



FACULTAD DE DERECHO
PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DE CHILE

REVISTA CHILENA DE
DERECHO[®]

2021 · Septiembre - Diciembre · Vol. 48 - Nº 3

■ ESTUDIOS

DERECHO CONSTITUCIONAL

DERECHO LABORAL

DERECHO CIVIL

DERECHO PENAL

FILOSOFÍA DEL DERECHO

DERECHO PROCESAL

■ RECENSIONES

■ ENSAYOS



FACULTAD DE DERECHO
PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DE CHILE

REVISTA CHILENA DE
DERECHO[®]

■ ESTUDIOS

Derecho Constitucional

Derecho Laboral

Derecho Civil

Derecho Penal

Filosofía del Derecho

Derecho Procesal

■ RECENSIONES

■ ENSAYOS

REVISTA CHILENA DE DERECHO®

Pontificia Universidad Católica de Chile

COMITÉ EDITORIAL

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

Director

Álvaro Paúl Díaz

Cristóbal García-Huidobro Becerra

Coordinador General

Francisco Rubio Varas
Adriana Villamizar Rivera
Ayudantes de Redacción

Pía Ruiz-Tagle Donoso
Luciano Zúñiga García
Ayudantes de la Edición Electrónica

María José Gómez Álvarez
Bibliotecóloga de Investigación y Publicación

Andrea Valenzuela Niemann
Secretaria de la Revista

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

Esta revista recibe el apoyo de Bibliotecas UC para los números publicados en el año 2021

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

Índices de impacto: Journal Citation Reports. Social Sciences Edition (JCR), SCImago Journal & Country Rank (SJR).

Bases de datos bibliográficas: Web of Sciences - Social Sciences Citation Index, Scopus - Social Sciences & Humanities, JSTOR, HeinOnline, Dialnet, Latindex (catálogo y directorio) y Scielo-Chile.

La Revista Chilena de Derecho® es una marca registrada.

ISSN 0716-0747 (versión papel)

ISSN 0718-3437 (versión online)

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

Teléfonos: (56-2) 2354-2964

Correo electrónico de la Redacción: revchider@uc.cl

<http://ojs.uc.cl/index.php/Rchd/index>

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

ÍNDICE

Volumen 48 N° 3

■ EDITORIAL

PAÚL, Álvaro: *Avances de la Convención Constitucional* [V-XI]

■ ESTUDIOS

Derecho Constitucional

CASTILLO CÓRDOVA, Luis: *La inaplicación del derecho convencional creado por la Corte Interamericana de derechos humanos en relación al derecho a la vida del concebido* [1-24]

Derecho Laboral

DÍAZ GARCÍA, Luis Iván; BASTÍAS PARRAGUEZ, Cecilia; ALARCÓN GARCÍA, Sofía; RITZ PARRA, Kevin: *Regulación de la inclusión laboral de personas con discapacidad en el sector privado de Iberoamérica. Una evaluación desde la Convención* [25-54]

Derecho Civil

SCHOPF OLEA, Adrián: *El lugar de la buena fe en la integración de los contratos en el Código Civil chileno* [55-78]

Derecho Constitucional

LOVERA PARMO, Domingo Andrés y VARGAS MALDONADO, Catalina Andrea: *El Congreso Nacional y la interpretación constitucional en el proceso legislativo: criterios y momentos* [79-105]

Derecho Penal

CAMARGO BRITO, Ricardo y RIED SOTO, Nicolás: *Neurociencia y derecho. El impacto del neuroderecho en la práctica judicial chilena* [107-129]

Filosofía del Derecho

ZAMBRANO, Pilar: *Comprender o interpretar el derecho. El convencionalismo semántico en su laberinto* [131-154]

Derecho Procesal

DEL RÍO FERRETTI, Carlos: *La carga de la prueba con relación al cumplimiento-incumplimiento civil como thema probandum en la responsabilidad médica y la exceptio non adimpleti contractus* [155-179]

Derecho Civil

SALAH ABUSLEME, María Agnes: *La adquisición de bienes inmuebles en Chile: una mirada desde el género* [181-203]

■ RECENSIONES

POLANCO LAZO, Rodrigo: *BUSSANI, Mauro (2018): El Derecho de Occidente. Geopolítica de las reglas globales (Traducción María Elena Sánchez Jordán, Madrid, Marcial Pons) 286 pp.* [205-208]

■ ENSAYOS

LASCANO, María de la Paz: *Marco normativo para aplicaciones digitales en salud en la Argentina: una necesidad a resolver* [209-216]



FACULTAD DE DERECHO
PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DE CHILE

EDITORIAL

AVANCES DE LA CONVENCION CONSTITUCIONAL

El llamado Acuerdo por la Paz y la Nueva Constitución, del 15 de noviembre de 2019, dio inicio a un derrotero de cambio constitucional, cuyas bases jurídicas se dieron con la ley 21.200, publicada el día de Nochebuena de 2019¹. Nos encontramos ahora en el medio de este proceso, que se ha visto algo entorpecido por la Pandemia. En efecto, hubo que aplazar el plebiscito para decidir tanto si embarcarse en este camino constitucional como el tipo de órgano que lo conduciría, previsto originalmente para el día 26 de abril de 2020². También se atrasó la votación para elegir a los miembros de la Convención Constitucional. No obstante estas interrupciones, el 15 y 16 de mayo de 2021 se votó por los integrantes de este cuerpo colegiado. El proceso de elección de los 155 miembros de la Convención se apartó de las reglas tradicionales nacionales, pues incorporó mecanismos especiales para elegir personas independientes de los partidos políticos³, escaños reservados para representantes de pueblos indígenas⁴, e hizo exigencias de equilibrio entre mujeres y varones más profundas que las que se observan en las votaciones parlamentarias⁵. Los elegidos para formar parte de la Convención Constitucional asumieron sus funciones antes de transcurridos dos meses desde las elecciones, el 4 de julio⁶. Ahora, luego de ciertas demoras en el inicio de su tarea⁷, ya se encuentra dedicada a su trabajo de fondo⁸.

Los procesos de la Convención Constitucional han generado altas expectativas en parte importante de la población, por diversos motivos, principalmente por tratarse de la primera vez en la historia nacional en que la ciudadanía eligió a quienes redactarían su carta fundamental. Además, hay razones más simbólicas, por ejemplo, que Elisa Loncón, una mujer y mapuche, haya sido elegida para presidir la Convención durante su primera etapa. En otra parte de la población, el proceso genera temores, especialmente porque bastantes

¹ CHILE, Ley 21.200 (24/12/2019), Modifica el Capítulo XV de la Constitución Política de la República.

² Art. único, N° 1.a, CHILE, Ley 21.221 (26/3/2020), Reforma Constitucional que Establece un Nuevo Itinerario Electoral para el Plebiscito Constituyente y Otros Eventos Electorales que Indica.

³ Disposición transitoria vigésimo novena, CHILE, Constitución Política de la República (11/8/1980).

⁴ Disposición transitoria cuádragésima tercera, CHILE, Constitución Política de la República (11/8/1980).

⁵ Disposiciones transitorias trigésima y trigésima primera, CHILE, Constitución Política de la República (11/8/1980). Curiosamente, esta norma terminó beneficiando más a varones que a mujeres. CNN CHILE (2021): "Paridad de Género en la CC Benefició a Más Hombres que Mujeres: Solo 5 Candidatas Fueron Favorecidas", *CNN Chile*. Disponible en: https://www.cnnchile.com/elecciones2021/paridad-genero-cc-favorecio-hombres_20210518/. Fecha de consulta: 31/1/2022.

⁶ GOB.CL (sitio web), *Proceso Constituyente*. Disponible en: <https://www.gob.cl/procesoconstituyente/>. Fecha de consulta: 31/1/2022.

⁷ ASTABURUAGA B., Roberto (2021): *La Convención Constitucional: Circo o Máquina* (s.l., Comunidad y Justicia), pp. 17-21. Disponible en: <https://comunidadyjusticia.cl/wp-content/uploads/2022/01/CyJ.Astaburuaga.R.-ConvencionConstitucional.Circo-o-maquina-1.pdf>. Fecha de consulta: 28/1/2022.

⁸ CONVENCION CONSTITUCIONAL, Cronograma General de Trabajo de la Convención Constitucional. Actualizado de conformidad con modificaciones aprobadas por el Pleno de la Convención el 29 de diciembre de 2021 (29/12/2021). Disponible en: <https://www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2021/11/Cronograma-2912021.pdf>. Fecha de consulta: 31/1/2022.

miembros de la Convención tienen ánimos refundacionales⁹. Además, existe preocupación porque la Convención Constitucional ha infringido ciertas normas constitucionales, y porque ha mostrado desidia en respetar las normas que ella misma se ha impuesto¹⁰.

El proceso constitucional no ha estado exento de controversias. Entre los hechos que las han generado se cuentan disturbios y retrasos en su instalación¹¹, la extensa restricción del ingreso de la prensa en los inicios de las tareas de la Convención¹², o su pronta petición de aumentar las asignaciones para gastos y asesorías de los convencionales¹³. Ha habido también otras controversias de mayor gravedad, como el haber comenzado su trabajo inmiscuyéndose en la labor parlamentaria y del Ejecutivo, al *demandar* medidas como la tramitación con máxima celeridad del indulto general a quienes habrían realizado delitos y crímenes en el contexto de la crisis de orden público de 2019, a personas mapuche desde 2001 y la “inmediata desmilitarización del Wallmapu”, entre otras¹⁴. También existen manifestaciones externas que muestran que algunos convencionales olvidan que su tarea es la de redactar un instrumento jurídico fundamental –ni nada más ni nada menos–. Esto ocurre, por ejemplo, cuando el vicepresidente de la Convención se arrogó el privilegio de “exi[gir] libertad inmediata” de constituyentes que habían sido arrestados por haber causado disturbios¹⁵, o cuando un par de integrantes de la Convención Constitucional le resta-

⁹ Véase GARRETÓN M., Manuel Antonio (2021): “Del ‘Estallido’ al Proceso Refundacional. El Nuevo Escenario de la Sociedad Chilena”, *Asian Journal of Latin American Studies*, vol. 34, N° 2: pp. 39-62, pp. 45-46.

¹⁰ Sobre estas infracciones puede verse ASTABURUAGA B., Roberto (2021): *La Convención Constitucional: Circo o Máquina* (s.l., Comunidad y Justicia), pp. 23-46. Disponible en: <https://comunidadyjusticia.cl/wp-content/uploads/2022/01/CyJ.Astaburuaga.R.-ConvencionConstitucional.Circo-o-maquina-1.pdf>. Fecha de consulta: 28/1/2022.

¹¹ BLANCO, Benjamín y VARGAS, Felipe (2021): “En una Ceremonia Cargada de Tensión y Simbolismo, la Convención Inicia su Mandato de Brindar una Nueva Constitución”, *Emol*. Disponible en: <https://www.emol.com/noticias/Nacional/2021/07/04/1025695/instalacion-convencion-constituyente.html>. Fecha de consulta: 31/1/2022.

¹² ASTABURUAGA B., Roberto (2021): *La Convención Constitucional: Circo o Máquina* (s.l., Comunidad y Justicia), pp. 23-46. Disponible en: <https://comunidadyjusticia.cl/wp-content/uploads/2022/01/CyJ.Astaburuaga.R.-ConvencionConstitucional.Circo-o-maquina-1.pdf>. Fecha de consulta: 28/1/2022.

¹³ T13 (2021): “Convención Pidió Mil 700 Millones de Pesos Adicionales para Asignaciones de Constituyentes”, *T13*. Disponible en: <https://www.t13.cl/noticia/convencion-constitucional/politica/convencion-mil-millones-asignaciones-constituyentes-02-09-2021>. Fecha de consulta: 31/1/2022.

¹⁴ COOPERATIVA (2021): “Convención Constitucional Aprobó Declaración sobre Presos del Estallido”, *Cooperativa*. Disponible en: <https://cooperativa.cl/noticias/pais/politica/constitucion/convencion-constitucional-aprobo-declaracion-sobre-presos-del-estallido/2021-07-08/180219.html>. Fecha de consulta: 31/01/2022. La declaración completa puede verse en CONVENCION CONSTITUCIONAL, 1ª Declaración, *Acerca de las Personas Privadas de Libertad con Ocasión de la Revuelta Social y de la Judicialización del Conflicto Político y Social que Mantiene el Estado con la Nación Mapuche* (08/07/2021). Disponible en: <https://www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2021/07/1ra-Declaracio%CC%81n-de-la-Convencio%CC%81n-Constitucional.pdf>. Fecha de consulta: 31/1/2022.

¹⁵ LARA, Emilio (2021): “Video: Bassa Exige a Carabineros Libertad de Convencionales Arrestados Recordando su Cargo”, *BioBioChile*. Disponible en: <https://www.biobiochile.cl/especial/una-constitucion-para-chile/noticias/2021/07/15/video-bassa-exige-a-carabineros-libertad-de-convencionales-arrestados-recordando-su-cargo.shtml>. Fecha de consulta: 31/1/2022.

ron decoro a dicho órgano al disfrazarse en su sede¹⁶. Quizá uno de los actos individuales más reprochables fue el de un miembro de la Convención que se hizo elegir engañando a los votantes al tomar como bandera de lucha un falso cáncer que dijo padecer¹⁷.

La Convención Constitucional cuenta ya con los instrumentos fundamentales para poder dedicarse a su labor de fondo. El primero de ellos es el Reglamento General¹⁸. La Constitución dispone que la Convención debía aprobar el “reglamento de votación” por dos tercios de sus miembros en ejercicio¹⁹. Dicha norma no hacía prever que la Convención aprobaría no solo un reglamento general, sino que también reglamentos de comisiones. En esta materia hubo controversias, especialmente en relación con la determinación de qué normas debían aprobarse con el referido quorum de dos tercios. Finalmente, se determinó que todos los artículos del Reglamento se votarían por simple mayoría, cuestión que contravino la disposición constitucional recién referida. Parte importante de los convencionales votó favorablemente para que la norma reglamentaria que exigía la votación por dos tercios fuera aprobada, pues ella misma no habría alcanzado el quorum de dos tercios (no obstante estar claramente establecida en el texto de la Convención)²⁰. Haber votado los reglamentos por simple mayoría permitió que se incorporaran en ellos algunos asuntos de fondo sin una debida discusión, como ocurre cuando el Reglamento General se refiere a sus principios rectores, dentro de los cuales se incluyen algunos temas que son objeto de discusión política hoy en día, tales como el enfoque de género y perspectiva feminista, la plurinacionalidad, el plurilingüismo o la noción del “Buen Vivir” (concepto que evoca al *Sumak Kawsay* del neoconstitucionalismo andino)²¹.

El segundo documento esencial de la Convención es su Cronograma General de Trabajo²², aprobado originalmente por el Pleno de la Convención el 3 de noviembre de 2021.

¹⁶ 24HORAS (2021): “Porque la gente nos pidió’: Constituyente llega disfrazado de dinosaurio al Ex Congreso Junto a ‘Tía Pikachu’”, *24Horas*. Disponible en: <https://www.24horas.cl/nacional/tia-pikachu-dinosaurio-azul-convencion-constitucional-4897036>. Fecha de consulta: 31/1/2022.

¹⁷ Esta persona llegó a ser, incluso, vicepresidente de la mesa directiva de la Convención. BBC NEWS MUNDO (2021): “Rodrigo Rojas Vade: El Escándalo en Chile Después de que el constituyente reconociera que mintió sobre su diagnóstico de cáncer”, *BBC News Mundo*. Disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-58464987>. Fecha de consulta: 31/1/2022.

¹⁸ CONVENCION CONSTITUCIONAL, Reglamento General de la Convención Constitucional (29/9/2021). Disponible en: <https://www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2021/10/Reglamento-definitivo-versio%CC%81n-para-publicar.pdf>. Fecha de consulta: 31/1/2022.

¹⁹ Art. 133, CHILE, Constitución Política de la República (11/8/1980).

²⁰ EL MOSTRADOR (2021): “Pleno de la Convención Aprueba en General el Reglamento y Define que sus Normas se Zanjarán por Mayoría Simple, Incluyendo Artículo que Fija los 2/3”, *El Mostrador*. Disponible en: <https://www.elmostrador.cl/destacado/2021/09/14/pleno-de-la-convencion-aprueba-en-general-el-reglamento-y-define-que-sus-normas-se-zanjaran-por-mayoria-simple-incluyendo-articulo-que-fija-los-2-3/>. Fecha de consulta: 31/01/2022, y FOLLERT, Paul (2021): “Las otras normas que impactan en el cuórum de 2/3 aprobado por la Convención”, *Pauta*. Disponible en: <https://www.pauta.cl/politica/donde-impacta-quorum-dos-tercios-reglamento-convencion-constitucional>. Fecha de consulta: 31/1/2022.

²¹ Art. 3, CONVENCION CONSTITUCIONAL, Reglamento General de la Convención Constitucional (29/09/2021). Disponible en: <https://www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2021/10/Reglamento-definitivo-versio%CC%81n-para-publicar.pdf>. Fecha de consulta: 31/1/ 2022.

²² CONVENCION CONSTITUCIONAL, Cronograma General de Trabajo de la Convención Constitucional (3/11/2021). Disponible en: <https://www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2021/11/Acuerdo-del-Pleno-2021-11-03-Cronograma.pdf>. Fecha de consulta: 31/1/2022.

En dicho cronograma, la Convención decidió usar el máximo de plazo que permite la Constitución para su funcionamiento, esto es, contempló la prórroga de tres meses que podía hacerse al plazo original de nueve²³. El cronograma fue modificado el 29 de diciembre para, entre otras cosas, dedicar más tiempo a la deliberación de las normas constitucionales, reduciendo las “semanas territoriales” (períodos en que los convencionales acudirían a los distritos donde fueron electos para acercar el proceso constituyente a la ciudadanía)²⁴. Además de este cronograma general, cada comisión tiene su propio cronograma.

Otro elemento que le permitirá a la Convención dedicarse al trabajo de fondo es que ya ha escuchado en audiencias a gran parte de las personas interesadas. Ya al momento de redactar sus distintos reglamentos, la Convención comenzó a escuchar a quienes quisieron presentar ante ella. Luego, en la etapa de fondo, ofreció también recibir en audiencia a los interesados, pero hubo un número altísimo de ellos²⁵, lo que la hizo utilizar sistemas de sorteos y preferencias según diversos criterios –como exclusión histórica–, para determinar quiénes podrían presentar. Esto generó algunas suspicacias sobre la transparencia y adecuación del mecanismo de selección, pues mientras algunas personas presentaban en más de una comisión, otros no eran seleccionados en ninguna de las varias en las que lo solicitaron. El sistema para elegir a quienes presentarían hizo que se excluyera a entidades de gran importancia nacional en determinados rubros, generando ciertas críticas²⁶. Ciertamente, el plazo que constriñe a la Convención Constitucional fue una causa principal de esta situación. También influye que los temas en los que se hacía un llamado a participar eran muy amplios. El límite de tiempo debe haber impedido que las convocatorias a audiencia se hicieran durante la discusión de asuntos específicos, lo que habría permitido circunscribir mejor las presentaciones.

Debido a la necesidad de limitar las personas a oír en las audiencias, la academia jurídica no pudo participar tanto como hubiese querido en la Convención Constitucional²⁷. Sin embargo, la gran diversidad de Universidades chilenas ha estado bastante consciente

²³ Dichos plazos se establecen en Art. 137, CHILE, Constitución Política de la República (11/8/1980). Tal ampliación no es automática, pues según se señala en el artículo 137, debe ser solicitada formalmente por quien ejerza la Presidencia o por un tercio de sus miembros, con determinada anticipación. Una vez solicitada según las formalidades requeridas, el plazo se entenderá prorrogado sin más trámite.

²⁴ CONVENCION CONSTITUCIONAL, Cronograma General de Trabajo de la Convención Constitucional. Actualizado de conformidad con modificaciones aprobadas por el Pleno de la Convención el 29 de diciembre de 2021 (29/12/2021). Disponible en: <https://www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2021/11/Cronograma-2912021.pdf>. Fecha de consulta: 31/1/ 2022.

²⁵ FOLLERT, Paul (2021): “Las Comisiones de la Convención Enfrentan una Ola de Audiencias”, *Pauta*. Disponible en: <https://www.pauta.cl/politica/comisiones-convencion-audiencias-cronograma-division-funciones>. Fecha de consulta: 31/1/2022.

²⁶ HERMOSILLA, Ignacio (2021): “Convención defiende método que excluyó a la CPC de audiencias con la Comisión de Medio Ambiente”, *BioBioChile*. Disponible en: <https://www.biobiochile.cl/especial/una-constitucion-para-chile/noticias/2021/12/14/mesa-de-la-convencion-desestima-criticas-por-exclusion-de-la-cpc.shtml>. Fecha de consulta: 31/1/2022. Véase también EDITORIAL (2021): “Criterios para audiencias en la Convención”, *La Tercera*. Disponible en: <https://www.latercera.com/opinion/noticia/criterios-para-audiencias-en-la-convencion/PNXC35NJ45HNTG7DZ72G3KC7J4/>. Fecha de consulta: 31/1/2022.

²⁷ A modo de ejemplo, el autor de este editorial solicitó participar en tres comisiones para la discusión de fondo, pero no fue seleccionado para presentar en ninguna de ellas.

de su deber moral de colaborar en este proceso. Esto se ha observado con fuerza en nuestra casa de estudios, tanto a nivel central²⁸, como a nivel de distintas unidades y centros. El Foro Constitucional es una iniciativa especialmente importante de la Pontificia Universidad Católica, “desarrollada por la Facultad de Derecho –en la que participan otras facultades y académicos de la Universidad– cuyo objetivo es contribuir al debate constitucional y a la participación informada de la ciudadanía”²⁹. También ha habido otras instancias de contribución, como documentos elaborados por el Centro de Políticas Públicas UC³⁰. Incluso esta revista jurídica buscó aportar en el debate³¹.

Las citaciones a audiencia fueron expresión de uno de los objetivos de la Convención: tener una amplia participación ciudadana³². Algunos de los otros mecanismos que se incorporaron para cumplir este objetivo fueron las iniciativas populares de normas, las que requerían contar con un patrocinio de quince mil firmas para exigir ser tenidas en consideración por parte de la Convención Constitucional. También se establecieron cabildos y encuentros e iniciativas de pueblos originarios³³.

Un mecanismo objetable de participación ciudadana es el plebiscito intermedio dírimente –donde podrían votar adolescentes de dieciséis años o más–, que tendría el efecto de imponer normas que no contarán con los dos tercios necesarios para su aprobación

²⁸ Véase COMISIÓN UC PROCESO CONSTITUCIONAL (2021): Reflexiones en Torno *al Proceso de Elaboración de la Nueva Constitución* (s.l., Pontificia Universidad Católica de Chile). Disponible en: <https://www.uc.cl/site/assets/files/13232/reflexiones-en-torno-al-proceso-de-elaboracion-de-la-nueva-constitucion.pdf>. Fecha de consulta: 26/1/2022.

²⁹ FORO CONSTITUCIONAL. FACULTAD DE DERECHO UC (sitio web), *Quiénes Somos*. Disponible en: <https://foroconstitucional.uc.cl/quienes-somos/>. Fecha de consulta: 26/01/2022. Esta instancia ha elaborado libros con distintos objetivos, tales como servir de insumos para cualquier lego interesado en el proceso constitucional (DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO, FACULTAD DE DERECHO, PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE (2021): *Conceptos Fundamentales para el Debate Constitucional* (Santiago, Ediciones UC)), o sobre temas especializados (Programa de Reformas a la Justicia UC. Facultad de Derecho. Pontificia Universidad Católica de Chile (2021): *Justicia y Nueva Constitución. Perspectivas y Propuestas* (Santiago, Ediciones UC)). Incluso elaboró un documento que podría servir para construir acuerdos entre los constituyentes. SAIEH, Cristián y otros (2021): *Herramientas para la Construcción de Acuerdos Constitucionales* (s.l., Foro Constitucional UC). Disponible en: <https://foroconstitucional.uc.cl/wp-content/uploads/2021/06/Herramientas-para-la-construccion-de-acuerdos-constitucionales.pdf>. Fecha de consulta: 31/1/2022.

³⁰ Por ejemplo, entre varios otros, BERNASCONI, Andrés y otros (2021): “Contribuciones a la Discusión Constitucional: Libertad de Enseñanza y Derecho a la Educación”, *Temas de la Agenda Pública*, N° 145: pp. 1-22; DONOSO, Guillermo y otros (2021): “Contribuciones a la Discusión Constitucional: Protección del Medio Ambiente”, *Temas de la Agenda Pública*, N° 136: pp. 1-13, y OVALLE V., Alejandra y SOTO V., Sebastián (2021): *Sociedad Civil y Constitución. Ideas para el Debate* (s.l., Centro UC Políticas Públicas). Disponible en: https://politicaspublicas.uc.cl/wp-content/uploads/2021/06/Sociedad-Civil-y-Constitucion%CC%81n_VF-1-1.pdf. Fecha de consulta: 26/1/2022.

³¹ PAÚL, Álvaro (2021): “Editorial. Nueva Constitución y Derecho Internacional”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 48, N° 1: v-xxv.

³² UNIVERSIDAD DE CHILE (sitio web), *Los Ejes del Amplio Proceso de Participación Ciudadana que Abrió la Convención Constitucional*. Disponible en: <https://www.uchile.cl/noticias/182053/las-10-instancias-de-participacion-ciudadana-abiertas-en-la-convencion>. Fecha de consulta: 31/1/2022.

³³ CONVENCION CONSTITUCIONAL (sitio web), *Plataforma Digital de Participación Popular*. <https://iniciativas.chileconvencion.cl/>. Fecha de consulta: 31/1/2022.

por parte de la Convención Constitucional³⁴. Se trata de un mecanismo que contraría la Constitución, por lo que sería necesario que el Congreso lo autorice mediante una reforma constitucional, como reconoce el artículo 41 del propio Reglamento de la Convención. Este mecanismo no pareciera ser adecuado por varios motivos. El primero es que contraría el acuerdo de noviembre de 2019, y permitiría que una simple mayoría plebiscitaria impusiera su visión sobre alguna materia, a pesar de que este proceso constitucional busca redactar lo que se ha llamado *La Casa de Todos*³⁵, algo en lo que debiera haber grandes acuerdos. Motivos económicos, de plazos a cumplir, y el evitar ciertas normas populistas también desaconsejan estos plebiscitos. Por último, son problemáticos por razones relacionadas con el texto mismo de la Constitución, pues este debe ser un todo armónico, lo que solo se logra después de que sus redactores valoren todas las normas en su conjunto. Además, los órganos colegiados deben llegar a acuerdos, y se dificulta negociarlos si se desconoce si determinadas materias quedarán reservadas finalmente para la decisión de un tercero.

La participación popular incidente necesariamente implica tiempo. Eso puede explicar que ya desde los comienzos de la Convención Constitucional se hablara sobre la idea de extender el plazo de trabajo³⁶. Es previsible que estos llamados se harán más frecuentes a medida que se acerque la fecha de término de la Convención. Sin pronunciarnos sobre los méritos de estas propuestas, en caso de que se aprobara una reforma constitucional que extendiera el plazo, y atendido que los convencionales fueron elegidos solo por nueve meses extensibles a un año, sería razonable que se llame a una nueva elección de integrantes de la Convención. De lo contrario se generaría un incentivo para que los convencionales se extiendan innecesariamente en su labor. Esta solución tiene la desventaja de que los nuevos convencionales no contarían con la experiencia que han adquirido los que ya se encuentran en sus funciones, pero seguiría la lógica de lo que ocurre con la Cámara de Diputados, siempre y cuando la reforma constitucional necesaria permitiera la reelección en el cargo.

Como decíamos, todo está dispuesto para que la Convención Constitucional pueda llevar a cabo su labor. Sin embargo, será arduo lograr que personas con historias de vida, creencias e ideas muy distintas lleguen a acuerdos, pues esto implica ceder en posiciones que pueden estar muy arraigadas. Esto es aún más complejo cuando se trata de un órgano colegiado de un número tan alto de miembros. En todo caso, este proceso todavía está abierto, en atención a que puede haber un diálogo con el legislador que genere cambios en los mecanismos de funcionamiento de la Convención y en la propuesta que se le haga

³⁴ Se encuentra regulado en detalle en CONVENCION CONSTITUCIONAL, Reglamento de Mecanismos, Orgánica y Metodologías de Participación y Educación Popular Constituyente (29/12/2021). Disponible en: <https://www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2021/10/Reglamento-definitivo-Participacio%CC%81n-Popular-final-modificado-29-diciembre-2021-4.pdf>. Fecha de consulta: 31/1/ 2022. Este mecanismo también es mencionado en los artículos 77 y 97 de CONVENCION CONSTITUCIONAL, Reglamento General de la Convención Constitucional (29/09/2021). Disponible en: <https://www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2021/10/Reglamento-definitivo-versio%CC%81n-para-publicar.pdf>. Fecha de consulta: 31/1/ 2022.

³⁵ ZAPATA LARRAÍN, Patricio (2015): *La Casa de Todos. La Nueva Constitución que Chile Merece y Necesita* (Santiago, Ediciones UC).

³⁶ Como lo hizo el convencional constituyente Manuel Woldarsky. URBINA, Francisco Javier (2021): “¿Extender el Plazo de la Convención?”, *El Mostrador*. Disponible en: <https://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/columnas/2021/10/31/extender-el-plazo-de-la-convencion/>. Fecha de consulta: 31/1/2022.

al país. En definitiva, aunque en teoría falta menos de un año para contar con una nueva Constitución, aún hay muchas interrogantes abiertas. Que la Virgen del Carmen, Reina y Patrona de Chile, nos guíe en este proceso histórico.

ÁLVARO PAÚL

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

LA INAPLICACIÓN DEL DERECHO CONVENCIONAL CREADO POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN RELACIÓN AL DERECHO A LA VIDA DEL CONCEBIDO

INAPPLICATION OF THE CONVENTIONAL RIGHT CREATED BY THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS IN RELATION TO THE RIGHT TO LIFE OF THE UNBORN CHILD

LUIS CASTILLO CÓRDOVA*

RESUMEN: De la mano del derecho fundamental a la vida del concebido se muestra la antinomia que surge entre dos normas constitucionales, una de origen nacional creada por el Tribunal Constitucional peruano y otra de origen convencional creada por la Corte IDH, que conforman el contenido constitucional del mencionado derecho fundamental. Planteada la antinomia se propone solucionarla desde las bases dogmáticas propias del Estado constitucional de derecho, que proscriben que la solución exclusivamente se sostenga en razones de autoridad. Así, se resuelve no desde una relación de supremacía del derecho convencional sobre el nacional, sino desde una efectiva relación de complementariedad, para el logro efectivo de la plena realización de las personas a través de la plena vigencia de los derechos humanos. Una tal solución representa, a la vez, límites razonables al control de convencionalidad en manos de la Corte IDH y promueve un efectivo diálogo entre esta y las cortes nacionales de justicia.

Palabras clave: Derecho a la vida, antinomia, Estado constitucional de Derecho, control de constitucionalidad, control de convencionalidad, Corte Interamericana de derechos humanos.

ABSTRACT: Considering the fundamental right to life of the conceived, this paper shows the antinomy that arises between two constitutional norms: a domestic norm created by the Peruvian Constitutional Court, and an international norm created by the Inter-American Court of Human Rights. Both norms made up the constitutional content of the fundamental right to life. Once the antinomy has been raised, it is proposed to solve it from the dogmatic bases of the constitutional State of law, which prohibits that the solution be exclusively sustained on reasons of authority. Thus, it is justified to resolve it not from a relationship of supremacy of the conventional law over the domestic, but from an effective relationship of complementarity for the effective achievement of the full realization of the people through the full enforcement of the human rights. Such a solution represents, at the same time, reasonable limits to the control of conventionality in the hands of the Inter-American Court of Human Rights and promotes an effective dialogue between it and the national courts of justice.

Keywords: Right to life, antinomy, Constitutional rule of law, control of constitutionality, control of conventionality, Inter-American Court of Human Rights.

* Doctor en Derecho, Universidade da Coruña, España. Profesor ordinario principal en la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura, Perú. Correo electrónico: luis.castillo@udep.edu.pe, número ORCID 7102150409.

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

Una de las preguntas más relevantes que en relación con un derecho humano puede ser formulada es la que indaga por el alcance razonable de su contenido esencial. En la determinación de tal alcance, muchos órganos están llamados a participar, no solo nacionales, sino también internacionales. La participación acontece a través de la producción de normas nacionales y de normas convencionales, estas una vez ingresadas al sistema nacional, adquieren valor constitucional. Serán normas que se ponen a disposición de los distintos operadores jurídicos de los Estados para construir y justificar la solución de un determinado problema iusfundamental concreto. Normalmente serán normas constitucionales que se complementan unas con otras y permiten su aplicación conjunta y armonizadora; excepcionalmente, sin embargo, algunas pueden ser contrarias entre sí y producir antinomias.

La manera cómo ella se resuelva será reveladora no solamente de una determinada teoría jurídica, sino también de un determinado modo de entender la relación entre el derecho constitucional y el derecho convencional sobre derechos humanos. Una tal teoría y una tal relación son decisivas para entender y aplicar correctamente el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad. No es, consecuentemente, un problema menor. Atender este problema es precisamente la tarea que se acomete a lo largo de estas páginas, con especial referencia al sistema jurídico peruano.

Para ello se procederá a identificar las principales normas que conforman el contenido constitucional del derecho a la vida del concebido. Se singularizarán las creadas por el Constituyente peruano y por su intérprete supremo que es el Tribunal Constitucional, así como las creadas por el Legislador convencional¹ y su intérprete vinculante que es la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en relación al mencionado derecho a la vida. Identificadas estas normas, se justificará en qué ámbitos normativos habrá una mayor posibilidad de que surja una antinomia, para a continuación comprobar la que existe entre una regla establecida por el Tribunal peruano y otra dispuesta por la Corte IDH.

Singularizada la antinomia se procederá a mostrar sus dos posibles soluciones, y de la mano de una determinada teoría jurídica, se justificará su solución y a quién corresponde otorgarla. Esta justificación, a su vez, permitirá proponer un modo de entender la relación derecho constitucional – derecho convencional y, consecuentemente, un modo de comprender la relación entre control constitucional y control convencional. Y aunque no son las únicas cuestiones relevantes que plantea el problema jurídico que se aborda, este trabajo se circunscribirá a ellas.

Con la finalidad aquí propuesta, conviene empezar el estudio mostrando las principales normas constitucionales vigentes en el sistema jurídico peruano en relación al derecho a la vida del concebido.

¹ Con esta expresión se aludirá al poder jurídico no concentrado que representan los Estados para producir normas internacionales sobre derechos humanos. Una suerte de poder constituyente en el ámbito internacional.

II. LAS NORMAS CONSTITUCIONALES DIRECTAMENTE ESTATUIDAS EN RELACIÓN CON EL DERECHO A LA VIDA DEL CONCEBIDO

Conviene operar con un concepto de derechos humanos que se construya desde el ser y el valor de la persona, es decir, desde la naturaleza y dignidad humanas. La naturaleza humana brinda el dato de que la persona es una realidad imperfecta que experimenta una serie de necesidades que brotan de su propia esencia humana, y que por tal razón deben ser tenidas como necesidades humanas esenciales². En la medida que el bien es aquello que perfecciona al ser³, estas necesidades están llamadas a ser satisfechas a través de bienes humanos esenciales⁴, como la vida, la salud, la libertad, la igualdad, el trabajo, etc. Por su parte, la dignidad humana significa que la persona vale como fin en sí mismo⁵, y como tal está llamada a conseguir su más plena realización. En la medida que esta realización está en directa relación con la satisfacción de sus necesidades esenciales, la dignidad humana convierte a los bienes humanos esenciales en la cosa debida a la persona⁶, es decir, en derechos humanos.

Así, tomada en cuenta la naturaleza (el ser) y la dignidad humana (el valor), se reconoce la existencia de los derechos humanos a la vida, a la salud, a la libertad, a la igualdad, al trabajo, etc. En esta lógica, el acto de justicia que significa el cumplimiento de la deuda, produce grados de realización de la persona: a mayor goce de los bienes humanos debidos o, si se quiere, a mayor vigencia de los derechos humanos, habrá mayor satisfacción de necesidades humanas esenciales y, consecuentemente, mayor realización de la persona⁷. En este punto es posible mostrar la siguiente definición de derechos humanos: son el conjunto de bienes humanos esenciales debidos a la persona por ser lo que es y valer lo que vale, y cuyo goce o adquisición le depara grados de realización⁸.

Definidos de esta manera, el bien humano hace a la esencia del derecho humano⁹; y la existencia y juridicidad (vinculatoriedad) de los derechos humanos dependen del ser y valor de la persona¹⁰, no de la decisión del legislador, ni tan siquiera del legislador constituyente¹¹, ni del convencional¹². Para asegurar su cumplimiento, estos se limitan a

² AÑON (1992) pp. 100-115.

³ ARISTÓTELES 1094a-1103a.

⁴ Son, “a) los bienes que conforman el ser del hombre, sus potencias y tendencias; b) las operaciones que tienden a obtener las finalidades naturales del hombre; y c) los bienes que son el objeto de esas operaciones”. HERVADA (1999) p. 114.

⁵ KANT (2006) p. 157.

⁶ Es lo debido naturalmente o, debido por la naturaleza humana. PORTELA (2006) p. 65.

⁷ Para el Tribunal Constitucional, “la dignidad humana es vinculante (...) en la dignidad humana y desde ella, es posible establecerse un correlato entre el “deber ser” y el “ser”, garantizando la plena realización de cada ser humano”. *EXP. N° 2273-2005-PHC/TC*, fundamento 8.

⁸ CASTILLO (2012) pp. 820-852.

⁹ CASTILLO (2010) pp. 93-95.

¹⁰ SERNA (1995) p. 294.

¹¹ BENDA (2001) p. 118.

¹² En palabras del Tribunal Constitucional, “la persona humana, por su dignidad, tiene derechos anteriores a la sociedad y al Estado, inmanentes a sí misma, los cuales han sido progresivamente reconocidos hasta hoy en su legislación positiva como derechos humanos de carácter universal”. *EXP. N° 4637-2006-PA/TC*, fundamento 45.

reconocerlos y a regularlos de modo básico. El reconocimiento lo consiguen limitándose a mencionar el nombre del bien humano esencial debido¹³; y la regulación ocurre a través de formulaciones normativas que concretan tal bien humano reconocido. El reconocimiento es mera declaración de algo preexistente; mientras que la regulación es creación jurídica. Esta doble labor ha sido cumplida por el Constituyente peruano en relación con el derecho fundamental a la vida. Así, en la Constitución peruana (CP) se ha dispuesto que “**artículo 2.** Toda persona tiene derecho: 1. A la vida (...). El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece”.

Con base tanto en la diferenciación entre disposición y norma¹⁴, como en la definición de derecho humano aquí propuesta, es posible sostener que desde la transcrita disposición constitucional se concluyen las siguientes dos normas: “**N2.1 CP**¹⁵: Está ordenado respetar el contenido esencial del derecho humano a la vida. **N2.1’**¹⁶ CP: Está ordenado considerar al concebido como sujeto de derecho en todo cuanto le favorece”.

Estas son normas constitucionales directamente estatuidas por el Constituyente. La primera reconoce, no crea, el derecho humano a la vida a través de la mención del nombre del bien humano debido, y con ello constitucionaliza de modo máximamente abierto el contenido esencial del derecho humano a la vida. La segunda regula de modo básico el constitucionalizado contenido esencial del derecho humano a la vida para referirlo del concebido, porque la vida le favorece. Así, la norma N2.1 CP es concretada por la norma N2.1’ CP; pero esta a su vez se conforma con un elemento abierto que reclama concreción: el concebido. Lo que deba ser entendido por concebido, no ha sido dispuesto por el Constituyente, esta es una labor que queda en manos de los órganos nacionales que tienen la competencia para interpretar vinculadamente a la Constitución y concretar las normas constitucionales directamente estatuidas. Uno de esos órganos es el Tribunal Constitucional.

III. LA NORMA CONSTITUCIONAL ADSCRIPTA DE ORIGEN NACIONAL EN RELACIÓN CON EL DERECHO A LA VIDA DEL CONCEBIDO

En referencia al sistema jurídico peruano, el primer llamado a interpretar vinculadamente a la Constitución para concretar las normas constitucionales directamente estatuidas, es el órgano que ejerce la función legislativa (Octava disposición final y transitoria de la Constitución): el Congreso de la República, a través de la ley (artículo 102.1 CP), y el Poder Ejecutivo a través de los decretos legislativos (artículo 104 CP). Estas concreciones

¹³ Para el Tribunal Constitucional, “[u]n derecho tiene sustento constitucional directo, cuando la Constitución ha reconocido, explícita o implícitamente, un marco de referencia que delimita nominalmente el bien jurídico susceptible de protección”. *EXP. N° 1417-2005-PA/TC*, fundamento 10.

¹⁴ GUASTINI (2011) pp. 133-156.

¹⁵ La simbología tiene el siguiente significado: la letra N significa norma, el número que le sigue significa el número de la disposición, y CP significa Constitución peruana.

¹⁶ Aquí y en adelante, la apóstrofe en el nombre de una norma se emplea con la finalidad de singularizar a una segunda norma que brota de una misma disposición.

serán decididas a través de leyes de desarrollo constitucional¹⁷. A ellos se suma la Corte Suprema como órgano de cierre de los procesos judiciales, y el Tribunal Constitucional como instancia única o última de los procesos constitucionales (artículo 200 CP). A la hora de resolver problemas de relevancia constitucional¹⁸, estos órganos jurisdiccionales interpretan vinculantemente a la Constitución para concretar normas constitucionales directamente estatuidas¹⁹, y de esta forma crear derecho constitucional²⁰. Cuando esto acontece, sus sentencias son sentencias de desarrollo constitucional.

La concreción constitucional resultante de las leyes y sentencias de desarrollo constitucional es una verdadera norma. Dos razones pueden ser dadas: primera, el carácter vinculante de la interpretación (y la vinculatoriedad hace a la normatividad)²¹; y, segunda, la naturaleza normativa (norma constitucional directamente estatuida) del objeto concretado que es compartida por la concreción resultante²². En todos estos casos se trata de una norma de valor y rango constitucional²³ que, nacida al mundo jurídico por cumplir esenciales exigencias de forma, es atraída fuertemente por la norma constitucional directamente estatuida que concreta, y existe adherida a ella. Por esta razón deben ser llamadas normas constitucionales adscriptas. Así, no solo las leyes de desarrollo constitucional sino también las sentencias de desarrollo constitucional, tanto de la Corte Suprema como del Tribunal Constitucional, se convierten en fuentes de derecho constitucional adscripto²⁴.

El Tribunal Constitucional, que es lo que ahora interesa destacar, ha interpretado la Constitución y ha concretado la norma constitucional directamente estatuida N2.1' CP en el advertido elemento abierto concebido, al concluir que “la concepción se produce durante el proceso de fecundación”²⁵. Desde esta concreción es posible concluir la siguiente nor-

¹⁷ Cuando son leyes de desarrollo constitucional referidas a los derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional las llama “leyes de configuración de derechos fundamentales”. *EXP. N° 1417-2005-AA/TC*, fundamento 11.

¹⁸ El fallo con el que se resuelve el problema de relevancia constitucional es una regla jurídica de efectos solo entre las partes. Pero a esa regla se llega con base en una premisa normativa que se construye a partir de una interpretación vinculante y concretadora de la Constitución que se adscribe a la norma constitucional que concreta y, como ella, vincula de modo general.

¹⁹ Por eso, en referencia al Tribunal Constitucional, en el artículo VII del Código Procesal Constitucional se ha dispuesto la sujeción de los jueces a las interpretaciones que de la Constitución formule el Alto Tribunal. Así, “[l]os jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales conforme a la interpretación que resulte de las resoluciones del Tribunal Constitucional”.

²⁰ Ha dicho el Tribunal Constitucional de sus sentencias que “dado que constituyen la interpretación de la Constitución del máximo tribunal jurisdiccional del país, se estatuyen como fuente de derecho y vinculan a todos los poderes del Estado”. *EXP. N° 03741-2004-AA/TC*, fundamento 42.

²¹ BERNAL (2003) p. 127.

²² ALEXI (1993) pp. 69-70.

²³ Salvo para las leyes de desarrollo constitucional que, a pesar de su valor constitucional, el Constituyente peruano le ha asignado un rango legal con el único propósito de hacerla pasible de una acción de inconstitucionalidad (artículo 200.4 de la Constitución). Precisamente por su valor constitucional componen el bloque de constitucionalidad, “el parámetro del control en la acción de inconstitucionalidad [que] comprende a otras fuentes distintas de la Constitución (...) fuentes con rango de ley”. *EXP. N° 0005-2006-PI/TC*, fundamento 21.

²⁴ Una diferencia del derecho fundamental directamente estatuido del adscripto, que aquí se sigue en la nomenclatura, en ALEXI (1993) pp. 66-73.

²⁵ *EXP. N° 02005-2009-PA/TC*, fundamento 53.

ma: “N53 STC 02005-2009-PA²⁶: Está ordenado considerar que la concepción se produce desde la fecundación”.

Esta es una norma que por haber cumplido esenciales exigencias de validez se le reconoce apariencia de norma válida²⁷, por lo que se le considera norma nacida con la presunción de validez. Una vez nacida es atraída por la norma N2.1’ CP que concreta. Adherida a ella existe como norma constitucional adscripta. El contenido constitucional directamente estatuido y adscripto resultante puede ser mostrado así: “N2.1 CP: Está ordenado considerar al concebido como sujeto de derecho en todo cuanto le favorece. La concepción se produce desde la fecundación”.

IV. LAS NORMAS CONSTITUCIONALES ADSCRIPTAS DE ORIGEN CONVENCIONAL EN RELACIÓN CON EL DERECHO A LA VIDA DEL CONCEBIDO

1. LAS NORMAS CONVENCIONALES CREADAS POR LA CADH

La diferenciación entre normas directamente estatuidas y adscriptas empleada para las normas constitucionales, puede ser aplicada también para las convencionales. El derecho convencional sobre derechos humanos está conformado por las normas convencionales directamente estatuidas por el Legislador convencional. Son normas que se desprenden de las distintas disposiciones convencionales del tratado sobre derechos humanos concernido. También está conformado por las normas convencionales adscriptas a estas, producidas por la interpretación vinculante y concretadora que de la Convención o tratado realiza el órgano internacional encargado de asegurar su plena vigencia. Aplicada esta diferenciación al sistema interamericano se tiene que el derecho convencional está conformado por las normas convencionales directamente estatuidas que se desprenden de las disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH)²⁸, y por las normas convencionales adscriptas creadas por la Corte IDH cuando, en ejercicio de su competencia contenciosa y consultiva, interpreta de modo vinculante la CADH para concretar normas convencionales directamente estatuidas²⁹.

²⁶ En esta denominación de la norma, N significa norma; 53 es el número del fundamento jurídico de la sentencia en la que se recoge el contenido que conforma la norma; STC significa sentencia del Tribunal Constitucional; y 02005-2009-PA, es el número de la sentencia.

²⁷ Una tal apariencia es consecuencia de haberse cumplido las esenciales exigencias formales que permiten presumir, *ius tantum*, que ha sido emitida por órgano competente, siguiendo el procedimiento previsto. Cfr. ACCATINO (2000) pp. 39-41. Luego de nacida se podrá someter a algún control jurídico que permita verificar si ha cumplido o no con todas las reclamadas exigencias formales para reconocerla como efectivamente válida y, por tanto, existente.

²⁸ Aunque en este trabajo la mención expresa es a la CADH, deberá entenderse hecha también a “los tratados de derechos humanos de los cuales es Parte el Estado”. *MASACRE DE RÍO NEGRO VS. GUATEMALA* (2012) párrafo 262.

²⁹ Si bien entre función contenciosa y consultiva existen diferencias, en el ejercicio de ambas igualmente se formulan interpretaciones vinculantes y concretadoras de la CADH para establecer la premisa normativa o *ratio decidendi* (regla jurídica) con la que se resuelve el problema jurídico presentado. Se trata de una norma de alcance general que se convierten en parámetro de validez convencional. Por eso, para realizar un control de convencionalidad, se “debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también *la interpretación* que del mismo ha hecho la Corte Interamericana” (*GELMAN VS. URUGUAY* (2013), párrafo 66). En esta línea, Tribunal Cons-

Así, y en referencia al derecho humano a la vida, la CADH ha dispuesto: “**Artículo 4: 1.** Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.

Desde esta disposición convencional varias normas convencionales directamente estatuidas pueden ser concluidas. De ellas ahora interesa mostrar estas dos: “N° 4.1 CADH³⁰: Está ordenado respetar el contenido esencial del derecho a la vida” y “N° 4.1’ CADH: Está ordenado que el derecho a la vida se proteja por la ley, en general, a partir del momento de la concepción”.

La norma N° 4.1 CADH es una norma convencional directamente estatuida de máximo grado de indeterminación normativa que es concretada a través de la norma N° 4.1’ CADH, una norma convencional directamente estatuida de relevante grado de indeterminación normativa. El elemento indeterminado en esta norma es concepción. Esta indeterminación está llamada a ser clarificada por la Corte IDH.

2. LAS NORMAS CONVENCIONALES CREADAS POR LA CORTE IDH

La interpretación vinculante y concretadora de la CADH, la lleva a cabo la Corte IDH a través de sus funciones contenciosa y consultiva. En la sentencia al Caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*, la Corte IDH la interpretó vinculantemente para concretar la norma N° 4.1’ CADH en su elemento abierto concepción. Luego de reconocer la necesidad de concretar este elemento³¹, y de advertir la existencia de al menos dos teorías científicas para hacerlo (la fecundación y la anidación), abrazó una de ellas y descartó la otra para, finalmente, concluir que “el Tribunal entiende el término ‘concepción’ desde el momento en que ocurre la implantación”³².

Esta interpretación vinculante produjo el nacimiento de una norma que puede ser presentada así: “N° 189 CASO ARTAVIA MURILLO VS. COSTA RICA³³: Está ordenado entender que la concepción se inicia desde la implantación del embrión en el útero”. Cumplidas las básicas exigencias formales, se puede reconocer la apariencia de norma válida, por lo que nace al derecho convencional y es atraída fuertemente por la norma N° 4.1’ CADH, y a ella permanece adherida como norma convencional adscripta. El contenido convencional directamente estatuido y adscripto puede ser presentado así: “N° 4.1’ CADH: Está orde-

titucional peruano ha establecido que “[l]a vinculatoriedad de las sentencias de la C[orte] IDH no se agota en su parte resolutive (la cual, ciertamente, alcanza solo al Estado que es parte en el proceso), sino que *se extiende a su fundamentación o ratio decidendi* (...), incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso” (*EXP. N° 2730-2006-PA/TC*, fundamento 12).

³⁰ Los símbolos empleados tienen el siguiente significado: la letra N significa norma, el número que le sigue significa el número de la disposición, y CADH significa Convención Americana sobre Derechos Humanos.

³¹ Así dijo la Corte IDH: “es procedente definir, de acuerdo con la Convención Americana, cómo debe interpretarse el término ‘concepción’”. *ARTAVIA MURILLO Y OTROS (“FECUNDACIÓN IN VITRO”) VS. COSTA RICA* (2012), párrafo 186.

³² *ARTAVIA MURILLO Y OTROS (“FECUNDACIÓN IN VITRO”) VS. COSTA RICA* (2012), párrafo 189.

³³ La letra N significa norma, el número indica el párrafo de la sentencia de la que (principalmente) proviene el contenido normativo, y le sigue el nombre del caso.

nado que el derecho a la vida se proteja por la ley, en general, a partir del momento de la concepción. *La concepción acontece con la implantación del embrión en el útero*”.

3. LA INTRODUCCIÓN EN EL SISTEMA JURÍDICO PERUANO DE LAS NORMAS CONVENCIONALES SOBRE EL DERECHO A LA VIDA DEL CONCEBIDO

Tanto la doctrina peruana³⁴ como el Tribunal Constitucional³⁵ consideran a la Cuarta disposición final y transitoria de la Constitución peruana³⁶ como la justificación para reconocer rango constitucional a los tratados sobre derechos humanos. Una vez que el Estado peruano se vinculó a la CADH, las normas convencionales directamente estatuidas ingresaron al sistema jurídico nacional y fueron atraídas fuertemente por las normas constitucionales directamente estatuidas que reconocían y regulaban los mismos bienes humanos esenciales debidos. Dejaron de ser derecho convencional a secas, para convertirse en derecho constitucional³⁷ adscripto³⁸. A partir de ese momento, cada vez que la Corte IDH interpreta vinculantemente la CADH, las concreciones normativas resultantes ingresan al sistema jurídico peruano en el nivel constitucional, dejan de ser derecho convencional a secas, y se convierten en derecho constitucional adscripto. El derecho constitucional peruano, más precisamente el bloque de constitucionalidad³⁹, queda dividido entre derecho constitucional directamente estatuido y derecho constitucional adscripto, y este a su vez se divide entre el de origen nacional y el de origen convencional. Conviene ejemplificarlo desde el derecho humano a la vida.

El derecho convencional del derecho humano a la vida está formado, entre otras, por las normas convencionales directamente estatuidas N° 4.1 CADH y N° 4.1' CADH; y por la norma convencional adscripta N° 189 CASO ARTAVIA MURILLO VS. COSTA RICA, que existe adherida a la norma N° 4.1' CADH que concreta. Este derecho convencional, una vez ingresado al sistema jurídico peruano, es fuertemente atraído por las normas constitucionales directamente estatuidas sobre el derecho a la vida: la norma N° 4.1 CADH es atraída por la norma constitucional directamente estatuida N° 2.1 CP, a la que se adscribe; y las otras dos restantes son atraídas por la norma constitucional directamente estatuida N° 2.1' CP, a la que se adscriben también. De esta forma el derecho convencional se convierte en derecho constitucional adscripto de origen convencional. El derecho constitucional queda completado con el derecho constitucional adscripto de origen nacional, en este caso creado por el Tribunal Constitucional⁴⁰.

³⁴ Por ejemplo, EGUIGUREN (2003).

³⁵ Al respecto puede revisarse la sentencia al *EXP. N° 0025-2005-PI/TC* y *0026-2005-PI/TC*, fundamentos 25 y 26.

³⁶ Se establece en esta disposición lo siguiente: “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”.

³⁷ En palabras del Tribunal Constitucionales los tratados sobre derechos humanos “constituyen parámetro de constitucionalidad en materia de derechos y libertades”. *EXP. N° 047-2004-AI/TC*, fundamento 22.

³⁸ El derecho convencional directamente estatuido no es la voluntad del Constituyente, por lo que no puede incorporarse al ámbito del derecho constitucional directamente estatuido.

³⁹ CASTILLO (2018) pp. 47-52.

⁴⁰ *N°53 STC 02005-2009-PA*.

De todas estas normas, algunas se destinan a mencionar el nombre del bien humano debido, constitucionalizando (de modo máximamente abierto) el contenido esencial del derecho humano (normas N° 2.1 CP y N° 4.1 CADH); y las otras se destinan a regular el bien humano debido y a concretar el contenido esencial constitucionalizado (normas N° 2.1 CP, N° 4.1' CADH, N° 189 CASO ARTAVIA MURILLO VS. COSTA RICA, N° 53, STC 02005-2009-PA). Todas estas normas conforman el constitucionalizado contenido esencial del derecho humano.

