrantamiento "propio", tratándose del caso previsto en el artículo 52; y quebrantamientos "impropios", tratándose de los supuestos contenidos en los artículos 25 quáter y 52 bis.

IV. PROBLEMAS INTERPRETATIVOS QUE PROVOCA EL QUEBRANTAMIENTO DE CONDENA DE ADOLESCENTES

1. Sentido y alcance del quebrantamiento "propio"

En cuanto al supuesto de aplicación del aquí llamado quebrantamiento "propio", la ley no introduce un cambio sustancial, manteniéndose la exigencia de la gravedad del incumplimiento. No obstante, la actual redacción es más clara, pues establece explícitamente que "[s]i el adolescente no diere cumplimiento en forma grave o reiterada a alguna de las sanciones impuestas en virtud de la presente ley, el tribunal encargado del control de la ejecución procederá, previa audiencia y según la gravedad del incumplimiento, conforme a las reglas siguientes (…)"[41]. En

[38] Véase, por todos, Politoff, Matus y Ramírez (2019) p. 397, n. 61.

[39] Aldunate (2020) pp. 313-320; Ortiz y Arévalo (2014) pp. 402-405; Vargas (2013) p. 249.

[40] Cillero (2011) p. 705; Künsemüller (2010) pp. 423-424; Novoa (2019) p. 369.

[41] Art. 52.

cambio, la exigencia de gravedad, de acuerdo con el texto no reformado, debía deducirse del requisito de que el tribunal ha de proceder "según la gravedad del incumplimiento"[42]. Además, en la línea de lo señalado, se añade una exigencia que acota dicho instituto, en orden a que el quebrantamiento de condena de adolescentes debe ser reiterado[43].

Respecto del requisito de gravedad, este debería interpretarse de un modo análogo a como lo viene entendiendo la doctrina y la jurisprudencia, según el texto actualmente vigente. En cuanto a lo primero, un reciente trabajo de Berríos señala diversos criterios para tener en cuenta a la hora de medir la gravedad del quebrantamiento, entre los que indica, en primer lugar, su entidad, no bastando un "mero" incumplimiento. Junto con ello, dicho autor menciona otros criterios adicionales, como las dificultades inherentes a los procesos de intervención con adolescentes, los problemas atribuibles al órgano ejecutor de la pena[44], la evaluación global de la intervención y sus proyecciones hacia el futuro, la preeminencia del derecho a la integración social del adolescente condenado, la falta de necesidad de la pena como factor de incumplimiento, la excepcionalidad y la brevedad de la privación de la libertad, entre otros[45].

Un aspecto destacable es que el legislador, con la reforma, resuelve expresamente los casos de quebrantamientos no graves (artículo 52 inciso penúltimo), que se traducen en una intensificación del respectivo plan de intervención. De esta manera, la solución indicada se configuraría como una respuesta privilegiada en comparación con otras medidas que podrían, teóricamente, aplicarse, como sería la modificación de la pena por una más gravosa. Con ello, el régimen de reemplazo por una sanción más intensa, en casos de quebrantamiento, pasa a configurarse como una respuesta de *ultima ratio* en el ámbito de la responsabilidad penal juvenil[46]; afirmación que es coherente con la aplicación de dicho principio en otros contextos, como el de la imposición de medidas cautelares[47] o de penas privativas de la libertad[48] respecto de adolescentes que han cometido delitos.

La exigencia de reiteración, por su parte, viene a reforzar la idea de que no basta con un mero incumplimiento, sino que ha de tratarse de una situación que se manifieste en una multiplicidad de eventos. En ese sentido, si bien el número

[42] El encabezado completo del artículo 52, previo a la reforma, establece lo siguiente: "Si el adolescente no diere cumplimiento a alguna de las sanciones impuestas en virtud de la presente ley, el tribunal encargado del control de la ejecución procederá, previa audiencia y según la gravedad del incumplimiento, conforme a las reglas siguientes (…)".

[43] En ese sentido, Corte de Apelaciones de Santiago, 29/05/2017.

[44] Este criterio también está presente en Corte de Apelaciones de San Miguel, 15/07/2016.

[45] Berríos (2022) pp. 95-100.

[46] Berríos (2022) p. 93.

[47] Corte de Apelaciones de Puerto Montt, 29/03/2018.

[48] En ese orden de ideas, por ejemplo, Duce (2009) p. 88; Gauché (2015) p. 691. Véase, asimismo, para un reconocimiento de dicho principio en relación con las penas privativas de libertad, Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 37 letra b).

constituye una cuestión valorativa, que debe ser apreciada por el juez que conoce de la audiencia respectiva, para que exista reiteración han de verificarse al menos dos quebrantamientos de la condena[49]. Junto con ello, "[l]as faltas de presentación justificadas y los incumplimientos aislados no pueden fundamentar la modificación" referida, lo que confirma su "excepcionalidad", en el sentido de que dicho "recurso debe utilizarse ante un incumplimiento reiterado que lleve a la conclusión de que se han agotado otras posibilidades"[50].

En otro orden de ideas, el quebrantamiento (propio) debería seguir concibiéndose como un hecho del adolescente y, como tal, imputable a su conducta en el plano objetivo y subjetivo[51]. En consecuencia, de no darse esta exigencia de atribuibilidad –directamente relacionada con el principio de culpabilidad, que ha de regir esta materia[52]–, tendría que resolverse negativamente su admisión. Así, por ejemplo, cabría rechazar como un caso de quebrantamiento de condena si, en la línea de lo señalado *supra*, existe alguna razón que justifique los incumplimientos respectivos (*v.gr.*, razones de salud del condenado)[53], o bien, cuando sea posible apreciar una falta de voluntad (por ejemplo, cuando existe un error relativo a la fecha o a la periodicidad en que el adolescente debe presentarse ante las instituciones encargadas de la ejecución); alternativas que han de ser indagadas por el juez, quien deberá escuchar al adolescente[54] y ponderar las razones que pudiere haber tenido a este respecto[55]. Si bien un caso de imprudencia del adolescente en esta materia podría tornar discutible la procedencia del quebrantamiento, una interpretación sistemática de toda la normativa penal debe llevar a concluir que, para considerar un quebrantamiento de condena imputable a culpa, se requeriría de texto expreso[56]. En todo caso, en un plano teórico, ello podría verificarse si, por ejemplo, el adolescente es poco cuidadoso a la hora de registrar la forma (*v.gr.*, tipo de sanción) y la modalidad (por ejemplo, fecha, periodicidad, institución competente) del cumplimiento respectivo.

2. Sentido y alcance del quebrantamiento "impropio"

En materia de quebrantamiento impropio de condena de adolescentes, el legislador introdujo una serie de modificaciones de relevancia. En esa línea, la primera hipótesis de quebrantamiento impropio del artículo 25 quater inciso segundo

[49] Criterio que se basa en la comprensión general de la idea de reiteración delictiva en Derecho Penal. Véase, en ese sentido, por ejemplo, Mañalich (2015) p. 505.

[50] Figueroa (2009) p. 702. En la misma línea, Corte de Apelaciones de San Miguel, 05/06/2017; Corte de Apelaciones de San Miguel, 09/08/2017.

[51] Berríos (2022) p. 94, con referencias ulteriores; Reyes (2019) p. 175.

[52] Desde un punto de vista más general, por ejemplo, Couso (2007) p. 227.

[53] En esa dirección, Reyes (2019) p. 175.

[54] Véase, a propósito de la importancia de que el adolescente esté presente en la audiencia de quebrantamiento y sea escuchado por el juez, por ejemplo, Corte de Apelaciones de Concepción, 30/08/2008.

[55] Berríos (2019) p. 201.

[56] En la misma línea, Etcheberry (2010) p. 321.

se refiere al caso de comisión de uno o más simples delitos de menor gravedad que aquel que fundó la condena inicial. La redacción de esta disposición, producto de la reforma, sugiere varias dudas interpretativas de interés.

La primera de ellas se refiere a qué debe estimarse como "simples delitos de menor gravedad", para lo cual surgen al menos dos posibilidades interpretativas. Una pasa por efectuar una comparación entre los hechos nuevos y aquel que fundó la condena de acuerdo con su penalidad abstracta en la ley penal que lo tipifique (Código Penal o una ley especial). Esta opción resulta poco recomendable en los términos de las finalidades y de los principios inherentes a la regulación legal y aproxima la temática más a los fundamentos del sistema de adultos que al régimen penal de adolescentes. Por lo mismo, parece preferible recurrir a una segunda alternativa interpretativa, según la cual, la comparación debe efectuarse en términos concretos, teniendo en cuenta las distintas fases del proceso de determinación de la pena del régimen de adolescentes, esto es, la definición de la naturaleza y el establecimiento de la duración de la sanción, luego de aplicar las reglas de los artículos 21 y siguientes de la Ley Nº 20.084.

De otra parte, la referencia expresa a simples delitos excluye la posibilidad de aplicar esta modalidad de quebrantamiento impropio cuando se trata de la comisión de nuevos crímenes, aun cuando sean de mayor gravedad que el hecho por el cual el adolescente está cumpliendo condena. En el caso de las faltas, llama la atención que el legislador no las haya incluido. En ese orden de ideas, si el quebrantamiento se produce por la comisión de una falta, esta tendría que castigarse de forma autónoma, no pudiendo aplicarse el régimen del quebrantamiento impropio. Lo señalado podría conducir a la paradoja de que, frente a la comisión de un simple delito se aplique un régimen menos gravoso que ante la perpetración de una falta, posibilidad que carece de sentido. Esto, obviamente, queda reducido al estrecho ámbito de aplicación personal y material de las faltas[57] en la Ley Nº 20.084.

A fin de superar la paradoja señalada, es posible postular una aplicación analógica del tratamiento penal del quebrantamiento de condena, previsto para los simples delitos, también a las faltas perpetradas por un adolescente. Como es sabido, la analogía en materia penal es rechazada por toda la doctrina si es perjudicial para el acusado[58], planteamiento que se sustenta en la infracción al principio de legalidad que dicha posibilidad envuelve[59]. Sin embargo, la analogía beneficiosa para dicho sujeto es aceptada por la doctrina mayoritaria[60], atendido que en ese caso no se afectarían los derechos o garantías del acusado[61] que, justamente, buscan ser resguardados a través de limitaciones al *ius puniendi* como el principio de legalidad[62].

[57] Hernández (2007) p. 202.
[58] Por todos, Rodríguez (2012) p. 156.
[59] Oliver y Mayer (2022) p. 330, n. 36.
[60] Por todos, Mir (2016) p. 126. De otra opinión, Etcheberry (2010) p. 114.
[61] Garrido (2018) p. 26. En el mismo sentido, Rettig (2017) pp. 139-140.
[62] En esa misma línea, Rodríguez (2012) p. 157.

Pues bien, aplicar el estatuto de los simples delitos a un supuesto de falta importa, en el caso que analizamos, un tratamiento más benigno para el adolescente infractor, alternativa que no se encuentra vedada por el ordenamiento jurídico penal, en los términos señalados.

Finalmente, como la ley alude a la comisión de uno o más simples delitos, en principio, el número de nuevos hechos posteriores sería irrelevante. Sin embargo, según las reglas del quebrantamiento, ello podría incidir en la valoración de la gravedad que efectúe el sentenciador y, por ende, en la consecuencia jurídica que se siga de su verificación. En ese sentido, no puede valorarse de igual manera, para los efectos del quebrantamiento, que se produzcan dos hechos adicionales a que se verifiquen cinco de ellos.

La segunda hipótesis de quebrantamiento impropio, regulada en el artículo 52 bis parte final, también ofrece algunos problemas exegéticos. En especial, surge la duda en torno a qué debe entenderse por renuencia reiterada, pues esa es la hipótesis que, de acuerdo con la reforma legal, tiene la naturaleza de quebrantamiento (impropio). Si aplicamos su sentido semántico, el Diccionario de la Real Academia Española define renuencia como "actitud del que está poco dispuesto a hacer lo que se le dice o manda". En otras palabras, debe existir un comportamiento refractario a la ejecución de la condena o a la presentación a las citaciones relativas a la determinación del plan de intervención. El carácter reiterado da cuenta de que no basta un acto único, sino que deben existir actos repetidos y sostenidos en el tiempo. Así, por ejemplo, ello ocurriría en caso de que se hayan celebrado diversas y sucesivas audiencias orientadas a discutir el plan de intervención aplicable, a las cuales el adolescente haya sido debidamente emplazado, no obstante lo cual, este no se haya presentado sin una justificación suficiente.

3. Otros problemas interpretativos que se generan con la regulación del quebrantamiento de condena de adolescentes

Llama la atención que el legislador no haya salvado con esta reforma uno de los vacíos denunciados por la doctrina en cuanto al quebrantamiento de la medida de internación en régimen cerrado[63]. En esa línea, tal quebrantamiento sigue careciendo de una consecuencia asociada[64], sin que resulte posible aplicar las normas del quebrantamiento de condena de adultos[65], atendida la existencia de un sistema especial aplicable a personas menores de dieciocho años.

Con todo, la reforma prevé una regulación más precisa del quebrantamiento de todas las penas accesorias, materia en la que existían algunos vacíos en la regulación previa a la modificación legal. En efecto, en caso de quebrantamiento de

[63] Bustos (2007) pp. 91-92.

[64] En la misma dirección, aduciendo razones de legalidad, Reyes (2019) p. 177.

[65] De otra opinión, en orden a aplicar el artículo 90 del Código Penal en casos de quebrantamiento de la internación en régimen cerrado y, por esa vía, disponer el cumplimiento de la sanción previamente impuesta, Corte de Apelaciones de Concepción, 13/09/2010.

dichas penas, el Juzgado de Garantía, actuando como Tribunal de Ejecución, puede imponer la sanción de prestación de servicios en beneficio de la comunidad, si el adolescente la acepta; o bien, la libertad asistida simple por el menor tiempo que prevé la ley. En este último caso, debe resolverse la manera conjunta o sucesiva en que dicha sanción ha de imponerse, con respecto a la sanción principal originalmente aplicada. En ambos supuestos, el legislador es categórico en orden a que permanecen las restricciones originalmente provenientes de las sanciones accesorias, aunque queda la duda sobre las consecuencias que correspondería derivar frente a un nuevo quebrantamiento.

La inclusión de nuevas penas accesorias, esto es, las de la Ley Nº 20.066 sobre violencia intrafamiliar y de la Ley Nº 19.327 sobre hechos de violencia en espectáculos de fútbol profesional, a nuestro juicio, podría originar algunas discusiones interesantes.

En el caso de las penas accesorias de la Ley Nº 20.066, cabe preguntarse por la compatibilidad entre la aplicación de las reglas de su quebrantamiento, del numeral 1° del artículo 52, y la eventual comisión de un delito de desacato (en los términos del artículo 10 de la Ley Nº 20.066). A nuestro juicio, incluso en casos de quebrantamiento grave, esta posibilidad debe ser absolutamente descartada, pues la imposición conjunta de la sanción de refuerzo por el quebrantamiento y la eventual imposición de una pena por el delito de desacato daría origen a una afectación del principio *non bis in idem*[66]. En ese orden de ideas, estaríamos claramente ante un mismo hecho (quebrantamiento grave de la sanción accesoria) que daría origen a una doble sanción. Menos aún resultaría admisible que un incumplimiento no grave (que no originara una hipótesis de quebrantamiento) pudiera sancionarse como desacato, pues sería paradójico, en términos valorativos, que un incumplimiento grave no hiciera surgir tal supuesto (como consecuencia de la afectación al principio *non bis in idem*) y que, en cambio, sí pudiera configurarse un caso de desacato en hipótesis de incumplimiento no grave.

El artículo 9° de la Ley Nº 20.066, que establece medidas accesorias a las sanciones para casos de violencia intrafamiliar, también podría plantear problemas en cuanto a su aplicación a adolescentes. Efectivamente, tales medidas pueden resultar incompatibles con el interés superior del adolescente y con algunos derechos que la Convención sobre los Derechos del Niño le reconoce respecto de sus padres, como es el caso de su derecho a no ser separado de estos[67], razón que obliga al juez a aplicarlas considerando criterios de estricta necesidad y proporcionalidad.

Entre las reglas que podrían generar los inconvenientes aludidos destacan las contenidas en el artículo 9° letras a), de obligación de abandonar el ofensor el hogar que comparte con la víctima; y b), de prohibición de acercarse a la víctima o a

[66] En el mismo sentido, pero a propósito de la posibilidad de considerar tanto un supuesto de quebrantamiento como la circunstancia agravante de reincidencia del artículo 12 numeral 14 del Código Penal, Cillero (2011) p. 705.

[67] Así, el artículo 9° de la Convención sobre los Derechos del Niño.

su domicilio, lugar de trabajo o estudio, así como a cualquier otro lugar al que ésta concurra o visite habitualmente; a la que puede agregarse la de la –recientemente incorporada por Ley Nº 21.675– letra f), de prohibición o restricción de las comunicaciones del ofensor respecto de la víctima.

Asimismo, a pesar de que la literalidad del artículo 6° letra d) de la Ley Nº 20.084 pareciera dar cuenta de algo distinto, tampoco correspondería aplicar en este caso la norma de quebrantamiento del artículo 16 inciso tercero de la Ley Nº 19.327, que prevé la imposición de una pena de presidio menor en su grado mínimo y un agravamiento de la prohibición de asistencia a espectáculos de fútbol profesional. Ello es así, pues la regulación del quebrantamiento de condena de adolescentes, entendida como sistema de sanciones de refuerzo, prima sobre lo establecido por la Ley Nº 19.327 por razones de especialidad.

La pena accesoria de prohibición de conducir vehículos motorizados, del artículo 12 de la Ley Nº 20.084, presenta la particularidad de que su quebrantamiento puede ser sancionado conforme con la regla del numeral 1° del artículo 52; o bien, dar origen a la remisión de los antecedentes al Ministerio Público para el ejercicio de las acciones que correspondan, siempre que, a consecuencia de la conducción, se hubiere afectado la vida, la integridad corporal o la salud de alguna persona. Una interpretación restrictiva del citado artículo 12 obliga a entender la referencia a la afectación de la vida, de la integridad corporal o de la salud como consecuencia de la perpetración de otro delito en el contexto del tráfico vehicular en que los intereses referidos hayan sido lesionados. Abona a esta conclusión la circunstancia de que el legislador aluda a la afectación de alguna persona, es decir, se trata de una afectación concreta a una persona determinada. Por lo mismo, debe rechazarse que se incluyan ilícitos penales que envuelvan un peligro para dichos intereses, como ocurre paradigmáticamente con el manejo en estado de ebriedad en su figura básica, la conducción bajo la influencia del alcohol o el nuevo delito de conducción a velocidad temeraria del artículo 197 quinquies de la Ley Nº 18.290 (Ley del Tránsito).

Finalmente, consideramos que tampoco corresponde aplicar, además de las consecuencias establecidas en el artículo 52 número 1 de la Ley Nº 20.084, aquellas que señala el artículo 209 inciso primero de la Ley de Tránsito frente al quebrantamiento de la prohibición de conducir vehículos motorizados. Como se sabe, dicha norma, en el régimen de adultos, prevé una regla especial de quebrantamiento de la suspensión o inhabilitación perpetua para conducir (equivalente a la prohibición de conducir vehículos motorizados del artículo 12 de la Ley Nº 20.084), imponiendo la pena de presidio menor en su grado mínimo y multa de hasta 10 UTM. Tres razones refuerzan esta conclusión, a saber, (i) la especialidad del sistema de quebrantamiento de la Ley Nº 20.084, que en este caso contempla una sanción particular frente al supuesto referido; (ii) la vigencia del principio *non bis in idem*, que impediría aplicar ambas sanciones frente a unos mismos hechos; y, (iii) la imposibilidad de aplicar como pena una multa, atendida su derogación del catálogo de sanciones de adolescentes.

V. ALGUNAS FACULTADES DISCRECIONALES DEL JUEZ RELACIONADAS CON EL ESTABLECIMIENTO DE MEDIDAS ALTERNATIVAS FRENTE AL QUEBRANTAMIENTO DE CONDENA DE CIERTAS SANCIONES

Una de las características del nuevo régimen de quebrantamiento de condena de adolescentes es que el artículo 52 entrega al Tribunal encargado de la ejecución, algunas facultades discrecionales en materia de establecimiento de medidas alternativas frente al quebrantamiento de algunas de las sanciones, probablemente las de mayor aplicación práctica. A nuestro juicio, tales facultades discrecionales se insertan en un sistema que, desde sus orígenes, se ha caracterizado por conferir, en comparación con el sistema de adultos, un mayor margen de actuación al juez[68] en la toma de decisiones relativas a adolescentes infractores de la ley penal. Una muestra de ello es el sistema de aplicación de la pena a dichos sujetos, que le otorga al juzgador mayores atribuciones tanto en la definición de la naturaleza como en el establecimiento de la extensión temporal de la sanción aplicable[69]. Ello se diferencia del régimen de adultos[70], que prevé una métrica bastante más rígida en el proceso de individualización de la pena a imponer[71]. En todo caso, resulta coherente, con la idea de reinserción, a la que nos referimos *supra*, la existencia de un sistema que le otorgue al sentenciador un mayor margen decisorio para imponer la pena más adecuada posible, teniendo en cuenta que, junto con cumplir el objetivo retributivo de toda sanción penal[72], él también ha de satisfacer las exigencias de prevención especial[73], por expresa disposición de la ley (artículo 20 de la Ley Nº 20.084).

La compatibilización de los fines retributivos y preventivos indicados no sólo interesa para efectos de establecer –ya sea legal o judicialmente– la sanción aplicable; antes bien, ella cobra particular importancia durante la fase de ejecución o cumplimiento de la medida impuesta, especialmente a propósito de sanciones establecidas frente al quebrantamiento de condena que, como señalamos, puede suponer una intensificación e incluso una agravación de la pena a aplicar al adolescente infractor.

Pues bien, entre las facultades discrecionales que se reconocen al juez está la prevista en el numeral 3° del artículo 52, respecto del quebrantamiento de la libertad asistida simple o especial, que faculta al juez para imponer, alternativamente, una ampliación del plazo de dichas penas o su sustitución por la sanción inmediatamente superior, extensiva al tiempo mínimo previsto en la ley. Del mismo modo,

[68] En ese orden de ideas, Maldonado (2014) p. 40, n. 50 y p. 50; Santibáñez y Alarcón (2009) p. 7.

[69] Alvarado (2022) p. 295. Véase, en términos críticos, Medina (2009) p. 209.

[70] En esa misma línea, en relación con el sistema español, Tamarit (2002) p. 38.

[71] Con más o menos matices, Labatut (1992) pp. 270-271; Novoa (2019) p. 353; van Weezel (2023) p. 553.

[72] Mañalich (2007) p. 117; Rivacoba (2002) pp. 10-11; Valenzuela (2010) p. 257.

[73] Castro (2021) pp. 260-261, 267-268, con énfasis en la prevención especial positiva, así como sobre la base del Derecho Internacional de los Derechos Humanos; véase, asimismo, Couso (2007) p. 219; Santibáñez y Alarcón (2009) pp. 2-3; Tamarit (2002) p. 18, con referencias a diversos instrumentos internacionales que regulan esta materia.

de acuerdo con el numeral 4° del precepto referido, el quebrantamiento de la libertad asistida especial con internación parcial, también de modo alternativo, puede ser sancionado con un aumento de la duración de dicha medida o con la internación en régimen cerrado por el periodo mínimo previsto por la ley.

Atendido el reconocimiento de estas facultades discrecionales, cobra importancia la definición de los criterios que debe tener en cuenta el tribunal encargado de la ejecución para optar por alguna de dichas medidas alternativas[74]. Según el artículo 52, ha de considerarse, en primer lugar, la naturaleza del incumplimiento y su persistencia. Tales alusiones permiten integrar en la decisión sobre el quebrantamiento la aplicación del principio de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación[75], por cuanto la consecuencia asociada debe ser determinada en función de la intensidad del incumplimiento del adolescente. Como es sabido, el principio de proporcionalidad en sentido estricto impone como límite al juez una consideración de la gravedad del hecho[76], de tal manera que la consecuencia jurídica asociada a su verificación ha de guardar una correspondencia con tal gravedad.

Sobre esa base, sería posible identificar, al menos, cuatro hipótesis distintas, que acarrearían las siguientes consecuencias: mero incumplimiento, que no traería aparejada sanción alguna; quebrantamiento no grave, sancionable con una intensificación del plan respectivo (artículo 52 inciso segundo); quebrantamiento grave no persistente, sancionable con la consecuencia menos gravosa en el marco del régimen alternativo que prevén los distintos numerales del artículo 52, según la clase de pena quebrantada; y, finalmente, quebrantamiento grave persistente, sancionable con la medida más gravosa establecida en dicho régimen.

En ese sentido, de acuerdo con el numeral 3° del artículo 52, el quebrantamiento de la libertad asistida –simple o especial– permite al juez ampliar el plazo de dicha sanción o, alternativamente, sustituirla por la pena inmediatamente superior. La primera situación podría tener lugar en el caso de un quebrantamiento grave no persistente (*v.gr.*, el adolescente alterna asistencias con inasistencias a las citaciones realizadas por el delegado, durante todo el plan), mientras que la imposición de la sanción inmediatamente superior correspondería frente a un incumplimiento grave y persistente (por ejemplo, luego de aprobado el plan de intervención individual, el adolescente no asiste a ninguna de las citaciones que le efectuó el delegado)[77].

No obstante, además de los criterios explicitados, por razones sistemáticas el Tribunal encargado de la ejecución debería considerar el criterio del interés superior

[74] Desde un punto de vista más general, Maldonado (2014) p. 40, n. 50.

[75] Alexy (2011) pp. 15-19; Fernández (2010) pp. 84-87; Kaspar (2014) pp. 101-102.

[76] De la Mata (2007) pp. 221-222.

[77] En cambio, un mero quebrantamiento se produciría si, por ejemplo, el adolescente llega con diez minutos de retraso a una de las citaciones realizadas por el delegado; mientras que un quebrantamiento no grave podría verificarse si el adolescente falta a una de esas mismas citaciones.

del adolescente[78], en los términos del artículo 2° de la ley, así como los principios de responsabilidad y de reinserción social del artículo 20 y la excepcionalidad de la privación de la libertad en los términos del artículo 47. Asimismo, también constituyen límites a la discrecionalidad judicial, en este contexto, las garantías reconocidas en la Convención sobre los Derechos del Niño y en los demás tratados e instrumentos internacionales, según prevé el artículo 1°.

VI. APLICACIÓN TEMPORAL DE LA REFORMA RELATIVA AL QUEBRANTAMIENTO DE CONDENA DE ADOLESCENTES

1. Planteamiento del problema y requisitos para la aplicación retroactiva de la ley penal

El artículo 55 de la Ley Nº 21.527 establece diversas modificaciones a la Ley Nº 20.084, siendo de especial relevancia para el presente trabajo la que se contiene en el numeral 43, que es, justamente, aquella que altera la regulación del quebrantamiento de condena de adolescentes. Dicha reforma debe ser complementada con las disposiciones transitorias que prevé la Ley Nº 21.527. Ellas, en su artículo 1°, establecen una vacancia relativa a la vigencia de la ley, que "comenzará a regir en forma gradual", de acuerdo con un cronograma basado en diversas zonas geográficas del país.

En concreto, ella regirá transcurridos doce meses desde su publicación en el Diario Oficial en las Regiones de Arica y Parinacota, Tarapacá, Antofagasta, Atacama y Coquimbo; lapso que se extenderá a veinticuatro meses en el caso de las Regiones del Maule, Bío Bío, Ñuble, La Araucanía, Los Ríos, Los Lagos, Aysén del General Carlos Ibáñez del Campo y Magallanes y de la Antártica Chilena; y a treinta y seis meses tratándose de las Regiones de Valparaíso, del Libertador General Bernardo O'Higgins y Metropolitana de Santiago. Esto último es importante, pues la vigencia de la ley, en las Regiones más pobladas del país y en las que, por ende, más se aplica la Ley Nº 20.084, es la que se encuentra más diferida en el tiempo.

Adicionalmente, el artículo 6° transitorio dispone una vacancia específica en el caso de las "normas de derecho penal sustantivo" de la Ley Nº 20.084. De acuerdo con ella:

> [n]o obstante […] lo dispuesto en el inciso primero del artículo primero transitorio de la presente ley, las normas que introducen modificaciones a la ley Nº 20.084, previstas en los numerales 15, 17, salvo en lo que respecta al artículo 25 bis que se introduce, y 18 del artículo 55 de la presente ley, entrarán en vigencia en todo el territorio nacional en la fecha prevista en el numeral 1 del inciso referido.

[78] Véase, a propósito de su reconocimiento, Comité de los Derechos del Niño (2017) p. 7; Corte Suprema, 12/05/2023; véase, igualmente, Berríos (2022) p. 92, con referencias expresas a su consideración en la fase de ejecución de la condena; así como Altava (2002) pp. 354 y ss.; Vera (2012) p. 58.

Del tenor literal de dicho artículo se desprende que las modificaciones al quebrantamiento de condena de adolescentes, en tanto no están incluidas en los preceptos exceptuados del régimen de vigencia gradual, tendrían que ajustarse a este y, por ende, entrar en vigor transcurridos doce, veinticuatro o treinta y seis meses desde la publicación de la ley en el Diario Oficial, dependiendo de la zona geográfica de la que se trate.

Frente a lo señalado surge la pregunta relativa a si es posible, a pesar del tenor literal del artículo 6° transitorio, sostener que las reformas introducidas en materia de quebrantamiento de condena de adolescentes pueden aplicarse a hechos ocurridos con anterioridad a su promulgación, o bien, a hechos ocurridos con posterioridad a su promulgación, pero antes de que se cumpla el plazo de *vacatio legis*.

Para abordar esta cuestión, ha de considerarse lo que dispone el artículo 19 número 3 inciso octavo de la Constitución Política de la República, según el cual, "[n]ingún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado". Dicho precepto, que regula el principio de irretroactividad de la ley penal (desfavorable) o de prohibición de retroactividad[79] (desfavorable), establece como excepción el caso en que la ley promulgada sea más beneficiosa para la persona afectada con ella[80], situación que, a nuestro juicio, se presenta respecto del nuevo estatuto del quebrantamiento de condena de adolescentes, como veremos *infra*.

En coherencia con lo establecido en la Constitución Política de la República, el artículo 18 del Código Penal se refiere al problema de la irretroactividad de la ley penal, desarrollando los requisitos que deben cumplirse para que pueda aplicarse retroactivamente una ley de esa índole. Sobre esa base, es necesario:

Primero, que con posterioridad al delito se dicte una nueva ley, circunstancia que claramente se verifica respecto de las modificaciones atingentes al quebrantamiento de condena de adolescentes.

Segundo, esa nueva ley debe encontrarse promulgada, situación que también concurre respecto de la reforma en comento. Asimismo, dicha modificación fue publicada en el Diario Oficial, lo que cierra una de las discusiones que se plantean respecto de la sucesión de leyes penales en el tiempo, esto es, si es necesario, además de la promulgación del texto, su publicación en el Diario Oficial[81]. Ahora bien, atendido que la ley establece disposiciones transitorias que regulan su vigencia temporal es posible, en la línea de lo señalado *supra*, que nos encontremos ante dos problemas atingentes a dicha exigencia: por una parte, la determinación de la legislación aplicable a los quebrantamientos ocurridos con anterioridad a la fecha de promulgación de la ley, respecto de los cuales debe disiparse si ellos han de ceñirse a la ley vigente

[79] van Weezel (2023) p. 65.

[80] Hipótesis que también se conoce como "retroactividad de la ley penal más favorable". Así, Cury (2020) p. 288.

[81] Véase, a propósito de dicha discusión, por ejemplo, Labatut (1992) p. 53; Politoff, Matus y Ramírez (2019) pp. 129-130; van Weezel (2023) p. 68.

en aquella época o si cabe la posibilidad de aplicar el nuevo estatuto; por otra parte, la determinación de la legislación aplicable a los quebrantamientos que se verifiquen con posterioridad a la promulgación de ley, pero antes de que se cumpla el plazo establecido por el legislador para que ella entre en vigencia.

Tercero, para aplicar retroactivamente una ley penal es necesario que la nueva ley, que ha sido dictada y promulgada, resulte más favorable para la persona afectada con ella. Como plantea Navas, ya que la Constitución Política de la República únicamente se refiere a una "ley más favorable", cabe entender que ella no se circunscribe solamente a la pena específica que se señala en abstracto, aludiendo "también a otros aspectos penales sustantivos que puedan mejorar la situación jurídico-material del acusado"[82]. Sobre esa base, se vuelve preciso establecer cuándo una ley es, efectivamente, más beneficiosa para, en este caso, un adolescente que ha quebrantado la condena penal que se le impuso. Dicho análisis supone, adicionalmente, determinar si debe aplicarse el nuevo estatuto "en bloque" o si cabe la denominada "*lex tertia*", esto es, aplicar las disposiciones más favorables de uno y otro estatuto legal.

2. Ley más favorable y eventual aplicación de la *lex tertia*

Respecto del último requisito planteado es posible sostener que el nuevo régimen, introducido por la Ley Nº 21.527 es, efectivamente, más beneficioso para el adolescente. La extensión máxima del presente trabajo nos impide comparar cada una de las modificaciones legales introducidas por dicha ley; sin embargo, como respaldo de dicha afirmación es posible señalar los siguientes cambios, que apuntan a una regulación más favorable para el adolescente que quebranta su condena:

En primer lugar, el nuevo inciso final del artículo 13 de la Ley Nº 20.084 redujo de tres años a dieciocho meses el límite máximo de la libertad asistida simple. En la misma línea, el nuevo artículo 18 de la ley referida, en su inciso final, también prevé un límite máximo, en este caso, de cinco años, para la pena de libertad asistida especial con internación parcial que, de acuerdo con el régimen previo, podía tener una duración de hasta diez años tratándose de adolescentes mayores de dieciséis y menores de dieciocho años.

En segundo lugar, el nuevo artículo 21 de la Ley Nº 20.084 hace inaplicable, en el proceso de individualización de la pena, el artículo 351 del Código Procesal Penal sobre reiteración delictiva. Por ende, frente a una reiteración de delitos de la misma especie, ejecutados por un adolescente, está expresamente prohibida la regla de acumulación jurídica con exasperación allí regulada, lo que redundará en una pena más favorable para el condenado.

En tercer lugar, en lo que aquí interesa, el nuevo artículo 52 de la Ley Nº 20.084 sobre quebrantamiento de condena prevé, en su numeral 4º, una alternativa que no existía en el estatuto anterior. Se trata de la posibilidad de sancionar

[82] Navas (2022) p. 49. En la misma línea, Kindhäuser (2017) p. 44. Véase, igualmente, Rettig (2017) p. 144.

el quebrantamiento de la libertad asistida especial con internación parcial (equivalente a la antigua internación en régimen semicerrado) mediante una ampliación del plazo de dicha condena y no, necesariamente, una sustitución por internación en régimen cerrado. Adicionalmente, de acuerdo con lo señalado *supra*, en caso de quebrantamientos no graves de cualquiera de las sanciones, se faculta al Tribunal encargado de la ejecución para aplicar una mera intensificación del correspondiente plan de intervención, hipótesis no reconocida en el antiguo estatuto.

Si volvemos a los dos supuestos señalados anteriormente, resulta que, tratándose de quebrantamientos ocurridos con anterioridad a la fecha de publicación de la Ley Nº 21.527, tendríamos una ley dictada, promulgada y más favorable (aunque aún no vigente) que, por lo mismo, podría aplicarse retroactivamente. En cambio, tratándose de quebrantamientos que se verifiquen con posterioridad a la publicación de la ley, pero antes de que se cumpla el plazo establecido por el legislador para que ella entre en vigencia, sería posible de todos modos aplicar la nueva normativa a la luz de lo que establece la Constitución Política de la República. En efecto, el hecho de que esta requiera que el texto legal esté promulgado, no así que se encuentre vigente, respaldaría una aplicación retroactiva del nuevo estatuto.

En contra de lo aquí planteado podría sostenerse, como hace un sector de la doctrina, que estamos ante un caso de oscuridad de la ley[83], específicamente, del artículo 18 del Código Penal, que facultaría a apartarse de su sentido literal, de acuerdo con lo que establece el artículo 19 inciso segundo del Código Civil. Gracias a ello sería posible entender que cuando la ley se refiere a una disposición "promulgada", en realidad quiere aludir a una disposición que ha entrado en vigencia. En apoyo a dicha tesis se refieren, adicionalmente, los antiguos artículos 6°, 7° y 8° del Código Civil, que empleaban el concepto de promulgación para aludir a la publicación de la ley[84], que suele ser el momento a partir del cual ella entra en vigencia.

Junto con ello, la doctrina aludida destaca las inconsistencias que supone atribuir a la expresión "promulgada", contenida en los incisos primero, segundo y tercero del artículo 18 del Código Penal, un significado distinto. Efectivamente, mientras la referencia del inciso primero sería entendida como sinónimo de entrada en vigencia (a propósito de la irretroactividad de la ley penal), en los incisos segundo y tercero el mismo vocablo sería interpretado en términos literales[85], esto es, como el acto a través del cual el Presidente de la República sanciona una ley conforme a la Constitución Política de la República, dictando el correspondiente Decreto Supremo; exégesis que carecería de sentido.

Adicionalmente, la doctrina en comento plantea que "si los tribunales aplican retroactivamente una ley más favorable sin esperar que ésta entre en vigor, se corre

[83] Novoa (2015) p. 185.
[84] Novoa (2015) p. 185.
[85] Bascuñán (2022) p. 17.

el peligro de que la ley sea derogada antes de dicho momento, con lo cual se aplicaría un texto que la voluntad soberana del legislador nunca quiso que se aplicara"[86].

En fin, igualmente, podría afirmarse que la tesis que aquí se defiende permite una aplicación de la reforma a la Ley Nº 20.084, que es contraria al texto expreso de la Ley Nº 21.527, la cual, justamente, establece una *vacatio legis*, además de una vigencia diferida según el territorio en que aquella se aplique.

Dichos argumentos, sin embargo, no nos parecen concluyentes, especialmente tratándose de disposiciones legales que inciden negativamente en los derechos fundamentales de los adolescentes a quienes se les aplica el régimen de responsabilidad penal juvenil. Para fundamentar nuestra posición, podemos recurrir tanto al texto expreso de la Constitución Política de la República como a algunos de los principios que fluyen de su articulado o que encuentran reconocimiento en el sistema internacional de los derechos humanos de la infancia.

Por una parte, de acuerdo con el artículo 19 número 3 inciso octavo de la Constitución Política de la República, para aplicar retroactivamente una ley penal más favorable basta con que ella haya sido promulgada, no exigiéndose que la ley en cuestión se encuentre vigente. En la misma línea se pronuncia la doctrina mayoritaria[87], que basa su postura, fundamentalmente, en el hecho de que el artículo 18 del Código Penal, para efectos de una aplicación retroactiva de la ley penal más favorable, sólo impone que dicha ley esté promulgada y no que esté vigente.

Por otra parte, no resulta equivalente establecer un sistema de *vacatio legis* de disposiciones procesales, como fue el caso de la Reforma Procesal Penal, que disponer una aplicación diferida de normas sustantivas, por cuanto, tratándose de esta última, existe una regulación constitucional que obliga a la aplicación retroactiva de las leyes penales favorables, la cual no puede ser dejada sin efecto por una norma de inferior jerarquía.

Adicionalmente, si se concluye que las reformas introducidas por la Ley Nº 21.527 a la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente son más favorables, no aplicarlas a ciertas zonas geográficas y sí a otras provocaría un trato desigual[88] de los jóvenes infractores, cuyo destino dependería de una cuestión absolutamente contingente, a saber, si se encontraba vigente la reforma aludida en la región donde se perpetró el hecho.

A mayor abundamiento, insistir en una aplicación diferida podría llevar a plantear una eventual diferencia arbitraria[89] –esto es, una distinción carente de ra-

[86] Oliver (2007) p. 33. Véase, igualmente, Bascuñán (2001) pp. 20-21, refiriendo los inconvenientes que surgirían si, antes de terminado un periodo de vacancia, la ley fuese objeto de derogación, riesgo que en el caso que analizamos parece remoto.

[87] Cury (2011) p. 230; Etcheberry (2010) p. 144; Matus (2012) p. 102.

[88] En términos constitucionales, ello implicaría una afectación de la igualdad ante la ley, reconocida en el artículo 19 número 2 de la Constitución Política de la República. Véase, respecto de dicha garantía, por todos, Nogueira (2006) pp. 64-66.

[89] Véase, relacionando dicha idea con las nociones de no discriminación e igualdad, Díaz de Valdés (2014) p. 155.

zones sustantivas– respecto de aquellos adolescentes infractores que se ubican en las regiones donde la vigencia temporal de la ley en comento se encuentra más diferida.

Por último, los argumentos señalados *supra* no tienen el peso suficiente como para desatender al interés superior del adolescente, en tanto principio fundante del sistema internacional de los derechos humanos de la infancia.

En otro orden de cosas, podría discutirse si cabe una aplicación de la denominada *lex tertia* en un caso como el que analizamos. Entendemos por *lex tertia* el supuesto en el cual el tribunal, existiendo una sucesión de leyes penales en el tiempo, considera, simultáneamente, elementos favorables de dos estatutos jurídicos: uno que ha sido reformado y aquel que prevé dicha reforma[90]. Si bien la doctrina mayoritaria se opone a dicha alternativa[91], autores como Bascuñán, recientemente, la han defendido, indicando que, de acuerdo con la garantía de *lex praevia*[92], el juez debe aplicar lo favorable del estatuto reformado, estándole prohibido aplicar lo desfavorable del nuevo régimen[93]. Es cierto que el propio Bascuñán plantea que, para proceder de la manera indicada, la ley en cuestión debe estar vigente[94]; sin embargo, no advertimos impedimentos normativos y, especialmente, constitucionales, para sostener su procedencia incluso ante leyes favorables no vigentes que ya han sido promulgadas.

En principio, la posibilidad de aplicar la *lex tertia* no se planteará respecto del quebrantamiento propio, pues el nuevo estatuto es claramente más beneficioso que aquel todavía vigente, lo que llevaría a aplicar "en bloque" la nueva normativa. Por el contrario, el llamado quebrantamiento impropio se encontraría en una situación distinta, si se parte de la base de que varios de los supuestos en él regulados no tenían cobertura en el estatuto antiguo, lo que impediría hablar, con propiedad, de la existencia de una ley más favorable en ese específico supuesto. Así, por ejemplo, si un adolescente incurre en un quebrantamiento propio e impropio antes de la entrada en vigencia de la ley, pero después de su promulgación, podría aplicársele retroactivamente la nueva ley respecto del quebrantamiento propio, resultando dudoso si puede hacerse lo mismo respecto del quebrantamiento impropio.

Este último caso puede ilustrarse con el siguiente ejemplo: según el artículo 52 bis del nuevo estatuto, la renuencia reiterada del condenado a presentarse a la ejecución de la condena o su no concurrencia a las citaciones que se le comuniquen para la determinación del plan de intervención debe ser tratada como un quebrantamiento de condena. Según el régimen actualmente vigente, podría discutirse si dicha hipótesis constituye quebrantamiento, si se asume que no puede estimarse

[90] En ese sentido, por ejemplo, Couso (2011) p. 440.

[91] Etcheberry (2010) p. 144; Garrido (2018) pp. 110-111.

[92] Kindhäuser (2017) pp. 41-42; Rettig (2017) pp. 142 y ss.; Velásquez (2009) p. 183.

[93] Bascuñán (2019) pp. 195-196, indicando la manera de operativizar dichos postulados en la práctica.

[94] Bascuñán (2019) p. 176.

como tal un suceso que ocurre antes de que comience a cumplirse la condena[95]. De aplicarse esta postura, el estatuto actual sería más favorable que el previsto en la reforma, de modo que, frente a un caso en que se atribuya a un adolescente esta modalidad de quebrantamiento impropio, además de un quebrantamiento propio (*v.gr.*, porque tiene dos penas que cumplir), se verificaría el supuesto de aplicación de la *lex tertia* antes referido.

Pues bien, si consideramos en dicho contexto lo planteado *supra*, el Juzgado de Garantía, actuando como tribunal de ejecución, debería aplicar lo favorable del nuevo estatuto sobre quebrantamiento propio; mientras que, tratándose del quebrantamiento impropio, en el evento de que el adolescente estime que el nuevo estatuto le resulta desfavorable en comparación con el régimen vigente al momento de la perpetración del hecho, podría solicitarle al juez referido que no le aplique el nuevo estatuto de quebrantamiento impropio, invocando como fundamento para ello la garantía de *lex praevia*.

VII. CONCLUSIONES

El quebrantamiento de condena de adolescentes se encuentra regulado como un sistema de sanciones de refuerzo, cuyo fundamento es la (correcta) "administración de justicia". Esta puede identificarse, entre otras cosas, con el hecho de que las sanciones penales impuestas a través de una sentencia firme sean efectivamente cumplidas por quienes corresponda.

En términos legales, el quebrantamiento "propio" supone que el adolescente no dé cumplimiento en forma grave o reiterada a alguna de las penas impuestas en virtud de la ley, circunstancia que habilita al tribunal a aplicar algunas de las sanciones (más graves) que la misma ley indica. Por ende, ellas no proceden en caso de meros incumplimientos o de quebrantamientos no graves. El quebrantamiento, además, debe concebirse como un hecho del adolescente y, como tal, imputable a su conducta objetiva y subjetivamente.

Tratándose del primer supuesto de quebrantamiento "impropio", aplicable si se cometen uno o más simples delitos de menor gravedad que el que fundó la condena inicial, dicha gravedad debe analizarse en concreto, en atención a los fines y principios del sistema de responsabilidad penal juvenil. Tal supuesto no procede si se perpetra un crimen, pero podría considerarse en hipótesis de faltas, en virtud de una aplicación analógica *in bonam partem*. Además, el número de hechos adicionales ha de tenerse en cuenta al momento de establecer la consecuencia jurídica del quebrantamiento.

El segundo caso de quebrantamiento "impropio", aplicable frente a una renuencia reiterada del adolescente, supone una conducta, repetida y sostenida en el

[95] Así, Corte de Apelaciones de Puerto Montt, 18/12/2018. En el mismo sentido, Corte de Apelaciones de Puerto Montt, 28/10/2016, destacando que el juez puede decretar el quebrantamiento, en la medida en que el hecho que da lugar al mismo ocurra durante la ejecución de la pena.

tiempo, así como refractaria a la ejecución de la condena o a la presentación a las citaciones relativas a la determinación del plan de intervención.

El quebrantamiento de la medida de internación en régimen cerrado sigue sin tener una consecuencia asociada, no pudiendo aplicarse las reglas del quebrantamiento de condena de adultos, atendida la existencia de un sistema especial para menores de dieciocho años.

La imposición conjunta de una sanción de refuerzo por el quebrantamiento de condena y de una pena por el delito de desacato envuelve una infracción al principio *non bis in idem*; mientras que, la aplicación de alguna de las medidas accesorias a las sanciones para casos de violencia intrafamiliar sólo procederá según criterios de estricta necesidad y proporcionalidad[96]. Por razones similares, no cabe aplicar a un adolescente la regla de quebrantamiento del artículo 16 inciso tercero de la Ley Nº 19.327, sobre violencia en espectáculos de futbol profesional; ni la del artículo 209 inciso primero de la Ley de Tránsito.

Si bien el juez cuenta con facultades discrecionales a la hora de establecer medidas de refuerzo frente al quebrantamiento de ciertas sanciones, él debe tener en cuenta diversos criterios, entre los que destaca la naturaleza del incumplimiento y su persistencia.

Por último, a pesar de la vacancia legal que prevé expresamente la Ley Nº 21.527, es posible que esta se aplique a hechos ocurridos antes de su promulgación, o bien, entre su promulgación y entrada en vigencia, sobre la base de lo dispuesto en el artículo 19 número 3 inciso octavo de la Constitución Política de la República, en relación con el artículo 18 del Código Penal. Además, existen hipótesis en que podría tener aplicación la denominada *lex tertia*, por ejemplo, si un mismo adolescente incurre en un quebrantamiento propio y en uno impropio, siempre que en este último el nuevo estatuto sea más desfavorable que el previo a la Ley Nº 21.527.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

Aguirrezabal, Maite, Lagos, Gladys y Vargas, Tatiana (2009): "Responsabilidad penal juvenil: hacia una 'justicia individualizada'", *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. 22, Nº 2: pp. 137-159.

Aldunate, Enrique (2020): "Sobre la circunstancia agravante de reincidencia", en González, Manuel Ángel (coord.), *Circunstancias atenuantes y agravantes en el Código Penal chileno* (Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago) pp. 303-341.

Alexy, Robert (2011): "Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad", *Revista Española de Derecho Constitucional*, Nº 91: pp. 11-29.

Altava, Manuel-Guillermo (2002): "El interés del menor en el proceso penal de menores y jóvenes", en González, José Luis, Tamarit, Josep y Gómez, Juan Luis (coords.), *Justicia*

[96] Véase, a propósito de la aplicación del principio "de proporcionalidad con la infracción y con las circunstancias del niño", Berríos (2022) p. 93.

Penal de Menores y Jóvenes (Análisis sustantivo y procesal de la nueva regulación) (Valencia, Tirant lo blanch) pp. 347-379.

Alvarado, Agustina (2022): "Principio de especialidad en el proceso de determinación de la sanción penal juvenil. Análisis dogmático y crítico", en Oliver, Guillermo (dir.), *Problemas actuales de determinación de la pena en el Derecho penal chileno* (Valencia, Tirant lo blanch) pp. 283-333.

Bascuñán, Antonio (2001): "¿Aplicación de leyes penales que carecen de vigencia?", *Revista del Abogado*, Nº 22: pp. 18-21.

Bascuñán, Antonio (2019): "La formación de *lex tertia*: una defensa diferenciada", *Revista Política Criminal*, vol. 14, Nº 27: pp. 173-201.

Bascuñán, Antonio (2022): "El legislador como destinatario del principio de *lex mitior*", *Revista de Estudios de la Justicia*, Nº 36: pp. 1-52.

Berríos, Gonzalo (2019): "El derecho del adolescente a ser escuchado en la audiencia de quebrantamiento de condena", *Revista de Ciencias Penales*, Sexta Época, vol. 46: pp. 199-206.

Berríos, Gonzalo (2022): "El Quebrantamiento de condena en la Ley de Responsabilidad Penal del Adolescente", *Revista Política Criminal*, vol. 17, Nº 33: pp. 86-109.

Bustos, Juan (2007): *Derecho penal del niño-adolescente* (Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago).

Castro, Álvaro (2021): "La especialidad en la ejecución de la sanción privativa de libertad juvenil: análisis desde el derecho internacional de los derechos humanos y la doctrina", *Derecho PUCP*, Nº 86: pp. 251-289.

Castro, Álvaro (2023): "Comisiones interinstitucionales de supervisión de los centros cerrados juveniles en Chile: análisis crítico a la luz del derecho internacional de los derechos humanos y la doctrina", en Oliver, Guillermo, Mayer, Laura y Vera, Jaime (edits.), *Un derecho penal centrado en la persona. Libro Homenaje al profesor Luis Rodríguez Collao*, Tomo II (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) pp. 1203-1224.

Cillero, Miguel (2008): "Consideraciones para la aplicación del criterio de idoneidad en la determinación de las sanciones en el derecho penal de adolescentes chileno", *Documento de Trabajo Nº 13*, *Unidad de Defensa Penal Juvenil*: pp. 1-37. Disponible en: https://biblio.dpp.cl/contenido/5281%20. Fecha de consulta: 01/03/2024.

Cillero, Miguel (2011): "Título IV: De las penas en que incurren los que quebrantan las sentencias y los que durante una condena delinquen de nuevo", en Couso, Jaime y Hernández, Héctor (dirs.), *Código Penal Comentado*, *Parte General*, *Doctrina y Jurisprudencia* (Santiago, Abeledo Perrot – Legal Publishing) pp. 702-709.

Comité de los Derechos del Niño (2017): "Observación general núm. 20 (2016) sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia", pp. 1-23. Disponible en: https://digitallibrary.un.org/record/855544?ln=es. Fecha de consulta: 01/03/2024.

Couso, Jaime (2007): "Principio educativo y (re)socialización en el derecho penal juvenil", *Justicia y Derechos del Niño*, Nº 9: pp. 219-231.

Couso, Jaime (2010): "Sustitución y remisión de sanciones penales de adolescentes. Criterios y límites para las decisiones en sede de control judicial de las sanciones". Disponible en: https://biblio.dpp.cl/datafiles/4275.pdf. Fecha de consulta: 08/08/2024.

Couso, Jaime (2011): "Artículo 18", en Couso, Jaime y Hernández, Héctor (dirs.), *Código Penal Comentado*, *Parte General*, *Doctrina y Jurisprudencia* (Santiago, Abeledo Perrot – Legal Publishing) pp. 423-444.

Couso, Jaime (2012): "Los adolescentes ante el derecho penal en Chile. Estándares de juzgamiento diferenciado en materia penal sustantiva", *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. 25, Nº 1: pp. 149-173.

Cury, Enrique (2011): *Derecho Penal*, *Parte General* (Santiago, Ediciones UC, décima edición).

Cury, Enrique (2020): *Derecho Penal*, *Parte General*, Tomo I (Santiago, Ediciones UC, undécima edición revisada, actualizada y con notas de Claudio Feller y María Elena Santibáñez).

De la Cuesta Arzamendi, José Luis (2000): "La ejecución de las medidas: Comentario a los arts. 43 a 53 (Disposiciones generales y reglas para la ejecución de las medidas) de la Ley Orgánica 5/2000, de responsabilidad penal del menor", *Eguzkilore*, Nº 14: pp. 47-86.

De la Mata Barranco, Norberto (2007): *El principio de proporcionalidad penal* (Valencia, Tirant lo Blanch).

Díaz de Valdés, José Manuel (2014): "La prohibición de una discriminación arbitraria entre privados", *Revista de Derecho (Valparaíso)*, vol. 42: pp. 149-186.

Diehl, Rodrigo, Carvalho, Rosane y Baracho, Bianca (2020): "La justicia restaurativa en el sistema penal juvenil: Las experiencias de Brasil y Chile", *Revista Direito em Debate*, año XXIX, Nº 53: pp. 221-232.

Duce, Mauricio (2009): "El derecho a un juzgamiento especializado de los jóvenes infractores en el derecho internacional de los derechos humanos y su impacto en el diseño del proceso penal juvenil", *Ius et Praxis*, vol. 15, Nº 1: pp. 73-120.

Estrada, Francisco (2011): "La sustitución de pena en el derecho penal juvenil chileno", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 38, Nº 2: pp. 545-572.

Etcheberry, Alfredo (2010): *Derecho Penal*, *Parte General*, Tomo I (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, reimpresión de la tercera edición).

Fernández, José Ángel (2010): "El juicio constitucional de proporcionalidad de las leyes penales: ¿la legitimación democrática como medio para mitigar su inherente irracionalidad?", *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, Año 17, Nº 1: pp. 51-99.

Figueroa, María del Carmen (2009): "Circular 1/2009, sobre la sustitución en el sistema de justicia juvenil de medidas no privativas de libertad por la de internamiento en centro semiabierto, en supuestos de quebrantamiento", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. 62: pp. 697-708.

Fuenzalida, Iván (2004): "Quebrantamiento de condena, ¿Tipo penal autónomo o simple infracción administrativa?", *Boletín del Ministerio Público*, Nº 21: pp. 172-177.

Garrido, Mario (2018): *Derecho Penal*, *Parte General*, Tomo I (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, reimpresión de la segunda edición).

Gauché, Ximena (2015): "Algunas reflexiones sobre la justicia penal adolescente en la Ley Nº 20.084 y la ejecución de sanciones privativas de libertad en Chile y Bío Bío, desde los estándares del derecho internacional de los derechos humanos en materia de infancia

y adolescencia", en Carrasco, Edison (coord.), *Libro Homenaje al Profesor Hernán Hormazábal Malarée* (Santiago, Librotecnia) pp. 679-700.

Hernández, Héctor (2007): "El nuevo Derecho penal de adolescentes y la necesaria revisión de su 'teoría del delito'", *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. 20, Nº 2: 195-217.

Hilgendorf, Eric (2009): "§ 47 Aussagedelikte, §§ 153 ff.", en *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, *Strafrecht Besonderer Teil*, *Lehrbuch* (Bielefeld, Gieseking, segunda edición) pp. 1157-1203.

Horvitz, María Inés (2006): "Determinación de las sanciones en la ley de responsabilidad penal juvenil y procedimiento aplicable", *Revista de Estudios de la Justicia*, Nº 7: pp. 97-119.

Kaspar, Johannes (2014): *Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht* (Baden-Baden, Nomos).

Kindhäuser, Urs (2017): *Strafrecht Allgemeiner Teil* (Baden-Baden, Nomos, octava edición).

Künsemüller, Carlos (2005): "La judicialización de la ejecución penal", *Revista de Derecho (Valparaíso)*, vol. 26: pp. 113-123.

Künsemüller, Carlos (2010): "Título IV: De las penas en que incurren los que quebrantan las sentencias y los que durante una condena delinquen de nuevo", en Politoff, Sergio y Ortiz, Luis (dirs.), *Texto y comentario del Código Penal Chileno*, Tomo I: Libro Primero – Parte General (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, reimpresión de la primera edición) pp. 421-432.

Labatut, Gustavo (1992): *Derecho Penal*, Tomo I (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, reimpresión de la novena edición actualizada por el profesor Julio Zenteno Vargas).

Langer, Máximo y Lillo, Ricardo (2014): "Reforma de la justicia penal juvenil y adolescentes privados de libertad en Chile: Aportes empíricos para el debate", *Revista Política Criminal*, vol. 9, Nº 18: pp. 713-738.

Maldonado, Francisco (2011): "Fundamentación y determinación de la pena en el derecho penal de adolescentes. A propósito del juicio seguido contra B. N. M. por delito de robo con intimidación (RUC 0900505404-1) en la V Región", *Ius et Praxis*, Año 17, Nº 2: pp. 505-536.

Maldonado, Francisco (2014): "Consideraciones acerca del contenido de especialidad que caracteriza a los sistemas penales de adolescentes", *Revista de Derecho*, *Escuela de Postgrado*, Nº 5: pp. 17-54.

Mañalich, Juan Pablo (2007): "La pena como retribución", *Estudios Públicos*, Nº 108: pp. 117-205.

Mañalich, Juan Pablo (2015): "La reiteración de hechos punibles como concurso real. Sobre la conmensurabilidad típica de los hechos concurrentes como criterio de determinación de la pena", *Revista Política Criminal*, vol. 10, Nº 20: pp. 498-527.

Matus, Jean Pierre (2012): *La ley penal y su interpretación* (Santiago, Editorial Metropolitana, segunda edición).

Medina, Gonzalo (2009): "Sobre la determinación de pena y el recurso de nulidad en la ley 20.084 sobre responsabilidad penal adolescente", *Revista de Estudios de la Justicia*, Nº 11: pp. 201-234.

Mir, Santiago (2016): *Derecho Penal*, *Parte General* (Barcelona, Reppertor, décima edición).

Navas, Iván (2022): *Lecciones de Derecho Penal Chileno*, *Parte General* (Valencia, Tirant lo Blanch).

Nogueira, Humberto (2006): "El derecho a la igualdad ante la ley, no discriminación y acciones positivas", *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, Año 3, Nº 2: pp. 61-100.

Novoa, Eduardo (2015): *Curso de Derecho Penal Chileno*, *Parte General*, Tomo I (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, reimpresión de la tercera edición).

Novoa, Eduardo (2019): *Curso de Derecho Penal Chileno*, *Parte General*, Tomo II (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, reimpresión de la tercera edición).

Núñez, Raúl y Vera, Jaime (2012): "Determinación judicial de la pena, motivación y su control en el Derecho penal de adolescentes chileno", *Revista Política Criminal*, vol. 7, Nº 13: pp. 168-208.

Oliver, Guillermo (2007): *Retroactividad e irretroactividad de las leyes penales* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

Oliver, Guillermo y Mayer, Laura (2022): "Problemas de determinación de la pena en el delito de manejo en estado de ebriedad con resultado de lesiones gravísimas o muerte", *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. 35, Nº 2: pp. 317-334.

Ortiz, Luis y Arévalo, Javier (2014): *Las consecuencias jurídicas del delito* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, reimpresión de la primera edición).

Politoff, Sergio, Matus, Jean Pierre y Ramírez, María Cecilia (2019): *Lecciones de Derecho Penal Chileno*, *Parte General* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, reimpresión de la segunda edición).

Rettig, Mauricio (2017): *Derecho Penal Parte General: Fundamentos*, Tomo I (Santiago, DER Ediciones).

Reyes, Mauricio (2019): *Responsabilidad penal adolescente* (Santiago, DER Ediciones).

Rivacoba, Manuel (2002): "La retribución penal", *Direito e Ciudadania*, Año 4, Nº 14: pp. 9-42.

Rodríguez, Luis (2012): "Los principios rectores del derecho penal y su proyección en el campo de las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal", *Revista de Derechos Fundamentales de la Universidad Viña del Mar*, Nº 8: pp. 145-172.

Rodríguez, Luis y Ossandón, Magdalena (2021): *Delitos contra la función pública* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, tercera edición).

Rojas, Luis Emilio (2022): "La estructura típica de los delitos de falso testimonio y perjurio", *Revista Política Criminal*, vol. 17, Nº 33: pp. 317-346.

Santibáñez, María Elena y Alarcón, Claudia (2009): "Análisis crítico de la aplicación práctica de la Ley de Responsabilidad Penal Juvenil y propuestas de mejoramiento", *Dirección de Asuntos Públicos (Pontificia Universidad Católica de Chile)*, Año 4, Nº 27: pp. 1-11.

Tamarit, Josep (2002): "Principios político-criminales y dogmáticos del sistema penal de menores", en González, José Luis, Tamarit, Josep y Gómez, Juan Luis (coords.), *Justicia penal de menores y jóvenes (Análisis sustantivo y procesal de la nueva regulación)* (Valencia, Tirant lo Blanch) pp. 13-46.

Valenzuela, Jonatan (2010): "La pena como penitencia secular: apuntes sobre el sentido de la ejecución de la pena", *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. 23, Nº 1: pp. 255-268.

van Weezel, Alex (2023): *Curso de Derecho Penal*, *Parte General* (Santiago, Ediciones UC).

Vargas, Tatiana (2013): *Manual de Derecho Penal Práctico* (Santiago, Thomson Reuters, tercera edición).

Velásquez, Fernando (2009): *Derecho Penal*, *Parte General*, Tomo I (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

Vera, Jaime (2012): "Las medidas de seguridad en la ley de responsabilidad penal adolescente (Un análisis de sus disposiciones desde la perspectiva de la peligrosidad criminal)", *Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Nº 12: pp. 57-102.

Vormbaum, Thomas (2017): "Neunter Abschnitt Falsche uneidliche Aussage und Meineid", en Kindhäuser, Urs, Neumann, Ulfrid y Paeffgen, Hans-Ullrich (edits.), *Nomos Kommentar*, *Strafgesetzbuch*, Tomo II (Baden-Baden, Nomos, quinta edición) pp. 1083-1184.

Wilenmann, Javier (2011): "La Administración de justicia como un bien jurídico", *Revista de Derecho (Valparaíso)*, vol. 36: pp. 531-573.

NORMAS E INSTRUMENTOS CITADOS

Chile, *Constitución Política de la República* (11/08/1980).

Chile, *Código Penal* (12/11/1874).

Chile, *Código Procesal Penal* (12/10/2000).

Chile, Ley Nº 18.290 (07/02/1984): *Ley de Tránsito*.

Chile, Ley Nº 19.327 (31/08/1994): *Fija normas para prevención y sanción de hechos de violencia en recintos deportivos con ocasión de espectáculos de futbol profesional*.

Chile, Ley Nº 20.066 (07/10/2005): *Establece ley de violencia intrafamiliar*.

Chile, Ley Nº 20.084 (07/12/2005): *Establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal*.

Chile, Ley Nº 21.527 (19/01/2023): *Crea el servicio nacional de reinserción social juvenil e introduce modificaciones a la Ley Nº 20.084, sobre responsabilidad penal de adolescentes, y a otras normas que indica*.

Chile, Ley Nº 21.675 (14/06/2024): *Estatuye medidas para prevenir, sancionar y erradicar la violencia en contra de las mujeres, en razón de su género*.

Convención sobre los derechos del niño (26/01/1990).

Naciones Unidas, Asamblea General: "Convención sobre los Derechos del Niño", Resolución 44/25 (20/11/1989).

JURISPRUDENCIA CITADA

Corte Suprema, 06/01/2010, rol 49-2010, amparo (Ministerio Público con J.A.P.H.), *Westlaw Chile*, cita online CL/JUR/105/2010. Fecha de consulta: 01/03/2024.

Corte Suprema, 12/05/2023, rol 80.647-2023 (causa reservada de acceso privado de los autores).

Corte de Apelaciones de Concepción, 30/08/2008, amparo (Luis Eduardo Troncos Matus con Erika Pezoa Gallegos), *Westlaw Chile*, cita online CL/JUR/3343/2008. Fecha de consulta: 01/03/2024.

Corte de Apelaciones de Concepción, 13/09/2010, amparo (David Orlando Baeza Rami con Ministros de la Corte de Apelaciones de Concepción), *Westlaw Chile*, cita online CL/JUR/12361/2010. Fecha de consulta: 01/03/2024.

Corte de Apelaciones de Puerto Montt, 28/10/2016, rol 85-2016, amparo.

Corte de Apelaciones de Puerto Montt, 29/03/2018, rol 32-2018, amparo.

Corte de Apelaciones de Puerto Montt, 18/12/2018, rol 849-2018, apelación.

Corte de Apelaciones de Santiago, 29/05/2017, apelación, *16° Informe sobre Jurisprudencia: La Ley Nº 20.084 de Responsabilidad Penal Adolescente*, pp. 72-73.

Corte de Apelaciones de San Miguel, 15/07/2016, rol 1.289-2016, apelación (Ministerio Público con H.A.G.M.), *Westlaw Chile*, cita online CL/JUR/9835/2016. Fecha de consulta: 01/03/2024.

Corte de Apelaciones de San Miguel, 05/06/2017, apelación, *16° Informe sobre Jurisprudencia: La Ley Nº 20.084 de Responsabilidad Penal Adolescente*, pp. 67-68.

Corte de Apelaciones de San Miguel, 09/08/2017, apelación, *16° Informe sobre Jurisprudencia: La Ley Nº 20.084 de Responsabilidad Penal Adolescente*, p. 68.

Corte de Apelaciones de San Miguel, 15/11/2017, apelación, *16° Informe sobre Jurisprudencia: La Ley Nº 20.084 de Responsabilidad Penal Adolescente*, pp. 68-69.

Revista Chilena de Derecho | Chilean Journal of Law | Vol. 51 Nº 3, pp. 163 - 195 [2024]
Recepción: 01/07/2024. Aceptación: 21/08/2024
DOI: 10.7764/R.513.6

ACTOS MÉDICOS Y CONTRATOS: LA ENCRUCIJADA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LAS COMPAÑÍAS DE SEGURO MÉDICO EN ESPAÑA

MEDICAL ACTS AND CONTRACTS: THE CROSSROADS OF CIVIL LIABILITY FOR HEALTHCARE COMPANIES IN SPAIN

Bernardo Arroyo Abad[1]

RESUMEN: Este artículo explora las complejidades del seguro de salud en España, enfocándose en las relaciones jurídicas dentro de un marco contractual. La ambigüedad en la calificación de las acciones fomenta la incertidumbre y falta de seguridad jurídica, bajo la apariencia de proteger al lesionado, simplificando las reclamaciones de indemnización cuando la responsabilidad entre la aseguradora y el médico no está clara. El estudio propone una perspectiva dual sobre la responsabilidad de la aseguradora: contractual y extracontractual, particularmente en actos médicos. Al enfatizar las responsabilidades individuales dentro de un marco contractual, se busca unificar el sistema sin obstaculizar los procesos legales ni las reclamaciones de los perjudicados. Se destaca la necesidad de un marco jurídico coherente que aborde la convergencia de responsabilidades, asegurando protección integral y mecanismos de compensación efectivos. Los hallazgos sugieren que un enfoque sistemático de la coligación contractual puede clarificar responsabilidades, promoviendo certeza jurídica y compensación eficiente.

Palabras clave: responsabilidad civil, médico, seguro, indemnización, contrato en beneficio de tercero.

ABSTRACT: This article examines the complexities of health insurance in Spain, focusing on the legal relationships within a contractual framework. The ambiguity in action classification fosters uncertainty and lack of legal certainty, under the guise of protecting the injured party, simplifying compensation claims when liability between the insurer and the physician is unclear. The study proposes a dual perspective on the insurer's liability: contractual and extra-contractual, particularly in medical acts. By emphasizing individual responsibilities within a contractual framework, the article aims to unify the system without hindering legal processes or claims by injured parties. It highlights the need for a coherent legal framework addressing the convergence of contractual and extra-contractual liabilities, ensuring comprehensive protection and effective compensation mechanisms for patients.

[1] Doctor en Derecho Universidad Complutense de Madrid. Profesor de Derecho Civil R.C.U. Escorial María Cristina, barroyo@rcumariacristina.com, dirección: Calle Playa Frexeira 6, CP 28400, Collado Villalba, Madrid, España. 0009-0000-7049-9917. El trabajo se enmarca en el Grupo de Investigación UCM 971680: "Derecho de daños. Derecho de la contratación."

The findings suggest that a systematic approach to contractual colligation can clarify responsibilities, promoting legal certainty and efficient compensation.

Keywords: civil liability, physician, insurance, compensation, third-party beneficiary contract.

I. LA PROBLEMÁTICA QUE ENCIERRA LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LAS COMPAÑÍAS DE SEGURO MÉDICO EN ESPAÑA

Una persona tenía un seguro de asistencia sanitaria con una compañía española. Fue ingresada en septiembre de 2021 en un centro hospitalario concertado por la aseguradora para atender a sus clientes. La paciente acudió con un fuerte dolor abdominal. Le realizaron tres citologías y una biopsia que concluyeron en un diagnóstico de "carcinoma urotelial in situ". Esto llevó a varias intervenciones quirúrgicas. La paciente recibió varios ciclos de quimioterapia. En 2023, tras pruebas adicionales, se le informó que se había cometido un error de diagnóstico. Lo que se creía que era un cáncer resultó ser endometriosis, una enfermedad que consiste en el crecimiento del endometrio fuera del útero. Casos como el planteado, donde un usuario de un seguro médico privado sufre daños por una acción u omisión de médicos o sanitarios concertados por la aseguradora, son comunes[2].

Cada vez es más frecuente que los ciudadanos contraten pólizas privadas de seguro médico en el tráfico jurídico y comercial actual[3]. Existen en el mercado español distintos tipos de pólizas sanitarias: así podemos citar los seguros de reembolso cuyo objeto no es otro que el reembolso de los gastos asistenciales, que es a lo único a lo que se compromete la aseguradora. Entre el médico y la aseguradora no existe ninguna relación jurídica que justifique su intervención. La clínica y, por derivación, el médico, es directamente contratada por el paciente, que asume también el compromiso de abono de todas aquellas actuaciones, tanto médicas como hospitalarias, en tanto estas no sean asumidas por la compañía aseguradora, sin que el posterior reembolso del gasto altere esta relación transformando la naturaleza jurídica del contrato. En este tipo de seguros no hay cuadro médico ni centros médicos, entendido como una relación de facultativos o centros concretos a los que necesariamente deba acudir el asegurado para que actúe la cobertura asegurada, y en los casos en los que la póliza haga referencia a médicos recomendados lo hace para señalar a aquellos médicos o centros que hacen algún descuento a la aseguradora de

[2] Entre otras: STS núm. 77/2023, STS 544/2021, STS núm. 503/2020, STS núm. 129/2015, SAP de Madrid núm. 52/2024, SAP de Baleares, núm. 105/2023.

[3] En el Anuario publicado por ICEA (Investigación Cooperativa entre Entidades Aseguradoras y Fondos de Pensiones) el 11 de mayo de 2023, se señala que entre diciembre de 2019 y diciembre de 2022 la cifra total de asegurados superó la cuarta parte de la población, el 25,32%, ascendiendo a algo más de 12 millones de personas, lo que supuso un crecimiento del 14% en número de usuarios en el citado periodo y un 20,5% en facturación, hasta superar los 10.334 millones de euros facturados por las 58 compañías que operan en el ramo español de salud, representando un 16% de los 64.673 millones de euros que ingresó el seguro español en 2022. ICEA (2023).

los gastos ocasionados hasta una cantidad o porcentaje del mismo, sin afrontar las franquicias, lo que permite garantizar la prestación de cualquier médico en cualquier parte del mundo (seguro de cobertura internacional)[4]. También existen los seguros de subsidios, que indemnizan al asegurado con una cantidad alzada, en el caso de que deba coger una baja laboral por enfermedad, hospitalización, o alguna otra causa relacionada con la salud, en la forma y plazo que establezcan las condiciones particulares de la póliza[5].

En el caso objeto de análisis, no nos interesan estos seguros sino los de prestación de servicios (asistencia sanitaria o cuadro médico). El contrato de seguro de asistencia sanitaria exige la previa concertación entre la entidad aseguradora y cada uno de los médicos y centros hospitalarios que forman su cuadro médico, lo cual se produce por medio de un contrato de arrendamiento de servicios entre los codemandados, estableciéndose así una relación de dependencia cuando menos económica y funcional[6]. La prestación a que se compromete la aseguradora no es la entrega de una suma de dinero (obligación de dar) sino la asistencia sanitaria en sentido estricto (obligación de hacer), y su existencia no puede inferirse de la mera existencia del aseguramiento, sino que, por lo general, para estimarla existente, la jurisprudencia se funda en la interpretación de la póliza del seguro que se atribuye a los tribunales en primera y segunda instancia[7].

Es elemento caracterizador del mercado del seguro privado de salud la desvinculación existente entre la prestación de servicios sanitarios y su financiación, de forma que el que presta el servicio no recibe remuneración del beneficiario sino de la aseguradora[8]. El beneficiario o paciente se limita a abonar la prima de la póliza contratada y es la entidad de seguro la que establece la estructura organizativa que financia, pone a disposición del asegurado los servicios del médico u hospital y fija el importe de la prima de acuerdo con parámetros estadísticos y técnicas actuariales y comerciales. El problema de la asegurabilidad de la prestación sanitaria, la naturaleza jurídica de la responsabilidad de la compañía, el esquema de provisión de servicios a través del seguro, la naturaleza jurídica de la responsabilidad del facultativo o centro médico incluido en los cuadros médicos de las aseguradoras, las vías de acción del perjudicado o la legitimación pasiva de los diversos intervinientes en el proceso asistencial, son algunos de los temas jurídicos que plantea la prestación de servicios sanitarios en el ámbito del seguro privado, que entrañan indudable complejidad y presentan un difícil encaje en los esquemas jurídicos actuales.

Aspectos tales como el tratamiento de la responsabilidad contractual y extracontractual, o la diferenciación entre la responsabilidad proveniente de hecho propio o ajeno, supone muchas veces espacios contradictorios en los que la juris-

[4] STS 36/2017.

[5] Póliza FIATC de Seguro Subsidio Enfermedad y Accidente (2024).

[6] STS núm. 527/2004, FD 4; SAP de Baleares, núm. 105/2023, FD 3.

[7] STS 36/2017, FD. 2.

[8] Martín, Ribot y Solé (2006) pp. 5-15.

prudencia española ha fomentado una convivencia, sin duda forzada, con la justificación de satisfacer la exigencia social de que todo daño que sufra el ciudadano a las resultas de una actuación médica debe ser indemnizado. La justificación jurídica que se da a esa forma de actuar es que se afectan derechos absolutos del paciente, cuales son la vida o la integridad física, que justifican la relativización o relajación de los conceptos[9].

En principio no ofrece duda que la relación existente entre el paciente y la compañía es contractual a las resultas de la póliza de salud suscrita por ambas partes. Lo que ofrece más sombras es la naturaleza de la relación que une a paciente y sanitario que no suscribió dicho contrato, pero que le atiende en ejecución de este, y el impacto que tiene dicha relación en la responsabilidad de la compañía frente al asegurado. Se trata, en definitiv¡responder a preguntas elementales que se hace cualquier abogado al redactar una demanda de responsabilidad civil: ¿Quién responde? y ¿de qué responde?

Cuando la jurisprudencia española no delimita claramente la responsabilidad de los agentes concurrentes en la producción del daño, recurre a la "solidaridad impropia". La doctrina reconoce, junto a la "solidaridad propia" regulada en los arts. 1137 y ss. del Código Civil (en adelante, CC), otra modalidad de solidaridad: la "impropia" (u obligaciones *in solidum*). Esta modalidad surge de la naturaleza del ilícito culposo y de la pluralidad de sujetos responsables debido a diversos vínculos[10]. No es tanto porque todos hayan concurrido en la producción del daño[11], sino por la imposibilidad de determinar cuotas o grados de participación en el mismo[12]. La solidaridad nace de la sentencia *ex post facto*[13], sin perjuicio del derecho de repetición en el ámbito interno de la solidaridad[14].

Pero la problemática es previa y afecta no al reparto de culpas, sino a la configuración de la acción en la demanda. De esta configuración depende que el agente sea traído correctamente al proceso en virtud del vínculo jurídico correspondiente, en aras de los principios de certidumbre y seguridad jurídica. Es un tema de especial impacto, toda vez que se ven involucrados derechos de la personalidad como son la vida y la integridad física y psíquica de las personas. Es precisamente en este punto, en el que la doctrina jurisprudencial española habla de "supuestos fronterizos"[15] o "zonas grises"[16], refiriéndose a aquellas controversias en las que no es fácil ver si el daño es consecuencia de un incumplimiento contractual, o el contrato es sólo mero antecedente causal de un daño que escapa a la órbita de lo pactado.

[9] Asúa (2008) p. 974.
[10] Ataz (2001) pp. 41-68.
[11] Sánchez (2004) p. 2449.
[12] Reglero (2008) pp. 181-184. STS núm. 77/2023, FD 4; SAP de Madrid núm. 52/2024, FD. 3.
[13] STS núm. 545/2011, FD. 11.
[14] STS núm. 129/2015, FD 2.
[15] Yzquierdo (2004) p. 25.
[16] Domínguez (2007) pp. 78 y ss.; Yzquierdo (2004) p. 25; García (1962) p. 833.

En el caso analizado, es importante diferenciar entre un error de diagnóstico exclusivo del facultativo y otros factores como mal funcionamiento del equipo o insuficiencia de personal. También, distinguir entre mala praxis del médico y otras causas como condiciones de esterilización o incidencias en el transporte sanitario. Esto plantea interrogantes sobre la responsabilidad de la compañía sanitaria y de los diversos intervinientes (centros hospitalarios, médicos, enfermeras, anestesistas) que no han firmado contrato con la víctima. ¿Pueden coexistir ambos sistemas de responsabilidad (contractual y extracontractual) en una única pretensión?

La calificación de la responsabilidad como contractual o extracontractual parece relevante si atendemos a cuestiones tan significativas como el plazo de prescripción de acciones que van a encarnar la pretensión indemnizatoria (la acción de responsabilidad civil contractual está sujeta a un plazo de prescripción de 5 años mientras que la extracontractual a un plazo de 1 año según preceptúan respectivamente los arts. 1964 y 1968 CC), la responsabilidad de los dependientes o el mayor a menor alcance de los daños resarcibles[17].

Las soluciones que se han venido aportando por los tribunales españoles han sido contradictorias. Así, encontramos resoluciones en las que el Tribunal Supremo ha aceptado con carácter general la responsabilidad contractual de la entidad de seguro bajo parámetros de responsabilidad objetiva[18], pero también hay fallos que aceptan la responsabilidad de la compañía como extracontractual por hecho ajeno con culpa presunta con base en el art. 1903 del CC[19]. Incluso se ha llegado a plantear que lo esencial es la protección del paciente frente al daño, más allá de la calificación de la acción que reconduce la pretensión indemnizatoria y, por ende, más allá de la naturaleza de la relación jurídica que une a agente y víctima en la prestación sanitaria[20].

II. EL ALCANCE CONTRACTUAL DE LA PRESTACIÓN SANITARIA DE LAS COMPAÑÍAS DE SEGURO MÉDICO ESPAÑOLAS

La Constitución Española otorga a los poderes públicos en su art. 43[21], la responsabilidad de organizar el sistema de salud. En este marco, y respetando el derecho a la libertad de empresa, dichos poderes pueden colaborar con entidades privadas para ofrecer servicios médicos y quirúrgicos. Esta colaboración es viable siempre que la actividad de la entidad privada sea de naturaleza aseguradora y se realice con recursos propios.

[17] García (2010) pp. 31-32; Asúa (2008) p. 974.

[18] STS núm. 527/2004, FD. 4.

[19] SAP de Baleares, núm. 105/2023, FD. 3; SAP de Madrid, núm. 119/2018, FD 2.

[20] Díaz-Regañón (2006) pp. 119-160.

[21] Art. 43 CE: "Se reconoce el derecho a la protección de la salud. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios".

El art. 105 de la Ley del Contrato de Seguro (en adelante, LCS), enmarcado dentro de la Sección titulada "Seguros de enfermedad y asistencia sanitaria", establece:

> Cuando el riesgo asegurado sea la enfermedad, el asegurador podrá obligarse, dentro de los límites de la póliza, en caso de siniestro, al pago de ciertas sumas y de los gastos de asistencia médica y farmacéutica. Si el asegurador asume directamente la prestación de los servicios médicos y quirúrgicos, la realización de tales servicios se efectuará dentro de los límites y condiciones que las disposiciones reglamentarias determinan.

La primera parte del artículo se refiere a los seguros de reembolso que no implican el desarrollo de asistencia sanitaria bajo el paraguas del seguro, solo de la obligación de reintegrar gastos médicos o farmacéuticos realizados por el asegurado, dentro de los límites de la póliza.

Cosa distinta es cuando el precepto habla de la asunción directa por la compañía de seguros de servicios médicos y quirúrgicos. Lo que debe entenderse por asumir directamente la asistencia, es cuestión indudablemente controvertida. Resulta particularmente interesante la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2018[22], que establece los términos del debate: se trata de discernir

> si el objeto del seguro de asistencia sanitaria se extiende a asegurar el daño cuya causa es la mala práctica profesional médica o si esa asunción directa del servicio, a que se refiere el art. 105 de la LCS se limita a la actividad de organización, financiación y provisión, pero no al acto médico, cumpliendo la aseguradora con contratar a profesionales con la titulación y conocimientos necesarios para el ejercicio de la profesión médico sanitaria, y poner a cargo de estos profesionales la salud del paciente, y todo ello en atención a la forma en que se prestan estos servicios sanitarios, y el control que sobre los mismos tiene la aseguradora, teniendo en cuenta que el art. 105 de la LCS establece como característica del seguro de asistencia sanitaria, frente al seguro de enfermedad o de reembolso, la circunstancia de que el asegurador asume directamente la prestación de servicios médicos y quirúrgicos[23].

La falta de claridad legal ya se puso de manifiesto en la SSTS de 16 de enero de 2012[24] y 4 de junio de 2009[25], en las que se demandaba una mejor delimitación de los arts. 105 y 106 de la LCS para poder establecer el alcance real de las obligaciones de las partes y su posición frente a los errores médicos y hospitalarios. En ausencia de esta claridad, el Tribunal Supremo ha ido conformando toda una doctrina[26] sobre el contenido y alcance del término "asunción de la asistencia sanitaria" por las compañías aseguradoras, en términos de responsabilidad, con ocasión de la

[22] STS núm. 64/2018.
[23] STS núm. 64/2018, FD. 2.
[24] STS 948/2011, FD. 5.
[25] STS 438/2009, FD. 1.
[26] STS 544/2021, FD3; STS núm. 64/2018, FD. 2; STS 948/2011, FD: 5; STS 438/2009, FD: 1; SAP de Asturias núm. 282/2015, FD. 5.

defectuosa ejecución de las prestaciones sanitarias por los centros o profesionales contratados como auxiliares en el ámbito de la prestación contractualmente convenida. Todo ello, cuando "la garantía y calidad de los servicios mediante sus cuadros médicos se oferta como instrumento de captación de la clientela bajo la apariencia y la garantía de un servicio sanitario atendido por la propia entidad"[27].

Cuando se dice que la aseguradora de servicios sanitarios no es una mera "oferente de cuadros médicos y hospitalarios"[28], se ignora de forma inexplicable el alcance de la responsabilidad que establece el art. 148 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios (en adelante, TRLCU)[29] (antiguo art. 28 de la Ley 26/1984, de 19 de julio), que ha de interpretarse en consonancia con la normativa orgánica del seguro, que también es ignorada a pesar de su carácter imperativo. En concreto, el art. 5 de la Ley 20/2015, de 14 de julio, sobre ordenación, supervisión y solvencia de entidades aseguradoras y reaseguradoras (en adelante, LOSSP), prohíbe a las aseguradoras privadas ofrecer garantías que no estén directamente relacionadas con su actividad aseguradora y mucho menos asumir directamente prestación sanitaria alguna[30].

El meritado art. bajo el título de "operaciones prohibidas a las entidades aseguradoras", dispone la siguiente redacción bajo sanción de nulidad: se prohíben "las que carezcan de base técnica actuarial y cualquier otra actividad comercial y la prestación de garantías distintas de las propias de la actividad aseguradora".

El art. 148 del TRLCU establece un estándar de responsabilidad objetiva al disponer, por un lado, que los prestadores de servicios médicos responderán "por los daños originados durante el correcto uso" de tales servicios, lo que supone que, exclusivamente, la culpa de la víctima, la fuerza mayor y la intervención de un tercero son causas de exoneración de la responsabilidad del prestador[31], especialmente cuando se requiere un nivel específico de eficacia o seguridad, y por otro, que esta responsabilidad incluye la "implementación de controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad hasta que el servicio llegue en condiciones adecuadas al consumidor", además de incluirse un límite indemnizatorio de 3.005.060,52 euros.

El alcance del precitado precepto fue tratado en la paradigmática STS de 1 de julio de 1997[32], cuya doctrina se ha mantenido vigente[33], interpretando el art. en relación con los arts. 11.1 TRLCU y 27 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, que regula las garantías de seguridad en el Sistema Nacional de Salud, aplicable tanto a servicios privados como públicos. Dichos preceptos establecen que los bienes o servi-

[27] STS núm. 64/2018, FD 2. SAP de Asturias núm. 282/201, FD. 5.

[28] STS 544/2021, FD. 3.

[29] Real Decreto Legislativo 1/2007.

[30] Arroyo (2016) p. 275.

[31] Infante (2022) p. 2187; Yzquierdo (2020) pp. 235-248.

[32] STS núm. 604/1997, FD. 4.

[33] Por todas: SAP de Madrid núm. 374/2023, FD. 3; STS núm. 446/2019, FD. 2; STS núm. 340/2011, FD. 3; STS núm. 694/2010, FD. 2; STS 438/2009, FD. 1; STS núm. 1377/2007, FD. 8.

cios ofrecidos en el mercado deben ser seguros. Y esa seguridad se alcanza cuando el prestador de servicios sanitarios cumple determinadas condiciones objetivas, mensurables y que, objetivamente, determinan niveles de eficacia, seguridad y controles de calidad de carácter imperativo, sean estos técnicos, profesionales o sistemáticos[34].

Hay autores que cuestionan que el art. 148 TRLCU represente un verdadero sistema de responsabilidad. Se arguye que el precepto no delimita convenientemente el ámbito de imputación de responsabilidad, las reglas sobre distribución de carga probatoria y las causas de exoneración[35]. Al respecto, cabe objetar que, aunque el concepto de riesgo no es unitario y es graduable, las reglas expresadas en los tópicos de causalidad e imputación objetiva indican que el servicio es defectuoso cuando no ofrece la seguridad que legítimamente cabe esperar y afecta a la salud o seguridad de las personas[36]. Ahora, no es una responsabilidad automática, sino que el perjudicado debe demostrar que el servicio desarrollado no es un seguro, demostrando la existencia de un nexo causal entre la prestación del servicio sanitario y el resultado dañoso[37].

Es un criterio consolidado en la jurisprudencia sobre la responsabilidad por los servicios sanitarios, que la responsabilidad objetiva recae sobre los aspectos funcionales de los servicios, entendiéndose por ellos los organizativos o prestacionales, pero no alcanza a los daños imputables a los médicos y profesionales sanitarios de los que se sirve la compañía como auxiliares para prestar asistencia sanitaria[38]. La responsabilidad del médico o profesional sanitario es subjetiva[39], y su diligencia debe valorarse en atención a la *lex artis*[40]. El Tribunal Supremo ha negado que la expresión "servicios sanitarios" sea equiparable al acto médico, ya que los factores de atribución son diversos (responsabilidad objetiva y culpa)[41].