V. LA ANTINOMIA ENTRE NORMAS QUE CONFORMAN EL CONTENIDO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA VIDA DEL CONCEBIDO

Entender el contenido esencial constitucionalizado de los derechos fundamentales como un conjunto de normas constitucionales ayuda a advertir la posibilidad de que coexistan normas constitucionales contrarias entre sí. Esta posibilidad es tan extremadamente improbable en el nivel de las normas constitucionales de máximo grado de indeterminación normativa, que aquí se considerará imposible que ocurra. La razón es que estas normas se configuran con la sola mención del nombre del bien humano debido para constitucionalizar o convencionalizar el contenido esencial del derecho humano. Para que entre ellas pudiera surgir la antinomia, ambas deberían reconocer el bien humano, una para afirmarlo (con una fórmula del tipo “todos tienen derecho a la vida”), y la otra para negarlo (con una fórmula del tipo “nadie tiene derecho a la vida”). En la realidad la formulación de las normas constitucionales de máximo grado de indeterminación normativa, suele ser muy parecida cuando no exactamente la misma como ha ocurrido entre las normas N° 2.1 CP y N° 4.1 CADH.

La probabilidad de que existan antinomias surge en el ámbito de las concreciones del contenido esencial del derecho humano reconocido. Estas concreciones se producen, en primer lugar, en el ámbito de las normas directamente estatuidas. Así, después de reconocer el bien humano debido, el Legislador constituyente y el Legislador convencional lo regulan para concretar el contenido esencial del derecho humano respectivo. Por ejemplo, la norma N° 2.1 CP es concretada a través de la norma N° 2.1' CP; y la norma N° 4.1 CADH es concretada a través de la norma N° 4.1' CADH. Siendo posible, sin embargo, es altamente improbable que la contradicción normativa ocurra entre las concreciones que formulen el Legislador constituyente y el Legislador convencional⁴¹. La razón es que ambos legisladores se limitan a regular de modo básico el bien humano debido por lo que sus concreciones tenderán a ser normas con relevante grado de indeterminación normativa, lo que aminora considerablemente la posibilidad de negar el bien humano debido que regulan. Por lo que de esta posibilidad tampoco nada será dicho aquí.

⁴¹ Estas concreciones normativas se darán a través de normas de relevante grado de indeterminación normativa (como son las normas N° 2.1' CP y N° 4.1 CADH). Las normas sin relevante grado de indeterminación normativa son escasas en la parte dogmática de las Constituciones (como sí abundan, por ejemplo, en la parte orgánica), y prácticamente inexistentes en las Convenciones internacionales sobre derechos humanos. Por esta razón, no serán tomadas en cuenta en el análisis que aquí se lleva a cabo.

En segundo lugar, las concreciones se producen de la mano de los órganos públicos nacionales o convencionales. Así, el Tribunal Constitucional ha concretado la norma N° 2.1° CP a través de la norma N° 53 STC 02005-2009-PA; mientras que la Corte IDH, ha concretado la norma N° 4.1° CADH a través de la norma N° 189 CASO ARTAVIA MURILLO VS. COSTA RICA. Sin dejar de ser excepcional, la posibilidad de contradicción normativa alcanza su máxima probabilidad en este ámbito. La razón es que las concreciones tienden a ser concreciones sin relevante grado de indeterminación normativa que permitan, precisamente, resolver los problemas iusfundamentales que se presenten. La contradicción puede ocurrir respecto de normas constitucionales adscriptas de origen nacional entre sí, por ejemplo, una ley de desarrollo constitucional contraria a una regla jurídica creada por el Tribunal Constitucional; o entre estas y una norma constitucional directamente estatuida. También puede ocurrir entre las normas constitucionales adscriptas de origen nacional y las normas constitucionales adscriptas de origen convencional, por ejemplo, entre una regla jurídica creada por el Tribunal Constitucional y otra creada por la Corte IDH; o entre estas y una norma constitucional directamente estatuida.

En relación al derecho humano a la vida, la norma constitucional adscripta de origen nacional N53 STC 02005-2009-PA es contraria a la norma constitucional adscripta de origen convencional N° 189 CASO ARTAVIA MURILLO VS. COSTA RICA. Mientras la primera ordena al operador jurídico que tenga iniciada la concepción con la fecundación (del óvulo por el espermatozoide), la segunda le ordena que la tenga iniciada con la anidación (del cigoto en el endometrio de la mujer). Ambas normas son contrarias entre sí y no pueden ser empleadas a la vez, por lo que corresponde solucionar la antinomia creada

VI. LA SOLUCIÓN DE LA ANTINOMIA

1. SOLUCIÓN FORMAL Y EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Dos caminos pueden ser seguidos para resolver la antinomia surgida. El primero, de tipo formal, la resuelve exclusivamente de la mano de razones de autoridad: prevalece la norma convencional por provenir de un órgano internacional. Esta respuesta se encuentra no solo en la doctrina⁴², sino también es la posición de la Corte IDH, al establecer que “cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también *están sometidos* a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención *no se vean mermad[os] por la aplicación de leyes contrarias* a su objeto y fin”⁴³. La prevalencia no solo se ha exigido respecto de los tratados, sino también –y con la misma fuerza– de la manera cómo los tribunales internacionales interpretan los tratados: “el órgano judicial tiene la función de *hacer prevalecer* la Convención Americana y *los fallos de esta Corte sobre la normatividad*

⁴² Es el caso de Sagüés, quien propone una superioridad del derecho convencional sobre el derecho nacional. SAGÜÉS (2010) pp. 124-125.

⁴³ *ALMONACID ARELLANO Y OTROS VS. CHILE* (2006) párrafo 124. La cursiva es añadida.

interna, interpretaciones y prácticas que obstruyan el cumplimiento de lo dispuesto en un determinado caso”⁴⁴.

El control de convencionalidad en manos de la Corte IDH, ha sido ampliado como “control interno de convencionalidad”⁴⁵, para imponer a los operadores jurídicos nacionales “la obligación de verificar la adecuación de las normas jurídicas internas que aplican en casos concretos, a la CADH (y otros instrumentos internacionales esenciales en el área de los derechos humanos) y a los patrones interpretativos que el Tribunal Interamericano ha acuñado a su respecto”⁴⁶. Si esa adecuación no es posible, entonces, “las autoridades estatales deberán abstenerse de aplicar la norma nacional”⁴⁷. La finalidad de este control extendido es “coadyuvar a que los jueces, y en general todas las autoridades de los Estados parte del Pacto de San José (...) cumplan con su deber de respetar y garantizar los derechos humanos en su actuar cotidiano”⁴⁸, “en aras de la cabal tutela de los derechos básicos”⁴⁹, y así “evitar la vulneración de los derechos humanos protegidos internacionalmente”⁵⁰.

Este control así entendido opera sobre la presunción *iure et de iure*, que la norma convencional siempre se ajusta al contenido esencial de los derechos humanos. Presumiendo de esa manera, se asumirá que la validez jurídica de la norma convencional depende solo y exclusivamente de la autoridad de la fuente que la produce. Así, con base en el principio de supremacía convencional⁵¹, se reconocerá que la autoridad del legislador convencional y de la Corte IDH, es siempre mayor que la autoridad del Poder Constituyente⁵², del Tribunal Constitucional, del poder legislativo, e incluso de “la voluntad de la mayoría de la población”⁵³, cuyas decisiones automáticamente se convierten en injustas cuando son contrarias a las decisiones de la autoridad internacional.

En referencia al derecho humano a la vida, la aplicación de esta solución formal resolverá la antinomia haciendo prevalecer la norma creada por la Corte IDH, N° 189 CASO ARTAVIA MURILLO VS. COSTA RICA, e inaplicando la norma creada por el Tribunal Constitucional, N° 53 STC 02005-2009-PA, por el solo carácter convencional de la primera, y nacional del segundo. El control de convencionalidad extendido aparecerá como el instrumento para asegurar que los operadores jurídicos peruanos, en todo problema jurídico relacionado con el derecho a la vida del concebido, y sin más justificación que la autoridad de la Corte IDH, impongan la norma de origen convencional sobre la nacional. Ni tan siquiera los jueces peruanos, mucho menos los funcionarios administrativos, tendrían la possibili-

⁴⁴ *GELMAN VS. URUGUAY* (2013) párrafo 73. La cursiva es añadida. Aunque se menciona al fallo, en realidad “deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana”. *Idem*, párrafo 66.

⁴⁵ GARCÍA (2011) p. 126.

⁴⁶ BAZÁN (2012) p. 24.

⁴⁷ FERRER (2019) p. 616.

⁴⁸ FERRER (2019) p. 615.

⁴⁹ BAZÁN (2012) p. 24.

⁵⁰ FERRER (2019) p. 616.

⁵¹ FERRER (2010) p. 185.

⁵² Porque la CADH, y la jurisprudencia de la Corte IDH habrá que añadir irremediabilmente, prevalece sobre las constituciones nacionales. Cfr. SAGÜÉS (2009) p. 3.

⁵³ FERRER (2019) p. 624.

dad de evaluar la validez de la regla jurídica convencional como lo propone una solución de tipo material. Sin embargo, hay razones para el disenso.

2. SOLUCIÓN MATERIAL DE LA ANTINOMIA Y EL MARGEN DE DISCRECIONALIDAD INTERNA

2.1. *El valor relativo de la vinculación al derecho convencional*

El segundo camino para resolver la antinomia es de tipo material y se construye desde el carácter relativo de la vinculación del derecho convencional. En el Estado legal de derecho, la Constitución fue considerada norma solamente en su parte orgánica, particularmente la destinada a regular la producción normativa⁵⁴; mientras que a su parte dogmática le era reconocida naturaleza política⁵⁵, la cual se juridificaba a través de la ley⁵⁶. Esta fue definida solo formalmente “como un acto de voluntad del Parlamento sin referencia alguna a sus posibles contenidos axiológicos o teleológicos”⁵⁷. La ley era válida “no por ser justa, sino exclusivamente por haber sido ‘puesta’ por una autoridad dotada de competencia normativa”⁵⁸. El principio de legalidad quedó afirmado “como criterio exclusivo de identificación del Derecho válido y antes aún existente, con independencia de su valoración como justo”⁵⁹. El sistema normativo interno, consecuentemente, se edificó sobre la autoridad de la ley, y no sobre la justicia del derecho, lo que promovió la existencia y eficacia de decisiones injustas⁶⁰.

La segunda guerra mundial representa la ruptura con esta cosmovisión⁶¹, y el inicio de un modo de entender al Derecho (y por ende al Estado de derecho) sostenido no solo sobre razones formales de autoridad, sino también y, ante todo, sobre razones de justicia material o, si se prefiere, sobre los “principios de justicia material”⁶² que dibujaban “una serie de reglas que desarrollan el deber ser del Derecho positivo”⁶³. Se reintroduce⁶⁴ el Estado constitucional de derecho con la pretensión de significar un “auténtico cambio genético”⁶⁵ en las bases del Estado legal de derecho. Se reintroducen contenidos materiales de justicia⁶⁶ representados por la dignidad humana y los derechos humanos. Estas exigencias de justicia material pasan a formar parte de la Constitución, y toda ella pasa a ser plenamente norma-

⁵⁴ Kelsen (1995) p. 147.

⁵⁵ Con acierto ha dicho Rubio Llorente que existe en Kelsen “una repugnancia a admitir la vinculación del legislador a los preceptos no puramente organizativos de la Constitución, a aceptar la predeterminación del contenido material de la ley”. Rubio (1982) p. 40.

⁵⁶ Fioravanti (1996) pp. 63 y ss.

⁵⁷ García (1989) p. 11.

⁵⁸ Ferrajoli (2003) p. 16.

⁵⁹ Ferrajoli (2003) p. 16.

⁶⁰ Mucho tuvo que ver el positivismo jurídico que “cerr[ó] intencionalmente la posibilidad de una distinción jurídicamente relevante entre ley y justicia”. Zagrebelsky (2007) p. 96.

⁶¹ Kaufmann (2007) pp. 11 y ss.

⁶² Zagrebelsky (2007) p. 93.

⁶³ Ferrajoli (2009) p. 180.

⁶⁴ Schonfeld (2020) p. 119.

⁶⁵ Zagrebelsky (2007) p. 33.

⁶⁶ Desde Roma el derecho estuvo estrechamente vinculado al *Ius* y a la *Iustitia*. El Digesto se inicia definiendo el derecho como el arte de lo bueno y de lo justo (*ars boni et aequi*); D. 1, 1, 1.

tiva⁶⁷. Si una decisión jurídica negaba tales exigencias de modo insoportable⁶⁸ o de modo extremo⁶⁹, ni tan siquiera llegaba a tener existencia jurídica; y si la negación no era de ese carácter, la decisión nacía al mundo jurídico, pero estaba llamada a ser ineficaz⁷⁰. Esto significó una fuerte materialización del entero orden jurídico⁷¹, con el inevitable desborde del concepto positivista de Derecho⁷².

En el Estado constitucional de derecho es “posible que una norma formalmente válida, y por consiguiente vigente, sea sustancialmente inválida por el contraste de su significado con normas constitucionales, como por ejemplo (...) los derechos fundamentales”⁷³. La validez de una norma ya no depende solamente de la autoridad del órgano que la produce, sino también de su ajustamiento a las exigencias formales y, particularmente, materiales de justicia que representan los derechos humanos constitucionalizados⁷⁴. Consecuentemente, la vinculación a la norma no es absoluta, sino relativa: está en relación con su validez formal y, especialmente, material. Ninguna fuente jurídica tiene la autoridad para convertir en infalible el contenido de la norma que produce. De modo que resulta justificado rechazar no solo la infalibilidad de la ley, sino también la de los tribunales de cierre como la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional en el sistema interno, y la de la Corte IDH en el sistema interamericano, a la hora de crear derecho⁷⁵. Por lo que si existiesen dos normas contrarias que concretan un mismo derecho humano, la prevalencia de una u otra no se justificará solamente en la autoridad falible que la haya dispuesto, sino que deberá acompañársele de razones de justicia formal y especialmente material. En particular, si la Corte IDH no es infalible a la hora de producir normas, entonces la vinculación de los Estados parte no será absoluta, sino relativa.

2.2. *Consecuencia del valor relativo: respeto al ámbito de evaluación de validez formal y material de las normas*

Esta vinculación relativa se pondrá de manifiesto en el control de constitucionalidad en un sistema jurídico nacional. Un tal control servirá para identificar y descartar normas

⁶⁷ GARCÍA (1991) pp. 197 y ss.

⁶⁸ RADBRUCH (1990) p. 89.

⁶⁹ ALEXI (2001) p. 76.

⁷⁰ Es una característica del Estado constitucional su normatividad, la que produce la aplicación inmediata de sus contenidos, incluidos las exigencias de justicia material que significan los derechos humanos constitucionalizados. En este contexto la jurisdicción constitucional redimensionada es una consecuencia necesaria del Estado constitucional de derecho. Para una breve historia de la evolución de la jurisdicción constitucional véase HÄBERLE (2004) pp. 17-27.

⁷¹ HABERMAS (1997) p. 300.

⁷² CRUZ (2005) p. 101.

⁷³ FERRAJOLI (2003) p. 18.

⁷⁴ ALEXI (2003) p. 34.

⁷⁵ Diferenciadas las reglas jurídicas de carácter general que se crean con la interpretación vinculante de la Constitución o de la Convención, de las reglas jurídicas de alcance *inter partes* que se recogen en el fallo, la seguridad jurídica reclama el cumplimiento de estas (salvo el improbable caso de una decisión absurda manifiestamente), y permite la inaplicación de aquellas para los casos futuros, siempre que se cumpla con un deber cualificado de motivación.

inconstitucionales por trasgredir exigencias de justicia constitucionalizadas. De ahí que (normalmente) el control de constitucionalidad es depositado en los jueces que comparten la *iurisdictio*: o los jueces o el Tribunal Constitucional⁷⁶, o ambos⁷⁷. El control de constitucionalidad reclama un ámbito de acción que permita no solo identificar la autoridad de la que provienen las normas, sino también identificar y justificar las normas que incumplen las exigencias formales y materiales de validez constitucional.

En referencia al sistema jurídico peruano, la Constitución es una propia del Estado constitucional de derecho. Trae reconocidas y reguladas las exigencias de justicia material que representa tanto la dignidad humana (artículo 1), como los derechos fundamentales, expresa (por ejemplo, la lista del artículo 2), e implícitamente (artículo 3) reconocidos. Incluso, ha colocado a los poderes públicos al servicio de la persona, imponiéndoles como deber primordial promover la plena vigencia de los derechos humanos (artículo 44)⁷⁸. Asimismo, es una Constitución plenamente normativa, y su interpretación “debe encontrarse orientada a relevar y respetar la naturaleza de la Constitución como norma jurídica, vinculante *in toto* y no solo parcialmente”⁷⁹.

Debido a que la Constitución peruana cumple con las características para ser tenida como Constitución del Estado constitucional, el control de constitucionalidad depositado en manos de los jueces (judiciales, arbitrales y militares)⁸⁰ y del Tribunal Constitucional⁸¹, reclama que el controlador justifique si la norma cumple o no con las exigencias formales y materiales de validez constitucional. Y aunque no es la regla general, se ha permitido a los jueces, inaplicar leyes del Congreso de la República por inconstitucionalidad material⁸²; al Tribunal Constitucional dejar sin efecto reglas jurídicas por él mismo creadas en contra del sistema democrático⁸³, tramitar demandas de inconstitucionalidad por la forma o por el

⁷⁶ El modelo difuso y el concentrado de control de la constitucionalidad son los modelos más difundidos. Cfr. PEREIRA (1987) pp. 247 y ss. El control constitucional no es una exigencia de justicia, sino una exigencia de conveniencia. Es decir, es el Constituyente el que decide crear, no reconocer, el control de constitucionalidad y asignarlo a los órganos y con el alcance que considere conveniente a la concreta realidad en la que operará.

⁷⁷ El control de constitucionalidad en el Perú es mixto, dual o paralelo por concurrir el modelo de control difuso y el de control concentrado. GARCÍA (1998) pp. 65-71.

⁷⁸ De modo que “todo precepto constitucional, incluso aquellos pertenecientes a la denominada ‘Constitución orgánica’ se encuentran reconducidos a la protección de los derechos fundamentales, como manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana, cuya defensa y respeto es el fin supremo de la sociedad y el Estado (artículo 1° de la Constitución)”. *EXP. N° 5854-2005-PA/TC*, fundamento 12b.

⁷⁹ *EXP. N° 5854-2005-PA/TC*, fundamento 12.e.

⁸⁰ El control difuso se constitucionaliza en el segundo párrafo del artículo 138, en el que se ordena a los jueces (judiciales, arbitrales y militares) preferir la norma constitucional sobre la infraconstitucional.

⁸¹ El Tribunal Constitucional es el “órgano de control de la Constitución” (artículo 201 CP); y al que se le atribuye competencias de control difuso y de control concentrado de la constitucionalidad (artículo 202 CP).

⁸² Así, la sentencia de la Sala de Derecho Constitucional y Social permanente de la Corte Suprema en el *EXP. N° 3873-2012*, de 17 de marzo de 2015, que en consulta confirma la inaplicación que del artículo 400 del Código Civil llevó a cabo el Juzgado Mixto de Huallaga, Corte Superior de San Martín, por vulneración del derecho fundamental a la identidad biológica de un menor.

⁸³ Por ejemplo, así ocurrió en la sentencia del Tribunal Constitucional al *EXP. N° 04293-2012-PA/TC*, en cuyo punto 4 del fallo dejó sin efecto el precedente vinculante que el mismo Tribunal había creado años atrás en su sentencia al *EXP. N° 03741-2004-AA/TC*, fundamento 50A. Y lo declaró inconstitucional porque se trataba de

fondo contra leyes de reforma constitucional⁸⁴, e incluso le ha permitido inaplicar por inconstitucionalidad material normas recogidas en la misma Constitución⁸⁵. Este ámbito de ejercicio razonable de la función jurisdiccional, se une a los ámbitos de ejercicio razonable de las demás funciones públicas, y conforman el marco de actuación interna del que gozan los Estados parte.

Los riesgos de ejercicio extralimitado del control de constitucionalidad así entendido, deben quedar convenientemente neutralizados con el cumplimiento estricto del deber de motivación cualificada que justifique la inconstitucionalidad formal o material de un determinado contenido normativo. En particular, el juez debe cumplir este deber para inaplicar por inconstitucional a una norma que, por tener valor y rango constitucional, forma parte del bloque de constitucionalidad. Cumplido rigurosamente este deber, el ejercicio razonable del control de constitucionalidad realizado deberá ser respetado por todos los órganos, tanto nacionales como convencionales, cuyos productos normativos son inaplicados en la solución de una determinada controversia.

VII. LA INAPLICACIÓN DE LA NORMA CREADA POR LA CORTE IDH EN RELACIÓN CON EL DERECHO A LA VIDA DEL CONCEBIDO

1. LA CORTE IDH DEBE RESPETAR EL EJERCICIO REGULAR DE LA FUNCIÓN PÚBLICA DEL JUEZ NACIONAL

Si un juez nacional a la hora de resolver un problema jurídico referido a derechos humanos, ha inaplicado una norma de origen convencional creada, por ejemplo, por la Corte IDH, por trasgresora de una exigencia formal o material de justicia constitucionalizada, y ha hecho prevalecer la norma nacional, por ese solo hecho no incurre en inconventionalidad, ni genera responsabilidad internacional. Si el asunto llegase a la Corte IDH, el control de convencionalidad que lleve a cabo deberá ser respetuoso del marco de actuación interna de los Estados, que le depara al juez nacional un ámbito de valoración y justificación propia sin el cual no existe ejercicio razonable de la función jurisdiccional en general, ni del control constitucional en particular.

El ejercicio razonable de la función pública que inaplica una norma de origen convencional, puede manifestarse al menos en dos supuestos. Primero, cuando la Corte IDH ha impuesto una concreción del contenido esencial de un derecho humano entre dos

una regla jurídica que “afecta el sistema de control dual de jurisdicción constitucional establecido en la Constitución” y porque “afecta al principio de división de poderes”. *EXP N° 04293-2012-PA/TC*, fundamento 33.

⁸⁴ De sí mismo ha establecido el Tribunal Constitucional que “es, además, competente para evaluar la constitucionalidad o no de ciertas disposiciones que, eventualmente, mediante una reforma parcial, se puedan introducir, pues si bien el inciso 4) del artículo 200° de la Constitución no prevé expresamente las leyes de reforma constitucional como objeto de la acción de inconstitucionalidad, también es verdad que esta se introduce al ordenamiento constitucional mediante una ley y, además, porque el poder de reforma de la Constitución, por muy especial y singular que sea su condición, no deja de ser un auténtico poder constituido y, por lo tanto, limitado”. *EXP N° 014-2002-AI/TC*, fundamento 35.

⁸⁵ Fue el caso de la inaplicación del artículo 154.2 de la Constitución por ser contraria al contenido esencial del derecho a la igualdad al “produci[r] un trato desigual injustificado”. Cfr. *EXP N° 1333-2006-PA/TC*, fundamento 6.

alternativas igualmente válidas por ser ambas razonables. Segundo, cuando el contenido esencial de un derecho humano ha sido concretado por la Corte IDH desajustándose del bien humano debido que lo sostiene⁸⁶. El primero representa un caso de inconventionalidad formal debido a que la norma creada es consecuencia del ejercicio extralimitado de la competencia interpretativa que tiene atribuida la Corte IDH; este será un caso de injusticia formal. El segundo supuesto significa un caso de inconventionalidad material debido a que la norma creada trasgrede la exigencia de justicia material que representa el contenido esencial del derecho humano que concreta; se trata pues de un caso de injusticia material.

Si el juez nacional cumple el deber cualificado de motivación para sostener que la norma creada por la Corte IDH incurre en alguno de estos dos supuestos, y como consecuencia de ello inaplica el derecho de origen convencional, se produce un ejercicio regular de la función pública del juez nacional que la Corte debe respetar. De lo contrario, ella corre el riesgo de convertirse no solo en cuarta instancia judicial en los procesos iniciados en la jurisdicción interna⁸⁷, sino también en gobernante de los Estados parte.

2. EL PELIGRO DE CONVERTIRSE LA CORTE IDH EN GOBERNANTE NACIONAL

En efecto, si existen dos posibles concreciones igualmente válidas por ser ambas razonables, decantarse por una o por otra no es una decisión esencialmente jurídica, sino política. La decisión esencialmente política se adopta con base en el criterio de conveniencia⁸⁸, por lo que corresponde a los gobernantes (al Ejecutivo o al Legislativo) de cada Estado adoptarlas, y hacerlo dentro de un margen razonable de discrecionalidad que le permita apreciar y decidir cuál de dos medidas igualmente válidas por razonables, conviene más a la comunidad política en determinadas circunstancias⁸⁹. Este margen de discrecionalidad política, junto con los ámbitos razonables de ejercicio de las funciones públicas antes mencionados, conforma el marco de actuación interna de los Estados parte, y que debe ser respetado no solamente por los otros Estados, sino también por los tribunales internacionales de justicia.

Si el Ejecutivo o el Legislativo aun no hubiesen emitido la ley de desarrollo constitucional a través de la cual se opta por una u otra medida igualmente razonable, y se judi-

⁸⁶ Este supuesto permite una añadida distinción: cuando el desajuste es tal independientemente de las concretas circunstancias, en cuyo caso la negación del contenido esencial del derecho humano siempre será tal; y cuando el desajuste y la negación del contenido esencial se configura no en abstracto sino en relación a unas concretas circunstancias.

⁸⁷ La Corte IDH se ha encargado de negar en sus sentencias esta posición de cuarta instancia. Lo ha hecho, por ejemplo, en la sentencia al caso *CABRERA GARCÍA Y MONTIEL FLORES VS. MÉXICO* (2010) párrafo 16. Sin embargo, en la práctica tiene dificultades para conseguirlo. Cfr. SAGÜES (2016) pp. 435-437 y 458.

⁸⁸ Son decisiones que “tiene[n] su justificación en el propio Estado de Derecho, puesto que atañe a los elementos de oportunidad, conveniencia, necesidad o utilidad; amén de las valoraciones técnicas que concurren en una gran parte de las actuaciones de la administración estatal”. *EXP. N° 0090-2004-AA/TC*, fundamento 9.

⁸⁹ Este margen de discrecionalidad forma parte del margen de apreciación interna del que gozan todos los Estados, es un componente político que le permite decidir lo conveniente en relación a unas concretas circunstancias; y que completa el componente jurídico que le habilita no solo a concretar razonablemente el contenido esencial de los derechos humanos, sino también –y como se verá más adelante– a inaplicar normas convencionales de las que en abstracto o en relación a unas concretas circunstancias, pueda justificarse que son contrarias a un tal contenido esencial.

cializase un concreto problema jurídico cuya solución necesita tomar una opción, el juez, en cumplimiento del deber de no dejar de administrar justicia aun en vacío o deficiencia de la ley, deberá justificar la opción que abraza⁹⁰. Si el caso llegase a la Corte IDH, esta tiene ante sí una opción elegida por el juez nacional en ejercicio razonable de la función atribuida, por lo que tiene el deber de respetar la elección. No obstante, si la Corte IDH declarase inconvencional la opción del juez nacional para imponer la otra alternativa también razonable, la norma convencional nacería igualmente, pero se trataría de un ejercicio extralimitado que, advertido y justificado por el juez nacional en un futuro caso concreto, estaría destinado a ser ineficaz por inconstitucional⁹¹.

Este es el supuesto ocurrido en relación al derecho humano a la vida. Como se recordará, la norma convencional directamente estatuida N° 4.1 CADH fue concretada a través de la norma N° 4.1' CADH, la que tiene un elemento abierto en su formulación: concepción. En la sentencia al Caso Artavia Murillo, la Corte IDH reconoció la existencia de dos teorías científicas para concretar tal elemento abierto: la teoría de la fecundación y la teoría de la anidación⁹², y reconoció también que “no existe una definición consensuada sobre el inicio de la vida”⁹³. A pesar de ello decidió abrazar una de las dos teorías: “la Corte resalta que la prueba científica concuerda en diferenciar dos momentos complementarios y esenciales en el desarrollo embrionario: la fecundación y la implantación. El Tribunal observa que solo al cumplirse el segundo momento se cierra el ciclo que permite entender que existe la concepción”⁹⁴; para finalmente decantarse por una de las dos concreciones razonables: que la concepción se inicia con la anidación, dando lugar a la formulada norma N° 189 CASO ARTAVIA MURILLO VS. COSTA RICA.

El deber cualificado de motivación para evitar excesos en el control de validez no solo se aplica al control de constitucionalidad, sino también al control de convencionalidad en manos de la Corte IDH. En la sentencia que se examina, el deber fue incumplido en particular porque la Corte no se plantea la cuestión de si tiene o no la competencia para imponer un modo de concretar el elemento abierto “concebido” de la norma N° 4.1 CADH, cuando desde el estado actual de la ciencia existe justificación científica para más de una concreción razonable y el Estado parte optó por una de ellas. Y porque “[t]eniendo en cuenta la prueba científica presentada por las partes en el presente caso, *el Tribunal constata que*, si bien al ser fecundado el óvulo se da paso a una célula diferente y con la información genética suficiente para el posible desarrollo de un “ser humano”, lo cierto es que *si dicho embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer sus posibilidades de desarrollo son*

⁹⁰ La ley de desarrollo constitucional que se emita en el futuro a través de la ley (Congreso de la República) o del decreto legislativo (Ejecutivo), puede coincidir o no con la concreción adoptada por el juez nacional (Corte Suprema o Tribunal Constitucional). Si coinciden no se generará problema alguno. Si no coinciden, la aprobación de la ley o decreto legislativo hará ineficaz a la concreción (no a los fallos ejecutados o por ejecutar) judicial.

⁹¹ En ejercicio del control de constitucionalidad el juez justificaría la vulneración de la norma constitucional adscripta de origen convencional que, proveniente de la CADH, regula las competencias de la Corte IDH.

⁹² Así dijo la Corte IDH: “es procedente definir, de acuerdo con la Convención Americana, cómo debe interpretarse el término ‘concepción’”. CASO ARTAVIA MURILLO Y OTROS (“FECUNDACIÓN IN VITRO”) VS. COSTA RICA (2012), párrafo 180.

⁹³ CASO ARTAVIA MURILLO Y OTROS (“FECUNDACIÓN IN VITRO”) VS. COSTA RICA (2012), párrafo 185.

⁹⁴ CASO ARTAVIA MURILLO Y OTROS (“FECUNDACIÓN IN VITRO”) VS. COSTA RICA (2012), párrafo 186.

nulas”⁹⁵. Pero que tenga o no posibilidades de desarrollo no quiere decir que antes del desarrollo no exista vida.

Una cosa es la vida y otra cosa es su desarrollo en medidas distintas. Ingresada esta norma convencional al sistema jurídico peruano, conforma el derecho constitucional adscrito de origen convencional, y entró en contradicción con la norma constitucional adscrita de origen nacional N° 53 STC 02005-2009-PA, según la cual la concepción se inicia con la fecundación. ¿Cuál de ambas normas en contradicción tendrá que ser aplicada por el juez peruano en un caso concreto? La antinomia no puede ser resuelta haciendo prevalecer la norma de origen convencional por el solo hecho de provenir de la Corte IDH, no por lo menos sin quebrar las bases del Estado constitucional de derecho y sin menoscabar el ámbito de ejercicio razonable de la función jurisdiccional que titulariza el juez. Si no que la solución deberá identificar cuál de las dos normas contrarias cumple las exigencias formales y materiales de validez jurídica para aplicarla, y cual no para inaplicarla como consecuencia del control difuso que ejerza, desde que, siendo ambas contrarias, no pueden ser eficaces a la vez.

En este caso, las razones están a favor de la inaplicación de la norma N° 189 CASO ARTAVIA MURILLO VS. COSTA RICA, por ser consecuencia del ejercicio extralimitado de la atribución interpretativa de la CADH que titulariza la Corte IDH. En efecto, como ya fue justificado, el elemento abierto concepción admite dos concreciones avalada una y otra por una aceptada teoría científica, por lo que ambas concreciones son razonables y por ello igualmente válidas. Siendo válidas, no correspondía a la Corte decantarse por una o por otra. Luego de advertir que existen dos teorías científicas que permiten concreciones razonables del elemento normativo concepción, lo que correspondía era afirmar que compete a cada Estado decidir cuál de las dos concreciones abraza.

VIII. CONSECUENCIAS SOBRE EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

El modo de entender la relación entre derecho constitucional y derecho convencional aquí propuesto, produce consecuencias relevantes sobre el llamado control de convencionalidad⁹⁶, que justifican su replanteamiento⁹⁷. Si la Corte IDH no es infalible y puede producir normas formal o materialmente inconventionales, entonces, el control de convencionalidad no puede ser empleado como un mecanismo para imponer sus interpretaciones de la CADH, ni los Estados partes están obligados a seguir siempre y en todo caso las normas convencionales creadas por ella.

Un control de convencionalidad respetuoso con el ejercicio razonable de las funciones públicas estatales, en particular, con el control de constitucionalidad⁹⁸, debe edificarse aceptando que los operadores jurídicos nacionales no operan con derecho convencional a

⁹⁵ CASO ARTAVIA MURILLO Y OTROS (“FECUNDACIÓN IN VITRO”) VS. COSTA RICA (2012), párrafo 186.

⁹⁶ CASTILLO (2019) pp. 30-45.

⁹⁷ Es relevante tomar en cuenta el bajo nivel de cumplimiento que han tenido las causas en las que la Corte Interamericana ha ordenado aplicar el control de convencionalidad. Sobre esto véase SILVA (2018) pp. 717-744.

⁹⁸ Ha sido la misma Corte IDH la que ha ordenado que el control de convencionalidad se lleve a cabo “evidentemente en el marco de sus respectivas competencias [de los órganos nacionales] y de las regulaciones procesales correspondientes”. TRABAJADORES CESADOS DEL CONGRESO (AGUADO ALFARO Y OTROS) VS. PERÚ (2006), párrafo 128.

secas, sino con derecho convencional constitucionalizado o, como aquí se le ha llamado, con derecho constitucional adscrito de origen convencional. Este, junto al derecho constitucional adscrito de origen nacional, existe adherido a las normas constitucionales directamente estatuidas destinadas a reconocer los derechos humanos y regular de modo básico su contenido esencial. Unas y otras conforman el derecho constitucional de los derechos humanos o, como aquí se ha justificado, el contenido constitucional de los derechos fundamentales.

Siendo normas constitucionales, todas ellas son idóneas para llevar a cabo control de constitucionalidad, no control de convencionalidad entendido en sentido estricto⁹⁹ como “un control de compatibilidad entre normas aplicables en un caso concreto”¹⁰⁰. Este control de constitucionalidad será ejecutado a través de un parámetro de control del cual forma parte también el derecho convencional pero como derecho constitucional adscrito de origen convencional. Consecuentemente, el control de convencionalidad solo es titularizado por la Corte IDH porque es la única que opera con derecho convencional *a secas* y con el cual construye un parámetro de control convencional para evaluar la validez convencional de actuaciones estatales. Es el poder constituyente (no la Corte IDH) el que decide qué órganos nacionales titularizan qué atribuciones de control constitucional, pues, el hecho que todas las mencionadas normas constitucionales vinculen a todos los poderes públicos y a los particulares, no hace que todos seamos controladores de la constitucionalidad. Así, si bien todo controlador es un vinculado a las normas constitucionales, no todo vinculado es un controlador de la constitucionalidad. Para serlo el Poder Constituyente debe haber atribuido competencias de control difuso o concentrado.

De todas las normas que conforman el contenido constitucional de un derecho fundamental, solamente vinculan de modo absoluto las normas constitucionales directamente estatuidas (y las normas constitucionales adscritas de origen convencional) que se limitan a mencionar el nombre del bien humano debido y con ello constitucionalizan de modo máximamente abierto el contenido esencial del derecho humano. Todas las demás normas son concreciones de tal contenido esencial, las de la Corte IDH, las del Tribunal Constitucional, e incluso las del Constituyente (y del Legislador convencional) que regulan de modo básico el bien humano reconocido. Al ser concreciones deben cumplir una serie de exigencias formales y materiales de validez. Normalmente cumplirán todas estas exigencias, en cuyo caso serán normas compatibles unas con otras y deberán ser cumplidas por los distintos operadores jurídicos nacionales si no quieren incurrir en inconstitucionalidad. Excepcionalmente puede surgir una antinomia entre normas constitucionales, como ha sido estudiado. Una vez surgida será el operador jurídico nacional que titulariza la atribución de control constitucional el llamado a actuar para darle solución. Si esta pasa por inaplicar una norma constitucional de origen convencional, el control de convencionalidad que con pos-

⁹⁹ Esta conclusión se mantiene aunque por control de convencionalidad se entienda también la obligación de todos los operadores jurídicos de tomar en cuenta el derecho convencional para construir sus decisiones y para interpretar conforme al derecho convencional el derecho nacional (“control constructivo de convencionalidad”, véase SAGÜÉS (2016) p. 412); porque en uno y otro caso, habrá que insistir, se opera con derecho constitucional y no con derecho convencional *a secas*. De modo que será derecho constitucional y será interpretación conforme al derecho constitucional lo que acontezca.

¹⁰⁰ HENRÍQUEZ (2018) p. 354.

terioridad lleve a cabo la Corte IDH no puede declarar la inconvencionalidad ni la responsabilidad internacional del Estado parte si la inaplicación ha sido debidamente justificada por el juez nacional.

Solo de esta manera el necesario diálogo entre los tribunales nacionales y la Corte IDH¹⁰¹ será realmente un diálogo en el que tanto el Tribunal nacional como la Corte IDH “ten[gan] igual derecho a participar”¹⁰², y que haga prevalecer los mejores argumentos y las justas normas “sin importar su pr[o]cedencia”¹⁰³, si nacional o convencional. Un diálogo que lejos de obligar al Tribunal nacional a seguir siempre y en todo caso las normas creadas por la Corte bajo el apremio de generar responsabilidad internacional al Estado parte, como ocurre hoy; promueva que la Corte IDH “tenga presente las observaciones que desde los contextos jurisdiccionales nacionales se formulan a sus criterios jurisprudenciales”¹⁰⁴. En definitiva, un diálogo menos interesado en crear un *ius constitutionale commune* en América latina, y más preocupado por conseguir que el cumplimiento del derecho de origen convencional no se sostenga en el miedo que produce la amenaza de reproche internacional. Solo de esta manera la Corte cumplirá el asignado papel subsidiario y no principal que tiene atribuido¹⁰⁵.

IX. CONCLUSIONES

El derecho convencional sobre derechos humanos vincula a los jueces nacionales solo después de haber ingresado a formar parte de su sistema jurídico estatal; para el caso peruano, solo después de haberse integrado a su vigente derecho constitucional. Integrado, pasa a formar parte del contenido esencial de los derechos fundamentales en calidad de normas constitucionales adscriptas de origen convencional, que junto a las de origen nacional, existen adheridas a las normas constitucionales directamente estatuidas por el Constituyente peruano. De esta manera, el contenido esencial de un derecho fundamental se compone de normas producidas por fuentes jurídicas distintas, lo que abre la posibilidad a que surjan antinomias. Un escenario rico para ellas lo conforman las normas constitucionales de origen convencional creadas por la Corte IDH y las normas constitucionales de origen nacional creadas por el Tribunal Constitucional. Este ha sido el caso del derecho fundamental a la vida del concebido, cuyo contenido está conformado por dos normas constitucionales contrarias entre sí: la norma constitucional de origen convencional N° 189 CASO ARTAVIA MURILLO VS. COSTA RICA, y la norma constitucional de origen nacional N53 STC 02005-2009-PA.

Para mostrar el surgimiento de la antinomia, así como para proponer un modo de resolver la misma, ha sido necesario identificar las principales normas que conforman el contenido constitucional del derecho fundamental a la vida del concebido. Toda antinomia siempre tiene un contexto normativo, el cual no solo servirá para entenderla, sino también para solucionarla. Con base en la teoría jurídica propia del Estado constitucional de dere-

¹⁰¹ FERRER (2011) p. 576.

¹⁰² CONTESE (2013) p. 15.

¹⁰³ CONTESE (2013) p. 15.

¹⁰⁴ BAZÁN (2012) p. 18.

¹⁰⁵ GARCÍA (2011) p. 147.

cho se han ofrecido razones para sostener que la antinomia surgida en el seno del contenido esencial del derecho a la vida del concebido, no puede resolverse solamente sobre la base de razones de autoridad, sino que es necesario construir también razones de validez formal y principalmente material. Hoy, a la aceptada falibilidad de la ley como fuente de derecho, incluida la ley de desarrollo constitucional, debe sumársele la falibilidad de las sentencias, especialmente las sentencias de desarrollo constitucional.

De modo que, en caso de antinomia, no prevalecerá una norma por el solo hecho de haber sido producida por una determinada autoridad, sino que prevalecerá porque habiendo sido producida por ella, ha concretado formal y materialmente de modo debido el contenido esencial del derecho humano, desde que dos concreciones ajustadas a un tal contenido esencial, no pueden ser contrarias entre sí. La relación entre el derecho constitucional de origen nacional y el derecho constitucional de origen convencional, no puede ser de automática prevalencia del convencional sobre el nacional, sino que, reconociendo de ambos un mismo valor y rango constitucional, la relación debe ser una que ayude a la realización de la exigencia de justicia que representa cada derecho humano.

Así, el juez nacional estará en condiciones de controlar la validez constitucional, tanto formal como material, de las normas constitucionales de origen convencional, para, de corresponder, inaplicarla en un caso concreto. A lo largo de estas páginas se han mostrado las razones que el juez peruano tiene a su disposición para inaplicar la norma que en relación con el derecho a la vida del concebido ha establecido la Corte IDH.

Si finalmente el caso que resuelve el juez llegase a la Corte, el control de convencionalidad de esta debe dirigirse a revisar las razones dadas por el juez nacional para la inaplicación de la norma convencional, y solo si no existe una justificación, o existe una sostenida en razones incorrectas, declarará la infracción convencional y consecuente responsabilidad internacional del Estado. De no actuar así, se vulnerará el marco de actuación interna y consecuente margen razonable de discrecionalidad del que gozan los Estados parte para ejercer razonablemente las funciones públicas. Solo de esta manera la Corte IDH cumplirá su papel subsidiario para la que fue creada y promoverá un efectivo diálogo entre ella y las cortes nacionales. Uno y otro son necesarios hoy para aumentar el apego al derecho convencional como herramienta útil para la plena vigencia de los derechos humanos y consiguiente plena realización de las personas, no por miedo a una sanción (nacional o internacional), sino por convencimiento de su justicia.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ACCATINO, Daniela (2000): “La distinción entre vigencia (o existencia) y validez (o el aporte del garantismo a la teoría de la norma jurídica)”, *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, vol. 11: pp. 35-46.
- ALEXY, Robert (1993): *Teoría de los derechos fundamentales* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales).
- ALEXY, Robert (2001): “Eine Verteidigung der Radbruchschen Formel”. Traducción de José Antonio Seoane, “Una defensa de la fórmula de Radbruch”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, vol. 5: pp. 75-95.

- ALEXY, Robert (2003): “Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional democrático”, en CARBONELL, Miguel (edit.), *Neoconstitucionalismo(s)* (Madrid, Trotta) pp. 31-47.
- AÑON ROIG, María José (1992): “Fundamentación de los Derechos Humanos y necesidades básicas”, en BALLESTEROS, Jesús, *Derechos Humanos* (Madrid, Tecnos) pp. 100-115.
- ARISTÓTELES, Ética a Nicómaco, I, 1094a-1103a.
- BAZÁN, Víctor (2012): “El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas”, en BAZÁN, Víctor; NASH, Claudio (edits.), *Justicia constitucional y derechos fundamentales: el control de convencionalidad* (Bogotá, Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile / Fundación Konrad Adenauer) pp. 17-55.
- BENDA, Ernest (2001): “Dignidad humana y derechos de la personalidad”, en BENDA, Ernest, MAIHOFER, Werner, VOGEL, H, HESSE, Konrad, HEYDE, Wolfgang, *Manual de derecho constitucional* (Madrid, Marcial Pons, 2ª edición) pp. 117-144.
- BERNAL PULIDO, Carlos (2003): *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales).
- CASTILLO CÓRDOVA, Luis (2010): “El contenido constitucional de los derechos fundamentales como objeto de protección del amparo”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, N° 14: pp. 89-118.
- CASTILLO CÓRDOVA, Luis (2012): “La interpretación iusfundamental en el marco de la persona como inicio y fin del derecho”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Coruña*; N° 16: pp. 805-838.
- CASTILLO CÓRDOVA, Luis (2018): *Los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional* (Lima, Gaceta Jurídica, 3ª edición).
- CASTILLO CÓRDOVA, Luis (2019): “La relación entre el derecho nacional y el derecho convencional como base del control de convencionalidad”, *Revista Estudios Constitucionales del Centro de Estudios Constitucionales de Chile*, vol. 17, N° 2: pp. 15-52.
- CONTESE, Jorge (2013): “¿La última palabra? Control de convencionalidad y posibilidades de diálogo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Disponible en: https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/sela/SELA13_Contesse_CV_Sp_20130401.pdf. Fecha de consulta: 15 de mayo de 2021.
- CRUZ ORTÍZ DE LANDÁZURI, Luis (2005): *La Constitución como orden de valores. Problemas jurídicos y políticos* (Granada, Comares).
- EGUIGUREN, Francisco (2003): “Aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en la jurisprudencia constitucional peruana”, *Ius et Praxis*, vol. 9, N° 1: pp. 157-191.
- FERRAJOLI, Luigi (2003): “Pasado y futuro del Estado de derecho”, en CARBONELL, Miguel, *Neoconstitucionalismo(s)* (Madrid, Trotta) pp. 13-29.
- FERRAJOLI, LUIGI (2009): *Derechos y garantías. Ley del más débil* (Madrid, Trotta).
- FERRER MAC GREGOR, Eduardo (2010): “El control difuso de convencionalidad en el Estado Constitucional”, en FIX ZAMUDIO, Héctor y VALADÉS Diego (edits.), *Formación y Perspectivas del Estado en México* (México, El Colegio Nacional – UNAM) pp. 151-188.
- FERRER MAC GREGOR, Eduardo (2011): “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, *Estudios Constitucionales*, vol. 9, N° 2: pp. 531-622.

- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (2019): “Control de convencionalidad y buenas prácticas: sobre el diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tribunales nacionales”, en VON BOGDANDY, Armin y otros (edits.), *Cumplimiento e impacto de las sentencias de la Corte IDH y el TEDH. Transformando realidades* (México, UNAM, Instituto Max Plank, Instituto de Estudios Constitucionales de Querétaro) pp. 613-640.
- FIORAVANTI, Mauricio (1996): *Los derechos fundamentales apuntes de historia de las constituciones* (Madrid, Trotta).
- GARCÍA BELAUNDE, Domingo (1998): “La jurisdicción constitucional y el modelo dual o paralelo”, *Advocatus*, N° 1: pp. 65-71.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1991): *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional* (Madrid, Civitas).
- GARCÍA PELAYO, Manuel (1989): “Estado legal y Estado constitucional de derecho. El Tribunal Constitucional español”, *ILANUD*, año 9-10, N° 23-24: p. 7-33.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio (2011), “El control judicial interno de convencionalidad”, *IUS Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, año V, N° 28: pp. 123-159.
- GUASTINI, Riccardo (2011): “Disposición vs. Norma”, en POZZOLO, Susanna y ESCUDERO, Rafael (edits.), *Disposición vs. Norma* (Lima, Palestra editores).
- HÄBERLE, Peter (2004): “La jurisdicción constitucional en la actual etapa evolutiva del Estado constitucional”, *Pensamiento Constitucional*, vol. 10: pp. 17-27.
- HABERMAS, Jürgen (1997): *Faktizität und Geltung* (Frankfurt am Main, Suhrkamp, 5. Auflage).
- HENRÍQUEZ, Miriam (2018): “Cimientos, auge progresivo y desuso del control de convencionalidad interno: veinte interrogantes”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 45, N° 2: pp. 337-361.
- HERVADA, Javier (1999): *Introducción crítica al derecho natural* (Piura, Universidad de Piura).
- KANT, Immanuel (2006): *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* (Madrid, Tecnos).
- KAUFMANN, Arthur (2007): *La filosofía del derecho en la posmodernidad* (Bogotá, Temis).
- KELSEN, Hans (1995): *Teoría General del Derecho y del Estado* (México, Universidad Nacional Autónoma de México).
- PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos (1987): *Lecciones de derecho constitucional* (Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas S. A., 2ª edición).
- PORTELA, Jorge Guillermo (2006): *La justicia y el derecho natural* (Arequipa, Universidad San Pablo).
- RADBRUCH, Gustav (1990): *Gesamtausgabe*, Kaufmann, Arthur (Hg.) (Heidelberg, C. F. Müller, vol. 3).
- RUBIO LLORENTE, Francisco (1982): “Sobre la relación entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 2, N° 4: pp. 35-67.
- SAGÜÉS, Néstor (2009): “El control de convencionalidad, en particular sobre las constituciones nacionales”, *La Ley*: pp. 2-5.
- SAGÜÉS, Néstor (2010): “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”, *Estudios Constitucionales*, año 8, Número 1: ps. 117-136.
- SAGÜÉS, Pedro (2016): *La Constitución bajo tensión* (México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro).

- SCHONFELD, Leonardo Augusto (2020): “Estado de Derecho Legal y Estado de Derecho Constitucional en el sistema argentino. Implicancias para la Teoría General del Derecho”, *Ars Boni et Aequi*, año 15, N° 2: pp. 114-130.
- SERNA BERMUDEZ, Pedro (1995): “La dignidad de la persona como principio de derecho público”, *Derechos y Libertades*, N° 4: pp. 287-306.
- SILVA ABBOTT, Max (2018) “¿Es realmente viable el control de convencionalidad?”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 45, N° 3: pp. 717-744.
- ZAGREBELSKY, Gustavo (2007): *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia* (Madrid, Trotta, 7ª edición).

JURISPRUDENCIA CITADA

DE LA CORTE IDH

- ALMONACID ARELLANO Y OTROS VS. CHILE* (2006): Corte Interamericana de Derechos Humanos, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Serie C N° 154.
- ARTAVIA MURILLO Y OTROS (“FECUNDACIÓN IN VITRO”) VS. COSTA RICA* (2012): Corte Interamericana de Derechos Humanos, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Serie C N° 257.
- CABRERA GARCÍA Y MONTIEL FLORES VS. MÉXICO* (2010): Corte Interamericana de Derechos Humanos, Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, Serie C N° 220.
- GELMAN VS. URUGUAY* (2013): Corte Interamericana de Derechos Humanos, Supervisión de cumplimiento.
- MASACRE DE RÍO NEGRO VS. GUATEMALA* (2012): Corte Interamericana de Derechos Humanos, Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, Serie C N° 250.
- TRABAJADORES CESADOS DEL CONGRESO (AGUADO ALFARO Y OTROS) VS. PERÚ* (2006): Corte Interamericana de Derechos Humanos, Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, Serie C N° 158.

DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO

- EXP. N° 014-2002-AI/TC, fundamento 35.
- EXP. N° 0047-2004-AI/TC, fundamento 22.
- EXP. N° 0090-2004-AA/TC, fundamento 9.
- EXP. N° 3741-2004-PA/TC, fundamento 42.
- EXP. N° 5854-2005-PA TC, fundamento 23.
- EXP. N° 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC, fundamentos 25 y 26.
- EXP. N° 1417-2005-PA/TC, fundamento 10.
- EXP. N° 2273-2005-PHC/TC, fundamento 8.
- EXP. N° 0005-2006-PI/TC, fundamento 21.
- EXP. N° 1333-2006-PA/TC, fundamento 6.
- EXP. N° 4637-2006-PA/TC, fundamento 45.
- EXP. N° 02005-2009-PA/TC, fundamento 53.
- EXP. N° 04293-2012-PA/TC, fundamento 33.

REGULACIÓN DE LA INCLUSIÓN LABORAL DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL SECTOR PRIVADO DE IBEROAMÉRICA. UNA EVALUACIÓN DESDE LA CONVENCION*

REGULATION OF THE LABOR INCLUSION OF PERSONS WITH DISABILITIES IN THE PRIVATE SECTOR OF IBEROAMERICA. AN EVALUATION USING THE CONVENTION

LUIS IVÁN DÍAZ GARCÍA**
CECILIA BASTÍAS PARRAGUEZ***
SOFÍA ALARCÓN GARCÍA****
KEVIN RITZ PARRA*****

RESUMEN: Los países Iberoamericanos han ratificado la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. La Convención establece obligaciones en materia de trabajo y empleo para los Estados Parte. Entre ellas, obligaciones legislativas. Esta investigación explora el grado de cumplimiento de estas obligaciones legislativas en Iberoamérica. En particular, en tres aspectos relativos a la inclusión laboral de personas con discapacidad en el sector privado: las condiciones de selección, la incorporación al empleo, y las condiciones de acceso y del puesto de trabajo.

Palabras clave: Inclusión laboral, Personas con discapacidad, Iberoamérica, Derecho comparado.

ABSTRACT: Ibero-American countries have ratified the Convention on the Rights of Persons with Disabilities. The Convention establishes obligations in matters of work and employment for the States Parties. Among them, legislative obligations. This research explores the degree of compliance with these legislative obligations in Ibero-america. In particular, in three aspects related to the labor inclusion of people with disabilities in the private sector: the selection conditions, incorporation into employment, and the conditions of access and of the job.

Keywords: *Labor inclusion, Persons with disabilities, Ibero-america, Comparative Law.*

* Este artículo es producto del proyecto Fondef: ID19I10360, financiado por el Fondo de Fomento al Desarrollo Científico y Tecnológico (FONDEF) de la Agencia Nacional de Investigación y Desarrollo (ANID) de Chile.

** Académico Universidad Católica de Temuco, Doctor en Derecho Universidad Carlos III de Madrid, España, Código Orcid: 0000-0002-3157-907. Dirección postal: Montt 56, Temuco, Chile. Dirección electrónica: ivan-diaz@uct.cl.

*** Académica Universidad de La Frontera, Doctora en Educación Inclusiva Universidad de Baja California, México. Dirección postal: Casilla 54-D Temuco, Chile. Dirección electrónica: cecilia.bastias@ufrontera.cl.

**** Doctoranda del Doctorado en Derecho de la Universidad de Chile, Magíster en Resolución Colaborativa de Conflictos. Código Orcid: 0000-0003-2655-7512. Dirección electrónica: sag.abogada@gmail.com.

***** Magíster en Derecho por la Universidad Católica de Temuco, Chile. Académico en la Universidad Católica de Temuco y en la Universidad de La Frontera. Dirección postal: Antonio Varas 687, piso 11, oficina 1104, Temuco. Correo electrónico: kevin.a.ritz@gmail.com.

I. INTRODUCCIÓN

Las personas con discapacidad constituyen un colectivo históricamente excluido. En palabras de López y Seco, “han sufrido un proceso de señalamiento, de marginación o de invisibilidad social por su condición de «raras»”¹. Este colectivo ha permanecido a veces ignorado y a veces oculto, incluso por sus propias familias². La exclusión alcanza diversos ámbitos de su vida social. Uno de ellos es el laboral, precisamente el que interesa a efectos de este artículo³.