El principio culpabilístico en torno al que se articulan, tanto la responsabilidad contractual como la extracontractual,

> no se opone […] a un criterio de imputación que se basa en la falta de diligencia o de medidas de prevención o precaución que, al hilo de la normativa específica de protección de los consumidores, debe entenderse ínsita objetivamente en el funcionamiento de un servicio […] cuando éste se produce de forma diferente a lo que hay derecho y cabe esperar de él, en tanto no concurran circunstancias exógenas aptas para destruir este criterio de imputación antepo-

[34] Infante (2022) p. 2190. STS núm. 446/2019, FD 2; STS núm. 1377/2007, FD 8. En el mismo sentido se manifiestan SSTS de 17 de noviembre de 2004, 26 de marzo de 2004 y 5 de febrero de 2001, entre otras.

[35] Pertíñez (2011) p. 1907.

[36] Infante (2022) p. 2191.

[37] Yzquierdo (2020) p. 272, Reglero (2008) pp. 292-294; STS núm. 171/2020, FD 3.

[38] Parra (2011) p. 261; STS 488/2012, FD. 2; STS 438/2009, FD. 1.

[39] Galán (2022) p. 239 y 240. Cita la resolución de la Corte de casación italiana (Sección tercera), de 9 de octubre de 2012: "no cabe exigir responsabilidad objetiva del médico"; STS núm. 1377/2007, FD. 8.

[40] STS núm. 1216/2007, FD. 4.

[41] Seijas (2015) pp. 322-325; STS núm. 171/2020, FD 2.

> niendo […] las legítimas expectativas de seguridad del servicio a la valoración de la conducta del empresario[42],

pero el ámbito de responsabilidad que le es propio a la compañía es la supervisión, el control o la provisión de servicios sanitarios seguros y garantizados.

No puede responsabilizarse contractualmente del acto médico porque este no constituye acto propio de la compañía, ni puede serlo porque se lo prohíbe su normativa orgánica. La compañía no puede otorgar garantías distintas de las propias de la actividad aseguradora. En todo caso, de responsabilizarse, lo haría de un acto ajeno que tendría su marco normativo en el art. 1903.4 CC (extracontractual por hecho ajeno).

A mi juicio, el art. 148 TRLCU permite cohonestar los arts. 105 LCS y 5 LOSSP. No es que las compañías de asistencia sanitaria no garanticen la prestación que proveen en el ámbito del contrato, claro que lo hacen, pero en los términos que establece el TRLCU (responsabilidad objetiva por la organización, supervisión y provisión al asegurado de servicios sanitarios seguros y eficaces)[43], que, como hemos dicho, excluye al acto médico en sentido estricto, sometido a normas de reproche culpabilístico[44] por vulneración de la *lex artis.*

La actividad médica y la actividad aseguradora son distintas y se rigen por criterios diferentes, lo que no obsta para que la compañía se constituya en garante última de la calidad, seguridad y correcta prestación del servicio, de ahí el corte objetivo de su responsabilidad que se sustenta en un deber jurídico[45]: si un paciente sufre daños (que involucran derechos fundamentales como la salud, la integridad física y psíquica o la vida), en el correcto uso de los servicios acordados en la póliza, la compañía sanitaria debe asumir la responsabilidad[46] porque tiene una obligación contractual de actuar diligentemente tanto en la selección y supervisión de los profesionales que integran sus cuadros médicos, como en el suministro e inspección de las instalaciones, equipos o material quirúrgico que se utilizará en la asistencia contratada por el asegurado.

Sin embargo, no se le puede atribuir responsabilidad contractual por errores médicos en sentido estricto, tales como un diagnóstico erróneo, una intervención quirúrgica dañina, una prescripción inapropiada de medicamentos, porque, en definitiva, todas versan sobre la sujeción del médico en su desempeño profesional a la *lex artis*, que sólo a él es exigible como hecho propio ex art. 1101 o 1902 CC[47] (en virtud de que exista o no vínculo contractual entre el médico y el paciente). El acto médico es ajeno a la competencia o hecho que como propio, le es reconocido a las

[42] Parra (2008) pp. 510-511.

[43] Seijas (2015) pp. 241 y 242; Beladíez (1997) p. 103.

[44] Pérez (2021) pp. 161y 162; Elizari (2021) p. 161; Seijas (2015) pp. 322-325 y 334-339.

[45] Díez y Gullón (2012) pp. 119-120.

[46] Díaz-regañón (2006) pp. 86 ss.

[47] Código Civil (1889): art. 1902 CC; STS 204/2024, FD. 1.

compañías de asistencia sanitaria legalmente: la organización, supervisión y provisión de servicios sanitarios seguros y eficaces (art. 148 TRLCU). Ello no significa que no se pueda responsabilizar a la compañía por dicho acto. Pero no ex art. 148 TRLCU, ni en el ámbito del contrato de seguro sanitario, sino ex art. 1903.4 CC, es decir, en ámbito de responsabilidad extracontractual por hecho ajeno[48] (en el que opera no la responsabilidad objetiva, sino la culpa presunta)[49].

Dispone el art. 1903 CC, en su párrafo cuarto, que tienen obligación de responder los "dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el ejercicio de los ramos en los que estuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones". La necesaria prueba de la dependencia del sanitario de la compañía sanitaria no precisa de un vínculo laboral, sino que basta con que el profesional esté dentro de la órbita o estructura organizativa de la entidad aseguradora[50]. Es decir, ha de ser funcional, independientemente de la naturaleza formal de la relación (ya sea laboral o civil)[51], y, además, debe apreciarse una conducta negligente por parte del personal contratado o sobre el que hay deber de vigilancia[52].

Es evidente que existe una falta de claridad en cuanto al contenido obligacional de la póliza de asistencia sanitaria para las compañías. Como consecuencia, se ha optado por una interpretación expansiva, lo que ha transformado a la póliza en un factor de atribución de responsabilidad civil. Esto garantiza que cualquier lesión que sufra el asegurado será indemnizada. Además, este enfoque ha impactado el plano procesal, dando lugar a teorías que relativizan las diferencias entre los sistemas de responsabilidad contractual y extracontractual. No obstante, cabe destacar que la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000[53] ha tenido un impacto significativo y progresivo sobre estas teorías[54], como veremos a continuación.

III. LA RELATIVIZACIÓN DE LAS DIFERENCIAS ENTRE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRACONTRACTUAL COMO GARANTÍA DEL DERECHO DEL PERJUDICADO A SER INDEMNIZADO POR DAÑO MÉDICO

Por lo que respecta a la determinación del objeto del proceso, se han distinguido tradicionalmente dos teorías: la teoría de la sustanciación y la teoría de la

[48] STS 129/2015, FD. 2.

[49] Yzquierdo (2020) pp. 314-316, Fernández (2016) p. 2298; Gómez (2008) pp. 1014-1024.

[50] Yzquierdo (2020) p. 361; Beladíez (1997) p. 103.

[51] SAP de Tarragona 132/2024, FD. 2.

[52] ATS de 24 de marzo de 2021, FD: 3.

[53] ESPAÑA: Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 de 7 de enero.

[54] Domínguez (2019) p. 53.

individualización. Ambas son objeto de análisis detallado en la STS de 28 de junio de 2010[55].

La teoría de la substanciación sostiene que la causa de pedir se basa en los hechos que fundamentan la pretensión del demandante. La demanda debe incluir una narración detallada de estos hechos, permitiendo al juez valorar adecuadamente la pretensión sin centrarse en la calificación jurídica que el demandante les dé. En cambio, la teoría de la individualización postula que la causa de pedir incluye tanto los hechos como la calificación jurídica que se les atribuye. Esto implica que la demanda debe especificar no solo los hechos sino también el derecho aplicable.

Frente a las dos posturas posibles, considero que el art. 218.1 LEC consagra de una manera clara la teoría de la individualización[56], lo que se confirma si se analiza la regla preclusiva que consagra el art. 400.1 LEC, que obliga a la parte actora a especificar en su escrito la concreta tutela procesal que solicita y la causa de pedirla, pudiendo en caso contrario incurrir en preclusión[57].

> No hay derecho que pueda reclamarse que no provenga de una situación jurídica en la que se haya intervenido y no hay relación jurídica que no dependa de hechos o actos. En este sentido, la *causa pretendi* de la pretensión o fundamento de la demanda es la razón de lo que en ella se pide y pasa necesariamente por la exposición de unos fundamentos jurídicos y fácticos[58].

Además, de ambos preceptos cabe extraer otra conclusión: el tribunal no puede cambiar el título jurídico esgrimido por las partes porque, en ese caso, incurriría en incongruencia[59]. Lo que sí puede hacer es aplicar las normas que conoce, aunque se hubieran alegado erróneamente por las partes, siempre que con ello no modifique el verdadero fundamento de la pretensión[60].

> Constituye doctrina reiterada del Tribunal Supremo que el requisito de la congruencia no impone sino una racional adecuación del fallo a las pretensiones de las partes, y a los hechos que las fundamentan, pero no una literal concordancia. Por ello, guardando el debido acatamiento al componente jurídico de la acción[61], y a la base fáctica aportada, le está permitido al órgano jurisdiccional establecer su juicio crítico de la manera que entienda más ajustada[62].

No obstante, en la realidad jurisprudencial anterior a la reforma de la LEC del 2000, encontramos resoluciones[63] cuya vía argumentativa se mantiene tras la

[55] STS núm. 411/2010, FD 4.
[56] Domínguez (2019) p. 53; De la Oliva (2005) pp. 52 y ss.
[57] Armenta (2021) p. 128.
[58] Cortés y Moreno (2021) p. 149.
[59] Cortés y Moreno (2021) pp. 158 y 159; González (2008) pp. 239-243.
[60] Domínguez (2019) pp. 52-54; STS núm. 288/2004, FD 1.
[61] STS de 11 de abril de 199, FD 3; en el mismo sentido, STS núm. 717/2024, FD 3.
[62] Domínguez (2019) p. 53.
[63] STS núm. 1109/1996, FD 2.

reforma en diversas resoluciones[64] que, con sustento en la teoría de la sustanciación, excepcionan la doctrina del *iura novit curia*, aplicando derecho distinto del invocado a la causa de pedir del proceso. La causa de pedir en estos casos no es la fundamentación jurídica de la demandada, sino los acontecimientos de la vida en que se apoya: es el fundamento histórico de la acción. El proceso en ellos versa sobre supuestos de hecho a los que se aplican normas de carácter sustantivo, pero estas normas se aplican, aunque las partes las ignoren, siempre que se facilite al juez los hechos y se supliquen concretas peticiones.

Como hemos dicho, la teoría de la sustanciación, frente a la individualizadora que sostiene que toda demanda se basa en una relación jurídica específica, defiende que lo esencial en todo proceso son los hechos presentados en la demanda. Mientras estos no cambien, la *causa pretendi* permanece intacta y, en consecuencia, las partes pueden variar sus argumentos jurídicos sin alterar la esencia de la demanda, teniendo el juez libertad para aceptar o cambiar estos argumentos sin incurrir en incongruencias[65].

Con base en esta teoría, la doctrina del concurso de pretensiones o yuxtaposición de responsabilidades defiende el carácter único de la indemnización desde una perspectiva menos radical y sostiene que, a pesar de que la responsabilidad contractual tiene una normativa específica, distinta de la extracontractual, la ley permite que un mismo hecho lesivo pueda ser abordado en favor del principio *pro actione*[66], mediante dos acciones diferentes: una contractual y otra extracontractual[67]. Ambas acciones son autónomas, pero no excluyentes, permitiendo al demandante elegir la más conveniente (la elección puede ser directa, subsidiaria o, incluso, alternativa, pero nunca en acumulación simple ya que no pueden combinarse debido a su incompatibilidad)[68].

Una vez tomada una decisión, no se puede revertir ni cambiar la base de la demanda, ya que esto iría en contra de la coherencia del proceso y podría llevar a sentencias incongruentes. Las alegaciones adicionales durante el proceso no justifican un cambio en la acción inicialmente presentada.

Por su parte, la teoría de la unidad de culpa civil, que a menudo es utilizada por nuestra jurisprudencia en términos equivalentes a la teoría de yuxtaposición de responsabilidades (cuando abordan aspectos distintos del problema, aunque defiendan el carácter único de la indemnización)[69], surge de la insatisfacción con la distin-

[64] STS núm. 908/2005, FD. 16; STS núm. 203/2008, FD. 2; STS núm. 607/2010, FD. 3; SAP de Jaén núm. 39/2024, FD. 2.

[65] González (2008) pp. 242-243.

[66] Yzquierdo (2001) pp. 100-101; STS núm. 607/2010, FD. 3.

[67] SAP de Jaén núm. 39/2024, FD. 2.

[68] García (1962) p.833. STS núm. 798/2021, FD. 4, SAP de Jaén 39/2024, FD 2, SAP de Barcelona 244/2023, FD. 3.

[69] SAP de Barcelona núm. 244/2023, FD. 3; en el mismo sentido SAP de Jaén núm. 39/2024, FD 2 y SAP de Barcelona núm. 585/2023, FD. 1.

ción entre los sistemas de responsabilidad contractual y extracontractual. Defiende la teoría que, ambos regímenes presentan normas en concurso sobre unos mismos hechos, con una única acción dirigida a reparar el daño. Por lo tanto, la diferencia de sistemas, a juicio de los que defienden los postulados de esta teoría, no parece justificada, ya que el último objetivo es reparar el daño, independientemente de su origen contractual o extracontractual, sin que el tribunal haya de estar atado a la calificación de las partes[70].

En consecuencia, el demandante no necesita especificar el tipo de acción, sino simplemente presentar los hechos que fundamentan su reclamación. Aunque el demandante pueda intentar clasificar los hechos, esta clasificación no es vinculante para el juez (*iura novit curia*) que tiene la libertad de evaluar y reubicar la reclamación en el marco jurídico adecuado, sin que resulte un fallo incongruente[71].

Como ya apuntamos al inicio del epígrafe, resulta complicado asumir la vigencia de estas teorías flexibilizadoras a la luz de la vigente LEC, en particular, en presencia de los arts. 218 y 400 LEC ya analizados. El fundamento de pedir o *causa pretendi* viene conformado por un elemento fáctico y un elemento jurídico[72]. El componente fáctico se refiere al relato de los hechos que pueden ser incluidos dentro de la norma jurídica. El componente jurídico no se limita únicamente a la norma específica que puede aplicarse, sino que se divide en dos subelementos. Por un lado, está el enfoque o título jurídico que incluye la calificación, el fundamento y el razonamiento jurídico. Este enfoque comprende el conjunto de consecuencias jurídicas que el ordenamiento vincula a un supuesto fáctico determinado, justificando la tutela solicitada en lugar de otra distinta. Por otro lado, está el componente puramente normativo de esta calificación o perspectiva jurídica, que consiste en las citas legales que respaldan dicha calificación jurídica que es donde debe operar el principio *iura novit curia73*. Así, se hace presente, por ejemplo, en el ámbito de la responsabilidad por vicios constructivos, aún a pesar de que la Ley 38/99 de Ordenación de la Edificación (en adelante, LOE) ofrece un marco normativo específico, regulando las obligaciones de los distintos agentes que intervienen en la edificación, estableciendo un régimen de responsabilidades para los mismos y determinando los requisitos y plazos de caducidad y prescripción para el ejercicio de las acciones que nacen ante el incumplimiento de dichas obligaciones.

Aunque la Ley se aplica plenamente en los casos previstos y siempre que la reclamación se base en vicios constructivos, nuestra jurisprudencia también permite que estos agentes de la construcción respondan ante el perjudicado mediante acciones contractuales derivadas del incumplimiento de sus obligaciones. Esta aplicación de la teoría de la nulidad de culpa civil parece acertada al permitir la coexistencia de

[70] STS núm. 527/2004, FD. 4.

[71] Yzquierdo (2001) p. 103, se muestra crítico: "ambas formas de reclamación constituyen pretensiones jurídicas independientes".

[72] Cortés y Moreno (2021) pp. 149-151; Domínguez (2019) p. 53; De la Oliva (2005) pp. 51 y ss.

[73] De la Oliva (2005) pp. 51 y ss.; 71 y ss.

acciones bajo la LOE y las derivadas de relaciones contractuales. Sin embargo, surge la duda cuando la jurisprudencia admite reclamaciones basadas en la existencia de sus vicios constructivos sin que el demandante necesite fundamentar si su acción se deriva de la LOE o de un incumplimiento contractual, dejando esta decisión al órgano judicial[74], con el riesgo evidente de que se sustente en parámetros no litigados.

El daño, con carácter general, puede provenir del incumplimiento de una relación negocial o del incumplimiento del deber general de no dañar a otro, pero no puede ser al mismo tiempo contractual y extracontractual: "Cuando los contratantes tienen la ocasión de pactar, de asumir los riesgos conscientemente, de verse las caras, en una palabra, la regulación por ellos querida desplazará a las normas extracontractuales"[75].

Al amparo de la LEC vigente, no cabe la acumulación alternativa de acciones incompatibles. Si la parte actora se propone ejercitar dos acciones para el caso de no ser acogida la principal (art. 71.4 LEC) "[…] el actor podrá acumular eventualmente acciones entre sí incompatibles, con expresión de la acción principal y de aquella otra u otras que ejercita para el solo evento de que la principal no se estime fundada […], debiendo expresarlo de modo claro e inequívoco en la demanda[76].

La teoría de la unidad de culpa civil sigue vigente en nuestra jurisprudencia, especialmente en los "casos fronterizos"[77] o "zonas grises"[78], también llamadas zonas mixtas[79], donde no está claro el ámbito de responsabilidad de los diferentes agentes implicados en un daño. Un ejemplo de ello es nuestro caso de estudio, donde convergen responsabilidades contractuales y extracontractuales, subjetivas y objetivas. En estas situaciones, incluso el contenido de la obligación contractual puede resultar confuso como hemos visto anteriormente.

Dado que los bienes jurídicos en cuestión tienen gran relevancia social, los tribunales tienen la facultad de corregir de oficio cualquier calificación jurídica incorrecta, incluso si esto afecta el derecho de defensa del demandado o si ya ha concluido el plazo de alegaciones[80]. Esto es posible cuando la aplicación de diferentes regímenes jurídicos podría tener efectos significativos y los elementos de la pretensión permiten determinar claramente la naturaleza de la acción, lo que justifica aplicar la disposición pertinente de manera precisa y diferenciada[81].

En el ámbito sanitario, la jurisprudencia española ha utilizado esta doctrina para resolver casos basándose en los hechos y no únicamente en la fundamentación

[74] López (2017) pp. 5-8; STS 403/2016, FD. 7.

[75] Cortés y Moreno (2021) pp. 143; Armenta (2021) p. 129-132; Yzquierdo (2020) p. 146; De Ángel (2017) p. 765; Molina (2008) pp. 246-250.

[76] STS núm. 411/2010, FD 4.

[77] De Ángel (2017) p. 760.

[78] Díaz-Regañón (2006) pp. 119-160; Blanco (2004) p. 5.

[79] STS núm. 798/2021, FD. 4.

[80] STS núm. 488/2012, FD. 2.

[81] STS núm. 203/2008, FD. 2.

jurídica de la demanda[82]. De este modo, se ha identificado la responsabilidad contractual y extracontractual a través de los hechos, sin que la argumentación jurídica de las partes influya en la calificación de la relación jurídica ni en las normas aplicables. Así, el tribunal puede aplicar normas relativas a una acción distinta a la ejercitada en la demanda sin que esto implique una incongruencia en la sentencia.

El paradigma del exceso al que estaba abocando la utilización expansiva de la doctrina de la unidad de culpa civil lo constituyó la STS de 30 de diciembre de 1999[83], que consideró como contractual la relación existente entre INSALUD y la paciente demandante para poder aplicar el plazo prescriptivo contractual a la pretensión indemnizatoria ejercida, habiendo transcurrido el año de la extracontractual, a pesar de tratarse de una administración pública. El voto particular emitido por D. Antonio Gullón Ballesteros, negando la naturaleza contractual de la relación, representó la semilla de un cambio de línea jurisprudencial tanto en el ámbito público como privado de la asistencia sanitaria[84], negando la posibilidad de acudir de forma alternativa a uno u otro sistema por un mismo hecho si los contornos fácticos en los que se asienta la pretensión están perfectamente definidos[85].

El criterio fijado por el mentado voto particular fue recogido por la STS de 12 de febrero de 2000[86], considerando "incontestable" la prescripción de un año por tratarse de una "relación jurídico-pública […] distinta en su conformación técnica de la genuina contractual". En el mismo sentido, la sentencia 414/2009, de 29 de mayo[87], fue confirmada posteriormente por otros pronunciamientos, como la STS plenaria de 3 de octubre de 2015[88], que abordó nuevamente la problemática concluyendo que:

> […] las relaciones entre el paciente o usuario del servicio sanitario y el ente público que lo dispensa no son, en puridad, contractuales […] y la acción se encuentra sujeta al plazo anual de prescripción (propio de la responsabilidad extracontractual) a que hace mención el art. 1968.2 CC y su orientación jurisprudencial[89].

La jurisprudencia no puede derogar el instituto de la prescripción a través de la interpretación[90] y debe ser escrupulosa en la apreciación de los requisitos que determinan la presencia de uno u otro sistema, sobre todo en aquellos casos en los que

[82] STS núm. 488/2012, FD. 2.
[83] STS núm. 1136/1999, Voto particular de Antonio Gullón Ballesteros.
[84] García (2018) pp. 123-145.
[85] Muñoz (2016) pp. 45-70.
[86] STS núm. 113/2000, FD. 3.
[87] STS núm. 414/2009, FD. 2.
[88] STS núm. 546/2015, FD. 3.
[89] STS núm. 546/2015, FD. 3.
[90] STS núm. 150/2010, FD. 2.

se pretende invocar la aplicabilidad al caso concreto de las teorías de yuxtaposición de responsabilidades o de unidad de culpa civil[91].

En pura teoría procesal, cuando dos acciones tienen las mismas partes, *petitum* y *causa petendi*, estamos ante una única acción con normas concurrentes, pero cuando difiere alguno de estos elementos, las acciones son distintas, aunque conexas[92], pues las acciones de responsabilidad contractual y extracontractual no pueden ser una[93]. Aunque los sujetos involucrados en el *petitum* (lo que se solicita) permanecen constantes, la *causa petendi* como fundamento de la solicitud de protección del demandante limita la capacidad del juez en la aplicación del principio *iura novit curia*, ya que *éste, al dictar sentencia, debe basarse en los argumentos presentados por las partes, tal como lo establece el art. 218 de la LEC. Ni las partes, ni el juez tienen la facultad de alterar la acción presentada (mutatio libelli*)[94]. Hacerlo no solo iría en contra del principio de congruencia protegido por el art. 24 de la Constitución española, sino que, también violaría el principio de justicia rogada, inherente al proceso civil[95].

La *causa petendi* tiene un componente fáctico basado en los hechos y un componente jurídico que, a su vez, se divide en la calificación jurídica y las referencias legales que respaldan esa calificación[96], y el art. 218 de la LEC es, a mi juicio, claro y suficiente al respecto. Entiendo que no hay habilitación legal que permita al tribunal reemplazar una acción por otra, menos aún cuando la sustituta no haya sido siquiera invocada o que se pueda admitir, en virtud del principio *pro actione*, el traslado de la carga de especificar la tutela que se pretende al propio tribunal, más aún cuando la dirección de la defensa de los intereses jurídicos de la parte la ostenta un letrado en ejercicio.

La libertad de apreciación del tribunal encarnada en los principios *iura novit curia* y *da mihi factum, dabo tibi ius* no es absoluta[97], y no permite al tribunal desviarse sustancialmente de los fundamentos jurídicos presentados por el demandante que constituyen el fundamento de su pretensión[98]. En caso contrario la tutela civil se aproximaría a la penal y carecería de sentido el principio de justicia rogada, propio del proceso civil.

Mucho más adecuada parece la llamada teoría de la absorción, también conocida como teoría negativa o de incompatibilidad. Defiende esta teoría que la responsabilidad contractual y la extracontractual no pueden coexistir simultáneamente. Si

91 STS núm. 326/2019, FD. 5. STS núm. 478/2015, FD 2.

92 Armenta (2021) p. 129; Domínguez (2007) p. 78.

93 Cortés y Moreno (2021) pp. 143; Armenta (2021) p.129-132; De Ángel (2017) p. 765; Molina (2008) pp. 246-250.

94 Gimeno (2014) pp. 342-346; Flors (2020) pp. 229-233; ATS de 20 de septiembre de 2023, FD 3.

95 STS 488/2012, FD. 2.

96 De la Oliva (2005) pp. 51 ss.

97 STS núm. 68/2012, FD. 2.

98 Domínguez (2007) pp. 80-81.

se presentan ambas acciones, la responsabilidad contractual debe prevalecer, ya que su regulación es específica, mientras que la extracontractual es de carácter general[99].

Según esta perspectiva, el contrato engloba y regula todo lo que está naturalmente asociado a él. En consecuencia, el artículo 1107 CC establece que el deudor de buena fe responderá de los daños y perjuicios previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación, que sean consecuencia necesaria de la falta de cumplimiento y el dolo de todo lo que, conocidamente, deriven de la falta de cumplimiento de la obligación. Por lo tanto, cualquier daño que ocurra dentro del marco contractual debe ser abordado y reparado según las normas contractuales.

Esta teoría ha ganado especial relevancia en Francia, donde se conoce como el principio de *non cumul*. En este país, los tribunales han rechazado la idea de que las normas extracontractuales puedan intervenir en situaciones ya reguladas por un contrato. De todas las teorías presentadas, consideramos que esta es la más lógica y coherente. Los sistemas de responsabilidad son distintos y no deben mezclarse o quedar sujetos a la determinación del juez en el caso concreto. La presencia de un contrato y el daño que deriva de su incumplimiento debe sujetarse al ámbito de lo expresamente pactado por las partes y a todas las consecuencias del mismo que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, el uso y la ley (art. 1258 CC)[100].

A la vista de lo expuesto hasta el momento, podemos concluir que la tendencia jurisprudencial actual va en la dirección de analizar con pulcritud la naturaleza de las diversas relaciones que vinculan al agente o agentes del daño con el perjudicado para aplicarles el estatuto jurídico que corresponde (contractual o extracontractual) al ser ámbitos incompatibles. A pesar de ello, teorías como la de yuxtaposición de responsabilidades y la de unidad de culpa civil, siguen utilizándose de forma prácticamente equivalente por los tribunales españoles en aquellos supuestos en que no quepa discernir con absoluta claridad del relato fáctico y su fundamentación jurídica sobre la naturaleza de la responsabilidad objeto de reclamación; y eso, porque el daño que deriva del acto médico en el ámbito de los seguros de asistencia sanitaria sigue planteándose desde la forzada convivencia de la responsabilidad de la compañía firmante de la póliza por un lado (de naturaleza contractual), y la de los facultativos de sus cuadros médicos (extracontractual por hecho propio), todo ello, sin perjuicio de la responsabilidad objetiva de la compañía de seguros sanitarios ex art. 148 TRLCU, siendo también predicable la responsabilidad extracontractual de la aseguradora por hecho ajeno (ex art. 1903.4 CC), cuestión que parece carecer de sentido si se defiende el postulado de que la compañía asume en todo caso la prestación contractual directa de la asistencia sanitaria al asegurado y, por tanto, la responsabilidad por el acto médico, lo que niego de manera tajante como ya ha quedado tratado en el epígrafe anterior.

De ahí la importancia de clarificar el esquema jurídico a que responde la asistencia sanitaria dispensada por las compañías. Es preciso conseguir una solu-

[99] Rodríguez (2003) p. 25.

[100] STSJ de Madrid, número 181/2024, FD.

ción homogénea y coherente que se ajuste al esquema negocial que asumen las compañías de seguro médico al suministrar asistencia sanitaria a sus asegurados, sin violentar ninguno de los aspectos regulatorios existentes en la actualidad. Por ello, y asumiendo como la más acertada la teoría de la absorción, cabe preguntarse si el esquema negocial a que responden los seguros médicos podría tener explicación, como hipótesis de trabajo dentro del fenómeno de la coligación contractual.

IV. EL SEGURO DE ASISTENCIA SANITARIA Y LA COLIGACIÓN CONTRACTUAL

Los llamados contratos conexos están encuadrados dentro de lo que la doctrina científica denomina "categoría contractual heterogénea"[101] (al responder a una pluralidad de situaciones negociales) y existen "cuando varios sujetos celebran dos o más contratos distintos que presentan una estrecha vinculación funcional entre sí por razón de su propia naturaleza o de la finalidad global que los informa, vinculación que es o puede ser jurídicamente relevante"[102].

A diferencia de otros ordenamientos como el argentino, el brasileño o el alemán, donde los contratos conexos conforman una categoría contractual general, el ordenamiento jurídico español identifica y regula concretas manifestaciones de la coligación contractual en legislación especial (normalmente relacionada con el Derecho de Consumo), como es el caso de los contratos de crédito vinculados, recogidos en el art. 29 de la Ley 16/2011 de 24 de junio, de crédito al consumo.

Por crédito al consumo cabe entender aquel crédito concedido al consumidor por medio de una persona física o jurídica que, regularmente, actúa en el mercado crediticio para satisfacer necesidades de carácter personal, familiar o doméstico y cuya garantía no es superior ni inferior a la fijada por ley[103], recogiendo una relación sistémica de esquema triangular de dos contratos (uno de suministro de bienes y servicios cuyo pago va a ser financiado y otro de crédito vinculado a través del cual se va a financiar la adquisición de bienes o la prestación de servicios) y tres partes; un consumidor, un prestamista y un proveedor.

La Ley 16/2011, que incorporó la directiva 2008/48/CE al derecho español, introdujo importantes novedades en los contratos de crédito al consumo, particularmente en lo relativo a los contratos vinculados. La normativa anterior, bajo la Ley 7/1995, requería un acuerdo exclusivo y previo entre proveedor y prestamista para considerar la vinculación, un requisito que fue parcialmente corregido por la Ley 62/2003 al eliminar la necesidad de exclusividad en ciertos casos.

El efecto principal de la vinculación contractual es que cualquier cambio en uno de los contratos repercute en los demás contratos vinculados. El art. 29 de la nueva ley permite al consumidor desistir del contrato de suministro de bienes o servicios finan-

[101] Bustamante (2004) p. 332; Ciuro (1999) p. 7; López (1994) p. 272.
[102] López (1994) p. 273.
[103] Casado (1983) pp. 494-495.

ciado mediante un crédito vinculado, lo que también cancela el contrato de financiación sin penalización. Este derecho de desistimiento es también reconocido en otras leyes, como la Ley 42/1998 y la Ley 28/1998 para ciertos contratos específicos.

Aunque la coligación contractual ha sido tratada en España principalmente a través de leyes especiales, la jurisprudencia también reconoce su relevancia en diversos ámbitos, apreciando la conexidad contractual como un mecanismo útil en relaciones jurídicas complejas. La casuística es heterogénea. Se aprecia conexidad, por ejemplo, cuando existe un contrato preliminar que incide en el definitivo (contratos tipo respecto de los que se van a celebrar en serie en base a aquel), en supuestos de novación modificativa parcial (entre el contrato nuevo y el novado), cuando un contrato desempeña una función respecto de otro (negocios auxiliares, secundarios o de garantía), o cuando se conciertan contratos ligados por sus efectos, sin estar en situación de accesoriedad o subordinación entre sí (tales son los supuestos de apoderamiento y la aceptación por el apoderado, la estipulación a favor de un tercero y su aceptación por éste, y la designación de heredero en el testamento y la aceptación de la herencia)[104].

En todo caso, la exégesis del caso concreto arrojará la existencia de un negocio jurídico único, una pluralidad de contratos autónomos, una identidad o diversidad de partes, una finalidad económica supracontractual que operará como nexo entre todos ellos hacia la consecución de un resultado con independencia de que estén vertebrados en cadena o en red[105], negocio que habrá de interpretarse en virtud tanto de la finalidad económica como del resultado perseguido[106]. Así ocurre en el caso tratado en la STS de 11 de marzo de 2020[107], respecto de una reclamación de daños y perjuicios relativa a los defectos de fabricación de un vehículo comprado por el demandante que presenta un supuesto complejo de conexidad articulado como sucesión de contratos en cadena.

El Tribunal Supremo español reconoce que la contratación en el sector del automóvil presenta particularidades que justifican limitar el principio de relatividad de los contratos, debido a la estrecha relación entre fabricantes, concesionarios y compradores. A pesar de que no exista un contrato directo entre el fabricante y el comprador final, hay vínculos jurídicos relevantes como las garantías adicionales y las ofertas publicitarias hechas por el fabricante, que afectan la relación contractual. El Tribunal señala que los concesionarios son solo canales de distribución y que el incumplimiento de las características ofertadas por el fabricante implica responsabilidad no solo del vendedor directo sino también del propio fabricante. Limitar la responsabilidad al distribuidor perjudica al comprador, especialmente cuando se trata de consumidores que tienen derecho a indemnización por daños según la Ley de Consumidores y Usuarios. Por lo tanto, en el sector del automóvil, los contratos en-

[104] De Lorenzo y Tobías (1996) p. 1387.
[105] Perrot (2000) p. 1.
[106] Ley 26.994 (01/10/2014). Art. 1074.
[107] STS núm. 167/2020, FD. 4.

tre fabricantes, distribuidores y compradores forman un conjunto contractual unitario con vínculos de responsabilidad solidaria, lo que impide separar estos contratos.

Interesa en este punto traer a colación los postulados menos rigoristas de la ley alemana respecto de los contratos conexos, así, de los parágrafos 358 y 359 del *BürgerlichesGesetzbuch* alemán[108] (en adelante, BGB), cabe defender que la convergencia de la triple voluntad jurídica de las partes en el negocio conexo es posible deducirla de la conformación de una unidad económica (*wirtschaftliche Einheit*) entre los contratos de préstamo y consumo. Es lo que la doctrina italiana cataloga como función compleja u operación económica unitaria[109], que viene a consistir en que las partes aceptan la convergencia de otros contratos o relaciones jurídicas para hacer posible el fin específico de cada cual, de forma que se quiere o acepta la consecución de ambos fines (individual y global) o no se quiere ninguno por imposibilidad de cumplimiento.

El modelo de conexión alemán es de carácter funcional. La conexión contractual objetiva tiene mayor relevancia que la típica vinculación subjetiva de la voluntad jurídica de las partes. Es por ello, que el concurso de un acuerdo previo entre los empresarios no tiene en sí un marcado rigor de exigencia, ya que basta la comprobación de simples actos de colaboración empresarial para admitir la existencia de una voluntad jurídica uniforme en la conexión de contratos de préstamo y consumo.

En la estructura de prestación sanitaria de las compañías de seguro médico existen dos vínculos contractuales que responden a la función económico social del negocio jurídico. Por un lado, la que vincula a asegurado y compañía mediante la suscripción de la póliza de asistencia sanitaria; y, por otra, la que vincula a centros sanitarios y facultativos que integran los cuadros médicos de la compañía con esta misma. Además, el conjunto de pólizas concertadas por los asegurados con la aseguradora integra el mecanismo de financiación del servicio, pero no existe vínculo contractual alguno entre facultativo y paciente, por lo que no cabe hablar de contratos vinculados o conexos cuando no todas las relaciones negociales que comprende el negocio jurídico complejo de los seguros de asistencia sanitaria privada son contractuales.

Hay autores que defienden que, aunque exista un contrato entre médico y paciente, al lesionarse derechos como la vida o la integridad física, se vulnera un deber general o imperativo legal que trasciende el contrato y es tutelado por normas de responsabilidad extracontractual[110]. Con sustento en esta teoría, cabría sostener que la vinculación entre médico y paciente es irrelevante, toda vez que el sistema de responsabilidad aplicable por vulneración de la *lex artis* es siempre extracontractual.

A este planteamiento se ha opuesto, acertadamente bajo mi criterio, que si existe contrato, la obligación encuentra en él su única fuente y las normas de aplicación han de ser contractuales, pues "el contrato crea una situación particular, querida explícitamente, la cual es absorbente y excluye aquella más general que la

[108] Código Civil Alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch)* (18/08/1896) § 358 y 359.

[109] Rappazzo (1998) p 157.

[110] Santos (1986) p. 715; Puig (1983) p. 133.

ley crea por su cuenta, a falta de pactos particulares"[111]. Las normas corporativas que integran la *lex artis* conforman parte del conjunto de obligaciones contractuales exigibles al profesional de la medicina, toda vez que integran el conjunto de consecuencias del contrato que, conforme a su naturaleza, derivan de la buena fe, el uso y la ley (art. 1258 CC); y, por tanto, no quedan al margen del contrato, sino que, forman parte de la órbita de lo pactado.

La jurisprudencia española admite la coligación, aun tratándose de contratos distantes con diversidad de partes concatenados en la realización de la función económico social del conjunto, pero no fuerza la cohabitación de esquemas contractuales y extracontractuales en el fin común. La aseguradora (ex art. 148 TRLCU) es garante contractual frente al asegurado de la calidad y seguridad del servicio que suministra, pero, como ya dijimos, esto no implica que la responsabilidad de la compañía sea, asimismo, contractual por el daño médico producido en sentido estricto. De esta forma, aquellos supuestos oscuros o no definidos en que concurra responsabilidad no individualizada de compañía y sanitario seguirán forzando espacios no deseables de coexistencia entre ambos sistemas de responsabilidad civil, a menos que se encuentre una solución que explique, en términos contractuales, el papel de los diversos intervinientes en el proceso asistencial.

V. EL SANITARIO CONCERTADO POR LA COMPAÑÍA DE SEGURO MÉDICO COMO RESPONSABLE CONTRACTUAL DEL ACTO U OMISIÓN LESIVA: EL CONTRATO EN BENEFICIO DE TERCERO

La solución a la problemática descrita pasa por hacer una lectura correcta de los vínculos contractuales existentes en el esquema negocial complejo de los seguros médicos, sin desbordar la responsabilidad predicable de cada uno de ellos.

La compañía de seguros de asistencia sanitaria realiza dos contratos: uno con el tomador que se documenta en la póliza de seguros y comprende las condiciones y requerimientos de la atención sanitaria a recibir por el beneficiario; y, otro, normalmente antecedente, con profesionales o centros médicos, por lo que se garantiza la provisión por estos al asegurado o beneficiario de la póliza, de la prestación sanitaria que constituye la cobertura del riesgo contratado, que es conceptuado por nuestra jurisprudencia como un contrato de arrendamiento de servicios que sustenta el vínculo de dependencia que exige la responsabilidad extracontractual de la compañía sanitaria por hecho ajeno del art. 1903.4 CC[112].

A mi juicio, esa vinculación contractual reviste los caracteres de un contrato en beneficio de tercero que excepciona el principio de relatividad contractual (art. 1257 CC) y permite dar una explicación contractual al conjunto de relaciones jurídicas que posibilitan la prestación sanitaria al asegurado. No cabe duda de que los supuestos en los que la prestación estipulada a favor de tercero está constituida por

[111] Yzquierdo (2020) p. 128.

[112] SAP de Madrid, núm. 119/2018, FD. 2.

un "dar", son, desde un punto de vista cuantitativo, los más importantes, pero nada impide que la prestación consista en un "hacer" o un "no hacer"[113]. Así, mediante el contrato en beneficio de tercero, la compañía (estipulante) acuerda con el médico o centro (promitente) proporcionar atención médica al asegurado (beneficiario).

Este contrato no se limita solo a la estipulación en beneficio de tercero, sino que también establece cómo se remunera al profesional y las condiciones bajo las cuales se presta el servicio. Aunque la relación directa del asegurado es con la compañía de seguros, la atención médica es proporcionada por un tercero (centro hospitalario, clínica, médico o facultativo), que suscribe un contrato o acuerdo con la compañía en beneficio del asegurado o beneficiario, creando así una serie de vínculos contractuales interdependientes, siendo el conjunto de las pólizas las que financian el servicio de forma directa.

La figura es ampliamente aceptada en diversos ámbitos de la contratación conceptuados como masivos[114]. Al gozar de indudable versatilidad aporta una comprensible explicación a las relaciones jurídicas existentes, por ejemplo, en el seguro de vida, donde una persona (asegurado o tomador) acuerda con una aseguradora que, tras su fallecimiento y mediante el pago de una prima, se entregará un monto a un beneficiario, también en el contrato de transporte de mercancías, donde el transportista se compromete a entregar la mercancía a un destinatario que tiene derecho a actuar contra el transportista en caso de incumplimiento. Tampoco son ajenos a la figura los seguros de responsabilidad civil profesional o de vehículos, donde las aseguradoras deben compensar a las víctimas que son ajenas al contrato original. Específicamente, la LCS otorga a las víctimas un derecho directo (ex art. 76 LCS) para reclamar compensación.

La jurisprudencia francesa anterior a la promulgación de la Ley 98/389 de 19 de mayo de 1998, en materia de productos defectuosos, ha utilizado frecuentemente el contrato en beneficio de terceros, especialmente en el ámbito de los seguros, llegando a extender su aplicación a supuestos dudosos con el sólo fin de garantizar compensaciones contractuales y evitar las complejidades de la responsabilidad extracontractual[115]. Si bien es cierto que se considera el interés del beneficiario, no siempre se puede asumir que existe una estipulación a favor de un tercero simplemente porque las partes tuvieran en cuenta el interés de otro al firmar el contrato.

En derecho alemán, el parágrafo 328 del BGB establece que un contrato puede otorgar una prestación a un tercero, permitiéndole exigir su cumplimiento directamente[116]. A falta de una disposición clara, se debe inferir de las circunstancias y del propósito del contrato si el tercero adquiere tal derecho. Basándose en esto,

[113] Díez-Picazo (2011) p. 434.

[114] STS núm. 167/2020, FD. 4.

[115] Decisión del Tribunal de Gran Instancia de Niza (TGI de Nice) pp. 38-40, Decisión del Tribunal de Gran Instancia de Toulouse (TGI de Tolouse) pp. 437-440, Decisión del Tribunal de Gran Instancia de París (TGI de Paris) pp. 413-416.

[116] Código Civil Alemán (*BürgerlichesGesetzbuch*) (18/08/1896) § 328.

la jurisprudencia alemana ha identificado como verdaderos contratos en beneficio de tercero aquellos que tienen un propósito de previsión o ahorro, como contratos laborales que incluyen pensiones para las viudas o acuerdos parentales para tratamientos médicos de sus hijos. En estos casos, el tercero adquiere el derecho directamente, sin necesidad de aceptación y sin pasar por el patrimonio del estipulante[117].

El contrato en beneficio de tercero obtiene reconocimiento legal en derecho español en el art. 1257.2 CC que dispone: "Si el contrato incluye una estipulación en favor de un tercero, dicho tercero puede exigir su cumplimiento, siempre que haya comunicado su aceptación a la parte obligada antes de que dicha estipulación se vea revocada".

Este precepto supone una excepción al principio de relatividad contractual, lo que significa que no se puede asumir automáticamente que existe una estipulación a favor de un tercero solo porque el estipulante tenga interés en otorgarle un derecho, incluso si este tercero ha sido designado como beneficiario[118].

En el esquema negocial objeto de estudio, el asegurado acepta el beneficio (la prestación sanitaria) mediante la suscripción de la póliza que, además, obra al efecto de individualizar a la persona o personas que son acreedores de la asistencia, permitiendo su prestación una vez actúe el riesgo que es objeto de cobertura. Los acreedores vienen determinados por su pertenencia al grupo de asegurados o beneficiarios de la compañía aseguradora. La prestación, por tanto, ha de ser cumplida directamente al acreedor, en la medida que en él confluye la titularidad del interés asegurado[119] y es el verdadero poseedor de un derecho derivado hacia él[120].

Nada obsta en derecho español para que la posición del beneficiario venga ocupada por un grupo determinado de sujetos, siempre que venga estipulado en contrato[121]. Lo esencial es que la tercera parte del contrato quede claramente identificada o, al menos, sea posible identificarla[122], debiendo estarlo antes del cumplimiento de la obligación a su favor[123]. Esta cuestión viene expresamente admitida en derecho comparado en el art. 445 del CC portugués[124].

No obstante, hay que advertir que el Código portugués es uno de los más aperturistas de Europa al permitir como beneficiarios a un conjunto indeterminado de personas, incluso intereses públicos, lo que no parece inferirse del CC español,

[117] Hadding (1990) p. 1531, Esser y Schmidt (1993) p. 272.

[118] Goutal (1981) p. 57.

[119] Vargas (1998) p. 268. Por todas, STS de 9 de diciembre de 1940 (RJA 1131) y de 10 de diciembre de 1956 (RJA 4126).

[120] Macarrone (1997) pp. 22-43.

[121] Carballo (2000) pp. 1703-1704 y Díez-Picazo (2011) p. 538.

[122] Pérez (1999) p. 141; Díez-Picazo (2011) p. 539; Maciá (2020) pp. 575-580; STS de 10 de diciembre de 1956, Sala de lo Civil, (RJA 4126).

[123] Martín (1985) p. 187; Azzaro (2009) p. 766

[124] Código Civil Portugués. Ley 47344 (25/11/1966). Bar y Clive (2009) p. 617.

aunque tal posición también cuenta con defensores en la doctrina española[125] y en la francesa[126]. Al respecto, en lo atinente al derecho privado español, se ha señalado que

> no parece que existan razones que inhabiliten la utilización de esta figura con carácter general en ámbito de derecho privado, si bien conviene precisar que, al depender de una de las partes la posible designación del tercero, la otra parte contratante suele admitir dicha cláusula al celebrar el contrato cuando sus expectativas de cobro o la satisfacción de sus derechos se encuentren asegurados. Es natural que ocurra así, pues al vincularse con un tercero, virtualmente desconocido […] podría resultar muy peligroso para quien acepta la cláusula de persona a designar[127].

Por lo que respecta al resto de países europeos, en el Reino Unido se busca garantizar que no existan dudas sobre la intención de las partes de nombrar a un tercero y debe estar claramente estipulado en el contrato (no sujeto a definiciones posteriores). Sin embargo, una vez que se menciona explícitamente esta intención, la identificación específica del beneficiario puede permanecer abierta[128]. Esta solución es también la adoptada con éxito en la doctrina alemana[129] y francesa[130], incorporándose en el art. 1205 del CC francés[131].

El derecho italiano se desmarca de esta tendencia permitiendo que la identificación del tercero quede a discreción del estipulante, sin criterios preestablecidos en el contrato. Es importante destacar que esta práctica proviene de la jurisprudencia y no es uniformemente aceptada por la doctrina[132]. El beneficiario

> está asimilado a un contratante, y como tal, exigirá la responsabilidad por incumplimiento al amparo de las normas reguladoras del contrato. Desde el punto de vista técnico, sólo son contratos en beneficio de tercero aquellos que las partes celebran para atribuir, de manera directa o indirecta, a un tercero un derecho subjetivo que le permita exigir el cumplimiento de la promesa[133].

En derecho italiano la doctrina sostiene de manera unánime que el tercero adquiere derechos directamente del contrato entre el promitente y el estipulante, adquisición que se presenta como automática e inmediata, sin requerir una declaración de voluntad adicional por parte del tercero. En este sentido, el art. 1411 del CC italiano, en su párrafo cuarto, permite al tercero renunciar con efectos retroactivos

125 Bosch y otros (2016) pp. 84 y 87.
126 Fages (2017) p. 220.
127 Lasarte y Calaza (2023) p. 130.
128 Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999, (11/11/1999), Sección 1 (3).
129 Harke (2010) p. 422; Schulze y Beirle (2016) p. 47
130 Douville (2016) p. 195; Deshayes (2018) p. 488; Terré (2019) p. 789.
131 Código Civil Francés (21/03/1804): Code Civil (2023) Art. 1205.
132 Sacco y Nova (2016) p. 1162.
133 Cordero y Marín (2023) pp. 118-121

al beneficio acordado, reconociendo su independencia jurídica[134]. Sin embargo, para que el tercero pueda reclamar el cumplimiento de la estipulación, debe aceptarla.

En derecho español, algunos creen que la aceptación es un requisito legal esencial para que el derecho se incorpore al patrimonio del beneficiario[135]. Otros, sin embargo, argumentan que la aceptación está relacionada con la revocación de la estipulación y no es una condición esencial para la adquisición del derecho por parte del beneficiario[136]. La jurisprudencia refleja esta diversidad de opiniones. Hay resoluciones que apoyan la idea de que el derecho solo se perfecciona con la aceptación del tercero, al afirmar que "el derecho no surge perfecto en su persona, más que cuando él mismo declare querer aprovecharlo mediante su aceptación, hecha saber al obligado deviniendo titular de una obligación"[137], de forma que es acreedor "en potencia desde el momento mismo de la celebración del contrato", pero hasta que no cumple la "condición suspensiva de la aceptación, prevenida en el art. 1257 CC, no adquiere definitiva e irrevocablemente el concepto de 'acreedor único', asistido de la correspondiente acción para apremiar al deudor"[138].

Existen resoluciones que, en contraposición, admiten la posibilidad de proceder contra el promitente en caso de incumplimiento, sin necesidad de probar la aceptación, siempre que no haya habido revocación, argumentando que la aceptación solo sirve para evitar la revocación[139].

De cualquier forma, es un debate estéril en relación con nuestro objeto de estudio por cuanto la aceptación del beneficio opera con la suscripción de la póliza. La revocación de la promesa de prestación tiene, en este caso, sólo efecto *inter-partes* (asegurador-médico). Aunque el tenor del art. 1257.2 CC sugiera que el contrato en beneficio de tercero se formaliza antes de que el beneficiario intervenga[140], el derecho en este caso no surge hasta que no se suscribe la póliza convirtiéndose el contratante en asegurado y aceptando, por tanto, la condición que le permite acceder al beneficio.

Lo realmente trascendente es que el beneficiario no es un tercero ajeno a la prestación médica pactada entre el sanitario y la compañía, sino que es tercera parte de dicho contrato y, por tanto, puede exigir contractualmente la prestación y las consecuencias de su incumplimiento al profesional sanitario que responde por hecho propio. Esto permite interpretar todos los vínculos de este negocio jurídico complejo en términos contractuales, evitando la coexistencia de sistemas de responsabilidad incompatibles, manteniendo a cada actor dentro de su ámbito de responsabilidad.

La responsabilidad de la compañía se mantiene objetiva y contractual, basada en su obligación de organizar, supervisar y proporcionar servicios médicos seguros.

134 Código Civil Italiano (16/03/1942) art. 1411.

135 Roca y Puig (2009) pp. 220-230; García (1995) p. 382.

136 Lacruz (2011) p. 528.

137 STS de 10 de diciembre de 1956. (RJA 4126).

138 SSTS de 9 de diciembre de 1940 (RJA 1131), y 10 de diciembre de 1956 (RJA 4126).

139 STS núm. 1088/2004, FD. 2.

140 Yzquierdo (2020) p. 121

Lo que no obsta para que el perjudicado pueda reclamar daños y perjuicios contra la aseguradora, por la acción u omisión del médico, contraria a la *lex artis*, utilizando una acción de responsabilidad extracontractual (ex art. 1903.4 CC), siempre que se acredite la culpa del médico y su vínculo con la compañía.

VI. CONCLUSIONES

La Constitución española otorga a los poderes públicos la responsabilidad de organizar el sistema de salud, con la facultad, dentro del respeto a la libertad de empresa, de colaborar con entidades privadas para ofrecer servicios médicos y quirúrgicos, siempre y cuando, la actividad de la entidad sea de carácter asegurador y se realice con recursos propios.

Las compañías seguradoras que suministran asistencia sanitaria a sus asegurados, en ningún caso asumen la responsabilidad por la acción u omisión lesiva de los profesionales concertados por ella para atender a los asegurados. Esta responsabilidad es propia del médico y se rige por criterios de reproche culpabilístico con base en el art. 1902 CC.

Cabe, no obstante, exigir a la compañía responsabilidad extracontractual por hecho ajeno, con base en el art. 1903.4 CC, que es una responsabilidad que opera por culpa presunta, es decir, por un lado, el perjudicado deberá probar la existencia siquiera de un vínculo de dependencia funcional entre el médico y la compañía (basta probar su inclusión en el cuadro médico de la compañía) y que el daño se ha producido en el ejercicio de sus funciones como sanitario. Por otro lado, la culpa de la compañía se presume salvo que pruebe que actuó con toda la diligencia exigible (culpa *in vigilando*, culpa *in eligendo*).

La asunción de la prestación sanitaria por las compañías aseguradoras con base en el art. 105 LCS está necesariamente modulada por el art. 5 LOSSP, que circunscribe las garantías a prestar por la compañía a las estrictamente de aseguramiento y, por tanto, derivadas del esquema de organización y provisión del servicio en términos de seguridad ex art. 148 TRLCU, lo que implica: que es una responsabilidad de corte objetivo que concurre en todo caso, pero no automática, requiere de la existencia de una relación de causalidad entre la prestación realizada y el daño, y que no se hayan dispensado los servicios sanitarios con los niveles exigibles de eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación, que supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad hasta llegar en debidas condiciones al consumidor y usuario.

La esencia del acto médico se basa en la relación entre el médico y el paciente y se ejerce por el sanitario con absoluta independencia, quedando solo sometido a los estándares profesionales que integran la conocida como *lex artis.* La jurisprudencia española asume de forma unánime y pacífica que el médico es un auxiliar de la compañía en la prestación sanitaria. Esa circunstancia solo puede entenderse bajo el prisma que el acto médico es un hecho ajeno a la actividad aseguradora.

La compañía sanitaria concierta acuerdos con profesionales y centros sanitarios que son auténticos contratos en beneficio de tercero. En consecuencia, el paciente tiene acción contractual contra el médico por el acto u omisión médica lesiva, responsabilidad que es subjetiva y, asimismo, tiene acción contractual contra la compañía, responsabilidad de corte objetivo, en la medida en que el daño derive de sus obligaciones de provisión, organización, vigilancia, inspección y seguridad, para lo que es necesaria la prueba del nexo causal.

El planteamiento descrito permite dar una explicación jurídica uniforme y homogénea en términos contractuales al conjunto de relaciones que surgen a las resultas del seguro de asistencia sanitaria y que vinculan a aseguradora, sanitario y asegurado o beneficiario. Permite asimismo sostener el carácter especial y preferente de la responsabilidad contractual sobre la extracontractual (teoría de la absorción) con un plazo más amplio de prescripción (5 años frente al año de la extracontractual) y permite huir de teorías que fuerzan la coexistencia de sistemas de responsabilidad civil incompatibles relativizando principios de certidumbre y seguridad jurídica que no deberían ser soslayados bajo premisa alguna.

Si se discute la calificación del concierto compañía/médico como contrato en beneficio de tercero, no existe relación contractual entre el médico y el paciente y en consecuencia la responsabilidad extracontractual del sanitario tiene su acomodo en el art. 1902 CC. Esta responsabilidad, como hemos dicho, es subjetiva o basada en la culpa. En consecuencia, el acto médico quedaría fuera de la póliza o contrato.

El esquema de provisión y financiación del seguro sanitario sólo puede explicarse a través de la doctrina de la coligación contractual si consideramos la vinculación existente entre el médico y la compañía como contrato en beneficio de tercero. Considero que el esquema de asistencia sanitaria comprende dos contratos conexos: la póliza y el contrato que suscribe la compañía con los profesionales o centros que integran sus cuadros médicos para la provisión de asistencia sanitaria al asegurado (beneficiario). Este contrato no se agota en la estipulación a favor de tercero, por cuanto también determina el régimen de remuneración del facultativo y las condiciones de prestación del servicio.

Aunque la responsabilidad extracontractual (aquiliana) puede ofrecer un panorama más propicio para el reclamo indemnizatorio del demandante, especialmente en términos de daños morales, disponer de una acción contractual amplía el período de prescripción y simplifica la tarea probatoria. Por ejemplo, se libera al accionante de la necesidad de acreditar la relación de dependencia que deriva de la propia vinculación contractual, prueba a la que estaría obligado el actor si la acción ejercitada es extracontractual por hecho ajeno.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

Armenta, Teresa (2021): *Lecciones de Derecho Procesal Civil* (Madrid, Editorial Marcial Pons, decimotercera edición).

Arroyo, Bernardo (2016): *La responsabilidad civil en el marco de los seguros de asistencia sanitaria* (Pamplona, Editorial Thomson Reuters Aranzadi).

Asúa, Clara (2008): "Responsabilidad civil médica" en Reglero, Fernando (coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, tomo 2 (Navarra, Editorial Thomson Reuters, Cizur Menor) pp. 698-806.

Ataz, Joaquín (2001): "Tutela judicial efectiva y efectos de la solidaridad", *Revista Derecho Privado y Constitución*, Nº 20: pp. 41-68.

Azzaro, Andrea (2009): "Il contratto a favore di terzi", *Diritto Civile*, vol. 3, tomo 3: pp. 761-774.

Beladíez, Margarita (1997): *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los Servicios Públicos* (Madrid, Editorial Tecnos).

Blanco, Juan José (2004): "La concurrencia de responsabilidad civil contractual y extracontractual en un mismo hecho dañoso", *Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro*, Nº 3: pp. 4-23.

Bosch, Esteve; Del Pozo, Pedro y Vaquer, Antoni (2016): *Teoría general del contrato. Propuesta de regulación* (Madrid, Editorial Marcial Pons).

Bustamante, Luis (2004): "Los contratos conexos. Los principios del derecho contractual clásico: autonomía del contrato y efecto relativo del mismo", en Martinic, María Dora (coord.), *Nuevas tendencias del derecho* (Santiago, Editorial Lexis Nexis) pp. 329 y ss.

Carballo, Marta (2000): "El contrato en favor de tercero", *Actualidad civil*, vol. 5, Nº 40-48: pp. 1697-1727.

Casado, Alberto (1983): "El crédito al consumo y la protección de los consumidores", *Revista de derecho bancario y bursátil*, Nº 11: pp. 481-532.

Ciuro, Miguel (1999): *Los contratos conexos en la filosofía del derecho y el derecho internacional privado* (Rosario, Editorial Amalevi).

Cordero, Encarna y Marín, Manuel (2023): *Lecciones de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones y Contratos en General* (Madrid, Editorial Tecnos, sexta edición).

Cortés, Valentín y Moreno, Víctor (2021): *Derecho Procesal Civil. Parte General* (Valencia, Editorial Tirant lo Blanc, decimoprimera edición).

De Ángel, Ricardo (2017): "Acción de responsabilidad civil" en Llamas, Eugenio (dir.), *Acciones civiles*, vol. 2 (Madrid, Editorial Wolters Kluwer, segunda edición) pp. 753-1206.

De la Oliva, Andrés (2005): *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil* (Madrid, Editorial Thomson Civitas).

De Lorenzo, Miguel y Tobías, José (1996): "Complejo de negocios unidos por un nexo (el ligamen negocial)", *La ley*, D-1387.

Deshayes, Olivier; Genicon, Thomas y Laithier, Yves-Marie (2018): *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article* (Paris, Editorial Lexis Nexis, segunda edición).

Díez-Picazo, Luis (2011): *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, vol. I (Madrid, Editorial Thomson Civitas, sexta edición).

Díez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio (2018): *Sistema de Derecho Civil*, vol. II (Madrid, Editorial Tecnos, decimosegunda edición).

Díaz-Regañón, Calixto (2006): *Responsabilidad objetiva y nexo causal en el ámbito sanitario* (Granada, Editorial Comares).

Domínguez, Andrés (2007): *Derecho sanitario y responsabilidad médica* (Valladolid, Editorial Lex Nova, segunda edición)

Domínguez, Andrés (2019): "Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2018 (628/2018). Excepción de cosa juzgada material: los hechos y fundamentos jurídicos aducidos en un litigio se consideran los mismos que los alegados en otro juicio anterior si hubieran podido alegarse en este", en Yzquierdo, Mariano (coord.), *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina* (Madrid, Editorial Dykinson) pp. 45-57.

Douville, Thibault (2016): "Arts. 1205-1209" en Deshayes, Olivier; Genicon, Thomas y Laithier, Yves-Marie (dirs.), *Le réforme du droit des contrats. Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* (Paris, Editorial Lexis Nexis, segunda edición) pp. 193-201.

Elizari, Leyre (2021): "Responsabilidad civil en residencias privadas para personas mayores y los contagios de Covid-19 de los usuarios. Títulos de imputación", en Vivas, Inmaculada (dir.), Botello, Pedro (coord.), *Daños, responsabilidad civil y seguros: desafíos actuales del derecho español y comparado* (Madrid, Editorial Tecnos) pp. 109-120.

Esser, Josef y Schmidt, Eilke (1993): *Schuldrecht*, Tomo I, Vol. 2 (Heidelberg, Editorial C.F. Müller, séptima edición).

Fages, Bertrand (2017): *Droit des obligations* (Francia, Issy-les-Moulineaux, séptima edición).

Fernández, María Eugenia (2016): "La responsabilidad del prestador de servicios", en De León, Alicia (dir.), García, Luz (coord.), *Derecho de los consumidores y usuarios: doctrina, normativa, jurisprudencia, formularios*, tomo 1, vol. 2 (Valencia, Editorial Tirant lo Blanch) pp. 2275-2316.

Flors, José (2020): *GPS Procesal Civil* (Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, cuarta edición).

Galán, César (2022): *Responsabilidad civil médica* (Madrid, Editorial Civitas).

García, Guillermo (1962): "El problema de la acumulación de la responsabilidad contractual y delictual en el derecho español", *Revista de Derecho Privado*, tomo XLVI: pp. 831-849.

García, José Luis (2018): "La responsabilidad patrimonial de la administración pública: evolución y desafíos actuales", *Revista de Administración Pública*, Nº 206: pp. 123-145.

García, Manuel (1995): *Teoría general de las obligaciones y contratos. Lecciones de Derecho Civil II* (Madrid, Editorial McGraw-Hill Interamericana de España).

García, María del Carmen (2010): "Aspectos básicos de la responsabilidad civil médica", en Asúa, Clara (coord.), *Responsabilidad civil médica. Tratado de responsabilidad civil* (Navarra, Editorial Thomson Reuters).

Gómez, Esther (2008): "Los sujetos de la responsabilidad civil. La responsabilidad por hecho ajeno", en Reglero, Luis (coord.), *Tratado de Responsabilidad Civil*, tomo II (Pamplona, Editorial Thomson Aranzadi, cuarta edición) pp. 931-1066.

González, José Luis (2008): "Objeto del proceso", en Robles, Juan Antonio (coord.), *Conceptos básicos de derecho procesal* (Madrid, Editorial Tecnos) pp. 239-243.

Gimeno, Vicente (2014): *Derecho Procesal Civil I. El proceso de declaración. Parte General* (Madrid, Editorial Colex, quinta edición).

Goutal, Jean Louis (1981): *Essai sus le principe de l'effet relative du contrat* (Paris, Editorial Librairie générale de droit et de jurisprudence).

Hadding, Walther (1990): *Soergel Bürgerliches, Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen (&328 BGB)* (Berlin, Kohlhammer, decimosegunda edición).

Harke, Jan (2010): *Allgemeines Schuldrecht* (Heidelberg, Dorrecht).

ICEA (2023): *Anuario del Sector Asegurador. Datos 2022*. Disponible en: https://www.icea.es/es-ES/informaciondelseguro/paginas/fichadetexto.aspx?idpublicacion=3244. Fecha de consulta: 15 de mayo de 2024.

Infante, Francisco (2022): "Art. 148. Régimen especial de responsabilidad", en Zumaquero, Laura (coord.); Cañizares, Ana (dir.), *Comentario al texto refundido de la Ley de consumidores y usuarios (arts. 92 a 170 y Disposiciones)*, vol. 2, tomo 2 (Valencia, Tirant lo Blanch) pp. 2169-2207.

Lacruz, José Luis (2011): *Elementos de derecho civil*, vol. 2, tomo 1 (Madrid, Editorial Dykinson).

Lasarte, Carlos y Calaza, Alicia (2023): *Contratos. Principios de derecho civil III* (Madrid, Editorial Marcial Pons, vigesimocuarta edición).

López, Ana (1994): *Los contratos conexos* (Barcelona, Editorial J.M. Bosch).

López, Javier (2017): "Reflexiones sobre la doctrina de la unidad de culpa civil", *Revista de Responsabilidad Civil y Seguro*, enero 2017: pp. 5-8.

Macarrone, Giovanni (1997): *Contratto con prestazione al terzo (Quaderni della Rasegna di diritto civile diretta da Pietro Perlingieri)* (Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane).

Maciá, Andrea (2020): "El contrato o estipulación a favor de tercero a la luz del Derecho comparado y del moderno Derecho de contratos", *Actualidad de Derecho Civil*, tomo LXXIII, fasc. II: pp. 559-634.

Martín, José Manuel (1985): *La estipulación a favor de tercero* (Madrid, Editorial Montecorvo).

Martín, Miquel; Ribot, Jordi y Solé, Josep (2006): *Dictamen sobre la responsabilidad de las entidades de seguros de salud en reclamaciones judiciales por errores o negligencias médicas. Cuadernos de Seaida, 04* (Madrid, Editorial Española de Seguros).

Molina, María Jesús (2008): "Inicio del Juicio Ordinario. La demanda", en Robles, Juan Antonio (coord.), *Conceptos Básicos de Derecho Procesal* (Madrid, Editorial Tecnos) pp. 255-283.

Muñoz, Marta (2016): "Responsabilidad patrimonial y la administración pública: Un análisis comparativo", *Revista de Administración Pública*, Nº 199: pp. 45-70.

Parra, María Ángeles (2008): "Responsabilidad civil por bienes y servicios defectuosos", en Reglero, Luis (coord.), *Tratado de responsabilidad civil,* tomo 2 (Pamplona, Editorial Thomson Aranzadi, cuarta edición) pp. 421-556.

Parra, María Ángeles (2011): *La protección al consumidor frente a los daños: Responsabilidad civil del fabricante y del prestador de servicios* (Madrid, Editorial Reus).

Pérez, Ana María (2021): "Daños resarcibles y negligencias médico-sanitarias", en Vivas, Inmaculada (dir.), Botello, Pedro (coord.), *Daños, responsabilidad civil y seguros: Desafíos actuales del derecho español y comparado* (Madrid, Editorial Tecnos) pp. 151-173.

Pérez, Carmen (1999): *El contrato a favor de tercero* (Granada, Editorial Marcial Pons).

Perrot, Abeledo (2000): *XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil: Conclusiones* (Santa fe, Argentina).

Pertíñez, Francisco (2011): "Daños causados por otros bienes y servicios", en Rebollo, Manuel e Izquierdo, Manuel (dirs.), *La defensa de los consumidores y usuarios (Comentario sistemático al texto refundido aprobado por R.D. Leg. 1/2007)* (Madrid, Editorial Iustel).

Puig, José (1983): *Fundamentos de Derecho Civil,* tomo 2-3 (Barcelona, Editorial Bosch).

Rappazzo, Antonio (1998): *Il contratti collegati* (Bolonia, Giufreé).

Reglero, Luis (2008): "Conceptos generales y conceptos de delimitación", en Reglero, Luis (coord.), *Tratado de responsabilidad civil,* tomo 1 (Pamplona, Editorial Thomson Aranzadi, cuarta edición) pp. 47-246.

Roca, Ramón y Puig, José (2009): *Estudios de Derecho Privado,* tomo 1 (Pamplona, Editorial Aranzadi, segunda edición).

Rodríguez, Pablo (2003): *Responsabilidad contractual* (Santiago, Editorial Jurídica).

Sacco, Rodolfo y De Nova, Giorgio (2016): *Il contratto* (Vicenza, Utet Giuridica, cuarta edición).

Santos, Jaime (1986): *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal* (Madrid, Editorial Montecorvo, cuarta edición).

Schulze, Reiner y Beierle, Benedikt (2016): "Tiers et contrat en Allemagne", *Les tiers, Journées panaméennes (Travaux de l'Association Henri Capitant, Bruselas)*: pp. 41-53.

Sánchez, María Elena (2004): "La interrupción de la prescripción en los supuestos de solidaridad impropia: Su incidencia en la solidaridad de los intervinientes en el proceso de ejecución", *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, *año 80,* Nº 685: pp. 2449-2466.

Seijas, José Antonio (2015): *Responsabilidad Civil. Aspectos Fundamentales* (Madrid, Editorial Sepin).

Terré, François; Simler, Philipp; Lequette, Yves y Chénedé, François (2019): *Droit Civil. Les obligations* (París, Dalloz).

Vargas, Carlos (1998): "La individualización subjetiva del beneficiario en el seguro de daños", *Revista española de seguros,* Nº 94: pp. 261-269.

Von Bar, Christian y Clive, Eric (2009): *Principles, definitions and model rules of European private law: Draft common frame of reference (DCFR)* Disponible en: https://www.ccbe.eu/fileadmin/speciality_distribution/public/documents/EUROPEAN_PRIVATE_LAW/EN_EPL_20100107_Principles__definitions_and_model_rules_of_European_private_law_-_Draft_Common_Frame_of_Reference__DCFR_.pdf. Fecha de consulta: 15 de julio de 2024.

Yzquierdo, Mariano (2001): *Sistema de responsabilidad contractual y extracontractual* (Madrid, Editorial Dykinson).

Yzquierdo, Mariano (2004): "La concurrencia de responsabilidad civil contractual y extracontractual en un mismo hecho dañoso", *Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro*: pp. 24-25.

Yzquierdo, Mariano (2020): *Responsabilidad Civil Extracontractual. Parte General. Delimitación y especies. Elementos. Efectos o consecuencias* (Madrid, Editorial Dykinson, sexta edición).

NORMAS CITADAS

Alemania, *Código Civil Alemán (Bürgerliches Gesetzbuch)* (18/08/1896).
Argentina, Ley Nº 26.994 (01/10/2014): Código Civil y Comercial Unificado.
España, *Constitución Española* (06/12/1978).
España, *Código Civil* (24/07/1889).
España, Real Decreto Legislativo 1/2007 (30/11/2007): *Texto refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios*.
España, Real Decreto Legislativo 1/2000 (07/01/2000): *Ley de enjuiciamiento civil.*
Francia, *Código Civil Francés* (21/03/1804).
Italia, *Código Civil Italiano* (16/03/1942).
Portugal, Ley Nº 47.344 (25/11/1966): *Código Civil Portugués*.
Reino Unido, Act. 1999 (11/11/1999): *Contracts.*

JURISPRUDENCIA CITADA

ATS, 24/03/2021, Roj ATS 3695/2021.
ATS, 20/09/2023, Roj ATS 11802/2023.
SAP de Asturias Nº 282/2015, Roj SAP O 2212/2015.
SAP de Baleares Nº 105/2023, 16/02/2013, Roj SAP IB 495/2023.
SAP de Barcelona Nº 244/2023, 27/04/2023, Roj SAP B 4938/2023.
SAP de Barcelona Nº 585/2023, 16/10/2023, Roj SAP B 10853/2023.
SAP de Jaén Nº 39/2024, 17/01/2024, Roj SAP J 128/2024.
SAP de Madrid Nº 119/2018, 16/03/2018, Roj SAP M 3952/2018.
SAP de Madrid Nº 374/2023, Roj SAP M 14083/2023.
SAP de Madrid Nº 52/2024, 08/02/2024, Roj SAP M 2221/2024.
SAP de Tarragona Nº 132/2024, 07/03/2024, Roj SAP T 359/2024.
STS, 9/12/1949, RJA 1131.
STS, 10/12/1956, RJA 4126.
STS, 11/04/1995, Roj STS 2153/1995.
STS Nº 1109/1996, 13/12/1996, Roj STS 7167/1996.
STS Nº 604/1997, 01/07/1997, Roj STS 4655/1997.
STS Nº 1136/1999, 30/12/1999, Roj STS 8561/1999.
STS Nº 113/2000, 12/02/2000, Roj STS 1009/2000.
STS Nº 288/2004, 07/04/2004, Roj STS 2402/2004.
STS Nº 527/2004, 10/06/2004, Roj STS 4007/2004.
STS Nº 1088/2004, 11/11/2004, Roj STS 7310/2004.
STS Nº 908/2005, 29/11/2005, Roj STS 7089/2005.
STS Nº 1377/2007, 05/01/2007, Roj STS 171/2007.

STS Nº 1216/2007, 28/11/2007, Roj STS 7752/2007.
STS Nº 203/2008, 13/03/2008, Roj STS 4389/2008.
STS Nº 414/2009, 29/05/2009, Roj STS 3303/2009.
STS Nº 438/2009, 4/06/2009, Roj STS 3490/2009.
STS Nº 150/2010, 16/03/2010, Roj STS 1287/2010.
STS Nº 411/2010, 28/06/2010, Roj STS 3954/2010.
STS Nº 607/2010, 07/10/2010, Roj STS 4860/2010.
STS Nº 694/2010, 29/10/2010, Roj STS 5791/2010.
STS Nº 948/2011, 16/01/2011, Roj STS 279/2012.
STS Nº 340/2011, 20/05/2011, Roj STS 2897/2011.
STS Nº 545/2011, 18/07/2011, Roj STS 5554/2011.
STS Nº 68/2012, 15/11/2012, Roj STS 7820/2012.
STS Nº 488/2012, 17/07/2012, Roj STS 5167/2012.
STS Nº 129/2015, 06/03/2015, Roj STS 826/2015.
STS Nº 478/2015, 14/09/2015, Roj STS 3753/2015.
STS Nº 546/2015, 13/10/2015, Roj STS 4148/2015.
STS Nº 403/2016, 15/06/2016, Roj STS 2884/2016.
STS Nº 36/2017, 20/01/2017, Roj STS 176/2017.
STS Nº 64/2018, 06/02/2018, Roj STS 296/2018.
STS Nº 326/2019, 06/06/2019, Roj STS 1949/2019.
STS Nº 446/2019, 18/07/2019, Roj STS 2763/2019.
STS Nº 167/2020, 11/03/2020, Roj STS 735/2020.
STS Nº 171/2020, 11/03/2020, Roj STS 778/2020.
STS Nº 503/2020, 15/10/2020, Roj STS 3162/2020.
STS Nº 544/2021, 19/07/2021, Roj STS 3029/2021.
STS Nº 798/2021, 22/11/2021, Roj STS 4233/2021.
STS Nº 77/2023, 24/01/2023, Roj STS 1177/2023.
STS Nº 204/2024, 19/02/2024, Roj STS 822/2024.
STS Nº 717/2024, 22/05/2024, Roj STS 2880/2024.
STSJ de Madrid Nº 181/2024, 08/03/2024, Roj STSJ M 2878/2024.

Revista Chilena de Derecho | Chilean Journal of Law | Vol. 51 Nº 3, pp. 197 - 237 [2024]
Recepción: 29/07/2024. Aceptación: 11/09/2024
DOI: 10.7764/R.513.7

CHILE FRENTE AL NUEVO ACUERDO SOBRE CONSERVACIÓN DE LA BIODIVERSIDAD MARINA: ÁREAS PROTEGIDAS E INTERACCIONES CON EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA PESCA EN ALTA MAR

CHILE IN FRONT OF THE NEW AGREEMENT ON MARINE BIODIVERSITY CONSERVATION: PROTECTED AREAS AND INTERACTIONS WITH THE LEGAL REGIME OF HIGH SEAS FISHERIES

Osvaldo Urrutia S.[*]

RESUMEN: Después de casi dos décadas de discusiones, el Acuerdo relativo a la Conservación y el Uso Sostenible de la Diversidad Biológica Marina de las Zonas situadas fuera de la Jurisdicción Nacional fue adoptado el 19 de junio de 2023. El presente trabajo aborda el eje más relevante del nuevo tratado para Chile: las medidas de gestión zonales, incluyendo la creación de áreas marinas protegidas. Se analiza cómo el nuevo régimen se relacionará con tratados y organizaciones ya existentes con competencia sobre la biodiversidad marina, especialmente los organismos regionales de pesca y la Organización Regional de Pesca del Pacífico Sur. El artículo también propone elementos para equilibrar los intereses nacionales de conservación y económicos de largo plazo en el Pacífico Suroriental.

Palabras clave: Acuerdo sobre la Conservación y el Uso Sostenible de la Diversidad Biológica Marina de las Zonas situadas fuera de la Jurisdicción Nacional; biodiversidad marina; áreas marinas protegidas; organismos regionales de ordenamiento pesquero; Organización Regional de Pesca del Pacífico Sur.

ABSTRACT: After almost two decades of discussions, the Agreement on the Conservation and Sustainable Use of Marine Biological Diversity of Areas beyond National Jurisdiction (BBNJ Agreement) was adopted on 19 June 2023. This paper addresses Chile's most relevant concern under the new treaty: zonal management measures, including the creation of marine protected areas. It analyzes how the new regime will relate to existing treaties and

[*] Doctor en Derecho, Victoria University of Wellington. Profesor de Derecho Internacional Público, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (PUCV), osvaldo.urrutia@pucv.cl. Dirección: Avenida Brasil 2950, Valparaíso, Chile. 0009-0002-6804-7051. Este trabajo forma parte del Proyecto Fondecyt de Iniciación Nº 11241293. Agradezco a los profesores de la Facultad de Derecho de la PUCV Dr. Jorge Bermúdez Soto por sus comentarios sobre una primera versión de este trabajo y Gonzalo Pereira Puchy por sus observaciones como parte de la delegación de Chile en las negociaciones para el tratado adoptado en 2023. Agradezco igualmente a la abogada PUCV Bárbara Mayers por su ayuda con el formato del texto. Desde luego, todos los errores en este trabajo son de mi exclusiva responsabilidad.

organizations with competence over marine biodiversity, especially regional fisheries bodies and the South Pacific Regional Fisheries Organization. The article also proposes elements to balancing long-term national conservation and economic interests in the Southeast Pacific.

Keywords: Agreement on the Conservation and Sustainable Use of Marine Biological Diversity of Areas beyond National Jurisdiction; marine biodiversity; marine protected areas; regional fisheries management organizations; South Pacific Regional Fisheries Management Organization.

I. INTRODUCCIÓN

Luego de más de una década y media de negociaciones informales, una Conferencia Preparatoria y una Conferencia Intergubernamental, el Acuerdo en el marco de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar relativo a la Conservación y el Uso Sostenible de la Diversidad Biológica Marina de las Zonas situadas fuera de la Jurisdicción Nacional (en adelante, el Acuerdo de 2023 o simplemente el Acuerdo) fue adoptado el 19 de junio de 2023[1]. El Acuerdo ha sido recibido como un "tremendo éxito del multilateralismo"[2], un "logro histórico"[3] y uno de los "principales legados que le dejaremos a las generaciones presentes y futuras"[4].

Chile fue un actor entusiasta en la negociación y adopción del nuevo tratado y el segundo estado en depositar el instrumento de ratificación ante el Secretario General de Naciones Unidas en su calidad de depositario[5]. Además, ha solicitado que la futura secretaría del Acuerdo se radique en Valparaíso[6]. Sin embargo, el entusiasmo nacional oculta temporalmente que la consecución de resultados beneficiosos para Chile demandará decisiones estratégicas y de política de estado de corto, mediano y largo plazo, las que deberán fundarse en ciertos consensos mínimos. Uno de los más relevantes es la necesidad de lograr un balance entre dos intereses legítimos que nuestro país mantiene en alta mar, y que a primera vista parecen contrapuestos: la conservación de la biodiversidad marina y la explotación de recursos pesqueros, especialmente los transzonales.

En este contexto, el presente artículo aborda el que probablemente sea el eje más desafiante del Acuerdo: la regulación de las medidas de carácter zonal en áreas

[1] Acuerdo en el marco de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar relativo a la Conservación y el Uso Sostenible de la Diversidad Biológica Marina de las Zonas situadas fuera de la Jurisdicción Nacional, adoptado en la Quinta Sesión de la Conferencia Intergubernamental convocada desde 2017 para estos efectos. El tratado es también conocido frecuentemente como "Acuerdo BBNJ", por el acrónimo en inglés de *biodiversity beyond national jurisdiction*.

[2] Kőrösi (cuenta X).

[3] Unión Europea (sitio web).

[4] Secretaría de Relaciones Exteriores de México (sitio web).

[5] Instrumento depositado el 20 de febrero de 2024, solo después de Palau. Naciones Unidas (sitio web).

[6] Ministerio de Relaciones Exteriores (sitio web) y Misión Permanente de Chile ante las Naciones Unidas (sitio web).

más allá de la jurisdicción nacional, incluyendo la creación de áreas marinas protegidas. La adopción de este tipo de medidas involucra precisar la relación entre la institucionalidad que crea el Acuerdo y las organizaciones ya existentes con competencia en el ámbito de la explotación de los recursos vivos y la biodiversidad marina, cuestión central tanto para aquellos que buscan la creación y gestión de dichas áreas como para el sector pesquero nacional que opera en alta mar.

Por lo tanto, este trabajo asume el siguiente propósito específico: exponer críticamente las disposiciones centrales del Acuerdo que regularán las iniciativas para establecer medidas espaciales de manejo y cómo ellas se relacionarán con las actividades que impactan en la biodiversidad marina, especialmente la pesca en alta mar. Este análisis implica proyectar las interacciones entre la futura institucionalidad del Acuerdo y los organismos regionales pesqueros existentes, en particular la Organización Regional de Pesca del Pacífico Sur (en adelante SPRFMO, por sus siglas oficiales en inglés)[7], donde Chile tiene una activa participación e intereses de largo plazo.

Para cumplir este propósito el artículo se estructura en cuatro partes, además de la introducción y conclusiones. Las primeras dos partes ofrecen un contexto, incluyendo una breve presentación del régimen de la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982 (en adelante CONVEMAR)[8] y sus limitaciones en materia de conservación de la biodiversidad marina, e introducen el Acuerdo con énfasis en la situación de Chile en el Pacífico Suroriental. La tercera analiza las cuestiones centrales de la relación entre la institucionalidad del Acuerdo y los organismos regionales de ordenamiento pesquero, con especial atención al caso de SPRFMO. La cuarta parte discute las opciones de Chile y subraya la necesidad de equilibrar los objetivos de explotación y conservación de la biodiversidad marina tanto bajo el Acuerdo como en las interacciones con otros regímenes, específicamente SPRFMO.

El artículo analizará los aspectos recién mencionados a partir de las normas relevantes del Acuerdo de 2023, de CONVEMAR, del Acuerdo de Naciones Unidas sobre Poblaciones de Peces de 1995[9], de la *Convención* sobre la Conservación y Ordenamiento de los Recursos Pesqueros en *Alta Mar* en *el Océano Pacífico* Sur que estableció SPRFMO y las remisiones pertinentes al derecho internacional general. Este análisis no agota todos los foros relevantes para Chile en el Pacífico Suroriental ni tampoco en otras áreas oceánicas donde Chile tiene intereses estratégicos. Específicamente, no se elabora un análisis acerca del rol de la Comisión Interamericana del Atún Tropical (CIAT) para la adopción de futuras áreas de protección en el Pacífico, las que también

[7] Creada por la Convención para la Conservación y Ordenación de los Recursos Pesqueros de Alta Mar del Océano Pacífico Sur.

[8] Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.

[9] Acuerdo sobre la aplicación de las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982 relativas a la conservación y ordenación de las poblaciones de peces transzonales y las poblaciones de peces altamente migratorios.

deberán considerarse con mayor detención[10]. Igualmente, la situación en la Antártica y el rol de las organizaciones internacionales con competencia en el área, especialmente la Comisión para la Conservación de los Recursos Vivos Marinos Antárticos (CCRVMA) no son abordadas y bien merecen un trabajo aparte[11].

II. EL ACUERDO: CONTEXTO, ORIGEN Y RESEÑA

El Acuerdo de 2023 constituye el tercer tratado de implementación de CONVEMAR[12]. Su negociación se enmarca en un ciclo del debate global definido por la creciente preocupación sobre la necesidad de proteger los océanos frente a diversas amenazas contemporáneas tales como los impactos del cambio climático, la contaminación marina, la pesca ilegal y la pérdida de biodiversidad en general[13]. En esta narrativa, el régimen jurídico sobre la biodiversidad en alta mar y la Zona en CONVEMAR, es decir, los dos espacios situados fuera de las áreas sujetas a la jurisdicción de los estados costeros, es visto como esencialmente defectuoso y con vacíos significativos para la protección de la biodiversidad[14]. Esta parte explica el significado de dichos espacios en el contexto de la evolución del derecho del mar, las debilidades del régimen de CONVEMAR en materia de conservación de la biodiversidad marina, y cómo el Acuerdo se origina en un consenso relativamente generalizado sobre tales limitaciones.

1. El régimen de CONVEMAR: estructura y limitaciones

El reconocimiento de derechos y obligaciones estatales en los espacios marinos define el objeto principal del derecho internacional del mar. Durante siglos, la división jurisdiccional canónica solo distinguía dos espacios: el mar territorial y la alta mar. Ambos se construyeron consuetudinariamente sobre dos principios fundamentales y contrapuestos que se encuentran en la esencia de la regulación de los océanos.

El primero y más antiguo es la libertad de uso, propio de la alta mar. La navegación siempre ha sido la más importante de estas libertades, especialmente para el comercio: de ahí la relevancia que Hugo Grocio ya le daba a comienzos del siglo

[10] Establecida por la Convención entre Estados Unidos de América y la República de Costa Rica para el establecimiento de una Comisión Interamericana del Atún Tropical. Este tratado bilateral reguló completamente las operaciones de CIAT hasta la adopción de la Convención de Antigua en 2003, la que paulatinamente debería ir reemplazando la aplicación del tratado bilateral original. Convención para el Fortalecimiento de la Comisión Interamericana del Atún establecida por la Convención de 1949 entre Estados Unidos de América y la República de Costa Rica.

[11] Creada por la Convención para la Conservación de los Recursos Vivos Marinos Antárticos.

[12] Los otros dos fueron adoptados hace casi 30 años. El primero de ellos es el Acuerdo Relativo a la Parte XI de CONVEMAR, y el segundo es el Acuerdo de Poblaciones de Peces de 1995.

[13] Naciones Unidas, Asamblea General, A/RES/66/288; Naciones Unidas (2021).

[14] Por ejemplo, Rayfuse (2015). La literatura que percibe los defectos fundamentales del derecho internacional de la alta mar va más allá de las publicaciones académicas. Ver, por ejemplo, Urbina (2019).

XVII, en el contexto de apoyar el derecho de la Compañía de las Indias Orientales holandesa a navegar libremente para comerciar con el lejano oriente, contrario a lo que reclamaban otros estados desde las bulas papales de Alejandro VI[15]. La costumbre reconoció y consolidó la libertad de navegación –pilar de la expansión del capitalismo y la dominación europea de la época– y con el tiempo el derecho a la utilización de alta mar se extendió a otras actividades en la medida que la práctica y la tecnología fueron permitiéndolo, incluyendo la explotación de los recursos marinos, la disposición de cables y tuberías submarinas, el sobrevuelo, la construcción de instalaciones artificiales y la investigación científica.

Puesto que alta mar no está sujeta a la apropiación estatal, la jurisdicción del estado del pabellón o bandera de registro es esencial para autorizar, proteger y a la vez regular las actividades que ocurran en dicho espacio. Así, CONVEMAR señala que todo buque debe navegar bajo la nacionalidad o pabellón de un solo estado y, salvo excepciones, estará sometido en la alta mar solamente a dicha jurisdicción[16]. Como contrapartida, los estados del pabellón deben ejercer un control efectivo sobre los buques bajo su registro[17]. Como se explicará más adelante, son dichos estados quienes tienen la obligación de cooperar para que la libertad de alta mar en cualquiera de sus dimensiones –navegación, pesca, contaminación marina u otras– no se traduzca en anarquía, lo que se realiza por lo general a través de tratados y estableciendo mecanismos institucionales para dicha cooperación, como por ejemplo a través de organizaciones internacionales o reuniones periódicas de las partes bajo los tratados respectivos.

El segundo principio o norma fundamental es la soberanía de los estados costeros sobre cierta porción del mar. Esta salvaguarda ya es perfectamente distinguible en el siglo XVIII en la práctica de los estados y en el influyente trabajo de Emer de Vattel[18], distinguiendo entre el mar bajo soberanía del estado costero de aquella parte que era inapropiable. Este espacio fundamental es hoy reconocido tanto en CONVEMAR como en la costumbre[19].

Significado de los espacios marinos más allá de la jurisdicción nacional

Los principios de soberanía estatal y libertad de uso siguieron regulando durante siglos las relaciones de los estados sobre la base de la distinción entre mar territorial y alta mar. Esta división binaria se complejiza después de 1945, cuando

[15] Grotius (1916). Sobre las bulas papales de Alejandro VI, su contexto e impactos en el desarrollo de la exploración y pretensiones marítimas, ver por ejemplo Bederman (2014) pp. 366-367 y Abulafia (2019) pp. 536-545.