No existen datos adecuados y comparables sobre la situación de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo. Esto se debe a que, en general, existe escasez de datos y amplias diferencias entre las definiciones, las normas y las metodologías utilizadas para determinar las condiciones en que se encuentran quienes integran este colectivo⁴. En lo específicamente relativo al empleo, en muchos Estados la información no se encuentra sistemáticamente disponible⁵. Por otra parte, la mayoría de los países no dispone de una visión de conjunto fiable y actualizada⁶. En ese contexto, las estimaciones mundiales más fidedignas y recientes indican que poco más de un tercio de los 650 millones de personas mayores de 18 años con discapacidad cuentan con empleo⁷. De este modo, la Organización Internacional del Trabajo afirma que siguen siendo víctimas de discriminación en el ámbito del empleo, estimando que su inactividad laboral al menos duplica al resto de los trabajadores⁸. Más allá de las razones que explican esta situación⁹, el hecho es que constituyen un colectivo segregado del mundo del trabajo.

Tal segregación laboral acentúa la exclusión de quienes integran este colectivo. Esto se debe a que “la actividad que llevan a cabo los individuos para relacionarse unos con otros y conformar así el orden social en su conjunto no es otra que el trabajo; quien no trabaja, en principio, no existe. La sociedad no es otra cosa que trabajo social dividido”¹⁰. Pero, además, la exclusión laboral de las personas con discapacidad constituye una importante pérdida económica para sus familias, para la sociedad y para el Estado¹¹. Y, por sobre todo, ge-

¹ LÓPEZ y SECO (2005) p. 59.

² GARCÍA (2014) p. 167.

³ En similar sentido se pronuncian LATHROP (2019) y VIVAS (2020). En palabras de LATHROP (2019) p. 119: “Las personas con discapacidad son víctimas de limitaciones en el desarrollo de sus vidas”. Agrega que las personas con discapacidad intelectual deben derribar diferentes barreras en el ejercicio de su capacidad jurídica. Esto, por cierto, es aplicable a otras discapacidades. Coincidiendo, VIVAS (2020) p. 197, destaca: “Las personas con discapacidad viven con muchos escollos o barreras que sortear: del entorno o físicas, actitudinales (por desinformación, indiferencia, prejuicios...) e institucionales”.

⁴ STANG (2011) p. 12

⁵ WORLD HEALTH ORGANIZATION AND THE WORLD BANK (2011) p. 237.

⁶ OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2015) p. 163.

⁷ WORLD HEALTH ORGANIZATION AND THE WORLD BANK (2011) pp. 27, 237 y 238.

⁸ OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2015) pp. 74 y 157.

⁹ HAMES y HENRIQUEZ (2015) p. 772.

¹⁰ LÓPEZ y SECO (2005) p. 61.

¹¹ MARTÍNEZ y otros (2020) p. 28.

nera importantes efectos en su calidad de vida¹². De ahí que resulte claro, a nivel mundial, que su inclusión en el mundo del trabajo también sea tarea de los empleadores privados¹³.

El 13 de diciembre del año 2006 la Asamblea General de Naciones Unidas adoptó la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante la Convención). El instrumento fue abierto a la firma de los Estados el 30 de marzo del 2007. Gracias a la pronta ratificación por parte de 20 países, entró en vigor el 3 de mayo de 2008.

Esta Convención no solo visibilizó los derechos de las personas con discapacidad. Además, colaboró al progresivo quiebre de la concepción predominante frente a las mismas¹⁴, concepción que los entendía como objetos de protección o, al menos, como sujetos anormales que no son titulares de derechos plenos¹⁵. En su lugar, estableció un enfoque “social de derechos humanos, trasladando de esta manera el foco de la discapacidad desde la persona a las barreras sociales que impiden la inclusión de esta en la sociedad”¹⁶. Y, en lo que aquí más interesa, la Convención otorgó un nuevo impulso a la promoción de su igualdad de oportunidades en el empleo¹⁷.

Por otra parte, las naciones de Iberoamérica presentan, como muchas naciones del mundo, desafíos comunes. Uno de ellos consiste en lograr que las personas con discapacidad ejerzan y disfruten de manera efectiva sus derechos fundamentales en diversos ámbitos. Uno de esos ámbitos se refiere a lo que la Convención denomina “Trabajo y empleo”. En particular, en lo relativo a la inclusión laboral en condiciones de igualdad con las personas sin discapacidad. En efecto, en Iberoamérica viven cerca de noventa millones de personas con discapacidad. Aunque existen diferencias entre los Estados, solo alrededor de un tercio de las mismas en edad de trabajar realiza alguna actividad laboral¹⁸.

La presente investigación se enmarca en el contexto recién expuesto. En particular, se trata de responder la siguiente pregunta: ¿cumplen los Estados iberoamericanos las normas de la Convención relativas a la inclusión laboral dependiente en entornos laborales abiertos en el sector privado? La hipótesis que se sustenta frente a esta pregunta es la siguiente: los Estados iberoamericanos cumplen de manera incompleta las normas de la Convención relativas a la inclusión laboral dependiente en entornos laborales abiertos en el sector privado. De este modo, el objetivo de la investigación consiste en determinar si los Estados iberoamericanos cumplen las normas de la Convención relativas a la inclusión laboral dependiente en entornos laborales abiertos en el sector privado.

Ese objetivo general se alcanza mediante cuatro objetivos específicos. Primero, contrastar las exigencias de la Convención con las regulaciones nacionales en el ámbito de las condiciones de selección para un puesto de trabajo. Segundo, contrastar las exigencias de la Convención con las regulaciones nacionales relativas a la incorporación al empleo. Tercero,

¹² En este sentido, PEREIRA-SILVA y otros (2018) p. 1013, respecto de las personas con discapacidad intelectual.

¹³ PARRA y otras (2019) p. 143.

¹⁴ Una perspectiva crítica respecto de los efectos de la Convención ofrece FERRANTE (2018), especialmente pp. 415 y 417.

¹⁵ MIGUEZ-PASSADA y otros (2015) p. 138.

¹⁶ FINSTERBUSCH (2016) p. 229.

¹⁷ SÁNCHEZ y otros (2019) p. 204.

¹⁸ Organización Iberoamericana de Seguridad Social (2014) pp. 14 y 15.

contrastar las exigencias de la Convención con las regulaciones nacionales sobre condiciones de acceso al lugar de trabajo y del puesto de trabajo. Y cuarto, evaluar el grado de cumplimiento de las normas de la Convención en los tres ámbitos indicados, por parte de los Estados Iberoamericanos.

En este punto se requieren ciertas precisiones para delimitar el alcance de esta investigación. La primera de esas precisiones se refiere a la identificación de lo que aquí se entenderá por Estados iberoamericanos. Para efectos del presente trabajo, son 21 países: los 19 latinoamericanos de lengua española y portuguesa, más España y Portugal. En orden alfabético se trata de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, España, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Portugal, República Dominicana, Uruguay y Venezuela.

La segunda dice relación con las normas de la Convención cuyo cumplimiento se pretende evaluar. Según se anticipó, se considerarán únicamente aquellas normas relativas a la inclusión laboral dependiente en el sector privado. En particular se analizará la regulación de tres aspectos estrechamente imbricados entre sí: las condiciones de selección, la incorporación al empleo, y las condiciones de acceso al lugar de trabajo y del puesto de trabajo.

La tercera se relaciona con las fuentes que serán utilizadas para desarrollar la evaluación. Dichas fuentes son las legislaciones nacionales de los Estados iberoamericanos que regulan el empleo en entornos laborales abiertos, de nivel legal e infralegal. Se excluyen, por tanto, las legislaciones de las unidades políticas que constituyen a los Estados Federales iberoamericanos y al Estado Autónomo español.

La propuesta de este trabajo se justifica por al menos tres razones. La primera de ellas es socioeconómica. La falta de inclusión laboral afecta a las personas con discapacidad de modo severo. Y lo hace de modo más intenso que a las personas sin discapacidad. La segunda razón es jurídica. Todos los Estados de Iberoamérica suscribieron la Convención el año 2007, y la ratificaron entre los años 2008 y 2013¹⁹. Por tanto, se encuentran obligados a cumplirla. La tercera razón es política. La evaluación respecto del cumplimiento de la Convención permitirá explicitar logros y deficiencias. Esta información aportará elementos para la toma de decisiones. En especial, para adoptar medidas que permitan fortalecer los aspectos deficitarios.

Por último, conviene hacer presente que este texto se inscribe en una investigación científica y tecnológica multidisciplinaria, financiada por el Fondo de Fomento al Desarrollo Científico y Tecnológico de la Agencia Nacional de Investigación y Desarrollo de Chile, cuya finalidad es promover la inclusión laboral de personas con discapacidad.

Con la finalidad de alcanzar el objetivo de esta investigación, la exposición, que incluye revisión de doctrina hasta el 9 de agosto de 2021, se ordena en cuatro apartados. El primero de ellos explica la metodología utilizada. El segundo desarrolla concisamente el concepto “modelo social de la discapacidad”. El tercer apartado entrega los resultados obtenidos. El último contiene la discusión y conclusiones.

¹⁹ Información de la Base de Datos de los Órganos de Tratados de las Naciones Unidas, al 25 de febrero de 2021. Se debe destacar que no existe información sobre la fecha de suscripción por parte de Venezuela.

II. METODOLOGÍA UTILIZADA

La metodología aplicada en esta investigación incluyó cinco pasos: identificación de la legislación vinculada a través de plataformas oficiales, identificación de legislación vinculada a través del reporte de académicos contactados con tal propósito, selección y obtención de legislación relevante, selección de disposiciones pertinentes y evaluación de la eficacia de su cumplimiento.

1. IDENTIFICACIÓN DE LEGISLACIÓN VINCULADA A TRAVÉS DE PLATAFORMAS

Para identificar la legislación iberoamericana vinculada a la inclusión laboral de personas con discapacidad, se utilizaron dos vías: revisión en plataformas oficiales de legislación y reporte de académicos. De este modo se podía cruzar la información proveída y evitar los sesgos y el uso de información incompleta. En este apartado y en el siguiente se detallan ambas vías.

Se entiende por plataformas oficiales de legislación aquellas que cumplen dos requisitos. Primero, se encuentran alojadas en las páginas web de los Parlamentos, Gobiernos o Poderes Judiciales del respectivo país. Segundo, consisten en motores de búsqueda o en carpetas de legislación ordenadas por materias²⁰.

Para desarrollar la búsqueda se utilizaron los siguientes conceptos: inclusión laboral, intermediación laboral, discapacidad, minusválidos, discapacitados, *disability* y *disabilities*. Los últimos cuatro pretendieron ampliar la búsqueda, pues podían encontrarse textos normativos que utilizaran expresiones en desuso o en idioma inglés. Los conceptos en español fueron traducidos al portugués para el solo efecto de la búsqueda en las bases de datos de Brasil y Portugal. La traducción es, respectivamente, la siguiente: *inclusão do trabalho*, *intermediação ao emprego*, *deficiência*, *deficiente* y *pesoas com deficiência*²¹.

En virtud de los recursos disponibles para realizar la búsqueda, se establecieron tres delimitaciones. Primero, se excluyeron los motores de búsqueda y las carpetas que ofrecieran más de mil textos normativos como resultado (en dicha situación se encontraron Argentina y Portugal). Segundo, en el caso de los textos de jerarquía infralegal, solo se consideraron los que incluyeran la denominación “decreto” o “reglamento”. Y tercero, en el caso de los Estados federales y el Estado autonómico español, se incluyeron solo los textos de ámbito nacional²². Esta primera vía se ejecutó en su integridad entre los días 15 de mayo y 25 de julio de 2020.

²⁰ Algunos países contaban con carpetas de legislación que no se ordenaban por materias. Tales carpetas fueron excluidas. Esto se debió a que la búsqueda no sería posible, atendiendo al recurso tiempo disponible. Dichos países son Honduras y Venezuela.

²¹ En el caso de los motores de búsqueda, se introdujeron los conceptos mencionados. En los casos de carpetas, se revisaron solo aquellas que utilizaran cualquiera de dichos conceptos.

²² Los mencionados acuerdos fueron adoptados por el equipo de investigación en diversas reuniones, y registrados en las respectivas actas.

2. IDENTIFICACIÓN DE LEGISLACIÓN VINCULADA A TRAVÉS DE ACADÉMICOS

Para identificar la legislación iberoamericana vinculada a la inclusión laboral de personas con discapacidad, se solicitó el reporte de académicos especialistas²³. A cada uno de ellos se les solicitó información respecto de las normas que regulaban la inclusión laboral de personas con discapacidad en su país. El procedimiento incluyó el uso de una comunicación estándar, para evitar variaciones significativas en las respuestas. Para cruzar información, se fijó como objetivo obtener el reporte de al menos dos de ellos en cada Estado.

Los académicos especialistas en discapacidad que fueron consultados se detallan en la tabla incluida en el anexo 1, al final de este trabajo.

Esta segunda vía se ejecutó en su integridad entre los días 26 de junio y 29 de octubre de 2020. En ella no se incluyó a Chile, pues el equipo de investigación del proyecto en que se enmarca esta publicación proveería la correspondiente información.

3. SELECCIÓN Y OBTENCIÓN DE LEGISLACIÓN RELEVANTE

La etapa de identificación generó un enorme corpus de legislación perteneciente a los 21 países iberoamericanos incluidos en la investigación. Se trataba de textos normativos que contenían uno o más de los conceptos más arriba indicados. Por cierto, no todos serían útiles para esta investigación. Por ello se procedió a seleccionar aquellos que contenían disposiciones relacionadas específicamente con la inclusión laboral de personas con discapacidad. Los textos normativos que contenían tal clase de disposiciones se consideraron relevantes.

Para obtener los textos legales e infralegales relevantes, se procedió a su descarga. Cuando la identificación se realizó mediante plataformas oficiales de legislación, se descargaron de las mismas. Cuando la identificación se realizó mediante reporte de académicos, la descarga se hizo de dichas plataformas o desde los respectivos Diarios Oficiales.

4. SELECCIÓN DE DISPOSICIONES PERTINENTES

Los textos legales e infralegales seleccionados como relevantes y obtenidos mediante su descarga, fueron procesados. El objetivo fue seleccionar las disposiciones pertinentes. Se entiende por disposiciones pertinentes aquellas que regulan alguno de los siguientes aspectos de la inclusión laboral de personas con discapacidad en el sector privado: las condiciones de selección, la incorporación al empleo, y las condiciones de acceso al lugar de trabajo y al puesto de trabajo.

Ahora bien, no todas las disposiciones pertinentes fueron incorporadas al análisis. Se excluyeron las que se limitaban a establecer “mandatos blandos”²⁴. Son de tal clase las que utilizan expresiones tales como “se promoverá”, “se favorecerá”, “establecerá políticas”, “fijará criterios”, “se impulsará” y similares.

²³ Para identificar los académicos especialistas se seleccionaron dos Universidades de cada país incluido en la investigación. En cada una de ellas se contactaron dos académicos por correo electrónico. Los requisitos para su selección fueron contar con grado de Doctor o de Magíster y desempeñarse en las áreas del Derecho del Trabajo o del Derecho constitucional. A ellos se solicitó el contacto de académicos especialistas en inclusión laboral de personas con discapacidad o en los derechos de las mismas.

²⁴ OLARTE (2020) p. 160.

5. EVALUACIÓN DE LA EFICACIA DEL CUMPLIMIENTO

Para evaluar el cumplimiento de las disposiciones pertinentes, se acudió a los Informes Finales del Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad. Al efecto se consideraron los Informes emitidos con posterioridad a la vigencia de las legislaciones sobre la materia en los respectivos países. De aquello se da cuenta en el apartado sobre Discusión y conclusiones.

Conviene hacer presente que algunos Estados Iberoamericanos carecen de tales Informes. Así se advertirá oportunamente en este mismo texto. Por tanto, en su caso no fue posible realizar dicha evaluación.

Es necesario reconocer que la opción descrita no permite una evaluación totalmente actualizada. Sin embargo, ha sido preferida por dos razones. Primero, porque permite analizar la situación de prácticamente todos los Estados Iberoamericanos. Segundo, porque viabiliza una evaluación basada en una metodología comparable entre todos ellos.

III. MODELO SOCIAL DE LA DISCAPACIDAD

A través de la historia, la sociedad ha generado diversos modelos para relacionarse con las personas con discapacidad. El primero de esos modelos fue el de prescindencia. Esta perspectiva parte de la idea de que la persona con discapacidad no tiene nada que aportar a la sociedad. Palacios distingue dos submodelos en su interior: el eugenésico y el de marginación. En virtud de los mismos, la persona con discapacidad debía ser eliminada o dejada al margen de la sociedad²⁵.

Un segundo modelo fue el rehabilitador, también denominado modelo individual, médico, biomédico o patológico. Desde este paradigma, la discapacidad es “un problema derivado de las condiciones de salud individuales y de deficiencia de algunos sujetos cuyos cuerpos se apartan de los cánones de la normalidad”²⁶. La persona con discapacidad puede ser rehabilitada. En esa medida, es decir, en cuanto sea “curada”, puede constituir un aporte a la sociedad²⁷.

En las últimas décadas se ha impuesto el modelo social de la discapacidad. Desde esta perspectiva, un cuerpo con deficiencias es una manifestación de la diversidad humana, como la raza o el sexo²⁸. En ese sentido, la discapacidad no es una condición ontológica, sino una experiencia inherente a la estructura social y a los mecanismos de exclusión²⁹. En otras palabras, la discapacidad que una persona presenta se debe a las barreras físicas, estructurales y culturales con que se enfrenta. Esta experiencia es, por lo demás, independiente de la deficiencia que le afecta³⁰.

²⁵ PALACIOS (2008) pp. 37-66.

²⁶ GÓMEZ (2014) p. 394.

²⁷ VELARDE (2012) p. 123.

²⁸ DINZ, BARBOSA y RUFINO (2009) p. 67.

²⁹ GÓMEZ y CASTILLO (2016) p. 181.

³⁰ TAMAYO, BESOAIN y REBOLLEDO (2018) p. 97.

Desde este nuevo modelo surgen al menos tres ideas esenciales, relevantes para el presente trabajo. Primero, la distinción entre deficiencia y discapacidad. La deficiencia supone la pérdida o anormalidad de una estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica. La discapacidad, en cambio, es el resultado de la interacción entre las limitaciones funcionales y el ambiente o contexto social y físico en el que se producen las conductas³¹. De este modo se quiebra la relación lineal entre deficiencia, discapacidad y minusvalía, hasta hace pocas décadas prevaleciente³².

Segundo, el enfoque de derechos. La distinción entre deficiencia y discapacidad ofreció nuevos instrumentos para la transformación social y la garantía de derechos. No era el cuerpo con deficiencias quien oprimía, sino la cultura de la normalidad, que describía algunos cuerpos como indeseables³³. De este modo, el reemplazo del modelo médico por el modelo social tiene notables impactos en los derechos. El primero se vincula a un régimen jurídico restringido de atribución de la capacidad para ejercer derechos. El segundo apunta al establecimiento de un régimen de atribución universal de capacidad de ejercicio de derechos³⁴.

Y tercero, el traslado de la responsabilidad desde el sujeto a la sociedad. Si la discapacidad es un problema de derechos humanos, entonces el Estado y la sociedad deben respetarlos. De este modo, el énfasis no está en la rehabilitación del individuo. Es la sociedad la que debe ser rehabilitada, en el sentido de concebirse y diseñarse para hacer frente a las necesidades de todas las personas³⁵. Esto “transfiere la responsabilidad por las desventajas de las limitaciones corporales del individuo a la incapacidad de la sociedad en prever y ajustarse a la diversidad”³⁶. En este sentido, la inclusión de la expresión “social” en el modelo no es casual. Con ella se pretende destacar que no es el individuo, sino la sociedad la que genera la discapacidad³⁷.

IV. RESULTADOS OBTENIDOS

La metodología utilizada permitió identificar un total de 58 textos de legislación pertinentes. Para su mejor evaluación, se han organizado en torno a los tres aspectos de la inclusión laboral ya mencionados.

1. CONDICIONES DE SELECCIÓN: NO DISCRIMINACIÓN Y AJUSTES RAZONABLES

La Convención dispone que los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a trabajar (artículo 27.1). Para dicho efecto, deben prohibir la discriminación en las condiciones de selección por parte del sector privado (artículo 27.1, letra a, en relación con el artículo 4, letra e). Dicha discriminación puede ser no solo el propósito (discriminación directa), sino también el efecto (discriminación indirecta) de tales condi-

³¹ GÓMEZ y CASTILLO (2016) pp. 189 y 190.

³² CORTÉS-REYES, RIVEROS y PINEDA-ORTIZ (2013) p. 132.

³³ DINZ, BARBOSA y RUFINO (2009) p. 69.

³⁴ MARSHALL (2020) p. 53.

³⁵ VICTORIA (2013) p. 1100.

³⁶ VICTORIANO (2017) p. 353.

³⁷ PALACIOS (2008) p. 103.

ciones (artículo 2). Para evitar la discriminación indirecta, los Estados Partes deben adoptar todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables en dichas condiciones de selección (artículos 2, 5.3 y 27.1, letra a). Tales medidas incluyen la promulgación de legislación (artículos 4, letra a), y 27).

De este modo, corresponde evaluar si los Estados iberoamericanos cumplen con estas exigencias establecidas en la convención. En particular, si su legislación: (a) evita la discriminación directa en las condiciones de selección, por parte del sector privado; y (b) evita la discriminación indirecta en las condiciones de selección, exigiendo la realización de ajustes razonables al sector privado. Pues bien, es posible distinguir tres situaciones en las legislaciones iberoamericanas frente a las recién mencionadas exigencias de la Convención.

Un grupo de Estados carecen de regulación relativa a las condiciones de selección aplicables a personas con discapacidad, por parte del sector privado. En esta situación se encuentran algunos países que solo exigen adecuaciones al sector público: Argentina³⁸, Brasil³⁹ y República Dominicana⁴⁰. Otros carecen de regulación sobre la materia: Colombia, Cuba, El Salvador, España, Guatemala, Honduras, México, Paraguay, Uruguay y Venezuela.

Un segundo conjunto de Estados cuenta con legislación aplicable al sector privado, que evita la discriminación directa en las condiciones de selección de personas con discapacidad. En estos casos no hay referencia a la aplicación de ajustes razonables en dichas condiciones. Por tanto, la legislación no evita, al menos expresamente, la discriminación indirecta. Tal es el caso de Bolivia⁴¹ y Panamá⁴².

La legislación de un tercer grupo de Estados evita tanto la discriminación directa, como la indirecta. Esto se debe a que se exige el otorgamiento de ajustes razonables en las condiciones de selección por parte del sector privado o, al menos, su adecuación. En este sentido, Chile prohíbe la discriminación por razón de discapacidad⁴³ y exige que los empleadores realicen los ajustes necesarios para adecuar los mecanismos de selección en todo cuanto se requiera para resguardar la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad⁴⁴. Costa Rica considera actos de discriminación el emplear, en la selección de personal, mecanismos que no estén adaptados a las condiciones de los aspirantes con discapacidad⁴⁵.

Ecuador dispone que las personas con discapacidad no pueden ser discriminadas en los procedimientos para la aplicación o selección a un trabajo. Por tanto, los empleadores están obligados a adecuar sus requisitos y mecanismos de selección de empleo para las

³⁸ DECRETO N° 312 de 2010, artículo 4°.

³⁹ DECRETO N° 9508 de 2018, artículo 4°, Brasil. El mismo artículo exige que la persona con discapacidad informe sus requerimientos de asistencia o de mayor tiempo.

⁴⁰ DECRETO N° 251 de 2015, artículo 38, República Dominicana.

⁴¹ LEY N° 1678 de 1995, artículo 10, de Bolivia.

⁴² DECRETO EJECUTIVO N° 88 de 2002, artículo 53, Panamá.

⁴³ LEY 20.609 de 2012, artículo 2°.

⁴⁴ LEY N° 20.422 de 2010, artículo 24, de Chile. El inciso segundo de esta disposición agrega que los postulantes cuya discapacidad produzca impedimento o dificultad para aplicar los instrumentos, deberán informarlo para su adaptación

⁴⁵ LEY N° 7600 de 1996, artículo 24, y DECRETO EJECUTIVO N° 26.831 de 1998, artículo 67, Costa Rica.

personas con discapacidad⁴⁶. En Nicaragua los empleadores deben ajustar sus criterios y requisitos de contratación evitando cualquier causal relacionada con la discapacidad⁴⁷. Perú ordena realizar ajustes razonables en el proceso de selección, a su costo. Estos ajustes comprenden la adecuación de las metodologías, procedimientos, instrumentos de evaluación y métodos de entrevista, y condiciones de accesibilidad⁴⁸. Portugal dispone que el proceso de selección en las empresas debe ser adecuado a las capacidades de comunicación de las personas con discapacidad. Agrega que puede haber lugar a pruebas de evaluación adaptadas⁴⁹.

2. INCORPORACIÓN AL EMPLEO: ACCIONES AFIRMATIVAS, INCENTIVOS Y OTRAS MEDIDAS

La Convención dispone que los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a trabajar (artículo 27.1). Por tanto, deben promover el empleo de las mismas en el sector privado mediante medidas pertinentes (artículo 27.1, letra h). Tales medidas incluyen la promulgación de legislación (artículos 4, letra a), y 27.1). Y pueden consistir en programas de acción afirmativa⁵⁰, incentivos y otras medidas (artículo 27.1, letra h). De este modo, corresponde evaluar si los Estados iberoamericanos cumplen con estas exigencias convencionales. En particular, si su legislación promueve el empleo de las personas con discapacidad en el sector privado, mediante medidas de acción afirmativa, incentivos u otras medidas.

Pues bien, es posible distinguir cuatro situaciones en las regulaciones iberoamericanas frente a las recién mencionadas exigencias de la Convención. Un primer grupo de Estados no cuenta con medidas legislativas para promover el empleo de las personas con discapacidad en el sector privado. Este es el caso de Costa Rica⁵¹ y Cuba.

Un segundo grupo de Estados iberoamericanos establece incentivos tributarios para promover la contratación de personas con discapacidad en el sector privado. En Guatemala el empleador puede deducir del impuesto sobre la renta los salarios pagados a las personas con discapacidad⁵². México autoriza deducir de los ingresos acumulables del contribuyente un monto equivalente al 25% del salario pagado a trabajadores con discapacidad⁵³.

Un tercer grupo de Estados ha implementado acciones afirmativas. Estas acciones afirmativas consisten en establecer cuotas de contratación de personas con discapacidad en el sector privado.

⁴⁶ LEY ORGÁNICA DE DISCAPACIDADES de 2012, artículos 45 y 50, Ecuador.

⁴⁷ DECRETO N° 11 de 2014, artículo 25.1, Nicaragua.

⁴⁸ LEY N° 29.973 de 2012, artículo 50.1 y 50.2, y DECRETO SUPREMO N° 002-2014-MIMP de 2014, artículos 52.1, 52.3 y 52.4, de Perú.

⁴⁹ LEI N° 4 de 2019, artículo 7.1, de Portugal.

⁵⁰ Conviene reconocer que existe cierta controversia respecto de las acciones afirmativas. Pese a ello, encuentran respaldo constitucional en diversos países, como Estados Unidos, México o Chile. Al respecto ver, por ejemplo, LÓPEZ (2016) pp. 54 y ss., y FIGUEROA (2016) pp. 423-424.

⁵¹ En Costa Rica se regula una cuota de contratación únicamente en el sector público. LEY N° 8862 de 2010, artículo único.

⁵² DECRETO LEGISLATIVO N° 160 de 2005, artículo 36, Guatemala.

⁵³ LEY DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA de 2013, artículo 34, número XII, y artículo 186, México.

Brasil fija cuotas de contratación sobre el total de trabajadores de la respectiva entidad privada que tenga 100 o más empleados. Si la entidad tiene entre 100 y 200 trabajadores, debe contratar un 2%; si tiene entre 201 y 500 trabajadores, 3%; si tiene entre 501 y 1000 trabajadores, 4%; y si tiene más de 1000, debe contratar un 5% de trabajadores con discapacidad⁵⁴.

El Salvador dispone que todo empleador privado tiene la obligación de contratar como mínimo a una persona con discapacidad por cada veinte trabajadores que tenga a su servicio. Si por razones fundadas⁵⁵ el empleador no puede cumplir la cuota de contratación, deberá efectuar un aporte económico al Estado. Dicho aporte financiará programas de formación técnica y vocacional para personas con discapacidad⁵⁶.

España establece una cuota de contratación sobre la planilla total de trabajadores de la respectiva empresa privada. Dicho porcentaje es del dos por cien y se aplica a las que empleen a 50 o más trabajadores. La empresa podrá considerar en dicho 2% a los trabajadores que le han sido puestos a disposición por empresas de trabajo temporal⁵⁷. Excepcionalmente las empresas podrán quedar exentas de esta obligación, de forma parcial o total⁵⁸. En tales casos el empleador debe escoger alguna de las medidas alternativas de cumplimiento de la cuota de reserva. Se trata de medidas que, directa o indirectamente, promueven la inclusión laboral⁵⁹.

Honduras también extiende las cuotas de contratación al sector privado. Si la entidad tiene entre 20 y 49 trabajadores, deberá contratar una persona con discapacidad; si tiene entre 25 y 49, dos; si tiene entre 50 y 99, tres; y si tiene 100 o más, deberá contratar cuatro por cada ciento⁶⁰.

En la misma línea, Nicaragua fija una cuota de contratación que atiende a la nómina de trabajadores. Si la entidad privada tiene entre 11 y 49 trabajadores, debe contratar al menos una persona con discapacidad. Si tiene 50 o más trabajadores, debe contratar al menos un 2% de personas con discapacidad⁶¹.

⁵⁴ LEI N° 8213 de 1991, artículo 93, de Brasil. La misma disposición se encuentra en el DECRETO N° 3298 de 1999, artículo 36.

⁵⁵ Las razones fundadas consisten en que no existen candidatos con el perfil requerido y en que el giro o actividad económica no permite cumplir la cuota de contratación. LEY ESPECIAL DE INCLUSIÓN DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD de 2020, artículos 63 y 64, El Salvador.

⁵⁶ LEY ESPECIAL DE INCLUSIÓN DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD de 2020, artículo 64, de El Salvador.

⁵⁷ REAL DECRETO LEGISLATIVO N° 1 de 2013, artículo 42.1, España.

⁵⁸ Se entiende que concurre la nota de excepcionalidad únicamente en los siguientes casos: cuando no existen personas con discapacidad interesadas en las ofertas de empleo y cuando existen razones de carácter productivo, organizativo, técnico o económico que motiven la especial dificultad para incorporar trabajadores con discapacidad a la plantilla de la empresa. Ver REAL DECRETO LEGISLATIVO N° 1 de 2013, artículo 42.1, y REAL DECRETO N° 364 de 2005, artículo 1.2, España.

⁵⁹ Las medidas alternativas que pueden cumplir las empresas son: celebrar contratos civiles o mercantiles con Centros Especiales de Empleo o con trabajadores autónomos con discapacidad, para la provisión de bienes o servicios; realizar donaciones a fundaciones o asociaciones sin fines de lucro, para promover la inserción laboral de personas con discapacidad; y constituir un enclave laboral. REAL DECRETO LEGISLATIVO N° 1 de 2013, artículo 42.1, y REAL DECRETO N° 364 de 2005, artículo 2.1, España.

⁶⁰ DECRETO LEGISLATIVO N° 160 de 2005, artículo 35, Honduras.

⁶¹ LEY N° 763 de 2011, artículo 36, Nicaragua.

En Panamá la cuota de contratación depende del tamaño de la nómina de la respectiva entidad privada. Si tiene entre 25 y 50 trabajadores, debe contratar una persona con discapacidad. Si tiene más de 50 trabajadores, debe contratar un 2% de personas con discapacidad. Agrega que el Órgano Ejecutivo podrá aumentar la proporción de trabajadores con discapacidad de acuerdo con las condiciones de crecimiento económico del país⁶². El incumplimiento de la cuota se sanciona con multa. Lo recaudado se destinará únicamente a capacitación y formación laboral, a través de las organizaciones vinculadas a la discapacidad⁶³.

En Portugal las empresas deben incorporar un porcentaje variable, dependiendo de su tamaño. Las empresas medianas con más de 75 trabajadores deben incluir un número no inferior al 1% de trabajadores con discapacidad. Las grandes empresas deben incorporar un número no inferior al 2% de trabajadores con discapacidad⁶⁴. En todo caso, se admite no aplicar las mencionadas cuotas de contratación en casos justificados⁶⁵.

Uruguay aplica la cuota de contratación a toda empresa del sector privado con 25 o más trabajadores. Tales empresas deberán contar con al menos un 4% de trabajadores con discapacidad, sobre la totalidad de sus trabajadores permanentes⁶⁶. Venezuela establece, para el sector privado, una cuota de contratación de a lo menos el 5% sobre la nómina total de trabajadores⁶⁷. Un último grupo de Estados contempla dos o más tipos de medidas para promover la contratación de personas con discapacidad en el sector privado.

Argentina contempla incentivos tributarios y la flexibilización de ciertas normas de contratación destinadas a fomentar el empleo. En cuanto a incentivos, el empleador puede deducir del impuesto a las ganancias o a los capitales, el 70 % de las retribuciones que abonen a personas con discapacidad⁶⁸. En cuanto a la flexibilización, permite duplicar los plazos máximos de duración de ciertas modalidades de contratación asociadas al fomento del empleo⁶⁹.

Bolivia incluye cuotas de contratación y un acto público de reconocimiento. La cuota de contratación es de un 2% para el sector privado. Esta cuota también se puede cumplir contratando a la madre o el padre, cónyuge, tutora o tutor que se encuentre a cargo de una o más personas con discapacidad⁷⁰. El Ministerio de Trabajo, Empleo y Previsión Social

⁶² LEY N° 15 de 2016, artículo 51, Panamá.

⁶³ LEY N° 15 de 2016, artículo 53, DECRETO EJECUTIVO N° 88 de 2002, artículo 57, y DECRETO EJECUTIVO N° 333 de 2019, artículo 29, Panamá.

⁶⁴ LEI N° 38 de 2004, artículo 28°, y LEI N° 4 de 2019, artículo 5°, de Portugal.

⁶⁵ Dos son las razones por las cuales se puede no cumplir las cuotas de contratación. Una de ellas se produce cuando existe la imposibilidad de aplicación efectiva en el respectivo lugar de trabajo. La segunda, cuando no existe el número suficiente de candidatos con discapacidad inscritos en los servicios de empleo, que reúnan los requisitos necesarios para cubrir los puestos de trabajo ofertados. LEI N° 4 de 2019, artículo 8°, de Portugal.

⁶⁶ LEY N° 19.691 de 2018, artículo 1°, y DECRETO N° 73 de 2019, artículo 1°, de Uruguay.

⁶⁷ LEY PARA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD de 2007, artículo 28, y DECRETO CON FUERZA DE LEY N° 8.938 de 2012, artículo 290, de Venezuela.

⁶⁸ LEY N° 22.431 de 1981, artículo 23, Argentina, modificado por la LEY N° 23.021 de 1983.

⁶⁹ LEY N° 24.013 de 1991, artículo 42, Argentina.

⁷⁰ LEY N° 977 de 2017, artículo 2°, párrafos I y III, Bolivia.

realizará, anualmente, un acto público de distinción de entidades privadas que hayan cumplido aquella cuota⁷¹.

Chile regula tanto cuotas de contratación como incentivos económicos. La cuota de contratación es del 1% y rige para entidades con 100 o más trabajadores del sector privado⁷². El empleador que, por razones fundadas, no puede cumplir con el porcentaje de contratación⁷³, deberá cumplirla mediante medidas alternativas. Se trata de medidas que, directa o indirectamente, promueven la inclusión laboral⁷⁴. En cuanto al incentivo, se bonifica hasta en el 80% de un ingreso mínimo mensual (dependiendo del grado de discapacidad) y por un máximo de 6 meses, la contratación de personas con discapacidad⁷⁵.

En Colombia se establecen incentivos tributarios y normas de contratación preferente por parte del Estado. En cuanto a lo primero, el empleador tiene derecho a deducir de la renta el 200% del valor de 105 salarios y prestaciones sociales pagados durante el año o período gravable a los trabajadores con discapacidad⁷⁶. Por otra parte, el empleador gozará de los estímulos económicos que determine el Ministerio de Hacienda y Crédito Público⁷⁷. Además, diversas cotizaciones de seguridad social de cargo del empleador pueden ser tratadas como descuento tributario para efectos de la determinación del impuesto sobre la Renta y Complementarios⁷⁸. En cuanto a lo segundo, existen normas de contratación preferente, por parte del Estado, de empresas que tengan vinculadas personas con discapacidad. Por una parte, a dichas empresas se otorga el 1% del total de los puntos establecidos en el pliego de condiciones en los procesos de licitación pública, concurso de méritos y contratación directa⁷⁹. Por otra parte, se establece un sistema de preferencias en los procesos de adjudicación y celebración de contratos, respecto de empresas que en su planta tienen al menos un 10% de trabajadores con discapacidad⁸⁰.

Ecuador contempla cuotas de contratación e incentivos tributarios. En cuanto a la cuota, todo empleador privado que cuente con veinticinco o más trabajadores está obligado

⁷¹ DECRETO SUPREMO N° 3437 de 2017, artículo 5, párrafo I, y DECRETO SUPREMO N° 1893 de 2014, artículo 19, Bolivia.

⁷² CÓDIGO DEL TRABAJO, Chile, artículo 157 bis, inciso primero.

⁷³ Solo se consideran razones fundadas la falta de personas con discapacidad interesadas en las ofertas de trabajo y la especialidad o características de las funciones que desarrolla la entidad. Ver DECRETO N° 64 de 2018, artículo 7°.

⁷⁴ El cumplimiento alternativo o subsidiario se realiza mediante la donación a instituciones dedicadas a la capacitación laboral de personas con discapacidad o la tercerización en empresas que contraten personas con discapacidad. Ver CÓDIGO DEL TRABAJO, Chile, artículo 157 ter, y DECRETO N° 64 de 2018, artículo 8°.

⁷⁵ DECRETO N° 2 de 2010, número 4, letra d).

⁷⁶ LEY N° 361 de 1997, artículo 31, Colombia.

⁷⁷ LEY N° 1618 de 2013, artículo 13, número 6, Colombia.

⁷⁸ LEY N° 1429 de 2010, artículo 10, en relación con el artículo 9°, y DECRETO N° 4910 de 2011, artículo 11, Colombia.

⁷⁹ LEY N° 1618 de 2013, artículo 13, número 1, y DECRETO N° 392 de 2018. “Artículo 2.2.1.2.4.2.6, de Colombia. El número de trabajadores con discapacidad exigido oscila entre 1 y 5, dependiendo del número total de trabajadores del proponente.

⁸⁰ Esta preferencia se aplica cuando existe igualdad de condiciones, los trabajadores con discapacidad tienen al menos un año de antigüedad y deben mantenerse por el tiempo de la contratación. Ver LEY N° 361 de 1997, artículo 24, letra a), y LEY N° 1618 de 2013, artículo 13, número 7, Colombia.

a contratar un mínimo de 4% de personas con discapacidad. Con todo, el porcentaje se aplica solo sobre los contratos de naturaleza estable. Además, la persona con discapacidad debe ser contratada para labores permanentes⁸¹. Por último, pueden formar parte del porcentaje de cumplimiento los parientes hasta cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, cónyuge, pareja en unión de hecho, representante legal o las personas que tengan bajo su responsabilidad y/o cuidado a una persona con discapacidad severa. Sin embargo, tales sustitutos no pueden exceder del 50% de la cuota y solo se puede considerar un sustituto por cada persona con discapacidad⁸². En cuanto a los incentivos, el empleador puede deducir el 150% adicional para el cálculo de la base imponible del impuesto a la renta respecto de las remuneraciones y beneficios sociales de su cargo. Esto aplica por cada trabajador con discapacidad o sustituto contratados, por sobre la mencionada cuota de contratación del 4%⁸³.

En Paraguay se otorgan incentivos tributarios y se autoriza el uso de un sello distintivo. El incentivo consiste en que el empleador puede efectuar una deducción en el monto a pagar mensualmente por concepto de Impuesto al Valor Agregado. Dicha deducción dependerá de la cantidad de trabajadores que tenga el empleador⁸⁴. En cuanto al sello distintivo, se autoriza en los productos de las empresas que utilicen los beneficios tributarios asociados a la contratación de personas con discapacidad⁸⁵.

En Perú se establecen cuotas de contratación e incentivos tributarios. La cuota de contratación aplica a entidades privadas con más de cincuenta trabajadores. Dichas entidades deben contratar en una proporción no inferior al 3% sobre el total de su personal⁸⁶. El empleador privado que no cumpla con la cuota de contratación será multado, a menos que justifique que aquello no ha sido posible⁸⁷. El incentivo consiste en que el empleador tiene una deducción adicional en el pago del impuesto a la renta sobre las remuneraciones que se paguen a las personas con discapacidad. El porcentaje de dicha deducción adicional es fijado por decreto supremo del Ministerio de Economía y Finanzas⁸⁸.

República Dominicana incluye cuotas de contratación e incentivos tributarios. La cuota de contratación se impone a las entidades privadas que cuenten con a lo menos 25 trabajadores. En tales entidades dicha cuota no puede ser inferior al 2%, sobre la nómina

⁸¹ CÓDIGO DEL TRABAJO, Ecuador, artículo 42, número 33 y LEY ORGÁNICA DE DISCAPACIDADES de 2012, artículo 47, inciso primero.

⁸² LEY ORGÁNICA DE DISCAPACIDADES de 2012, artículo 48, Ecuador.

⁸³ LEY ORGÁNICA DE DISCAPACIDADES de 2012, artículo 49, inciso primero, Ecuador.

⁸⁴ LEY N° 4962 de 2013, artículo 7°, Paraguay.

⁸⁵ LEY N° 4962 de 2013, artículo 7°, inciso final, Paraguay.

⁸⁶ LEY N° 29.973 de 2012, artículo 49.1, y DECRETO SUPREMO N° 002-2014-MIMP de 2014, artículo 56.2, Perú.

⁸⁷ La imposibilidad de cumplimiento en Perú puede deberse a dos causas. Primero, que no se produjeron vacantes en los puestos de trabajo de la entidad durante el año. Segundo, que las vacantes producidas no podían ser ocupadas por personas con discapacidad por razones técnicas o de riesgo, que fueron ofertadas a través de la Bolsa de Trabajo estatal, que se omitió todo requisito discriminatorio y que los procesos de selección eran accesibles. DECRETO SUPREMO N° 002-2014-MIMP de 2014, artículo 56.4, Perú.

⁸⁸ LEY N° 29.973 de 2012, artículo 47.3, Perú.

total de trabajadores⁸⁹. En cuanto al incentivo, la cuota de contratación del 2% de los empleos del sector privado serán deducidos del pago de los impuestos al fisco⁹⁰.

3. CONDICIONES DE ACCESO AL LUGAR DE TRABAJO Y AJUSTES RAZONABLES DEL PUESTO DE TRABAJO

La Convención dispone que los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a trabajar en un entorno laboral abierto, inclusivo y accesible (artículo 27.1). Para dicho efecto, deben adoptar medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad a los lugares de trabajo. Esto incluye la identificación y eliminación de obstáculos y barreras de acceso (artículo 9.1, letra a). Además, deben prohibir la discriminación en las condiciones de empleo por parte del sector privado (artículo 27.1, letra a, en relación con el artículo 4, letra e). Esto incluye adoptar todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables en las condiciones de empleo en el lugar de trabajo (artículos 2, 5.3 y 27.1, letra i). Las medidas relativas al acceso y a los ajustes razonables incluyen la promulgación de legislación (artículos 4, letra a), y 27).

De este modo, corresponde evaluar si los Estados iberoamericanos cumplen con estas exigencias convencionales. En particular, si su legislación aplicable al sector privado: (a) asegura el acceso de las personas con discapacidad a los lugares de trabajo, e identifica y elimina obstáculos y barreras de acceso; y (b) asegura la realización de ajustes razonables en las condiciones de empleo en el lugar de trabajo, esto es, en el puesto de trabajo, para las personas con discapacidad. Pues bien, es posible distinguir cuatro situaciones en las regulaciones iberoamericanas frente a las recién mencionadas exigencias de la Convención.

Algunos Estados no cuentan con legislación aplicable al sector privado que asegure el acceso a los lugares de trabajo, ni la realización de ajustes razonables en el puesto de trabajo. Este es el caso de Argentina⁹¹, Chile⁹², Colombia, Costa Rica⁹³, Guatemala, Honduras y Panamá⁹⁴. Venezuela cuenta con legislación aplicable al sector privado, que asegura el acceso a los lugares de trabajo⁹⁵.

Otros Estados cuentan con legislación aplicable al sector privado, que asegura la realización de ajustes razonables en el puesto de trabajo. Cuba dispone que, de ser necesario y

⁸⁹ LEY N° 5 de 2013, artículo 14, párrafo, y artículo 80, párrafo II, y DECRETO N° 363 de 2016, artículo 34, República Dominicana.

⁹⁰ LEY N° 5 de 2013, artículo 84, párrafo, República Dominicana.

⁹¹ En Argentina la legislación sobre la materia solo se aplica al sector público. Ver DECRETO N° 312 de 2010, artículo 6°.

⁹² Chile se limita a prescribir que el reglamento interno de las empresas debe incluir las normas relativas a los ajustes necesarios que permitan al trabajador con discapacidad un desempeño laboral adecuado. CÓDIGO DEL TRABAJO, Chile, artículo 154, número 7.

⁹³ En Costa Rica la legislación sobre la materia solo se aplica al sector público. Ver DECRETO EJECUTIVO N° 36.462 de 2011, artículo 7°, letra d).

⁹⁴ En Panamá se ordena, de manera bastante genérica, fiscalizar que no exista discriminación en el ambiente laboral de las empresas. DECRETO EJECUTIVO N° 88 de 2002, artículo 53.

⁹⁵ LEY PARA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD de 2007, artículo 28, Venezuela.

posible, las entidades adecuen los puestos de trabajo para las personas con discapacidad⁹⁶. Portugal exige a los empleadores adecuar o adaptar el puesto de trabajo. Al efecto deberán acudir a las entidades públicas especializadas para la definición de los apoyos y adecuaciones necesarias⁹⁷.

Por último, hay Estados que cuentan con legislación aplicable al sector privado que regula ambas materias. En efecto, explícita o implícitamente, aseguran tanto el acceso a los lugares de trabajo, como la realización de ajustes razonables en el puesto de trabajo.

Bolivia exige a los empleadores efectuar las adaptaciones necesarias para permitir que sus trabajadores con discapacidad puedan desarrollar sus labores⁹⁸. Brasil ordena a los empleadores la provisión de tecnologías de asistencia y la adaptación razonable de los entornos de trabajo⁹⁹.

En Ecuador los empleadores deben hacer las adaptaciones al puesto de trabajo, según las exigencias de la legislación nacional y de los instrumentos internacionales. Además, deben cumplir las normas que precautelan el adecuado desplazamiento de las personas con discapacidad por las instalaciones¹⁰⁰.

En El Salvador todo empleador está obligado a crear condiciones de plena accesibilidad del entorno de trabajo. Además, debe dotar al trabajador con discapacidad de los recursos e implementos técnicos como tecnológicos para la ejecución de sus labores¹⁰¹.

España exige a los empleadores adoptar las medidas adecuadas para la adaptación del puesto de trabajo y la accesibilidad de la empresa, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva¹⁰².

En México es imperativo tanto la implementación de instalaciones adecuadas, como la adecuación del puesto de trabajo. Las instalaciones adecuadas para el acceso y desarrollo de actividades de las personas con discapacidad se exigen a los centros de trabajo que tengan más de 50 trabajadores¹⁰³. La adaptación del puesto de trabajo es una medida de nivelación, y la denegación de ajustes razonables constituye discriminación¹⁰⁴. Nicaragua

⁹⁶ DECRETO N° 326 de 2014, artículos 13, párrafo segundo, y 15, de Cuba. Para incluir a Cuba en esta categoría, la expresión “posible” se ha entendido en el sentido de “razonable”.

⁹⁷ LEI N° 4 de 2019, artículo 7.3, Portugal.

⁹⁸ DECRETO SUPREMO N° 27.477 de 2008, artículo 6, y DECRETO SUPREMO N° 1893 de 2014, artículo 21, de Bolivia. Con mayor jerarquía normativa, pero con menor precisión, la LEY N° 223 de 2012, en su artículo 34, párrafo III, dispone: “Las entidades públicas y privadas deberán brindar accesibilidad a su personal con discapacidad”. Esta misma disposición se encuentra en la LEY N° 977 de 2017, artículo 2°, párrafo 6°, letra a).

⁹⁹ LEI N° 13.146 de 2015, artículo 37, de Brasil. De un modo más general, el artículo 34, § 1°, de esta misma ley exige a los empleadores garantizar entornos de trabajo accesibles e inclusivos. Similar disposición contiene el DECRETO N° 9405 de 2018, artículo 2°, párrafo III.

¹⁰⁰ CÓDIGO DEL TRABAJO, Ecuador, artículo 42, números 2 y 35.

¹⁰¹ LEY ESPECIAL DE INCLUSIÓN DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD de 2020, artículo 66, El Salvador.

¹⁰² REAL DECRETO LEGISLATIVO N° 1 de 2013, artículo 40, de España.

¹⁰³ LEY FEDERAL DEL TRABAJO de 1970, artículo 132, número XVI bis, México.

¹⁰⁴ LEY FEDERAL PARA PREVENIR Y ELIMINAR LA DISCRIMINACIÓN de 2003, artículo 9°, número XXII, y artículo 15 quáter, número II, de México.

dispone que los empleadores deben adaptar el entorno y las condiciones laborales en base a la necesidad de las personas con discapacidad¹⁰⁵.

En Paraguay se garantiza el acceso de las personas con discapacidad a los lugares de trabajo¹⁰⁶. Esto se traduce en exigencias de accesibilidad y adecuación si se trata de discapacidad física, visual o auditiva. En tal caso, el empleador deberá prever adecuaciones relacionadas al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones¹⁰⁷.

Perú exige cuatro tipos de ajustes a los empleadores, a su costo. Primero, del entorno de trabajo. Segundo, de las herramientas de trabajo y las maquinarias. Tercero, la provisión de ayudas técnicas y servicios de apoyo. Y cuarto, la organización del trabajo y los horarios, en función de las necesidades del trabajador con discapacidad. Solo se exceptúan aquellos ajustes que suponen una carga económica desproporcionada o indebida¹⁰⁸.

República Dominicana se refiere a la accesibilidad y a los ajustes razonables en forma indirecta. Lo hace al señalar qué entidades públicas deberán verificar la existencia de aquella y de estos en las empresas privadas¹⁰⁹.

En Uruguay se otorga un plazo de 12 meses a los empleadores privados para generar las condiciones adecuadas en el puesto de trabajo. Este plazo se cuenta desde la contratación del respectivo trabajador con discapacidad. Los empleadores en tal situación deberán informar a la autoridad administrativa. Y, al mismo tiempo, presentarán un plan de acción para dar cumplimiento a las condiciones de accesibilidad¹¹⁰.

V. DISCUSIÓN Y CONCLUSIONES

Diversos son los aspectos a considerar en lo relativo a la regulación de la inclusión laboral de personas con discapacidad. En este trabajo solo se han abordado algunos de ellos, en relación con el sector privado: las condiciones de selección, la incorporación al empleo, y las condiciones de acceso y del puesto de trabajo. En particular, y de un lado, se han expuesto las exigencias establecidas por la Convención en tales materias. De otro lado, se ha descrito la legislación iberoamericana relativa a las mismas. Corresponde, por tanto, explicitar el grado de cumplimiento de aquellas exigencias por parte de esta legislación.

Para dicho efecto, es necesario referirse en forma previa a la “progresiva efectividad” de la inclusión laboral. El artículo 4.2 de la Convención establece dicho principio para los derechos económicos, sociales y culturales. Sin embargo, la progresiva efectividad tiene dos matices. Por una parte, la misma cláusula reconoce que existen obligaciones relacionadas con esos derechos que son aplicables de modo inmediato¹¹¹. Por otra parte, la progresiva efectividad “no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación

¹⁰⁵ LEY N° 763 de 2011, artículo 34, y DECRETO N° 11 de 2014, artículo 25.3, Nicaragua.

¹⁰⁶ LEY N° 4934 de 2013, artículo 5°, en relación con el artículo 4°, Paraguay.

¹⁰⁷ LEY N° 4962 de 2013, artículo 8°, y DECRETO N° 3379 de 2020, artículo 6°, números 1 y 3, Paraguay.

¹⁰⁸ LEY N° 29.973 de 2012, artículo 50.1, 50.2 y 50.4, y DECRETO SUPREMO N° 002-2014-MIMP de 2014, artículo 57, Perú.

¹⁰⁹ DECRETO N° 363 de 2016, artículo 33, República Dominicana.

¹¹⁰ LEY N° 19.691 de 2018, artículos 3° y 7°, Uruguay.

¹¹¹ PARRA-DUSSAN (2010) p. 362.

de todo contenido significativo”. Por el contrario, “corresponde a cada Estado Parte una obligación de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos¹¹².”

Las legislaciones revisadas en esta investigación serán analizadas a la luz del principio de progresiva efectividad, con los matices recién señalados. Esto significa que no se evaluará si permiten lograr en forma inmediata la plena inserción en el trabajo de todas las personas con discapacidad. En lugar de ello, se analizarán dos cosas. En primer lugar, el efectivo cumplimiento de aquellas obligaciones que son aplicables de modo inmediato. Y, en segundo lugar, si las legislaciones permiten la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de los demás derechos. Para este efecto se considerarán las Observaciones Finales emitidas por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante el Comité).

1. CONDICIONES DE SELECCIÓN

En cuanto a las condiciones de selección, la Convención impone dos exigencias a la legislación de los Estados Parte. Primero, que evite la discriminación directa en las condiciones de selección, por parte del sector privado. Segundo, que evite la discriminación indirecta en las condiciones de selección, exigiendo la realización de ajustes razonables al sector privado.

Evitar la discriminación es una obligación aplicable de modo inmediato. En cuanto a la discriminación directa, el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prohíbe la discriminación de hecho o de Derecho en cualquier esfera. De este modo, y a diferencia del artículo 2 del mismo instrumento, no se limita al ámbito de los derechos enunciados en el mismo¹¹³. En cuanto a la discriminación indirecta, el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales ya en los años noventa sostuvo que las medidas que se adopten para establecer oportunidades equitativas para las personas con discapacidad no constituirán discriminación¹¹⁴. La Convención va más allá, al establecer que la denegación de ajustes razonables también constituye discriminación (artículo 2), aunque algunos estimen que es una forma sutil de la misma¹¹⁵. Esto se debe a que tales ajustes constituyen una garantía del derecho a la igualdad¹¹⁶, también en los procesos de selección.

Pues bien, la legislación de solo 6 Estados iberoamericanos (28,6%) evita tanto la discriminación directa, como la indirecta. En este último caso, exigiendo el otorgamiento de ajustes razonables en las condiciones de selección por parte del sector privado. O, al menos, su adecuación. Se trata de Chile, Costa Rica, Ecuador, Nicaragua, Perú y Portugal. El resto de los países iberoamericanos cuentan con legislación que solo evita la discriminación directa o carecen de regulación sobre la materia para el sector privado.

¹¹² COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES (1990), párrafos 9 y 10.