[16] Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, Art. 92(1).

[17] Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, Art. 94(1).

[18] Citado por Lowe y Churchill (1999) p. 72.

[19] Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, artículos 2 y 3. Su anchura máxima es de 12 millas náuticas contadas desde las líneas de base, e incluye la columna de agua, el lecho y subsuelo marino y el espacio aéreo.

pretensiones unilaterales de estados costeros comenzaron a recibir apoyo en la práctica estatal. Las más importantes fueron aquellas sobre la plataforma continental[20] y las que desarrollaron lo que CONVEMAR hoy denomina Zona Económica Exclusiva (ZEE), cuyo origen se remonta a las declaraciones unilaterales de Chile y Perú en 1947, y a la Declaración de Santiago entre Chile, Perú y Ecuador en 1952[21]. Otros espacios se perfilarían en la antesala de la negociación de CONVEMAR, específicamente la Zona o fondos marinos situados más allá de la plataforma continental del estado costero, rompiendo definitivamente la dicotomía tradicional[22].

CONVEMAR mantuvo el mar territorial como el principal espacio costero donde existe soberanía[23]. La ZEE, en cambio, es regulada en CONVEMAR como un espacio *sui generis*: su régimen jurídico no concede al estado costero soberanía ya que no entrega un espacio físico íntegro o como propiedad, sino que otorga derechos de soberanía y jurisdicción para ciertos fines[24]. Los más importantes, sin duda, son los derechos de exploración y explotación, conservación y administración de los recursos naturales, tanto vivos como no vivos[25]. Así, la potestad de regular la explotación y conservación de la biodiversidad marina en general y de los recursos pesqueros en particular dentro de las 200 millas náuticas contadas a partir de las líneas de base –límite máximo para la ZEE– queda entregada al estado costero, con muy pocas limitaciones[26].

En la práctica, la diferencia en los poderes del estado costero en el mar territorial y la ZEE para efectos de la explotación y conservación de la biodiversidad y los recursos marinos no es significativa[27]. Por ello el mar territorial y la ZEE son espacios marinos descritos conjuntamente como áreas sujetas a la jurisdicción nacio-

[20] Especialmente a partir de las llamadas Proclamaciones Truman, una de ellas sobre los derechos en la plataforma continental. Estados Unidos, Proclamation 2667 – Policy of the United States With Respect to the Natural Resources of the Subsoil and Sea Bed of the Continental Shelf (1945).

[21] Chile, Declaración Oficial del Presidente de Chile Gabriel González Videla (1947) y Declaración sobre Zona Marítima (1952).

[22] Naciones Unidas, Asamblea General, Resolución 2749 (XXV).

[23] Al mar territorial se debe agregar las aguas interiores, cuando existe la posibilidad de trazar líneas de base recta. Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, artículos 7 y 8.

[24] Orrego (1991) pp. 48-52.

[25] Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, artículo 56(1)a).

[26] Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, artículos 57, 58, 61 y 62.

[27] Rothwell y Stephens (2010) p. 301. En esta materia, Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar impone ciertas restricciones a los derechos del estado costero en su ZEE: debe administrar los recursos bajo su jurisdicción sobre la base de ciertos estándares previstos en el art. 61, y en caso de existir un excedente "dará acceso a otros Estados al excedente de la captura permisible, según señala el art. 62(2). En la práctica, el estado costero goza de amplia discrecionalidad, lo que explica que muchos estados costeros sobreexploten sus propios recursos sin mayores consecuencias en el ámbito internacional. Una de las razones se encuentra en la propia Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar: el art 297(3)a) señala que el mecanismo de solución de controversias no obliga al estado costero a aceptar disputas que tengan que ver con el ejercicio de sus derechos soberanos con respecto a los recursos vivos en la ZEE.

nal del estado costero. Fuera de estas categorías persisten las áreas *más allá* de dicha jurisdicción: alta mar y los fondos marinos o la Zona, los cuales coexisten sometidos a dos regímenes distintos. En el diseño de CONVEMAR, sin embargo, ambos exhiben vacíos sustantivos en lo que se refiere a la conservación de la biodiversidad marina, lo que se encuentra en el origen de las negociaciones para el Acuerdo de 2023[28].

El régimen de la Zona se refiere solo a la exploración y explotación de los recursos minerales que existen en el lecho y subsuelo marino por fuera de la plataforma continental del estado costero, y no aplica a los recursos marinos vivos[29]. Bajo CONVEMAR y el Acuerdo relativo a la Aplicación de la Parte XI de dicho tratado, los recursos minerales de la Zona son patrimonio común de la humanidad[30], por lo que las actividades de exploración y explotación se sujetan a un régimen colectivo supeditado al control de la Autoridad de los Fondos Marinos, organismo internacional creado por CONVEMAR[31]. Sin embargo, si bien los recursos comprendidos en el régimen de la Zona son solo los minerales, es evidente que su exploración y explotación –como en toda minería– impactarán en la biodiversidad existente no solo en la Zona sino también en las aguas situadas sobre ella, que siguen siendo alta mar. La Autoridad ha trabajado en la elaboración de estándares y directrices con contenido ambiental para la exploración y potencialmente los futuros contratos de explotación comercial de la Zona[32], pero esta no es su competencia principal: su objeto no es la protección de la biodiversidad sino la explotación de los recursos minerales. He aquí, entonces, un primer vacío de CONVEMAR en la materia.

Más relevante es que en alta mar todavía se encuentra arraigado el principio de la libertad de acceso y uso[33]. Una de estas libertades históricas es la de pesca[34], la que impacta directamente en la conservación de la biodiversidad en dos sentidos: primero, los recursos marinos vivos que son objeto de la actividad pesquera son parte de la diversidad biológica, y segundo, es común que debido a las técnicas y artes utilizados la pesca impacte en otras especies y ecosistemas –mamíferos, reptiles y aves marinas– que no son objetivo pesquero. Como se desarrolla en el acápite siguiente, las libertades de alta mar se encuentran modestamente limitadas en CON-

[28] Para una breve reseña de los vacíos de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar en la materia, ver Scovazzi (2016).

[29] Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, artículo 133.

[30] Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, artículo 136.

[31] Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, artículo 153. A la fecha la Autoridad solo ha extendido licencias de exploración. Autoridad Internacional de los Fondos Marinos (sitio web).

[32] El "Código Minero" para la Zona no ha adoptado aun las regulaciones ambientales para las actividades de explotación (solo lo ha hecho con las de exploración), aunque es posible que ello ocurra en 2025. En principio la Autoridad de los Fondos Marinos no extendería contratos de explotación hasta que estas regulaciones no estén adoptadas. Autoridad Internacional de los Fondos Marinos, ISBA/28/C/24.

[33] Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, artículo 87(1).

[34] Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, artículo 87(1)(e).

VEMAR por un puñado de normas que imponen a los estados cuyas naves ahí operan un deber de cooperar para la adopción de medidas de manejo y conservación de los recursos pesqueros[35]. Se trata de una obligación general de medios y no de resultados, por lo que no es de extrañar que las normas de CONVEMAR, en la práctica, hayan influido escasamente en restringir la histórica libertad de pesca en alta mar y los impactos que ella genera[36].

Debilidades de CONVEMAR como régimen para la conservación de la biodiversidad marina en áreas más allá de la jurisdicción nacional

CONVEMAR no tiene un acápite o título específico que regule la conservación de la biodiversidad marina[37]. Tradicionalmente, el derecho internacional ha considerado la vida en el mar como un activo a explotar bajo algunos estándares de manejo, enfoque todavía muy vigente en las áreas más allá de la jurisdicción nacional. CONVEMAR se refiere a los recursos marinos vivos de alta mar (como se señaló, el régimen de la Zona solo aplica a los recursos minerales) en sus Partes V y VII para exigir cooperación estatal para la administración de ciertos recursos que se mueven entre zonas costeras y alta mar[38] y para reconocer que en alta mar los recursos marinos vivos se rigen por la libertad de acceso y explotación bajo parámetros tales como el máximo rendimiento sostenible[39]. La Parte XII de CONVEMAR, referida a la protección del medio ambiente, dice relación con las fuentes de contaminación más que con estándares de conservación de los ecosistemas y su biodiversidad[40].

---

[35] Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, artículos 116-119 y 63-68.

[36] Hey (1999) pp. 17-18.

[37] Ni la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar ni el Acuerdo de 2023 definen diversidad biológica (o biodiversidad) marina, pero se trata de un concepto que no ofrece mayores dificultades. "Diversidad biológica" se utiliza como noción amplia que se refiere a la variedad de vida en todos los ecosistemas. El artículo 2 del Convenio sobre la Diversidad Biológica de 1992 la define como "la variabilidad de organismos vivos de cualquier fuente, incluidos, entre otras cosas, los ecosistemas terrestres y marinos y otros ecosistemas acuáticos y los complejos ecológicos de los que forman parte; comprende la diversidad dentro de cada especie, entre las especies y de los ecosistemas."

[38] Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, artículos 63(2), 64-67.

[39] Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, artículos 117, 118 y 119. Sobre las limitaciones de este estándar reconocido en Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, ver Hey (2012).

[40] Pese a que el artículo 194(4) de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar señala que bajo la parte XII también se tomarán las medidas "necesarias para proteger y preservar los ecosistemas raros o vulnerables, así como el hábitat de las especies y otras formas de vida marina diezmadas, amenazadas o en peligro", en la práctica esta norma ha tenido un tímido impacto. Lo mismo puede decirse de la jurisprudencia que ha extendido la conceptualización de la Parte XII hacia la protección de la biodiversidad, entendiendo la noción de medio ambiente de un sentido amplio, que incluye los recursos vivos. Ver, por ejemplo, Tribunal Internacional del Derecho del Mar, *Southern Bluefin Tuna*, pp. 280-295; Tribunal Internacional del Derecho del Mar, *Request*

Puesto que en alta mar rige el principio de la libertad de uso y acceso, incluyendo la libertad de pesca, CONVEMAR impone a los estados cuyas naves pesqueras capturan recursos que existen ("ocurren") en dicho espacio un deber de cooperar para adoptar conjuntamente medidas de manejo y conservación, las que deben sujetarse a los estándares recién mencionados[41]. Esta cooperación es especialmente relevante para la biodiversidad marina. Aunque diversas actividades pueden afectar los ecosistemas y la biodiversidad en alta mar y los fondos marinos –por ejemplo, la contaminación derivada de operaciones normales de buques, por vertidos o de fuentes terrestres–, la pesca es la actividad que probablemente tiene el impacto más negativo sobre la biodiversidad[42]. La sobrepesca, las capturas incidentales, los descartes y las consecuencias ambientales dañinas de ciertos artes son solo algunos de dichos efectos adversos[43], potencialmente ampliados por las dificultades que existen en controlar este tipo de conductas cuando provienen de la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada[44].

A su vez, la pesca es la principal actividad impulsada por los estados del pabellón en alta mar, después de la navegación y el comercio marítimo. Aunque la amplia mayoría de las pesquerías relevantes se encuentran en aguas sujetas a la jurisdicción de los estados costeros, desde la entrada en vigor de CONVEMAR la pesca en este enorme espacio ha crecido hasta convertirse en una actividad verdaderamente global. Si bien una gran proporción de los buques pesqueros que operan en alta mar están abanderados en apenas una veintena de estados (China, Japón, la República de Corea y algunos países de Europa, especialmente España, además de la entidad de Taiwán/Taipei Chino), las operaciones de estas naves cubren todos los océanos[45].

La cooperación que exige CONVEMAR a los estados que pescan o tienen interés en alta mar se materializa en la práctica mediante el establecimiento de organizaciones regionales de ordenamiento pesquero (en adelante OROPs), a las cuales los estados que las crean les entregan la competencia para adoptar medidas de administración respecto de los recursos bajo su mandato. Aunque no hay una definición legal[46], en términos generales las OROPs comparten tres características distintivas:

---

for Advisory Opinion, párrafo 216; Corte Permanente de Arbitraje, *South China Sea Arbitration*, párrafos 939-949.

41 Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, artículos 117 y 118.

42 Para Tanaka, no hay duda de que las actividades pesqueras son una de las mayores amenazas a la biodiversidad marina. Tanaka (2019) p. 428

43 Ortuño y Dunn (2017); Jennings y Kaiser (1998).

44 Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (2001) párrafo 3.

45 Yozell y Shaver (2019).

46 El Acuerdo de Poblaciones de Peces de 1995 solo define "arreglo" en su artículo 1.1(d), denotando un grado mayor de informalidad que en las OROPs: "mecanismo de cooperación establecido de conformidad con la Convención y el presente Acuerdo por dos o más Estados, en particular para establecer medidas de conservación y de ordenación en una subregión o región respecto de una o más poblaciones de peces transzonales o poblaciones de peces altamente migratorios". Acuerdo de Población de Peces de 1995.

se trata de organizaciones internacionales con personalidad jurídica y órganos permanentes, con la competencia para gestionar poblaciones o stocks pesqueros en alta mar y el poder de adoptar medidas jurídicamente vinculantes para sus miembros[47]. Las OROPs existentes –hoy poco más de una docena– se establecen mediante tratados y suelen ser organismos independientes y descentralizados entre sí. A partir de los artículos 63(2) y 64 de CONVEMAR, existe una distinción según los recursos que regulan: hay OROPs con competencia sobre recursos transzonales (aquellos que ocurren tanto en aguas sujetas a jurisdicción nacional como alta mar, como el jurel) y otras sobre altamente migratorios (aquellos que recorren largas distancias atravesando más de un espacio jurisdiccional y que se encuentran listados en el Anexo I de CONVEMAR, como los atunes), aunque por lo general comparten dinámicas y desafíos comunes[48].

Las pocas OROPs existentes con anterioridad a la vigencia de CONVEMAR tenían un rango de acción y atribuciones bastante limitados[49]. Esto comenzó a cambiar con la negociación y adopción del Acuerdo de Poblaciones de Peces de 1995, que entró en vigor en 2001, tratado que regula la pesca de recursos transzonales y altamente migratorios[50]. Este tratado impulsó una relativa modernización y desarrollo de las OROPs[51], creándose o actualizándose varias de ellas entre los años 2000 y 2015, como por ejemplo la Comisión de Pesca del Pacífico Occidental y Central (WCPFC)[52] y la Comisión Pesquera del Pacífico Norte (NPFC)[53]. Es común encontrar en estos nuevos tratados regionales pesqueros disposiciones con contenido ambiental o relacionadas con la biodiversidad en términos más amplios, y que man-

[47] A lo que se agrega un secretariado permanente que supervisa la parte administrativa y de ejecución de las decisiones que adoptan los miembros de la organización. Harrison (2019) pp. 79, 84.

[48] En el caso de los recursos transzonales, el artículo 63(2) de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar señala que "el Estado ribereño y los Estados que pesquen esas poblaciones en el área adyacente procurarán, directamente o por conducto de las organizaciones subregionales o regionales apropiadas, acordar las medidas necesarias para la conservación de esas poblaciones en el área adyacente". En el caso de los recursos altamente migratorios, el artículo 64 señala que los respectivos estados "cooperarán, directamente o por conducto de las organizaciones internacionales apropiadas, con miras a asegurar la conservación y promover el objetivo de la utilización óptima de dichas especies en toda la región, tanto dentro como fuera de la zona económica exclusiva".

[49] Ver Convenio Internacional para la Conservación del Atún del Atlántico, artículos IV, VIII y IX.

[50] Chile ratificó recién el año 2016. Chile, Decreto Supremo 31.

[51] Además, los artículos 8(3)-(4) y 17(1)-(2) del Acuerdo de Poblaciones de Peces de 1995 señalan que, cuando existe una OROP competente en un área y respecto de recursos determinados, la cooperación debe materializarse a través de la participación en dicho organismo.

[52] Convención sobre la Conservación y Ordenación de las Poblaciones de Peces altamente migratorios del Océano Pacífico occidental y central, que creó esta organización internacional (Western and Central Pacific Fisheries Comission y su acrónimo en inglés).

[53] Convención para la Conservación y Ordenación de los Recursos Pesqueros de Alta Mar del Océano Pacífico Norte, que creó esta organización (North Pacific Fisheries Commission y su acrónimo en inglés).

datan a sus estados miembros a adoptar medidas, por ejemplo, para minimizar el descarte y las capturas incidentales, así como incluir consideraciones ecosistémicas y precautorias[54].

Sin embargo, el problema de fondo se mantiene: en lo esencial las OROPs siguen siendo organizaciones creadas por estados cuya intención principal es concertar un mecanismo formal de cooperación para pescar en alta mar y no necesariamente para proteger la biodiversidad. Es efectivo que estos organismos tienen competencias que impactan en la explotación y la conservación de la biodiversidad marina, pero se trata de atribuciones parceladas y específicas en función de los recursos pesqueros que administran[55].

Igualmente, otras organizaciones internacionales o regímenes multilaterales también tienen competencias relacionadas o que impactan en la biodiversidad marina, también de forma parcelada o específica. Como se indicó recién, la Autoridad de los Fondos Marinos, al regular la minería submarina (la de exploración, hasta ahora) incide en sus impactos en la biodiversidad en los fondos marinos. Otro ejemplo es el régimen de MARPOL, que regula la contaminación por operación normal de buques bajo los auspicios de la Organización Marítima Internacional[56], y cuyas normas también influyen en la conservación de la biodiversidad marina. Esta lógica se extiende a otros organismos de alcance global y regional, desde la Comisión Ballenera Internacional[57] hasta los múltiples regímenes regionales para prevenir la contaminación marina derivada de fuentes terrestres.

Esta descentralización y atomización de competencias recién descrita, intrínsecas a la regulación de las áreas más allá de la jurisdicción nacional, explica porqué los esfuerzos para avanzar en medidas que pretendan proteger holísticamente la biodiversidad marina encuentran obstáculos sistémicos[58]. En alta mar y la Zona coexisten diferentes regímenes normativos a partir de tratados que otorgan competencias a organismos muy distintos para regular algún aspecto de la biodiversidad. Ninguno de ellos tiene por objeto principal la protección ambiental, pero muchos tienen alguna atribución o rol que impacta en la conservación o el uso de la biodiversidad

[54] Ver Acuerdo sobre Poblaciones de Peces de 1995, artículos 5 y 6, y artículo 5(e) de la Convención que crea WCPFC, artículo 3 letras (c), (d) y (e) de la Convención que crea NPFC, y artículo 3(1)(a)(ii) y (vii) de la Convención que crea SPRFMO.

[55] Ver Convención para la Conservación y Ordenación de los Recursos Pesqueros de Alta Mar del Océano Pacífico Sur. Su artículo 2 limita el alcance de las medidas de protección del ecosistema marino en función de los recursos pesqueros bajo dicho tratado: "The objective of this Convention is, through the application of the precautionary approach and an ecosystem approach to fisheries management, to ensure the long-term conservation and sustainable use of fishery resources and, in so doing, to safeguard the marine ecosystems in which these resources occur".

[56] Protocolo relativo al Convenio Internacional para prevenir la Contaminación por los Buques, de 1973.

[57] Creada por la Convención Internacional para la Regulación de la Caza de Ballenas.

[58] Para apreciar esta fragmentación y atomización de los regímenes existentes, ver por ejemplo Ardron y otros (2014), y Blanchard (2017).

marina. Sin embargo, cada organismo o régimen solo puede actuar en el ámbito de estas competencias atomizadas que le han sido otorgadas por tratado.

Así, por ejemplo, una OROP puede regular la pesca en su área de competencia, pero no puede adoptar estándares para la contaminación proveniente de la operación normal de buques. Los estados en el régimen de MARPOL, a su vez, pueden adoptar decisiones para regular esta fuente de contaminación, incluso con énfasis en ciertas zonas sensibles de la alta mar, pero no tienen autoridad para proteger especies de fauna marina amenazadas. Estas lagunas sistémicas en alta mar y los fondos marinos son parte de lo que la doctrina denomina "agendas inconclusas" de CONVEMAR, en donde la falta de mecanismos institucionales adecuados para mejorar la protección de la biodiversidad marina en aquellos espacios situados más allá de la jurisdicción nacional ha sido una de las más significativas[59]. A ello se suman problemas de eficacia y resultados: por ejemplo, y salvo contadas excepciones, el desempeño de las OROPs ha sido poco alentador, tanto en la administración de las pesquerías bajo su competencia como en la adopción de medidas que limiten impactos significativos en los ecosistemas y la biodiversidad marina en general[60].

La descentralización y atomización a partir de CONVEMAR resulta especialmente lesiva para los intereses de conservación cuando se trata de adoptar medidas que regulen el uso de aquellos espacios donde exista biodiversidad significativa que merece protección. Estas medidas de manejo, que el Acuerdo de 2023 reconoce y denomina "mecanismos de gestión basados en áreas"[61], son diseñadas para prevenir daños al medio ambiente, conservar recursos o coordinar actividades[62]. Se trata por lo general de áreas definidas en donde existen limitaciones de uso o cierres espaciales que ofrecen un grado de protección mayor que el área circundante y en donde "se busca alcanzar determinados objetivos ecológicos, económicos y sociales"[63]. Existe un cierto consenso en que este tipo de regulaciones son herramientas importantes para la conservación y gestión de la biodiversidad marina *in situ*[64]. No es extraño que las medidas de gestión y protección territorial para zonas con alto valor ecológico sean de frecuente uso en áreas terrestres y que paulatinamente se utilicen cada vez más en aguas sujetas a la jurisdicción de los estados costeros[65].

Dentro del género de los mecanismos de gestión basados en áreas existe una medida que despierta especial interés: las áreas marinas protegidas. El Acuerdo de

[59] Freestone (2018) p. 151.

[60] Brooks y otros (2014); Swan (2020); Wang (2014).

[61] Acuerdo, artículo 1(1): "por 'mecanismo de gestión basado en áreas' se entiende un mecanismo, incluida un área marina protegida, para una zona definida geográficamente, mediante el cual se gestionan uno o varios sectores o actividades con el fin de alcanzar determinados objetivos de conservación y uso sostenible de conformidad con el presente Acuerdo".

[62] Barnes (2016) p. 604.

[63] Rothwell y Stephens (2010) pp. 465-466.

[64] Naciones Unidas, Asamblea General, A/61/65.

[65] Armstrong (2023).

2023 las define como una "zona marina definida geográficamente que se designa y gestiona con miras a alcanzar objetivos específicos de conservación de la diversidad biológica a largo plazo y que puede permitir, cuando procede, un uso sostenible siempre que sea conforme con los objetivos de conservación"[66]. Las dos diferencias claves entre las áreas marinas protegidas con su género de los mecanismos de gestión basados en áreas es que las primeras tienen objetivos de conservación de largo plazo y solo permitirán otras actividades en la zona delimitada "siempre que sea conforme con los objetivos de conservación" que se han fijado. No es un requisito de la esencia que el establecimiento de las áreas marinas protegidas conlleve siempre la prohibición de otras actividades dentro del polígono geográfico que constituyen sus límites. Sin embargo, se espera que dentro de ellos no tengan lugar actividades que afecten los objetivos de conservación, cuestión que debe examinarse caso a caso.

El establecimiento y la administración de mecanismos como las áreas marinas protegidas se dificulta especialmente en un sistema que está lejos de reconocer una autoridad y competencia únicas, como ocurre con la gobernanza de alta mar y la Zona. ¿Qué estados u organismos tendrían la facultad de establecer medidas de este tipo en dichos espacios, con la capacidad de regular holísticamente todas las posibles actividades que impacten en la biodiversidad marina? Todas las medidas de carácter espacial que existen a la fecha en alta mar solo regulan o pueden alcanzar aquellas actividades bajo la competencia del organismo o tratado específico[67].

Este fue uno de los desafíos al centro de las negociaciones que condujeron al Acuerdo de 2023. El problema esencial puede también presentarse desde otro ángulo: pese a sus innegables méritos, parece evidente que CONVEMAR, un tratado negociado en los años setenta, adoptado en 1982 y que entró en vigor en 1994 difícilmente puede ofrecer un marco jurídico adecuado para regular una materia tan relevante hoy como es la conservación de la biodiversidad marina en las áreas fuera de la jurisdicción nacional. Tal como en otras materias relativas al uso de los océanos, CONVEMAR es aquí el punto de partida, pero no necesariamente el de llegada. Por ello, desde las primeras discusiones sobre su concepción a mediados de la década del 2000[68] hasta su adopción en 2023, las negociaciones para el Acuerdo tuvieron como una de sus prioridades la creación de un régimen jurídico que permitiera adoptar mecanismos de gestión por áreas de la manera más integrada posible, sin contradecir las bases fundamentales de CONVEMAR[69]. El resultado del Acuerdo es

[66] Acuerdo, artículo 1(9).

[67] Por ejemplo, las zonas especiales designadas bajo el Anexo V de MARPOL por los estados parte (Reglas para prevenir la contaminación por las basuras de los buques), o los santuarios balleneros establecidos por la Comisión Ballenera Internacional.

[68] "Un acuerdo de esa índole podría contribuir a superar la índole fragmentaria y sectorial del actual marco regulador internacional". Naciones Unidas, Asamblea General, A/61/65, párrafo 55.

[69] El texto del Acuerdo refleja este elemento fundamental, pues se trata después de todo de un tratado de implementación de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. El art. 5(1) señala: "El presente Acuerdo se interpretará y aplicará en el contexto de la [Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar] y de forma compatible con ella".

indudablemente un paso adelante, pero no puede –ni podía por sí mismo– resolver todos los vacíos que genera el principio de la libertad de uso y la descentralización de competencias estatales en alta mar.

2. El Acuerdo: origen y reseña

La adopción del Acuerdo de 2023 tiene sus orígenes en el trabajo iniciado formalmente por la Asamblea General de Naciones Unidas hace dos décadas, cuando en 2004 decidió establecer un Grupo de Trabajo que tendría como objeto, entre otras tareas, indicar "opciones y enfoques posibles para promover la cooperación y la coordinación internacionales con miras a la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica marina fuera de las zonas de jurisdicción nacional"[70]. Este Grupo de Trabajo sesionó desde 2006 hasta 2015, año en el cual aconsejó expresamente a la Asamblea General que decidiera elaborar "un instrumento internacional jurídicamente vinculante", en el marco de CONVEMAR, "sobre la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica marina fuera de las zonas de jurisdicción nacional"[71].

Los ejes centrales del futuro Acuerdo fueron establecidos por la propia Asamblea en 2011[72], reiterados por el informe del Grupo de Trabajo[73], y se mantuvieron como una hoja de ruta durante toda la negociación. En 2015, y sobre la base tanto de las recomendaciones del Grupo de Trabajo como de los resultados de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Desarrollo Sustentable Río+20[74], la Asamblea General decidió formalizar el trabajo hacia un instrumento vinculante y establecer un Comité Preparatorio previo a establecer una Conferencia Intergubernamental para negociar un texto[75], lo que se formalizó en 2017[76]. Esta Conferencia trabajaría de 2018 hasta 2020, planificación que se alteró por la pandemia generada por el COVID-19. Las etapas finales ocurrieron bajo presión por cerrar una negociación que había perdido ímpetu durante el receso de 2019 a 2022.

El resultado de este largo proceso es un texto laborioso y complejo. Luego de introducir definiciones, normas sobre su aplicación y principios que guiarán a las partes (artículos 1 a 8), el Acuerdo descansa en la regulación de cuatro ejes principales: los recursos genéticos marinos (artículos 9 a 16), los mecanismos de gestión espaciales incluyendo áreas marinas protegidas (artículos 17 a 26), la evaluación de impacto ambiental (artículos 27 a 39) y la creación de capacidad y transferencia de tecnología marina (artículos 40 a 46). Los siguientes títulos del Acuerdo establecen los arreglos institucionales y de toma de decisiones, en especial de la Conferencia de las Partes, así como los mecanismos financieros, de cumplimiento y para la solución

[70] Naciones Unidas, Asamblea General, A/RES/59/24, párrafo 73.
[71] Naciones Unidas, Asamblea General, A/RES/69/292, p. 2.
[72] Naciones Unidas, Asamblea General, A/RES/66/231, párrafo 167.
[73] Naciones Unidas, Asamblea General, A/69/780, p. 3.
[74] Naciones Unidas, Asamblea General, A/RES/66/288, párrafo 162.
[75] Naciones Unidas, Asamblea General, A/RES/69/292, párrafo 1(a).
[76] Naciones Unidas, Asamblea General, A/RES/72/249.

de controversias (artículos 47 a 61). Las normas finales regulan la firma, ratificación y adhesión, entrada en vigor, aplicación provisional y otras normas características, como en todo tratado (artículos 62 a 76, además de dos anexos).

La implementación del Acuerdo será un desafío de largo plazo. El primer y más evidente obstáculo para avanzar en cualquier propuesta de mecanismo de gestión espacial se encuentra en el artículo 68(1): el nuevo tratado requiere 60 ratificaciones para entrar en vigor[77]. Teniendo como punto de referencia otros acuerdos globales relacionados con los recursos vivos marinos es poco probable que esta condición se cumpla pronto. Por ejemplo, el Acuerdo de Poblaciones de Peces de 1995 requería solo treinta instrumentos de adhesión o ratificación, pero entró en vigor en diciembre de 2001, seis años después de su adopción[78]. Igualmente, el Acuerdo FAO sobre Medidas del Estado Rector del Puerto se adoptó en 2009, pero entró en vigor en junio de 2016, después del depósito del vigésimo quinto instrumento de ratificación[79]. Es cierto que grupos de estados que actúan bajo propósitos comunes podrían aumentar rápidamente el número de ratificaciones, como es el caso de los 27 miembros de la Unión Europea. Sin embargo, sería optimista suponer que el Acuerdo entrará en vigor antes de 2027[80].

III. CHILE EN EL PACÍFICO SURORIENTAL

Sin pretender abordar a fondo los cuatro pilares o ejes del tratado, es evidente que el más relevante desde la perspectiva chilena es aquel que consagra la posibilidad de crear medidas zonales de protección de la biodiversidad marina, especialmente las áreas marinas protegidas. Su peso relativo en el panorama de prioridades nacionales supera por mucho a las otras materias que regula el Acuerdo, pues impacta directamente en la proyección de Chile en una de sus áreas de interés directo: la alta mar aledaña a la ZEE nacional, tanto del continente como de las islas chilenas en el Pacífico Suroriental.

1. Importancia relativa de los ejes del Acuerdo en el contexto nacional

La regulación de los recursos genéticos marinos como primer eje del Acuerdo tiene dos objetivos principales: la distribución justa y equitativa de los beneficios asociados a estos recursos y la información digital de sus secuencias en alta mar y la Zona, así como la generación de conocimientos, comprensión científica e innovación tecnológica[81]. Se trata de un nuevo mecanismo cuyo éxito dependerá en gran

[77] Acuerdo, artículo 68(1): "El presente Acuerdo entrará en vigor 120 días después de la fecha en que se haya depositado el sexagésimo instrumento de ratificación, aprobación, aceptación o adhesión".

[78] Acuerdo de Poblaciones de Peces de 1995, artículo 40.

[79] Acuerdo sobre medidas del Estado rector del puerto destinadas a prevenir, desalentar y eliminar la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada.

[80] A la fecha del presente trabajo el Acuerdo cuenta con ocho partes.

[81] Acuerdo, artículos 9 y 14.

medida del interés por la prospección de estos recursos y los consiguientes pagos, del levantamiento de información y generación de conocimiento a través de los órganos del Acuerdo, y del entendimiento para un futuro mecanismo de reparto. Chile no parece tener especial interés en prospectar y generar conocimiento aplicable a productos comerciales, aunque ello no puede descartarse en el futuro. Quizás este escenario haya motivado que la posición de la delegación nacional durante las negociaciones del Acuerdo, al igual que otros estados latinoamericanos, se haya centrado en defender el régimen de reparto de beneficios[82].

El Acuerdo establece un proceso con diferentes etapas y requisitos para otro de sus ejes: las evaluaciones de impacto ambiental para prevenir, mitigar y gestionar efectos adversos significativos de actividades en el medio marino[83]. Sin embargo, el Acuerdo no contiene un listado de actividades que deban someterse a esta evaluación, sino criterios a considerar para que el estado parte concluya si la actividad "puede causar una contaminación considerable" u "ocasionar cambios importantes y perjudiciales"[84]. Por ello el Acuerdo mandata a la Conferencia de las Partes para que determine cuándo se han alcanzado los umbrales para realizar una evaluación de impacto ambiental y a elaborar una lista no exhaustiva de actividades que requerirán o no someterse a dicho proceso[85]. Hasta entonces, será difícil proyectar el alcance práctico del Acuerdo en lo que respecta a estas evaluaciones. En todo caso, es poco probable que en el mediano plazo Chile deba someter algún tipo de actividad nacional a evaluación ambiental bajo el Acuerdo. En relación con la pesca en alta mar, es casi seguro que las futuras normas de la Conferencia de las Partes excluirán estas actividades: tanto en Chile como en muchas otras jurisdicciones, y salvo excepciones muy puntuales, las evaluaciones de impacto ambiental no se extienden a la pesca[86]. Así ocurrió, por ejemplo, bajo el régimen antártico hace ya más de tres décadas[87], y las discusiones con la delegación nacional acerca de este punto en las negociaciones para el Acuerdo sugieren que este enfoque no cambiará en el futuro[88]. Por otra parte, no se vislumbra que Chile autorice actividades de minería submarina en la Zona: nuestro país se ha opuesto abiertamente a la minería submarina en los fondos marinos y ha apoyado, junto con otros países, una moratoria a la extensión de autorizaciones comerciales por la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos.

---

[82] Raposo (2023).

[83] Acuerdo, artículos 27 y 28(1).

[84] Acuerdo, artículo 30(1)(a)-(b).

[85] Acuerdo, artículos 38(1)(a) y 38(2).

[86] Chile, Ley 19.300 artículo 10 y artículo 3, Chile, Decreto Supremo 40, art 3. Ver también Chile, Decreto Supremo 430, artículo 5° inciso cuarto.

[87] Protocolo de Madrid (1991), artículo 8.

[88] Conversación personal con el profesor Gonzalo Pereira Puchy (4 de septiembre de 2024), director del Instituto de Fomento Pesquero y parte de la delegación nacional en la quinta sesión de la Conferencia intergubernamental que finalmente adoptó el Acuerdo.

En cuanto a la creación de capacidad y transferencia de tecnología –otro de los ejes del Acuerdo–, se trata de una materia tangencial para nuestro país considerando el buen nivel de capacidades científicas nacionales y la posición de Chile como país de ingreso medio o alto en el contexto internacional[89].

En contraste, el futuro establecimiento de mecanismos de gestión zonales, y específicamente las áreas marinas protegidas, se encuentra al centro de los intereses de Chile en el Pacífico Suroriental. Se trata, además, de medidas cuya futura propuesta, negociación y adopción ilustran la tensión entre desarrollo económico y protección ambiental, cuestión todavía muy pertinente en nuestro país. Como el siguiente apartado discute, el establecimiento y posterior manejo de estas áreas representan un desafío para Chile, pues deberá equilibrar las políticas ambientales internas de la última década con la actividad económica nacional más relevante en alta mar: la pesca de recursos transzonales.

2. Conservación y pesca en alta mar: balance de intereses

Chile tiene una de las ZEE más grandes del mundo[90], beneficiándose enormemente del reconocimiento formal de este espacio marino en CONVEMAR[91]. La que quizás sea la principal pesquería nacional, la de jurel (*Trachurus murphy*), es sin embargo un recurso transzonal: ocurre y se mueve entre la ZEE y alta mar. Por esta razón la pesca de jurel es regulada por SPRFMO, organización internacional conformada por 17 miembros de los cuales una buena parte ha operado históricamente sobre esta pesquería[92]. Sobreexplotado durante la primera década de este siglo, el jurel ha sido recuperado en buena parte gracias al esfuerzo colectivo en el marco de SPRFMO[93]. Chile tiene asignada por lejos la mayor proporción sobre el total de capturas permisible aplicable (66%), convirtiéndolo en un actor clave y compro-

[89] Chile se graduó de la lista ODA ("official development assistance") de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico en 2018 y es considerado por el Banco Mundial como un país de alto ingreso. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (2024); Banco Mundial (sitio web).

[90] La décima en tamaño, y la más extensa en el contexto latinoamericano seguida de cerca por Brasil. World Atlas (sitio web).

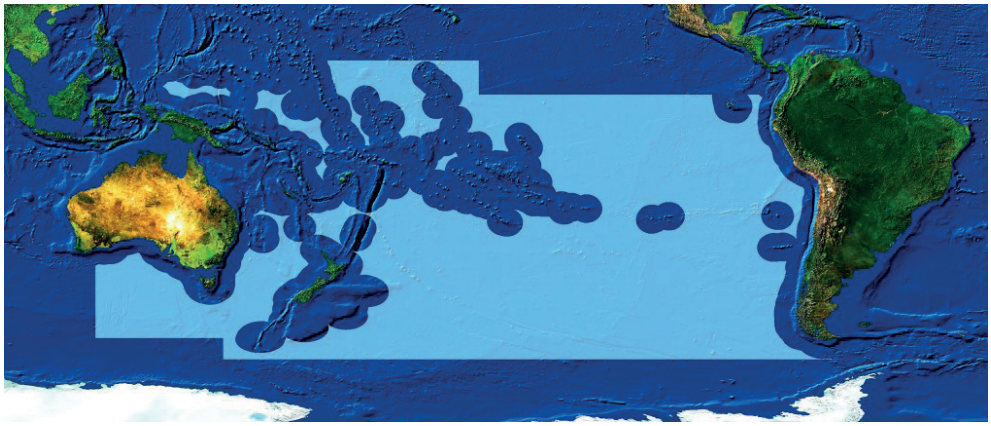
[91] Asunto distinto es si Chile ha sido un país responsable en el ejercicio de estos derechos. Las cifras conocidas permiten concluir lo contrario: de las 28 pesquerías donde se cuenta con información, más de la mitad se encuentran sobreexplotadas o incluso colapsadas. Subsecretaría de Pesca y Acuicultura (2024), p. 16.

[92] Incluyendo principalmente Rusia, China, Vanuatu y países miembros de la Unión Europea representados en SPRFMO por la Comisión Europea.

[93] En 1995, los desembarques de jurel solo de la flota chilena centro-sur alcanzaron 4.200.000 toneladas Instituto de Fomento Pesquero (1999). Luego de años de sobreexplotación (incluido en Chile), la cuota global autorizada por SPRFMO en 2013 para toda el área de distribución del recurso, es decir, el Pacífico Suroriental, fue de apenas 438.000 toneladas. Desde entonces, las acciones de recuperación de la pesquería bajo el marco de cooperación de SPRFMO han permitido que vuelva a niveles sustentables. El máximo de capturas permisible para toda su área de distribución fue fijado en 2024 en 1.242.000 toneladas. SPRFMO (2013), párrafo 11; SPRFMO (2024), párrafo 9.

metido con esta organización[94]. Nuestro país, asumiendo una perspectiva de estado, ha negociado exitosamente sus porcentajes de captura, lo que representa un ingreso significativo para las flotas jureleras nacionales y sus regiones[95].

FIGURA 1
Área de competencia de la Organización Regional de Pesca del Pacífico Sur (SPRFMO)[96].



SPRFMO no es la única OROP donde Chile tiene intereses en el Pacífico Suroriental. Existe otro organismo que regula la pesca en las aguas del Pacífico oriental: la Comisión Interamericana del Atún Tropical (CIAT). Aunque CIAT adopta medidas de manejo pesquero en un área que se superpone en parte con SPRFMO (Figura 2), estas dos organizaciones tienen competencias distintas. Mientras SPRFMO regula recursos transzonales, CIAT regula otro tipo de poblaciones de peces: las altamente migratorias, entre ellas las especies de atunes. Chile no ha tenido un marcado interés en el atún, aunque sí lo tiene con el pez espada (especie relacionada y bajo la competencia de CIAT), llegando incluso a ventilar controversias ante tribunales internacionales por este recurso[97]. Sin embargo, Chile no es estado parte en la Convención de Antigua de 2003 que reformuló esta OROP, y solo tiene el estatus de "no miembro cooperante". Esto le concede una categoría que más se parece a la de un observador, con derecho a participar limitadamente en las reuniones anuales de la organización, pero sin derecho a concurrir en la adopción de decisiones.

[94] La asignación de cuotas a los miembros de SPRFMO realizada en 2024 dejó a Chile con un 66% del total de capturas permisibles por los próximos 10 años. Para 2024, esto equivale a 819.720 toneladas. SPRFMO (2024), Tablas 1 y 2.

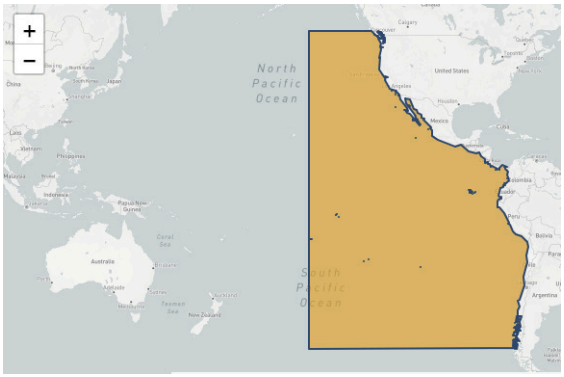
[95] Entre enero y septiembre de 2023 el valor de exportaciones desde la Región del Biobío alcanzó los 270 millones de dólares americanos, lo que representa más de un tercio del total del valor de las exportaciones de dicha región. Mora (2023).

[96] SPRFMO (sitio web).

[97] Se trató de dos contenciosos relacionados: World Trade Organization, *Chile - Measures Affecting*, y Tribunal del Derecho del Mar, *Case Concerning*. Ambos casos fueron descontinuados de común acuerdo en 2009.

Hasta el momento, Chile no ha tenido necesidad de adherir como miembro pleno a CIAT, pero es muy probable que –como se discute más adelante– la ratificación del Acuerdo de 2023 y las futuras discusiones sobre áreas marinas protegidas fuercen a nuestro país a reconsiderar esta posición.

FIGURA 2
Área de competencia de la Comisión Interamericana del Atún Tropical (CIAT)[98].



Así como Chile tiene intereses en la explotación de recursos pesqueros en el Pacífico Suroriental, al mismo tiempo ha desarrollado una especial preocupación por la conservación de la biodiversidad marina. Las medidas de protección zonal en aguas nacionales se han convertido en una prioridad para gobiernos de distinto signo desde hace más de una década, de manera coherente con los compromisos asumidos en el Marco Mundial de Biodiversidad de Kunming-Montreal en 2022[99]. En particular, Chile ha creado un número considerable de parques marinos (bajo la ley 21.600, simplemente parques nacionales) en donde se prohíbe la pesca comercial[100], aun cuando la mayoría de estas áreas todavía requieren ser implementadas[101]. No es difícil prever que Chile mantendrá una posición coherente en alta mar, especialmente en aquellos casos donde –como se explica en los siguientes párrafos– existe una conexión ecosistémica entre las áreas protegidas existentes dentro y fuera de la

[98] Comisión Interamericana del Atún Tropical (sitio web).

[99] Conferencia de las Partes en el Convenio sobre la Diversidad Biológica (2022).

[100] La ley 21.600 modificó esta taxonomía y ahora se denominan parques nacionales. Su artículo 58 señala que en estas áreas prohíbe "la explotación de recursos naturales con fines comerciales", y en los parques nacionales conformados exclusivamente por ecosistemas marinos, "no podrá efectuarse ningún tipo de actividad", salvo algunas que se autoricen "con propósitos de investigación científica, educación o turismo de baja escala." Chile, Ley 21.600.

[101] La intención conservacionista de Chile en sus aguas jurisdiccionales ha exhibido importantes falencias: buena parte de los parques marinos se crearon sin una línea de base ecológica definida y muchos de ellos todavía no cuentan con planes de manejo.

ZEE nacional[102], proponiendo en tales casos áreas protegidas en alta mar en el marco del Acuerdo una vez que entre en vigor.

La proyección internacional de Chile en la conservación de la biodiversidad marina ya es posible apreciarla en el interés que despiertan ciertas zonas que son parte de un mismo y gran ecosistema tanto en la ZEE nacional como en alta mar. Las iniciativas para identificar áreas marinas de relevancia ecosistémica y que merecen protección jurídica no son nuevas: por más de una década, ellas se han encauzado principalmente a través del trabajo de las partes en la Convención de Diversidad Biológica. En 2008, la Conferencia de las Partes en este tratado adoptó la Decisión X/20, cuyo Anexo I fija los criterios para identificar las así llamadas Áreas Marinas de Importancia Ecológica o Biológica (EBSAs, por sus siglas en inglés)[103]. Las partes en la Convención de Biodiversidad han identificado más de 320 zonas que reúnen ciertos criterios científicos definidos de manera común, las que se encuentra en todos los océanos y espacios marinos tanto dentro como fuera de las aguas sujetas a jurisdicción nacional. Varias de ellas se ubican en alta mar, y el Pacífico no es la excepción. Entre ellas destacan la Zona de Alta Productividad del Pacífico Central, la Cadena de Montes Submarinos de Louisville en el Pacífico Occidental, y el Área de Alimentación del Petrel Gris en el Sur del Dorsal del Pacífico Este.