¹¹³ En este mismo sentido, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas sostuvo que “la prohibición de la discriminación que prevé el artículo 26 no comprende tan solo los derechos garantizados en el Pacto”. Ver *Järvinen c. Finlandia* (1990) párrafo 6.2. La misma doctrina se encuentra en Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas (1989) párrafo 12.

¹¹⁴ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES (1994) párrafo 18.

¹¹⁵ VITRORIA (2013) p. 1103.

¹¹⁶ FINSTERBUSCH (2016) p. 235.

De este modo, la gran mayoría de los países iberoamericanos incumple la Convención en lo relativo a establecer condiciones de selección no discriminatorias.

2. INCORPORACIÓN AL EMPLEO

En lo relativo a la incorporación al empleo, la Convención exige que la legislación de los Estados Parte promueva el empleo de las personas con discapacidad en el sector privado. Para este efecto, permite acudir a medidas de acción afirmativa, incentivos u otras medidas. Se trata de un derecho de cumplimiento progresivo que, en todo caso, debe ser satisfecho a lo menos en un nivel esencial¹¹⁷.

La legislación iberoamericana parece ofrecer un mejor panorama en esta materia. 19 de los 21 países incluye algún tipo de medidas. De ellos, 2 regulan incentivos tributarios (9,5%), 9 aplican cuotas de contratación (42,9%) y 8 contemplan dos o más medidas (38,1%) para incorporar al empleo a personas con discapacidad. Este elevado grado de cumplimiento formal oculta, no obstante, importantes problemas.

El primer problema se relaciona con los incentivos económicos, regulados en nueve países. Ecuador solo otorga el beneficio si se supera la cuota de contratación, establecida en el 4%. Chile y Perú otorgan incentivos cuyo monto es determinado por el Gobierno, de modo que pueden carecer de estabilidad. Solo cinco Estados otorgan incentivos calculados sobre los salarios efectivamente pagados, desde el primer trabajador contratado. Se trata de Argentina, Colombia, Guatemala, México y República Dominicana.

El segundo problema consiste en que la legislación de ciertos Estados atenúa el impacto de las cuotas de contratación establecidas. Las de Ecuador y Uruguay disponen que los porcentajes de trabajadores con discapacidad se determinan sobre el total de trabajadores estables. Esto significa que no se considera la planilla total de la respectiva entidad. Bolivia y Ecuador permiten la sustitución por ciertos parientes o afines. Esto significa que podría no contratarse, al menos parcialmente, personas con discapacidad. En todos estos casos el porcentaje fijado por ley, en los hechos, disminuye de manera más o menos significativa.

El tercer problema consiste en que muy pocas legislaciones establecen consecuencias si no se alcanzan las cuotas de contratación. Solo Chile, España, El Salvador y Panamá se encuentran en tal situación. El resto de los Estados carece de este tipo de medidas. En tales casos se produce el desvanecimiento del esfuerzo inclusivo constituido por las cuotas de reserva.

Estas debilidades de las legislaciones estudiadas impactan sobre la efectiva incorporación al empleo de las personas con discapacidad.

En efecto, los incentivos tributarios establecidos por Guatemala y México no parecen cumplir el objetivo de la inserción laboral. Así lo ha declarado el Comité. A Guatemala le ha manifestado su preocupación porque “la mayoría de las personas con discapacidad no

¹¹⁷ El COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES parece coincidir con esta perspectiva. En su Observación General N° 20, párrafo 9, aprueba las acciones afirmativas para erradicar la discriminación sustantiva. Y agrega: “Esas medidas serán legítimas siempre que supongan una forma razonable, objetiva y proporcionada de combatir la discriminación de facto y se dejen de emplear una vez conseguida una igualdad sustantiva sostenible”. Las acciones afirmativas, por tanto, deben colaborar a la progresiva incorporación al empleo de las personas con discapacidad, en cuanto víctimas de la discriminación sustantiva en la materia.

cuenta con un trabajo formal”¹¹⁸. A México le manifestó su preocupación por la “baja tasa de empleo de las personas con discapacidad”¹¹⁹.

Las cuotas de contratación tampoco parecen colaborar lo suficiente al objetivo de la inclusión laboral en la gran mayoría de los países¹²⁰. En ese sentido, el Comité ha mostrado su preocupación por la baja participación de las personas con discapacidad en el mercado abierto de El Salvador¹²¹, España¹²², Honduras¹²³ y Uruguay¹²⁴, pese a la regulación de esta medida. Además, el Comité ha manifestado su preocupación por el incumplimiento de dichas cuotas en el caso de Brasil¹²⁵ y Panamá¹²⁶.

La situación no parece mejor en los países que han aplicado dos o más medidas. En la mayor parte de ellos existe una alta tasa de desempleo de las personas con discapacidad¹²⁷. Según el Comité, en algunos casos existe bajo cumplimiento de las medidas de acción afirmativa establecidos por ley, como en Bolivia¹²⁸, Ecuador¹²⁹ y República Dominicana¹³⁰. En el caso de Colombia, dichas medidas parecen esfuerzos escasos y de bajo impacto al Comité¹³¹.

De acuerdo con lo señalado, la mayoría de los países de Iberoamérica cumple formalmente la Convención, en lo relativo a la incorporación al empleo. Sin embargo, las legislaciones estudiadas evidencian debilidades significativas. Y lo mismo se puede sostener respecto de la efectiva incorporación al empleo de las personas con discapacidad.

3. CONDICIONES DE ACCESO Y DEL PUESTO DE TRABAJO

En cuanto a las condiciones de acceso y del puesto de trabajo, la Convención establece dos exigencias a la legislación aplicable al sector privado. Primero, que asegure el acceso de las personas con discapacidad a los lugares de trabajo. Esto incluye identificar y eliminar obstáculos y barreras de acceso. Segundo, que asegure la realización de ajustes razonables en las condiciones de empleo en el puesto de trabajo.

¹¹⁸ COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD (2016b) párrafo 63.

¹¹⁹ COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD (2014b) párrafo 51.

¹²⁰ Nicaragua y Venezuela, por su parte, carecen de informes que permitan evaluar el funcionamiento de las cuotas de contratación en sus territorios.

¹²¹ COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD (2019a) párrafo 50.

¹²² OBSERVACIONES FINALES SOBRE LOS INFORMES PERIÓDICOS SEGUNDO Y TERCERO COMBINADOS DE ESPAÑA (2019) párrafo 50.

¹²³ COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD (2017a) párrafo 57.

¹²⁴ COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD (2016e) párrafo 57.

¹²⁵ COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD (2015a) párrafo 48.

¹²⁶ COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD (2017b) párrafo 52.

¹²⁷ No ha sido posible considerar los informes finales de algunos Estados para evaluar las legislaciones que contemplan dos o más medidas. En el caso de Argentina, porque dicho informe es del año 2012. En el caso de Chile, Paraguay y Perú, porque sus informes son anteriores a la vigencia de sus legislaciones.

¹²⁸ COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD (2016d) párrafo 61.

¹²⁹ COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD (2019c) párrafo 47.

¹³⁰ COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD (2015b) párrafo 50.

¹³¹ COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD (2016a) párrafo 60.

Pues bien, la legislación de solo 11 Estados iberoamericanos (52,4%) aseguran tanto el acceso al lugar de trabajo, como los ajustes razonables en el puesto de trabajo. Se trata de Bolivia, Brasil, Ecuador, El Salvador, España, México, Nicaragua, Paraguay, Perú, República Dominicana y Uruguay. Los demás países carecen de legislación al respecto o regulan solo una de esas dos obligaciones convencionales.

En este punto se debe recordar que asegurar condiciones de acceso constituye un derecho que debe ser satisfecho al menos en niveles esenciales. Por su parte, la denegación de ajustes razonables constituye discriminación (artículo 2 de la Convención). Y, según también se indicó más arriba, evitar la discriminación es una obligación aplicable de modo inmediato.

El Comité ha manifestado su preocupación por el incumplimiento de estas obligaciones de la Convención en el ámbito del empleo. En algunos casos por falta de regulación, en otros por falta de información sobre su cumplimiento e incluso porque la legislación omite explicitar que la falta de ajustes razonables constituye discriminación por discapacidad. Así lo ha manifestado respecto de Colombia¹³², Costa Rica¹³³, Ecuador¹³⁴, El Salvador¹³⁵, España¹³⁶, Guatemala¹³⁷, Panamá¹³⁸ y Portugal¹³⁹.

De este modo, la gran mayoría de los países de Iberoamérica se encuentra en deuda en lo relativo a las condiciones de acceso al lugar de trabajo y los ajustes razonables en el puesto de trabajo.

4. NECESIDAD DE ASUMIR EL MODELO SOCIAL DE LA DISCAPACIDAD

Los países Iberoamericanos presentan serias deficiencias en el cumplimiento normativo de la Convención. La inclusión laboral de las personas con discapacidad es, del mismo modo, una tarea pendiente. Ciertamente la situación no experimentará cambios significativos mientras no se asuma en plenitud el modelo social de la discapacidad.

Esto significa, en primer lugar, derribar las barreras culturales que asimilan deficiencia y discapacidad. Bajo esta concepción, las personas con discapacidad constituyen una población “inepta para el trabajo”. Esas barreras “operan como la base de sustentación para la construcción y consolidación de otras barreras como las barreras urbanísticas, arquitectónicas, académico/pedagógicas, actitudinales, en el transporte, en la tecnología, en los entornos virtuales, en la información y en la comunicación”¹⁴⁰.

En segundo lugar, enfrentar la inclusión laboral de las personas con discapacidad desde un enfoque de derechos. En este sentido, acertadamente sostiene De Asís, el enfoque correcto para abordar la discapacidad desde un punto de vista normativo es el de los dere-

¹³² COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD (2016a) párrafo 60.

¹³³ COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD (2014a) párrafo 55.

¹³⁴ COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD (2019c) párrafo 47.

¹³⁵ COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD (2019a) párrafo 50.

¹³⁶ COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD (2019b) párrafo 50.

¹³⁷ COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD (2016b) párrafo 63.

¹³⁸ COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD (2017b) párrafo 52.

¹³⁹ COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD (2016c) párrafo 51.

¹⁴⁰ MAREÑO (2015) pp. 417 y 431.

chos humanos¹⁴¹. Por cierto, “la existencia de instrumentos legales no es requisito suficiente para modificar inmediatamente los esquemas de percepción y las prácticas sociales que convierten a la discapacidad en una desventaja”¹⁴². Pese a ello, los derechos y obligaciones generados por la Convención constituyen una condición de posibilidad para superar esos esquemas de percepción y las prácticas sociales. Y, en lo que aquí interesa, ofrecen un horizonte para evaluar y mejorar las legislaciones iberoamericanas y su efectivo cumplimiento.

Y, en tercer lugar, admitir que el Estado y la sociedad son corresponsables de la inclusión laboral de las personas con discapacidad. Esto implica transitar desde la concepción que únicamente considera las “cualidades para la empleabilidad” a otra que agrega las “condiciones para la empleabilidad”. Se trata de considerar no solo la dimensión individual, sino también la dimensión contextual. Esto permite admitir que la generación de oportunidades para ser empleado también es una responsabilidad del colectivo social. En ese contexto, la accesibilidad es un concepto esencial de la dimensión contextual de la empleabilidad¹⁴³.

Las evidencias entregadas tornan imprescindible investigar aspectos estrechamente vinculados con ellas. Algunas de ellas con el auxilio de otras Ciencias. Primero, el nivel de efectivo cumplimiento, en cada país Iberoamericano, de las analizadas exigencias de la Convención. Segundo, los factores que, en la práctica, han perjudicado dicho cumplimiento y, por tanto, la implementación del enfoque social de derechos humanos. Tercero, de qué manera afecta la participación en el mundo del trabajo la interseccionalidad entre discapacidad y género, edad, pobreza u otras variables. En fin, y sin ánimo de ser exhaustivos, las medidas que deben ser adoptadas para mejorar la inclusión laboral de las personas con discapacidad. El presente texto solo es un inicio.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

Base de Datos de los Órganos de Tratados de las Naciones Unidas. Disponible en: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/TreatyBodyExternal/TBSearch.aspx?Lang=sp. Fecha de consulta: 25 de febrero de 2021.

COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES (1990): “Observación General 3. La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)”. Quinto período de sesiones.

COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES (1994): “Observación General 5. Las personas con discapacidad”. Undécimo período de sesiones.

COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES (2009): “Observación General 20. La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales”. Cuadragésimo segundo período de sesiones.

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS (1989): “Observación general N° 18. No discriminación”. Trigésimo séptimo período de sesiones.

¹⁴¹ DE ASÍS (2013) p. 4.

¹⁴² FERRANTE (2015) p. 153.

¹⁴³ MAREÑO (2015) pp. 412 y 413.

- COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD (2014a): “Observaciones finales sobre el informe inicial de Costa Rica”.
- COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD (2014b): “Observaciones finales sobre el informe inicial de México”.
- COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD (2015a): “Observaciones finales sobre el informe inicial de Brasil”.
- COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD (2015b): “Observaciones finales sobre el informe inicial de la República Dominicana”.
- COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD (2016a): “Observaciones finales sobre el informe inicial de Colombia”.
- COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD (2016b): “Observaciones finales sobre el informe inicial de Guatemala”.
- COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD (2016c): “Observaciones finales sobre el informe inicial de Portugal”.
- COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD (2016d): “Observaciones finales sobre el informe inicial del Estado Plurinacional de Bolivia”.
- COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD (2016e): “Observaciones finales sobre el informe inicial del Uruguay”.
- COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD (2017a): “Observaciones finales sobre el informe inicial de Honduras”.
- COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD (2017b): “Observaciones finales sobre el informe inicial de Panamá”.
- COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD (2019a): “Observaciones finales sobre los informes periódicos segundo y tercero combinados de El Salvador”.
- COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD (2019b): “Observaciones finales sobre los informes periódicos segundo y tercero combinados de España”.
- COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD (2019c): “Observaciones finales sobre los informes periódicos segundo y tercero combinados del Ecuador”.
- CORTÉS-REYES, Edgar, RIVEROS, Leidy T. y PINEDA-ORTIZ, Gustavo A. (2013): “Clasificación internacional del funcionamiento, la discapacidad y la certificación de discapacidad en Colombia”, *Revista de Salud Pública*, vol. 15, N° 1: pp. 129-137.
- DE ASÍS, Rafael (2013): “Sobre el modelo social de la discapacidad: críticas y éxito”, *Papeles El Tiempo de los Derechos*, año 2013, N° 1: pp. 1- 12.
- DINZ, Debora, BARBOSA, Livia y RUFINO DOS SANTOS, Wederson (2009): “Discapacidad, derechos humanos y justicia”, *Revista Internacional de Derechos Humanos*, vol. 6, N° 11: pp. 65-77.
- GÓMEZ BERNAL, Vanessa (2014): “Análisis de la discapacidad desde una mirada crítica: Las aportaciones de las teorías feministas”, *Estudios Pedagógicos*, vol. XL, N° 2: pp. 391-407.
- GÓMEZ TAGLE LÓPEZ, Erick y CASTILLO FERNÁNDEZ, Dídimo (2016): “Sociología de la discapacidad”, *Nueva Época*, año 10, N° 40: pp. 176-194.
- FERRANTE, Carolina (2018): “Discapacidad, política y ¿cambio de paradigma? Reflexión a partir del caso de personas con deficiencias físicas que piden limosnas en el norte de Chile”. *Trabajo y Sociedad*, N° 30: pp. 411-433.

- FERRANTE, Carolina (2015): “Discapacidad y mendicidad en la era de la Convención: ¿postal del pasado?”, *Convergencia*, vol. 22, N° 68: pp. 151-176.
- FIGUEROA G., Rodolfo (2016): “Acción afirmativa en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 43, N° 2: pp. 401-433.
- FINSTERBUSCH ROMERO, Christian (2016): “La extensión de los ajustes razonables en el derecho de las personas en situación de discapacidad de acuerdo al enfoque social de derechos humanos”, *Ius et Praxis*, año 22, N° 2: pp. 227-252.
- GARCÍA, Vinicius Gaspar (2014): “Panorama da inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho no Brasil”, *Trabalho, Educação e Saúde*, vol. 12, N° 1: pp. 165-187.
- HAMES, Isabel Cristina y HENRÍQUEZ NUERNBERG, Adriano (2015): “A Inclusão de Pessoas com Deficiência no Contexto do Trabalho em Florianópolis: Relato de Experiência no Sistema Nacional de Emprego”, *Psicologia: Ciência e Profissão*, vol. 35, N° 3: pp. 768-780.
- LATHROP GÓMEZ, Fabiola (2019): “Discapacidad intelectual: análisis crítico de la interdicción por demencia en Chile”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. 32, N° 1: pp. 117-137.
- LÓPEZ PINO, Carmen Marina y SECO MARTÍN, Enrique (2005): “Discapacidad y empleo en España: su visibilidad”, *Innovar*, vol. 15, N° 26: pp. 59-72.
- LÓPEZ VELA, Valeria (2016): “Acción afirmativa y equidad: un análisis desde la propuesta de Thomas Naguel”, *Open Insight*, vol. VII, N° 12: pp. 49-75.
- MAREÑO SEMPETEGUI, Mauricio (2015): “Inclusión laboral de personas catalogadas como discapacitadas. Algunas reflexiones para un debate necesario”, *Trabajo y Sociedad*, N° 25: pp. 405-442.
- MARSHALL BARBERÁN, Pablo (2020): “El ejercicio de derechos fundamentales de las personas con discapacidad mental en Chile: Derecho internacional, enfoques teóricos y casos de estudio”, *Revista de Derecho (Concepción)*, vol. 88, N° 247: pp. 45-81.
- MARTÍNEZ FRÍAS, J. G., MAPÉN FRANCO, F. de J. y MARTÍNEZ PRATS, G. (2020): “Análisis de estímulos fiscales para empresas mexicanas que fomenten la inclusión laboral de personas discapacitadas”, *Revista Científica de la UCSA*, vol. 7, N° 2: pp. 26-40.
- MIGUEZ-PASSADA, María Noel, GÓMEZ-AÑÓN, Ana Paula y PINATO GALVARINI, Cristian (2015): “Discapacidad y trabajo. El otro entre discursos y hechos”, *Revista de la Facultad de Medicina*, vol. 63, Supl. 1: pp. 135-141.
- OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. SERVICIO DE GÉNERO, IGUALDAD Y DIVERSIDAD (2015): *Trabajo decente para personas con discapacidad: promoviendo derechos en la agenda global de desarrollo*. (Ginebra, segunda edición).
- OLARTE ENCABO, Sofía (2020): “Las mujeres en el sistema de relaciones laborales: sindicatos y asociaciones empresariales, en Ruiz Resa, Josefa-Dolores (coord. y edit.), *Las mujeres y las profesiones jurídicas* (Madrid, Dykinson) pp. 155-176.
- ORGANIZACIÓN IBEROAMERICANA DE SEGURIDAD SOCIAL (2014): *Medidas para la promoción del empleo de personas con discapacidad en Iberoamérica*. (Madrid, España).
- PALACIOS, Agustina (2008): *El modelo social de discapacidad: orígenes, características y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, (Madrid, Cerme y Ediciones Cinca).

- PARRA-DUSSAN, Carlos (2010): “Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad: antecedentes y sus nuevos enfoques”, *International Law (Colombia)*, N° 16: pp. 347-380.
- PARRA BAEZ, Angélica María, VARGAS ESPITIA, Liliana Andrea y WOOLKOTT OYAGUE, Olenka (2019): “La responsabilidad social del empleador (RSE) en Colombia frente a la discapacidad”, *Opinión Jurídica*, vol. 18, N° 37: pp. 135-155.
- SÁNCHEZ RUIZ, Jefferson, ROMÁN AGUIRRE, Rubén, TORRES SÁNCHEZ, Andrea y LOARTE TENE, Maruxi (2019): “Inserción laboral y desarrollo profesional de las personas con discapacidades en Empresas Turísticas de la ciudad de Loja”, *Universidad y Sociedad*, vol. 11, N° 5: pp. 201-205.
- SILVA-PEREIRA, Nara Liana, FURTADO, Adelaina Vianna y FERREIRA CONDÉ DE MELO ANDRADE, Jaqueline (2018): “A Inclusão no Trabalho sob a Perspectiva das Pessoas com Deficiência Intelectua”, *Trends in Psychology*, vol. 26, N° 2: pp. 1003-1016.
- STANG ALVA, María Fernanda (2011): *Las personas con discapacidad en América Latina: del reconocimiento jurídico a la desigualdad real* (Comisión Económica para América Latina y El Caribe, Santiago de Chile).
- TAMAYO, Mauro, BESOÁIN, Álvaro y REBOLLEDO, Jaime (2018): “Determinantes sociales de la salud y discapacidad: actualizando el modelo de determinación”, *Gaceta Sanitaria*, vol. 32, N° 1: pp. 96-100.
- VELARDE LIZAMA, Valentina (2012): “Los modelos de la discapacidad: un recorrido histórico”, *Empresa y Humanismo*, vol. XV, N° 1: pp. 115-136.
- VICTORIANO VILLOUTA, Eugenia (2017): “Facilitadores y barreras del proceso de inclusión en educación superior: la percepción de los tutores del programa Plane-UC”, *Estudios Pedagógicos*, vol. 43, N° 1: pp. 349-369.
- VICTORIA MALDONADO, Jorge A. (2013): “El modelo social de la discapacidad: una cuestión de derechos humanos”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. 46, N° 138: pp. 1093-1109.
- VIVAS TESÓN, Inmaculada (2020): “La reciente humanización del Derecho Civil español: necesidades y retos en materia de discapacidad”, *Derecho Global. Estudios sobre Derecho y Justicia*, vol. 5, N° 14: pp. 191-198.
- WORLD HEALTH ORGANIZATION and THE WORLD BANK (2011): *World Report on Disability*. Disponible en: <https://www.who.int/teams/noncommunicable-diseases/sensory-functions-disability-and-rehabilitation/world-report-on-disability>. Fecha de consulta: 25 de mayo de 2021.

NORMAS E INSTRUMENTOS CITADOS

- ARGENTINA. Decreto N° 312 (08/03/2010). Reglamentación de la Ley N° 22.431.
- ARGENTINA. Ley N° 22.431 (20/03/1981). Sistema de protección integral de discapacitados.
- ARGENTINA. Ley N° 23.021 (13/12/1983). Modifícase el artículo 23 de la Ley N° 22.431, referente al Sistema de Protección Integral de los Discapacitados, a fin de que los empleadores que concedan empleo a personas discapacitadas puedan optar por efectuar la deducción prevista, en el impuesto a las Ganancias o sobre los Capitales.

ARGENTINA. Ley N° 24.013 (17/12/1991). Ley de empleo.

Base de Datos de los Órganos de Tratados de las Naciones Unidas. Disponible en: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/TreatyBodyExternal/Treaty.aspx?Treaty=CRPD&Lang=es. Fecha de consulta: 25 de febrero de 2021.

BOLIVIA. Decreto Supremo N° 27.477 (6/5/2004). Reglamento de la ley 1678 de 1995.

BOLIVIA. Decreto Supremo N° 1893 (12/2/2014). Reglamento de la Ley N° 223 de 2012.

BOLIVIA. Decreto Supremo N° 3437 (20/12/2017). Reglamento de la Ley N° 977 de 2017.

BOLIVIA. Ley N° 1678 (20/12/1995). Ley de la persona con discapacidad.

BOLIVIA. Ley N° 223 (2/3/2012). Ley general para personas con discapacidad.

BOLIVIA. Ley N° 977 (27/9/2017). Ley de inserción laboral y de ayuda económica para personas con discapacidad.

BRASIL. Decreto N° 3298 (21/12/1999). Regula a Lei no 7.853, de 24 de outubro de 1989, dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, consolida as normas de proteção, e dá outras providências.

BRASIL. Decreto N° 9405 (12/6/2018). Dispõe sobre o tratamento diferenciado, simplificado e favorecido às microempresas e às empresas de pequeno porte, previsto no art. 122 da Lei N° 13.146, de 6 de julho de 2015 - Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência).

BRASIL. Decreto N° 9508 (25/9/2018). Reserva às pessoas com deficiência percentual de cargos e de empregos públicos ofertados em concursos públicos e em processos seletivos no âmbito da administração pública federal direta e indireta.

BRASIL. Lei N° 8213 (24/07/1991). Dispõe sobre os planos de benefícios da previdência social e dá outras providências.

BRASIL. Lei N° 13.146 (7/7/2015). Institui a lei brasileira de inclusão da pessoa com deficiência (estatuto da pessoa com deficiência).

CHILE. Código del Trabajo (16/1/2003).

CHILE. Decreto N° 2 (24/3/2010). Establece objetivos, líneas de acción y procedimientos del programa Bonificación a la contratación de mano de obra.

CHILE. Decreto N° 64 (1/2/2018). Aprueba reglamento del Capítulo II “De la inclusión laboral de personas con discapacidad”, del Título III del Libro I del Código del Trabajo, incorporado por la ley N° 21.015, que Incentiva la inclusión de personas con discapacidad al mundo laboral.

CHILE. Ley N° 20.422 (10/2/2010). Establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad.

CHILE. Ley N° 20.609 (24/7/2012). Establece medidas contra la discriminación.

COLOMBIA. Decreto N° 4910 (26/12/2011). Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 1429 de 2010 y el artículo 616-1 del Estatuto Tributario.

COLOMBIA. Decreto N° 392 (30/11/2018). Por el cual se reglamentan los numerales 1 y 8 del artículo 13 de la Ley 1618 de 2013, sobre incentivos en Procesos de Contratación en favor de personas con discapacidad.

COLOMBIA. Ley N° 361 (11/2/1997). Por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitación y se dictan otras disposiciones.

- COLOMBIA. Ley N° 1429 (29/12/2010). Por la cual se expide la Ley de Formalización y Generación de Empleo.
- COLOMBIA. Ley N° 1618 (17/2/2013). Por medio de la cual se establecen las disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad.
- CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD (13 de diciembre de 2006).
- COSTA RICA. Decreto Ejecutivo N° 26.831 (20/4/1998). Reglamento Ley de Igualdad de Oportunidades para Personas con Discapacidad.
- COSTA RICA. Decreto ejecutivo N° 36.462 (21/3/2011). Reglamento a la Ley de Inclusión y Protección Laboral de las Personas con Discapacidad en el Sector Público, Ley N° 8862.
- COSTA RICA. Ley N° 7600 (29/5/1996). Ley de Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad.
- COSTA RICA. Ley N° 8862 (11/11/2010). Inclusión y Protección Laboral de las personas con discapacidad en el Sector Público.
- CUBA. Decreto N° 326 (17/6/2014). Establece el Reglamento del Código de Trabajo.
- ECUADOR. Código del Trabajo (16/12/2005).
- ECUADOR. Ley orgánica de discapacidades (25/9/2012).
- EL SALVADOR. Ley Especial de Inclusión de personas con discapacidad (3/0/2020).
- ESPAÑA. Real Decreto N° 364 (20/4/2005). Por el que se regula el cumplimiento alternativo con carácter excepcional de la cuota de reserva en favor de los trabajadores con discapacidad.
- ESPAÑA. Real decreto legislativo N° 1 de 2013 (3/12/2013). Aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.
- GUATEMALA. Decreto N° 135 (9/1/1997). Ley de atención a las personas con discapacidad.
- HONDURAS. Decreto Legislativo N° 160 (25/10/2005). Ley de Equidad y Desarrollo Integral para Personas con Discapacidad.
- MÉXICO. Ley del Impuesto sobre la Renta (11/12/2013).
- MÉXICO. Ley Federal del Trabajo (1/4/1970).
- MÉXICO. Ley federal para prevenir y eliminar la discriminación (11/6/2003).
- NICARAGUA. Decreto N° 11-2014 (4/3/2014). Reglamento a la ley de los derechos de las personas con discapacidad.
- NICARAGUA. Ley N° 763 (1 y 2/8/2011). Ley de los derechos de las personas con discapacidad.
- PANAMÁ. Decreto Ejecutivo N° 88 (18/11/2002). Por medio del cual se reglamenta la ley N° 42 de 27 de agosto de 1999, por la cual se establece la equiparación de oportunidades para las personas con discapacidad.
- PANAMÁ. Ley N° 15 (6/6/2016). Que reforma la ley 42 de 1999, que establece la equiparación de oportunidades para las personas con discapacidad.
- PARAGUAY. Decreto N° 3379 (12/3/2020). Por la cual se reglamenta la ley N° 4962/2013 “Que establece beneficios para los empleadores, a los efectos de incentivar la incorporación de personas con discapacidad en el sector privado”.
- PARAGUAY. Ley N° 4934 (28/6/2013). De accesibilidad al medio físico para las personas con discapacidad.
- PARAGUAY. Ley N° 4962 (2/8/2013). Que establece beneficios para los empleadores, a los efectos de incentivar la incorporación de personas con discapacidad en el sector privado.

PERÚ. Decreto supremo N° 002-2014-MIMP (7/4/2014). Reglamento de la Ley N° 29973, Ley General de la Persona con Discapacidad.

PERÚ. Ley N° 29.973 (24/12/2012). Ley general de la persona con discapacidad.

PORTUGAL. Lei N° 38 (18/8/2004). Define as bases gerais do regime jurídico da prevenção, habilitação, reabilitação e participação da pessoa com deficiência.

PORTUGAL. Lei N° 4 (10/1/2019). Estabelece o sistema de quotas de emprego para pessoas com deficiência, com um grau de incapacidade igual ou superior a 60%.

REPÚBLICA DOMINICANA. Decreto N° 251 (7/9/2015). Que aprueba el Reglamento de Reclutamiento y Selección de Personal para ocupar cargos de carrera administrativa en la administración pública dominicana.

REPÚBLICA DOMINICANA. Decreto N° 363 (2/12/2016). Que establece el Reglamento de Aplicación de la Ley N° 5-13, sobre Discapacidad en la República Dominicana.

REPÚBLICA DOMINICANA. Ley N° 5 (16/1/2013). Sobre discapacidad en la República Dominicana.

URUGUAY. Decreto N° 73 (12/3/2019). Reglamentación de algunas de las disposiciones de la ley N° 19691, que establece normas de promoción del trabajo en la actividad privada para personas con discapacidad, a fin de facilitar su aplicación.

URUGUAY. Ley N° 19.691 (8/11/2018). Promoción del trabajo para personas con discapacidad.

VENEZUELA. Decreto con Fuerza de Ley N° 8.938 07/5/2012). Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras.

VENEZUELA. Ley para las personas con discapacidad (5/1/2007).

JURISPRUDENCIA CITADA

JÄRVINEN C. FINLANDIA (1990): Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, 25 de julio de 1990 (Comunicación N° 295/1988), Naciones Unidas, Selección de Decisiones del Comité de Derechos Humanos adoptadas con arreglo al Protocolo Facultativo, volumen 3, Nueva York y Ginebra, 2002.

ANEXO 1:

Académicos consultados en cada uno de los países incluidos en esta investigación.

País	Nombre (orden alfabético)	Afiliación Institucional
Argentina	Carolina Fathala	Universidad Nacional de Córdoba
	Carolina Saad	Universidad Nacional de Córdoba
	Carolina Santostefano	Universidad de Buenos Aires
Bolivia	Boris Wilson Arias López	Universidad Mayor de San Andrés
	Karina Ingrid Medinaceli Díaz	Universidad Mayor de San Andrés
Brasil	Sofía Vilela de Moraes e Silva	Escuela Superior del Ministerio Público del Estado de Sao Paulo
	Ana María Risolia Navarro	Universidad de Sao Paulo
Colombia	Juliana Patricia Morad Acero	Pontificia Universidad Javeriana
	Laura Saiz Guzmán	RECA.
Costa Rica	Jorge Olaso Álvarez	Universidad de Costa Rica
	Melissa Benavides Víquez	Universidad La Salle
Cuba	Lisbeth Infante Ruiz	Universidad de Holguín
	Yaumara Milagros Sánchez Feal	Universidad de Las Tunas
Ecuador	Jorge Jaramillo Villamagua	Universidad Nacional de Loja
	Patricio Peñafiel Rodríguez	Universidad Nacional del Chimborazo
	Segundo Walter Parra Molina	Universidad Nacional del Chimborazo
El Salvador	Nelson González	Universidad Doctor José Matías Delgado
	Emilia Gallegos	Universidad Doctor José Matías Delgado
	William Rafael Rebolledo Alvarado	Universidad Francisco Gavidia
España	Carlos De Fuentes García-Romero De Tejada	Universidad Complutense de Madrid
	Nuria De Nieves Nieto	Universidad Complutense de Madrid
	Patricia Nieto Rojas	Universidad Carlos III de Madrid
Guatemala	Daniel Domingo Cabrera	Instituto de Estudios de Trabajo de Guatemala
	Luis Ricardo González Rodríguez	Universidad Rafael Landívar
Honduras	Jorge Herrera Flores	Universidad Nacional Autónoma de Honduras
México	Arturo Azuara Flores	Universidad De Monterrey
	Guillermo Terán Esparza	Universidad De Monterrey
	Roberto Gerardo López Jiménez	Universidad Anáhuac
	Andrés Lobato Zepeda	Universidad Autónoma de Guadalajara
Nicaragua	Alberto Jerónimo Altamirano Escobar	Universidad Nacional Autónoma de Nicaragua
	Karla Guisselle Matus Roa	Universidad Nacional Autónoma de Nicaragua
	Denis Rojas Lanuza	Universidad Nacional Autónoma de Nicaragua

País	Nombre (orden alfabético)	Afiliación Institucional
Panamá	Anayansi Turner Yau	Universidad de Panamá
	Samuel Rivera Valencia	Universidad Católica Santa María La Antigua
Paraguay	Carlos Mancuello Egusquiza	Universidad Nacional del Este
	Jessica Dohmen	Universidad Autónoma de Encarnación
	Juan Prieto Franco	Universidad María Serrana
	Yonny Flick	Universidad Autónoma de Encarnación
Perú	Katty Caballero Segá	Universidad Nacional Mayor de San Marcos
	Renata Bregaglio Lazarte	Pontificia Universidad Católica del Perú
	Renato Constantino Gaycho	Pontificia Universidad Católica del Perú
Portugal	Ana Isabel Soares Pinto	Universidad de Lisboa
	João Carlos Loureiro	Universidad de Coimbra
República Dominicana	Pedro Gálvez Cuevas	Universidad Nacional Pedro Henríquez Ureña
Uruguay	Federico Rosenbaum Carli	Universidad Católica del Uruguay
	Eduardo Esteva Gallicchio	Universidad de Montevideo
	Magdalena Balestero Casanova	Universidad Católica del Uruguay
Venezuela	Andrés Carrasquero Stolk	Universidad Católica Andrés Bello
	Jennifer Quintero	Universidad Dr. Rafael Belloso Chacín
	María Annia González	Universidad Dr. Rafael Belloso Chacín

EL LUGAR DE LA BUENA FE EN LA INTEGRACIÓN DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL CHILENO

THE ROLE OF GOOD FAITH IN THE CONSTRUCTION OF IMPLIED TERMS IN THE CHILEAN CIVIL CODE

ADRIÁN SCHOPF OLEA*

RESUMEN: Este trabajo sostiene que en el Código Civil chileno la buena fe articula todo el proceso de integración contractual, el que presupone la existencia de un contrato válido que contiene vacíos u omisiones que configuran lagunas contractuales. Ello es así, sea que el contenido de los términos que se incorporan implícitamente a la convención para suplir sus lagunas sean definidos por la ley, la costumbre o los jueces. De esta manera se logra un tratamiento unitario y coherente de todo el proceso de integración contractual, configurándose un antecedente objetivo y con valor institucional que permite guiar y controlar la integración de los contratos por jueces con fundamento en la buena fe, reduciéndose el riesgo de arbitrariedad judicial.

Palabras clave: Buena fe contractual, integración contractual, lagunas contractuales, términos implícitos.

ABSTRACT: This paper claims that, under the Chilean Civil Code, good faith underpins the whole process of implication of contractual terms when a valid contract contains omissions that engender contractual gaps. This is the case regardless of whether the substance of the implied term is defined by the legislator, custom or by judges. Such an approach offers a unitary and coherent treatment for the entire process of construction of implied terms, which provides judges with institutional guidance to exercising their power to fill contractual gaps grounded in good faith, thus reducing the risk of judicial arbitrariness.

Keywords: Good faith, contractual implication, contractual gaps, implied terms.

I. INTRODUCCIÓN

El contrato válidamente suscrito da lugar a una reglamentación y un conjunto de efectos jurídicos que rigen la relación entre los contratantes, la que se configura como un medio o instrumento para alcanzar determinados fines e intereses económicos. Los elementos esenciales y aspectos principales de esa relación se fundan siempre en la voluntad común de los contratantes, por muy elemental que esta sea, pudiendo tenerse por una expresión de su autodeterminación individual. En el derecho de contratos chileno ello se expresa en la vigencia del principio de la autonomía privada, tradicionalmente reconocido en el artículo 1545 del Código Civil. Sin embargo, por definición, los acuerdos de los contra-

* Doctor en Derecho, Universidad de München. Profesor de Derecho civil, Universidad Adolfo Ibáñez y Universidad de Chile. Código Orcid 0000-0002-6116-4450. Dirección postal: Diagonal Las Torres 2640, Peñalolén, Santiago. Correo electrónico: adrian.schopf@uai.cl. Este trabajo es parte del proyecto Fondecyt de iniciación N° 11160785, titulado “La buena fe contractual como potestad delegada dirigida”.

tantes fundados en el señalado principio no pueden referirse a todos los aspectos laterales, incidentes o riesgos que pueden impactar el contrato, dando lugar a la existencia de lagunas en la regulación convencional. Cuando esos aspectos laterales, incidentes o riesgos generan un conflicto entre las partes, surge el problema y la necesidad de la integración contractual, la que precisamente apunta a imputar un término implícito al contrato, el que permita suplir sus lagunas y resolver el conflicto.

En conjunto con la interpretación de las declaraciones de los contratantes, la integración contractual constituye la operación metodológica más relevante para determinar la reglamentación y los efectos jurídicos que rigen a las partes de un contrato válidamente celebrado. A pesar de su relevancia, la integración contractual ha sido relativamente desatendida por la doctrina nacional, existiendo un sinnúmero de indeterminaciones respecto de sus presupuestos, fundamentos y operatividad en el derecho chileno. Este texto pretende contribuir a suplir a lo menos en parte esa deficiencia, delineando los contornos de la integración de los contratos, así como el lugar que en la misma ocupa la buena fe contractual.

El argumento central es que en el Código Civil chileno la buena fe articula todo el proceso de integración de los contratos, sea que el contenido de los términos que se incorporan implícitamente a la convención para suplir sus lagunas sean definidos por el legislador, por la costumbre o por los jueces en el proceso de aplicación del derecho, todos los cuales desempeñan una tarea funcionalmente equivalente, consistente en desarrollar y concretizar el mismo principio regulador de alcance más general. Ello permite correlacionar consistentemente a la luz de un mismo principio regulador todos los términos o elementos que se incorporan implícitamente a la convención, cualquiera que sea su fuente específica. La ventaja práctica de este planteamiento es que permite configurar una casuística legal extraordinariamente densa y con valor institucional, que permite guiar, orientar y controlar la configuración de los términos implícitos por jueces con fundamento en la buena fe, reduciendo el riesgo de arbitrariedad judicial.

Para el desarrollo del argumento se revisan los presupuestos de la integración contractual, se analiza en qué consiste propiamente la integración de los contratos y el lugar que en la misma desempeña la buena fe contractual. Finalmente, se exponen las conclusiones del trabajo.

II. EL PRESUPUESTO DE LA INTEGRACIÓN DEL CONTRATO: LA EXISTENCIA DE UN CONTRATO VÁLIDO CON LAGUNAS CONTRACTUALES

1. EL ACUERDO COMO BASE DE LA REGLAMENTACIÓN CONTRACTUAL

El derecho de contratos reconoce a las personas particulares la potestad de organizar sus propios intereses y de dar forma jurídica a sus relaciones de intercambio y cooperación mediante la celebración de contratos válidos¹. En atención a que el derecho se limita a definir el ámbito y las condiciones de ejercicio de esa potestad, pero sin prescribir como la misma debe ser ejercida, lo que queda entregado al libre discernimiento y a la voluntad in-

¹ BARROS (2018) p. 109.

dividual de cada cual, el principio que rige el derecho de contratos es la autonomía privada, tradicionalmente reconocida en el artículo 1545 del Código Civil². En virtud de ese principio regulador, la decisión y los términos de la contratación tienen siempre por antecedente la voluntad común de los contratantes, a lo menos en lo que respecta a los elementos esenciales del contrato, que son aquellos que definen su naturaleza jurídica, así como los fines e intereses económicos perseguidos por las partes mediante su celebración.

La existencia de esa voluntad común respecto de los elementos esenciales del negocio no puede ser en principio nunca sustituida por el derecho, de manera que su ausencia plantea necesariamente un problema de existencia o validez del contrato, dando cuenta de que la voluntad continúa siendo el eje y sustrato más básico y elemental de la institución contractual³. Ello implica reconocer que el significado social y jurídico del contrato es el de un acto de voluntad común de los contratantes, de manera que cuando dicho significado no existe, no resulta posible dar por existente tampoco un contrato⁴.

En atención a ese lugar central que la voluntad común de las partes tiene en la articulación del contrato, la misma tiene una posición preponderante en lo que se ha denominado la construcción de la regla contractual, la configuración de la reglamentación contractual o simplemente la construcción del contrato, la que puede identificarse con el conjunto de operaciones jurídicas orientadas a la definición de la concreta y específica regulación y efectos jurídicos que rigen a las partes de un contrato válidamente suscrito⁵. Ello presupone entender que el acuerdo que subyace al contrato tiene una naturaleza preceptiva, el que es fuente de una reglamentación y un conjunto de efectos jurídicos específicos, los que ordenan la relación recíproca entre los contratantes, la que se configura como un medio o instrumento para satisfacer sus fines e intereses económicos⁶.

En razón de la relevancia que la voluntad común de las partes tiene en la configuración de la reglamentación y los efectos jurídicos del contrato eficaz, en el evento de existir una duda o un conflicto referido a algún aspecto de la relación, la primera fuente de solución de esa duda o conflicto es siempre el propio acuerdo contractual válidamente adoptado. Lo primero que hacen en la práctica las partes, sus abogados, los árbitros y los jueces en presencia de una duda o controversia contractual, es prestar atención al acuerdo válidamen-

² LÓPEZ y ELORRIAGA (2017) pp. 275 ss.; ALESSANDRI (2009) pp. 10 ss. Crítico respecto de la concepción tradicional y la recepción de la autonomía privada en el artículo 1545 del Código Civil, con un cuidadoso estudio histórico y comparado, PIZARRO (2004) pp. 225 ss.

³ BARROS (2020) p. 41. En una perspectiva histórica y comparada, ZIMMERMANN (1996) p. 234, quien destaca que en nuestra tradición jurídica los elementos esenciales del contrato tienen que ser siempre consentidos por ambos contratantes, siendo concebidos como un producto de su autodeterminación individual.

⁴ BIANCA (2007) p. 27.

⁵ VIDAL (2000) pp. 209 ss. En el derecho español, sobre esta idea, DÍEZ-PICAZO (2007) pp. 428 ss.; CLAVERÍA (2003) p. 1647. En el derecho anglosajón la construcción del contrato (*construction of contract*) es concebida usualmente como sinónimo de interpretación contractual, aunque se ha promovido un uso más amplio del término, como expresivo de un proceso que comprende tanto la interpretación como la integración del contrato, con el propósito de definir el conjunto de la regulación y efectos jurídicos que rige a las partes de un contrato válidamente suscrito. Al respecto, incluidas consideraciones críticas, MITCHELL (2019) pp. 107-108; McMEEL (2017) N°s 1.20-121, 9.03-9.04, 10.05-10.09, pp. 13-15, 328-329, 360-362; LÜDERITZ (1966) pp. 389-390; PATTERSON (1964) p. 835.

⁶ ALCALDE (2008) pp. 342 ss.; VIDAL (2000) pp. 209-210.

te adoptado, para así determinar cuál es la reglamentación y los efectos jurídicos que rigen a las partes y que permiten resolver las diferencias surgidas entre las mismas.

En atención a que muchas veces el contenido del acuerdo consta en un texto o documento escrito, lo que es especialmente así en el caso en negocios importantes, en principio puede asumirse que, a falta de dolo o fraude, error o cualquier otro vicio o defecto del contrato, las partes se encuentran ante todo vinculadas por el texto escrito que han firmado, el que es el más fiel reflejo del acuerdo por ellas alcanzado⁷. Ello se debe a que el lenguaje escrito es la forma más perfecta, precisa y segura de comunicarnos, así como de dejar constancia cierta de nuestros acuerdos. La determinación de cuál es el exacto sentido y alcance de ese texto escrito implica siempre una operación de interpretación contractual, precisamente orientada a atribuir un significado a los términos de lo convenido, para así definir la reglamentación y los efectos jurídicos que deben ser aplicados al conflicto entre las partes. En principio, lo mismo vale para aquellos casos en que la declaración común no ha sido documentada o en que consta solamente en actos concluyentes, cuyo significado y efectos jurídicos tienen que ser también determinados mediante una operación de interpretación contractual, lo que exige siempre atender tanto al contenido de la declaración común, como al contexto económico en que la misma es efectuada⁸.

La reglamentación y los efectos jurídicos atribuidos al contrato mediante la interpretación contractual se fundamentan siempre en una reconstrucción de la voluntad común de los contratantes, siendo esa voluntad común la fuente y fundamento de validez de la reglamentación contractual así obtenida, lo que constituye la más pura realización de la autodeterminación individual mediante el contrato. Los contratantes en ejercicio de su autonomía privada se dan propiamente la regla que rige y organiza su relación recíproca, la que funda tanto su existencia como validez precisamente en su consentimiento o voluntad común, siendo las propias partes las que definen los fines e intereses que pretenden satisfacer mediante el contrato, así como un específico programa o plan contractual como un medio para alcanzarlos⁹.

2. LA FALTA DE COMPLETITUD E INSUFICIENCIA CONSTITUTIVA DEL ACUERDO CONTRACTUAL

El acuerdo contractual válidamente adoptado, así como la determinación de su exacto significado a través de la interpretación contractual pueden resultar muchas veces insuficientes para definir toda la reglamentación y los efectos jurídicos necesarios para resolver toda clase de duda o conflicto que puede surgir entre los contratantes. De conformidad con una experiencia generalizada en la contratación, en la práctica las partes suelen limitarse a consentir en los elementos esenciales del negocio, que son los que resultan necesarios para

⁷ BANFI (2020) pp. 207 ss.; BARAONA (2016) pp. 441, 443; CLARO (1979) t. XII pp. 16-17; BARROS (1932), p. 74. En el derecho anglosajón, sobre el valor del texto contractual, entre otros, LEWISON (2020) N°s 3.01-3.02 pp. 95-96; McMEEL (2017) N° 1.82 pp. 48-49.

⁸ Sobre la finalidad de la interpretación contractual, especialmente, LÓPEZ y ELORRIAGA (2017) pp. 467-468. En el derecho comparado, en un sentido análogo, entre otros, LEWISON (2020) N° 2.01 pp. 25-26; McMEEL (2017) N° 1.07 pp. 7-8; LÓPEZ (2017) p. 11; FLUME (1979) pp. 292-293; LÜDERITZ (1966) p. 1.

⁹ SCHAPP (1986) pp. 50-51; FLUME (1979) pp. 7-8.

dar vida al contrato y para configurar las obligaciones principales que dan forma y definen la naturaleza del intercambio contractual, omitiendo adoptar estipulaciones respecto de la gran mayoría de los aspectos laterales, incidentes y riesgos que pueden incidir relevantemente en el desarrollo y ejecución del negocio. Ello significa que en la práctica las partes no agotan todo el potencial de la autonomía privada¹⁰.

La falta de un mayor aprovechamiento de la autonomía privada no tiene su origen en la falta de prolijidad, torpeza o descuido de los contratantes, sino que puede fundarse en un conjunto de razones que explican la racionalidad que subyace a ese comportamiento¹¹. Entre otras razones, suele mencionarse por la doctrina jurídica que al celebrar el contrato las partes usualmente piensan solo en las obligaciones principales del negocio, que son las que satisfacen directamente su interés en el intercambio contractual, omitiendo prestar mayor atención a otros aspectos laterales que pueden perturbar el normal desarrollo de lo convenido; que los contratantes omiten muchas veces plantear los aspectos incidentales conflictivos que pueden impactar negativamente el contrato para evitar el fracaso de la negociación y lograr la efectiva suscripción de la convención; que la insuficiencia de información, falta de experiencia o condición de inexpertos de las partes muchas veces no les permite evaluar adecuadamente todos los riesgos y demás incidentes que pueden afectar la normal ejecución de lo acordado, no adoptando por lo mismo un acuerdo explícito a su respecto; y que, en muchas ocasiones, las partes no disponen del tiempo suficiente o de una genuina oportunidad para ocuparse detalladamente de todos los aspectos relevantes del negocio, principalmente en razón de la celeridad del tráfico jurídico¹².

La principal razón que explica la insuficiencia de los contratos puede tenerse sin embargo por puramente económica, encontrándose en la existencia de los costos de transacción involucrados en el ejercicio de la autonomía privada y la formulación de acuerdos contractuales¹³. Los costos de transacción comprenden tanto los diferentes esfuerzos para prever todos los hechos que pueden incidir en el normal desarrollo del contrato, así como todos los recursos que presupone adoptar un acuerdo específico a su respecto. En general, en atención a la baja cuantía de los beneficios involucrados en la generalidad de los contratos, en la mayoría de los casos no se encuentra económicamente justificado incurrir en los costos de transacción que presupone la adopción de acuerdos contractuales detallados respecto de todos los riesgos, incidentes y demás aspectos laterales que pueden perturbar el normal desarrollo de lo convenido, ya que esos costos son en general mucho mayores a los beneficios que los contratantes esperan obtener del negocio, careciendo por lo mismo de racionalidad económica incurrir en los mismo. En estricto rigor, los contratantes tendrían que invertir recursos infinitos para saturar de regulación el acuerdo, lo que necesariamente tendría un costo mayor a la ganancia producida por el mismo¹⁴. Por eso, precisamente, el

¹⁰ Sobre la incompletitud de los acuerdos contractuales, DE LA MAZA y VIDAL (2018) pp. 182 ss. En el derecho comparado, entre otros, CARRASCO (2021) N° 11/3 y 11/18 pp. 535 y 546-547; MEDICUS y PETERSEN (2016) N° 340 pp. 148-149; KÖTZ (2015) pp. 146 ss.; LARENZ y WOLF (1997) § 28 N° 114 p. 565.

¹¹ KÖTZ (2015) p. 146

¹² TAPIA (2015) pp. 541-542; VIDAL (2000) pp. 217 y 222.

¹³ KÖTZ (2015) pp. 146 y 147.

¹⁴ CARRASCO (2021) N° 11/18 p. 547.

consentimiento se limita en general solo a la definición de las obligaciones principales del negocio, omitiéndose por las partes regular con más detalle esos otros aspectos laterales, incidentes o riesgos, los que, en todo caso, pueden llegar a tener un significativo impacto en la economía del contrato¹⁵.

Por eso, en la medida que el valor comercial del negocio y las expectativas de ganancias económicas asociadas al mismo aumentan, la inversión en costos de transacción comienza a justificarse progresivamente, cuestión que tiene por efecto que en un punto se traspase el umbral en que efectivamente resulta económicamente más conveniente regular con mayor detalle los riesgos e incidentes que pueden afectar el normal desarrollo de lo convenido, afectando las expectativas de ganancias y pérdidas de las partes. Ello explica que en la práctica contractual los negocios en que las partes efectivamente invierten una gran cantidad de recursos, asesoría profesional y tiempo en definir detalladamente los términos del acuerdo sean contratos económicamente relevantes, celebrados entre partes sofisticadas, que involucran significativas cuantías de dinero y se refieren a asuntos complejos (contratos de construcción e ingeniería, compraventa de empresas, pactos de accionistas, entre otros)¹⁶. Por eso, precisamente, en esa clase de contratos la extensión y el valor del texto contractual suelen ser significativamente mayores en la práctica de la contratación, al haber los contratantes regulado con mucho mayor detalles los diferentes términos de su relación, siendo razonable presuponer que el tenor literal del texto escrito representa de manera mucho más precisa y fidedigna el acuerdo contractual efectivamente alcanzado y lo que una parte puede razonablemente esperar de la otra en virtud del contrato¹⁷.

Pero aún en esa clase de negocios la cantidad de sucesos que pueden incidir relevantemente en el desarrollo del contrato, impactando negativamente las expectativas de ganancias y pérdidas de los contratantes, son de tal manera variados e inconmensurables, que por definición resulta imposible para las partes y sus asesores profesionales prever todos los riesgos o contingencias posibles del negocio, adoptando una estipulación explícita a su respecto¹⁸. La realidad en la práctica de la contratación es que sin importar la cantidad de recursos, tiempo y esfuerzos efectuados por las partes, sus abogados y demás asesores profesionales que intervienen en la definición del contenido del contrato, sus posibilidades de previsión y anticipación van a ser siempre limitados, siendo siempre superados por la riqueza de los hechos que pueden incidir en la ejecución de lo acordado, dando lugar a la existencia de vacíos u omisiones en la regulación convencional. En consecuencia, el contrato realmente completo puede tenerse por inexistente en la práctica contractual, resultando la

¹⁵ El desarrollo de la idea de que la adopción de acuerdos contractuales implica incurrir en costos que presuponen una inversión de recursos, esfuerzos y tiempo tiene su origen en la doctrina económica sobre los costos negociación de los intercambios, la que, probablemente, contiene uno de los aportes más valiosos para explicar tanto la existencia como racionalidad que subyace a la falta de completitud de los contratos. Así, UNBERATH (2007) p. 156, con referencia a SHAVELL (2004) pp. 299 ss.

¹⁶ KÖTZ (2015) p. 147.

¹⁷ BARROS (2020) p. 42; BANFI (2020) pp. 215 ss.

¹⁸ EISENBERG (2018) pp. 497 y 500.

falta de completitud e insuficiencia de lo acordado inherente a toda relación obligatoria de origen convencional. El contrato, en ese sentido, es por definición incompleto¹⁹.

3. LA EXISTENCIA DE LAGUNAS CONTRACTUALES

La falta de completitud e insuficiencia del acuerdo contractual tienen por consecuencia que cuando algún riesgo o aspecto lateral no anticipado convencionalmente incide en el negocio, generando un conflicto entre los contratantes, se plantea la duda de cómo resolverlo. En principio, a falta de un acuerdo específico o una norma imperativa que reglamente el asunto controvertido, puede asumirse como premisa fundamental que las consecuencias adversas que se siguen de la realización de algún riesgo o acontecimiento no regulado convencionalmente en el contrato deben ser soportadas por aquella parte a la que afectan. La inferencia más inmediata que se sigue de la omisión de los contratantes es que la pérdida económica ocasionada por algún evento no asignado convencionalmente debe ser absorbida por la parte del contrato que la experimenta, de conformidad al principio general del derecho de contratos de que los riesgos que se siguen del desarrollo y ejecución de todo negocio deben ser soportados por la parte que los padece. Frente a la pregunta de qué es lo que debe pasar por la ocurrencia de un suceso no anticipado convencionalmente, la respuesta más inmediata es que en principio no debe pasar nada: la pérdida económica se radica allí donde cayó²⁰.

Pero en una enorme cantidad de supuestos el principio en cuya virtud el riesgo debe ser soportado por la parte del contrato a la que afecta no resulta aplicable y pertinente para resolver la controversia entre los contratantes, en atención a la naturaleza y las particulares circunstancias de la relación, las que tienen por consecuencia que ese efecto no pueda ser tenido por jurídicamente satisfactorio, adecuado y justo. Ello se debe a que el aspecto no regulado convencionalmente no es propiamente constitutivo de un riesgo contractual o a que la aplicación de la premisa señalada resulta contraria al sentido económico y propósito práctico de lo convenido, defraudando las legítimas expectativas de conducta de los contratantes acerca de la economía de lo pactado. En esa hipótesis, de la naturaleza, sentido práctico y finalidad económica del contrato se desprende la necesidad de una reglamentación o efecto jurídico diferente que supla la omisión, permitiendo de ese modo resolver de manera satisfactoria, adecuada y justa la controversia. La existencia de esa necesidad de suplementar el contrato significa que el mismo contiene propiamente una **laguna contractual**.

La doctrina comparada más reflexiva tiende a entender que una laguna contractual puede tenerse por existente cuando el contrato contiene un vacío contrario a la planificación contractual convenida, el que por lo mismo resulta necesario rellenar de contenido para lograr el efectivo desarrollo y realización de esa misma planificación, de conformidad

¹⁹ DE LA MAZA y VIDAL (2018) pp. 182-183. En el derecho comparado, CARRASCO (2021) N° 11/18 pp. 546-547; EISENBERG (2018) p. 497; KÖTZ (2015) p. 147.

²⁰ Para expresar esta idea, CARRASCO (2021) N° 11/3 p. 535 señala que en el derecho de contratos existiría una presunción en cuya virtud “el riesgo no negociado es un riesgo no reasignado, no un riesgo olvidado”. La idea se encuentra ampliamente extendida en el derecho inglés, según puede verse, entre otros, en TREITEL y PEEL (2020) N° 6-052 p. 255; LEWISON (2020) N°s 6.45-6.53 pp. 348-351; McMEEL (2017) N°s 10.44-10.45 pp. 374-375.

a su sentido práctico y finalidad económica²¹. De conformidad a esta definición, el elemento característico de la laguna contractual no es solo la existencia de un vacío u omisión en el acuerdo válidamente adoptado, sino la circunstancia que ese vacío u omisión resulta contrario al programa contractual convenido, de manera que resulta **necesario** definir una regulación o efecto jurídico específico que lo supla y se incorpore al contrato. La razón del vacío u omisión resulta en principio irrelevante, siendo indiferente si los contratantes no anticiparon el aspecto controvertido o lo hicieron, pero, por la razón que sea, no adoptaron un acuerdo específico a su respecto²². Lo realmente determinante es la existencia de un vacío en el acuerdo contrario a la planificación convenida, lo que tiene por consecuencia la necesidad de proveer jurídicamente un término que lo supla, para que el contrato pueda cumplir razonablemente con su sentido práctico y finalidad económica, de conformidad a consideraciones de justicia y eficiencia contractual.

En principio, no existen razones para adoptar una noción jurídica diferente de laguna contractual en el derecho chileno. Por eso, puede asumirse que en nuestro derecho de contratos una laguna contractual puede tenerse por configurada cuando el contrato válidamente adoptado contiene un vacío u omisión acerca de un punto controvertido, el que resulta contrario a la planificación contractual convenida, de manera que del sentido económico y comercial del contrato se deriva la necesidad de una regulación que lo supla, para que el mismo pueda cumplir razonablemente con su propósito práctico y finalidad económica. La existencia de un contrato válido, con una laguna contractual así configurada, constituye el presupuesto más básico y elemental de la integración contractual²³.

4. LA INTEGRACIÓN CONTRACTUAL Y LA CONFIGURACIÓN DE LOS TÉRMINOS IMPLÍCITOS DEL CONTRATO

1. LA INTEGRACIÓN CONTRACTUAL EN LA CONFIGURACIÓN DE LA REGLAMENTACIÓN Y LOS EFECTOS JURÍDICOS DEL CONTRATO

La existencia de una genuina laguna en el contrato, referida a un riesgo o aspecto lateral necesitado de suplementación, tiene por consecuencia que cuando ese riesgo o aspecto lateral se torna problemático y da lugar a una duda o conflicto entre las partes, el mismo no pueda ser resuelto mediante la simple interpretación de las declaraciones constitutivas del acuerdo contractual. Ello porque no existen declaraciones específicamente referidas al aspecto controvertido, no resultando tampoco pertinente aplicar la premisa en cuya virtud el riesgo debe ser soportado por la parte que lo padece. Por lo mismo, en ese evento, para los efectos de definir la reglamentación y los efectos jurídicos que rigen a las partes resulta necesario recurrir a una operación jurídica metodológicamente diferente a la interpretación contractual. La interpretación permite solamente constatar la efectiva existencia de una

²¹ NEUNER (2020) § 35 N°s 58-60 pp. 420-421; BUSCHE (2018) N°s 38-40; KÖHLER (2017) § 19 N° 19a p. 135, para la noción generalizada de laguna contractual en el derecho alemán. Para una noción análoga en el derecho español, CARRASCO (2021) N° 11/3 p. 535.

²² NEUNER (2020) § 35 N° 60 pp. 420-421; BUSCHE (2018) N° 42; KÖHLER (2017) § 19 N° 19a p. 135.

²³ TAPIA (2015) pp. 541-543; DOMÍNGUEZ (2010) p. 256.

laguna en el contrato, pero no solucionarla. Para la solución del problema que plantea la laguna el contrato tiene que ser integrado²⁴.

La integración contractual puede ser conceptualizada como una operación jurídica que tiene por propósito imputar o atribuir un término al contrato para suplir sus lagunas, definiendo de esa manera una reglamentación y efecto jurídico específico que complementa lo convenido y que permita resolver adecuadamente un conflicto surgido entre los contratantes. El resultado de la integración contractual consiste siempre en la definición de un término o elemento **implícito**, el que se incorpora complementariamente a los términos del contrato consentidos por los contratantes, resolviendo satisfactoriamente una duda o controversia entre las mismas²⁵.

De modo análogo a la interpretación de las declaraciones comunes de los contratantes, la integración de un término implícito también apunta a la definición de la reglamentación y los efectos jurídicos de un contrato válido, para resolver una duda o conflicto surgido con motivo de su ejecución. La diferencia entre ambas operaciones radica en que la interpretación contractual presupone necesariamente la existencia de una declaración común específicamente referida al asunto controvertido que es objeto de la interpretación, infiriéndose de esa declaración común la regulación y los efectos jurídicos que resuelven la duda o conflicto. Por el contrario, la integración contractual carece de ese objeto, siendo su propósito precisamente configurar un término con una determinada regulación y efecto jurídico específico, ahí donde no es posible darlo por existente sobre la base de una particular declaración común de los contratantes referida al asunto conflictivo²⁶.

De esta manera, existe una diferencia en la clase de duda o conflicto surgido con motivo del cumplimiento y ejecución del contrato, en cuya virtud resulta necesario definir una regulación y determinados efectos jurídicos mediante la interpretación o integración de la convención: mientras la ambigüedad, vaguedad o falta de claridad de las estipulaciones contractuales es la fuente que origina la controversia que se resuelve definiendo una reglamentación y efecto jurídico específico mediante la interpretación contractual, la existencia de un vacío u omisión en las estipulaciones, que configura una laguna contractual, constituye la duda o conflicto que se resuelve imputando un término implícito al contrato mediante la integración contractual. En ese sentido, es la naturaleza de la duda o conflicto surgido entre las partes lo que condiciona la necesidad de definir una reglamentación y efecto jurídico específico mediante la interpretación o integración del contrato²⁷.

²⁴ Así, en el ámbito comparado, FARNSWORTH (2004) pp. 480 y 483; HENCKEL (1960) p. 121.

²⁵ Sobre la idea de integración contractual véase, en el derecho chileno, ELORRIAGA (2018) p. 72; LÓPEZ y ELORRIAGA (2017) pp. 468-469; LYON (2017) pp. 41-42; TAPIA (2015) p. 539; DOMÍNGUEZ (2010) pp. 251 ss.; y, en el ámbito comparado, entre otros, DÍEZ y GUTIÉRREZ (2020) N°s 12-13 pp. 997-998; LÓPEZ (2017) p. 16; BIANCA (2007) pp. 434 y 521-522.

²⁶ LYON (2017) pp. 45 y 405; DOMÍNGUEZ (2010) p. 255. En el ámbito comparado, DÍEZ y GUTIÉRREZ (2020) N°s 158 y 181 pp. 1142 y 1158; MITCHELL (2019) pp. 98-99; FLUME (1979) p. 323.

²⁷ Véase McMEEL (2017) N° 1.03 p. 6; ZWEIGERT y KÖTZ (1996) p. 396; FLUME (1979) p. 611, con referencia a la ambigüedad y falta de completitud del acuerdo como las típicas fuentes de conflictos contractuales, en cuya virtud resulta necesario definir la reglamentación y los efectos jurídicos que rigen a las partes de un contrato válidamente celebrado, ya sea mediante la interpretación o integración contractual.

En atención a la diferencia indicada, y a que la reglamentación y los efectos jurídicos definidos en virtud de la interpretación contractual tienen siempre un soporte directo e inmediato en los términos expresamente consentido por las partes, la fuente y fundamento de validez de esa reglamentación pueden encontrarse siempre en la voluntad común de los contratantes, teniéndose por una expresión de su autodeterminación individual. En principio, ello no resulta posible en la integración contractual, en donde a falta de un soporte equivalente la fuente y fundamento de validez de la reglamentación y efectos jurídicos atribuidos al contrato solamente pueden encontrarse en una imposición heterónoma del derecho²⁸.

La voluntad común de los contratantes y el derecho son de esta manera las dos fuentes fundamentales de la reglamentación y los efectos jurídicos que rigen a las partes de todo contrato eficaz, los que se definen primordialmente mediante el juego conjunto de la interpretación e integración contractual²⁹. Por eso, la interpretación de los términos explícitos del acuerdo y, en su caso, la integración de términos implícitos al mismo, pueden tenerse por las dos operaciones metodológicas fundamentales mediante las cuales se construye y define la regulación y los efectos jurídicos que rigen a las partes de toda relación contractual válidamente constituida.

2. VOLUNTAD Y CONFIANZA EN LA INTEGRACIÓN CONTRACTUAL

En atención al lugar central que se reconoce a la voluntad común de los contratantes en la definición del contenido del contrato, la reglamentación y los efectos jurídicos que se incorporan al acuerdo en virtud de la integración contractual han sido tradicionalmente identificados por la doctrina jurídica con la voluntad hipotética o intención presunta de los contratantes. Ello tanto cuando el contenido de los términos o elementos implícitos que se incorporan al contrato en virtud de la integración contractual son definidos abstractamente por la legislación dispositiva y la costumbre, como cuando ese contenido es definido concretamente por el juez o árbitro en el proceso de aplicación del derecho de contratos³⁰.

La idea de voluntad hipotética o intención presunta de los contratantes puede ser reconducida a la doctrina clásica del contrato, articulada en torno al dogma del voluntarismo jurídico. Su objeto puede ser visto en configurar un puente que permite reconducir la reglamentación contractual supletoria fundada en el derecho a la intención común de las partes, permitiendo de esa manera justificar la vigencia y validez de toda la reglamentación y efectos jurídicos del contrato en esa voluntad común, sea que la misma haya sido determinada mediante la interpretación de los términos explícitos del acuerdo o mediante la

²⁸ Así, NEUNER (2020) § 35 N°s 61 y 69 pp. 421 y 423; LÓPEZ (2017) pp. 16 ss.

²⁹ SCHOPF (2018) p. 117, sobre los términos explícitamente consentidos y los términos implícitos incorporados al acuerdo como el conjunto del contenido y efectos del contrato. En el ámbito comparado, sobre la interconexión entre interpretación e integración contractual en la definición de ese contenido, TREITEL y PEEL (2020) N° 6-051 p. 253; BEATSON, BURROWS y CARTWRIGHT (2020) p. 162; MITCHELL (2019) pp. 103 ss. Un análisis pormenorizado de las dificultades que plantea la diferenciación entre interpretación e integración contractual en DÍEZ y GUTIÉRREZ (2020) N°s 135-181 pp. 1117-1158. Sobre la necesidad dogmática de esa distinción, enfáticamente, NEUNER (2020) § 35 N°s 69-71 p. 423.

³⁰ Así, LYON (2017) pp. 29, 35 y 61; CLARO (1979) t. XI p. 497; BARROS (1932), p. 19; en el ámbito comparado, con referencias históricas, CZIUPKA (2010) pp. 70 ss.; VOGENAUER (2003) pp. 625 ss.; LÜDERITZ (1966) pp. 386 ss. y 390 ss.

integración de términos implícitos al mismo: todo el contenido positivo del contrato válidamente suscrito vincularía a los contratantes exclusivamente por reposar sobre su voluntad o intención común³¹.

El contenido de los términos que se incorporan implícitamente a la convención en virtud de la integración contractual respondería bajo esta perspectiva a la pregunta de cómo los contratantes habrían probablemente regulado el riesgo o aspecto lateral que se ha planteado como dudoso o controvertido, si es que lo hubieran previsto y hubieran adoptado un acuerdo explícito a su respecto, de manera que la integración contractual tendría siempre por objeto imputar un término implícito al contrato que se corresponda con esa voluntad hipotética o intención presunta de los contratantes. La señalada voluntad hipotética o intención presunta de los contratantes podría inferirse en algunas ocasiones de manera general y abstracta del tipo de contrato suscrito por la ley o la costumbre, mientras que en otras ocasiones tendría que inferirse de una manera especial y concreta por el juez o arbitro de las particulares circunstancias que definen naturaleza de la relación.

La principal dificultad que la noción de voluntad hipotética o intención presunta de los contratantes plantea es su carácter artificioso y, en realidad, ficticio. La integración contractual tiene por presupuesto la existencia de una duda o conflicto referido a un aspecto del negocio respecto del cual las partes no han adoptado acuerdo contractual alguno, razón por la cual las posibilidades de interpretación de las declaraciones contractuales se encuentran por definición agotadas, no siendo posible dar por configurada una regulación y efecto jurídico específico con fundamento en la voluntad común de los contratantes. En presencia de una laguna contractual la pregunta por la regulación supletoria se plantea además en el contexto de una duda o conflicto contractual ya desatado, de manera que los contratantes sostienen por definición posiciones contrapuestas respecto de cómo debe resolverse el asunto y, en consecuencia, de cuál habría sido su voluntad o intención de haberse previsto oportunamente la cuestión al momento de la negociación y celebración del contrato.

Por lo mismo, en presencia de una duda o conflicto contractual ya iniciado o en curso resulta por completo artificioso pretender formular un término o estipulación contractual expresivo de lo que probablemente habrían convenido los contratantes de haberse planteado oportunamente el asunto controvertido, cuando, en realidad, no lo hicieron. Ello muestra de manera relativamente inequívoca que la idea de voluntad hipotética o intención presunta no constituye sino un pretexto para reconducir a la voluntad común de los contratantes la existencia y validez de la reglamentación y efectos jurídicos que se incorporan implícitamente al contrato en virtud de la integración contractual, tratándose, por tanto, de una mera **ficción jurídica**, la que contribuye más a opacar que a transparentar el significado de la integración contractual en la construcción de la reglamentación y los efectos jurídicos del contrato³².

³¹ VOGENAUER (2003) p. 628; CZIUPKA (2010) pp. 70 y 71.

³² Críticos a la noción de voluntad hipotética o intención presunta, en el derecho chileno, LÓPEZ y ELORRIAGA (2017) pp. 469-470, 476, 531; JOHOW (2005) pp. 214-215; en el derecho comparado, entre otros, LÓPEZ (2017) p. 18; NEUNER (2020) § 35 N° 61 p. 421; FRIED (2015) pp. 60-61; FARNSWORTH (2004) pp. 483-484.

Por eso, en todas las tradiciones legales se ha tendido a abandonar la noción de voluntad hipotética e intención presunta de los contratantes o, alternativamente, a converger que en su definición no resulta relevante lo que las partes efectivamente hubiesen acordado como término contractual de haberse planteado oportunamente el aspecto controvertido, siendo lo determinante, por el contrario, aquello que dos contratantes leales y honestos pueden tener razonablemente por término contractual acerca del asunto controvertido, considerando el tipo y naturaleza de contrato celebrado, así como los fines e intereses económicos perseguidos por las partes mediante su suscripción³³.

La noción de voluntad hipotética o intención presunta de los contratantes es de esta manera completamente normativizada en la integración contractual, diluyéndose la pregunta por la autodeterminación individual y la genuina voluntad común de las partes contratantes, la que es sustituida por lo dispuesto heterónomamente por el derecho de conformidad a un estándar objetivo de conducta, el que en su desarrollo y concreción atiende tanto al tipo de contrato suscrito, como a todas las circunstancias particulares que definen la naturaleza de la relación, de manera de imputar un término implícito al contrato que supla coherentemente sus lagunas, definiendo lo que una parte puede razonablemente esperar de la otra más allá de lo expresamente estipulado.

De esta manera, una vez reconocido que la determinación de la reglamentación y los efectos jurídicos fundados en la voluntad común se encuentran agotados y resultan insuficientes para resolver una particular duda o conflicto entre los contratantes, la integración contractual reposa sobre la premisa de que es función del derecho complementar el acuerdo contractual válidamente adoptado, para suplir coherentemente sus lagunas. Para el cumplimiento de esa función el derecho no es ciego a aquello que los contratantes han convenido, lo que se manifiesta en que la voluntad común de los contratantes plasmada en los términos explícitos del contrato constituye el necesario punto de partida y referencia de toda integración contractual.

Por eso, la interpretación y calificación de lo acordado necesariamente preceden a la integración del contrato, condicionándola y determinándola³⁴. Ello es así, tanto cuando el contenido positivo de los términos o elementos implícitos que se imputan a lo convenido

³³ Véase, especialmente, VIDAL (2000) pp. 213-214, 217, 223. En el ámbito comparado, para el derecho español, CARRASCO (2021) N° 11/9 pp. 540-541; Díez-PICAZO (2007) p. 508; DE CASTRO (1985) § 99 p. 78; para el derecho alemán, BUSCHE (2018) N°s. 47-49; MEDICUS y PETERSEN (2016) N° 343 p. 150; LARENZ y WOLF (1997) § 28 N° 120 p. 567; FLUME (1979) p. 322; y, para el derecho inglés, TREITEL y PEEL (2020) N° 6-054 p. 256; LEWISON (2020) N°s. 6.01 ss. pp. 325 ss.; McMEEL (2017) N°s 1.103, 3.61-3.62, 10.46 pp. 60-61, 158-159 y 375, donde la noción de voluntad hipotética e intención presunta es siempre identificada con los términos contractuales que habrían alcanzado dos contratantes leales y honestos o dos contratantes razonables.

³⁴ Así, LÓPEZ y ELORRIAGA (2017) p. 471; DOMÍNGUEZ (2010) p. 255; en el derecho comparado, entre otros, TREITEL PEEL (2020) N° 6-053 p. 256; CLAVERÍA (2003) pp. 1648-1649. En contra de este planteamiento, entre nosotros, LYON (2017) p. 31 sostiene que “primero se integra el contrato y solo después se puede interpretar el mismo”, ya que, “no se puede interpretar algo que no se encuentra completo o pleno; y la plenitud se alcanza una vez realizada la integración”. Al margen de que el contrato completo o pleno resulta por definición inexistente, el argumento resulta circular, desde que la determinación del carácter completo o incompleto de un contrato es un acto de atribución de sentido que solo resulta posible mediante una operación de interpretación. Por lo mismo, el carácter completo o pleno no puede ser a su vez presupuesto de esa operación de interpretación, lo que lleva a un círculo. En realidad, cualquier atribución de sentido o juicio sobre el contenido del contrato, in-

en virtud de la integración contractual son definidos abstractamente por la ley o la costumbre según el tipo de contrato, como cuando el contenido de esos términos implícitos es precisado en concreto por el propio juez o árbitro, en atención a todas las circunstancias particulares que configuran la naturaleza de la relación.

Sin embargo, ello no significa que la reglamentación y los efectos jurídicos imputados al contrato en virtud de la integración contractual tengan su origen y se funden en la voluntad común de los contratantes, sino que solamente significa que al complementar el acuerdo contractual válidamente celebrado el derecho se orienta pragmática y funcionalmente, considerando el tipo de contrato suscrito, así como todas las circunstancias particulares que definen la naturaleza de la relación, de manera de imputar un término implícito al negocio que se adapte coherentemente a lo convenido, respondiendo satisfactoriamente a las legítimas expectativas de conducta de los contratantes acerca de la economía de lo pactado. Ello muestra con relativa claridad que la integración contractual no cautela la voluntad común de las partes declarada en ejercicio de su autodeterminación individual, sino que, a partir de la constatación del contenido y sentido de esa voluntad común, protege la **confianza** y las expectativas de conducta que resultan correlativas a la misma³⁵.

La señalada comprensión de la integración contractual resulta consistente con la premisa tanto teórica como práctica de que los contratantes se limitan a definir convencionalmente un conjunto de términos contractuales que configuran a lo menos los elementos esenciales del negocio, confiando en la existencia de una serie de términos o elementos implícitos que complementan lo acordado, con fundamento en la expectativa normativa de que respecto de todo lo que no se encuentra expresamente considerado en la promesa contractual cada parte se comportará de conformidad a un determinado modelo o estándar objetivo de conducta, el que en su desarrollo y concreción atiende tanto al tipo de negocio celebrado, como a todas las circunstancias particulares que definen la naturaleza de la relación, de manera que los fines e intereses económicos perseguido por el contrato puedan ser razonablemente alcanzados.

En nuestro derecho de contratos el señalado modelo o estándar objetivo de conducta que subyace a la integración contractual es el estándar del contratante razonable o del contratante leal y honesto al que remite la *buen fe contractual*, la que precisamente se funda en la protección de la confianza generada por la promesa como uno de los valores fundamentales sobre los que reposa la institución del contrato³⁶. Por eso, sin importar cuál es la específica fuente del derecho que define el contenido positivo de los términos o elementos implícitos que se imputan al contrato en virtud de la integración contractual, en nuestro derecho de contratos la complementación del acuerdo contractual válido y la configuración de todos sus términos implícitos puede tenerse siempre por articulada en torno al principio de buena fe contractual.

cluido el que está orientado a calificarlo y determinar su pretensión plenitud o sus lagunas, pasa necesariamente por su interpretación, razón por la cual el argumento de Lyon no resulta convincente.

³⁵ BARROS (2020) p. 39; SCHOPF (2018) p. 119, sobre la confianza como correlato y presupuesto de ejercicio de la libertad de decisión y autodeterminación en el derecho de contratos.

³⁶ SCHOPF (2018) pp. 117-121; SAAVEDRA (1996) p. 357.

En este sentido, de modo análogo a como la autonomía privada es el principio que articula la configuración de los términos expresamente estipulados por los contratantes fundados en su voluntad común (Código Civil, artículo 1545), la buena fe contractual puede ser concebida como el principio regulador que ordena la configuración de todos los términos o elementos implícitos del contrato fundados en el derecho, pudiendo cada uno de esos términos o elemento implícitos que se imputan al contrato en virtud de la integración contractual ser concebidos como el resultado de un proceso de desarrollo, especificación y concreción por la ley, la costumbre y el juez o árbitro de ese principio regulador de alcance más general (Código Civil, artículo 1546). La buena fe, en definitiva, es el principio articulador de todo el proceso de integración contractual.

5. LA BUENA FE COMO BASE DE LA INTEGRACIÓN CONTRACTUAL Y LA CONFIGURACIÓN DE LOS TÉRMINOS IMPLÍCITOS DEL CONTRATO

La buena fe contractual puede ser concebida como un principio general del derecho privado que remite a un conjunto de directivas que no han sido expresadas en el acuerdo contractual, relativas a la lealtad, honestidad y consideración mutua que las partes contratantes pueden razonablemente esperar de su comportamiento recíproco, en atención a la especial relación que se ha formado entre ellas en virtud del contrato. La principal particularidad de la buena fe contractual es que implica comportarse en el marco de la relación contractual de una manera leal y honesta que considera no solo los propios intereses, sino que también los de la parte contraria. De esta manera, la buena fe morigerla premisa estructural de la contratación en cuya virtud a cada parte corresponde cautelar solamente sus propios intereses, imponiendo la necesidad de una especial consideración a los fines e intereses de la parte contraria³⁷.

De acuerdo a su reconocimiento legal en el artículo 1546 del Código Civil, la tarea más elemental de la buena fe contractual consiste precisamente en su función de integración del contrato válidamente suscrito³⁸. En virtud de esa función de integración de lo convenido, la buena fe contractual constituye el trasfondo y soporte institucional de una serie potencialmente indefinida de deberes accesorios de conducta y otros efectos jurídicos que se incorporan complementariamente a los términos principales del contrato, más allá de lo expresamente declarado por las partes. Por eso, el artículo 1546 del Código Civil puede tenerse por la principal norma legal sustantiva o de fondo de todo el proceso de integración contractual, presuponiendo su aplicación tanto una relación contractual válidamente constituida, como la existencia de una laguna contractual en esa relación, necesitada de

³⁷ Sobre el concepto de buena fe contractual en el derecho chileno, entre otros, SCHOPF (2018) pp. 114-117; LÓPEZ y ELORRIAGA (2017) p. 435; BOETSCH (2011) pp. 109-113; JOHOW (2005) pp. 219-220; SAAVEDRA (1996) pp. 364-365. Para la creciente importancia de la buena fe en la práctica de los tribunales de justicia chilenos, véanse las recopilaciones y sistematizaciones jurisprudenciales de SAN MARTÍN (2015) pp. 157 ss. y CORRAL (2006) pp. 187 ss.

³⁸ DE LA MAZA y VIDAL (2018) pp. 183 ss.; ELORRIAGA (2018) pp. 72 ss.; TAPIA (2015) p. 539; EYZAGUIRRE y RODRÍGUEZ (2013) pp. 184 ss.; BOETSCH (2011) pp. 115-119; DOMÍNGUEZ (2010) p. 253; OYANEDER (2004) pp. 288 ss.; GUZMÁN (2002) pp. 11-12.

suplementación. La Corte Suprema ha reconocido expresamente lo indicado, declarando que “el artículo 1546 del Código Civil consagra una verdadera pauta de integración de los contratos”³⁹.

De conformidad a su reconocimiento en el artículo 1546 del Código Civil, la principal pregunta que la aplicación de la buena fe contractual plantea a la dogmática jurídica se refiere a la definición del contenido de los deberes accesorios de conducta y demás efectos jurídicos que se incorporan a la convención como términos o elementos implícitos. El origen de esa pregunta se encuentra conocidamente en que la buena fe contractual constituye una cláusula general de naturaleza indeterminada, la que solo indica directivas o guías generales de conducta, las que tienen que ser mayormente desarrolladas, especificadas y concretizadas en reglas más precisas, delineadas para supuestos típicos y casos específicos más acotados. En ese sentido, en razón de su significativo grado de abstracción e indeterminación conceptual, una particularidad de la buena fe contractual es que no dispone con precisión y detalle el contenido de los deberes de comportamiento y demás efectos jurídicos que se incorporan implícitamente a la convención.

Por el contrario, la buena fe se limita a regular el contenido y los efectos del contrato mediante una estándar o modelo abstracto de conducta, el que solo dispone el deber genérico de los contratantes de comportarse de una manera leal y honesta durante todo el desarrollo de la relación contractual, que se condiga con el tipo y la particular naturaleza del contrato celebrado, así como con su sentido práctico, finalidad económica y los intereses perseguidos por los contratantes mediante su suscripción⁴⁰. Por eso, en razón de ese carácter genérico e indeterminado, la buena fe contractual tiene que ser necesariamente especificada y concretizada, lo que significa que la misma tiene que ser mayormente desarrollada y, en definitiva, condensada en deberes de conducta u otros efectos jurídicos más específicos y detallados, dispuestos para hipótesis o constelaciones de hecho también más precisas⁴¹. Esa necesidad plantea la pregunta por la definición de las específicas fuentes del derecho a las que corresponde la tarea de desarrollar y concretizar las guías y directivas generales de conducta que subyacen a la buena fe contractual.

En principio, de modo análogo a la especificación de cualquier otra cláusula general que regula el comportamiento mediante un estándar o modelo abstracto de conducta que solo indica directivas o guías generales de comportamiento, el desarrollo más preciso de los deberes de conducta y demás efectos jurídicos que se derivan del estándar del contratante leal y honesto que subyace a la buena fe contractual es una tarea que puede ser efectuada por el propio legislador, por la costumbre y, finalmente, por los jueces o árbitros en el proceso de aplicación del derecho de contratos.

En todos los casos, el mayor desarrollo y concreción de la buena fe contractual por cualquier de las fuentes de determinación referidas apunta siempre al mismo propósito, el que consiste en definir lo que un contratante puede razonablemente esperar del otro más allá de lo declarado, detallando el contenido de los específicos deberes de conducta y de-

³⁹ I. MUNICIPALIDAD DE PUERTO MONTT CON CONSTRUCTORA ISLA DEL REY LIMITADA (2016).

⁴⁰ SCHOPF (2018) pp. 121 ss.; ELORRIAGA (2018) pp. 70-72; LYON (2017) p. 39.

⁴¹ SCHOPF (2018) pp. 113-114 y 125; TAPIA (2015) p. 537; EYZAGUIRRE y RODRÍGUEZ (2013) pp. 140-148.

más efectos jurídicos que se integran al contrato como términos o elementos implícitos, supliendo sus lagunas. Por lo mismo, el legislador, la costumbre y los jueces o árbitros de derecho cumplen una tarea funcionalmente equivalente cuando desarrollan y concretizan la buena fe contractual, determinado el contenido positivo de los deberes de conducta y demás efectos jurídicos que se integran implícitamente al contrato, supliendo sus lagunas. En ello no existe diferencia con el desarrollo de otros estándares o modelos generales y abstractos de conducta que resultan relevantes para el derecho privado, cuyo desarrollo y concreción puede ser también efectuada por las mismas fuentes de determinación referidas⁴².

El artículo 1546 del Código Civil contiene un reconocimiento explícito a la ley, a la costumbre y a los jueces o árbitros de derecho como fuentes de determinación de los deberes de comportamiento y demás efectos jurídicos que se integran al contrato en virtud de la buena fe contractual. La señalada disposición legal efectúa una referencia directa a la ley y a la costumbre como fuentes de desarrollo y definición de lo que pertenece al contrato en virtud de la buena fe contractual, pudiendo entenderse que la referencia a la determinación de las cosas que emanan de la naturaleza de la obligación constituye una invocación a la precisión en concreto por jueces y árbitros de derecho de los deberes de conducta y demás efectos jurídicos derivados de la buena fe que se agregan al contrato. Ello resulta relativamente inequívoco si se considera que la definición de las cosas que se incorporan al contrato por emanar de la naturaleza de la obligación es una tarea que solo puede corresponder a la competencia de jueces y árbitros, en el proceso de aplicación del derecho de contratos⁴³.

La Corte Suprema ha declarado al respecto que, “la misma norma contenida en el artículo 1546, en cuanto impone a las partes ejecutar de buena fe un contrato, permite al juez extender el contenido del mismo no solo a lo que expresamente se ha consignado en el mismo, sino además a las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación”⁴⁴. Con soporte en esa norma legal y una concreción judicial de la buena fe contractual, los tribunales de justicia han integrado judicialmente las lagunas de diferentes contratos, resolviendo, entre otros, que la venta de un vehículo motorizado comprende junto a la obligación de dar, el deber accesorio de efectuar todos los esfuerzos y entregar todos los antecedentes necesarios para la efectiva inscripción del vehículo⁴⁵; que el arriendo de un espacio en un inmueble para la instalación de un letrero publicitario comprende el deber accesorio del propietario de suscribir la documentación necesaria para que se apruebe por la autoridad la colocación de la estructura donde se instalará el letrero⁴⁶; y que, en el mandato para la contratación de un seguro, el mandatario tiene el deber secundario de

⁴² SCHOPF (2018) pp. 125-127. El caso paradigmático se refiere al estándar de diligencia debida que subyace a la culpa civil, cuyo desarrollo y concreción pormenorizada puede ser efectuado por la ley, los usos normativos y los jueces. Al respecto, lucidamente, BARROS (2020b) pp. 103 ss.

⁴³ GUZMÁN (2002) p. 17; TAPIA (2015) pp. 547-550.

⁴⁴ *RENDIC HERMANOS S.A CON RAIMUNDO RIQUELME SANDOVAL Y OTRO* (2015).

⁴⁵ *DAVID BENÍTEZ RIVAS CON MUNDACA DEL RÍO Y COMPAÑÍA LIMITADA* (2016); *MUEBLES LÓPEZ Y LÓPEZ LIMITADA CON BANCO ITAÚ CHILE* (2014).

⁴⁶ *CARLOS ALBERTO ALARCÓN VÁSQUEZ CON SOCIEDAD DE INVERSIONES BIGMARKETING LTDA.* (2009).

informar cualquier dificultad referida a la ejecución del encargo, especialmente si esta es de tal trascendencia que impide satisfacer el interés del mandante⁴⁷.

De esta manera, de conformidad con lo señalado, la buena fe contractual puede ser concebida como el principio general del derecho de contratos que articula todo el proceso de integración contractual, en cuya virtud se incorporan al contrato un conjunto de deberes accesorios de conducta y otros efectos jurídicos para suplir sus lagunas. Pero en atención a que la buena fe adopta la forma de una cláusula general, la misma tiene que ser necesariamente desarrollada y condensada en reglas más específicas, pudiendo ese desarrollo y concreción ser efectuado en un sentido funcionalmente equivalente por la propia ley mediante la legislación dispositiva, por la costumbre y, finalmente, por los jueces o árbitros en el proceso de aplicación del derecho de contratos.

En razón de esa relación entre la buena fe contractual como trasfondo de toda integración contractual y las diferentes fuentes de determinación de los deberes de conducta y demás efectos jurídicos derivados de la misma, no parece sistemáticamente conveniente situar a la ley, a la costumbre y a la buena fe en un mismo plano o nivel paralelo para los efectos de la configuración de los términos implícitos que se integran al contrato, como lo efectúa un importante sector de la doctrina nacional, particularmente influenciado por la regulación y sistematización de la materia en el derecho español⁴⁸.

En su lugar, como aquí, parece preferible asumir que la buena fe contractual constituye el principio o idea reguladora fundamental de toda la integración contractual, la que adopta la forma de una cláusula general (artículo 1546), la que, al igual que cualquier otra cláusula general, necesita ser mayormente desarrollada o concretizada en reglas más precisas, correspondiendo la tarea de ese desarrollo y concreción al propio legislador, a la costumbre y, por último, a los jueces o árbitros. De esta manera se logra un tratamiento unitario y coherente de todo el proceso de integración contractual, el que permite correlacionar consistentemente a la luz de un mismo principio o idea reguladora todos los términos o elementos que se incorporan implícitamente a cualquier clase de contrato, sea que lo hagan en virtud de lo dispuesto por la legislación dispositiva, por la costumbre o por los jueces o árbitros de derecho. Ello resulta consistente no solo con una interpretación funcional del artículo 1546 del Código Civil, sino que también con una interpretación gramatical de esa disposición legal, que atiende adecuadamente a su sentido literal y relaciona armoniacamente cada uno de sus diferentes elementos.

El establecimiento de una cláusula general como la contenida en el artículo 1546 del Código Civil para la regulación supletoria de los términos del contrato y su posterior desarrollo de manera parcial por el propio legislador, sea de manera directa o mediante una remisión a la costumbre, constituye una técnica legislativa relativamente usual en el ordenamiento de las relaciones jurídicas de derecho privado. Ello implica predefinir legalmente

⁴⁷ WILIBALDO MORENO LOYOLA *CON BANCO SANTANDER CHILE S.A* (2015); PIZARRO FROESE, *ÁLVARO CON BANCO DEL ESTADO DE CHILE* (2010).

⁴⁸ Así DE LA MAZA y VIDAL (2018) p. 182. Sobre el desarrollo de la integración contractual en el derecho español, fundamentalmente a la luz de lo dispuesto en el artículo 1258 del Código Civil de ese país, entre otros, CARRASCO (2021) N°s 11/1-11/77 pp. 533-591; DÍEZ y GUTIÉRREZ (2020) N°s 135 ss. y N°s 225 ss., pp. 1117 ss. y 1174 ss.; LÓPEZ (2017) pp. 16 ss.; DÍEZ-PICAZO (2007) pp. 428-432.

directivas y guías generales de conducta que rigen un determinado ámbito de actividad, configurando a su vez un conjunto de reglas legales específicas que desarrollan esas directivas y guías generales, las que conforman una casuística legal lo más densa y demostrativa posible respecto de su preciso significado y efectos jurídicos.

El desarrollo por el propio legislador de la cláusula general tiene por función no solamente regular supletoriamente el comportamiento de los contratantes exactamente hasta donde alcanza su capacidad de previsión, sino también orientar y guiar la concreción de la cláusula general por jueces y árbitros de derecho en todos aquellos casos que no se corresponden con los supuestos legales regulados abstractamente por la ley⁴⁹. Ello tiene la ventaja práctica de que permite configurar un conjunto relativamente denso de normas legales a las que toda integración del contrato por el juez o árbitro con fundamento en la buena fe debe dejarse agregar armónicamente, configurando un antecedente objetivo y con valor institucional que permite efectuar un control de contenido y de coherencia sistemática de los indicados desarrollos judiciales y arbitrales.

De esa manera se reduce efectivamente el riesgo de arbitrariedad judicial en la integración de los contratos, lo que permite compatibilizar adecuadamente el valor de la seguridad jurídica con la necesaria flexibilidad, dinamismo y adaptabilidad del derecho de contratos⁵⁰. Ello es precisamente lo que persigue la regulación supletoria del contrato mediante una cláusula general como la buena fe contractual, parcialmente desarrollada por el propio legislador en hipótesis típicas, pero dejada deliberadamente abierta en gran parte, para ser especificada y precisada por jueces y árbitros de derecho en atención a las particulares circunstancias que definen la naturaleza de la relación, en todos aquellos casos no anticipados abstractamente por la ley.

6. CONCLUSIONES

El contrato contiene una planificación contractual orientada al cumplimiento de los fines e intereses que las partes persiguen satisfacer mediante su celebración. Pero el contrato y su planificación son por definición incompletos, lo que significa que contienen necesariamente vacíos u omisiones acerca de aspectos laterales, incidentes o riesgos que pueden impactar el desarrollo y ejecución de lo acordado, afectando las expectativas de ganancias y pérdidas de los contratantes. El vacío u omisión solo se encuentra en la necesidad de ser suplementado cuando el mismo constituye una laguna contractual, la que puede tenerse por configurada cuando existe una omisión en el acuerdo válidamente adoptado contraria a la planificación contractual convenida, la que por lo mismo resulta necesario rellenar de contenido para lograr el efectivo desarrollo y realización de esa misma planificación, de conformidad con su sentido práctico y finalidad económica. La determinación de cuándo efectivamente existe una laguna en el contrato es un problema de interpretación, su solución un problema de integración contractual.

⁴⁹ Así, KRAMER (2016) pp. 79-80, 292-293; ENGISCH (2005) pp. 158-161.

⁵⁰ DE LA MAZA (2014) pp. 219-224, respecto de la necesidad de compatibilizar un grado aceptable de seguridad jurídica y flexibilidad en el tratamiento de las cláusulas generales como la buena fe contractual.

La integración contractual puede ser concebida precisamente como una operación metodológica que tiene por objeto imputar un término al contrato para suplir sus lagunas, determinando de esa manera una reglamentación y efecto jurídico específico que complemente lo convenido y permita solucionar adecuadamente el conflicto surgido entre los contratantes, de conformidad a consideraciones de justicia y eficiencia contractual. El resultado de la operación de integración contractual es siempre la definición de un término implícito referido al aspecto dudoso o conflictivo, el que se incorpora al contrato y complementa coherentemente los términos contractuales consentidos por las partes.

En la definición del contenido de los términos implícitos del contrato mediante la operación de integración contractual no resulta en principio relevante aquello que las partes hubiesen efectivamente acordado como término contractual de haberse planteado y negociado oportunamente acerca del aspecto necesitado de suplementación, siendo lo determinante, por el contrario, aquello que dos contratantes leales y honestos pueden tener razonablemente por término contractual acerca del punto controvertido, considerando el tipo y naturaleza de contrato celebrado, así como los fines e intereses económicos perseguidos por las partes mediante su suscripción.

En consecuencia, los términos implícitos del contrato no tienen su fundamento en la voluntad común de los contratantes, sino que en lo dispuesto heterónomamente por el derecho de conformidad a un estándar objetivo de conducta, el en que en su desarrollo y concreción atiende tanto al tipo de contrato suscrito, como a toda las circunstancias particulares que definen la naturaleza de la relación. Ello con el objeto de imputar un término implícito al contrato que se adapte coherentemente a lo convenido y resulte funcional a su sentido práctico y finalidad, respondiendo satisfactoriamente a las legítimas expectativas de conducta de las partes contratantes acerca de la economía de lo pactado. En nuestro derecho de contratos el estándar o modelo objetivo de conducta que permite complementar lo acordado y suplir las lagunas del contrato es el estándar del contratante leal y honesto que subyace a la buena fe contractual, pudiendo todos los términos o elementos implícitos que se imputan al contrato en virtud de la integración contractual ser concebidos como el resultado de un proceso de desarrollo y concreción por la ley, la costumbre y el juez o árbitro de ese principio regulador de alcance más general.

De acuerdo con su reconocimiento legal en el artículo 1546 del Código Civil la tarea más elemental de la buena fe contractual consiste precisamente en su función de complementación de lo acordado, siendo la referida disposición legal la principal norma legal sustantiva o de fondo que articula todo el proceso de integración contractual.

De manera análoga a toda cláusula general que regula la conducta con referencia a una modelo objetivo y abstracto de conducta, el que solo indica guías o directivas generales de comportamiento, los deberes de conducta y demás efectos jurídicos derivados de la buena fe contractual tienen que ser desarrollados y especificados, pudiendo ese desarrollo y concreción ser efectuado por la propia ley, por la costumbre y, finalmente, por el juez o árbitro en el proceso de aplicación del derecho de contratos.

El artículo 1546 contiene una referencia explícita a la ley y a la costumbre en ese sentido, pudiendo entenderse que la referencia a las cosas que emanan de la naturaleza de obligación constituye una invocación a la precisión por jueces y árbitros de los deberes

de conducta y demás efectos jurídicos derivados de la buena fe contractual. Ello permite un tratamiento unitario y coherente de todo el proceso de integración contractual, el que permite correlacionar consistentemente a la luz de un mismo principio regulador todos los términos o elementos implícitos que se incorporan al contrato para suplir sus lagunas, sea que lo hagan en virtud de lo dispuesto por la legislación dispositiva, por la costumbre o por los jueces y árbitros, en atención a la naturaleza de la obligación contratada.

El desarrollo de lo ordenado por la buena fe contractual por el propio legislador, directamente o mediante una remisión a la costumbre, permite guiar la concreción del mismo principio por jueces y árbitros de derecho en todos los casos no regulados abstractamente por la ley. Ello tiene la ventaja práctica de que permite configurar un antecedente objetivo y con valor institucional al que todo desarrollo judicial o arbitral de la buena fe contractual debe dejarse agregar coherentemente, lo que permite un control de contenido de esos desarrollos judiciales y arbitrales, reduciéndose el riesgo de arbitrariedad en la integración judicial o arbitral del contrato. De ese modo, se logra un equilibrio entre seguridad jurídica y flexibilidad en la integración de la relación contractual válidamente constituida, cuestión que es el preciso propósito de la regulación supletoria del contenido y efectos del contrato mediante una cláusula general como la buena fe contractual, la que es parcialmente desarrollada por el propio legislador, pero dejada deliberadamente abierta en gran parte para ser concretizada por jueces y árbitros de derecho.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALCALDE SILVA, Jaime (2008): “La causa de la relación obligatoria”, en GUZMÁN BRITO, Alejandro (edit.), *Estudios de Derecho Civil III* (Santiago, Legal Publishing) pp. 339-394.
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (2009): *De los Contratos* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, reimpresión).
- BANFI DEL RÍO, Cristián (2020): “Riesgos en la interpretación de un contrato entre partes sofisticadas”, en BARRÍA DÍAZ, Rodrigo, FERRANTE, Alfredo, SAN MARTÍN NEIRA, Lilian C. (edits.), *Presente y Futuro del Derecho Contractual* (Santiago, Thomson Reuters) pp. 205-219.
- BARAONA GONZÁLEZ, Jorge (2016): “La interpretación contractual: una insistencia en su giro objetivo”, en *Estudios de Derecho Civil XI* (Santiago, Thomson Reuters) pp. 439-449.
- BARROS BOURIE, Enrique (2018): “Voluntad individual y reciprocidad de la relación contractual, reflexiones a propósito del error”, en VIDAL OLIVARES, Álvaro (dir.), *Estudios de Derecho de Contratos en Homenaje a Antonio Manuel Morales Moreno* (Santiago, Thomson Reuters) pp. 109-149.
- BARROS BOURIE, Enrique (2020): “Aspectos fundamentales del actual desarrollo interno del derecho de contratos. Crítica al modelo económico neoclásico del contrato”, en BARRÍA DÍAZ, Rodrigo, FERRANTE, Alfredo, SAN MARTÍN NEIRA, Lilian C. (edits.), *Presente y futuro del Derecho Contractual* (Santiago, Thomson Reuters) pp. 29-42.
- BARROS BOURIE, Enrique (2020b): *Tratado de Responsabilidad Extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición).
- BARROS ERRÁZURIZ, Alfredo (1932): *Curso de Derecho Civil*, Tomo III (Santiago, Editorial Nascimento).

- BEATSON, Jack, BURROWS, Andrew y CARTWRIGHT, John (2020): *Anson's Law of Contracts* (Oxford, University Press, trigésimoprimer edición).
- BIANCA, Massimo (2007): *Derecho Civil 3. El Contrato* (trad. Fernando Hinostroza y Édgar Cortés, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia).
- BOETSCH GILLET, Cristián (2011): *La buena fe contractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- BUSCHE, Jan (2018): “§ 157 Auslegung von Verträgen”, en *Münchener Kommentar zum BGB* (München, C. H. Beck, octava edición).
- CARRASCO PERERA, Ángel (2021): *Derecho de Contratos* (Cizur Menor, Navarra, Thomson Reuters - Aranzadi, tercera edición).
- CLARO SOLAR, Luis (1979): *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, Tomos XI y XII (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, reimpresión).
- CLAVERÍA GOSÁLBEZ, Luis Humberto (2003): “Interpretación, calificación e integración del contrato”, en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo II (Madrid, Thomson - Civitas) pp. 1647-1657.
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2006): “La aplicación de la buena fe objetiva en el ordenamiento jurídico chileno”, en *Temas de Contratos* (Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales) pp. 187-226.
- CZIUPKA, Johannes (2010): *Dispositives Vertragsrecht* (Tübingen, Mohr Siebeck).
- DE CASTRO Y BRAVO, Federico (1985): *El Negocio Jurídico* (Madrid, Editorial Civitas).
- DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo (2014). “La buena fe como dispositivo de ponderación”, en DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo, MORALES MORENO, Antonio Manuel y VIDAL OLIVARES, Álvaro, *Estudios de Derecho de Contratos* (Santiago, Thomson Reuters) pp. 201-228.
- DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo y VIDAL OLIVARES, Álvaro (2018): *Cuestiones de Derecho de Contratos* (Santiago, Thomson Reuters).
- DÍEZ-PICAZO, Luis (2007): *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Tomo I (Cizur Menor, Navarra, Civitas - Thomson Reuters, sexta edición).
- DÍEZ GARCÍA, Helena y GUTIÉRREZ SANTIAGO, Pilar (2020): “Interpretación e integración del contrato”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (dir.), *Tratado de Contratos*, Tomo I (Valencia, Tirant Lo Blanch, tercera edición) pp. 985-1252.
- DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen (2010): “Aspectos de la integración del contrato”, en FIGUEROA YÁÑEZ, Gonzalo, BARROS BOURIE, Enrique y TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio (coords.), *Estudios de Derecho Civil VI* (Santiago, Abeledo Perrot - Legal Publishing) pp. 251-262.
- EISENBERG, Melvin A. (2018): *Foundational Principles of Contract Law* (Oxford, University Press).
- ELORRIAGA DE BONIS, Fabián (2018): “Manifestaciones y límites de la buena fe objetiva en la ejecución de los contratos. Criterios jurídicos para la resolución de situaciones contractuales difusas”, *Revista de Ciencias Sociales*, N° 73: pp. 63-94.
- ENGISCH, Karl (2005): *Einführung in das juristische Denken* (Stuttgart, Verlag W. Kohlhammer, décima edición).
- EYZAGUIRRE BAEZA, Cristóbal y RODRÍGUEZ DÍEZ, Javier (2013): “Expansión y límites de la buena fe objetiva – A propósito del proyecto de principios latinoamericanos de derecho de los contratos”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 21: pp. 137-215.

- FARNSWORTH, E. Allan (2004): *Contracts* (New York, Aspen Publishers, cuarta edición).
- FLUME, Werner (1979): *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. Das Rechtsgeschäft* (Berlin, Springer Verlag, tercera edición).
- FRIED, Charles (2015): *Contract as Promise* (Oxford, University Press, segunda edición).
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (2002): “La buena fe en el Código Civil de Chile”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 29, N° 1: pp. 11-23.
- HENCKEL, Wolfram (1960): “Die ergänzende Vertragsauslegung”, *Archiv für die civilistische Praxis*, N° 159: pp. 106-126.
- JOHOW SANTORO, Christian (2005). “La interpretación del contrato y la buena fe”, en VARRAS BRAUN, Juan Andres, TURNER SAEZ, Susan (coords.), *Estudios de Derecho Civil* (Santiago, Legal Publishing) pp. 213-233.
- KÖHLER, Helmut (2017): *BGB. Allgemeiner Teil* (München, C. H. Beck, cuadragésimo primera edición).
- KÖTZ, Hein (2015): *Europäisches Vertragsrecht* (Tübingen, Mohr Siebeck, segunda edición).
- KRAMER, Ernst A. (2016): *Juristische Methodenlehre* (München, C. H. Beck, quinta edición).
- LARENZ, Karl y WOLF, Manfred (1997): *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts* (München, C. H. Beck, octava edición).
- LEWISON, Kim (2020): *The Interpretation of Contracts* (London, Sweet & Maxwell - Thomson Reuters, séptima edición).
- LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge y ELORRIAGA DE BONIS, Fabián (2017): *Los Contratos* (Santiago, Thomson Reuters, sexta edición).
- LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel Manuel (2017): *La Interpretación de los Contratos* (Valencia, Tirant lo Blanch).
- LÜDERITZ, Alexander (1966): *Auslegung von Rechtsgeschäften* (Karlsruhe, Verlag C. F. Müller).
- LYON PUELMA, Alberto (2017): *Integración, Interpretación y Cumplimiento de los Contratos* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile).
- MCMEELE, Gerard (2017): *The Construction of Contracts* (Oxford, University Press, tercera edición).
- MEDICUS, Dieter y PETERSEN, Jan (2016): *Allgemeiner Teil des BGB* (Heidelberg: C. F. Müller, décima edición).
- MITCHELL, Catherine (2019): *Interpretation of Contracts* (London & New York, Routledge, segunda edición).
- NEUNER, Jörg (2020): *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts* (München, C.H. Beck, decimosegunda edición).
- OYANEDER DAVIS, Patricio (2004): “Comportamiento contractual de buena fe. ¿Impone la buena fe deberes de conducta?”, *Actualidad Jurídica*, N° 10: pp. 287-291.
- PATTERSON, Edwin W. (1964): “The Interpretation and Construction of Contracts”, *Columbia Law Review*, vol. 64: pp. 833-865.
- PIZARRO WILSON, Carlos (2004): “Notas críticas sobre el fundamento de la fuerza obligatoria del contrato. Fuentes e interpretación del artículo 1545”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 31, N° 2: pp. 225-237.
- SAAVEDRA GALLEGUILLOS, Francisco Javier (1996): “El principio general de la buena fe”, en *Instituciones Modernas de Derecho Civil* (Santiago, Editorial Jurídica Conosur) pp. 357-373.

- SAN MARTÍN NEIRA, Lilian (2015): *La buena fe en la jurisprudencia* (Santiago, Thomson Reuters).
- SCHAPP, Jan (1986): *Grundfragen der Rechtsgeschäftslehre* (Tübingen, J. C. B. Mohr - Paul Siebeck).
- SCHOPF OLEA, Adrián (2018): “La buena fe contractual como norma jurídica”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 31: pp. 109-153.
- SHAVELL, Steven (2004): *Foundations of Economic Analysis of Law* (Cambridge- Massachusetts, Harvard University Press).
- TAPIA MALIS, Liat (2015): “La buena fe como mecanismo de integración eficiente”, en VIDAL OLIVARES, Álvaro, SEVERIN FUSTER, Gonzalo y MEJÍAS ALONZO, Cláudia (edits.), *Estudios de Derecho Civil X* (Santiago, Thomson Reuters) pp. 537-554.
- TREITEL, Guenter y PEEL, Edwin (2020): *The Law of Contract* (London, Thomson Reuters - Sweet & Maxwell, decimoquinta edición).
- UNBERATH, Hannes (2007): *Die Vertragsverletzung* (Tübingen, Mohr Siebeck).
- VIDAL OLIVARES, Álvaro (2000): “La construcción de la regla contractual en el derecho civil de los contratos”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, N° 21: pp. 209-227.
- VOGENAUER, Stefan (2003): “§§133, 157. Auslegung”, en SCHMOECKEL, Mathias, RÜCKERT, Joachim y ZIMMERMANN, Reinhard (edits.), *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB* (Tübingen, Mohr Siebeck).
- ZIMMERMANN, Reinhard (1996): *The Law of Obligations* (Oxford, University Press).
- ZWEIGERT, Konrad y KÖTZ, Hein (1996): *Einführung in die Rechtsvergleichung* (Tübingen, J. C. B. Mohr - Paul Siebeck, tercera edición).

NORMAS CITADAS

Código Civil chileno

JURISPRUDENCIA CITADA

- CARLOS ALBERTO ALARCÓN VÁSQUEZ CON SOCIEDAD DE INVERSIONES BIGMARKETING LTDA. (2009): Corte de Apelaciones de Concepción, 20 de noviembre, Rol N° 724-2009 (apelación), en Westlaw Chile, Cita online CL/JUR/3685/2009, fecha de consulta 8 de junio 2021.
- PIZARRO FROESE, ÁLVARO CON BANCO DEL ESTADO DE CHILE (2010): Corte Suprema, 8 de abril, Rol N° 2.248-2008 (casación en el fondo), en Westlaw Chile, Cita online CL/JUR/2222/2010, fecha de consulta 8 de junio de 2021.
- MUEBLES LÓPEZ Y LÓPEZ LIMITADA CON BANCO ITAÚ CHILE (2014): Corte Suprema, 2 de septiembre, Rol N° 14.243-2013 (casación en el fondo), en Westlaw Chile, Cita online CL/JUR/6172/2014, fecha de consulta 8 de junio de 2021.
- RENDIC HERMANOS S.A CON RAIMUNDO RIQUELME SANDOVAL Y OTRO (2015): Corte Suprema, 12 de mayo, Rol N° 14.326-2014 (casación en el fondo), en Westlaw Chile, Cita online CL/JUR/2540/2015, fecha de consulta 18 de febrero de 2021.