De todas las EBSAs en el Pacífico identificadas bajo la Convención de Biodiversidad, la zona que despierta más interés es aquella que abarca las cordilleras o Dorsales de Salas y Gómez y Nazca (en adelante, las Dorsales), que se extienden a ambos lados de la jurisdicción de Chile y Perú y en una porción significativa en alta mar[104]. Recientes publicaciones científicas dan cuenta de las características ecosistémicas de estos montes submarinos, incluyendo como hábitat de especies pesqueras relevantes, apuntando a la necesidad de adoptar medidas de protección de carácter zonal para preservas sus atributos[105]. Algunos grupos de interés y académicos ya han propuesto que la creación de un área marina protegida y el cierre de la pesca asociado a ella sería la mejor manera de promover su conservación[106]. Chile, de hecho, estableció dos parques marinos en su ZEE (2009 y 2016) cuyas aguas se encuentran en parte de las Dorsales y que hoy están sujetos a medidas de preservación como parques nacionales[107].

---

[102] A esto se suma que Chile impulsa, junto a otros estados, que la Autoridad de los Fondos Marinos adopte una moratoria respecto de las futuras actividades de explotación minera en la Zona. Seas At Risk (sitio web).

[103] Novena Conferencia de las Partes en el Convenio sobre la Diversidad Biológica (2008). Estas áreas son conocidas por su acrónimo en inglés de "EBSAs" (ecologically or biologically significant area), áreas marinas de importancia ecológica o biológica.

[104] Ver Wagner y otros (2021).

[105] Chavez-Molina y otros (2023).

[106] Chavez-Molina y otros (2023). pp. 8-9.

[107] Motu Motiro Hiva (Chile, Ministerio de economía, Fomento y Turismo, Decreto Supremo 235) y Nazca-Desventuradas (Chile, Ministerio del Medio Ambiente, Decreto Supremo 5), áreas que se denominaron parques marinos, terminología que modificó la Ley Nº 21.600.

En este contexto, Chile deberá buscar formas de equilibrar dos intereses relevantes en su relación con las áreas más allá de su jurisdicción nacional: por un lado, la explotación pesquera sustentable en zonas y pesquerías donde mantiene interés directo, y por otro, la conservación de la biodiversidad en la forma de áreas marinas protegidas en su alta mar adyacente, incluyendo restricciones a la pesca para salvaguardar intereses ambientales. La quinta parte de este trabajo volverá sobre las recientes acciones de Chile en la materia. Previo a dicha discusión, sin embargo, es necesario explicar cómo operará el régimen del Acuerdo para la creación de áreas protegidas y las interacciones institucionales entre el nuevo régimen y las OROPs existentes, en especial SPRFMO.

IV. EL ACUERDO Y SUS INTERACCIONES: CUESTIONES CRÍTICAS

La arquitectura jurídica del Acuerdo de 2023 no podía ignorar que diversos organismos creados por tratados tienen competencia para adoptar decisiones a menudo vinculantes para sus estados miembros regulando el uso de la biodiversidad marina más allá de las áreas bajo jurisdicción nacional. Salvo nuevas normas que intentaran expresamente alterar estas competencias, cualquier diseño legal debía respetar los derechos y obligaciones derivados de dichos regímenes. Esto se debe a que el derecho internacional es un sistema descentralizado: los efectos jurídicos de un tratado multilateral no pueden, en principio, imponerse a los estados parte de un tratado diferente. A partir de esta premisa es posible entender las futuras interacciones entre los órganos del Acuerdo y las OROPs.

1. La configuración institucional del Acuerdo: competencia de la COP, límites e interacciones con órganos creados por otros tratados

El sistema resultante para adoptar áreas marinas protegidas se basa en la competencia entregada a la Conferencia de las Partes creada por el nuevo tratado (en adelante la COP). Se trata de la instancia de participación más importante de las futuras partes y que adoptará las medidas necesarias para la implementación del Acuerdo, las que serán en principio obligatorias para todos quienes lo hayan ratificado una vez que entre en vigor[108].

En lo que se refiere a las áreas marinas protegidas, bajo el artículo 22(1) del Acuerdo la COP tiene tres poderes significativos: (a) "adoptará decisiones" sobre su establecimiento; (b) "podrá tomar decisiones sobre medidas compatibles" con las adoptadas por otros marcos jurídicos y órganos mundiales, regionales y sectoriales pertinentes, en cooperación y coordinación con ellos; y (c) "podrá", cuando las medidas propuestas estén dentro de las competencias de tales marcos y órganos, "hacer recomendaciones" a las partes del Acuerdo y también a esos marcos y órganos "para promover la adopción de medidas pertinentes" por conducto de esos marcos y órganos y de conformidad con sus respectivos mandatos.

[108] Acuerdo, artículo 23(3).

Estos tres numerales del artículo 22(1) deben leerse conjuntamente. No es posible sostener que por el solo hecho de adoptar una decisión sobre el establecimiento de un área marina protegida, la COP también tendrá el poder de tomar las medidas necesarias para implementar dicha área a través de la gestión de *stocks* pesqueros, tales como las decisiones sobre un total permisible de capturas, el cierre de zonas de pesca o la prohibición de artes específicos. En ninguna parte del Acuerdo se otorga este poder a la COP. Por el contrario, estas decisiones pertenecen a la OROP correspondiente, cuyo tratado constitutivo le otorga dicha competencia dentro de un área particular en relación con poblaciones o *stocks* específicos. Del mismo modo, cuando una OROP ha adoptado normas o medidas de manejo que regulan actividades pesqueras bajo ciertas condiciones, la COP no podría adoptar "medidas compatibles" si ellas implican, directa o indirectamente, la modificación de tales normas o medidas.

La explicación anterior informa el alcance de la obligación impuesta a la COP de no socavar los instrumentos y marcos legales existentes, entre los cuales desde luego están las OROPs:

> "[a]l adoptar decisiones en virtud del presente artículo, la Conferencia de las Partes respetará las competencias de los instrumentos y marcos jurídicos pertinentes y los órganos mundiales, regionales, subregionales y sectoriales competentes y no irá en su detrimento"[109].

Así, la COP podrá adoptar un área marina protegida, pero ella no podrá contener restricciones a actividades reguladas por otros regímenes, como ocurre con la pesca en alta mar cuando existe una OROP competente[110].

Igualmente, la COP tampoco podrá imponer ninguna medida que establezca un área protegida en alta mar o restricciones relacionadas con dicha decisión a estados que no sean parte del Acuerdo y tampoco a otras organizaciones, incluyendo las OROPs. A menos que la participación en el régimen bajo el Acuerdo o que algunas de sus normas se conviertan en una obligación consuetudinaria –algo imposible en esta etapa, ya que todavía no existe práctica estatal al respecto– o que el nuevo tratado hubiera contado con disposiciones específicas que impliquen una relación jerárquica (como por ejemplo el artículo 311 de la CONVEMAR, lo que no ocurre en este caso)[111], la COP no puede reclamar el derecho de imponer sus decisiones a estados que no hayan ratificado el Acuerdo.

---

[109] Acuerdo, artículo 22(2). Ver también el artículo 5(2): "El presente Acuerdo se interpretará y aplicará de manera que no vaya en detrimento de los instrumentos y marcos jurídicos pertinentes ni los órganos mundiales, regionales, subregionales y sectoriales competentes y promueva la coherencia y la coordinación con esos instrumentos, marcos y órganos".

[110] Hay opiniones que matizan esta conclusión, señalando que no está del todo claro el significado de las expresiones "respetar las competencias" y "no ir en su detrimento". Ver De Lucia (2024), p. 14.

[111] El artículo 311 es una norma extraordinaria que regula la relación entre la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar y otros tratados tanto anteriores como posteriores, estableciendo en algunos casos una verdadera relación de jerarquía en favor del primero.

Esta última observación se fundamenta en una regla capital del derecho internacional general, reconocida en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y el derecho consuetudinario internacional: un tratado no puede crear obligaciones o derechos para terceros estados sin su consentimiento[112]. Debido a que los tratados solo vinculan a los estados que los ratifican, aquellos que se mantengan fuera del Acuerdo de 2023 permanecerán ajenos a las decisiones de sus órganos. En este sentido los tratados –y las decisiones adoptadas por los órganos que ellos crean, como las de una comisión o conferencia de las partes– tienen efecto relativo: solo obligan a quienes han consentido mediante la ratificación del tratado y no son oponibles a terceros.

Este escenario probablemente ocurrirá en relación con varias OROPs, ya que la membresía en estas organizaciones varía y no es ningún secreto que algunos estados cuyas flotas operan en aguas distantes no estarán particularmente entusiasmados con la participación en el Acuerdo, al menos inicialmente[113]. Pero incluso si todos los miembros de la OROP competente también lo fueren en el Acuerdo, dicha decisión no obliga directamente a la OROP en tanto persona jurídica distinta de sus miembros; serán los estados que en ella participan quienes deberán adoptar una decisión formal aceptando lo indicado por la COP. En resumen, ni la OROP pertinente en cuanto organización internacional (con subjetividad internacional propia) ni sus miembros que sean "terceros estados" en el Acuerdo de 2023 estarán obligados por futuras decisiones de la COP[114].

La competencia específica de los regímenes basados en tratados y las limitaciones impuestas por el efecto relativo de los tratados explican la redacción del Artículo 22(1)(c) del Acuerdo. Esta norma afirma que la COP solo puede, cuando las medidas propuestas sean competencia de otros órganos regionales –como son las OROPs– "formular recomendaciones" a las partes en el Acuerdo y también a dichos órganos regionales "para promover la adopción de medidas pertinentes (…) de conformidad con sus respectivos mandatos"[115]. En tales casos la COP no puede sino cumplir la función de exhortar a los países que no son parte en el régimen del Acuerdo, al mismo tiempo que pide a los estados que sí son parte "promover" que otros órganos, incluidas las OROPs, reconozcan las mismas decisiones o adopten medidas coherentes con aquellas que adoptó la COP[116].

En resumen, la correcta comprensión del Acuerdo a través de los principios del derecho de los tratados aconseja que una medida adoptada por la COP que pretenda regular actividades pesqueras bajo la competencia de una OROP ya existente

[112] Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, artículo 34.

[113] Por ejemplo, el delegado de Rusia expresó que el texto del Acuerdo era inaceptable y que la participación de su país no podría considerarse. Naciones Unidas (sitio web).

[114] Cuestión que respecto de esta cláusula ya era advertido durante la negociación del Acuerdo. Papastavridis (2020) p. 600.

[115] Acuerdo, artículo 22(1)(c).

[116] Acuerdo, artículos 8(2) y 22(1)(c).

no son oponibles a esta última organización. De esta manera, y pese que la expresión ha levantado dudas en la doctrina[117], la limitación impuesta a las decisiones de la COP de "no ir en detrimento" de la competencia de los organismos regionales significa que las partes en el Acuerdo no tendrán la facultad de imponer directamente, por ejemplo, un cierre de pesca en un área específica regulada o bajo la competencia de una OROP[118]. Si la COP adopta un área marina protegida, cualquier restricción a las actividades pesqueras en el área en cuestión –incluyendo el plan de administración o manejo– tendrá que ser adoptada o al menos reconocida por el órgano de toma de decisiones de la OROP pertinente.

Con todo, la COP podrá hacer recomendaciones y podrá también adoptar medidas compatibles con las tomadas por los organismos regionales como las OROPs. Esto último deja un espacio para la acción de la COP, pero siempre limitada a que en materias pesqueras ello se hará en "cooperación ý coordinación" con las OROPs[119]. Este entendimiento acerca de las normas centrales de operación del Acuerdo es también coherente con la posición de Chile expresada en la declaración que presentó al momento de ratificar el Acuerdo[120].

2. Regla de toma de decisiones

Un segundo aspecto crítico para entender las futuras interacciones entre la COP y las OROPs es la regla de toma de decisiones bajo el artículo 23 del Acuerdo. La regla general es que las decisiones relacionadas con las áreas marinas protegidas deberán adoptarse por consenso[121]. Sin embargo, cuando la COP decida por una mayoría de dos tercios de los miembros presentes y votantes "que se han agotado todas las vías para llegar a un consenso", podrá adoptar una decisión por mayoría de tres cuartos de los miembros presentes y votantes[122]. El hecho de que la COP pueda determinar por mayoría calificada (dos tercios de miembros presentes y votantes) que se han agotado todos los esfuerzos para llegar a un acuerdo y luego pueda adoptar la propuesta de fondo también por votación (tres cuartos de miembros presentes y votantes) es un resultado sorpresivo de la negociación[123]. A diferencia de la regla del consenso, en donde basta la objeción de un miembro para que la decisión no pueda adoptarse, la posibilidad de votación creará expectativas y movilizará a futuros proponentes de áreas marinas protegidas para conseguir tales votos.

---

117 Ver Scanlon (2018); Langlet y Vadrot (2023).

118 Acuerdo, artículo 22(2).

119 Acuerdo, artículos 17(b), 22(1)(b) y (3).

120 "Chile declares that the Agreement shall in no way undermine the legal regimes to which Chile is a party, such as, among others, (…) the South Pacific Regional Fisheries Management Organization, the International Seabed Authority and the International Maritime Organization". Declaración de Chile al memento de ratificar el Acuerdo. Naciones Unidas (sitio web).

121 Acuerdo, artículo 23(1).

122 Acuerdo, artículo 23(2). Nótese que esta es una regla especial y distinta de la regla general para las demás decisiones de la COP, según señala el artículo 47(5).

123 Duan (2024) p. 76.

La regla del consenso respaldada por un procedimiento de votación es un desarrollo positivo. Con algunas diferencias, las disposiciones del Acuerdo son similares a las adoptadas, por ejemplo, por las convenciones que crean algunas OROPs con textos relativamente modernos, tales como WCPFC[124], SPRFMO[125], NAFO[126] y, hasta cierto punto, NPFC[127].

Sin embargo, los estados que promuevan la utilización de esta regla deberían operar con cautela y observar otras consideraciones. La más importante es que el propio Acuerdo reconoce la posibilidad de que los estados insatisfechos con la posición de mayoría objeten la decisión de la COP, la que entonces "no será vinculante para esa Parte"[128]. Es cierto que no toda objeción estará permitida: ella debe estar fundada en causales específicas y el estado que objeta "no adoptará medidas ni emprenderá acciones que vayan en detrimento de la eficacia de la decisión" objetada, excepto cuando tales medidas o acciones "son esenciales para el ejercicio de los derechos y deberes de la Parte que formule la objeción"[129]. Con todo, este diseño adolece de un serio defecto: ante tales controversias entre la COP y uno de sus miembros, el Acuerdo no establece un mecanismo o procedimiento a cargo de un tercero imparcial que se active automáticamente para decidir si la objeción es o no contraria a las causales previstas en el tratado. Por el contrario, el Acuerdo se basa en las disposiciones generales sobre solución de controversias a que se refiere la Parte XV de CONVEMAR. Esto significa que uno o más estados tendrían que impugnar la objeción presentada apoyándose en mecanismos de disputa tales como el arbitraje bajo el Anexo VII de CONVEMAR (el mecanismo por defecto), el Tribunal Internacional del Derecho del Mar o la Corte Internacional de Justicia, según la preferencia común de los estados en disputa[130]. Tales controversias, como todo litigio internacional a través de estos mecanismos, no serán cortas ni sencillas.

Este enfoque contrasta con otros mecanismos más eficientes, específicamente con el procedimiento de objeción contemplado en algunos tratados que crean OROPs tales como SPRFMO, WCPFC y NAFO. Así, por ejemplo, el sistema de

[124] Convención sobre la Conservación y Ordenación de las Poblaciones de Peces altamente migratorios del Océano Pacífico occidental y central, Artículo 20(2).

[125] Convención para la Conservación y Ordenación de los Recursos Pesqueros de Alta Mar del Océano Pacífico Sur, Artículo 16.

[126] Convenio sobre cooperación en las pesquerías del Atlántico Noroccidental, y sus modificaciones posteriores, artículo XIII.

[127] Convención para la Conservación y Ordenación de los Recursos Pesqueros de Alta Mar del Océano Pacífico Norte, artículo 8.

[128] Acuerdo, artículo 23(4).

[129] Acuerdo, Artículo 23(6). Bajo el párrafo (5), las causales de objeción son: a) la decisión es incompatible con el presente Acuerdo o con los derechos y deberes de la parte que formule la objeción previstos en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar; b) la decisión discrimina injustificadamente, de hecho o de derecho, a la parte que formule la objeción; c) la parte no puede cumplir en la práctica la decisión en el momento de la objeción tras haber realizado todos los esfuerzos razonables para ello.

[130] Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, Artículo 287.

objeción de SPRFMO establece un panel de revisión colegiado a establecerse forzosamente una vez que existe una objeción contra la decisión de mayoría, y que debe resolver en un plazo especialmente breve[131]. En comparación, el mecanismo del Acuerdo de 2023 es significativamente menos eficiente y probablemente más costoso. Además, es un diseño que incentiva a que estados insatisfechos objeten una decisión de la COP, sabiendo que otras partes tendrán la carga de probar que dicha objeción carece de fundamento o es contraria al Acuerdo.

No se trata de sugerir que siempre se debe evitar la votación cuando el tratado pertinente ofrece esa oportunidad. Sin embargo, parece prudente intentar construir un consenso genuino entre todos los estados participantes o al menos aquellos más relevantes de la respectiva organización, pues un enfoque que solo busca obtener los votos necesarios para una decisión específica conlleva el riesgo de una objeción de resultado incierto. Países como Chile también deberían considerar este elemento en sus futuras negociaciones.

V. LAS OPCIONES DE CHILE: PROPUESTAS Y BALANCE DE INTERESES

Los acápites anteriores han observado que el futuro régimen global bajo el Acuerdo de 2023 y los órganos regionales tendrán, por tanto, competencias diferentes pero complementarias en cuanto al manejo de espacios en alta mar y la Zona. Cabe preguntar entonces cómo se podrían articular las futuras propuestas de conservación zonal en el Pacífico Suroriental que contengan restricciones a la pesca con la finalidad de proteger ciertos ecosistemas marinos, especialmente las Dorsales. Esta parte discute los posibles escenarios y cómo Chile ha comenzado a mostrar sus opciones.

1. Articulaciones de futuras propuestas

Es posible pensar en al menos dos caminos u opciones. Un primer enfoque sería exclusivamente regional: si bien los tratados que crean OROPs como SPRFMO no les otorgan competencia para adoptar áreas marinas protegidas, ellas sí pueden adoptar medidas que restrinjan la pesca y que en la práctica podrían acarrear efectos similares de conservación. Ello incluye, por ejemplo, la facultad de adoptar limitaciones de acceso, regulaciones de artes de pesca y el cierre de áreas a la pesca por razones biológicas[132]. Mientras el Acuerdo no entre en vigor, es probable que algunos estados y miembros de la sociedad civil consideren avanzar en la protección de sitios como las Dorsales con el foco en las OROPs regionales, en este caso SPRFMO y CIAT (las que, como se ha explicado, regulan distintos tipos de poblaciones

[131] Convención para la Conservación y Ordenación de los Recursos Pesqueros de Alta Mar del Océano Pacífico Sur, Anexo II, párrafo 9.

[132] Convención para la Conservación y Ordenación de los Recursos Pesqueros de Alta Mar del Océano Pacífico Sur, artículo 20(1)(c), (d) y (2). Ver también Convención sobre la Conservación y Ordenación de las Poblaciones de Peces altamente migratorios del Océano Pacífico occidental y central, artículo 5(e), (d) y (f); y Convención para la Conservación y Ordenación de los Recursos Pesqueros de Alta Mar del Océano Pacífico Norte, artículo 3(d), (e) y (k).

de peces), buscando un cierre o restricciones significativas a las actividades pesqueras que puedan afectar la biodiversidad marina más valiosa en dichas áreas. Bajo este enfoque, la COP después formalizaría dichas restricciones regionales y sectoriales mediante su reconocimiento en una decisión que específicamente adopte un área marina protegida con un plan de manejo que incluya lo acordado a nivel regional por la OROP competente.

La ventaja de esta estrategia radica en utilizar el sistema existente y no esperar la entrada en vigor del Acuerdo. Sin embargo, buscar la conservación de los ecosistemas de más valor en alta mar a través de las medidas que pueda adoptar una OROP puede ser insuficiente, ya que otras actividades que impactan el área –la contaminación por operación normal de buques, el vertimiento, las eventuales exploraciones y explotaciones mineras– quedarían excluidas de tales esfuerzos. Esto significa que, más temprano que tarde, el impulso de la COP será necesario para avanzar hacia áreas protegidas integrales, administradas bajo planes de manejo que no solo contengan restricciones a la pesca sino también a otras actividades económicas con impacto en la conservación de la biodiversidad marina.

Un segundo enfoque priorizaría, por el contrario, las decisiones bajo el Acuerdo. Esta estrategia consistiría en obtener una decisión de la futura COP estableciendo un área protegida una vez que el nuevo tratado entre en vigor y luego solicitar a las OROPs relevantes que sus medidas de manejo sean coherentes con aquella. Sin embargo, la sola autoridad de la COP no tendrá efectos directos en las OROPs, por lo que una futura área protegida que quiera preservar ciertos ecosistemas como las Dorsales debe necesariamente contar con una decisión acorde por parte de los organismos competentes –como se ha dicho, SPRFMO y CIAT en el Pacífico Suroriental– si se quiere incluir todas las actividades de pesca en la región. En este segundo enfoque, los miembros del Acuerdo deberían "promover" las decisiones de la COP ante la OROP competente, como señala el artículo 22(1)(c) del Acuerdo.

Es probable que exista también una tercera opción: una estrategia en dos niveles sobre la base de iniciativas regionales y globales interactuando en paralelo. Por un lado, se impulsaría la pronta entrada en vigor del Acuerdo para trabajar bajo la futura COP en un entorno de países con intereses similares, al menos en el periodo inmediatamente posterior a su entrada en vigor. Por el otro, los enfoques regionales permitirían presentar las primeras propuestas de medidas de conservación zonal ante organismos como las OROPs, levantar la información científica relevante y formar bloques de negociación. Como el acápite siguiente expone, todo indica que Chile ya ha comenzado a preparar sus opciones para proteger las Dorsales a través de medidas de carácter regional y sectorial en SPRFMO, las que de ser adoptadas probablemente servirán de base para una propuesta de área marina protegida bajo el Acuerdo.

2. Chile y sus propuestas de conservación zonal bajo SPRFMO: examen crítico

En la 9ª reunión del Comité Científico de SPRFMO en 2021, Chile presentó un documento para discusión por el cual se solicitaba realizar "estudios para prote-

ger" las Dorsales de Salas y Gómez y Nazca[133]. En la parte relevante, nuestro país informó acerca de la ciencia realizada en relación con esta área y pidió al Comité Científico incorporar esta materia en su plan de trabajo anual, para así "explorar opciones de manejo y conservación, incluyendo medidas basadas en manejo espacial"[134].

El Comité Científico de SPRFMO, si bien accedió a incluir esta materia en su plan de trabajo, criticó la base científica para delimitar las áreas a considerar, los fundamentos para diferenciar los niveles de biodiversidad en el área indicada, la falta de diferenciación en los tipos de pesca existentes y las contradicciones en cuanto a la descripción del esfuerzo pesquero[135]. Confirmando lo explicado en la parte IV de este trabajo, el Comité también subrayó que SPRFMO "no tiene la competencia para adoptar áreas marinas protegidas" aun cuando Chile no estaba proponiendo explícitamente este tipo de medidas, y que cualquier decisión solo podía recaer sobre la regulación de la pesca y no otras actividades que pudieran impactar la biodiversidad en las Dorsales[136].

En la siguiente reunión del Comité Científico en 2022, Chile nuevamente presentó un documento para discusión sobre las Dorsales[137]. El texto destacaba las cualidades ecológicas únicas de este ecosistema y solicitaba considerar que el área debería cerrarse a la pesca e invertir en investigación[138]. Miembros del Comité Científico nuevamente cuestionaron la falta de argumentos para señalar por qué cierta actividad de pesca debería suspenderse si ella no causa daños significativos o irreparables en el ecosistema marino[139]. El Comité concluyó que no veía justificación para cerrar el área, por lo que declinó pronunciarse sobre recomendaciones en tal sentido para la Comisión[140].

En 2023, en la 11ª reunión del Comité Científico de SPRFMO, Chile no presentó documentos para discutir y solo intervino para realizar declaraciones unilaterales subrayando la importancia del ecosistema de las Dorsales y la necesidad de protegerlo[141]. Chile también manifestó que como país costero tiene medidas vigentes de protección para este ecosistema –incluyendo parques marinos nacionales– e invitó a sus pares de SPRFMO a sumarse a futuras iniciativas de protección[142]. A diferencia de los años anteriores, y luego de dicha reunión, Chile decidió presentar

[133] SPRFMO (2021) p. 39.
[134] SPRFMO (2021) p. 40.
[135] SPRFMO (2021) p. 40.
[136] SPRFMO (2021) p. 40.
[137] SPRFMO (2022) p. 44.
[138] SPRFMO (2022) p. 44.
[139] SPRFMO (2022) p. 44, párrafos 256, 257 y 258.
[140] SPRFMO (2022) p. 44, párrafo 258.
[141] SPRFMO (2023), p. 9 y pp. 87-88.
[142] Según lo expresó Chile: "(…) currently protection of the Salas y Gómez and Nazca Ridges only reaches national jurisdiction areas, which leaves 73% of this ecosystem unprotected"; "Chile wishes to encourage the other Members of SPRFMO to consider the possibility of studying the establishment of a scheme of protection for this area, to serve as an example of conserving biodiversity

una propuesta formal de cierre de actividad pesquera en las Dorsales directamente a consideración de la Comisión de SPRFMO[143].

Esta propuesta chilena no concitó apoyo en la reunión anual de los miembros de SPRFMO a comienzos de 2024, pero la Comisión decidió que su Comité Científico incluyera anualmente las Dorsales como uno de los temas permanentes de su agenda con la finalidad de mantener una discusión continua[144]. El Comité Científico deberá también recopilar y revisar la información y datos científicos relevantes sobre el área y recomendará posibles medidas para la Comisión[145]. El reporte de la reunión, elaborado por la Comisión, contiene un mensaje relevante para guiar el trabajo futuro de todos aquellos que busquen avanzar en la protección de las cordilleras de Salas y Gómez y Nazca en SPRFMO: si bien se reconoce que algunos miembros acogieron positivamente la propuesta, también se destacó la necesidad de proveer más información antes de tomar una decisión final, especialmente la justificación científica para establecer cualquier medida de protección[146].

El relato anterior revela al menos dos cosas. En primer lugar, y pese a sus defectos, las presentaciones de Chile en 2021, 2022 y 2023, y la discusión de 2024 ante la Comisión de SPRFMO, demuestran que nuestro país ya considera a esta OROP como un foro adecuado para avanzar hacia la protección de áreas con valor ecológico especial, por lo que es de suponer que estas propuestas también apuntarán a sustentar futuras discusiones en el marco del Acuerdo una vez que entre en vigor.

En segundo lugar, el reporte de Comisión de SPRFMO en 2024 revela uno de los desafíos más inmediatos para los estados que, como Chile, pretendan articular propuestas de protección de la biodiversidad marina, sea en el contexto de tratados regionales o en el futuro bajo la COP del Acuerdo. Toda propuesta, y más aún aquellas que involucren el cierre de la pesca, necesitarán una sólida justificación científica que genere cierto consenso, incluyendo, por ejemplo, acerca de los impactos de los diferentes tipos de artes o métodos de pesca en las pesquerías existentes.

En resumen, Chile ha tomado una posición y probablemente intentará perseverar en ella durante los próximos años. Sin embargo, las deficiencias en las propuestas presentadas y los cuestionamientos que terceros estados han manifestado desde 2021 a la fecha sugieren que nuestro país deberá tomarse en serio las dificultades asociadas a la construcción de consensos en los organismos multilaterales y los posibles impactos que la actual posición nacional pueda tener para los propios intereses nacionales. El siguiente acápite reflexiona sobre tres elementos a considerar para aminorar estas dificultades y equilibrar dichos intereses.

in areas beyond national jurisdiction and international cooperation and coordination". SPRFMO (2023), pp. 87-88.

143 SPRFMO (2024) COMM 12 - Prop 20.

144 SPRFMO (2024) Decisión 17, párrafo 1.

145 SPRFMO (2024) Decisión 17, párrafo 1.

146 SPRFMO (2024), párrafo 94.

FIGURA 3
Área sobre la cual recae propuesta de cierre pesquero en Dorsales de Salas y Gómez y Nazca en la alta mar del Pacífico Sur, presentada por Chile ante SPRFMO, y que coincide con área ecológicamente significativa (EBSA, según fuera identificada por las partes en la Convención de Biodiversidad)[147].

3. Balance de intereses

Chile tiene intereses legítimos en la alta mar y los fondos marinos adyacentes a sus áreas bajo jurisdicción nacional tanto en materia de explotación económica como de conservación de la biodiversidad. Estos intereses no son necesariamente incompatibles, y de hecho pueden complementarse: un área protegida donde se restringe la pesca puede también jugar un rol favorable en el futuro de dicha actividad, si el espacio resguardado sirve –por ejemplo– como hábitat de juveniles o área de reclutamiento (es decir, donde individuos juveniles se incorporan a la fase explotable de una población o *stock* de pesca). La posición o política de estado en esta materia debiera perseguir la protección ambiental basada en áreas sin perjudicar sustantivamente los intereses nacionales en la pesca, especialmente la pesquería nacional de jurel. Este equilibrio es lo que sugiere la Política Oceánica Nacional de 2018, principal herramienta que contiene un consenso legitimado para guiar las acciones de nuestros representantes en el ámbito internacional del mar[148].

En el corto plazo, al menos, esta ponderación parece lograrse *de facto*: debido a la distribución del recurso y las características de las Dorsales, es poco probable

[147] SPRFMO (2024), p. 4. Las áreas dentro de las zonas punteadas son aguas jurisdiccionales de Chile (incluyendo sus islas oceánicas), salvo aquellas adyacentes a Perú.

[148] Chile, Decreto Supremo 74, pp. 20, 22 y 24-26.

que las actuales propuestas de cierre de pesca que Chile pretende en SPRFMO tengan un impacto significativo en la actividad de la flota chilena que opera sobre jurel en alta mar. Sin embargo, es importante construir cualquier propuesta de conservación utilizando argumentos que sean capaces de mantener coherencia en el tiempo y que contribuyan a lograr un balance entre conservación de la biodiversidad marina y restricciones a la legítima actividad pesquera, pues nada garantiza que a futuro otras propuestas sí puedan afectar directamente estos intereses en el caso de Chile. En este contexto, es posible identificar tres elementos para aquilatar la posición nacional y a la vez influir en las futuras discusiones multilaterales.

Un primer elemento para que cualquier futura medida basada en áreas tenga éxito es su fundamento científico. Un argumento que socava el avance de cualquier propuesta insiste en justificar un cierre de área exclusivamente en su valor o relevancia ecológica. La línea de base ambiental de la zona que se pretende conservar es el punto de partida, pero este argumento no es suficiente. Cualquier proponente, incluyendo Chile, debiera explicar por qué se necesita un cierre de pesca (ante la OROP competente) o un área marina protegida (en el futuro ante la COP), qué justifica las restricciones a dicha actividad y por qué otras medidas alternativas no podrían alcanzar los mismos o similares objetivos de conservación (por ejemplo, que el cierre garantiza la viabilidad de áreas de reclutamiento o para proteger ecosistemas especialmente vulnerables).

Un segundo elemento fundamental y relacionado con el anterior es la necesidad de describir con claridad los impactos relacionados con la actividad pesquera en una doble dimensión. Primero, en la compresión de las actividades que se realizan en la zona que se pretende regular y que pudieran verse afectadas, y segundo, en los impactos específicos que la pesca autorizada en dicha zona de hecho ocasiona. El balance entre ambos componentes debe arrojar un resultado razonable.

Lo anterior es relevante porque los miembros de SPRFMO cuyas naves operan o podrían operar en las aguas que se pretende proteger probablemente se resistirán a los cierres de pesca o cuestionarán las propuestas más ambiciosas de áreas protegidas. En este punto piénsese, por ejemplo, en la flota china de alta mar que opera con poteras mecanizadas (*jigging*) respecto del calamar o jibia[149]: se trata de un método de pesca selectivo que en principio no parece afectar especialmente a otras especies[150], lo que seguramente gatillará que China tenga objeciones a los cierres de pesca y demande propuestas científicamente bien fundadas. Así, las preguntas fundamentales para los estados que deban definir su posición frente a las propuestas de manejo zonal muchas veces serán de carácter técnico. Por ejemplo, si los artes de

[149] Se trata de cientos de líneas que se lanzan al agua desde instalaciones especiales en la cubierta de un buque pesquero, cada una con un anzuelo especial o "jig", donde los ejemplares de calamar quedan atrapados. Los calamares son atraídos con focos de luz que se operan a bordo, y cada línea y anzuelo se recoge mecánicamente.

[150] Nguyen y Nguyen (2022) p. 2. Se debe reconocer, sin embargo, que se requiere más investigación en este punto.

pesca utilizados en el área no generan impactos ecosistémicos relevantes, ¿es necesario un cierre de pesca? Incluso si ese fuera el caso, ¿existen medidas alternativas? Y si no existieran medidas alternativas, ¿cómo priorizar medidas más o menos restrictivas dentro de la zona propuesta?

El tercer elemento que se propone es la necesidad de transparencia en la información que fundamentará las propuestas de áreas protegidas en alta mar. Las partes y los estados interesados, incluyendo Chile, deberán presentar y poner a disposición de otros científicos sus propias justificaciones para proteger la zona que proponen. El proceso, especialmente desde sus inicios en el ámbito científico –tanto en SPRFMO como en el futuro bajo la institucionalidad del Acuerdo– debería así converger participativamente, creando consensos genuinos. Esto es especialmente relevante en el ámbito de trabajo de las OROPs, atendidas las justificadas críticas a su falta de transparencia en aspectos tanto externos o públicos (informar al público sobre sus actividades y decisiones, lo que incluye al menos la disponibilidad de información, la participación en la toma de decisiones y el acceso a los resultados)[151] como internos o institucionales (el intercambio de información entre actores institucionales y las disposiciones para garantizar que todos los miembros de una OROP puedan contribuir por igual en sus actividades y resultados)[152]. Aunque la confidencialidad es esencial en ciertos aspectos[153], será prioritario que todos los estados perciban que la generación de información científica que fundamenta el área a proteger, así como la que describe los posibles impactos económicos (por ejemplo, quienes se verían excluidos de continuar pescando como lo venían haciendo) ha sido participativa y transparentada oportunamente.

La aplicación de los tres elementos anteriores contribuirá a que nuestro país tenga una oportunidad para empujar medidas multilaterales de conservación en las Dorsales y a la vez mantener su pesca de jurel en los caladeros más significativos salvaguardando sus intereses pesqueros. Desde luego, otros estados tendrán razones para oponerse, sea de principios, practicas o tácticas: la discusión sobre estos mecanismos de conservación en la alta mar del Pacífico Suroriental recién está comenzando.

VI. CONCLUSIONES

El Acuerdo de 2023 es un hito en la evolución y modernización del derecho del mar. Uno de sus éxitos preliminares es el diseño de un marco jurídico con aspiraciones de alcance global que permitirá a las futuras partes discutir y adoptar propuestas de manejo zonal para conservar la biodiversidad marina en alta mar y la Zona. Hasta la adopción del Acuerdo, este marco no existía: toda pretensión de área marina protegida no tenía posibilidad de una instancia unificadora o coordina-

151 Clark, Ardron y Pendleton (2015).

152 Fischer (2022) p. 3.

153 Davis y Hanich (2022) p. 3.

dora de las competencias existentes en asuntos de biodiversidad marina en los espacios ubicados más allá la jurisdicción nacional.

El sistema resultante bajo el Acuerdo se basa en la competencia entregada a la Conferencia de las Partes (COP). Sin embargo, sus futuras decisiones serán solo obligatorias para los estados que participen del Acuerdo, quienes en tal caso se comprometen a promover tales medidas frente a otros organismos con competencia regional o sectorial en materia de biodiversidad, especialmente las organizaciones regionales de ordenamiento pesquero (OROPs) y sus miembros. La COP tampoco tendrá la competencia para adoptar medidas que impliquen la gestión de *stocks* pesqueros, tales como la adopción de un total admisible de capturas o el cierre de ciertas zonas a la pesca si ya existe una OROP con la competencia para adoptar tales medidas. En ninguna parte del Acuerdo se otorga este poder a la COP; por el contrario, estas decisiones permanecerán bajo la OROP competente cualquiera sea la correlación entre la membresía en el Acuerdo y en dicho organismo regional.

Esta arquitectura jurídica del Acuerdo, por lo demás inevitable debido a la estructura del sistema internacional –en especial del principio del efecto relativo de los tratados–, sugiere que su implementación será un desafío de largo plazo. Así como la entrada en vigor posiblemente tomará algunos años, también es probable que este periodo sirva a los estados y actores interesados para preparar las futuras propuestas y sus fundamentos científicos. Esta etapa, por tanto, será seguramente considerada como una oportunidad por los estados más interesados en avanzar en la entada en vigor e implementación del tratado, quienes se organizarán para las discusiones que se anticipan.

Este enfoque es relevante para Chile, uno de los países más entusiastas con el nuevo Acuerdo y el segundo en ratificar. Existen diversas opciones para los futuros proponentes de medidas zonales de protección en el Pacífico Suroriental respecto de áreas de interés ecológico, en particular las Dorsales de Salas y Gómez y Nazca en aquella parte que se encuentra en alta mar. Proponentes como Chile podrán decidir avanzar tanto en el plano regional o global, enfoques que tienen ventajas y desventajas. Sin embargo, es probable que las futuras iniciativas avancen de alguna forma tanto en el ámbito global (incluyendo, en lo que se pueda, la articulación de la pronta entrada en vigor del Acuerdo) como regional, principalmente ante las OROPs competentes.

Es altamente probable que la creación de áreas marinas protegidas sea una de las discusiones prioritarias de los estados parte bajo la futura vigencia del Acuerdo. Para ello, será fundamental el estado de avance de otras medidas de protección regionales, especialmente ante las OROPs competentes. Como este trabajo ha explicado, la discusión sobre futuras áreas sujetas a algún tipo de protección zonal ya ha comenzado a instalarse en SPRFMO, según lo demuestran los intercambios en su Comité Científico en 2021, 2022 y 2023, y en su Comisión en 2024. Sin embargo, el éxito de largo plazo de estas propuestas en el Pacífico Suroriental (es decir, una futura área marina protegida creada bajo el Acuerdo y que cubra todas las actividades posibles de impactar la biodiversidad marina en las Dorsales) dependerá de

acordar medidas que limiten la pesca no solo en SPRFMO sino también en CIAT y en otros organismos globales y regionales a futuro. En los foros pesqueros, estos procesos significarán difíciles gestiones y negociaciones en el mediano y largo plazo, donde Chile deberá profundizar o al menos mantener su capacidad de influencia en SPRFMO y repensar su rol en CIAT, incluyendo la futura adhesión al tratado constitutivo de esta última OROP.

Con todo, los intereses de Chile no se circunscriben a la conservación de la biodiversidad marina: nuestro país tiene una flota pesquera relevante que opera en alta mar del Pacífico Suroriental, especialmente como el principal pesquero de jurel. Por ello, es fundamental que la posición nacional ante las demás partes en el Acuerdo sea capaz de equilibrar ambas categorías de intereses. Para concretar dicha futura tarea, este trabajo ha identificado algunos elementos relevantes: la necesidad de construir y contar con información científica adecuada que fundamente las propuestas, la claridad en cuanto a los impactos relacionados con el sector pesquero y la exigencia de un proceso colectivo y transparente que permita construir un consenso genuino. Todas estas consideraciones para un correcto balance de los intereses nacionales son, desde luego, solo una primera aproximación o punto de partida: la articulación de propuestas sustantivas en el ámbito multilateral exige lo mejor de las capacidades diplomáticas, científicas y técnicas de un estado en el mediano y largo plazo. Con el mismo entusiasmo inicial que ha demostrado, es de esperar que Chile esté a la altura del desafío.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

Abulafia, David (2019): *The Boundless Sea. A Human History of the Oceans* (New York, Oxford University Press).

Ardron, Jeff y otros (2014): "The sustainable use and conservation of biodiversity in ABNJ: What can be achieved using existing international agreements?", *Marine Policy*, vol. 49: pp. 98-108.

Armstrong, Martin (2023): "The Rise of Marine Protected Areas". Disponible en: https://www.statista.com/chart/30158/total-size-of-marine-protected-areas-worldwide-timeline/. Fecha de consulta: 16/05/2024.

Autoridad Internacional de los Fondos Marinos (sitio web), *Contratos de exploración.* Disponible en: https://www.isa.org.jm/exploration-contracts/. Fecha de consulta: 16/05/2024.

Banco Mundial (sitio web), *Data for Chile, high income*. Disponible en: https://data.worldbank.org/?locations=CL-XD. Fecha de consulta: 16/05/2024.

Barnes, Richard (2016): "The Proposed LOSC Implementation Agreement on Areas beyond National Jurisdiction and Its Impact on International Fisheries Law", *The International Journal of Marine and Coastal Law,* vol 31, Nº 4: pp. 583-619.

Bederman, David (2014): "The Sea", en Fassbender, Bardo y Peters, Anne (edits.), *The Oxford Handbook of the History of International Law* (New York, Oxford University Press) pp. 359-380.

Blanchard, Catherine (2017): "Fragmentation in high seas fisheries: Preliminary reflections on a global oceans governance approach", *Marine Policy*, vol. 84: pp. 327-332.

Brooks, Cassandra y otros (2014): "Challenging the 'Right to Fish' in a Fast-Changing Ocean" (2014), *Stanford Environmental Law Journal, vol. 33*, Nº 3: pp. 289-324.

Chavez-Molina, Vasco y otros (2023): "Protecting the Salas y Gómez and Nazca Ridges: A review of policy pathways for creating conservation measures in the international waters of the Southeast Pacific", *Marine Policy,* vol. 152: pp. 1-12.

Clark, Nichola A., Ardron, Jeff A. y Pendleton, Linwood H. (2015): "Evaluating the basic elements of transparency of regional fisheries management organizations", *Marine Policy,* vol. 57: pp. 158-166.

Comisión Interamericana del Atún Tropical (sitio web), *Área de la Convención*. Disponible en https://www.iattc.org/es-ES/About/Convention. Fecha de consulta: 15/07/2024.

Davis, Ruth y Hanich, Quentin (2022): "Transparency in fisheries conservation and management measures", *Marine Policy,* vol. 136: pp. 1-6.

Duan, Wen (2024): "Area-based management tools under the BBNJ Agreement: Ambition or Illusion?", *RECIEL,* vol. 33, Nº 1: pp. 70-79.

Fischer, Johanne (2022): "How transparent are RFMOs? Achievements and challenges", *Marine Policy,* vol. 136: pp. 104-106.

Freestone, David (2018): "Marine Biodiversity in Areas Beyond National Jurisdiction" en International Ocean Institute – Canada (edit.), *The Future of Ocean Governance and Capacity Development Essays in Honor of Elisabeth Mann Borgese* (Leiden, Brill Nijhoff) pp. 151-155.

Grotius, Hugo (ed. 1916): *The Freedom of the Seas* (New York, Oxford University Press).

Harrison, James (2019): "Key Challenges Relating to the Governance of Regional Fisheries", en Caddell, Richard y Molenaar, Erik (edits.), *Strengthening International Fisheries Law in an Era of Changing Oceans* (Oxford, Hart) pp. 79-102.

Hey, Ellen (1999): "*The Fisheries Provisions of the LOS Convention"* en Hey, Ellen (edit.), *Development in International Fisheries Law* (Den Haag, Kluwer Law International) pp. 13-29.