WILIBALDO MORENO LOYOLA CON BANCO SANTANDER CHILE S.A (2015): Corte Suprema, 26 de agosto, Rol N° 26.847-2014 (casación en el fondo), en Westlaw Chile, Cita online CL/JUR/4847/2015, fecha de consulta 8 de junio de 2021

I. MUNICIPALIDAD DE PUERTO MONTT CON CONSTRUCTORA ISLA DEL REY LIMITADA (2016): Corte Suprema, 7 de noviembre, Rol N° 52.838-2016 (casación en el fondo), en Westlaw Chile, Cita online CL/JUR/7312/2016, fecha de consulta 8 de junio de 2021.

DAVID BENÍTEZ RIVAS CON MUNDACA DEL RÍO Y COMPAÑÍA LIMITADA (2016): Corte Suprema, 23 de mayo, Rol N° 18.409-2015 (casación en el fondo), en Westlaw Chile, Cita online CL/JUR/3359/2016, fecha de consulta 8 de junio 2021.

EL CONGRESO NACIONAL Y LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL EN EL PROCESO LEGISLATIVO: CRITERIOS Y MOMENTOS

NATIONAL CONGRESS AND ITS CONSTITUTIONAL INTERPRETATION DURING THE LEGISLATIVE PROCESS: CRITERIA AND MOMENTS

DOMINGO ANDRÉS LOVERA PARMO*
CATALINA ANDREA VARGAS MALDONADO**

RESUMEN: El Congreso Nacional es una de las cabezas fundamentales del poder legislativo. En ejercicio de sus funciones aplica e interpreta la Constitución. Por razones que se explicarán en este trabajo, ese rol del Congreso Nacional en tanto intérprete de la Constitución aparece tratado por la doctrina solo secundariamente, prestando mucha más atención al rol de los tribunales. Este trabajo quiere comenzar a completar ese vacío. Para ello, ofrece los criterios que deberían guiar la indagación de la labor interpretativa constitucional del Congreso Nacional durante el proceso legislativo, identificando los momentos de ese proceso que satisfacen esos criterios. Ello debiera comenzar a pavimentar el camino para reivindicar la dignidad de la ley en tanto lectura de la Constitución, de cara a la más extensa literatura que se centra en tribunales, sentencias y jurisprudencia.

Palabras clave: Congreso Nacional, interpretación constitucional, proceso legislativo.

ABSTRACT: The National Congress is one of the fundamental heads of the legislative branch. In the exercise of its functions, it applies and interprets the Constitution. For reasons that will be explained in this paper, its role as interpreter of the Constitution is treated by the doctrine only secondarily as compared to the attention the judicial interpretation receives. This paper aims to start filling this gap. To do so, it offers the criteria that should guide the investigation of the constitutional interpretative work of the National Congress during the legislative process, identifying the moments of that process that meet those criteria. This should begin to pave the way to vindicate the dignity of legislation as a reading of the Constitution, in the face of the more extensive literature that focuses on courts, rulings and case law.

Keywords: Congress, constitutional interpretation, legislative procedure.

* Doctor en Derecho, Universidad de York, Canadá. Profesor Asociado de la Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales. Dirección postal: Avenida República 112, Santiago. Correo electrónico: domingo.lovera@udp.cl. Esta investigación se enmarca en el Proyecto FONDECYT de INICIACIÓN N° 11190310, denominado “Los usos de la Constitución en el proceso legislativo chileno”, del que el autor es su investigador responsable. Código Orcid: 0000-0002-3601-096X.

** Magíster en Derecho Público y Litigación Constitucional, Universidad Diego Portales. Profesora ayudante del Departamento de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho Universidad Diego Portales y Andrés Bello. Dirección postal: Avenida República 112, Santiago. Correo electrónico: catalina.vargasm@mail.udp.cl. Código Orcid: 0000-0002-2283-7421.

I. INTRODUCCIÓN

La pandemia producto de la expansión del COVID-19 ha llevado a los estados a adoptar medidas que permitan aplanar la curva. Una de las más recurridas fue la regulación de la movilidad, lo que afectó la posibilidad de muchas familias de acceder a sus fuentes de ingreso. Para hacer frente a ese problema, los estados han buscado formas de aliviar la premura económica. En Chile se propuso (entre otras) autorizar un retiro excepcional por parte de trabajadores y trabajadoras de hasta un 10% de sus fondos ahorrados en el sistema de AFP (el primer retiro). Sus patrocinantes presentaron un proyecto de reforma constitucional, el que fue aprobado por un quórum de 3/5. Una de las razones por las que el Congreso se decantó por ese quórum, fue la de que se trataba de un proyecto que incorporaba un artículo transitorio y no una reforma permanente del artículo 19 N° 18 (que habría requerido un quórum de 2/3)¹.

El proyecto suscitó un intenso debate sobre su constitucionalidad. De una parte, se sostuvo que con el camino escogido el Congreso realizaba una elusión constitucional. Se señaló que la reforma en verdad importaba una reforma al derecho a la seguridad social del Capítulo III del texto constitucional y demandaba un quórum más elevado, así como un eventual gasto público, lo que transformaba al proyecto en uno cuya iniciativa estaba reservada al Presidente de la República (PDR). Al obrar como lo hacía, el Congreso “defrauda[ba] las formas del Derecho”². De otra, descartando la inconstitucionalidad, se apuntó que la iniciativa exclusiva gobernaba el impulso en materia legislativa, pero no el de reforma constitucional, y que tampoco era correcto sostener “que toda norma constitucional que regula un derecho deba estar incluida en el artículo 19 de la Constitución”³. El proyecto fue promulgado como ley⁴.

Con independencia de las posturas que puedan sostenerse respecto de esta discusión —un segundo proyecto muy similar fue declarado inconstitucional por el Tribunal Constitucional (TC)⁵—, el debate permite advertir la existencia de un desacuerdo razonable que es posible porque la Constitución los deja abiertos⁶. Ello se debe a la ambigüedad y vaguedad (buscada⁷ o no⁸) de los textos constitucionales, o a su carácter polémico⁹, lo que los hace especialmente necesitados de actualización¹⁰. Un lugar común: la sola lectura de las normas

¹ Esto es lo que puede apreciarse en el intercambio que tuvo lugar en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la Cámara de Diputados los días 6 y 9 de julio de 2020, así como en la misma comisión de la Cámara del Senado el día 21 de julio.

² NAVARRO y SOTO (2020).

³ LETELIER (2020).

⁴ LEY N° 21.248, de 2020.

⁵ *REQUERIMIENTO DE INCONSTITUCIONALIDAD PRESENTADO POR S.E. EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA, ROL 9797-20 (2020)*.

⁶ Por supuesto ello no ocurre con todos los artículos de una constitución. DWORKIN (1996) p. 8.

⁷ TUSHNET (2014) p. 32-6.

⁸ Por todos, GUASTINI (2010) pp. 30-4.

⁹ Como ATRIA (2016) pp. 267-92 se ha encargado de argumentar, ambas razones (la elasticidad del lenguaje y el carácter polémico de los conceptos constitucionales) no son equivalentes.

¹⁰ WEBBER (2009) pp. 7-8.

invocadas por cada lado no permitía determinar sin más quién llevaba la razón. Sin embargo, lo que es un lugar menos común es el papel que cabe al Congreso Nacional en tanto intérprete de la Constitución que, como en el proyecto en comento, suele ofrecer la suya.

Nos parece que una de las razones cruciales que explican esta falta de atención respecto al rol que le cabe al Congreso en la lectura constitucional, se debe a la postura, extendida en nuestra doctrina, conforme a la que la Constitución le habla exclusivamente a jueces y juezas. Esto, que revisaremos en la sección siguiente (II), es lo que Post y Siegel han denominado la concepción juricéntrica de las constituciones; una que “imagina al poder judicial como el guardián exclusivo de la constitución”¹¹. Mientras el Congreso Nacional (o más propiamente el Poder Legislativo) sería un productor de normas jurídicas, el órgano de control judicial de constitucionalidad sería el encargado de evaluar acaso esa producción respeta los contornos constitucionales. Un acercamiento que impide los matices¹².

Para remediar esta situación, y comenzar a reivindicar el papel del Congreso Nacional en tanto intérprete de la Constitución, proponemos volver a mirar el proceso legislativo auscultando los espacios de ese proceso que se abren como adecuados para que aquél pueda ofrecer sus lecturas constitucionales. Para ello (III) ofreceremos los criterios que en la discusión constitucional han servido para identificar adecuadamente esos espacios. Como es evidente, no cualquier actividad del Congreso Nacional puede ser tenida como interpretación constitucional. Presentados esos criterios, destinamos la parte final de este trabajo (IV) a visitar el proceso legislativo. Esto es relevante porque si los criterios que exploraremos en III, conforme a los que el Congreso Nacional también lee, aplica e interpreta la Constitución, no encuentran correlato institucional en los contornos del proceso legislativo, entonces el lugar desmejorado que le ha asignado nuestra literatura podría encontrar alguna explicación. Como sostendremos acá, sin embargo, esos momentos sí existen. Por ello la omisión carece de justificación y el papel del Congreso Nacional debe ser relevado. Esta reivindicación, desde luego, no se hace acá para embestir a otras autoridades que también intervienen en la lectura e interpretación de la Constitución. Se hace para efectos de ofrecer un panorama más completo –y que por ello es más rico, al tiempo que más complejo¹³– del derecho constitucional chileno.

II. LA INVISIBILIDAD DE LA LEGISLACIÓN

Hoy es posible hacer una constatación: la legislatura y su actividad explícita y central, la ley, escasamente figuran a la hora de abordar la interpretación constitucional. Ello puede deberse a muchas razones: a un cierto plan conforme al que, traspasando estas materias a la judicatura, se busca –aunque sea de modo opaco– mostrar la posibilidad de la interpretación neutral de la Constitución¹⁴. A la falta de comprensión tanto de la idea moderna de

¹¹ POST y SIEGEL (2003) p. 2.

¹² SILVA (2014) p. 438.

¹³ SILVA (2020) p. 22.

¹⁴ BASSA y VIERA (2017) pp. 126-7.

ley como del concepto democrático de Constitución¹⁵. Al hecho de que la Constitución sea concebida solo como una norma¹⁶. O incluso a la forma en que el mismo TC concibe su labor, llegando a “creer que él es la constitución”¹⁷. Acá lo que nos interesa es mostrar algo más modesto, pero relevante: (1) que en la literatura nacional hay un descuido frente al papel del Congreso Nacional en la interpretación constitucional a la que no se le ha “prestado mayor atención”¹⁸, y que (2) cuando se lo menciona, se lo hace de forma tangencial, lateral, solapada y, en cualquier caso, subyugada al rol de la justicia constitucional¹⁹.

1. EL CONTEXTO NACIONAL

La época del neoconstitucionalismo es una de indignidad para la ley. En ella las constituciones, además de establecer las estructuras del poder, “contienen altos niveles de normas ‘materiales’ o sustantivas que condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos”²⁰. Prácticamente todo conflicto político, moral y legal encuentra respuesta o está fuertemente influenciado por la Constitución²¹. Como estas disposiciones poseen valor normativo directo, ya no es necesario que su aplicación sea mediada por la ley.

No es solo el hecho que la ley sea reubicada en el sistema de fuentes lo que afecta su dignidad, sino que también la escasa apertura a aceptarla como instrumento de desarrollo del plan político y social que ofrece la Constitución. Esto se debe a que el nuevo constitucionalismo concibe a las constituciones como decisiones completas y animadas exclusivamente a limitar el poder²². ¿Y la ley? Una decisión interina²³. Corolario de lo anterior es la inclusión de un arreglo institucional específico al que se encarga la interpretación constitucional: la jurisdicción constitucional²⁴. El Estado de mera legalidad muta hacia uno constitucional de Derecho, que reclama para sí ser la encarnación del Estado de Derecho y que mira con cierto desdén a la ley²⁵.

Una revisión de la literatura constitucional permite advertir que prácticamente toda la atención está puesta sobre cómo los tribunales interpretan y actualizan los significados constitucionales, “un lugar común” en el país²⁶. Poco se dice con respecto a los usos de la Constitución que tienen lugar en otras ramas del Estado, menos en el Congreso Nacional²⁷,

¹⁵ ATRIA (2016) p. 318.

¹⁶ SILVA (2020) pp. 15-6.

¹⁷ ATRIA (2011) p. 157.

¹⁸ HENRÍQUEZ (2012) p. 296.

¹⁹ Y esto aun dejando, como este trabajo hará, tal y como está la discusión relativa sobre la posibilidad de interpretación jurídica de la constitución, que ha controvertido tan certeramente ATRIA (2016) pp. 277-84.

²⁰ CARBONELL (2010) p. 154.

²¹ GARDBAUM (2012) pp. 172-4.

²² WALDRON (2016) 29-34.

²³ HENRÍQUEZ (2012) p. 300.

²⁴ BAYÓN (2005).

²⁵ FERRAJOLI (2002) p. 68; FERRAJOLI (2005) p. 13; COMANDUCCI (2002) p. 91; GUASTINI (2016) pp. 136-7; NINO (1992) pp. 1-3.

²⁶ SILVA (2020) pp. 16.

²⁷ KATYAL (2001) p. 1335; DEVINS y WHITTINGTON (2005) pp. 1-2.

el que es presentado como puro poder desnudo de hombres y mujeres, pasiones y amenaza para la libertad²⁸, cuyos desacuerdos son producto del mero autointerés²⁹. Ello contrasta con las versiones más estilizadas de los tribunales que son vistos como el foro de los principios y la razón³⁰.

Así, la doctrina nacional ha construido la función legislativa como residual de la jurisdiccional constitucional³¹. En materia de interpretación constitucional esto es aún más evidente, donde las referencias al papel que cabría a la legislación prácticamente no existen. Se ha llegado a tal punto que incluso se ha dicho que la existencia misma del concepto de Constitución depende de la existencia de esta jurisdicción³². Nuestro objetivo acá no es desplazar a la jurisdicción del rol que pueda caberle en la lectura constitucional, sino anotar cómo el énfasis en ella nos ha llevado a obviar el papel de la legislatura en la interpretación constitucional.

La regla general en nuestra doctrina es asumir que los usos de la Constitución son un asunto de tribunales, en especial del TC³³. La actividad legislativa figura solo de modo tangencial, y en cualquier caso para advertir los límites dentro de los que se mueve. Así, se ha dicho que las decisiones del TC son vinculantes para todos los órganos del Estado y sus interpretaciones, auténticas. Por lo mismo no podrían ser “contradicha[s] o modificada[s] por otro órgano”³⁴. Como custodio supremo de la Constitución, sus decisiones representan la “entronización de nuevos estándares de interpretación, superando los métodos tradicionales y que eran tributarios de la soberanía de la ley”³⁵. El TC tiene “la última palabra en defensa de los derechos fundamentales”³⁶ en virtud de su “posición máxima”³⁷. Y si bien el legislador interviene en la interpretación pública, es la jurisprudencia de los tribunales la que “aclara (...) el verdadero sentido y alcance de un precepto constitucional”³⁸.

Quizá la visión más intensa al respecto la ha sostenido el propio TC, cuando ha afirmado que a este le cabe sustituir la voluntad del legislador por la suya propia³⁹. Aunque hay voces que matizan esta afirmación⁴⁰, enseguida afirman que sus sentencias son vinculantes para todos los órganos del Estado. ¿También para el legislador? Sí, pues este “debe (...) ajustarse a la interpretación y los criterios por él (TC) manifestados en cuanto guardián supremo de la Constitución”⁴¹.

²⁸ WALDRON (1999a) y (1999b); VIERA (2015) pp. 225-6.

²⁹ GARCÍA y SOTO (2009) pp. 358-60.

³⁰ DWORKIN (1986a) y DWORKIN (1986b); BARAK (2006).

³¹ ATRIA (2016) pp. 159 y ss.

³² SOTO (2020) p. 147.

³³ GÓMEZ (2005) pp. 652-3; NOGUEIRA (2013) p. 255.

³⁴ NOGUEIRA (2006) p. 82; también FERNANDOIS (2005).

³⁵ CEA (2006) p. 165.

³⁶ FERNÁNDEZ (2001) p. 82.

³⁷ FERNÁNDEZ (2006) p. 138.

³⁸ VIVANCO (2001) pp. 407, 415.

³⁹ La cita en ATRIA (2011) pp. 153-4.

⁴⁰ PEÑA (2006) p. 176.

⁴¹ PEÑA (2006) p. 181; en sentido similar, GÓMEZ (2005) pp. 679-80; (2013) p. 255.

3. UN RECONOCIMIENTO DÉBIL

La atención que recibe el trabajo legislativo de cara a la Constitución es o bien escasa o supeditada a la jurisdicción constitucional. El profesor Alejandro Silva Bascuñán parece pronunciarse favorablemente, cuando parafraseando el Art. 3 del Código Civil dice que solo toca al legislador interpretar la ley de modo general y obligatorio⁴². Sin embargo, agrega, la Constitución establece "la posibilidad de que la Ley Fundamental sea interpretada por el legislador" en propiedad solo para superar las "emergencias" que pueden surgir ante vacilaciones o desacuerdos que puedan aparecer frente a las lecturas alternativas que puedan arrancar de un mismo precepto constitucional⁴³.

El profesor Patricio Zapata, por su parte, también se refiere al legislador y su involucramiento sustantivo con la Constitución. A propósito de la presentación de la teoría de la deferencia razonada, advierte que, si bien el TC podría reclamar "válidamente el título de 'supremo intérprete' de la Carta Fundamental", no es el único órgano que interviene en su interpretación: "el legislador también interpreta la Constitución"⁴⁴. Enseguida, y citando a Silva Bascuñán, agrega las razones que en su concepto deberían llevar al TC a acercarse con mayor deferencia a las decisiones legislativas. En la discusión legislativa, dice, puede existir un trabajo serio y razonado⁴⁵. Con todo, antes que ofrecer una mirada que se construye desde las atribuciones del Congreso, lo hace desde una doctrina que el TC habría elaborado para acercarse al trabajo legislativo. En efecto, como la profesora Peredo ha señalado acertadamente, en nuestra doctrina la deferencia se presenta como "una suerte de cortesía constitucional en manos del Tribunal Constitucional que representa el rol de autocontención" que como "un efecto de la competencia del legislador"⁴⁶.

Cordero, a propósito de su análisis del proceso legislativo, principia afirmando y reconociendo que la ley se encarga de proyectar las normas y provisiones constitucionales, confiriéndole a aquella un papel que pocos están dispuestos a reconocerle⁴⁷. Algo similar advierte Aldunate, para quien el legislador ocupa un rol fundamental al desplegar "las distintas posibilidades de articulación normativa concernientes al ejercicio de las libertades"⁴⁸. Pero como para Aldunate el carácter vinculante de la Constitución "se concreta en sistema de control de constitucionalidad"⁴⁹, advierte que la labor legislativa solo se reduce a ese despliegue de posibilidades. Cualquier idea relativa a la legislación en tanto modo de concretar

⁴² SILVA BASCUÑÁN (2000) p. 17.

⁴³ SILVA BASCUÑÁN (2000) pp. 39-42.

⁴⁴ ZAPATA (2008) pp. 243-4.

⁴⁵ ZAPATA (2008) p. 245. Resulta necesario advertir que estas referencias de Zapata a los trabajos del profesor Silva Bascuñán se basan en la edición de 1963, esto es, sobre la Constitución de 1925 que confería un papel crucial para los órganos políticos en su interpretación y defensa y que no contemplaba las leyes interpretativas. COUSO (2011).

⁴⁶ PEREDO (2018) pp. 20-1.

⁴⁷ CORDERO (2010) p.126.

⁴⁸ ALDUNATE (2008) p. 185.

⁴⁹ ALDUNATE (2008) p. 183.

o actualizar el contenido de la Constitución “esconde una trampa... [sujetar] el tratamiento dogmático de los derechos constitucionales al ámbito de su desarrollo legislativo”⁵⁰.

Distinta en la doctrina es la postura del profesor Luis Alejandro Silva. A partir de la crítica a la tesis de la supremacía interpretativa del TC, abre espacios al involucramiento interpretativo del Congreso con la Constitución⁵¹. Abrazando una suerte de departamentalismo, afirma que si se presta atención al cúmulo de autoridades que intervienen en la aplicación e interpretación de la Constitución, esta “no admite una interpretación unívoca en Chile”⁵². Sin embargo, pocas veces menciona al legislador. Debe inferirse. En primer lugar, según Silva la Constitución no puede comprenderse cabalmente prescindiendo de la ley. Así, ha dicho que la ley condiciona la lectura que se haga de la Constitución⁵³, por ende reconociendo un papel al legislador⁵⁴. Si bien con posterioridad realiza un reconocimiento explícito de la potestad legislativa para desarrollar el texto constitucional⁵⁵, se trata de un reconocimiento todavía débil porque lo hace al abordar la influencia de la ley en la Constitución a partir del análisis de las sentencias del propio TC y la forma en que ellas recogen la lectura legal de la Constitución⁵⁶.

En segundo lugar, afirma que la fuerza vinculante de las interpretaciones del TC no empece a los demás órganos del Estado. Estos órganos seguirán gozando de una discreción interpretativa, espacio que cabría extender también el caso de la declaración de inconstitucionalidad la que, fuera de derogar el precepto legal declarado inconstitucional, no vincula con su precedente a los demás órganos⁵⁷. En tercer lugar, y conectado a lo anterior, hay cuestiones estructurales –absolutas, dice– que impiden radicar en el TC el monopolio de la interpretación constitucional. Si se anota que la Constitución es parte jurídica parte política, no hay razón alguna para sostener que respecto de esta última parte debamos someternos a los razonamientos de un tribunal⁵⁸. La Constitución es aplicada también por órganos políticos, donde hay que incluir al legislador⁵⁹. Pero es, también, un reconocimiento débil. Primero, por su ser implícito. Pero podría ser todavía más débil si lo que implica es reducir el ámbito de acción legislativa solo a los aspectos de la Constitución respecto de los que no hay duda que son políticos. Esto podría ocurrir por dos vías: ya sea porque así se ha definido por la jurisprudencia, en cuyo caso depende de la disposición de un tribunal⁶⁰, o porque a esas zonas no puede ingresar un tribunal por carecer de una vía procedimentalmente habilitada para hacerlo⁶¹. No queda otra.

⁵⁰ ALDUNATE (2008) p. 186. En contra de esta idea, WEBBER (2009) 126-7.

⁵¹ SILVA (2012a).

⁵² SILVA (2012a) pp. 574-5.

⁵³ SILVA (2012a) pp. 605-7.

⁵⁴ SILVA (2012b).

⁵⁵ SILVA (2014) pp. 461-2.

⁵⁶ SILVA (2014) p. 462.

⁵⁷ SILVA (2012c) pp. 369-71.

⁵⁸ SILVA (2012a) pp. 608-11.

⁵⁹ SILVA (2012a) p. 610.

⁶⁰ CORONEL GÓMEZ, SONIA NODRILA CON PRESIDENTA DE LA REPÚBLICA (2017); ULLOA GUZMÁN, JUAN Y OTROS CON HONORABLES DIPUTADOS CLAUDIO ALVARADO Y OTROS (2007).

⁶¹ SILVA (2017).

III. LOS CRITERIOS

A pesar del poco auspicioso escenario que se dibuja para el Congreso Nacional de cara a la lectura constitucional, la literatura comparada ha comenzado a reivindicar su rol como intérprete constitucional. En esta sección se ofrecen los criterios que guiarán nuestra revisión del proceso legislativo nacional. Para que ambas secciones se comprendan en el contexto del trabajo que acá ofrecemos, es necesario anotar dos presupuestos sobre los que estos criterios se construyen.

1. DOS PRESUPUESTOS

Los presupuestos de este trabajo de revista al proceso legislativo son dos. Primero, que el constitucionalismo adecuadamente comprendido debe abandonar la idea de que su función es únicamente la de servir como límite al poder. Aunque entre nuestra doctrina existe esa tendencia, el énfasis en los límites descuida el hecho que las constituciones estatuyen “órganos que permiten a las personas cooperar y coordinarse en la búsqueda de proyectos que de otro modo no podrían perseguir”⁶², así como procedimientos e instituciones que aseguran la posibilidad que múltiples puntos de vista sean escuchados en la toma de decisiones⁶³. Una visión que solo acentúa los límites es normativamente debatible. Con ella se corre el riesgo de que todas las acciones de un Estado, incluso las que van en beneficio de las personas, sean sospechosas de ilegitimidad⁶⁴. El problema es que un Estado que no logra satisfacer el bienestar de sus ciudadanos, a veces porque es impedido de hacerlo desde los órganos de control, es uno que falla⁶⁵. ¿Quién configuraría una forma de constitucionalismo inútil? Por último, la comprensión del constitucionalismo como pura limitación al poder descansa en una premisa falsa: concebir el proyecto constitucional como uno acabado⁶⁶. Pero los principios del constitucionalismo solo están determinados en algunos de sus aspectos⁶⁷.

Segundo, que la aplicación de la Constitución por parte de legislador para crear leyes es en sí una forma de interpretación⁶⁸. Esto es ineludible, primero, por el carácter dinámico del ordenamiento constitucional: “una norma es válida”, y la ley no es la excepción, “en la medida que ha sido creada de la manera determinada por otra norma”⁶⁹. Así como las leyes deben ser interpretadas por la judicatura para obtener la “norma individual (...) la Constitución debe ser interpretada cuando se trata de aplicarla con la finalidad de sancionar leyes ordinarias”⁷⁰. Existe interpretación de la Constitución, entonces, mientras esta sea aplicada

⁶² WALDRON (2016) p. 34.

⁶³ WALDRON (2016) p. 36.

⁶⁴ WALDRON (2016) p. 31.

⁶⁵ BARBER (2018) p. 5.

⁶⁶ WEBBER (2009) p. 30.

⁶⁷ BARBER (2018) p. 14-5.

⁶⁸ Acá no se disputa que la interpretación del Congreso Nacional no pueda ser revisada por otro órgano. GUASTINI (2010) p. 47.

⁶⁹ KELSEN (1986) p. 118.

⁷⁰ KELSEN (1986) p. 129.

en el proceso legislativo⁷¹. Y esa interpretación alcanza a las normas tanto sustantivas de la Constitución como a las adjetivas; no es posible la aplicación de las primeras sin las segundas⁷². Como un órgano constituido, el Congreso Nacional actúa de conformidad a la Constitución, pero al hacerlo descansa en algunas de sus secciones (como los procedimientos) para actualizar la comprensión de otras⁷³.

Nos movemos ahora a examinar los criterios conforme a los que procederemos a identificar los espacios procedimentales en los que tiene lugar la interpretación constitucional del Congreso Nacional. Si bien la ley en tanto resultado final de la actividad legislativa es en sí misma una interpretación de la Constitución, no todos los actos que tienen lugar en el procedimiento legislativo pueden reclamar estar desempeñando tal función.

2. INSTITUCIONES COLECTIVAS Y VENCEDORES

Es común en nuestra práctica política agregar algún apellido a las leyes aprobadas, como el del o la congresal autora de la moción. La práctica ofrece una mala representación del proceso legislativo. Pareciera sugerir que es posible dar cuenta de resultado legislativo apelando a la intención o voluntad de una sola persona, como si lo único que importara fuera qué es lo que esa persona tenía a la vista al momento presentar la moción. Esto es un error que lesiona la integridad del proceso legislativo al no advertir que es uno que no puede reconstruirse adecuadamente prescindiendo del carácter colectivo de la creación legislativa⁷⁴.

Por ello que el criterio llama a examinar las instancias procedimentales del proceso legislativo que den cuenta de un desempeño institucional, antes que opiniones e intervenciones individuales⁷⁵. Al fin de cuentas, el proceso legislativo es uno que tiene éxito y está diseñado para agregar preferencias individuales⁷⁶. El criterio, entonces, apunta a prestar atención a lecturas constitucionales que ya han pasado un cierto umbral de seriedad⁷⁷ que los procedimientos permiten identificar⁷⁸.

Una primera consecuencia de este criterio consiste en apuntar que las leyes no son accidentes, son decisiones⁷⁹. Y que esas decisiones se estructuran sobre la base de procedimientos de los que resultan vencedores y perdedores⁸⁰. Aunque las legislaturas son instituciones específicamente diseñadas para favorecer la confrontación de visiones⁸¹, no da lo mismo quién se impuso. Quien gana no obtiene un premio, sino que “un derecho a que su

⁷¹ Kelsen (1990) p. 127.

⁷² Kelsen (2006) p. 129.

⁷³ Webber (2009) pp. 32; 44-5.

⁷⁴ Waldron (2003) p. 387-8. Esta práctica tiene un correlato jurisdiccional que merece el mismo reproche. Nourse (2016); Waldron (2016) pp. 162-3.

⁷⁵ Tushnet (2005) p. 270.

⁷⁶ Tushnet (2006) p. 369.

⁷⁷ Tushnet (2005) p. 270.

⁷⁸ Tushnet (2006) p. 370-1.

⁷⁹ Atria (2016) p. 169; Nourse (2016) p. 16; Waldron (2016) p. 126.

⁸⁰ Nourse (2016) p. 70.

⁸¹ Waldron (2016) p. 159.

propuesta sea tenida como ley de la república”⁸². Pero por ello sería problemático atribuir una interpretación constitucional a, o hurgar la intención legislativa en, las voces de quienes han perdido. Singularizar opiniones individuales al margen del contexto institucional en que tiene lugar sus intervenciones, ofrece una mala representación del trabajo legislativo.

Una segunda consecuencia consiste en advertir que las regulaciones constitucionales de algunas democracias requieren no solo que las decisiones legislativas sean aprobadas por mayorías, sino que por supermayorías (en Estados Unidos para evitar intervenciones filibusteras)⁸³. Esto es lo que Nourse denomina la dificultad supermayoritaria, a propósito de la facilidad con que una minoría puede frustrar la aprobación de leyes⁸⁴. Para lo que acá nos interesa, esta dificultad ofrece una variante procedimental que debemos considerar: preferir siempre aquella evidencia que se ha configurado por las mayorías a las que ha concurrido la multiplicidad de sectores políticos⁸⁵. La mejor evidencia, entonces, es aquella que conforme a las reglas del proceso puede imputarse a un grupo vencedor y, dentro de él, aquel que pueda exhibir la mayor concurrencia política⁸⁶.

3. ETAPAS Y SECUENCIAS

La voz institucional del Congreso Nacional es una que se construye sobre los cimientos de los procedimientos secuenciales que dan forma al proceso legislativo. Ese procedimiento se erige sobre la base de agregación de preferencias/revisión/agregación de preferencias (votación)⁸⁷. Esto nos permite llamar la atención sobre tres cosas que son relevantes. Primero, que el proceso legislativo es uno que se encuentra estructurado sobre la base de normas constitucionales, legales, internas y prácticas que han desarrollado a lo largo de los años sus propios participantes. Esas prácticas, que desde luego se han ido contorneando sobre la base de las mismas reglas legales vigentes (una cierta interpretación de la Constitución, de hecho), son muy importantes para poder auscultar la voz del Congreso Nacional⁸⁸.

Segundo, del hecho de que el proceso legislativo se estructure sobre la base de secuencias, podemos deducir que la interpretación constitucional del Congreso se va configurando de modo fragmentado. Un proyecto de ley atraviesa una serie de etapas (comisiones, votación en comisiones y salas) que no solo ofrecen margen para que los diferentes intervinientes puedan ajustar sus propias visiones, sino que, justamente por ello, ofrece comprensiones más acabadas a medida que se aproxima el fin de la tramitación.

Por último, el modo secuencial en que se configura la voluntad legislativa nos empuja a afirmar que las lecturas que se ubican en las etapas más tardías del proceso legislativo debieran pesar más al momento de identificar la interpretación constitucional del Congreso

⁸² WALDRON (2003) p. 384.

⁸³ El filibusteo consiste en “comportamiento legislativo (o la amenaza de tal comportamiento) animado a dilatar una decisión colectiva para obtener ventajas estratégicas”. KOGER (2010) p. 16.

⁸⁴ NOURSE (2016) p. 27-8.

⁸⁵ NOURSE (2016) p. 33.

⁸⁶ NOURSE (2016) pp. 153-4.

⁸⁷ NOURSE (2016) p. 152; WALDRON (2016) pp. 141-2.

⁸⁸ Su violación es acusada severamente, TUSHNET (2020) pp. 223-7.

que las que tuvieron lugar al comienzo del proceso legislativo⁸⁹. Por prístina que pueda parecernos una declaración en torno a la constitucionalidad de un proyecto de ley identificada durante el primer trámite legislativo, debemos preguntarnos si esa es una visión que soportó el paso de las diferentes etapas de la formación de la ley.

4. FUERA DE LA AMENAZA JUDICIAL

Tushnet ofrece un tercer criterio: observar el trabajo interpretativo del Congreso Nacional fuera de la amenaza de la revisión judicial⁹⁰. Esto es complejo de lograr en Chile por la baja barrera de activación que la revisión preventiva de constitucionalidad posee en Chile. En cualquier caso, la razón por la que esto debiera evitarse es doble. Primero, para hacer posible la identificación de la lectura constitucional legislativa en serio. Como la literatura se ha encargado de enfatizar, tener al tribunal de revisión a la vuelta de la esquina puede bien funcionar como un incentivo para no preocuparse de la constitucionalidad de un proyecto de ley⁹¹. Ello lesiona la integridad del proceso legislativo al crear incentivos no tanto para que se adopten decisiones controversiales, sino que, lo que es peor para la rendición de cuentas, la de crearlos para que esas decisiones no sean adoptadas en la rama representativa y sean dejadas a funcionarios “no electos o controlados”⁹².

Segundo, este criterio permite prestar atención a la forma en que el parlamento se relaciona de cara a la Constitución, antes que a la doctrina o una sentencia del tribunal de constitucionalidad⁹³. Por supuesto que esto debería empujarnos a examinar si acaso el Congreso Nacional realiza deliberaciones en torno a la forma en que debe aplicar la Constitución cuando no está frente a la amenaza judicial⁹⁴. Lo que es claro es que cuando lo está, la puede considerar. Un ejemplo reciente nos sirve para graficar el punto. Se trata de la discusión relativa al denominado tercer retiro. Frente a la declaración de inconstitucionalidad de un proyecto de reforma constitucional (segundo retiro)⁹⁵, al momento de discutir un tercer retiro se tuvo en cuenta qué debía hacerse para poder evitar una nueva sentencia en contra⁹⁶. Aunque ello podría verse como deseable por quienes abrazan la idea de un TC como intérprete final de la Constitución, también podría generar comportamientos indeseados que obscurecen el trabajo legislativo.

⁸⁹ La votación no es lo único que importa, pero tampoco es solo una solución de compromiso para poner fin al debate, WALDRON (1999b) pp. 108-10; ATRIA (2016) pp. 173-4.

⁹⁰ TUSHNET (2005) pp. 271-3.

⁹¹ SINCLAIR (2005) p. 293.

⁹² ELY (1980) 133-4.

⁹³ Sobre las relaciones entre el Congreso y la Corte Suprema de los Estados Unidos, PICKERILL (2005) pp. 160-7.

⁹⁴ Esta es la pregunta que se hace PICKERILL (2004) p. 19.

⁹⁵ *REQUERIMIENTO DE INCONSTITUCIONALIDAD PRESENTADO POR S.E. EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA, ROL 9797-20* (2020)

⁹⁶ En la discusión del denominado tercer retiro (Boletín N° 13.950-07), por ejemplo, en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento se sostuvo expresamente que no se le “tem[ía] al Tribunal Constitucional” o que se conocía “el riesgo del trámite ante el Tribunal Constitucional” y que por lo mismo se debía buscar una fórmula para “sortear dicha etapa de manera inteligente”.

Por supuesto que el hecho que el Congreso trabe diálogo con el órgano jurisdiccional de control de constitucionalidad no es algo que *per se* pueda reprocharse⁹⁷. En efecto, es la construcción en conjunto de comprensiones constitucionales, antes que la de una voz final que determine la adecuada interpretación constitucional, lo que mejor parece describir el modelo chileno. Sin embargo, y como hemos dicho al comienzo, acá nos centraremos en la identificación de los espacios procedimentales aptos para la interpretación constitucional del Congreso, antes que la de evaluar un eventual diálogo interinstitucional.

5. LA CONSTITUCIÓN FUERA DE LAS CORTES

Por último, la interpretación constitucional en sede legislativa es diferente, tanto en resultados como en métodos, a la que tienen lugar en sede judicial. El Congreso no es un tribunal ni opera con sus criterios. Las leyes y los razonamientos legislativos, por su parte, tampoco deben evaluarse con los cánones de interpretación que han sido desarrollados por y para los tribunales⁹⁸. No porque sean mejores o peores, sino porque obedecen a lógicas, instituciones e incentivos diferentes⁹⁹. Por ejemplo, mientras un grupo de jueces o juezas requiere en muchas ocasiones solo contar con un voto más para imponer su interpretación (o el voto dirimente de la presidencia en el TC), en el caso de las asambleas legislativas el grado de apoyo en favor de una posición es mucho más difícil de lograr¹⁰⁰. De otro lado, las legislaturas en tanto órganos de representación le hablan a una serie de audiencias¹⁰¹. Todo ello configura un cierto entorno institucional que produce unos ciertos tipos de razonamientos y decisiones que deben evaluarse en el propio mérito de los procedimientos legislativos¹⁰².

Y sin dejar de ser interpretaciones constitucionales. En efecto, la misma regulación constitucional, así como un cierto desarrollo jurisprudencial, ha definido zonas de la Constitución cuya aplicación está vedada al ingreso de los tribunales¹⁰³. La acusación constitucional es un ejemplo de las primeras, las denominadas cuestiones políticas un ejemplo de las segundas. En ambas materias al no poder ingresar los tribunales no tenemos estándares jurisdiccionales disponibles¹⁰⁴. Y aun así no dejamos de sostener que ellas importan la aplicación e interpretación de la Constitución¹⁰⁵ o que han dejado de ser asuntos constitucionales¹⁰⁶. En otras palabras, nadie se animaría a sostener que porque no hay una supervisión judicial o porque no existen criterios jurisprudenciales disponibles esas son decisiones que pueden adoptarse sin ningún límite constitucional¹⁰⁷.

⁹⁷ PICKERILL (2005) pp. 152-3.

⁹⁸ NOURSE (2016) p. 66; 85-8; 91-5.

⁹⁹ NOURSE (2016) pp. 17-8.

¹⁰⁰ NOURSE (2016) pp. 27-32.

¹⁰¹ NOURSE (2016) pp. 20-3.

¹⁰² NOURSE (2016) pp. 86-7.

¹⁰³ BASSA (2011) p. 221.

¹⁰⁴ TUSHENT (2006) pp. 358-9.

¹⁰⁵ Por amplios que sean los “márgenes de libertad interpretativa”. ZÚÑIGA (2011) p. 116; SILVA (2017).

¹⁰⁶ TUSHENT (2006) p. 358.

¹⁰⁷ Tampoco nadie afirma que para el TC la Constitución sería solo una “norma programática” porque no tiene un órgano que la controle desde afuera, ATRIA (2016) p. 259; LOVERA (2018) pp. 195-200.

Por lo señalado antes (II.1 y II.2), sin embargo, este es un criterio que debe enfrentar un entorno hostil. El cambio de paradigma hacia el denominado Estado constitucional de Derecho ha afectado crucialmente el papel del Congreso de cara a la Constitución. Pero ello no siempre fue así. Esto queda en evidencia cuando exploramos el propósito de obras que se acercaron al estudio de la labor legislativa mientras la Constitución era concebida como decisión política y cuya garantía de tutela estaba en la apertura de ella al proceso político¹⁰⁸. El profesor Jorge Huneeus, por ejemplo, afirmaba que sin descuidar la teoría, el trabajo que entonces presentaba se construía sobre apuntes que “venimos extractando de los *Boletines de Sesiones* de nuestras Cámaras”, nótese, “en todo aquello que se refieren a las discusiones habidas con motivo de la inteligencia y aplicación de los preceptos contenidos en nuestra Ley Fundamental”¹⁰⁹. Es en el Congreso que el profesor Huneeus buscó las discusiones acaecidas, las opiniones emitidas y, más importante aún, “las soluciones que han prevalecido (...) relativos a la Constitución que nos rige”¹¹⁰. No en vano Roldán afirmaría más tarde que “los poderes públicos que representan a la nación para el desempeño de la función lejislativa, se hallan en mejor situación que nadie para espresar la opinión de la misma sobre el alcance de los preceptos fundamentales”¹¹¹.

Quizá una de las pocas excepciones la ofrece el profesor Jaime Bassa, que se refiere explícitamente a los usos legislativos de la Constitución para destacar la labor interpretativa del legislador. Así, ha afirmado que “cada acto normativo que emana de su competencia supone la positivización de una determinada interpretación constitucional”¹¹². Si bien advierte que en caso de desacuerdos interpretativos se habilita la intervención del TC, afirma que muchas otras interpretaciones de la Constitución poseen plena validez y no son sometidas a control jurisdiccional¹¹³. Esto es lo que acontece con “la gran mayoría de las interpretaciones constitucionales que se encuentran presentes en la discusión de los proyectos de ley ... donde no participa un tribunal”¹¹⁴. No ofrece, sin embargo, un barrido de los momentos del proceso legislativo que serían propicios para que el Congreso ofrezca su lectura (pero tampoco era su objetivo).

IV. LOS MOMENTOS

¿Existen esos momentos?¹¹⁵ Esta sección revisita el proceso legislativo a efectos de identificar los que nos parecen son esas instancias del proceso de creación de las leyes a través de las que el Congreso Nacional interpreta la Constitución. Lo hacemos a la luz de los criterios recién enunciados y con dos presupuestos. Primero, que la ley misma, el resultado del proceso legislativo, puede muchas veces ser ella misma una interpretación obvia de la

¹⁰⁸ CARRASCO ALBANO (1858) pp. 240-1.

¹⁰⁹ HUNEEUS (1890) pp. 15-6.

¹¹⁰ HUNEEUS (1890) p. 16.

¹¹¹ ROLDÁN (1913) p. 494.

¹¹² BASSA (2011) p. 221.

¹¹³ BASSA (2011) pp. 222-3.

¹¹⁴ BASSA (2011) p. 223.

¹¹⁵ La pregunta no es trivial, GARRETT y VERMEULE (2005) p. 253.

Constitución como hemos venido diciendo antes. No la listamos acá, pero la comprensión constitucional de esa decisión puede iluminarse con las instancias que acá presentamos. Segundo, que seguimos en términos generales el camino que recorren las etapas del proceso legislativo. Aunque las lecturas de la Constitución se van construyendo a retazos, las lecturas posteriores derrotan a las anteriores. Con todo, tener presentes las lecturas anteriores es relevante en la medida que ellas puedan soportar bien el paso del tiempo legislativo¹¹⁶.

1. LA ADMISIBILIDAD

En primer lugar, el trámite de admisibilidad, aunque limitado a las decisiones que pasen por la sala; solo allí hay un respaldo colectivo. En efecto, en el trámite de admisibilidad se examina acaso el proyecto cumple con los requisitos técnicos y políticos que se requieren para que pueda ingresar a tramitación. En la práctica, dicha labor se lleva a cabo por los abogados de la secretaría de cada una de las cámaras, que emiten un informe que entrega al presidente del Senado o de la Cámara para que ratifique dicha decisión. Sin perjuicio de lo anterior, el art. 15 inc. 1° LOC del Congreso Nacional (LOCCN) permite a la sala reconsiderar esta decisión a través de una votación de admisibilidad de la iniciativa, en cuyo caso continúa su tramitación¹¹⁷. Cuando la discusión sobre la que se traba la admisibilidad de un proyecto de ley es una sobre su constitucionalidad –inadmisibilidad por inconstitucionalidad de fondo¹¹⁸– y el asunto se decide en sala, hay allí una lectura e interpretación de la Constitución imputable al Congreso Nacional¹¹⁹.

Esto es lo que ocurrió con el primer proyecto de ley presentado para autorizar un retiro excepcional de los fondos de las AFP¹²⁰. El proyecto recibió un informe negativo de la secretaría de la Cámara por versar sobre materias que eran de iniciativa exclusiva del PDR. El informe fue sometido a votación en sala la que respaldó la inadmisibilidad por 52 votos contra 41. En términos similares, la discusión en general de un proyecto de ley también puede abrirse como un espacio propicio para la deliberación constitucional. Por ejemplo, en el proyecto de ley que Fortalece la fiscalización y la persecución de los delitos de robo y hurto de madera en troza (Boletín N° 12.001-25) se trabó una interesante discusión en del Senado en lo relativo a las razones por las que el proyecto se había enviado a la Comisión de Seguridad para su estudio, en vez de a la de Constitución. El Senador Quintana sostuvo durante la discusión en general del proyecto que “no hay condiciones para aprobar esto hoy día, más aún si no trae un informe de la Comisión de Constitución”. El proyecto fue rechazado en general en el Senado.

¹¹⁶ NOURSE (2016) p. 157.

¹¹⁷ BRONFMAN y otros (2013) pp. 199-200.

¹¹⁸ SOTO (2015) pp. 197-8.

¹¹⁹ Habría que incluir acá, desde luego, la comisión mixta a que da lugar la declaración de inadmisibilidad en la cámara revisora, de conformidad al art. 15 inc. 2° LOCCN. Esto es lo que aconteció en el proyecto de ley sobre el denominado posnatal de emergencia. “Pasa a Comisión Mixta: Senado declaró inadmisibile proyecto de posnatal de emergencia”, www.cnnchile.cl (18.06.2020). Disponible en: https://www.cnnchile.com/pais/senado-postnatal-emergencia-inadmisibile_20200618/. Fecha de consulta: 12 de abril de 2021.

¹²⁰ La información en “Cámara de Diputados declara inadmisibile retiro de fondos de AFP”, www.diarioconstitucional.cl (16/04/2020). Disponible en: <https://www.diarioconstitucional.cl/2020/04/16/camara-de-diputados-declara-inadmisibile-retiro-de-fondos-de-afp/>. Fecha de consulta: 12 de abril de 2021.

2. LAS INDICACIONES

De conformidad al art. 69 CPR, “[t]odo proyecto puede ser objeto de adiciones o correcciones en los trámites que corresponda”. Las indicaciones a los proyectos de ley¹²¹ ofrecen un interesante espacio para la interpretación de la Constitución en el proceso legislativo. Por lo pronto, ellas se encuentran disciplinadas por las ideas matrices o fundamentales de los proyectos de ley (art. 69 inc. 1º CPR). Esto es relevante en el contexto de lo que acá comentamos si esas ideas exponen la forma en que el proyecto de ley cuya discusión se inicia se vincula a una cierta inteligencia de la Constitución (aunque ocurre más en los mensajes que las mociones¹²²).

Es relevante, además, porque de conformidad al art. 24 inc. 2º LOCCN no se admitirán las indicaciones “contrarias a la Constitución política”. Evidentemente este es un momento en que el Congreso puede trabar una discusión respecto a la constitucionalidad de una indicación¹²³. Además, en el inc. 3º del mismo precepto se señala que las indicaciones se encuentran gobernadas por las mismas reglas relativas a la iniciativa legal, de modo que sobre las materias de iniciativa exclusiva del PDR solo este tiene titularidad para presentar las indicaciones. Como sabemos, el alcance de estas materias es también una cuestión de interpretación constitucional. Así lo indica, aunque de modo oblicuo, el profesor Silva Bascuñán, cuando señala que las dudas relativas a la adecuada formulación de las indicaciones “se transforma[n] (...) en una cuestión de constitucionalidad que puede ser presentada al Tribunal de tal jurisdicción”¹²⁴.

Ahora bien, el momento de las indicaciones en el que debemos observar acaso existe una interpretación constitucional del Congreso Nacional no es el relativo a su presentación. Podrían ser (como en el caso del PDR) lecturas individuales. ¿Existe acá algún momento de lectura colectiva? Si bien la facultad de declarar la inadmisibilidad de las indicaciones por infringir la Constitución está puesta en manos del presidente de la sala, la sala o la comisión, en su caso, puede reconsiderar dicha resolución (art. 25 inc. 1º LOCCN)¹²⁵. Un segundo momento lo representa la posibilidad de que una indicación aprobada en la cámara de origen sea luego declarada inadmisibles en la revisora¹²⁶.

3. LOS INFORMES DE LAS COMISIONES

Las comisiones de trabajo legislativo participan de lo que se denomina el trabajo interno de cada una de las cámaras y realizan el estudio de proyectos que se encuentran en

¹²¹ SILVA BASCUÑÁN (2000) p. 122.

¹²² Desde luego que es la discusión colectiva de las indicaciones a la luz de las ideas matrices y no las ideas matrices mismas la que debiéramos observar en busca de un valor interpretativo. BRONFMAN (1998) pp. 114-5.

¹²³ *REQUERIMIENTO DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA RESPECTO DE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE “LA ACTUACIÓN DEL SENADO”*, ROL N° 2025-11 (2011), cons. 61.

¹²⁴ SILVA BASCUÑÁN (2000) p. 128.

¹²⁵ No es el objeto de este trabajo evaluar acaso esas interpretaciones son adecuadas o no, sino si acaso existe ese espacio procedimental para que el Congreso pueda embarcarse en una interpretación de la Constitución. Por vía indirecta, criticando que esta era la regla bajo la Constitución de 1925 hasta la introducción del TC, FERMANDOIS y GARCÍA (2009) p. 289.

¹²⁶ SOTO (2015) pp. 199-200..

primer o segundo trámite constitucional¹²⁷. Allí tiene lugar el estudio más detallado de las propuestas legislativas¹²⁸. Parecen ser un espacio particularmente ideal para buscar en ellas un momento procedimental de lectura constitucional: son órganos colegiados¹²⁹, deliberan con cuidado, están conformadas observando criterios de pluralismo partidista, puede reunir todos los antecedentes necesarios para el acertado estudio de un proyecto, incluyendo la citación a expertos (art. 223 inc. 1° del reglamento de la Cámara de Diputados y Diputadas) y en la experiencia comparada se las ha visto como instancias que ofrecen especialización y continuidad en su composición¹³⁰.

Su labor concreta consiste en elaborar un “informe que ilustra y propone el texto definitivo de proyecto de ley a la Sala”¹³¹. El contenido de esos informes ofrece un material que parece ir satisfaciendo varios de los estándares antes enunciados, particularmente cuando en ellos se disponen los acuerdos de la comisión, las opiniones de mayoría y minoría configuradas en la instancia y decisiones que sin duda obedecen a una lectura e interpretación constitucional (como la determinación del quórum con que deben votarse ciertas disposiciones)¹³². Dentro de las comisiones legislativas, todavía, hay una respecto de lo que no hay que hacer demasiadas conjeturas respecto a su relevancia en la lectura e interpretación constitucional: la Comisión de Constitución, Legislación Justicia y Reglamento (en cada cámara). Una de las pocas referencias en la literatura se encuentra en Bronfman y otros, donde señalan que esta comisión “informa acerca de las dudas de constitucionalidad”¹³³ de un proyecto. La otra mención la ofrece el profesor Soto, quien la ubica, detrás de la de hacienda, en un lugar de relevancia del proceso legislativo: la comisión que ofrece “la opinión jurídica más autorizada en ambas cámaras”¹³⁴.

Pese al prestigio de los informes, sin embargo, debe ponerse una nota de cautela frente a esencialismos: se trata de lecturas (sus informes) que pueden ser derrotadas más adelante. Pero son un muy buen primer indicio en la medida que la disciplina legislativa en general permite la comunión entre las voces representadas en la comisión respectiva y la votación en sala¹³⁵. Aunque esto es algo que descansa más en prácticas que reglas, lo relevante es acaso los compromisos que se han alcanzado en las comisiones luego se mantienen¹³⁶.

4. LOS INFORMES DE LAS COMISIONES MIXTAS

Las comisiones mixtas tienen una función diferente a las anteriormente vistas: resolver los desacuerdos entre las dos cámaras, sea que este se produzca con respecto a la totalidad (art. 70 CPR) o algunas de las secciones (art. 71 CPR) del proyecto. Si tomamos

¹²⁷ BRONFMAN y otros (2013) p. 206.

¹²⁸ SOTO (2015) p. 53.

¹²⁹ BRONFMAN y otros (1993) p. 444.

¹³⁰ NOLTE (2003) p. 59.

¹³¹ BRONFMAN y otros (2013) p. 210.

¹³² BRONFMAN y otros (2013) pp. 211-7.

¹³³ BRONFMAN y otros (2013) p. 85.

¹³⁴ SOTO (2015) pp. 63-4.

¹³⁵ SOTO (2015) p. 53.

¹³⁶ NOURSE (2016) p. 79.

en cuenta quiénes intervienen, su operación y el momento en que lo hacen, ofrecen un relevante momento de interpretación constitucional. Primero, su composición es bicameral: 5 representantes del senado y 5 de la cámara. Y de cada cámara concurren quienes participaron de la comisión que informó el proyecto, cuidando incluso la representación de las posturas mayoritarias y minoritarias en la misma¹³⁷.

En cuanto a su función, consiste en ofrecer bases que permitan superar el desacuerdo entre las cámaras. El momento para la lectura constitucional es propicio no solo desde el punto de vista procedimental, sino por el ánimo no conflictivo que imperaría en ellas¹³⁸. Además, conviene advertir la forma particular en que procede la tramitación legislativa de los informes de las comisiones mixtas: se votan en conjunto.

Por último, lo que es especialmente relevante en el recorrido del proceso legislativo, la comisión mixta aparece ya bastante avanzado el mismo: al finalizar el tercer trámite. Cuando el desacuerdo que dio lugar a la formación de la comisión mixta es uno en torno a la eventual disparidad de criterios respecto a la constitucionalidad de un proyecto de ley, o cuando no lo hace, pero necesariamente involucra un ejercicio de interpretación de las mismas atribuciones de la comisión¹³⁹, entonces el resultado del trabajo de la comisión mixta posee un importante *pedigree* de interpretación constitucional. Quizá uno de los más intensos, de hecho, en la medida que es allí el momento en que surgen formulaciones legislativas que, animadas a resolver el conflicto, deben concitar el mayor apoyo transversal. La evidencia de acuerdos multipartidistas –posible por la estructura misma de la comisión– ofrece “la mejor evidencia de calidad”¹⁴⁰.

5. LAS VOTACIONES

Tanto las votaciones en general como las en particular ofrecen otra instancia de lectura e interpretación constitucional. Por supuesto que no solo el acto mismo de votación, sino las deliberaciones allí sostenidas y, dentro de ellas, las que han apoyado el proyecto de ley. Lo que en esta instancia se busca son “decisiones y votaciones, no historias”¹⁴¹. Las deliberaciones que se impusieron ofrecen una cierta lectura de la Constitución. Por ello las votaciones son relevantes. Permiten un primer criterio formal conforme al que podemos listar ganadores/perdedores del trámite legislativo. Esto es importante porque sería una reconstrucción antojada de la interpretación constitucional del Congreso el arrancar de un retazo del texto para tratar de hacerlo calzar con la lectura individual de un parlamentario, una parlamentaria, o en cualquier caso de un grupo cuya posición fue derrotada en el debate legislativo¹⁴².

¹³⁷ SOTO (2015) p. 158.

¹³⁸ SOTO (2015) p. 160.

¹³⁹ La sección completa de SOTO (2015) sobre comisiones mixtas es un muy buen ejemplo de esto.

¹⁴⁰ NOURSE (2016) p. 155. Con todo, no debemos pasar por alto su configuración y las reglas de votación en las mismas (con voto personal, no en representación de las mayorías de las cámaras). Se podrían alterar las representaciones. DE LA FUENTE y LÜBBERT (2018) pp. 24-5, 29-30.

¹⁴¹ NOURSE (2016) p. 156.

¹⁴² NOURSE (2016) pp. 70-9.

En segundo lugar, y acá se vuelven relevante otra vez las regulaciones del proceso, ese momento de votación debe observarse a la luz de las discusiones sustantivas que se han tenido antes, de modo que los informes de comisiones, en alguna medida, pero en especial el de las comisiones mixtas, se vuelven especialmente relevantes. Esto permite modular la relevancia que se le confiere a las opiniones en sala. Por ejemplo, las lecturas de quienes busquen alterar los acuerdos alcanzados en la comisión mixta debieran ser desechadas si tanto quienes las formulan, como la sala en general, termina votando a favor el informe de aquélla. No es la votación en sala que sigue a la votación de un informe de comisión mixta una instancia para “cambiar la decisión del grupo”¹⁴³.

6. LAS CUESTIONES DE CONSTITUCIONALIDAD

Las cuestiones de constitucionalidad son por definición actos colectivos y versan de manera explícita respecto de la lectura e interpretación de la Constitución. El solo hecho de que exista la posibilidad de requerir al TC y que arranque de un conflicto¹⁴⁴, permite inferir que en las cámaras se interpreta la Constitución. Solo que existe un desacuerdo político respecto de su lectura. Por ello los requerimientos de constitucionalidad preventivos parecen encuadrarse en los criterios identificados arriba. Sin embargo, debemos anotar algunas precisiones que disminuyen su relevancia sustantiva, descartando, para empezar, la hipótesis conforme a la que quien recurre es el PDR. Quedan disponibles dos alternativas de las que regula el art. 93 N° 3 en relación con el 93 inc. 4° CPR. En ambas interviene una colectividad de integrantes del Congreso Nacional que reclama la eventual inconstitucionalidad: una cuarta parte de sus miembros en ejercicio o por cualquiera de las cámaras.

Acá sostenemos que desde luego la segunda de las alternativas permite identificar al Congreso Nacional como un intérprete de la Constitución, en la medida que es una de las cámaras la que emite su reclamo. Sin embargo, habría que revisar la composición con que se ha construido el reclamo de la cámara para determinar si en ella han tomado parte las diferentes representaciones políticas. Esto podría ocurrir tratándose de desacuerdos entre el Congreso y la presidencia. Otro tanto ocurre con la primera de las hipótesis. Si como suele ocurrir –en parte por la baja barrera para gatillar el control– el reclamo acuña solo la opinión de una minoría política que está en desacuerdo con la legislación bajo discusión, que además pertenece a un mismo conglomerado, entonces carece de ese perfil multipartidista que un proceso acabado, una comisión mixta o una votación en sala, por ejemplo, sí exhiben.

En cualquier caso, ambas alternativas presentan un problema (fatal, podría decirse) adicional de cara a los criterios: en ambos casos, aunque se trata de una lectura que arranca del Congreso, se termina llevando la definición del debate al TC. Parafraseando a Tushnet, se trata de una renuncia a la decisión constitucional en que se termina llevando la Constitución fuera del Congreso¹⁴⁵.

¹⁴³ NOURSE (2016) p. 156.

¹⁴⁴ LÜBBERT (2010) pp. 29-30.

¹⁴⁵ TUSHNET (1999).

7. LA RESERVA DE CONSTITUCIONALIDAD

Por estar estrechamente vinculadas al requerimiento podríamos agregar las reservas de constitucionalidad. El art. 63 inc. 2° LOCTC dispone que al requerimiento de constitucionalidad deben acompañarse “copias íntegras de las actas de sesiones de sala o comisión en las que se hubiere tratado el problema”. Las reservas podrían considerarse también como una forma de interpretación constitucional imputable al Congreso¹⁴⁶, pero solo bajo condiciones demasiado exigentes que son difíciles de advertir en la práctica y de encuadrar dentro de la lógica misma del proceso legislativo.

¿Cuáles serían esas condiciones? Debería tratarse de una reserva que cuente con un respaldo colectivo que se haya configurado con voces provenientes de las diferentes bancadas. Además, para que esa lectura (preventiva, en todo caso) pueda atribuirse al Congreso Nacional, debería provenir de una mayoría (eventual vencedora) y no, en cambio, solo de una minoría¹⁴⁷. Menos cuando el grupo que realiza la reserva pertenece al mismo sector político, pues en ese caso se trata de intervenciones que no han sido deliberadas con otras posiciones¹⁴⁸ o que, habiéndolo sido, no han logrado alcanzar un umbral mínimo de seriedad¹⁴⁹.

Acá conviene mencionar el segundo punto, ¿es posible esto en la lógica del proceso legislativo? Difícil, pues la mayoría terminaría incluyendo su lectura constitucional en la decisión legislativa, quizá salvo en un caso: que se trate de una reserva que el Congreso Nacional formula frente a un Mensaje presidencial. Es decir, tratándose de una disputa entre las dos cabezas colegisladoras (sin dejar de considerar las demás herramientas institucionales animadas a destrabar ese desacuerdo). Por supuesto que desde el punto de vista de las regulaciones del proceso es difícil concebir un caso tal —uno en que el Mensaje presidencial avance a pesar de la oposición del Congreso Nacional—, mientras que desde el punto de vista político uno esperaría que la coalición de gobierno cuidara las espaldas de la presidencia. Con todo, se trata de una herramienta que sigue alojando la decisión final en otro órgano: el TC.

8. VETO E INSISTENCIA

De acuerdo con el art. 73 inc. 1° CPR, el PDR puede manifestar su desaprobación al proyecto de ley aprobado por ambas cámaras. Esa desaprobación, que puede versar sobre múltiples asuntos (como por apartarse de la política pública que se empuja desde la presidencia)¹⁵⁰, puede hacerlo sobre la constitucionalidad del proyecto aprobado. Así, el

¹⁴⁶ PEÑA (2013) p. 37.

¹⁴⁷ Esto no quiere decir que esa lectura minoritaria no pueda luego imponerse en otro lugar, como en el mismo TC, sino solo que esa lectura no puede atribuirse al Congreso Nacional. Sobre la lógica detrás de las legitimaciones activas, CONTRERAS y LOVERA (2020) pp. 224-5.

¹⁴⁸ Por ejemplo, en el caso del proyecto de ley que Establece en favor del Estado una compensación, denominada royalty minero, por la explotación de la minería del cobre y del litio (Boletín N° 12.093-08), un grupo de parlamentarios exclusivamente de Chile Vamos presentó una reserva de constitucionalidad.

¹⁴⁹ ¿Qué relevancia habría que dispensarle a una lectura de la Constitución que siquiera ha concitado el respaldo de una cuarta parte de los y las integrantes del Congreso Nacional? Por eso no compartimos la posición de PEÑA (2013) p. 37, que atribuye a las reservas el operar como una herramienta que las minorías que no han logrado ese quórum puedan defenderse —lo que es decidor, pues podría haber dicho defender la Constitución—.

¹⁵⁰ En el origen del uso del veto en Estados Unidos, se disputó que este fuera utilizado para asuntos de política ordinaria para ser reservado solo para casos extremos, FISHER (2014) pp. 130-35.

veto presidencial puede ser la vía a través de la que el PDR presenta su lectura e interpretación de la Constitución¹⁵¹ que él o ella también debe observar y cuidar.

Lo que nos interesa acá es la lectura e interpretación constitucional del Congreso Nacional. Y la presentación del veto permite observar dos instancias en que ello ocurre. Una menos obvia y una más obvia. La menos obvia tiene lugar al momento en que debe revisarse la admisibilidad de las observaciones presidenciales (parecido a lo que acontece con las indicaciones en IV.2). De acuerdo con el art. 32 LOCCN, las observaciones del PDR deberán ser declaradas admisibles por el presidente de la Cámara de origen, pues solo se admitirán aquellas que “tengan relación directa con las ideas matrices o fundamentales del mismo”. Valga lo dicho más arriba respecto a cómo esas ideas se vinculan a una cierta lectura de la Constitución. Ahora bien, el inc. 3º del mismo precepto señala que la sala podrá “reconsiderar la declaración de inadmisibilidad efectuada por su presidente”. Se abre allí un espacio de decisión colectiva para que ello ocurra.

En 2014 un grupo de parlamentarios presentó una cuestión de constitucionalidad en el TC. Reclamaban que al haber la sala ratificado la inadmisibilidad de un puñado de observaciones presidenciales, se lesionaban las atribuciones presidenciales y se burlaban los quórum constitucionales. En efecto, sostuvieron, si la sala quería perseverar en su proyecto debería hacerlo por dos tercios de sus miembros presentes, quórum más exigente que la mayoría simple que se requería para ratificar la inadmisibilidad de las observaciones¹⁵². Más allá del resultado de esa gestión –buscamos lecturas independientes del Congreso, no sujetas a otros cánones como los judiciales–, resulta de interés anotar la defensa que el presidente de la corporación hizo ante el TC frente a ese requerimiento: “la distinción que hacen los requirentes entre el ‘acuerdo político’, por una parte, y las ‘razones jurídico-constitucionales’, por la otra, es una distinción artificial, pues todas las decisiones que adopta la Cámara de Diputados son de carácter político, de modo que lo jurídico y lo político se complementan y no se contradicen, ya que la decisión política se adopta en conformidad a la Constitución, la Ley y el Reglamento”¹⁵³.

Nos resta mirar la oportunidad más obvia. Esta tiene lugar cuando el Congreso Nacional rechaza el veto del PDR que contenía su doctrina constitucional e insiste con la suya propia. En otras palabras, a través del veto puede trabarse una verdadera cuestión abstracta de constitucionalidad, solo que se resuelve –al menos hasta acá– en el Congreso mismo¹⁵⁴. Esto fue lo que ocurrió en el proyecto de ley aprobado también en el contexto de la pandemia producto del COVID-19 y que suspendía el corte de servicios básicos por no pago (Boletín N° 13.315-08). Allí el PDR fue explícito en el reproche de constitucionalidad que le formulaba al proyecto aprobado en ambas cámaras. Así, se lee en el Oficio por el que hacía presente el veto que, “durante la tramitación del proyecto de ley se realizaron diversas reservas de constitucionalidad, toda vez que las mociones, durante su tramitación, incorporaron

¹⁵¹ FISHER (2011) pp. 53-5.

¹⁵² El comentario crítico de esta sentencia se encuentra en GARCÍA (2014).

¹⁵³ La cita está tomada de *REQUERIMIENTO DE INCONSTITUCIONALIDAD PRESENTADO POR UN GRUPO DE SENADORES*, ROL N° 2646-14 (2014).

¹⁵⁴ LOVERA y VALDÉS (2020) p. 45.

normas que afectan, principalmente, al derecho a la igual repartición de las cargas públicas y al derecho de propiedad. Lo anterior, debido a que se impone por ley una carga pública a prestadores de servicios públicos sin compensación, en términos tales que afectan nuestra Carta Fundamental¹⁵⁵. El veto fue rechazado en ambas cámaras durante una sesión en que se abordó explícitamente la cuestión relativa al reproche de constitucionalidad¹⁵⁶. El Congreso Nacional no alcanzó el quórum necesario para insistir (lo hizo la Cámara, no el Senado).

Esto permite advertir dos cosas. Primero, que la lectura constitucional del Congreso de todas formas se impuso, pero que por una cuestión de regulación constitucional del proceso legislativo no pudo transformarse en ley de la república (al menos en los aspectos respecto de los que se trabó el impasse constitucional, art. 36 inc. 1° LOCCN). Acá hay una de esas manifestaciones en la que la balanza se inclina en favor del PDR en el trámite legislativo, aunque no se imponga en los hechos. Segundo, que por eso conviene distinguir la ley como producto final del trabajo legislativo de las demás instancias en que el Congreso Nacional va construyendo sus lecturas e interpretaciones de la Constitución. Como la experiencia de un primer proyecto de retiro de fondos de las AFP rechazado enseña, nunca se sabe cuándo esa interpretación va a ser necesaria nuevamente.

IV. CONCLUSIONES

Este trabajo ha comenzado haciendo una evaluación de algunas de las razones que explican el rol devaluado que la legislación y el Congreso Nacional tienen en lo que respecta a la lectura e interpretación constitucional. En términos generales, ello se debe a una cierta concepción de la Constitución, como norma jurídica, y al arreglo institucional que acompaña a esa cierta concepción, un tribunal que reclama –y al que alguna parte importante de la doctrina le reconoce– el rol de intérprete final e inapelable de aquélla. En este trabajo, aunque estamos lejos de ser los primeros, reclamamos que dicho enfoque es solo parcial y que desconoce el rol relevante que le cabe al Congreso Nacional en la lectura e interpretación constitucional y que tiene lugar en el proceso legislativo.

Desde luego que para que ese reclamo tengo sentido, debe haber un correlato institucional que lo haga posible¹⁵⁷. Por ello, identificamos los criterios que en el derecho comparado se han sugerido para poder concebir al legislador en tanto intérprete de la Constitución. Estos criterios son relevantes en la medida que permiten depurar las actuaciones que son susceptibles de ser imputadas al Congreso Nacional a partir de sus propios procedimientos, reglas y cánones. Enseguida revistamos el proceso legislativo para identificar acaso nuestro proceso legislativo ofrece esos espacios –es decir, instancias del proceso que dialoguen con los criterios identificados–. Hemos mostrado que sí.

¹⁵⁵ Oficio de S.E. el Presidente de la República (N°110-368), por el cual formula observaciones al proyecto, 9 de julio de 2020, pp. 9-10.

¹⁵⁶ El diputado Boris Barrera, por ejemplo, sostuvo en la sesión del día 13 de julio que “si el Gobierno pensaba en problemas de constitucionalidad habría recurrido al Tribunal Constitucional y no lo hizo porque estima que no tienen argumento para ello, puesto que el derecho a la propiedad no está sobre el derecho a la salud y a la vida...”.

¹⁵⁷ Esto está lejos de ser algo que debe tenerse por supuesto. GARRETT y VERMEULE (2005).

Por supuesto que un escrutinio del Congreso Nacional en tanto lector e intérprete de la Constitución no puede quedarse alojado únicamente en los contornos procedimentales que, como hemos dicho, se ofrecen como idóneos para que esa lectura e interpretación ocurran. Primero, es posible que esos procedimientos pudieran mejorarse si lo que nos interesa es que la deliberación en torno a los asuntos constitucionales en el proceso legislativo fuera más consciente. Segundo, es necesario, además –la agenda de investigación futura que este trabajo ofrece–, avanzar en la exploración cualitativa de la forma precisa en que la experiencia del trabajo legislativo encara esa tarea.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ATRIA, Fernando (2011): “Jurisprudencia constitucional”, en MARSHALL, Pablo (coord.), *Jurisprudencia Constitucional Destacada. Análisis crítico* (Santiago, AbeledoPerrot/LegalPublishing).
- ATRIA, Fernando (2016): *La forma del derecho* (Madrid, Marcial Pons).
- BASSA, Jaime (2011): “De las competencias para la interpretación de los derechos fundamentales”, en FERRADA, Juan Carlos (coord.), *Estudios de Derecho Público. El principio de separación de poderes. Actas de las XL Jornadas de Derecho Público* (Santiago, Abeledo Perrot/Thomson Reuters) pp. 211-234.
- BASSA, Jaime y VIERA, Christian (2017): *Elementos de teoría e interpretación constitucional para el proceso constituyente* (Santiago, Thomson Reuters).
- BARBER, Nicholas W. (2018): *The Principles of Constitutionalism* (Oxford, Oxford University Press).
- BAYÓN, Juan Carlos (2005): “Derechos, democracia y Constitución”, en CARBONELL, Miguel (edit.), *Neoconstitucionalismo(s)* (Madrid, Editorial Trotta, segunda edición) pp. 211-238.
- GARNER, Bryan A. (edit.) (1999): *Black’s Law Dictionary* (St. Paul, West Group, séptima edición).
- BRONFMAN, Alan (1998): “El mensaje y el fundamento de la moción”, en OELCKERS, Osvaldo y otros (edits.), *La Técnica Legislativa ante la Elaboración de la Ley* (Valparaíso, Centro de Estudios y Asistencia Legislativa UCV) pp. 105-142.
- BRONFMAN, Alan; DE LA FUENTE, Felipe y PARADA, Fernando (1993): *El Congreso Nacional. Estudio constitucional legal y reglamentario* (Valparaíso, CEAL).
- BRONFMAN, Alan; CORDERO, Eduardo y ALDUNATE, Eduardo (2013): *Derecho Parlamentario Chileno. Funciones y atribuciones del Congreso Nacional* (Santiago, LegalPublishing).
- CARBONELL, Miguel (2010): “El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis”, en CARBONELL, Miguel y GARCÍA, Leonardo (edits.), *El canon neoconstitucional* (Madrid, Editorial Trotta – UNAM) pp. 153-164.
- CEA, José Luis (2006): *Escritos de Justicia Constitucional* (Santiago, Tribunal Constitucional de Chile).
- COMANDUCCI, Paolo (2002): “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico”, *Isonomía*, N° 16: pp. 89-112.

- CONTRERAS, Pablo y LOVERA, Domingo (2020): *La Constitución de Chile* (Valencia, Tirant lo Blanch).
- CORDERO, Eduardo (2010): “La potestad legislativa, los tipos de ley y sus relaciones internas en el derecho nacional”, *Revista de Derecho*, vol. 23, Nº 1: pp. 125-153.
- COUSO, Javier (2011): “Models of Democracy and Models of Constitutionalism: The Case of Chile’s Constitutional Court, 1970–2010”, *Texas Law Review*, vol. 89, Nº 7: pp. 1517-1536.
- DE LA FUENTE, Gabriel y LÜBBERT, Valeria (2018): “Comisiones mixtas en el proceso legislativo chileno”, *Revista Hemiciclo*, Año 9, Nº 18: pp. 15-34.
- DEVINS, Neal y WHITTINGTON, Keith E. (2005) “Introduction”, en DEVINS, Neal y WHITTINGTON, Keith E. (eds.), *Congress and the Constitution* (Durham y Londres, Duke University Press) pp. 1-17.
- DWORKIN, Ronald (1986a): *A Matter of Principle* (Cambridge, Harvard University Press).
- DWORKIN, Ronald (1986b): *Law’s Empire* (Cambridge, Harvard University Press).
- DWORKIN, Ronald (1996): *Freedom’s Law. The moral reading of the American Constitution* (Oxford y Nueva York, Oxford University Press).
- FERMANDOIS, Arturo (2005): “Efecto vinculante de las sentencias del Tribunal Constitucional: ¿mito o realidad?”, en ZÚÑIGA, Francisco (edit.), *Reforma Constitucional* (Santiago, LexisNexis).
- FERMANDOIS, Arturo y GARCÍA, José Francisco (2009): “Origen del presidencialismo chileno: reforma constitucional de 1970, ideas matrices e iniciativa legislativa exclusiva”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 36, Nº 2: pp. 281-311.
- FERNÁNDEZ, Miguel Ángel (2001): “La Fuerza Normativa de la Constitución”, *Revista de Derecho Público*, Nº 63: pp. 77-102.
- FERNÁNDEZ, Miguel Ángel (2006): “La sentencia del Tribunal Constitucional, su eventual carácter vinculante y la inserción en las fuentes del derecho”, *Estudios Constitucionales*, vol. 4, Nº 1: pp. 125-149.
- FERRAJOLI, Luigi (2001): “Derechos fundamentales”, en FERRAJOLI, Luigi (ed.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales* (Madrid, Editorial Trotta) pp. 19-39.
- FERRAJOLI, Luigi (2005): “Pasado y futuro del Estado de derecho”, en CARBONELL, Miguel (edit.), *Neoconstitucionalismo(s)* (Madrid, Editorial Trotta, segunda edición) pp. 13-30.
- FISHER, Louis (2011): *Defending Congress and the Constitution* (Kansas, The University Press of Kansas).
- FISHER, Louis (2014): *Constitutional Conflicts between Congress and the President* (Kansas, The University Press of Kansas, sexta edición).
- GARCÍA, José Francisco (2014): “Veto presidencial erosionado”, *El Mercurio Legal* (22.05.2014). Disponible en: <https://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2014/05/22/Veto-presidencial-erosionado.aspx>. Fecha de consulta: 18 de noviembre de 2020.
- GARCÍA, José Francisco y SOTO, Sebastián (2009): “Una mirada económica al diseño constitucional chileno: impacto sobre el proceso legislativo y la acción de los grupos de interés”, *Ius et Praxis*, vol. 15, Nº 1: pp. 353-372.

- GARDBAUM, Stephen (2012): “The Place of Constitutional Law in the Legal System”, en ROSENFLED, Michel y SAJÓ, Andrés (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (Oxford, Oxford University Press) pp. 169-185.
- GARRETT, Elizabeth y VERMEULE, Adrian (2005): “Institutional Design of a Thayerian Congress”, en DEVINS, Neil y WHITTINGTON, Keith E. (eds.), *Congress and the Constitution* (Durham y Londres, Duke University Press), pp. 242-268.
- GÓMEZ, Gastón (2005): “La reforma constitucional a la jurisdicción constitucional. El nuevo Tribunal Constitucional chileno”, en ZÚÑIGA, Francisco (edit.), *Reforma Constitucional* (Santiago, LexisNexis).
- GUASTINI, Riccardo (2010): *Teoría e ideología de la interpretación constitucional* (trads. Miguel Carbonell y Pedro Salazar, Madrid, UNAM - Editorial Trotta, segunda edición).
- GUASTINI, Ricardo (2016): *La sintaxis del Derecho* (Madrid, Marcial Pons).
- HENRÍQUEZ, Miriam (2012): “El concepto de ley en el actual sistema de Fuentes del Derecho chileno”, en TÓRTORA, Hugo (coord.), *Las Fuentes Formales del Derecho Público* (Santiago, Editorial Metropolitana) pp. 291-304.
- HUNEEUS, Jorge (1890): *La Constitución ante el Congreso*, Segunda parte (Santiago, Imprenta Cervantes, segunda edición).
- KATYAL, Neal (2000): “Impeachment as congressional constitutional interpretation”, *Law & Contemporary Problems*, vol. 63, N° 1-2: pp. 169-191.
- KELSEN, Hans (1986): *Teoría Pura del Derecho* (Buenos Aires, EUDEBA, vigesimotercera edición).
- KELSEN, Hans (1990): “On the theory of interpretation”, *Legal Studies*, Vol. 10, N° 2: pp. 127-135.
- KELSEN, Hans (2006): *General Theory of Law & State* (New Brunswick y Londres, Transaction Publishers).
- KOGER, Gregory (2010): *Filibustering: A political history of obstruction in the House and Senate* (Chicago y Londres, The University of Chicago Press).
- LETÉLIER, Raúl (2020): “¿Elusión constitucional?”, *El Mercurio* (14/07/2020) p. A2.
- LOVERA, Domingo (2018): “Destinatarios de los derechos fundamentales”, en CONTRERAS, Pablo y SALGADO, Constanza (Edits.), *Manual sobre los derechos fundamentales. Teoría general* (Santiago, LOM) pp. 16-209.
- LOVERA, Domingo y VALDÉS, Constanza (2020): “Emergencia y proceso legislativo: ‘con un poco de ayuda de mis amigas’”, CONTRERAS, Pablo (edit.), *La Ley de la Emergencia. Ensayos sobre el derecho, la excepción y la pandemia* (Santiago, DER Ediciones) pp. 39-51.
- LÜBBERT, Valeria (2018): “Control constitucional provocado del procedimiento legislativo”, *Revista Hemiciclo*, Año 1, N° 2: pp. 23-43.
- NAVARRO, Enrique y SOTO, Sebastián (2020): “Elusión constitucional”, *El Mercurio* (13/07/2020) p. A2.
- NINO, Carlos Santiago (1992): *Fundamentos de derecho constitucional: Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional* (Buenos Aires, Editorial Astrea).
- NOGUEIRA, Humberto (2006): *Lineamientos de interpretación constitucional y del bloque constitucional de derechos* (Santiago, Librotecnia).

- NOGUEIRA, Humberto (2013): *Derechos fundamentales y garantías constitucionales* (Santiago, Librotecnia – CECOCH, cuarta edición).
- NOLTE, Detlef (2003): “El Congreso chileno y su aporte a la consolidación democrática en perspectiva comparada”, *Revista de Ciencia Política*, vol. 23, N° 2: pp. 43-67.
- NOURSE, Victoria (2016): *Misreading Law, Misreading Democracy* (Cambridge y Londres, Harvard University Press).
- PEÑA, Marisol (2006): “El precedente constitucional emanado del Tribunal Constitucional y su impacto en la función legislativa”, *Estudios Constitucionales*, vol. 4, N° 1: pp. 173-184.
- PEÑA, Marisol (2013): “Alcances sobre las reservas de constitucionalidad”, en HENRÍQUEZ, Miriam y SILVA, María Pía (Coords.), *Relaciones del Tribunal Constitucional con los demás órganos del Estado* (Santiago, Thomson Reuters) pp. 23-42.
- PEREDO, Marcela (2018): *El margen de apreciación del legislador y el test de margen proporcionado. Ley versus Tribunal Constitucional* (Santiago, Thomson Reuters).
- PICKERILL, Mitchell (2004): *Constitutional Deliberation in Congress* (Durham y Londres, Duke University Press).
- PICKERILL, Mitchell (2005): “Congressional Responses to Judicial Review”, en DEVINS, Neil y WHITTINGTON, Keith E. (edits.), *Congress and the Constitution* (Durham y Londres, Duke University Press), pp. 151-172.
- POST, Robert y Siegel, Reva (2003): “Protecting the Constitution from the People: Juricentric Restrictions on Section Five Power”, *Indiana Law Journal*, vol. 78, N° 1: pp. 1-45.
- ROLDÁN, Alcibiades (1913): *Elementos de Derecho Constitucional de Chile* (Santiago, Imprenta y Litografía Barcelona).
- SILVA BASCUÑÁN, Alejandro (2000): *Tratado de Derecho Constitucional: Congreso Nacional. La función legislativa*, Tomo VII (Santiago, Jurídica de Chile).
- SILVA, Alejandro (2012a): “¿Es el Tribunal Constitucional el supremo intérprete de la Constitución?”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. 38, N° 1: pp. 573-616.
- SILVA, Alejandro (2012b): “La supremacía constitucional: fundamento y límite de su garantía por el Tribunal Constitucional”, *Anuario de Derecho Público*, 2012: pp. 615-629.
- SILVA, Alejandro (2012c): “Sobre los efectos de las sentencias de inaplicabilidad e inconstitucionalidad y algunas inconsistencias”, en TÓRTORA, Hugo (coord.), *Las Fuentes Formales del Derecho Público* (Santiago, Editorial Metropolitana) pp. 363-378.
- SILVA, Alejandro (2014): “La Dimensión Legal de la Interpretación Constitucional”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 41, N° 2: pp. 437-471.
- SILVA, Alejandro (2017): “Acusación constitucional y garantía política de la supremacía constitucional”, *Revista Ius et Praxis*, vol. 23, N° 2: pp. 213.
- SILVA, Alejandro (2020): *La garantía política de la Constitución* (Valencia, Tirant lo Blanch).
- SINCLAIR, Barbara (2005): “Can Congress be Trusted? The effects of incentives and procedures”, en DEVINS, Neil y WHITTINGTON, Keith E. (edits.), *Congress and the Constitution* (Durham y Londres, Duke University Press), pp. 293-311.
- SOTO, Sebastián (2015): *Congreso Nacional y Proceso Legislativo. Teoría y práctica* (Santiago, Legal Publishing).
- SOTO, Sebastián (2020): *La hora de la re-constitución* (Santiago, Ediciones UC).

- TUSHNET, Mark (1999): *Taking the Constitution Away from Courts* (Nueva Jersey, Princeton University Press).
- TUSHNET, Mark (2005): “Evaluating Congressional Constitutional Interpretation. Some Criteria and Two Informal Case Studies”, en DEVINS, Neil y WHITTINGTON, Keith E. (edits.), *Congress and the Constitution* (Durham y Londres, Duke University Press), pp. 269-292.
- TUSHNET, Mark (2006): “Interpretation in Legislatures and Courts: Incentives and Institutional Design”, en BAUMAN, Richard y KAHANA, Tsvi (edits.), *The Least Examined Branch. The Role of Legislatures in the Constitutional State* (Cambridge y Nueva York, Cambridge University Press) pp. 355-377.
- TUSHNET, Mark (2014): *Advanced Introduction to Comparative Constitutional Law* (Cheltenham y Northampton, Edward Elgar).
- TUSHNET, Mark (2020): *Taking back the Constitution. Activist judges and the next age of American law* (New Haven y Londres, Yale University Press).
- VIERA, Christian (2015): “El proceso legislativo en el Congreso Nacional”, en FERRADA, Juan Carlos, BASSA, Jaime y VIERA, Christian (edits.), *La Constitución Chilena. Una revisión crítica a su práctica política* (Santiago, LOM) pp. 213-231.
- VIVANCO, Ángela (2001): *Curso de Derecho Constitucional. Bases conceptuales y doctrinarias del Derecho Constitucional*, Tomo I (Santiago, Ediciones UC).
- WALDRON, Jeremy (1999a): *The Dignity of Legislation* (Cambridge, Cambridge University Press).
- WALDRON, Jeremy (1999b): *Law and Disagreement* (Oxford, Oxford University Press).
- WALDRON, Jeremy (2003): “Legislating with integrity”, *Fordham Law Review*, vol 79, N° 2: pp. 373-394.
- WALDRON, Jeremy (2016): *Political political theory. Essays on institutions* (Cambridge y Londres, Harvard University Press).
- WEBBER, Grégoire (2009): *The Negotiable Constitution. On the Limitations of Rights* (Cambridge, Cambridge University Press).
- ZUÑIGA, Francisco (2011): “Acusación constitucional: la ‘cuestión previa’ como control político de constitucionalidad”, *Revista de Derecho Público*, vol. 75: pp. 113-128.

NORMAS CITADAS

- CHILE, Ley N° 21.248 (30/7/2020), Reforma Constitucional que Permite el Retiro Excepcional de los Fondos Acumulados de Capitalización Individual en las Condiciones que Indica.

JURISPRUDENCIA CITADA

- ULLOA GUZMÁN, JUAN Y OTROS CON HONORABLES DIPUTADOS CLAUDIO ALVARADO Y OTROS (2007): Corte Suprema, Rol N° 3975, 18 de octubre de 2007.
- LEY N° 17.997, ORGÁNICA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2009): Tribunal Constitucional chileno, Rol N° 1288-2008, 25 de agosto de 2009.

REQUERIMIENTO DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA RESPECTO DE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE “LA ACTUACIÓN DEL SENADO Y LA CONSECUENTE MODIFICACIÓN INTRODUCIDA POR ESTE AL ARTÍCULO 197 BIS DEL CÓDIGO DEL TRABAJO” CONTENIDO EN EL PROYECTO DE LEY QUE CREA EL PERMISO POSTNATAL PARENTAL Y MODIFICA EL CÓDIGO DEL TRABAJO (BOLETÍN N° 7526-13) (2011): Tribunal Constitucional chileno, Rol N° 2025-11, 20 de julio de 2011.

REQUERIMIENTO DE INCONSTITUCIONALIDAD PRESENTADO POR UN GRUPO DE SENADORES QUE REPRESENTAN MÁS DE LA CUARTA PARTE DE LOS MIEMBROS EN EJERCICIO RESPECTO DE LA ACTUACIÓN DE LA H. CÁMARA DE DIPUTADOS QUE DECLARÓ LA INADMISIBILIDAD DE LAS OBSERVACIONES DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA SOBRE EL PROYECTO DE LEY QUE PERMITE LA INTRODUCCIÓN DE LA TELEVISIÓN DIGITAL TERRESTRE, CONTENIDO EN EL BOLETÍN N° 6190-19 (2014): Tribunal Constitucional chileno, Rol N° 2646-14, 22 de abril de 2014.

CORONEL GÓMEZ, SONIA NODRILA CON PRESIDENTA DE LA REPÚBLICA (2017): Corte de Apelaciones de Santiago, 24 de mayo de 2017, Rol N° 20197.

REQUERIMIENTO DE INCONSTITUCIONALIDAD PRESENTADO POR S.E. EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA, RESPECTO DEL PROYECTO QUE MODIFICA LA CARTA FUNDAMENTAL, PARA ESTABLECER Y REGULAR UN MECANISMO EXCEPCIONAL DE RETIRO DE FONDOS PREVISIONALES, EN LAS CONDICIONES QUE INDICA (BOLETINES N° 13.736-07, 13.749-07 Y 13.800-07 REFUNDIDOS) (2020): Tribunal Constitucional chileno, Rol N° 9797-20, 22 de noviembre de 2011.

PUBLICACIONES PERIODÍSTICAS

“Cámara de Diputados declara inadmisibles retiros de fondos de AFP”, www.diarioconstitucional.cl (16/04/2020). Disponible en: <https://www.diarioconstitucional.cl/2020/04/16/camara-de-diputados-declara-inadmisibles-retiros-de-fondos-de-afp/>. Fecha de consulta: 12 de abril de 2021.

“Pasa a Comisión Mixta: Senado declaró inadmisibles proyectos de postnatal de emergencia”, cnnchile.cl (18.06.2020). Disponible en: https://www.cnnchile.com/pais/senado-postnatal-emergencia-inadmisible_20200618/. Fecha de consulta: 12 de abril de 2021.

NEUROCIENCIA Y DERECHO EL IMPACTO DEL NEURODERECHO EN LA PRÁCTICA JUDICIAL CHILENA

NEUROSCIENCE AND LAW THE NEUROLAW IMPACT ON CHILEAN JUDICIAL PRACTICE

RICARDO CAMARGO BRITO*
NICOLÁS RIED SOTO**

RESUMEN: La recepción de las neurociencias en juicio ha tenido una historia que se extiende desde la década de 1940, pero que en la jurisprudencia comparada se ha intensificado en los últimos años de manera muy significativa, dando lugar a la disciplina del neuroderecho. Este trabajo ofrece una síntesis del neuroderecho en la jurisprudencia comparada y realiza un análisis del estado de la cuestión en nuestra jurisprudencia nacional, mediante la revisión de una base de datos jurisprudencial en la materia que se extiende entre los años 2002 y 2019. Se concluye que el neuroderecho en nuestro país aún tiene un desarrollo muy incipiente y concentrado fundamentalmente en materias de litigación de daños civiles y laborales.

Palabras clave: Neuroderecho, Neurociencias, Práctica judicial, Neuroimágenes.

ABSTRACT: The reception of neurosciences on trial has had a history that extends to the 1940s, but it has intensified significantly in recent years in comparative jurisprudence, giving rise to the discipline of neurolaw. This work offers a synthesis of neurolaw in comparative jurisprudence and develops an analysis of the state of the arts in our national jurisprudence, by reviewing a jurisprudential database on the subject that runs between 2002 and 2019. It is concluded that neurolaw still has a very incipient development in our country and is concentrated mainly in issues of civil and labor damage litigation.

Keywords: Neurolaw, Neurosciences, Judicial practice, Neuroimages.

I. INTRODUCCIÓN: DEBATE EN TORNO AL NEURODERECHO, LA RECEPCIÓN DE MECANISMOS NEUROLÓGICOS Y SU RELACIÓN CON LAS DECISIONES JUDICIALES

La relación entre los discursos judiciales y científicos ha sido analizada en función de la pregunta de cómo el derecho logra producir una verdad formal que impacta en la mane-

* Profesor asociado, Departamento de Ciencias del Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Doctor of Philosophy, Universidad de Sheffield. Dirección postal: Pío Nono, 1, Providencia, Región Metropolitana. Dirección electrónica: rcamargo@derecho.uchile.cl. ORCID ID: 0000-0002-8489-5336. Este artículo ha sido producido gracias al proyecto Fondecyt Regular N° 1211763.

** Magíster en Pensamiento Contemporáneo, Universidad Diego Portales. Abogado, Universidad de Chile. Investigador del International Institute for Philosophy and Social Studies. Dirección postal: Pío Nono 1, Providencia, Región Metropolitana. Dirección electrónica: nicolasried@gmail.com. ORCID ID: 0000-0002-3086-3144.

ra que apreciamos la conducta de los individuos¹. Más aún, y como han destacado Pardo y Patterson, el derecho a menudo emplea sus propios estándares de validez de adecuación empíricas, y esos estándares son diferentes de aquellos empleados por las ciencias de la naturaleza, cuestión que se agudiza en el plano conceptual de la doctrina y teoría legal². Una expresión de esta disociación de estándares es la ampliación de los regímenes de verdad producidos cuando estos son trasladados desde la ciencia hacia la práctica jurídica, como hemos documentado empíricamente en una publicación anterior para un caso acotado de la jurisprudencia chilena³. Es asumiendo esta ampliación de la verdad jurídica formal (sus modalidades, tipos de razonamientos, usos de técnicas asociadas, etc.) que se hace plausible y científicamente relevante estudiar los impactos producidos por las neurociencias en la práctica judicial chilena.

Este tipo de análisis se inscribe dentro de lo que en la literatura se conoce como biopolítica aplicada⁴. En este caso, la investigación se ocupará de la relación específica que existe entre las neurociencias y la práctica judicial lo que ha dado lugar a una disciplina de análisis conocida en la literatura especializada como neuroderecho (o *neurolaw*, en inglés)⁵.

El neuroderecho tiene en la literatura dos vertientes principales. La primera de ella busca indagar los impactos que los avances neurocientíficos generarían en los debates relativos a la libertad de voluntad y de acción y las correspondientes nociones de responsabilidad moral y jurídica⁶. La segunda vertiente, se centra más en un análisis empírico de la recepción de las tecnologías neurocientíficas en juicio, y su enfoque busca precisar de qué manera y en qué casos este saber-hacer del cerebro tiene recepción jurisprudencial⁷. Es este último sentido del neuroderecho en el que este trabajo se inscribe.

En este segundo sentido del neuroderecho, conviene anotar que la recepción de las neurociencias en la práctica judicial comparada tiene a esta altura una larga data⁸. Uno de los primeros casos documentados es de la década de 1940, cuando un electroencefalograma (EEG) fue usado por la defensa de un imputado que padecía epilepsia⁹. Desde entonces el EEG ha sido utilizado reiteradamente en juicio, tanto para denunciar leyes que denegaban derechos a individuos que padecían epilepsia como para constituir evidencia judicial de un marcador neuronal asociado con la violencia¹⁰.

¹ FOUCAULT (2010) pp. 487-584.

² PARDO y PATTERSON (2013) p. xvi.

³ CAMARGO y RIED (2017) pp. 121-133.

⁴ REUBI (2017) pp. 205-228.

⁵ ROSE y ABI-RACHED (2013) p. 177; ZEKI y GOODENOUGH (2006) pp. xi-xviii; GARLAND (2004) pp. 1-25.

⁶ En el ámbito hispanoamericano véase el trabajo de DEMETRIO CRESPO y MAROTO CATALAYUD (2013) pp. 3-234; en la literatura anglosajona, destaca el texto reciente de MOORE (2020) pp. 207- 572; y en Chile puede consultarse el texto de KINDHÄUSER y MAÑALICH (2011) pp. 181-210.

⁷ JONES (2021) pp. 1-67; y ROSKIES y MORSE (2013) pp. 240-242.

⁸ La noción de neurociencias que asumimos en este trabajo refiere al campo de estudio científico que tiene por objeto de investigación el sistema nervioso cerebral y sus interacciones con la cognición y la conducta, véase BELCHER y ROSKIES (2013) pp. 1-36.

⁹ SHEN (2016) pp. 667-695.

¹⁰ AONO, D. (2019) p. 2.

Un caso icónico en la relación entre neurociencias y práctica judicial lo constituye el juicio en contra de John Hinckley, autor del intento de asesinato del presidente de Estados Unidos Ronald Reagan. La defensa de Hinckley introdujo una tomografía computarizada del cerebro del acusado, para mostrar que sufría de esquizofrenia y debía ser declarado no culpable por demencia, cuestión que finalmente ocurrió¹¹.

A su vez, fue en 1992 cuando por primera vez se introdujo en juicio una tomografía por emisión de positrones o PET (por las siglas en inglés de Positron Emission Tomography) en el juicio *People v. Weinstein*. La defensa de Weinstein, acusado de estrangular a su esposa y arrojarla del doceavo piso de su departamento, introdujo la PET para mostrar que sufría de un quiste aracnoideo que afectaba gravemente el funcionamiento de sus impulsos. La alegación fue finalmente acogida parcialmente¹².

Desde entonces, el estudio sistemático de esta interacción entre neurociencias y la práctica judicial se ha incrementado en la jurisprudencia y teoría comparada, fundamentalmente anglosajona¹³, pero también hispanoamericana¹⁴. Uno de los casos recientes más emblemáticos de estudio ha sido el de una ex alcaldesa de San Diego, en Estados Unidos, en el que se alegó la existencia de un tumor o daño cerebral para fundamentar una adicción a las apuestas y una consecuente disminución de responsabilidad penal en juicio¹⁵. Igualmente, en el contexto chileno, consta la existencia de una sentencia judicial de la Corte de Apelaciones de Santiago que, atendiendo a una especial condición de tipo neuronal (Marchiafava-Bignami: un extraño síndrome neuronal que tiene por efecto principal el impulso a consumir bebidas alcohólicas) que afectaba a un notario público imputado por el delito de conducción en estado de ebriedad, se termina acogiendo una causal de atenuación de responsabilidad penal¹⁶.

Sin embargo, es solo recientemente que el impacto de las neurociencias en la práctica judicial ha comenzado a ser más significativo e incidente, expandiendo sus áreas de influencia en la litigación comparada¹⁷. Una expresión de ello se refleja en el interés que el neuroderecho ha captado en las publicaciones científicas recientes, las que han pasado desde 100 artículos en revistas indexadas al año 2005 a más de 1.600 en el año 2018¹⁸. Las condiciones de posibilidad del aumento del impacto de las neurociencias en el derecho hay que buscarlas, primeramente, en los avances experimentados en dicho campo científico y en particular en el desarrollo de imágenes de visualización neuronal que ya desde hace décadas han sido usadas, en la forma de imágenes de resonancia magnética estructural, en

¹¹ AONO, D. (2019) pp. 1-20.

¹² AONO (2019) pp. 1-20.

¹³ MORSE y NEWSOME (2013) p. 158; PARDO y PATTERSON (2013) pp. 79-147; FARAHANY (2015) pp. 491-508; GARLAND (2004) pp. 1-5.

¹⁴ DEMETRIO CRESPO (2017) pp. 227-257; DEMETRIO CRESPO y MAROTO CATALAYUD (2011) pp. 1-38; DEMETRIO CRESPO y MAROTO CATALAYUD (2013) pp. 235-268; FEJOO SÁNCHEZ (2011) pp. 1-57; PÉREZ MANZANO (2011) pp. 1-39; DÍAZ ARANA (2015) pp. 47-89.

¹⁵ *UNITED STATES v. O'CONNOR* (2013).

¹⁶ CAMARGO y RIED (2017) pp. 121-133.

¹⁷ UTTAL (2008).

¹⁸ JONES y WAGNER (2019) pp. 112-132.

la litigación comparada como evidencia de lesiones o enfermedades en juicios civiles y en juicios penales¹⁹. A este período de influencia de las neurociencias en el derecho le hemos llamado, en el contexto de este artículo, la primera etapa del neuroderecho.

Sin embargo, es solo con la aparición de nuevas tecnologías de visualización neuronal funcional (la tomografía por emisión de positrones, PET, y las imágenes de resonancias magnéticas funcionales, IRMF) y la aplicación de nuevos métodos analíticos de datos, como el aprendizaje automático que permiten observar en tiempo real los procesos y funciones neuronales de un cerebro, que se inicia una segunda etapa, más incidente, del neuroderecho²⁰. En efecto, estas nuevas tecnologías han permitido actualizar, al menos parcial e incipientemente, el viejo sueño de las neurociencias, a saber: conocer los correlatos orgánicos, ocurridos principalmente en el cerebro, de los procesos mentales²¹. En otras palabras, la posibilidad de poder conocer y visualizar, incluso en tiempo real, el lugar del cerebro que se activa y en qué intensidad cuando pensamos, recordamos, tenemos intenciones, sentimos o mentimos. En este sentido es que un área de recepción influyente en la jurisprudencia comparada de esta segunda etapa del neuroderecho ha sido la responsabilidad penal adolescente, como veremos más adelante, lo que genera interrogantes relativas a la magnitud del cambio que las neurociencias está introduciendo en conceptos y categorías fundamentales del derecho. No es el propósito de este artículo ofrecer un análisis conceptual o filosófico del impacto de las neurociencias en el derecho²². Nuestro objetivo es más modesto: en primer lugar, reseñaremos las áreas específicas del derecho en que, a nivel comparado, las neurociencias han comenzado a tener mayor influencia a partir del desarrollo de estas técnicas de visualización neuronal funcional (la “segunda etapa” del neuroderecho); y, en segundo lugar, ofreceremos un análisis de la recepción del neuroderecho en la práctica judicial chilena, identificando las áreas de litigación en que esta recepción se ha producido, esto es, la etapa del neuroderecho que prima en nuestra litigación (primera o segunda etapa) y, a partir de un análisis más en profundidad de tres casos seleccionados, determinaremos las áreas de mayor avance en la recepción del neuroderecho en la litigación judicial chilena²³.

¹⁹ MORSE (2013) pp. 509-534.

²⁰ ROSKIES (2013) pp. 37-74.

²¹ ROSE y ABI-RACHED (2013) pp. 13-14.

²² MOORE (2020), p. 1 se aboca a los desafíos teóricos que las neurociencias han significado para el derecho, en particular el derecho penal, sin antes reconocer que no se va a referir en su libro “a la abundante literatura del “neuroderecho” que explora cómo las técnicas y procedimientos de las neurociencias pueden ayudar en la resolución de temas legales particulares”. En este trabajo asumimos esa otra acepción del “neuroderecho” no abordado por Moore y que está extensamente desarrollado en los trabajos de JONES, SCHNALL y SHEN (2021) pp. 1-67; y ROSKIES y MORSE (2013) pp. 240-242. Sin perjuicio de ello, para los debates más teóricos sobre la relación entre neurociencias y derecho que acá no se tratan, se pueden consultar, a parte del texto de MOORE (2020) pp. 1-16, los trabajos de ROTH (2018) pp. 1-11; y PARDO y PETERSON (2013) pp. 1-22.

²³ Otra manera de establecer esta relación entre las neurociencias y derecho, específicamente en el derecho penal es la que recoge VAN WEEZEL (2013) p. 514 quien sugiere circunscribir el análisis a tres áreas: la posibilidad de imputar conductas, la detección de mentiras y el examen de imputabilidad (locura o demencia).

II. NEURODERECHO EN EL DERECHO COMPARADO

Este apartado tiene como propósito establecer el estado del arte de la recepción del neuroderecho en la litigación judicial comparada a fin de introducir el reporte empírico de la recepción del neuroderecho en la litigación judicial chilena presentado en el acápite III.

En el derecho comparado, una de las áreas en que el neuroderecho ha tenido mayor impacto y desarrollo es la relativa a la detección de hechos basados en la memoria. Numerosa literatura reciente ha comenzado a documentar esta posibilidad y su importancia para el derecho²⁴. Este asunto tiene por objeto conocer a ciencia cierta si un sujeto “verdaderamente” recuerda una situación de hecho, lo cual sería de alta relevancia judicial pues permitiría acreditar la veracidad de los relatos de testigos en un juicio teniendo en consideración criterios fundados en la veracidad científica. Una posibilidad que ha sido reiteradamente investigada, como muestran algunos estudios recientes²⁵. Los experimentos más utilizados buscan encontrar patrones cerebrales asociados al reconocimiento facial que diferencie la actividad neuronal que se activa cuando estamos frente a rostros conocidos y desconocidos. Sin embargo, la mayor parte de estos estudios, aunque promisorios en lo que buscan, han mostrado aún muchas similitudes entre las respuestas cerebrales arrojadas durante las situaciones de “memorias verdaderas” con las de “memoria falsa”, por lo que su aplicación a la detección de testigos verdaderos en el derecho comparado es aún bastante incipiente²⁶.

Un problema central que se mantiene presente en la recepción del saber neurocientífico por parte del derecho es la distancia que suele existir entre la recreación de situaciones en el marco de un experimento de laboratorio y su aplicación extensiva a procesos que ocurren en realidades complejas no elaboradas, como son los casos judiciales, y que ha sido caracterizado como un “diacronismo de la imputación jurídico-penal”²⁷ en la disciplina jurídica chilena. A nivel comparado, variados intentos se han hecho para incorporar evidencia en juicio basadas en imágenes cerebrales de las áreas específicas relacionadas con las “detecciones de mentiras”. El caso más conocido es el de *United States v. Semrau*, en donde se buscaba perseguir la responsabilidad penal por fraude médico en contra del psiquiatra Lorne Semrau²⁸. Como parte de la defensa de Semrau, sus abogados solicitaron que se autorizara la introducción, en calidad de medio probatorio, de un informe de detección de mentiras basado en técnicas de imágenes de resonancia magnética funcionales (IRMF) comercializado por la empresa Cephos. En dicho informe se concluía que Semrau estaba diciendo la verdad cuando afirmaba que no había defraudado al gobierno. Sin embargo, a pesar del intento de la defensa, no se autorizó la introducción de este informe como medio probatorio para que pudiera ser conocido por el jurado, debido a fallas en los protocolos de aplicación de las IRMF²⁹. Desde entonces, se han multiplicado los estudios que analizan

²⁴ FAIGMAN (2013) pp. 75-88; NADEL y SINNOTT-ARMSTRONG (2012); LACY y STARK (2013) pp. 649-658; SCHACTER y LOFTUS (2013) pp. 149-160.

²⁵ RISSMAN (2010) pp. 9849-9854.

²⁶ SCHACTER y SLOTNICK (2004) pp. 149-160.

²⁷ VAN WEEZEL (2013) p. 513.

²⁸ *UNITED STATES v. SEMRAU* (2012).

²⁹ SHEN y JONES (2011) pp. 861-884.

la factibilidad de los detectores de mentiras neuronales en juicio³⁰. Sin embargo, aún sus resultados no han sido suficientemente satisfactorios, como lo han mostrado diversas investigaciones al respecto, por lo que su aplicación efectiva en juicio está todavía pendiente³¹.

Otra área del derecho en que las neurociencias han tenido recepción relevante es la detección y clasificación de estados mentales. En el derecho penal, la posibilidad de discernir entre la comisión de un delito (“*actus reus*”) y el conocimiento del acto por parte del sujeto que acciona (“*mens rea*”), es clave para el establecimiento de una convicción de responsabilidad penal³². Una investigación en neurociencias reciente ha mostrado que usando IRMF y algoritmos de aprendizaje automático es posible saber, en condiciones de laboratorio, si un sujeto actúa con conocimiento o descuidadamente en la acción que ejecuta. Como han señalado Jones y Wagner: “Esto indicaría que la distinción que la ley había planteado académicamente en realidad existe neurológicamente. Y sería la primera prueba de que es posible leer un estado mental de un sujeto relevante para el derecho, en un escáner, en tiempo real”³³. Lo anterior podría tener un impacto significativo tanto en la constitución de los estándares de culpabilidad (*actus reus* y *mens rea*) como en las causales de atenuación de responsabilidad y en defensas afirmativas (ej.: causales de justificación como la legítima defensa) como lo ha analizado en detalle el trabajo de Morse y Newsome para la estructura de responsabilidad criminal en Estados Unidos³⁴. A su vez, y como lo hemos señalado ya existe un caso en la jurisprudencia penal nacional en donde se admitió el uso de una EEG para acreditar una circunstancia modificadora de responsabilidad penal, rechazándose la alegación por parte de la defensa de una causal de exculpación de responsabilidad³⁵. Sin embargo, la introducción de IRMF en juicio podría hacer perfectamente plausible, a la luz de la argumentación judicial de ese caso, que dicha posibilidad exculpatoria se actualizara en el futuro, tanto para la “capacidad de acción” como para “la capacidad de motivación” como le denomina parte de la doctrina penal local al *actus reus* y *mens rea* respectivamente³⁶.

Otro estado mental relevante para el derecho es el prejuicio que pudiera afectar tanto a las decisiones tomadas por los jueces o jurados como a las declaraciones realizadas por testigos. Recientemente, numerosas investigaciones de neurociencias aplicadas (usando IRMF) han mostrado correlaciones significativas entre decisiones prejuiciadas (culpabilizantes) y la activación de áreas del cerebro comúnmente asociadas con procesos analíticos y emocionales³⁷.

Sin embargo, es en el área de la responsabilidad penal adolescente en donde las neurociencias han comenzado a mostrar su mayor aplicación efectiva con el derecho, lo que genera interrogantes relativas a la magnitud del cambio que este campo científico está intro-

³⁰ GREELY (2013) pp. 120-144.

³¹ BIZZI (2009) p. 46; WAGNER (2010) p. 13.

³² PARDO y PATTERSON (2013) pp. 121-147.

³³ JONES y WAGNER (2019) p. 120. Traducción propia.

³⁴ MORSE y NEWSOME (2013) pp. 150-178.

³⁵ CAMARGO y RIED (2017) pp. 121-133.

³⁶ MAÑALICH (2013) p. 723.

³⁷ BUCKHOLTZ (2008) pp. 940-950; TREADWAY (2014) pp. 1270-1275; GINTHER (2016) pp. 9420-9434.

duciendo en conceptos y categorías fundamentales del derecho³⁸. Los estudios más recientes en neurociencias han evidenciado que hay una diferencia significativa en el cerebro y el comportamiento de jóvenes entre 18 y 21 años que han vivido en condiciones ambientales de afecto y cuidado con aquellos otros que por el contrario han sufrido privación y abusos. Los primeros, presentan una tendencia a comportarse como “adultos maduros” y los segundos como “jóvenes inmaduros”³⁹. En otras palabras, las neurociencias han mostrado que la madurez del cerebro humano solo se alcanzaría después de los 20 años (incluso 25 años), dependiendo de las condiciones sociales y personales de cuidado que hayan tenido los jóvenes. Esta evidencia neurocientífica, ha comenzado a ser recientemente acogida en las cortes norteamericanas. La primera sentencia significativa al respecto se dio en *Roper v. Simmons*, en donde la Corte Suprema estadounidense consideró inconstitucional cualquier sentencia de muerte para un crimen cometido por un adolescente de 16 ó 17 años, en función de la evidencia acompañada en juicio que mostraba la inmadurez del cerebro adolescente⁴⁰. A su vez, en *Graham v. Florida*, la Corte Suprema norteamericana también declaró que es inconstitucional condenar a un adolescente, en un caso que no sea homicidio, a una sentencia de por vida sin posibilidad de libertad condicional, atendiendo al mismo argumento⁴¹. Y, más recientemente, en *Miller v. Alabama*, la propia Corte fue más lejos y sostuvo que es inconstitucional condenar a presidio perpetuo sin posibilidad de libertad condicional a jóvenes menores de 18 años, incluidos los delitos de homicidios⁴². En todos estos casos, las evidencias neurocientíficas relativas a la inmadurez del cerebro adolescente fueron de alguna u otra forma consideradas por la Corte en la argumentación de sus fallos⁴³.