Hey, Ellen (2012): "The Persistence of a Concept: Maximum Sustainable Yield", *The International Journal of Marine and Coastal Law,* vol. 27, Nº 4: pp. 763-771.

Instituto de Fomento Pesquero (1999): "Informe Técnico Fondo de Investigación Pesquera FIP IT / 96-16". Disponible en: https://www.subpesca.cl/fipa/613/articles-89556_informe_final.pdf. Fecha de consulta: 16/05/2024.

Jennings, Simon y Kaiser, Michel J. (1998): "The Effects of Fishing on Marine Ecosystems", *Advances in Marine Biology,* vol. 34: pp. 201-212, 212e, 213-352.

Kőrösi, Csaba, Presidente de la 77ª sesión de la Asamblea General de Naciones Unidas (cuenta X Presidencia de la Asamblea General de Naciones Unidas). Disponible en: https://x.com/UN_PGA/status/1632236161316843520. Fecha de consulta 06/03/2023.

Langlet, Arne y Vadrot, Alice B.M. (2023): "Not 'undermining' who? Unpacking the emerging BBNJ regime complex", Marine Policy, vol. 147: pp. 1-10.

Lowe, Vaughan y Churchill, Robin (1999): *The Law of the Sea* (Manchester University Press, tercera edición).

Ministerio de Relaciones Exteriores (sitio web), *Chile oficializa propuesta para ser sede de la secretaría del tratado BBNJ de las Naciones Unidas.* Disponible en: https://www.minrel.gob.cl/noticias-anteriores/chile-oficializa-propuesta-para-ser-sede-de-la-secretaria-del-tratado. Fecha de consulta: 16/05/2024. Misión Permanente de Chile ante las Naciones Unidas (sitio web), *Naciones Unidas adopta histórico texto del acuerdo BBNJ y Chile reitera su ofrecimiento para ser sede de la Secretaría del nuevo tratado.* Disponible en: https://www.chile.gob.cl/onu/noticias/naciones-unidas-adopta-historico-texto-del-acuerdo-bbnj-y-chile-reitera. Fecha de consulta: 16/05/2024.

Mora, Edgardo (2023): "Jurel toma protagonismo en el mercado exportador-pesquero del Biobío". Disponible en: https://www.diarioconcepcion.cl/economia/2023/10/24/jurel-retoma-protagonismo-en-el-mercado-exportador-pesquero-del-biobio.html. Fecha de consulta: 06/05/2024.

Naciones Unidas (2021): *The Second World Ocean Assessment* (New York, United Nations).

Naciones Unidas (sitio web), *Declaración de Chile, Treaty Collection.* Disponible en https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXI-10&chapter=21&clang=_en#EndDec. Fecha de consulta: 16/05/2024.

Naciones Unidas (sitio web), *Demonstrating 'the Power of Multilateralism', Intergovernmental Conference Adopts Historic New Maritime Biodiversity Treaty*. Disponible en: https://press.un.org/en/2023/sea2181.doc.htm. Fecha de consulta: 16/05/2024.

Nguyen, Luong Trong y Nguyen, Khanh Quoc (2022): "Effects of jig location and soak time on catch rates of a novel fishing gear design of squid longline fisheries", *Regional Studies in Marine Science,* vol. 52: p. 102-312.

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (2024): "DAC List of ODA Recipients: Effective for reporting on 2024 and 2025 flows". Disponible en: https://www.oecd.org/dac/financing-sustainable-development/development-finance-standards/DAC-List-of-ODA-Recipients-for-reporting-2024-25-flows.pdf. Fecha de consulta: 16/05/2024.

Orrego Vicuña, Francisco (1991): *La Zona Económica Exclusiva: Régimen y Naturaleza Jurídica en el Derecho Internacional* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

Ortuño Crespo, Guillermo y Dunn, Daniel (2017): "A review of the impacts of fisheries on open-ocean ecosystems", *ICES Journal of Marine Science,* vol. 74, Nº 9: pp. 2283-2297.

Papastavridis, Efthymios (2020): "The negotiations for a new implementing agreement under the UN Convention on the Law of the Sea concerning marine biodiversity", *International & Comparative Law Quarterly,* vol. 69, Nº 3: pp. 585-610.

Raposo, Philippe (2023): "El Tratado de Alta Mar y la diplomacia latinoamericana". Disponible en: https://latinoamerica21.com/es/el-tratado-de-alta-mar-y-la-diplomacia-latinoamericana/. Fecha de consulta: 16/05/2023.

Rayfuse, Rosemary (2015): "Some Reflections on What's Wrong with the Law of the Sea", en Ryngaert, Cedric, Molenaar, Erik y Nouwen, Sarah (edits.), *What's wrong with international Law Liber Amicorum A H A Soons* (Leiden, Brill Nijhoff) pp. 13-29.

Rothwell, Donald y Stephens, Tim (2010): *The International Law of the Sea* (New York, Hart).

Scanlon, Zoe (2018): "The art of 'not undermining': possibilities within existing architecture to improve environmental protections in areas beyond national jurisdiction", *ICES Journal of Marine Science,* vol. 75: pp. 405-416.

Scovazzi, Tulio (2016): "The negotiations for a binding instrument on the conservation and sustainable use of marine biological diversity beyond national jurisdiction", *Marine Policy,* vol. 70: pp. 188-191.

Seas At Risk (sitio web), *Deep-sea mining moratorium takes centre stage at International Seabed Authority meetings.* Disponible en: https://seas-at-risk.org/general-news/deep-sea-mining-moratorium-takes-centre-stage-at-international-seabed-authority-meetings/. Fecha de consulta: 16/05/2024.

Secretaría de Relaciones Exteriores de México (sitio web), *Foreign Ministry welcomes adoption of the High Seas Treaty.* Disponible en: https://www.gob.mx/sre/prensa/foreign-ministry-welcomes-adoption-of-the-high-seas-treaty?idiom=en. Fecha de consulta: 16/05/2024.

South Pacific Regional Fisheries Management Organisation (sitio web), *SPRFMO Convention Area*. Disponible en: https://www.sprfmo.int/about/convention-area/. Fecha de consulta: 17/06/2024.

Subsecretaría de Pesca y Acuicultura (2024): "Estado de situación de las principales pesquerías chilenas, año 2023". Disponible en: https://www.subpesca.cl/portal/618/articles-121344_recurso_1.pdf. Fecha de consulta: 16/05/2024.

Swan, Judith (2020): "Illegal, Unreported, and Unregulated Fishing: Are RFMOs Effectively Addressing the Problem?", *Ocean Yearbook Online,* vol. 34, Nº 1: pp. 297-336.

Tanaka, Yoshifumi (2019): *The International Law of the Sea* (Cambridge, Cambridge University Press, tercera edición).

Unión Europea (sitio web), *An historic achievement: Treaty of the High Seas is adopted.* Disponible en: https://oceans-and-fisheries.ec.europa.eu/news/historic-achievement-treaty-high-seas-adopted-2023-06-19_en. Fecha de consulta: 16/05/2024

Urbina, Ian (2019): *The Outlaw Ocean* (London, Penguin Random House).

Wagner, Daniel y otros (2021): "The Salas y Gómez and Nazca ridges: A review of the importance, opportunities and challenges for protecting a global diversity hotspot on the high seas", *Marine Policy,* vol. 126: pp. 1-13.

Wang, Kuan-Hsiung (2014): "In Combating and Deterring IUU Fishing: Do RFMOs Work?", en Schofield, Clive, Lee, Seokwoo y Kwon, Moon-Sang (edits.), *The Limits of Maritime Jurisdiction* (Leiden, Brill Nijhoff) pp. 431-447.

World Atlas (sitio web), *Countries With The Largest Exclusive Economic Zones.* Disponible en: https://www.worldatlas.com/articles/countries-with-the-largest-exclusive-economic-zones.html. Fecha de consulta: 16/05/2024.

Yozell, Sally y Shaver, Amanda (2019): Shining a Light: The Need for Transparency across Distant Water Fishing (Washington, Stimson Center).

NORMAS E INSTRUMENTOS CITADOS

Acuerdo en el marco de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar relativo a la Conservación y el Uso Sostenible de la Diversidad Biológica Marina de las Zonas situadas fuera de la Jurisdicción Nacional (19/06/2023).

Acuerdo para la Creación de la Comisión del Atún para el Océano Índico (25/11/1993).

Acuerdo Relativo a la Parte XI de CONVEMAR (28/07/1994).

Acuerdo sobre la Aplicación de las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982 relativas a la Conservación y Ordenación de las Poblaciones de Peces Transzonales y las Poblaciones de Peces Altamente Migratorios (04/12/1995).

Acuerdo sobre medidas del Estado rector del puerto destinadas a prevenir, desalentar y eliminar la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada (22/11/2009).

Autoridad Internacional de los Fondos Marinos: "Decisión del Consejo de la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos sobre el calendario aplicable tras el vencimiento del plazo de dos años establecido en la sección 1, párrafo 15, del anexo del Acuerdo relativo a la Aplicación de la Parte XI de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar", ISBA/28/C/24 (21/07/2023).

Chile, Ley Nº 19.300 (09/03/1994): *Sobre Bases Generales del Medio Ambiente.*

Chile, Ley 21.600 (06/09/2023): *Crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas y el Sistema Nacional de áreas Protegidas.*

Chile, Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, Decreto Supremo 430, *Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley Nº 18.892, de 1989 y sus modificaciones, Ley General de Pesca y Acuicultura* (21/01/1992).

Chile, Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, Decreto Supremo 235, *Declara Parque Marino Motu Motiro Hiva* (04/12/2010).

Chile, Ministerio del Medio Ambiente, Decreto Supremo 40, *Aprueba Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental* (12/08/2013).

Chile, Ministerio del Medio Ambiente, Decreto Supremo 5, *Declara Parque Marino "Nazca-Desventuradas"* (24/08/2016).

Chile, Ministerio de Relaciones Exteriores, Decreto Supremo 31, *Promulga el Acuerdo sobre la aplicación de las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982 relativas a la conservación y ordenación de las poblaciones de peces transzonales y las poblaciones de peces altamente migratorios* (21/09/2016).

Chile, Ministerio de Relaciones Exteriores, Decreto Supremo 74, *Política Oceánica Nacional de Chile* (12/05/2018).

Chile, Declaración Oficial del Presidente de Chile Gabriel González Videla (23/06/1947).

Conferencia de las Partes en el Convenio sobre Diversidad Biológica (Decisión 15/4) de 2022).

Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (10/12/1982).

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (23/05/1969).

Convención entre Estados Unidos de América y la República de Costa Rica para el establecimiento de una Comisión Interamericana del Atún Tropical (31/05/1949).

Convención Internacional para la Regulación de la Caza de Ballenas (02/12/1946).

Convención para el Fortalecimiento de la Comisión Interamericana del Atún Tropical (14/11/2003).

Convención para la Conservación de los Recursos Vivos Marinos Antárticos (01/08/1980).

Convención para la Conservación y Ordenación de los Recursos Pesqueros de Alta Mar del Océano Pacífico Norte (24/02/2012).

Convención para la Conservación y Ordenación de los Recursos Pesqueros de Alta Mar del Océano Pacífico Sur (14/11/2009).

Convención sobre la Conservación y Ordenación de las Poblaciones de Peces altamente migratorios del Océano Pacífico occidental y central (05/09/2000).

Convenio Internacional para la Conservación del Atún del Atlántico (14/05/1966).

Convenio sobre cooperación en las pesquerías del Atlántico Noroccidental (24/10/1978).

Convenio sobre la Diversidad Biológica (05/06/1992).

Estados Unidos, Proclamation 2667 - Policy of the United States With Respect to the Natural Resources of the Subsoil and Sea Bed of the Continental Shelf (28/09/1945).

Declaración sobre Zona Marítima (18/08/1952).

Naciones Unidas, Asamblea General: "Carta de fecha 13 de febrero de 2015 dirigida al Presidente de la Asamblea General por los Copresidentes del Grupo de Trabajo Especial Oficioso de Composición Abierta", A/69/780 (13/02/2015).

Naciones Unidas, Asamblea General: "Declaración de Principios que Regulan los Fondos Marinos y Oceánicos y su Subsuelo Fuera de los Límites de la Jurisdicción Nacional", Resolución 2749 (XXV) (17/12/1970).

Naciones Unidas, Asamblea General: "Elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante en el marco de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar relativo a la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica marina de las zonas situadas fuera de la jurisdicción nacional", A/RES/69/292 (19/06/2015).

Naciones Unidas, Asamblea General: "El futuro que queremos", A/RES/66/288 (27/07/2012).

Naciones Unidas, Asamblea General: "Informe del Grupo de Trabajo especial oficioso de composición abierta encargado de estudiar las cuestiones relativas a la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica marina fuera de las zonas de jurisdicción nacional: carta de envío de fecha 9 de marzo de 2006 dirigida al Presidente de la Asamblea General por los Copresidentes del Grupo de Trabajo", A/61/65 (20/03/2006).

Naciones Unidas, Asamblea General: "Instrumento internacional jurídicamente vinculante en el marco de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar rela-

tivo a la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica marina de las zonas situadas fuera de la jurisdicción nacional", A/RES/72/249 (24/12/2017).

Naciones Unidas, Asamblea General: "Los océanos y el derecho del mar", A/RES/59/24 (17/11/2004).

Naciones Unidas, Asamblea General: "Los océanos y el derecho del mar", A/RES/66/231 (24/12/2011).

Novena Conferencia de las Partes en el Convenio sobre la Diversidad Biológica, "Decisión IX/20. Diversidad biológica marina y costera" (Bonn, 19/05/2008 – 30/05/2008).

Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación: "*Plan de Acción Internacional* para prevenir, desalentar y eliminar la *pesca ilegal*, no declarada y no reglamentada" (Roma, 02/03/2001).

Protocolo relativo al Convenio Internacional para prevenir la Contaminación por los Buques, de 1973 (17/02/1978).

South Pacific Regional Fisheries Management Organisation, "Conservation and Management Measure for Trachurus murphyi", CMM 01-2013 (01/02/2013).

South Pacific Regional Fisheries Management Organisation, "9th Scientific Committee Meeting Report" (Held Remotely 27-28/09/2021 - 2-3/10/2021).

South Pacific Regional Fisheries Management Organisation, "10th Scientific Committee Meeting Report" (Busan, 26/09/2022 - 30/09/2022).

South Pacific Regional Fisheries Management Organisation, "11th Scientific Committee Meeting Report" (Panama City, 11/09/2023 - 16/09/2023).

South Pacific Regional Fisheries Management Organisation, "Conservation and Management Measure for Trachurus murphyi", CMM 01-2024 (04/05/2024).

South Pacific Regional Fisheries Management Organisation, "Proposal for a new CMM to protect the Salas y Gomez and Nazca ridges area", 12th Meeting of the SPRFMO Commission, COMM 12 - Prop 20 (Manta, 29/01/2024 - 02/02/2024).

South Pacific Regional Fisheries Management Organisation, "To protect the Salas y Gomez Nazca ridges area", Decision 17-2024 (Manta, 29/01/2024 - 02/02/2024).

South Pacific Regional Fisheries Management Organisation, "SPRFMO Commission 12th Annual Meeting Report" (Manta, 29/01/2024 - 02/02/2024).

JURISPRUDENCIA CITADA

Case concerning the Conservation and Sustainable Exploitation of Swordfish stocks in the South-Eastern Pacific Ocean (Chile/European Union) (2000): International Tribunal for the Law of the Sea, Case No. 7 (20/10/2000).

Chile - Measures Affecting the Transit and Importation of Swordfish: Request for Consultations by the European Communities (2000): World Trade Organization, WTO Doc WT/DS193/1. 26/04/2000.

Request for Advisory Opinion submitted by the Sub-Regional Fisheries Commission (SRFC) (2015): International Tribunal for the Law of the Sea, Advisory Opinion of 2 April 2015, Case No. 21, ITLOS Reports 2015, 02/04/2015.

South China Sea Arbitration (Philippines v China) (2016): Permanent Court of Arbitration, Award, PCA Case No 2013-19, ICGJ 495, 12/07/2016.

Southern Bluefin Tuna (New Zealand v. Japan; Australia v. Japan) (1999): International Tribunal for the Law of the Sea, Provisional Measures, Order of 27 August 1999, Cases No 3&4 ITLOS Reports 1999, 27/08/1999.

RChD 51-3-IMPRENTA.indb 238 23-12-24 12:20

Revista Chilena de Derecho | Chilean Journal of Law | Vol. 51 Nº 3, pp. 239 - 00 [2024]
Recepción: 07/09/2024. Aceptación: 23/10/2024
DOI: 10.7764/R.513.8

SOBRE LA ILEGALIDAD DEL CONSENTIMIENTO DE MENORES DE EDAD A LAS INTERVENCIONES MÉDICAS TRANSAFIRMATIVAS IRREVERSIBLES

ON THE ILEGALLITY OF MINORS' CONSENT TO IRREVERSIBLE MEDICAL TRANSAFFIRMATIVE INTERVENTIONS

Alejandra Zúñiga-Fajuri[1]

RESUMEN: Las modificaciones legales introducidas por la Ley Nº 21.331 de Salud Mental, reconocen el derecho a la autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes (NNA) en materia de asentimiento, conservando el ejercicio del consentimiento informado en sus padres o representantes legales y haciendo ilegal, incluso con la autorización de estos, cualquier procedimiento que implique su esterilización. Sin embargo, en el contexto del trastorno de identidad o disforia de género, algunos profesionales de la medicina en Chile están recetando a NNA medicamentos y cirugías que, sobre la base del "enfoque afirmativo", prescinde de los requisitos legales y consensuados por la bioética clínica sobre consentimiento informado y promueve iniciar tratamientos sin contar con un diagnóstico, sin evaluación de la capacidad del paciente y sin evidencia científica sobre su seguridad y efectividad. En este trabajo se argumenta que el inicio de procesos de transición de género potencialmente dañinos en menores de edad, supone desafiar la ley vigente sobre consentimiento informado y capacidad legal, así como el interés superior del niño en el contexto sanitario.

Palabras clave: Bloqueadores de pubertad, consentimiento informado, bioética, menores de edad.

ABSTRACT: The amendments introduced by the Mental Health Act, No. 21.331, recognize the right to a progressive autonomy for children and adolescents in matters of consent, keeping the exercise of informed consent in their parents or legal guardians, making illegal, even with their approval, any procedure involving their sterilization. However, in the context of gender identity disorder, some medical professionals in Chile are prescribing drugs and surgeries to children and adolescents that, based on the "affirmative approach", disregard the legal requirements and the consensus of clinical bioethics on informed consent. This approach encourages the beginning of treatments without a diagnosis, without evaluation of the patient's capacity and without scientific evidence of their safety and effectiveness. This paper argues that the initiation of potentially harmful gender transition

[1] Doctora en Derecho, Universidad Autónoma de Madrid. Profesora titular de la escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso e investigadora del CIFDE-UV (http://cifde.cl/). Dirección postal: Errázuriz 2120. Valparaíso. Correo electrónico: alejandra.zuniga@uv.cl. https://orcid.org/0000-0001-9620-4910.

processes in minors defies the current regulation on informed consent and legal capacity, as well as the best interests of the child in the medical context.

Keywords: Puberty blockers, informed consent, bioethics, minors.

I. INTRODUCCIÓN

Las personas menores de edad presentan diferencias fisiológicas, psicológicas y evolutivas que exigen construir perfiles de seguridad específicos en el ámbito sanitario. La investigación, diagnóstico y tratamiento en población pediátrica implica consideraciones éticas y legales especialmente complejas[2]. Sin embargo, en muchos casos, su aptitud para prestar consentimiento informado sigue siendo valorada subjetiva y prudencialmente, pues en el ámbito bioético, no hay criterios (definición de habilidades y aptitudes a evaluar), estándares (grados de suficiencia a exigir) y protocolos (proceso de determinación) debidamente consensuados[3]. Lo anterior resulta especialmente grave cuando se requiere decidir cómo valorar la aptitud de niños, niñas y adolescentes (en adelante, NNA) para prestar consentimiento informado ante la demanda de procedimientos médicos bioéticamente complejos (por su carácter experimental e irreversible[4]), como la extirpación de órganos sexuales, la ingesta de bloqueadores de la pubertad o el uso de hormonas cruzadas.

Muchos científicos han alertado sobre la falta de evidencia que existe respecto de la efectividad y seguridad del tratamiento para el "síndrome de disforia de género", expresión utilizada por primera vez en 1974 por Fisk, para referirse a la discordancia entre la identidad de género de una persona y su sexo[5]. Aunque en algunos países aún se considera que la intervención médica hormonal y quirúrgica es beneficiosa y debería ser ampliamente accesible, en el Reino Unido, Suecia, Países Bajos, Noruega, Finlandia, Dinamarca y Francia, así como en distintos estados de los Estados Unidos y Australia, han decidido reformar sus legislaciones y limitar esos procedimientos debido a la importante falta de pruebas y estudios científicos sobre su seguridad y eficacia[6].

El objetivo de este trabajo es revisar las modificaciones legales introducidas por la Ley de Salud Mental (Nº 21.331) a la Ley de Derechos del Paciente (Nº 20.548), que reconociendo el derecho a la autonomía progresiva de NNA en materia de asentimiento, mantiene el ejercicio del consentimiento informado en sus padres o representantes legales y hace ilegal, incluso con la autorización de estos, cualquier procedimiento que implique su esterilización. Luego, se analizará cómo, desde el punto de vista jurídico y bioético, las intervenciones hormonales y quirúrgicas en menores de

[2] Naka y Shahriari (2017) pp. 583-593.
[3] Bórque, Raineri y Bravo (2004) p. 1245.
[4] Cass, Hilary (2024) p. 50 y p. 73. En adelante, Informe Cass.
[5] Fisk (1974) pp. 386-391.
[6] Informe Cass, p. 192 y ss.

edad suponen la vulneración de los derechos humanos de los NNA, además de todos y cada uno de los requisitos necesarios para reconocer y aplicar el derecho al consentimiento informado, esto es, la tríada "capacidad-diagnóstico-tratamiento".

Según veremos, para otorgar el consentimiento informado válido las personas deben, no solo ser instruidas sobre la finalidad, los riesgos, beneficios y las alternativas del procedimiento, sino que, además, deben ser capaces de comprender esta información y su relación con la propia situación clínica[7]. Por ello, permitir que un colectivo especialmente vulnerable, como son los NNA, se sometan a tratamientos experimentales es, sin duda, una anomalía. En palabras de la doctora Hillary Cass:

> La adopción de un tratamiento con beneficios inciertos y sin un mayor escrutinio, es una desviación significativa de la práctica médica establecida. Esto, junto con el gran retraso en la publicación de los resultados de los estudios, ha tenido consecuencias importantes en relación con las expectativas de los pacientes, los beneficios previstos y la demanda de tratamientos[8].

Sin embargo, en el contexto de la disforia de género, algunos profesionales de la medicina en Chile están sometiendo a NNA a procedimientos de transición sin cumplir con la tríada "capacidad-diagnóstico-tratamiento" pues, al aplicar el llamado "enfoque afirmativo" (que centra el interés en la autodefinición y en la exploración de la identidad sentida)[9], *prescinden de un diagnóstico* (pues sería "patologizante" dar uno), *no evalúan la capacidad* de los NNA para prestar consentimiento (ya que el mismo enfoque presume su capacidad)[10] y *carecen de evidencia científica* suficiente sobre la seguridad de los tratamientos, medicamentos y cirugías que prescriben[11]. Todo esto, según veremos, no solo vulnera las normas legales contenidas en la Ley de Derechos del Paciente y la Ley de Salud Mental, sino que también las reglas consensuadas y vigentes sobre derechos del niño (interés superior del niño) y los principios bioéticos de respeto de la autonomía, no maleficencia y beneficencia[12].

II. LA TRANSICIÓN DE GÉNERO ANTE LA JUSTICIA

Cada vez hay más consenso en que la atención sanitaria que se brinda a menores de edad con algún tipo de disforia de género no constituye un buen cuidado

[7] Emanuel, Wendler y Grady (2000) p. 2701.

[8] Informe Cass, p. 25. Traducción propia.

[9] Hanssmann y otros (2008) p. 5.

[10] Drysdale (2024).

[11] Informe Cass, p. 25.

[12] Otro interesante caso en el que la protección de los derechos humanos de los niños parece ceder, es el de los llamados "hermanos salvadores", niños creados por fecundación in vitro y diagnóstico genético preimplantacional a fin de servir como donantes de tejidos u órganos de un hermano afectado por una enfermedad mortal. Como se puede ver, en el transcurso del proceso, las normas éticas para la donación de órganos de menores de edad, tienden a volverse menos exigentes. Zúñiga-Fajuri (2018) pp. 228-235.

médico, pues la evidencia acreditada disponible es "de mala calidad" y sus posibles efectos secundarios, potencialmente "muy graves"[13]. A pesar de ello, en menos de una década se ha generado un aumento sin precedentes en el número de personas menores de edad que buscan la transición de género. Solo en los Estados Unidos, la cantidad de clínicas privadas que se enfocan en proporcionar hormonas y cirugías ha crecido, de unas pocas hace una década, a más de 100 en la actualidad[14]. En Chile, la información sobre quienes hacen uso de estos procedimientos, y cómo lo hacen, aunque aún muy oscura, ya amerita poner la voz de alarma[15].

Recientemente, la Academia Estadounidense de Pediatría (en adelante, AAP por sus siglas en inglés) se reunió en el Centro de Convenciones de Anaheim en California para su conferencia anual. Afuera, varias docenas de personas se congregaron para escuchar a los oradores, incluida a Abigail Martínez, la madre de Yaeli, adolescente que luego de comenzar un tratamiento hormonal a los 16 años, se suicidó a los 19 años arrepentida[16]. La acompañaban varias otras jóvenes "detransicionadoras", como Grisha Mosley (que tenía 17 años cuando le administraron testosterona por primera vez después de haber declarado a sus padres que era un niño[17]), Luka Hein (a quien le extirparon ambas mamas cuando tenía 16 años[18]) y Chloe Cole (la más joven en someterse a una doble mastectomía, después de estar tomando testosterona y drogas para bloquear la pubertad desde los 13 años)[19].

En el mitin de la AAP, Cole sostuvo: "Muchos de nosotros éramos preadolescentes cuando aceptamos, siguiendo las instrucciones de 'expertos médicos', realizar tratamientos hormonales y cirugías irreversibles"[20]. Agrega que ni ella ni sus padres fueron informados sobre procedimientos alternativos menos invasivos, como la atención psiquiátrica, y que los médicos le sugirieron que su disforia de género nunca se resolvería a menos que se sometiera a una transición química y quirúrgica que ahora lamenta.

En España, el caso más conocido es el de Susana Domínguez, joven de 21 años que inició su proceso de transición a los 15, cuando un psiquiatra del sistema público le diagnosticó disforia de género. Al cumplir 18 años le practicaron la mastectomía (extirpación de pechos) y a los 19 años una histerectomía (extracción del útero y los ovarios), y tras la última intervención quirúrgica, Susana entró en depresión y aceptó que estaba arrepentida de los cambios irreversibles en su cuerpo[21]. Denunció que ningún profesional que estuvo durante su proceso consideró que

[13] Informe Cass, p. 240; Levine (2023) pp. 706-727; Malone y otros (2021) p. 33; Block (2023).
[14] Block (2023) p. 38.
[15] Drysdale (2024).
[16] Block (2023) p. 38.
[17] Person and Identity (2023).
[18] New York Post (2023).
[19] The Telegraph (2023).
[20] The Economist (2021).
[21] El Mundo (2023).

podría tener otro tipo de trastorno mental, como lo asegura su nuevo diagnóstico: trastorno del espectro autista, depresión y trastorno esquizoide[22].

1. Evolución y prevalencia del trastorno de identidad de género

Todas estas jóvenes creían sufrir disforia de género, condición descrita por la Asociación Estadounidense de Psiquiatría en su clasificación de enfermedades (en adelante, DSM-V5) como "una incongruencia marcada entre el género experimentado/expresado y el sexo, que dura al menos 6 meses [...]"[23]. La Clasificación Internacional de Enfermedades (en adelante, ICD) denomina a esta condición trastorno de identidad de género de la infancia y la describe específicamente para niños antes de la pubertad: "Angustia persistente e intensa sobre el sexo, junto con un deseo de ser (o insistencia en ser) del otro sexo"[24].

Sobre las tasas de prevalencia esperadas de disforia de género, el DSM-5 varía del 0,005% al 0,014% de la población para varones y del 0,002% al 0,003% para mujeres, según las derivaciones por disforia de género en 2013, sin embargo, una encuesta realizada a adolescentes en 2017 mostró que el 1,8% de los niños de secundaria en los EE.UU. se identificaron como transgénero, lo que supone un aumento de al menos 200 veces la prevalencia indicada en el DSM-5[25]. En el Reino Unido, entre los años 2010-2011, 138 niños fueron derivados a la clínica Tavistock en Londres, pero en 2018-2019, el número aumentó a 2743, un crecimiento del factor de 20 en solo 8 años[26].

Así, en la última década, ha habido un aumento extraordinario en el número de jóvenes que presentan trastornos de género en la pubertad. Esta nueva forma de trastorno suele aparecer repentinamente y la mayoría de quienes la sufren son niñas[27]. Las estadísticas muestran que hay una frecuencia muy alta de patología social y psicológica preexistente, y que es el contagio social y de pares lo que contribuye significativamente a que estos jóvenes vulnerables desarrollen el trastorno[28]. Es por ello que distintas asociaciones profesionales manifiestan la necesidad de que sea un profesional de la salud mental (en adelante, MHP) quien recomiende el tratamiento endocrino y/o la operación quirúrgica a fin de "garantizar razonablemente que la disforia de género no es secundaria a otros diagnósticos"[29].

---

[22] El Mundo (2023). Los estudios muestran que la mayoría de los NNA que se identifican como "transgénero" tienen condiciones neurodiversas y de salud mental concurrentes, como depresión, ansiedad, trastornos por déficit de atención y autismo. Informe Cass, p. 176.

[23] El año 2013 se introdujo el término "disforia" en vez de "trastorno", pues se pensaba que conllevaba demasiado estigma. American Psychiatric Association (2013).

[24] International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems (2016).

[25] Centers For Disease Control (2017) p. 68.

[26] Latham (2022) p. 270.

[27] Latham (2022) p. 270.

[28] Marchiano (2017) p. 345.

[29] Coleman (2012) p. 165

En Chile, según los datos entregados por el Ministerio de Salud (en adelante, MINSAL) en su última cuenta pública, en 2023 entraron 1202 niños a su programa de apoyo a la identidad de género (en adelante, Paig)[30], proyectando que para 2024 ingresarían al programa otros 2940 niños. Es decir, en dos años, habrán atendido a más de 4.000 niños[31]. Es de considerable interés, también, la proporción de sexos de quienes presentan disforia, pues, aunque en el pasado reciente predominaban los varones, hoy sobre el 70% son mujeres que, además, no habrían mostrado disconformidad alguna en la primera infancia, sino que solo cerca de la pubertad, lo que se conoce como "disforia de género de aparición rápida" (*Rapid Onset Gender Dysphoria, ROGD*)[32].

2. Bloqueadores, hormonas y cirugía: los problemas del "Protocolo Holandés"

El tratamiento para la disforia, llamado "atención de afirmación de género", fue desarrollado en los Países Bajos en las décadas de 1980-1990 y se basa en tres pilares: bloqueadores de la pubertad, hormonas cruzadas y cirugía. Este procedimiento (conocido como "Protocolo Holandés") propone que, luego de un diagnóstico psicológico/psiquiátrico positivo de disforia, se suministre a los niños que han llegado al estadio Tanner 2 (alrededor de los 12 años) supresores de la pubertad hasta aproximadamente los 16 años, cuando debieran iniciar con hormonas cruzadas (del sexo contrario) para finalizar con una o varias cirugías para extirpar los órganos reproductivos y dar una apariencia del sexo opuesto[33].

Los bloqueadores de pubertad o BP (agonistas de la hormona liberadora de gonadotropina o GnRHa) son un tipo de medicamento que impide la producción fisiológica de hormonas sexuales. Las hormonas sexuales, la testosterona (en los hombres) y el estrógeno (en las mujeres), son responsables del desarrollo de las diferencias sexuales entre hombres y mujeres, desde el útero materno hasta el final de la vida. Los BP detienen la producción de hormonas sexuales, y el más recetado es la triptorelina, un medicamento inyectable que se usa en pacientes con cáncer de próstata, endometriosis y, en algunos casos, cáncer de mama o hipersexualidad masculina con desviación sexual grave[34]. Según el Protocolo Holandés original, la cirugía solo se permitía después de que el paciente cumpliera 18 años, pero como muestran los casos citados, en la realidad muchas veces ocurre a una edad más temprana.

Aunque el tratamiento hormonal y quirúrgico todavía es avalado por algunas asociaciones médicas, en la actualidad ha sido objeto de serios cuestionamientos por

[30] Ministerio de Desarrollo Social y Familia (2021).
[31] Drysdale (2024).
[32] Díaz y Bailey (2023) p. 103; Informe Cass (2024) p. 86.
[33] Hembree (2017) p. 3870.
[34] Latham (2022) p. 276.

su falta de evidencia científica, irreversibilidad e innumerables efectos secundarios[35]. Asimismo, puesto que la demanda de algunos es por la "despatologización" de la enfermedad o trastorno (que aún forma parte del manual de diagnóstico DSM-5[36]), el proceso de transición ya no requeriría (como exige el protocolo holandés) de un diagnóstico avalado por un profesional de la salud mental. Por ello, algunos médicos, sobre la base del modelo afirmativo, estarían iniciando el uso de hormonas, bloqueadores y cirugías sin diagnóstico alguno, es decir, a mera petición de los niños, incluso desde los 9 años[37].

3. El caso Tavistock-Bell y la competencia de Gillick

Keira Bell demandó en el Reino Unido al Servicio de Desarrollo de Identidad de Género Tavistock (en adelante, GIDS) luego de que, desde los 14 años, le recetaran bloqueadores hormonales, hormonas cruzadas y finalmente le hicieran una doble mastectomía. El caso fue presentado en tribunales para desafiar la idea de que los menores de 18 años pueden dar su consentimiento informado a estos procedimientos. Así, la sentencia de 1 de diciembre de 2020 (Bell vs. Tavistock) del Tribunal Superior de Justicia de Inglaterra, falló a su favor confirmando la llamada "competencia de Gillick", que concluye que

> Es muy improbable que un niño de 13 años o menos pueda llegar a ser competente en el sentido de Gillick y dar su consentimiento a un tratamiento con BP. En lo que respecta a los niños de 14 y 15 años, también tenemos muchas dudas de que puedan comprender los riesgos y las consecuencias a largo plazo del tratamiento, de forma que tengan la comprensión suficiente para dar su consentimiento[38].

En numerosas ocasiones el tribunal se muestra sorprendido ante la falta de datos cardinales sobre la gestión segura y eficaz de la práctica clínica en NNA. Declara que la afirmación de Tavistock de que el efecto de los bloqueadores de la pubertad era reversible no reflejaba la realidad, y que los niños menores de 16 años tienen enormes dificultades para comprender lo que significaría para ellos la pérdida de fertilidad, así como la disfunción sexual resultante cuando fueran adultos. La información relevante que un menor tendría que comprender, retener y sopesar para decidir si iniciar o no el tratamiento con supresores de la pubertad debiera ser: conocer y comprender las consecuencias inmediatas del tratamiento en términos físicos y psicológicos; el hecho de que la gran mayoría de los pacientes que toman PB pasan a CSH (*Cross-Sex Hormones*) y, por lo tanto, están en el camino hacia inter-

[35] Informe Cass, p. 196. Traducción propia.

[36] El último manual de diagnóstico DSM-5 incorporó el término "disforia de género" con el objeto de reemplazar el de desorden o trastorno de identidad de género (Gender Identity Disorder) que se usó hasta el año 2013.

[37] Drysdale (2024).

[38] *Bell and another v. Tavistock* (2020) párr.151.

venciones médicas mucho más comprometedoras; la relación entre la toma de CSH y la cirugía posterior, con las implicaciones de dicha cirugía; que la administración de CSH puede conducir a la pérdida de la fertilidad (esterilidad) y disfunción sexual (anorgasmia); el impacto del tratamiento en las relaciones sexuales futuras y de por vida y, finalmente, que las consecuencias físicas de estos tratamientos son aún desconocidas pues la evidencia científica es incierta (pues son tratamientos experimentales)[39].

El tribunal concluye que lo apropiado es:

> Que los médicos impliquen al tribunal en cualquier caso en el que pudiera haber alguna duda sobre si este tipo de intervenciones clínicas sirve a los intereses a largo plazo de un joven de 16 o 17 años... Expresamos esa opinión por las siguientes razones. En primer lugar, las intervenciones clínicas tienen consecuencias físicas y psicológicas significativas a largo plazo y, en parte, potencialmente irreversibles para los jóvenes. El tratamiento mencionado cambia verdaderamente la vida, ya que llega al corazón mismo de la identidad de un individuo. En segundo lugar, en la actualidad, es correcto calificar estos procedimientos como experimentales o innovadores, en el sentido de que actualmente hay estudios y pruebas limitados sobre su eficacia o los efectos a largo plazo[40].

Se establece, finalmente, que "la combinación de un tratamiento que dura toda la vida y que cambia la vida de los niños, con poco conocimiento de hasta qué punto los beneficiará o no, es algo que da motivos importantes para preocuparse". Por ello, en general, no podrá administrarse bloqueadores de la pubertad a niños menores de 16 años sin una orden judicial y, si hay alguna duda en el caso de los jóvenes de 16 y 17 años, los médicos deberían presentar una solicitud similar[41].

4. El informe Cass y sus efectos

A consecuencia del creciente número de casos judiciales, el Servicio Nacional de Salud inglés encomendó a la pediatra Hilary Cass un estudio y análisis completo e imparcial, con evidencia amplia y exhaustiva, sobre los tratamientos para la disforia de género. En él se concluyó lo siguiente:

> i) Si bien se ha publicado una cantidad considerable de investigaciones en este campo, las revisiones sistemáticas sobre su evidencia demostraron la mala calidad de esos estudios. Ello significa que no existe evidencia confiable que permita tomar decisiones clínicas para que los niños y sus familias tomen decisiones informadas;
> ii) La justificación de la supresión temprana de la pubertad sigue sin estar clara y hay pruebas débiles sobre su impacto en la disforia de género y la salud mental o psicosocial. Se desconoce el efecto en el desarrollo cognitivo y psicosexual;

[39] *Bell and another v. Tavistock* (2020) párr.148.

[40] *Bell and another v. Tavistock* (2020) párr.152. Traducción propia.

[41] *Bell and another v. Tavistock* (2020) párr. 149. Traducción propia.

> iii) El uso de hormonas masculinizantes/feminizantes en menores de 18 años también presenta muchas incógnitas… La falta de datos de seguimiento a largo plazo sobre quienes comienzan el tratamiento a una edad más temprana significa que no disponemos de información adecuada sobre los distintos resultados para este grupo;
> iv) Puesto que se trata de personas cuyo cerebro está aún inmaduro, los médicos no pueden determinar con certeza qué niños y jóvenes tendrán una identidad trans duradera[42].

Pero no fue solo con la publicación del Informe Cass que se tomó la determinación de prohibir este tipo terapias en menores de edad. Según explica Martha Albert Márquez, pocos meses antes el hospital Karolinska, en Suecia –referente mundial en tratamiento de la disforia de género– ya había hecho públicas nuevas *Guidelines* donde se excluyó la terapia hormonal para adolescentes y jóvenes trans, salvo en el contexto de un ensayo clínico aprobado por la agencia de revisión ética[43]. De igual forma, en Finlandia, las *Guidelines* relativas al tratamiento médico de la disforia de género ya habían sido modificadas en 2020, recomendando no iniciar tratamiento hormonal cruzado antes de la edad adulta (fijada a los 25 años, que es cuando termina la madurez neurológica)[44]. En definitiva, la política de "afirmación" –es decir, acordar rápidamente con un niño que tiene un sexo "equivocado"– es una postura clínica impropia que provoca una distorsión del ámbito clínico. La enorme cantidad de personas que surgen día a día como "detransicionadoras"[45] hace evidente que existen importantes fallas en la obtención de un consentimiento informado de NNA para un procedimiento que es irreversible y experimental.

Los resultados del informe Cass han sido aprobados por el *Royal College of Psychiatrists* que, luego de una revisión independiente, expresó estar "totalmente de acuerdo con las recomendaciones que pretenden garantizar una evaluación adecuada de los riesgos y beneficios de cualquier intervención. Se deben utilizar datos transparentes y de alta calidad y enfoques basados en evidencia"[46]. Así, publicado el informe Cass preliminar en 2023 (pues el definitivo apareció en abril de este año 2024), el Servicio Nacional de Salud británico cerró la clínica Tavistock y modificó sus guías clínicas a fin de asegurar que, para la mayoría de los jóvenes, la vía médica no sea la forma de gestionar su angustia relacionada con el género y se recomendó dejar de ofrecer fármacos que bloqueen la pubertad a menores de edad, salvo para pacientes inscritos en investigaciones clínicas[47].

La Relatora Especial de la ONU para la violencia contra mujeres y niñas apoyó también la decisión del Ministerio de Salud y Atención Social británico y expresó que "la implementación del 'informe Cass' es clave para proteger a las niñas de

[42] El Informe Cass preliminar es del año 2023, y el completo, de abril de 2024.
[43] Albert (2024) pp. 209-210.
[44] Council for Choices in Health Care in Finland (2030); Albert (2024) pp. 210-213.
[45] Littman (2021) p. 3353.
[46] Royal College of Psychiatrists (2024). Traducción propia.
[47] Department of Health and Social Care, UK (2024).

daños graves pues… ha mostrado muy claramente las consecuencias devastadoras que las políticas sobre tratamientos de género han tenido en los derechos humanos de los niños y niñas"[48].

III. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO DE LOS MENORES DE EDAD

El consentimiento informado se remonta al caso Schloendorf (1914), donde se expone que "todo ser humano adulto y capaz tiene el derecho de determinar qué se va a hacer con su cuerpo… un cirujano que realiza una intervención sin el consentimiento del paciente comete violencia contra él"[49]. El consentimiento informado, luego, es un proceso que exige cumplir con la tríada "capacidad", "diagnóstico" y "tratamiento". El primer requisito supone un paciente atento y mentalmente competente, capaz de comprender la naturaleza de su enfermedad, así como del balance entre sus efectos y los riesgos y beneficios de los procedimientos terapéuticos recomendados.

En el *common law*, el consentimiento informado de los menores de edad se administra a través del principio del "menor maduro", formulado en el caso británico Gillick, en el que un padre demandó a un médico por haber aconsejado a su hija sobre métodos anticonceptivos. El tribunal sostuvo que cuando un menor puede alcanzar una comprensión e inteligencia suficientes para permitirle entender plenamente lo que se le propone con un tratamiento, el médico podía actuar y la patria potestad debía ceder. Cualquier concesión de autonomía, con todo, está condicionada por el requisito de que el tratamiento sea en el interés superior del menor[50]. Si la evidencia científica que respalda las intervenciones afirmativas de género es baja, ¿es siquiera posible el adecuado consentimiento informado de pacientes menores de edad en estos casos? Evidentemente no.

1. El consentimiento informado de menores de edad

La evaluación de la aptitud de los NNA para decidir o demandar procedimientos médicos bioéticamente complejos requiere hacer varias distinciones. Cuando son niños pequeños, generalmente no hay controversia en que son los padres y tutores quienes, al dar su consentimiento, protegen al menor y, asimismo, a los profesionales de la salud, por la responsabilidad derivada del tratamiento. Durante la pubertad y en la adolescencia es útil, además, recoger la distinción que se hace en la Declaración de Helsinki entre consentimiento y asentimiento. El primero requiere un individuo adecuadamente informado y con capacidad legal para consentir. El asentimiento, en cambio, implica el mismo permiso, pero de un individuo que carece de capacidad legal, de modo que, "[s]i un participante potencial considerado incapaz de dar su consentimiento informado es capaz de dar su asentimiento

[48] Alsalem, Remm (2024). Traducción propia.

[49] Faden y Beauchamp (1986) p. 123. Traducción propia.

[50] *Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority* (1986) AC 112.

a participar o no en una investigación, el médico debe pedirla. Por tanto, además del consentimiento del representante legal, el desacuerdo del participante potencial debe ser atendido"[51].

Estas reglas son coherentes con la doctrina bioética asentada. Brock explica que dentro de las reglas de incompetencia que anulan la capacidad de decisión de una persona, se incluye la incapacidad para expresar o comunicar una elección, la incapacidad para comprender la propia situación y sus consecuencias, y la incapacidad para discernir información relevante[52]. En lugar de precisar lo que significa "comprensión adecuada", el autor menciona factores que pueden limitar la comprensión, tales como la enfermedad, la irracionalidad y la inmadurez. En estos casos, además, se necesitará comprobar la necesidad médica y cómo el tratamiento solicitado aporta a los mejores intereses del NNA.

Para la evaluación de la competencia es fundamental, no solo explicar el procedimiento a seguir, sino que también analizar las consecuencias de la acción elegida finalmente por el paciente, de modo que, en la medida en que estas consecuencias son progresivamente más graves, se requiere garantizar *un mayor grado de competencia*[53]. Los estudios de neurociencia exponen que el cerebro del niño y adolescente aún no está del todo desarrollado, y que sus distintas partes maduran a diferente ritmo. No es hasta los primeros años de la edad adulta que las áreas cerebrales frontales, que están implicadas en la planificación de acciones, el razonamiento y el control de los impulsos, alcanzan madurez[54]. Por eso es que, como explican Johnson y otros, entre los muchos cambios de comportamiento que se han observado en los adolescentes, los tres más comunes, en todas las culturas, son: (1) mayor búsqueda de novedades; (2) mayor asunción de riesgos; y (3) y la preferencia por las interacciones "entre iguales"[55].

Sagrario Crespo explica que "al comienzo de la adolescencia el comportamiento y el humor no son estables y el adolescente siente una gran inseguridad y debido a los cambios fisiológicos y hormonales es frecuente que se perciba extraño a sí mismo…se pregunta si es una persona normal y se compara con otros"[56]. La consecuencia es que tiene un desorbitado interés por su aspecto físico y necesita ser aprobado por el entorno, por lo que es una fase propicia para trastornos mentales y alimenticios, conductas de riesgo, adicciones, etc. Se dice que la adolescencia es un periodo de extrema inestabilidad, de pensamiento irracional y discordancia generacional. Como se está en una etapa de paulatina formación de la identidad, cualquier decisión irreversible es desaconsejada.

---

[51] Declaración de Helsinki (2013) párr. 26 (p. 5).

[52] Brock (1989) p. 184.

[53] Brock (1989) p. 202.

[54] Informe Cass, pp. 102 y ss.

[55] Johnson y otros (2009) p. 218.

[56] Crespo (2024) p. 46.

Es por ello que se ha observado que la persistencia de la disforia de género en menores de edad tiene "un denominador común: es muy baja. Los datos de persistencia indican que una gran mayoría (80-95%) de niños prepuberales que dicen sentirse del sexo contrario al de nacimiento, no seguirá experimentado DG tras la pubertad, haciendo muy difícil el establecimiento de un diagnóstico definitivo en la adolescencia"[57]. Las valoraciones psicológicas en niños deben ser más cuidadosas que en adultos, deben ser realizadas por personal especializado en disforia de género y deben evitar, en lo posible, intervenciones médicas dañinas o irreversibles[58].

2. Bioética y consentimiento informado en Chile

Si bien un adulto mentalmente capaz debiera poder decidir, con total libertad, si dar o no su consentimiento a cualquier tratamiento o intervención médica, por muy compleja que sea desde el punto de vista bioético[59], en el caso de los NNA, la capacidad suele evaluarse en entornos médicos de manera informal, a través de la combinación de dos estándares: la edad y la salud mental[60]. El problema de algunos programas vigentes de apoyo a la identidad de género[61] es que promueve el reemplazo de las reglas consensuadas y legalmente obligatorias sobre consentimiento informado, por el enfoque afirmativo que prescinde de diagnóstico (pues "no se patologizarán las diferentes identidades… porque no están enfermas ni padecen un trastorno"[62]), omite la evaluación de capacidad (pues los niños, aun impúberes, "antes de los 3 años pueden tener noción de su género" por lo que "se les atenderá afirmando su identidad"[63]), y carece de información basada en evidencia sobre beneficios y riesgos (pues es un procedimiento experimental[64]).

El "modelo afirmativo", además, contradice los principios bioéticos consensuados de no maleficencia, beneficencia, respeto por la autonomía del paciente y

[57] Esteva de Antonio y otros (2015) p. 47. Véase también Steensma y otros (2013) p. 582 y Zucker (2020) p. 36.

[58] Vale la pena recordar que el artículo 2 de la Ley de Salud Mental (Nº 21.331) reconoce a los NNA el derecho a salud mental y dispone que "en el caso de niños, niñas y adolescentes, la salud mental consiste en la capacidad de alcanzar y mantener un grado óptimo de funcionamiento y bienestar psicológico".

[59] Zúñiga-Fajuri (2013) p. 124.

[60] Buchanan y Brock (1989) p. 219.

[61] MINSAL (2021) p. 21.

[62] MINSAL (2021) p. 40.

[63] En las "Recomendaciones para la implementación de los programas de acompañamiento para niños, niñas y adolescentes trans y género no conforme", se dispone que a los adolescentes mayores de 14 años se les debe "proveer acceso a información sobre métodos seguros para modificaciones reversibles: como entrenamiento vocal, fajamiento de busto, depilación láser, prótesis de pene y derivarlos para tratamiento hormonal o cirugía de modificación corporal". MINSAL (2022) pp. 3 y 4.

[64] Informe Cass, p. 78.

justicia[65]. Como se sabe, el principio de "no maleficencia" (no hacer daño) exige a los médicos tener información precisa sobre los peligros fisiológicos, sociales y psicológicos esperables asociados a la transición médica de género (como disfunción sexual e infertilidad, acortamiento de la vida debido al aumento de la morbilidad médica, abuso de sustancias y adicción, entre otros)[66]. Sin embargo, si algo ha quedado claro con la evidencia médica arrojada hasta el momento es que, puesto que los efectos de estos procedimientos son aún desconocidos, ningún médico puede tener razonable certeza sobre el daño que está generando.

A su turno, en relación con la obligación de "beneficencia", que requiere que los médicos tengan información clara sobre los supuestos beneficios de la transición de género, cuándo aparecen y hasta qué punto perduran en el tiempo, la evidencia tampoco entrega ninguna claridad, puesto que casi no existen estudios de seguimiento de los pacientes atendidos, ni en el extranjero, ni mucho menos en Chile[67]. Finalmente, sobre el principio de "respeto de la autonomía", se precisa que los médicos puedan determinar cuándo un adolescente tiene la capacidad cognitiva, madurez y experiencia vital necesarias para dar su consentimiento a intervenciones médicas y quirúrgicas potencialmente irreversibles.

Más allá de la bioética, en nuestra legislación, el consentimiento informado se encuentra reglado en la ley que "Regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud" (conocida también como Ley de Derechos del Paciente), Nº 20.584 (2012), y se asume como un deber básico exigible al facultativo en el desempeño de su actividad profesional. A partir de las normas contenidas en esta ley, se han delineado parámetros generales para que los profesionales médicos entreguen información clara y precisa a los pacientes a fin de permitir un consentimiento informado válido. Ahora, cuando se atiende a personas menores de edad, la regla es que el consentimiento debe darlo el representante legal, de modo que, en principio, los riesgos de cualquier atención médica se gestionan éticamente a través de un correcto proceso de entrega de información sobre los beneficios esperados, los riesgos conocidos, los resultados a largo plazo y los tratamientos alternativos[68].

La nueva Ley de Salud Mental, del año 2021, modificó los artículos 10 y 14 de la Ley de Derechos del Paciente, reconociendo el derecho de NNA a recibir información sobre su enfermedad y tratamiento, adaptada a su edad, desarrollo mental y estado afectivo y psicológico. Se reconoce, además, en base al principio de

[65] Los "Principios de Ética Biomédica" de Beauchamp y Childress son un clásico en el campo de la ética médica. La primera edición se publicó en 1979, elaboró los principios de respeto a la autonomía, no maleficencia, beneficencia y justicia en un campo emergente, considerándose hoy pilares básicos de los escritos sobre ética médica, la enseñanza y práctica de la medicina. Código Internacional de Ética Médica de la Asociación Médica Mundial.

[66] Levine (2023) p. 8.

[67] Informe Cass, p. 78.

[68] Beauchamp y Childress (2001) pp. 65, 70-77 y pp. 176-194.

autonomía progresiva (formulado originalmente en el artículo 5 de la Convención de los Derechos del Niño[69]) el derecho de los NNA a ser oídos, en tanto titulares de derechos humanos que cuentan con una capacidad creciente para ejercer dichos derechos por sí mismos de acuerdo con la evolución y desarrollo de sus facultades. Así, el nuevo inciso del artículo 14 establece:

> Sin perjuicio de las facultades de los padres, o del representante legal, para otorgar el consentimiento en materia de salud en representación de los menores de edad, todo niño, niña y adolescente tiene derecho a expresar su conformidad con los tratamientos que se le aplican y a optar entre las alternativas que éstos otorguen, según la situación lo permita, tomando en consideración su edad, madurez, desarrollo mental y su estado afectivo y psicológico.

De este modo, la ley respalda que mientras los NNA van alcanzando madurez, serán los padres o sus representantes legales quienes los acompañen, guiándolos y apoyándolos para hacer efectivos sus derechos[70].

Finalmente, se incorpora una muy importante disposición en relación con los tratamientos irreversibles en el artículo 9, que establece, junto con la prohibición de la esterilización de la persona sin su consentimiento libre e informado, una prohibición adicional referida a la esterilización de NNA, la que *no procederá bajo ningún supuesto, ni aún con la autorización de sus representantes legales*. En principio, luego, aunque los padres consintieran en que sus hijos inicien estos procesos médicos de transición de género, los médicos solo podrían, legalmente, recetar bloqueadores de pubertad, más no hormonas cruzadas (que son potencialmente esterilizantes) ni menos aún cirugías como la histerectomía (extirpación del útero y ovarios) o la orquiectomía bilateral (extirpación de ambos testículos). Incluso, es dudoso que sea legal recetar bloqueadores de pubertad en el contexto de la disforia de género (que es un uso *off-label* de esos medicamentos[71]), pues al haber sido calificados como experimentales en el informe Cass, sería necesario aplicarles el artículo 28 de la ley de Derechos del Paciente (Nº 20.584), que señala: "La investigación biomédica en personas menores de edad se regirá por lo dispuesto en la ley Nº 20.120". Esta última dispone en su artículo 10:

> Toda investigación científica en seres humanos que implique algún tipo de intervención física o psíquica deberá ser realizada siempre por profesionales idóneos en la materia, justificarse

[69] La Convención sobre los Derechos del Niño, Niña y Adolescente reconoce a los menores de edad derechos autónomos que pueden ejercer por sí mismos, conforme a su desarrollo y madurez. El rol de los padres o representantes legales del niño es orientar y acompañar al niño en este desarrollo. El artículo 12 de la Convención prescribe: "Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afectan, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones en función de su edad y madurez". Convención de derechos del niño (1989).

[70] Gómez de la Torre (2018) p. 118.

[71] López y González (2018) p. 251.

> en su objetivo y metodología y ajustarse en todo a lo dispuesto en esta ley… No podrá desarrollarse una investigación científica si hay antecedentes que permitan suponer que existe un riesgo de destrucción, muerte o lesión corporal *grave y duradera* para un ser humano[72].

En el ámbito de la experimentación, científica el

> consentimiento voluntario del sujeto humano es absolutamente esencial. Esto quiere decir que la persona implicada debe tener capacidad legal para dar su consentimiento; debe estar en una situación tal que pueda ejercer su libertad de escoger, sin la intervención de cualquier elemento de fuerza, fraude, engaño, coacción o algún otro factor coercitivo o coactivo; y debe tener el suficiente conocimiento y comprensión de los distintos aspectos de la investigación, para tomar una decisión consciente[73].

En definitiva, como los procedimientos para el cambio de género poseen muchos efectos secundarios irreversibles y a largo plazo desconocidos, si bien un adulto podría alegar el principio moral de autonomía para someterse a ellos –asumiendo todos sus riesgos–, la legislación vigente en Chile no autoriza estos procedimientos en el caso de NNA. Se trata de limitaciones justificadas a la libertad personal de quienes, por motivos de edad, no cuentan con la madurez necesaria demandada, razonablemente, por nuestra legislación.

IV. CONCLUSIÓN

Si algo nos enseña la experiencia reciente sobre las terapias de género, es cómo no debiera funcionar la ciencia médica. Un tratamiento experimental que impide el crecimiento óseo normal, interfiere en la maduración del cerebro y conlleva cirugías irreversibles que pueden incluir disfunción sexual grave e infertilidad, es el tipo de procedimiento que nunca debiera aplicarse a NNA.

Las modificaciones legales introducidas por la Ley de Salud Mental Nº 21.331, reconocen el derecho a la autonomía progresiva de NNA –en materia de asentimiento– manteniendo el ejercicio del consentimiento informado en sus padres o representantes legales (art. 14). Con todo, se hace ilegal, incluso con la autorización de estos, cualquier procedimiento que implique su esterilización (art. 9). De este modo, la Ley de Derechos del Paciente, la Ley de Salud Mental y la Ley sobre Investigación Científica en Seres Humanos, contemplan disposiciones que respaldan la evidencia científica que muestra que el cerebro joven es biológica y socialmente inmaduro, tiende a asumir riesgos a corto plazo, no posee la capacidad de comprender las consecuencias probables futuras, y responde excesivamente a la influencia de sus pares[74]. Por ello, el inicio de procesos de transición de género en

[72] Ley Nº 20.120, Sobre la Investigación Científica en el Ser Humano, Su Genoma, y Prohíbe la Clonación Humana.

[73] Código de Nuremberg (1946).

[74] Johnson y otros (2009) p. 218.

menores de edad (incluso menores de 12 años) supone desafiar la ley vigente sobre capacidad legal, las normas sobre consentimiento informado en el contexto de la investigación científica y el interés superior del niño.

Cada NNA debe ser tratado con respeto, sensibilidad y responsabilidad, por lo que una política general que simplemente afirma la disforia como una condición primaria, es peligrosa y poco terapéutica. La tendencia de afirmar al NNA, en lugar de examinar más a fondo su dolencia mental, no solo lo daña, sino que es una política que viola su derecho a un cuidado sanitario de calidad y pone en serias dudas la aptitud del médico para evaluar la competencia y capacidad de decisión de su paciente. Más aún, cuando el Informe Cass mostró que, en la mayoría de los casos de disforia, se trata de NNA que tienen importantes problemas psicológicos y sociales, y que el trastorno de género tiende a ser secundario y pasajero. Por ello, con una espera vigilante, el trastorno desaparece naturalmente a medida que el niño crece[75]. Esto no niega la realidad de la disforia ni que futuras formas de tratamiento puedan ser permitidas para los adultos, pero sí descarta una medicación experimental en menores de edad.

Desde el punto de vista jurídico y bioético, por tanto, se debe rechazar la aplicación de un *modelo afirmativo* que, en principio, vulnera la tríada *capacidad-diagnóstico-tratamiento*, reglada por la ley y consensuada por la bioética, sobre consentimiento informado de NNA. Dicho modelo, en vez de dar certezas sobre la capacidad del paciente, promueve prescindir de cualquier análisis de competencia. En vez de exigir un diagnóstico claro sobre el trastorno, lo rechaza con el objeto de "despatologizar" la disforia. En vez de dar garantías razonables sobre la seguridad de los tratamientos e informar, con evidencia científica, sobre sus consecuencias a mediano y largo plazo, los desconoce.

Se esperaría que los profesionales de la medicina, al trabajar con menores de edad, cumplieran con las leyes sobre consentimiento informado de forma más –no menos– exigente. Ante un procedimiento irreversible y experimental, los médicos no debieran hacer caer en los niños y adolescentes vulnerables las consecuencias de sus elecciones, amparándose en la fantasía de que ellos "saben quiénes son", ignorando toda la evidencia que existe sobre la formación de la identidad como proceso continuo durante la infancia y la adolescencia, y, sobre todo, desconociendo la ley vigente. Con todo esto, la responsabilidad médica por mala praxis está servida y el daño irreversible causado a los NNA terminará buscando —como en otros países— compensación en tribunales.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

Alsalem, Remm (2024): "UN Special Rapporteur on violence against women and girls". Disponible en: https://www.ohchr.org/en/statements/2024/04/uk-implementation-

[75] Cohen-Kettenis y otros (2008) p. 1895.

cass-report-key-protecting-girls-serious-harm-says-un-expert. Fecha de consulta: 23/05/2024.

Albert, Martha (2024): "Consentimiento informado: perspectiva legal", en López, José (coord.), *Aspectos científicos, legales y éticos del tratamiento con hormonas cruzadas en personas trans* (Valencia, Tirant Humanidades).

American Psychiatric Association (2013): *Diagnostic and statistical manual of mental health disorders* (Washington, American Psychiatric Publishing, quinta edición).

Asociación Médica Mundial (2006): *Código Internacional de Ética Médica.*

Brock, Dan (1989): "Children's Competence for Health Care Decision Making", en Kopelman, Loretta; Moskop, John (edits.), *Children and Health Care*. *Philosophy and Medicine* (Springer, Dordrecht) pp. 181-212.

Buchanan, Allen y Brock, Dan (1989): *Deciding for others. The ethics of surrogate decisions* (Cambridge, Cambridge University Press).

Beauchamp, Tom y Childress, James (2001): *Principles of Biomedical Ethics* (Oxford, Oxford University Press).

Block, Jennifer (2023): "Gender dysphoria in young people is rising—and so is professional disagreement", *British Medical Journal*, 380: p. 382.

Bórquez, Gladys, Raineri, Gina y Bravo, Mireya (2004): "La evaluación de la 'capacidad de la persona': en la práctica actual y en el contexto del consentimiento informado", *Revista Médica de Chile,* 132: pp. 1243-1248.

Cass, Hilary (2024) : "Independent Review of Gender Identity Services for Children and Young People". Disponible en: https://cass.independent-review.uk/home/publications/final-report/. Fecha de consulta: 05/07/2024.

Centers for Disease Control (2017): "Transgender identity and experiences of violence victimization, substance use, suicide risk, and sexual risk behaviors among high school students–19 states and large urban school districts". Disponible en: https://www.cdc.gov/mmwr/volumes/68/wr/mm6803a3.htm. Fecha de consulta: 23/05/2024.

Cohen-Kettenis y otros (2008): "The Treatment of Adolescent Transsexuals: Changing Insights", *The Journal of Sexual Medicine,* 5: pp. 1892-1897.

Coleman, Ed y otros (2012): "Standards of Care for the Health of Transsexual, Transgender, and Gender Nonconforming People. World Professional Association for Transgender Health (WPATH). 7th version", *International Journal of Transgenderism*, 13(4): pp. 165-232.

Council for Choices in Health Care in Finland (2023): "Medical treatment methods for gender dysphoria in non-binary adults-recommendation". Disponible en: https://palveluvalikoima.fi/en/frontpage. Fecha de consulta: 05/07/2024.

Crespo, Sagrario (2024): "El proceso hormonal desde la adolescencia a la madurez", en López, José (coord.), *Aspectos científicos, legales y éticos del tratamiento con hormonas cruzadas en personas trans* (Tirant, Humanidades) pp. 35-49.

Department of Health and Social Care, UK (2024): "The Medicines (Gonadotrophin-Releasing Hormone Analogues) (Emergency Prohibition) (Extension) Order 2024". Statutory Instruments 2024 No. 868. Disponible en: https://www.legislation.gov.uk/uksi/2024/868/made. Fecha de consulta 08/10/2024.

Diaz, Suzanna y Bailey, Michael (2023): "Rapid onset gender dysphoria: Parent reports on 1655 possible cases", *Archives of Sexual Behavior*, Nº 52(3): pp. 1031-1043.

Drysdale, Sabine (2024): "Pubertad interrumpida: niños trans inician tratamiento hormonal en medio de controversias". *BioBio*. Disponible en: https://www.biobiochile.cl/noticias/nacional/chile/2024/05/29/pubertad-interrumpida-ninos-trans-inician-tratamiento-hormonal-en-medio-de-controversias. Fecha de consulta: 05/07/2024.

El Mundo (2023): "Susana, la primera 'trans' arrepentida que reclama a la sanidad pública por haberla operado: 'Me arruinaron la vida'" Disponible en: https://www.elmundo.es/papel/historias/2023/02/22/63f64bbcfc6c83e24a8b4586.html. Fecha de consulta: 07/11/2023.

Emanuel, Ezekie, Wendler, David & Grady, Christine (2000): "What Makes Clinical Research Ethical?", *JAMA*, 283(20): pp. 2701-2711.

Esteva de Antonio y otros (2015): "Documento de posicionamiento: disforia de género en la infancia y la adolescencia. Grupo de Identidad y Diferenciación Sexual de la Sociedad Española de Endocrinología y Nutrición (GIDSEEN)", *Revista Especializada en Endocrinología Pediátrica,* vol. 6, Nº 1: pp. 41-49.

Faden, Ruth y Beauchamp, Tom (1986): *A history and theory of informed consent* (New York, Oxford University Press).

Fisk, Norman (1974): "Gender dysphoria syndrome: The conceptualization that liberalizes indications for total gender reorientation and implies a broadly based multi-dimensional rehabilitative regimen", *Western Journal of Medicine*, 120 (5): pp. 386-391.

Gómez de la Torre, Maricruz (2018): "Las implicancias de considerar al niño como sujeto de derecho", *Revista de Derecho (Universidad Católica Dámaso A. Larrañaga, Facultad de Derecho)*, Nº 14: pp. 117-138.

Hanssmann, Christoph y otros (2008). "Talking, gawking, or getting it done: Provider trainings to increase cultural and clinical competence for transgender and gender-nonconforming patients and clients", *Sexuality Research and Social Policy*, vol. 5, Nº 1: pp. 5-23.

Hembree, Wylie y otros (2017): "Endocrine Treatment of Gender-Dysphoric/Gender-Incongruent Persons: An Endocrine Society: Clinical Practice Guideline", *The Journal of Clinical Endocrinology & Metabolism*, vol. 102, Nº 11: pp. 3869-3903.

International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems (2016): "Gender identity disorder of childhood". Disponible en: https://icd.who.int/browse10/2016/en#/F64.2. Fecha de consulta: 05/07/2024.

Johnson, Sara y otros (2009): "Adolescent maturity and the brain: the promise and pitfalls of neuroscience research in Adolescent Health policy", *Journal of Adolescent Health,* vol. 45, Nº 3: pp. 216-221.

Latham, Anthony (2022): "Puberty blockers for children: Can they consent?", *The New Bioethics*, vol. 28, Nº 3: pp. 268-291.

Levine, Sthephen y Abbruzzese, Ed (2023): "Current concerns about gender-affirming therapy in adolescents", *Current Sexual Health Reports,* vol. 15, Nº 2: pp. 1-11.

Littman, Lisa (2021): "Individuals treated for gender dysphoria with medical and/or surgical transition who subsequently detransitioned: A survey of 100 detransitioners", *Archives of Sexual Behavior*, vol. 50, Nº 8: pp. 3353-3369.

López, José y González, Carmen (2018): "Valoración de la supresión de la pubertad en menores con problemas de identidad de género", *Cuadernos de Bioética*, vol. XXIX, Nº 97: pp. 247-256.

Marchiano, Lisa (2017): "Outbreak: On transgender teens and psychic epidemics", *Psychological Perspectives*, vol. 60, Nº 3: pp. 345-366.

Malone, William y otros (2021): "Puberty blockers for gender dysphoria: the science is far from settled", *Lancet Child Adolescent Health*, vol. 5, Nº 9: pp. 33-e34.

Ministerio de Desarrollo Social y Familia (2021): "Programa de Apoyo a la Identidad de Género" Disponible en: https://www.dipres.gob.cl/597/articles-212572_doc_pdf1.pdf. Fecha de consulta: 23/05/2024.

MINSAL (2021): "Recomendaciones para la implementación del programa de acompañamiento para niños, niñas y adolescentes trans y género no conforme". Disponible en: https://diprece.minsal.cl/wp-content/uploads/2021/05/RECOMENDACIONES-PARA-LA-IMPLEMENTACION-DEL-PROGRAMA-DE-ACOMPANAMIENTO-PARA-NINOS-NINAS-Y-ADOLESCENTES-TRANS-Y-GENERO-NO-CONFORME.pdf. Fecha de consulta: 23/05/2024.

MINSAL (2022): "Circular sobre la atención de salud de la infancia y adolescencia trans". Disponible en: https://diprece.minsal.cl/wp-content/uploads/2022/05/Circular-N%C2%B005-sobre-la-atencion-de-salud-de-infancia-y-adolescencia-trans-y-genero-no-conforme.pdf. Fecha de consulta: 20/06/2024.

Naka, Fludiona, Strober, Bruce y Shahriari, Mona (2017): "Clinical trials: Kids are not just little people", *Clinics in Dermatology*, vol. 35, Nº 6: pp. 583-593.

New York Post (2023): "Woman who transitioned at 16 sues doctors over double mastectomy". Disponible en: https://nypost.com/2023/09/14/woman-who-transitioned-at-16-sues-doctors-over-double-mastectomy. Fecha de consulta: 01/12/2023.

Person and Identity (2023): "Prisha Mosley's Testimony to South Carolina Senate". Disponible en: https://personandidentity.com/prisha-mosleys-testimony-to-south-carolina-senate/. Fecha de consulta: 01/12/2023.

Steensma, Thomas y otros (2013): "Factors associated with desistance and persistence of childhood gender dysphoria: a quantitative follow-up study", *Journal of the American academy of child and adolescent psychiatry*, vol. 52 Nº 6: pp. 582-590.

The Economist (2021): "Portrait of a detransitioner as a young woman". Disponible en: https://www.economist.com/united-states/2021/11/06/portrait-of-a-detransitioner-as-a-young-woman. Fecha de consulta: 07/11/2023.

The Telegraph (2023): "Chloe Cole: 'I was told transitioning would save me. It destroyed my life'". Disponible en: https://www.telegraph.co.uk/news/2023/08/27/chloe-cole-detransition-awareness-us-congress/. Fecha de consulta: 01/12/2023.

Royal College of Psychiatrists (2024): "Recognizing and addressing the mental health needs of people experiencing gender dysphoria/gender incongruence". Disponible en:

https://www.rcpsych.ac.uk/news-and-features/latest-news/detail/2024/04/22/detailed-response-to-the-cass-review's-final-report. Fecha de consulta: 23/05/2024.

Zucker, Kenneth (2020): "Debate: different strokes for different folks", *Child and adolescent mental health*, vol. 25, Nº 1: pp. 36-37.

Zúñiga-Fajuri, Alejandra (2013): "La nueva Ley de Derechos del Paciente: Del modelo de la beneficencia al modelo de la autonomía", *Revista Médica de Chile,* vol. 141: pp. 123-124.

Zúñiga-Fajuri, Alejandra (2018): "Born to donate: proposals for "savior sibling" regulation in Latin America", *Colombia Médica* (Cali), vol. 49, Nº 3: pp. 228-35.

JURISPRUDENCIA CITADA

Bell and another v. Tavistock and Portman NHS Foundation Trust [2020] EWHC 3274 (Admin), [2021] PTSR 593.

Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority [1986] AC 112.

Revista Chilena de Derecho | Chilean Journal of Law | Vol. 51 Nº 3, pp. 259 - 227 [2024]
Recepción: 31/10/2024. Aceptación: 13/11/2024
DOI: 10.7764/R.513.9

ZIMMERMANN, Reinhard (2023): *Protección imperativa de la familia en el Derecho sucesorio* (Madrid, Editorial Aranzadi) 256 pp.

I) PRESENTACIÓN

Hemos tenido el privilegio de leer y analizar el libro "Protección Imperativa de la Familia en el Derecho Sucesorio", traducido al castellano por Ana Albors Sancho y editado por los profesores Manuel Espejo Lerdo de Tejada y Juan Pablo Murga Fernández. Este libro se presenta como un trabajo recopilatorio de tres obras recientemente publicadas por el destacado comparativista y profesor de Derecho Privado, Dr. Reinhard Zimmermann, director emérito del Instituto Max Planck de Derecho Privado Internacional y Comparado, quien, además, recientemente recibió la distinción Dr. Honoris Causa en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

Esta compilación de distintos trabajos del profesor Zimmermann es un aporte destacable para el desarrollo del Derecho Privado a nivel mundial en varios aspectos. Sin embargo, uno que requiere una especial mención es que, contrariamente a la creencia popular, esta obra académica demuestra que el Derecho Sucesorio también puede ser objeto de estudio mediante el método comparado. Dicha expandida creencia descansa sobre la idea que los análisis comparados en Derecho Sucesorio serían inútiles, entre otros factores, por tratarse ésta un área del derecho profundamente determinada por su contexto sociocultural, y que, dada su complejidad, solo sería posible realizar micro-comparaciones enfocadas principalmente en las diferencias entre las distintas jurisdicciones[1].

Sin embargo, el trabajo acá reseñado, es una golondrina que sí hace verano, mostrando que es posible efectuar análisis comparados entre jurisdicciones altamente variadas, encontrar patrones comunes y, de hecho, hacer mención a distintos contextos culturales. Es más, y como muestra de lo anterior, precisamente en la reciente ceremonia en la que la Universidad de Chile entregó la distinción Dr. Honoris Causa, el profesor Zimmermann dictó una conferencia magistral, presentando un análisis histórico comparado de la institución de la herencia forzosa y porción obligatoria, cubriendo desde el trabajo codificador de Andrés Bello, discusiones propias del Derecho español y francés, el *common law* inglés e incluso jurisprudencia relevante del Tribunal Federal Alemán, entre otras[2].

Así, a pesar de su esencia especialmente local y de la complejidad que presentan las estructuras legales que regulan el Derecho Sucesorio en distintos ordenamientos jurídicos, la obra del profesor Zimmermann hace evidente que la comparación, más que un método útil, es una aproximación necesaria para comprender cabalmente cómo la libertad de testar y la solidaridad familiar interactúan a lo largo de la historia del Derecho Privado.

[1] DE WAAL (2007) pp. 3-4.

[2] ZIMMERMANN (2023) pp. 127 y 132-133.

En particular, estas tres obras fueron originalmente publicadas en idioma alemán y tituladas (i) "*Pflichtteil und Noterbenrecht*" (2020), (ii) "*Zwingender Angehörigenschutz im Erbrecht Entwicklungslinien jenseits der westeuropäischen Kodifikationen*" (2021) y (iii) "*So jemand die Seinen, sonderlich seine Hausgenossen, nicht versorget*" (2022). Ahora, dichas publicaciones son presentadas en este trabajo recopilatorio, traducidas al castellano, como tres capítulos independientes, pero continuos, que abordan respectivamente el desarrollo de las legítimas en una perspectiva histórico comparada desde sus orígenes en el Derecho Romano; luego, presentando una expansión cronológica y territorial de dicho estudio, abarcando las naciones Europeas post-socialistas así como Centro y Sudamérica (entre otras); y, en tercer lugar, abordando la protección de los familiares en caso de desheredación.

II) TRES OBRAS COMPLEMENTARIAS QUE ENTREGAN UNA MIRADA COMPARATIVA

Unir estos tres trabajos en una sola obra hace mucho sentido, por cuanto cada una de ellas complementa a las restantes y permite que, conjuntamente, todas brinden al lector una completa visión comparativa del desarrollo de distintas instituciones relacionadas con la protección familiar en el Derecho Sucesorio. Esta visión es presentada a lo largo de la historia en distintas jurisdicciones, comprendiendo tanto la tradición del derecho civil, del *common law*, y jurisdicciones mixtas como Escocia y Sudáfrica.

En el primer capítulo, la obra comienza con una descripción de las legítimas desde una perspectiva histórica comparada, mostrando los orígenes de esta institución en el Derecho Romano, su evolución en el Derecho Común, y mencionando especialmente los aportes de Austria (y en particular, del Código Civil Austriaco), Francia (con la potente influencia del *Code Civil* a lo largo del mundo), para luego explicar su desarrollo en el Derecho inglés. En particular, y con un impresionante detalle, en este capítulo se pueden encontrar menciones específicas a la regulación de estas materias en Bélgica, Países Bajos, Italia, Portugal, Suiza, Austria, Alemania, España (incluyendo las *leges visigothorum* y las Siete Partidas), así como el Derecho catalán y otros derechos forales relevantes. También acá se explica cómo en esta tradición marcada fuertemente por el uso de cuotas fijas, se ha hecho espacio a la posibilidad de que el cónyuge supérstite (o sobreviviente) pueda reclamar alimentos en función de sus necesidades; tema que continúa como elemento nuclear a lo largo de toda la obra.

Una de las principales conclusiones acá presentadas, resultado del ejercicio comparativista del autor, es que las cuotas concedidas a las personas con derecho a la protección familiar se han reducido en muchas jurisdicciones, si se les contrasta con cómo éstas fueron concebidas u originadas y, además, que se han presentado distintos esfuerzos por flexibilizarlas. Lo anterior, posiblemente es indicativo del deseo por encontrar un equilibrio entre la protección a los familiares y la protección de la autonomía del testador para decidir qué destino dar a sus propios bienes.

Como se aprecia en la obra del profesor Zimmermann, a lo largo del tiempo y en distintos puntos geográficos, el tema abordado no se trata de un debate estático, sino que uno de orden dinámico, y la realidad nacional es corolario de lo anterior. Así, si bien Andrés Bello era partidario de la libertad absoluta de testar, dichos ideales finalmente no fueron consagrados en el Código Civil chileno que, en ese aspecto, siguió a las Partidas[3]. Por otro lado, recientemente, se presentaron dos proyectos de ley que buscan eliminar la llamada cuarta de mejoras y reinstaurar –o fortalecer– la libertad de testar. (Boletín Nº 12.301-07 y Boletín Nº 15.154-07, presentados respectivamente los años 2018 y 2022).

Además, el trabajo histórico comparativo reseñado no se agota en el primer capítulo. Así, la segunda sección del libro es su natural continuación por cuanto el autor se adentra en la revisión de las legítimas y protección familiar obligatoria en las jurisdicciones correspondientes a los países pos-socialistas de Europa Central y del Este (Federación Rusa, Ucrania, Estonia, Lituania, entre otras), los Estados Nórdicos, China, codificaciones de América del Norte, Central y Sudamérica; y otras propias del *common law* que no fueron codificadas. Luego del análisis de estas jurisdicciones, el autor confirma su observación relativa al intento por flexibilizar las cuotas fijas, mecanismo de protección familiar obligatoria.

Entre los hallazgos que se presentan en este capítulo, se encuentra el hecho que, en Europa Central y Oriental, el derecho de las legítimas se estructura según la necesidad de su beneficiario o titular; aparentemente una herencia de su pasado socialista. En este punto es interesante la inclusión de este último tipo de jurisdicciones en el análisis, esto es, aquellas de herencia o tradición socialista, dado que, a pesar de sus particularidades político-económicas, siguen siendo consideradas por algunos autores como parte de la tradición de Derecho Civil[4].

Asimismo, este capítulo es particularmente interesante por la visión externa que presenta el autor del derecho de las legítimas y la protección familiar latinoamericana. Como destaca el autor, dicha región ha sido una zona de confluencia de las tradiciones Romana y Germánica, cada una con mayor o menor énfasis dependiendo del país específico que se quiera analizar. En particular, un contraste interesante de destacar es la distinción conceptual respecto a la protección obligatoria de los familiares en las codificaciones de Chile y Brasil. En el primero, la legítima se entiende como la "asignación que el testador debería haber hecho" (p. 123), por lo que su fundamento se encuentra en la voluntad presunta o hipotética del testador. En cambio, en Brasil, la protección a los *herdeiros necessários* es parte de la codificación relativa a la sucesión intestada. A su vez, ambos sistemas contrastan con la realidad que se aprecia en Centroamérica y México, donde, quizás por la influencia estadounidense, se promovieron reformas con un fuerte énfasis en la libertad de testar, que terminaron en la abolición de la ley hereditaria forzosa (p. 125); para luego promover fuertemente un sistema de protección basado en las necesidades.

[3] Barría (2015) pp. 27-29.

[4] Quigley (1989) p. 808.

Una mención especial requiere la llamada *family provision* propia de los sistemas jurídicos sin codificación de derecho civil. Su origen se encuentra en Nueva Zelanda (que posteriormente se expandió a Australia) y, en particular, se explica en las discusiones que llevaron a cuestionar la libertad irrestricta para testar, dado que se decía que en ella estaba el riesgo de permitir que mediante la última voluntad del testador –si este así lo quisiera– se dejara en total desamparo a las personas que dependían de él, como hijos o cónyuges sobrevivientes (p. 136). En mayor o menor medida, dependiendo de la jurisdicción específica que adoptó esta figura, se reconoció a los tribunales el derecho a ordenar una "provisión" con cargo a la herencia, que puede ser solicitada por distintos sujetos, en algunos casos, incluso la pareja de hecho de una relación no registrada, nietos o hijastros. Es interesante la potestad que al respecto tienen los tribunales. El autor destaca que éstos no solo están facultados para conceder el otorgamiento de esta provisión, sino que, además, pueden negarse si, en su opinión, estiman que el carácter o conducta del solicitante no justifica o merece el otorgamiento de este beneficio o derecho. Al respecto, el autor menciona que dicho mecanismo ha sido objeto de fuertes críticas, por la limitación al poder para testar, así como la fuerte discrecionalidad entregada a las cortes respecto a estas materias. En definitiva, pareciera que, en lugar de haberse otorgado una solución definitiva, la decisión se hubiese simplemente trasladado desde la voluntad del testador o legislador hacia la de los jueces.

Lo anterior no hace sino recordar las discusiones en torno al *trust* existentes en el *common law* americano e inglés. La fuerte protección que el *common law* ha otorgado a la voluntad del *settlor* (o constituyente) ha permitido que éste reine después de su muerte sobre la vida de sus beneficiarios mediante la imposición de condiciones que se inmiscuyen en la vida personal de éstos; esto es, condiciones que deben cumplir si quieren recibir o gozar los bienes entregados en *trust* (*dead-hand-control trust*)[5]. En el Derecho inglés, generalmente se reconoce a las cortes amplios poderes para modificar o terminar el *trust* ante la ausencia de su constituyente[6], los cuales recién fueron reconocidos en Estados Unidos con el *Third Restatement of Trusts*[7].

Finalmente, el tercer capítulo es el más provocativo del libro. En esta sección, el autor se hace parte del debate jurídico-político sobre las razones existentes para revisar o justificar la existencia de legítimas, evaluando si la protección a los familiares puede obtenerse únicamente mediante una figura que entregue satisfacción a las necesidades alimenticias, sustituyendo la participación por cuotas fijas en la herencia (p. 181). Este capítulo, vuelve a tener directa relación con el debate nacional, pues, de hecho, en el Boletín Nº 15.154-07 del año 2022, precisamente se propuso la modificación de la naturaleza de la legítima apuntando hacia una protección de carácter alimentaria.

[5] Matthews (2006) pp. 5-6.

[6] Tate (2006) p. 486.

[7] Fogel (2016) p. 343.

Así, las preguntas y debates al respecto son variados ¿merece la pena privilegiar la certeza jurídica que ofrece el sistema de legítimas a cambio de perder la flexibilidad que todo sistema requiere? ¿Es contrario a la justicia natural privar a los propios hijos de lo necesario para su mantención? ¿Qué implicancias tiene protegerlos mediante una cuota fija respecto a beneficiarlos con un crédito en favor de la herencia? Como señala el autor, tanto el derecho a la legítima crediticia como el derecho hereditario forzoso han sido objetos de críticas (p. 191). Cada uno de ellos ofrece tanto argumentos a favor como en contra. En este contexto, el autor recomienda al lector recordar que "la libertad de testar es el punto de partida natural en una sociedad liberal" (p. 194); pero no desatiende el principio de solidaridad familiar y que, en definitiva, diversos sistemas jurídicos reconocen el deber de contribuir con las necesidades vitales de los familiares más próximos.

III) COMENTARIOS FINALES: UNA OBRA DELICADA, FRUTO DE UN PROFUNDO Y DETALLADO TRABAJO INVESTIGATIVO

Las tres obras del Prof. Zimmerman acá compiladas, exhiben con facilidad ser el resultado de un trabajo investigativo acucioso, que implicó la revisión de cientos de fuentes doctrinales, legales y jurisprudenciales de múltiples jurisdicciones, las que abarcan Europa Occidental y Oriental, Asia, Inglaterra, Nueva Zelanda y otros países herederos del *common law*, así como el estado del arte en la materia en América del Norte, Centroamérica y Sudamérica. En este último caso, incluyendo entre otras, incluso la revisión crítica de algunos aspectos del sistema chileno.

Es muy sorprendente el nivel de detalle alcanzado por el autor, considerando la cantidad de jurisdicciones cubiertas en estas tres obras. Ello, sobre todo, teniendo en cuenta que las apreciaciones presentadas por el autor no sólo abarcan los orígenes históricos de las instituciones analizadas, que muchas veces se reducen a raíces comunes, sino que también recientes reformas legislativas y discusiones académicas presentadas a lo largo del mundo.

Asimismo, es destacable la fluidez y naturalidad con que el autor realiza conexiones, comparaciones y contrastes entre cada una de las jurisdicciones cubiertas en sus tres obras. Para el lector no es difícil encontrar, a veces incluso en un mismo párrafo, descripciones y análisis de jurisdicciones tan –aparentemente– distintas como podrían ser Venezuela, Inglaterra o Hungría; todo elegantemente conectado. Si se considera la trayectoria e influencia del autor, ello no es sorprendente, sino que sintomático de su maestría comparatista y de su pleno dominio de la materia tratada.

Finalmente, como pocas obras en el mundo, esta reviste una particular relevancia para el Derecho Privado nacional, por cuanto permite revisar cómo las reglas de Derecho Sucesorio chilenas son situadas, comparadas y analizadas desde el exterior respecto de otros sistemas jurídicos, y, además, se enmarca en el contexto de recientes propuestas de reformas al Código de Bello específicamente relacionadas con la protección familiar y la libertad de testar. En definitiva, la forma en que el autor ha presentado sus hallazgos y conclusiones permite al lector nacional, mientras avan-

za la revisión del libro, identificar las similitudes y diferencias de la regulación nacional con jurisdicciones tanto cercanas como lejanas. Lo anterior, sin duda, contribuye al entendimiento de nuestro propio derecho, a la comprensión de nuestros orígenes culturales y jurídicos y, por sobre todo, invita a reflexionar críticamente hacia dónde nos dirigimos en materia de protección familiar y libertad testamentaria.

Francisco González Hoch[8]
Universidad de Chile

Francisco Alvarado García[9]
Universidad de Chile

BIBLIOGRAFÍA CITADA

Barría Paredes, Manuel (2015): *Asignaciones forzosas y libertad de testar* (Santiago, Legal Publishing, primera edición).

Fogel, Bradley (2016): "Terminating or modifying irrevocable trusts by consent of the beneficiaries - a proposal to respect the primacy of the settlor's intent", *Real Property, Trust and Estate Law Journal*, vol. 50, Nº 3: pp. 337-380.

Matthews, Paul (2006): "The Comparative Importance of the Rule in Saunders v. Vautier", *Law Quarterly Review*, vol. 122: pp. 266-294.

Quigley, John (1989): "Socialist Law and the Civil Law Tradition", *The American Journal of Comparative Law*, vol. 37, N° 4: pp. 781-808.

Tate, Joshua (2006): "Conditional Love: Incentive trusts and the inflexibility problem", *Real Property, Probate and Trust Journal*, vol. 4 Nº 3: pp. 445-496

De Waal, Marius (2007): "A comparative overview", en De Waal, Marius, Reid, Kenneth y Zimmermann, Reinhard (edits.), *Exploring the Law of Succession: Studies National, Historical and Comparative* (Edinburgh, Edinburgh University Press) pp. 1-26.

Zimmermann, Reinhard (2023): *Protección imperativa de la familia en el Derecho sucesorio* (Madrid, Editorial Aranzadi).

Zimmermann, Reinhard (2023): "Normalmente demasiada y a veces muy poca… Protección familiar obligatoria a través de la herencia forzosa (legítima). Una apreciación crítica", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 50, Nº 3: pp. 127-147.

[8] Profesor de Derecho Civil, Universidad de Chile. Master of Laws (LL.M.), Universidad de Harvard. 0009-0008-7831-1817.

[9] Profesor de Derecho Civil, Universidad de Chile. Master of Laws (LL.M.), Universidad de Edimburgo y Universidad de Harvard. D.Phil. (prs) Universidad de Oxford. 0009-0002-5077-9318.