Es claro, entonces, que la segunda etapa del neuroderecho está en pleno auge en la litigación y doctrina comparada y despierta cada vez más interés académico y judicial, como lo reflejan además las innumerables conferencias, publicaciones e intercambios que mes a mes se documentan en el sitio web de la *The Research Network on Law and Neuroscience* financiado por la fundación MacArthur. Asimismo, ello también se refleja en la reciente publicación de dos importantes libros editados en el área. El primero de ellos

³⁸ FELD (2013) pp. 179-215; DÜNKEL, F. (2017) pp. 115-120.

³⁹ COHEN y otros (2016) pp. 549-562. Considérese que para Cohen “la edad adulta es cuando el comportamiento, y el circuito neuronal subyacente, ha alcanzado la madurez. Los estudios existentes sugieren que esta puede variar dependiendo del contexto en el que los adolescentes son evaluados” (p. 549). De tal forma que la definición legal de adolescencia (y correspondiente madurez) puede diferir de la que los estudios neurocientíficos consideran. En efecto, Cohen y otros indica refiriéndose a la situación en Estados Unidos: “Aunque la mayoría de los estados establecen la mayoría de edad a los 18 años, la edad legal para comprar alcohol tiene 21 años... y la edad mínima para el enjuiciamiento penal es 14 años o menos en la mayoría de los estados... En estudios científicos, 18 se utiliza a menudo como el límite para la edad adulta a pesar de que las políticas de investigación del gobierno, hasta recientemente, se consideró menores de edad a las personas menores de 21 años” (p. 550). Traducción propia.

⁴⁰ *Roper v. Simmons* (2005). A pesar de que la Corte no citó directamente evidencia neurocientífica, sí consideró evidencia proveniente de las ciencias del comportamiento que mostraban diferencias promedio entre la madurez del cerebro adolescente y el adulto, véase Morse y Roskies (2013) pp. 150-178.

⁴¹ *GRAHAM v. FLORIDA* (2010).

⁴² *MILLER v. ALABAMA* (2012).

⁴³ BONNIE y SCOTT (2013) pp. 158-161.

consigna una amplia revisión del *neurolaw* a nivel comparado⁴⁴ y el segundo, compila la más actualizada discusión académica del neuroderecho y la responsabilidad de acción⁴⁵. Un factor importante que explica la incorporación de estas tecnologías neurocientíficas en juicio es la incorporación de equipos interdisciplinarios (neurocientíficos, psiquiatras, etc.) en la litigación judicial comparada, fundamentalmente anglosajona, tanto en los equipos de abogados como en los propios tribunales⁴⁶.

Sin embargo, en el contexto de nuestra disciplina jurídica las investigaciones sobre neuroderecho han sido escasas. Una excepción, aunque muy relevante, la constituyen los trabajos de Van Weezel que han analizado las consecuencias de las neurociencias en la imputación jurídica de la doctrina penal finalista. La aproximación de Van Weezel se basa en una perspectiva anti-dualista de la mente, entendida “como un conjunto de [las] competencias mentales, habilidades y capacidades que poseen los seres humanos”⁴⁷, que lo lleva a concluir que “las neurociencias pueden realizar contribuciones valiosas al derecho, porque muestran cómo ciertas estructuras son necesarias para el ejercicio de ciertas capacidades o participan en determinadas formas de interacción”⁴⁸. Por otra parte, se encuentra el trabajo de Mañalich, quien analiza los desafíos que presentan las neurociencias a la autonomía y la responsabilidad penal⁴⁹; el trabajo reciente de Castro que analiza algunas implicaciones doctrinarias de las neurociencias en la responsabilidad penal adolescente en derecho comparado, recomendando su aplicación en el derecho chileno⁵⁰; y la tesis doctoral de Cornejo que estudia el impacto del mejoramiento neuronal en los conceptos de autonomía y responsabilidad en el derecho privado⁵¹. Lo anterior, en concordancia con el desarrollo doctrinal en la academia hispanoamericana, centrada en los impactos en materia de culpabilidad⁵². Sin embargo, estudios que analicen empíricamente el estado de la recepción de la neurociencia en la jurisprudencia chilena aun son inexistentes.

Antes de pasar al estudio empírico del caso chileno, es necesario considerar una cuestión final. El neuroderecho entendido como la incorporación de tecnologías de visualización neuronal en juicio debería tener una admisibilidad expedita en el procedimiento judicial chileno. En efecto, como señala la ley y ha sostenido la doctrina en concordancia con la jurisprudencia, la utilización de tecnologías que permitan presentar información neuro-

⁴⁴ Se trata del volumen *International Neurolaw. A comparative analysis* editado por SPRINGER (2012) que incluye análisis de Australia (pp. 11-42), Austria (pp. 43-66), Latinoamérica (pp. 67-88), Canadá (89-102), Europa (pp. 103-116), Finlandia (pp. 117-136), Francia (pp. 137-152), Alemania (pp. 153-178), Grecia (pp. 179-196), Italia (pp. 197-214), Japón (pp. 215-226), Holanda (pp. 227-256), Suiza (pp. 269-288), Turquía (pp. 289-304), Inglaterra (pp. 305-328) y Estados Unidos (pp. 349-380).

⁴⁵ Se trata del texto *Neurolaw and Responsibility for Action* editado por DONNELLY-LAZAROV (2018) y que contiene contribuciones de PATTERSON (pp. 11-27), MOORE (pp. 28-70), PARDO (pp. 143-159) y SHAW (pp. 244-263) entre otros autores y autoras.

⁴⁶ Véase la evidencia judicial consignada en JONES y otros (2021) pp. 258-260.

⁴⁷ VAN WEEZEL (2013) p. 509.

⁴⁸ VAN WEEZEL (2013) p. 509.

⁴⁹ MAÑALICH (2011), pp. 181-210.

⁵⁰ CASTRO (2020) pp. 563-584.

⁵¹ CORNEJO (2020) pp. 1-370; CORNEJO (2021) pp. 511-546.

⁵² FEJOO SÁNCHEZ (2011) pp. 1-57; PÉREZ MANZANO (2011) pp. 1-39.

nal en juicios está regida por el principio de libertad probatoria, consagrado en el artículo 295 del Código de Procesal Penal, el cual admite cualquier medio probatorio respecto de hechos y circunstancias objeto de enjuiciamiento. La limitante a estos medios de prueba podría estar determinada por las reglas de valoración de la prueba, sin embargo esto tampoco constituye una limitante para efectos de los medios probatorios aquí analizados, ya que el sistema procesal chileno ha abandonado sistemáticamente modelos de valoración de la prueba legales o tasados, a fin de adoptar modelos mixtos de libre convencimiento como el de la sana crítica⁵³. El modelo de la sana crítica, según ha reconocido la jurisprudencia y la doctrina, se basa en la libre convicción del adjudicador teniendo solo como limitante los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados⁵⁴. De este modo, las imágenes neuronales en la forma de resonancias y escáner, pueden ser y han sido incorporadas en juicio en la forma de informes periciales, según señala el artículo 314 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, o bien en la forma de los medios probatorios extraordinarios contemplados en el artículo 323 del mismo cuerpo normativo. Así, considerando que estos medios probatorios son una expresión de los conocimientos científicos afianzados, a la vez que pueden ser incorporados por diversas maneras en juicio, es que su escasa incorporación en la litigación nacional debería explicarse por factores más ligados a la aún marginal recepción que han tenido los debates sobre neuroderecho en nuestra doctrina local, por un parte, y a la carencia de recursos técnicos en los equipos de litigación, por otra. Del primer factor ya hemos dado cuenta anteriormente y el segundo formará parte de nuestra hipótesis de trabajo del apartado que sigue.

III. IMPACTO DEL NEURODERECHO EN LA PRÁCTICA JUDICIAL CHILENA

En esta sección se presentará un reporte del impacto del neuroderecho en Chile, teniendo como base un trabajo de investigación jurisprudencial que analizó las sentencias dictadas por tribunales ordinarios, cortes de apelación y la Corte Suprema entre los años 2002 y 2019⁵⁵. Esta investigación de campo es la que nos permite entregar una respuesta ante la pregunta por el uso de estas técnicas en juicio, además de permitirnos calificar este uso como uno de carácter incipiente y poco sistemático.

Los criterios de búsqueda iniciales de esta investigación fueron decididos siguiendo las denominaciones asociadas a las tecnologías de visualización neuronal más usadas en la práctica judicial comparada ajustadas, mediante una búsqueda preliminar de carácter exploratorio de la base jurisprudencial seleccionada, a las tecnologías y técnicas más utilizadas en la práctica judicial chilena. Un criterio relevante, en este sentido, fue construido durante la misma investigación y tiene que ver con la admisibilidad de estos medios probatorios en el sistema judicial chileno: son relevantes las sentencias que admiten estos medios probatorios como determinantes porque dan cuenta de los límites del sistema de pruebas, a la

⁵³ HUNTER (2017) pp. 247-272.

⁵⁴ HOYL (2016) pp. 341-361.

⁵⁵ La investigación de casos jurisprudenciales se realizó teniendo con consideración principal la base de datos de la plataforma V-Lex, disponible en la página web www.vlex.cl, consultada en fecha 30 de enero de 2020.

vez que muestran una ventana para la inserción de las tecnologías aquí presentadas como pruebas que, según se ha argumentado, no se ven afectadas por una razón doctrinaria para su escasa aplicación, sino solo razones de carácter práctico.

Esto permitió conformar un conjunto de palabras clave que nos llevarían a sentencias donde esa tecnología específica resultara relevante en términos judiciales. Así, las categorías de búsqueda seleccionadas, en base a criterios de relevancia y repetición de uso en sentencias, fueron: “tomografía”, “resonancia magnética” y “scanner”. Estas tres tecnologías son clave en relación al neuroderecho, puesto que son tres maneras de obtener imágenes e información de la estructura cerebral de un sujeto, razón por la cual enfocarse en ellas permite responder la pregunta por el uso en juicio de las neurociencias como medio de prueba. Para decirlo de otra manera: si no se encuentran referencias judiciales a estas tres tecnologías, sería aún más improbable encontrar menciones a otras tecnologías de carácter más específico de lo que acá hemos llamado la segunda etapa del neuroderecho.

La hipótesis de trabajo de esta segunda parte sostendrá que la recepción de las neurociencias en la práctica judicial chilena se encuentra ordenada en función de lo que acá hemos llamado la primera y segunda etapa del neuroderecho (marcada por los tipos de tecnología de visualización neuronal-estructural o funcional respectivamente), siendo factores asociados a la profesionalización interdisciplinaria de la litigación judicial (i.e. incorporación de saberes de expertos en neurociencia aplicada), lo que marcaría la mayor a o menor intensidad de una u otra etapa en nuestra práctica judicial actual y futura –en consonancia con lo que ocurre en la experiencia comparada, fundamentalmente anglosajona.

El primer análisis de esa búsqueda correspondió a la revisión de 663 sentencias que hacían referencia a la categoría “resonancia magnética”. Tras la lectura de estas sentencias, se produjo un primer hallazgo que mostró las áreas de la litigación en donde el uso de estas tecnologías se evidenciaba como más recurrente. Estas áreas fueron agrupadas en las siguientes subcategorías: 366 corresponden a accidentes laborales, 65 a despidos injustificados de empleados, 85 a demandas a ISAPRES (Instituciones de Salud Previsional) por cobertura en el plan de salud, 118 a cobros de seguros por invalidez y 29 relacionadas a demandas a empresas que venden equipos de tecnología médica. Lo primero que conviene destacar es que el uso de estas tecnologías en Chile se reduce de manera casi exclusiva a juicios civiles y laborales, coincidiendo con la primera etapa del neuroderecho. Más aún, no se evidencian casos relativos a las áreas propias de la segunda etapa del neuroderecho, como ocurre en la jurisprudencia comparada.

Por otra parte, de las 663 sentencias revisadas bajo el criterio *resonancia magnética*, en 465 de ellas la resonancia magnética fue utilizada como medio probatorio dentro del juicio. No todas las sentencias analizadas, sin embargo, tienen una relación directa con el neuroderecho, puesto que se incluyen también el uso de resonancias magnéticas no cerebrales. Las 198 sentencias restantes correspondían a aquellas que, nombrando “resonancia magnética”, esta no servía como medio probatorio.

Es de este modo que, de las resonancias magnéticas utilizadas como medio probatorio en el juicio, pudimos establecer un criterio de distinción entre aquellas que hacían referencia a un examen cerebral o al encéfalo, respecto de las que tenían por objeto otra parte del cuerpo. Así, la clasificación pudo ser ordenada de la siguiente manera, detallada en el

cuadro 1: 134 resonancias magnéticas de cerebro, 43 de encéfalo, 105 de hombro, 41 de muñeca, 37 de abdomen, 96 de resonancia cervical y 178 de rodilla. Restan 29 sentencias que hacen referencia a venta de equipos médicos y que no corresponden a exámenes médicos, las que han sido clasificadas en el cuadro como “Otro”.

CUADRO 1: RESONANCIA MAGNÉTICA GENERAL (2002-2019)

Ordenadas por materia	Cantidad por materia	Ordenadas por tipo de resonancia	Cantidad por tipo de resonancia
Accidente laboral	366	Cerebro/Encéfalo	134/43
Despidos injustificados	65	Hombro/Muñeca	105/41
Demanda a ISAPRES	85	Abdomen	37
Cobro de seguro de invalidez	118	Cervical	96
Venta de equipos médicos	29	Rodilla	178
		Otro	29

Tras la lectura y análisis de las sentencias clasificadas, 30 fueron las sentencias seleccionadas como relevantes, por presentar informes médicos sobre resonancias magnéticas que se utilizaron como medio probatorio dentro del procedimiento judicial. Quedaron excluidas 632 sentencias en las que, si bien el examen médico formaba parte del caso, hacían alusión a evaluaciones médicas de poca relevancia para efectos del neuroderecho, ya que referían a otras partes del cuerpo como son hombros, rodillas, muñecas y espalda. Nuestro principal interés fue la revisión del uso de resonancias magnéticas en el cerebro, siendo este tipo de tecnología el que mayor interés ha concitado en el análisis comparado, al mismo tiempo que es el tipo de resonancia más utilizado como medio probatorio a nivel neurocientífico.

Se puede sostener, por tanto, que son 30 las sentencias posibles de clasificar como inscritas dentro del neuroderecho, atendiendo a que se utilizaron imágenes de visualización cerebral como medio probatorio dentro del juicio. Sin embargo, entre esas 30 sentencias la relevancia del medio probatorio es disímil, dado que en algunos casos funciona como prueba accidental y en otras como prueba determinante para el razonamiento jurídico del tribunal. Por ello es que solo 3 de las sentencias fueron seleccionadas como casos realmente incidentes, aunque como veremos, no totalmente determinantes en las sentencias definitivas analizadas, y por tanto como evidencia significativa de la recepción del neuroderecho en la litigación judicial chilena. En el siguiente cuadro (cuadro 2) se muestra el análisis de las 30 sentencias preseleccionadas, dentro de las que se encuentran las 3 sentencias que serán analizadas de manera más profunda en el siguiente apartado.

CUADRO 2: ANÁLISIS RESONANCIA MAGNÉTICA (2010-2019)

Materia	Cantidad	Tipo de resonancia	Cantidad por tipo	Medio de prueba determinante en fallo	Acogida/Rechazada/Parcialmente
Indemnización de perjuicios	6	Cadera/Cerebro	Cadera: 1 Cerebro: 5	Determinante: 3 No determinante: 3	Acogida: 3 Rechazada: 3
Accidente laboral	14	Rodilla/Mano/ Hombro/Tobillo/ Cerebro	Rodilla: 3 Mano: 2 Hombro: 3 Tobillo: 1 Cerebro: 5	Determinante: 9 No determinante: 5	Acogida: 8 Rechazada: 5 Parcialmente: 1
Despido indirecto	1	Rodilla	1	Determinante: 1	Acogida: 1
Seguro de invalidez	1	Columna	1	Determinante: 1	Acogida: 1
Despido injustificado	3	Cerebro/Columna	Cerebro: 1 Columna: 2	Determinante: 2 No determinante: 1	Acogida: 2 Rechazada: 1
No cobertura contractual de seguro / ISAPRE	2	Cadera/Cerebro	Cadera: 1 Cerebro: 1	Determinante: 2	Acogida: 2
Nullidad de testamento	1	Cerebro	1	No determinante: 1	Rechazada: 1
Acoso laboral	1	Cerebro	1	No determinante: 1	Rechazada: 1
Interdicción por discapacidad mental	1	Cerebro	1	Determinante: 1	Acogida: 1

Podemos desprender de este cuadro lo siguiente. Primero, que las tecnologías de imágenes vía resonancia son utilizadas principalmente, como mencionamos anteriormente, dentro de causas jurídicas de tipo civil y laboral. Segundo, su uso no refiere de manera directa a los modos en que los procesos mentales de un sujeto aparecen en un momento determinado, sino que son imágenes utilizadas para probar la existencia de daños específicos en partes del cuerpo, tal como son las lesiones de cadera, de mano, hombros e incluso de cerebro. Tercero, en los casos en que estas tecnologías son utilizadas en el cerebro, tampoco tienen por finalidad específica la de probar una condición neurológica determinada de un sujeto, sino de un daño. Sobre lo anterior, no resulta extraño que este tipo de pruebas, sin ser rechazadas por los tribunales, no sean acogidas. Todo lo anterior, devela una tendencia bastante más conservadora de nuestra litigación judicial en términos comparados en cuanto a la recepción de neuroderecho se refiere.

Más aún, en Chile la no recepción de las neurociencias como mecanismo probatorio definitivo, pareciera no responder tanto a la calidad de los dictámenes de los tribunales, los que en general aluden a estas tecnologías con propiedad, sino –y en concordancia con nuestra hipótesis– al modo en que quienes litigan ofrecen este tipo de pruebas. Los abogados litigantes, en el derecho comparado, se han encargado de utilizar de manera más organizada y a través de asesorías especializadas a las fuentes neurocientíficas. Con ello han buscado poner en evidencia ciertos principios de funcionamiento cerebral jurídicamente relevantes, los cuales terminan por influir en la elaboración discursiva de una sentencia y, por lo tanto, influir en la precedencia. En el caso chileno, la evidencia emanada de la litigación judicial revisada muestra que la utilización de estas tecnologías por parte de los litigantes es aún muy poco sistemática y desvinculada de equipos técnicos especializados, como muestra el análisis en profundidad de los tres casos seleccionados por su relevancia en el neuroderecho local.

1. ANÁLISIS DE LOS 3 CASOS SELECCIONADOS

Las tres sentencias destacadas y seleccionadas, corresponden a casos disímiles entre sí, pero en ellos existe un claro uso de la categoría de resonancias magnéticas como medio de prueba para testificar enfermedades, negligencias e incapacidad mental.

El primer caso seleccionado⁵⁶ corresponde a una demanda levantada por los hijos de un individuo (don H), quien antes de fallecer le habría testado la cuarta de libre disposición a otra persona (doña M), esto por no tener un vínculo legal. Mediante la demanda, sus hijos pretendían que el legado fuese anulado, argumentando que su padre, al momento de modificar el testamento no se encontraría capacitado para expresar con claridad su voluntad, esto por una larga lista de enfermedades y complicaciones de salud que lo aquejan tiempo antes de morir. Para comprobar ello es que se utiliza como medio de prueba, dentro del juicio, una tomografía a su cerebro y resonancia magnética, también de cerebro, que dan cuenta y comprueban el estado de salud que atravesaba su padre antes de fallecer.

El segundo caso⁵⁷ corresponde a una demanda levantada por un académico (P), quien demanda a la universidad en la que trabaja por el constante acoso laboral que reci-

⁵⁶ *H CON F* (2008).

⁵⁷ *P CON UT* (2017).

be por parte de sus colegas y directivos, dado que la universidad no se ha hecho cargo del daño generado por dicha situación. En este caso, y similar con el anterior, la resonancia magnética de cerebro es utilizada para comprobar los trastornos sufridos por el docente y que le dan sustento a su acusación.

Por último⁵⁸, el tercer caso consiste en la interposición de una demanda civil de indemnización de perjuicios en juicio ordinario por responsabilidad contractual en contra de una clínica de salud (V), por parte de una familia (R). La parte demandante funda su demanda en el actuar negligente de los demandados al intervenir a la compareciente en el parto, primeramente, vaginal y luego abdominal de su hijo (J), provocando en el recién nacido una grave fractura en el cráneo y graves desgarros vaginales en la madre, para luego ser abandonados por el médico de turno (doña G), sin prestar la debida atención. Se acompaña examen de resonancia magnética que constata la lesión sufrida por el menor tras el parto.

A continuación, se presentan las sentencias seleccionadas, con una breve relación de las demandas, la utilización de la resonancia magnética como medio probatorio y el fallo de cada caso.

Caso 1: H con F (2008)

Los únicos hijos de don H interponen una demanda que busca invalidar el legado que su padre dejó en favor de doña M. Exponen que su padre padecía diabetes, hipertensión, mal de Parkinson y accidentes vasculares múltiples, conjunto de deterioros físicos que lo afectaron de manera progresiva desde septiembre de 2005 hasta fines de ese año, época en la que quedó incapacitado para comunicarse y responder a estímulos. Cabe señalar que el legado que pretenden invalidar fue realizado en diciembre de 2005, fecha en la que H sería incapaz.

El señor H era atendido por el médico Y, el cual le practicó una resonancia magnética por imágenes del cerebro, el día 8 de septiembre de 2005. Esta resonancia magnética habría mostrado una atrofia global, múltiples micro hemorragias e infartos cerebrales, los que lo llevaron a quedar postrado con un trastorno calificado como “mayor” en relación con el lenguaje. Añade la parte que el día 18 de septiembre del mismo año, el señor H fue reingresado al hospital clínico producto de una hemorragia digestiva alta por úlcera duodenal. Meses después, el 29 de diciembre, el señor H sería nuevamente ingresado a pabellón, instancia en la que se le realizaría otra resonancia magnética que mostraría pequeños infartos bi-hemisféricos y un infarto temporo-occipital derecho con transformación hemorrágica, quedando en condiciones aún peores a las descritas antes, casi sin respuesta a estímulos externos, en una situación que describen como “solo apertura ocular ocasional y emisión de sonidos inentendibles”⁵⁹.

Concluyen el relato de las dolencias del señor H, expresando que producto de estas y sin haberse recuperado, fallece el 3 de abril de 2007. Por todo esto, destacan, una persona en las condiciones en que se encontraba el señor H, no puede manifestar su voluntad para

⁵⁸ R CON CV (2014).

⁵⁹ H CON F (2008).

otorgar testamento, ni a fines de diciembre de 2005 ni tres meses después, conforme sitúan en el tiempo dicho acto.

En función de esto, y teniendo como prueba principal las resonancias magnéticas de cerebro, solicitan que el testamento se declare nulo absolutamente.

Fueron incorporadas como prueba tres tomografías computarizadas de cerebro y una resonancia magnética de cerebro, que acreditaban las siguientes descripciones clínicas:

d.1) Tomografía computarizada de cerebro. Paciente: H Fecha del examen: 8 de septiembre de 2005. Impresión diagnóstica: “Infarto reciente parietal mesial derecho. Infarto antiguo talámico izquierdo y frontal izquierdo sin cambios significativos. Alteración difusa de sustancia blanca supratentorial, compatible con enfermedad de la microcirculación”.

d.2) Tomografía computarizada de cerebro. Paciente: H Fecha del examen: 19 de septiembre de 2005. Antecedentes clínicos: AVE en estudio. Conclusión: “Infartos lacunares antiguos. Infarto más reciente parietal derecho. No hay evidencias de hemorragias recientes”.

d.3) Tomografía computarizada de cerebro. Paciente: H Fecha del examen: 30 de diciembre de 2005. Antecedentes clínicos: AVE. Impresión diagnóstica: “Alteración difusa de sustancia blanca supratentorial, compatible con enfermedad de la microcirculación. Infartos antiguos supratentoriales bilaterales”.

d.4) Resonancia magnética de cerebro. Paciente: H Fecha del examen: 3 de enero de 2006. Impresión diagnóstica: “Infartos recientes bi-hemisféricos, el de mayor tamaño en región temporo-parieto-occipital derecha que muestra signos de transformación hemorrágica. Infartos corticales y lacunares antiguos múltiples. Microhemorragias”⁶⁰.

En su fallo, el tribunal considera que debe probarse la inhabilidad del testador para expresar su voluntad, razón por la cual el objeto de la prueba se fija en lo relativo al “sano juicio” del señor H al momento de otorgar el testamento. Así es como el tribunal rechaza la demanda por no probarse de manera fehaciente que H no estaba en su sano juicio al momento de testar. Declara el tribunal en su sentencia de fecha 20 de septiembre de 2012:

“OCTAVO: Que dichas inhabilidades, en particular, la relativa al “sano juicio”, deben existir al tiempo de otorgarse el testamento. En este sentido, volviendo a los hechos que motivan este juicio, no hay prueba que permita configurar ninguna de las alegadas, en esa época, dado que los antecedentes aportados dicen relación con un período anterior en tres meses a su otorgamiento, ignorándose si los diagnósticos señalados afectan el “sano juicio” o la capacidad de expresarse “claramente” de una persona, como también, si su ocurrencia en dicho período anterior tiene la aptitud suficiente para influir de modo decisivo en el inmediatamente posterior. Esto último, especialmente, en relación a la causal que incide en la expresión clara de la voluntad.

⁶⁰ H CON F (2008).

Al concluir, cabe destacar que la parte demandante no solicitó peritaje alguno que se hiciera cargo de los antecedentes médicos del proceso.

NOVENO: Que, en estas condiciones, no quedará más que rechazar la demanda de autos.

DÉCIMO: Que la restante prueba en nada altera lo que se viene razonando”⁶¹.

De esta manera, el tribunal pondera la prueba que hace referencia a evidencia neuronal y la descarta por dos razones: primero, porque no queda claro el objeto de lo que vienen a probar; segundo, porque son de fecha anterior. Entonces, es destacable que el tribunal hubiese, eventualmente, acogido la demanda en función de la prueba neuronal, si es que se hubiese fijado de manera correcta el objeto y el tiempo del hecho a probar. Es esperable que litigantes mejor asesorados en disciplinas neurocientíficas pudieran lograr más impacto del uso de estas técnicas de visualización neuronales en juicio. Queda pendiente saber si es que el tribunal podría otorgar fuerza probatoria a una resonancia magnética en relación con el “sano juicio”, pero por lo que se colige de esta sentencia no habría obstáculos argumentativos para que así fuese.

Caso 2: P con UT (2017)

El académico P demanda a la universidad estatal en la que trabaja por acoso laboral. El académico, que se ha desempeñado como docente e investigador por 40 años en la universidad T, declara que ha sido acosado laboralmente por casi 10 años, situación que se acrecentó durante el segundo semestre de 2016. En específico, P alega que la autoridad académica de la universidad se encontraba en conocimiento de su delicada situación psíquica, que contempla un Trastorno Adaptativo con síndrome ansioso. Así, con conocimiento de esta situación, fue cargado excesivamente con labores académicas, lo que, junto a humillaciones públicas por parte de sus colegas, llevó a que el estado mental de P se viera agravado, lo que lo motivó incluso a interponer una querrela criminal por el delito de injurias en contra de la universidad en 2015. Esta última querrela terminó en una conciliación y disculpas públicas en su favor.

Estas situaciones llevaron a P a ejercer continuos períodos de licencia médica, además de observar un tratamiento médico psiquiátrico para afrontar un Trastorno Ansioso Depresivo. El representante de la demandante asegura que el cuadro de acoso laboral, sumado a otras circunstancias, tales como la edad de su representado, ha ocasionado aneurismas o lesiones en su cerebro, todo lo cual ha sido evidenciado con exámenes médicos tales como tomografías computarizadas.

Para probar estas lesiones cerebrales, la parte demandante incorporó las tomografías computarizadas, las cuales fueron consideradas como medio probatorio por el tribunal. Junto con ello, se convocó a un perito, con el fin de determinar los alcances de estas afecciones cerebrales. El informe del perito, en palabras del tribunal, arrojó lo siguiente

⁶¹ H CON F (2008).

“Ratifica el perito el informe que fue remitido al tribunal con fecha 30 de marzo del año 2017 a requerimiento de la parte demandada, el que fue realizado por él en su carácter de médico legista de la ciudad respecto del demandante. Señala haberse entrevistado con el demandante quien le refirió la existencia de situaciones de acoso laboral por más de 10 años durante su trabajo en la Universidad de Tarapacá y tuvo a la vista dos informes médicos de psiquiatría. El primero donde se señala la existencia de un trastorno adaptativo con síndromes ansiosos y otro de carácter de médico de imagen donde aparece la existencia de un accidente cerebro vascular isquémico lenticular bilateral, un TAC cerebral donde se aprecia la existencia de lesiones hipodensas en cápsula interna y núcleo caudado bilateral sugerente de lesiones y también una resonancia nuclear magnética donde se informa la existencia de un pequeño aneurisma sacular en el segmento comunicante del sifón carotideo derecho”⁶².

De esta manera, el tribunal pronuncia su sentencia de fecha 14 de julio de 2017, rechazando la demanda de P. Este rechazo, sin embargo, no está determinado por la calidad probatoria de la resonancia magnética, sino por la oportunidad judicial de la acción deducida. Aclara el tribunal que no se referirá a la fuerza probatoria de, entre otras, las imágenes médicas presentadas. Lo anterior deja abierta la posibilidad de que la resonancia magnética hubiese sido admitida como prueba.

Caso 3: R con CV (2014)

La familia R interpone demanda civil de indemnización de perjuicios en juicio ordinario por responsabilidad contractual en contra de la clínica V. La parte demandante alega un actuar negligente de la clínica demandada al intervenir a doña R en el parto del menor J. El parto, ocurrido el 27 de junio de 2008, provocó una fractura de cráneo grave en el menor y graves desgarros vaginales de la madre. La médica G, a cargo de parto, abandonó a R sin prestar la atención debida.

El menor J nació por cesárea, luego que el médico Z hubiese intentado el parto vaginal con ayuda de fórceps, lo que provocó un serio desgarro perineal, que abarcó desde el piso de la vagina hasta el ano. Practicado el parto por cesárea, se dejó a la madre sin suturar los desgarros, los que derivaron en una mala cicatrización, dejando a la madre R con graves secuelas, como la incontinencia de orina, gases, heces y un grave prolapso genital.

Alega la demandante que la clínica V incumplió las obligaciones que le imponía el contrato al no velar porque el médico Z asistiera “de buena técnica” el parto. Junto con ello, alegan indemnización por el daño físico y neurológico sufrido por el menor durante el intento de parto vaginal.

Este último daño neurológico del menor se intentó probar mediante una resonancia magnética del cerebro del niño.

El tribunal rechazó la demanda, desestimando la resonancia magnética como medio de prueba, no porque el medio probatorio fuera inadmisibles o técnicamente inapropiado, sino porque no mostraba el daño del menor al momento de la intervención, sino su estado

⁶² P CON UT (2017).

neurológico a los 3 años de edad. Argumenta el tribunal en su sentencia de fecha 3 de julio de 2014:

“VIGÉSIMO SEXTO: Que del examen y análisis de las pruebas aportadas por la demandante, esta sentenciadora se forma la convicción de que resulta ser insuficiente para acreditar o demostrar los hechos constitutivos de la situación jurídica que reclama, esto es, la efectividad que los demandados de autos, incurrieron en una conducta negligente o descuidada al llevar a cabo el parto del niño J en un primer término con espátulas de T y posteriormente por cesárea provocando hundimiento y fracturas craneales, infringiendo la *lex artis* de la medicina, ya que en lo que concierne a la prueba documental y que está latamente relacionada en esta sentencia, es de advertir que los documentos acompañados dan cuenta de los hechos no discutidos en juicio como son el hecho del parto, las lesiones sufridas por el pequeño y la paternidad del mismo. Que no existe prueba suficiente, más que la declaración de un testigo que dé cuenta del daño neurológico alegado por la parte demandante, existe a fojas 347 una resonancia Magnética de cerebro, realizada al pequeño J a los tres años de edad presentada por la parte demandante, la cual no señala ningún daño neurológico en el niño y describe la lesión de probable origen perinatal dando cuenta que no existen otros hallazgos de significado patológico.

[...]

Qué hace falta según esta juez, pruebas tendientes a acreditar la negligencia del médico demandado. Tampoco se logra acreditar el daño descrito por la madre en su demanda por ningún medio de prueba aportado al proceso, no hay referencia a los perjuicios descritos por ella en su demanda.

VIGÉSIMO SÉPTIMO: Que por todo lo precedentemente reflexionado, esta J. adquiere la convicción de que la demandante no ha acreditado ni demostrado que los demandados hayan incurrido en una conducta culposa o negligente en la intervención quirúrgica de parto practicado a la madre y al hijo, y por consiguiente, al no configurarse uno de los presupuestos o requisitos para hacer efectiva la responsabilidad de los demandados, la demanda no podrá prosperar y deberá ser desestimada”⁶³.

El tribunal, en definitiva, rechaza la acción porque la resonancia magnética viene a mostrar un estado neurológico posterior al que debía ser probado, a saber, el del momento del parto. Es interesante observar que, como en los casos anteriores, el rechazo de la prueba neurocientífica por parte del tribunal se debe más a un mal uso técnico por parte del litigador que al estatus probatorio que el tribunal estaría dispuesto a otorgarle si fuese bien utilizada, esto es, con los equipos científicos correspondiente asesorando a los litigantes, como ocurre muy poco en nuestra práctica judicial.

⁶³ R CON CV (2014).

IV. CONCLUSIONES

Las neurociencias han mostrado a nivel comparado que su impacto en la litigación judicial, especialmente en juicios referidos a la responsabilidad penal adolescente, es cada vez más incidente. Se ha pasado desde un uso de técnicas de visualización neuronal *estructural* en juicio (principalmente en juicios civiles por daños), que aquí hemos llamado la “primera etapa” del neuroderecho, a un incipiente pero cada vez más promisorio uso de técnicas de visualización neuronal *funcional*, lo que ha extendido importantemente el impacto de las neurociencias en el derecho.

Sin embargo, el estado de la recepción del neuroderecho en la jurisprudencia chilena aún aparece de manera poco incidente. En primer término, es claro que Chile se encuentra en la primera etapa del neuroderecho, e incluso allí su desarrollo es muy germinal. Las áreas donde se concentra el uso de tecnología de visualización neuronal, la mayor parte de las veces de carácter estructural (resonancias magnéticas), son juicios civiles y laborales, excluyéndose otras áreas en que el neuroderecho ha impactado de modo más profundo a nivel internacional, como es la responsabilidad penal adolescente o el intento de introducir polígrafos neuronales.

Con todo, de un análisis en profundidad de tres sentencias, en las que el valor probatorio de las técnicas neurocientíficas aparece en cierto nivel, es posible concluir que las imágenes de visualización neuronal no son rechazadas de antemano por la judicatura chilena, en concordancia con las normas jurídicas y criterios jurisprudenciales que rigen la apreciación de la prueba en nuestro sistema procesal, sino que las termina excluyendo porque no son correctamente utilizadas y, por tanto, no logran acreditar técnicamente los objetos del juicio. Ello estaría expresando el carácter marginal y/o aficionado que aún mantiene en la litigación chilena el uso de las técnicas de las neurociencias en juicio, lo que se evidencia en la ausencia habitual de equipos multidisciplinares de litigación que incluyan expertos en neurociencias y tecnologías. Más allá de las consideraciones económicas asociadas al uso de estas técnicas de visualización neuronal, sobre todo de las más sofisticadas, el saber neurocientífico –como lo muestra la experiencia comparada– exige una mayor traducción técnica en la litigación a fin de que su impacto judicial se vuelva más habitual e incidente. Así es plausible sostener que la resolución de esta falencia por parte de los equipos litigantes chilenos eventualmente podría mejorar la recepción futura que los jueces le terminen dando a estas técnicas neuronales en su decisión final, como ha ocurrido en la litigación comparada.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AONO, Darby (2019): “Neuroscientific Evidence in the Courtroom: A Review”, *Cognitive Res.: Principles & Implications*, vol. 4, N° 40: pp. 1-20.
- BELCHER, Annabelle y ROSKIES, Adina (2013): “Neuroscience Basics”, en Morse, Stephen y Roskies, Adina (eds.) *A Primer on Criminal Law and Neuroscience* (Oxford, Oxford University Press), pp. 1-36.
- BIZZI, Emilio (2009): *Using imaging to identify deceit: Scientific and ethical questions* (Cambridge, American Academy of Arts & Sciences).

- BONNIE, Richard y SCOTT, Elizabeth (2013): “The teenage brain: Adolescent brain research and the law”, *Current Directions in Psychological Science*, vol. 22, N° 2: pp. 158-161.
- BUCKHOLTZ, Joshua (2008): “The neural correlates of third-party punishment”, *Neuron*, vol. 60, N° 5: pp. 940-950.
- CAMARGO, Ricardo y RIED, Nicolás (2017): “Biopolítica y verdad: El caso de Marchiafava-Bignami en el dispositivo judicial chileno”, *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, vol. 6, N° 2: pp. 121-133.
- CASTRO, Álvaro (2020): “Hallazgos de la neurociencia sobre la maduración del cerebro de los adolescentes: repercusiones para el derecho penal juvenil”, en ACEVEDO, Nicolás; COLLADO, Rafael y MAÑALICH, Juan Pablo (eds.) *La justicia como legalidad. Estudios en homenaje a Luis Ortiz Quiroga* (Santiago, Thomson Reuters), pp. 563-584.
- COHEN, Alexandra y otros (2016): “When is an adolescent and adult? assessing cognitive control in emotional and nonemotional contexts”, *Psychological Science*, vol. 27, N° 4: pp. 549-562.
- CORNEJO, María Isabel (2020): “Derecho y Neurociencias: El caso del mejoramiento neural farmacológico”, Tesis Doctoral, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.
- CORNEJO, María Isabel (2021): “Reflexiones desde el derecho al mejoramiento neural farmacológico”, *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, N° 15, enero-diciembre: pp. 511-546
- DEMETRIO CRESPO, Eduardo (2017): *Fragmentos sobre Neurociencia y Derecho Penal* (Montevideo, B de F.)
- DEMETRIO CRESPO, Eduardo y MAROTO CALATAYUD, Manuel (eds.) (2013): *Neurociencias y Derecho Penal: Nuevas Perspectivas en el Ámbito de la Culpabilidad y Tratamiento Jurídico-Penal de la Peligrosidad* (Barcelona, Edisofer).
- DEMETRIO CRESPO, Eduardo y MAROTO CALATAYUD, Manuel (2011): “Libertad de Voluntad, Investigación sobre el Cerebro y Responsabilidad Penal: Aproximación a los Fundamentos del Moderno Debate sobre Neurociencias y Derecho Penal”, *InDret*, N° 2-2011: pp. 1-38.
- DÍAZ ARANA, Andrés Felipe (2015): “Neurociencias y Derecho Penal desde una perspectiva funcional de la mente”, *Revista Nuevo Foro Penal*, Vol. 11, N° 84, enero-junio, pp. 47-89.
- DONNELLY-LAZAROV, Bebhinn (ed.) (2018): *NeuroLaw and Responsibility for Action. Concepts, Crimes, and Courts* (Cambridge, Cambridge University Press).
- DÜNKEL, Frieder; GENG, Bernd y PASSOW, Daniel (2017): “Erkenntnisse der Neurowissenschaften zur Gehirnreifung. Argumenten für ein Jungtäterstrafrecht”, *Zeitschrift für Jugendkriminalrecht und Jugendhilfe*, 2/2017: pp. 115- 120.
- FAIGMAN, David (2013): “Admissibility of Neuroscientific Expert Testimony”, en Morse, Stephen y Roskies, Adina (eds.) *A Primer on Criminal Law and Neuroscience* (Oxford, Oxford University Press), pp. 75-88.
- FARAHANY, Nita (2015) “Neuroscience and behavioral genetics in US criminal law: an empirical analysis”, *Journal of Law and the Biosciences*, Volume 2, Issue 3, November 2015: pp. 485-509.
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo (2011): “Derecho Penal y Neurociencias. ¿Una relación tormentosa?”, *InDret*, N° 2-2015: pp. 1-57.

- FELD, Barry (2013): “Adolescent Competence and culpability: Implication off Neuroscience for Juvenile Justice Administration”, en MORSE, Stephen y ROSKIES, Adina (eds.) *A Primer on Criminal Law and Neuroscience* (Oxford, Oxford University Press), pp. 179- 215.
- FOUCAULT, Michel (2010): “La verdad y las formas jurídicas”, en FOUCAULT, Michel, *Obras esenciales* (Madrid, Paidós) pp. 487-584.
- Garland, Brent (2004): *Neuroscience and the Law. Brain, Mind, and the Scales of Justice* (New York/Washington, DANA, AAAS).
- GINTHER, Matthew (2016): “Parsing the behavioral and brain mechanisms of third-party punishment”, *Journal of Neuroscience*, vol. 36, N° 36: pp. 9420-9434.
- GREELY, Henry (2013): “Mind Reading; Neuroscience, and the Law”, en MORSE, S. y ROSKIES, A. L. (eds.) *A Primer on Criminal Law and Neuroscience* (Oxford, Oxford University Press), pp. 120-149.
- HOYL, Gonzalo (2016): “La valoración de la prueba en el proceso penal chileno y convicción judicial. Aproximación a la sana critica en relación a la prueba pericial”, en ARANCIBIA, Jaime y ROMERO, Alejandro (coord.) *La prueba en la litigación pública* (Santiago: Librotecnia), pp. 341-361.
- HUNTER, Iván (2017): “Reglas de prueba legal y libre valoración de la prueba: Cómo conviven en el Proyecto de Código Procesal Civil”, *Ius et Praxis*, vol. 23 (1): pp. 247-272.
- KINDHÄUSER, Urs y MAÑALICH, Juan Pablo (2011): *Pena y culpabilidad en el estado democrático de derecho* (Buenos Aires, Argentina: Euros Editores S. R. L.).
- JONES, Owen; SCHALL, Jeffrey y SHEN, Francis (2021): *Law and Neuroscience* (New York, Wolters Kluwer).
- JONES, Owen y WAGNER, Anthony (2019): “Law and Nuroscience: Progress, Promise and Pitfalls”, en Poeppel, David (edit.), *The Cognitive Neurosciences, Sixth Edition* (Massachusetts, MIT Press), pp. 112-132.
- LACY, Joyce y STARK, Craig (2013): “The neuroscience of memory: Implications for the courtroom”, *Nature Reviews Neuroscience*, vol. 14: pp. 649-658.
- MAÑALICH, Juan Pablo (2013): “El estado de necesidad exculpante Una propuesta de interpretación del artículo 10 N° 11 del Código Penal”, en Van Weezel, Alex (ed.). *Humanizar y repensar el Derecho Penal. Estudios en memoria de Enrique Cury* (Santiago, Thomson Reuters), pp. 715-742.
- MAÑALICH, Juan Pablo (2011) “Determinismo, Autonomía y Responsabilidad Penal”, en Kindhäuser, Urs y Mañalich, Juan Pablo. *Pena y culpabilidad en el estado democrático de derecho* (Buenos Aires, Euros Editores S. R. L.), pp. 181-210.
- MORSE, Stephen (2013): “Brain overclaim redux”, *Law & Inequality*, vol. 31, N° 2: pp. 509-534.
- MORSE, Stephen y NEWSOME, William (2013) “Criminal Responsibility, Criminal Competence, and Prediction of Criminal Behavior”, en Morse, Stephen y Roskies, Adina (eds.) *A Primer on Criminal Law and Neuroscience* (Oxford, Oxford University Press), pp. 150-178.
- MOORE, Michael S. (2020): *Mechanical Choices* (Oxford, Oxford University Press).
- NADEL, Lynn y SINNOTT-ARMSTRONG, Walter (2012): *Memory and law* (Nueva York, Oxford University Press).

- PARDO, Michael y PATTERSON, Dennis (2013): *Minds, Brains, and Law. The Conceptual Foundations of Law and Neuroscience* (Oxford, Oxford University Press).
- PÉREZ MANZANO, Mercedes (2011): “Fundamento y fines del Derecho penal. Una revisión a la luz de las aportaciones de la neurociencia”, *InDret*, 2-2011: pp. 1-39.
- REUBI, David (2017): “A genealogy of epidemiological reason: Saving lives, social surveys and global population”, *BioSocieties*, N° 8, vol. 2: 205-228.
- RISSMAN, Jesse (2010): “Detecting individual memories through the neural decoding of memory states and past experience”, *Proceedings of the National Academy of Sciences*, vol. 107, N° 21: pp. 9849-9854.
- ROSE, Nikolas y ABI-RACHED, Joelle (2013): *Neuro: The new brain sciences and the management of the mind* (Princeton, Princeton University Press).
- ROSKIES, Adina (2013): “Brain Imaging Techniques”, en Morse, Stephen y Roskies, Adina (eds.) *A Primer on Criminal Law and Neuroscience* (Oxford, Oxford University Press), pp. 37-74.
- ROSKIES, Adina y MORSE, Stephen (2013): “Neuroscience and the Law: Looking Forward”, en Morse, Stephen y Roskies, Adina (eds.) *A Primer on Criminal Law and Neuroscience* (Oxford, Oxford University Press), pp. 240-256.
- ROTH, Martin (2018): *Philosophical Foundations of Neurolaw* (USA, Lexington Books).
- SCHACTER, Daniel y LOFTUS, Elizabeth (2013): “Memory and law: What can cognitive neuroscience contribute?”, *Nature Neuroscience*, vol. 16: pp. 119-123.
- SCHACTER, Daniel y SLOTNICK, Scott (2004): “The cognitive neuroscience of memory distortion. Electronic”, *Neuron*, vol. 44, N° 1: pp. 149-160.
- SHEN, Francis, y JONES, Owen (2011): “Brain scans as evidence: Truths, proofs, lies, and lessons”, *Mercer Law Review*, vol. 62: pp. 861-884.
- SHEN, Francis (2016): “The Overlooked History of Neurolaw”, *Fordham Law Review*, vol. 85, N° 2: pp. 667-695.
- SPRANGER, Tade (ed.) (2012): *International Neurolaw, A Comparative Analysis* (Berlin, Springer).
- TREADWAY, Michael (2014): “Corticolimbic gating of emotion-driven punishment”, *Nature Neuroscience*, vol. 17, N° 9: pp. 1270-1275.
- UTTAL, William (2008): *Neuroscience in the Courtroom: What Every Lawyer Should Know About the Mind and the Brain* (Tucson, Lawyers & Judges Publishing).
- VAN WEEZEL, Alex (2013): “Neuroderecho y Finalismo Jurídico-Penal. Consecuencias de los avances neurocientíficos para la imputación jurídica” en Van Weezel, Alex (ed.) *Humanizar y Renovar El Derecho. Estudios en Memoria de Enrique Cury* (Santiago, Chile, Thomson Reuters), pp. 495-519.
- WAGNER, Anthony (2010): “Can neuroscience identify lies?”, en Gazzaniga, Stefano, y Rakoff, Jed (edits.): *A judge's guide to neuroscience: A concise introduction* (University of California, Santa Barbara) pp. 13-25.
- ZEKI, Semir y GOODENOUGH, Oliver (2006) *Law and the Brain* (Oxford, University Press).

JURISPRUDENCIA CITADA

Roper v. Simmons, 543 U.S. 551 (2005).

Graham v. Florida, 560 U.S. 48 (2010).

Miller v. Alabama, 567 U.S. 460 (2012).

United States v. Semrau, WL 6845092 (2012).

United States v. O'Connor, 3:13-cr-00537 (2013).

H con F (2008): 29° Juzgado Civil de Santiago, 20 de septiembre de 2012 (acción de nulidad) en V-Lex, Código de búsqueda 567631010, Fecha de consulta 30 de enero de 2020.

P con UT (2017): Juzgado de Letras del Trabajo de Arica, 14 de julio de 2017 (acción de demanda por acoso laboral) en V-Lex, Código de búsqueda 698191105, Fecha de consulta 30 de enero de 2020.

R con CV (2014): 10° Juzgado Civil de Santiago, 3 de julio de 2014 (acción civil de indemnización de perjuicios) en V-Lex, Código de búsqueda 571154006, Fecha de consulta 30 de enero de 2020.

COMPRENDER O INTERPRETAR EL DERECHO. EL CONVENCIONALISMO SEMÁNTICO EN SU LABERINTO

UNDERSTANDING OR INTERPRETING THE LAW. SEMANTIC CONVENTIONALISM IN ITS OWN LABYRINTH

PILAR ZAMBRANO¹

RESUMEN: En diálogo con la teoría interpretativa de Andrei Marmor, se analizan las condiciones lógicas que aseguran la inteligibilidad de todo discurso jurídico, y su posibilidad de ser comprendido, y se defiende la tesis de la conexión necesaria entre comprensión y realismo semántico. A partir de esta tesis se arguye que en la misma medida en que los discursos jurídicos se arrogan el poder de crear autónomamente su propio significado, pierden inteligibilidad y disminuyen sus chances de ser comprendidos. Esta tesis general se sustenta en dos argumentos. Primero, el argumento de la oscuridad de la referencia de los conceptos (en sentido amplio, incluyendo a los enunciados) cuyo significado se asume como netamente convencional. Segundo, el argumento de la imposibilidad de salvar la comprensión de los conceptos netamente convencionales del trilema de Münchhausen.

Palabras clave: Interpretación; convencionalismo; decisión judicial; Rule of Law; fidelidad al Derecho.

ABSTRACT: This work analyses the inner structure and the logical conditions of “understanding” in the field of Law, taking for reference Andrei’s Marmor proposal. The analysis leads to the thesis of the necessary connection between comprehension and semantic realism. Standing upon this thesis, I argue that, the more legal discourses assume the power to autonomously create their own meaning, the less their intelligibility and their chances of being understood. This general thesis is sustained on two main arguments. First, the inherent darkness of the reference of concepts whose meaning is held to be purely conventional. Secondly, the impossibility of saving the process of understanding from the classical Münchhausen trilemma.

Keywords: Interpretation; Conventionalism; Legal Decision; Rule of Law; Fidelity to Law.

1. INTRODUCCIÓN: UNA APROXIMACIÓN MINIMALISTA A LA OBLIGACIÓN JUDICIAL DE FIDELIDAD AL DERECHO

Si existe un punto de consenso en la teoría del actual Estado constitucional y convencional de Derecho, es la aserción de la obligación judicial de fidelidad al derecho, consistente en fundar toda decisión en el derecho vigente de forma explícita, argumentada y, sino excluyente, sí al menos prioritaria. Esta obligación se concibe como corolario de los

¹ Profesora titular, Facultad de Derecho, Universidad de Navarra. Campus Universitario, Pamplona, Navarra, España; Dirección postal: Facultad de Derecho, Universidad de Navarra 31080 – Pamplona, España. Dirección electrónica: pzambrano@unav.es; Código Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-5952-4162>.

desiderátums del *Rule of Law* o del principio de legalidad en el Estado de derecho²; como expresión del reparto constitucional de poderes³; como condición de legitimidad del ejercicio del poder jurisdiccional⁴; o bien, como una derivación de la tesis positivista de las fuentes sociales⁵.

Otro punto de consenso en la teoría (aunque quizá no tanto en la práctica) del actual Estado constitucional y convencional de derecho, es la advertencia de que los principios iusfundamentales que sirven de premisas implícitas o explícitas de toda decisión judicial, están semánticamente conectados con fuentes axiológicas y normativas meta-jurídicas. Esta segunda opinión estaba plenamente consensuada en la filosofía jurídica continental, al menos, desde la publicación en 1975 de la tercera edición de la Metodología de la ciencia del derecho de Karl Larenz⁶. En todo caso, es claro que esta conexión semántica multiplica las posibilidades interpretativas del conjunto de enunciados normativos vigentes. Ello explica la evolución de las teorías de la interpretación jurídica hacia una posición muy cercana al interpretivismo de Ronald Dworkin, según el cual la apertura del discurso jurídico al discurso moral es predicable de toda práctica jurídica y de todos los niveles de decisión judicial⁷.

Esta evolución no está exenta de matizaciones, en vistas a su difícil conciliación con la obligación judicial de fidelidad, lo que explica la emergencia de teorías alternativas al interpretivismo. Según algunas de estas, la obligación de fidelidad es algo así como una obligación minimalista (OM), consistente en potenciar la autonomía semántica del discurso jurídico y ceñir el recurso al discurso práctico general a los (pretendidamente pocos y excepcionales) casos (y/o tipos de casos) que no pueden ser considerados como parte del significado plausible de ninguna disposición normativa determinada, ni del discurso sistemáticamente considerado⁸. La OM se asienta, a su vez, sobre la distinción entre comprender e interpretar el Derecho. Mientras la comprensión sería algo así como el reconocimiento neutral del conjunto de fuentes vigentes y de su significado normativo para un tipo

² Desde una orientación práctica-hermenéutica, TRUJILLO (2015) p. 164; y desde una aproximación analítica post-positivista, FERRAJOLI (2016) p. 30 ss.

³ HERNÁNDEZ MARÍN (2018) p. 25 ss.

⁴ CAROCCIA (2017) pp. 81-83.

⁵ Joseph Raz vincula la tesis de las fuentes sociales del derecho y su carácter preeminencia en la decisión judicial, entre otros sitios, en RAZ (1986), p. 57 ss.; o RAZ (2004) p. 8 ss.

⁶ Con esta advertencia abría en 1983 ROBERT ALEXY su *Teoría de la argumentación jurídica*. Ver ALEXY (2007) p. 23, n. 1. Cabe agregar que LARENZ decía (también entonces), que los principios de derechos fundamentales son la vía más directa de comunicación entre el derecho positivo y el discurso práctico general, en LARENZ (1980) p. 144.

⁷ GARCÍA FIGUEROA (2018) p. 75. Si bien la crítica original de Dworkin al convencionalismo jurídico heredero de Hart se concentró en la apertura semántica de los principios, en DWORKIN (1977), capítulos 1-4; lo cierto es que, cuando en 1986 articula su propia teoría general del Derecho, generaliza la conexión entre el razonamiento moral y el razonamiento jurídico a todos los tipos de normas jurídicas, y a toda práctica jurídica: Ver DWORKIN (1986) pp. 410-413; DWORKIN (2006) caps. 6 y 8; y DWORKIN (2011) cap. 15.

⁸ Criticando esta orientación ver GUASTINI (2015) p. 36. Algunos autores restringen la obligación de fidelidad a la conexión de la decisión judicial con, al menos, un enunciado jurídico; o con un subsistema normativo, dentro del conjunto total de fuentes vigentes. En el primer sentido HERNÁNDEZ MARÍN (2018) p. 21 ss.; y en el segundo ALONSO (2018), p. 80 ss. Coincidimos con Alexy en que la obligación de fidelidad liga a juez con el sistema en su conjunto. ALEXY (2007) pp. 186, 187, 231, n. 73.

de casos (y/o para un caso concreto); la interpretación se concibe como una decisión acerca del modo de completar el discurso jurídico, cuando su comprensión acaba en la identificación de más una solución normativa y ningún criterio de elección⁹. Recogiendo esta distinción, la OM impera maximizar el recurso a la comprensión (o aplicación del derecho vigente) y minimizar el recurso a la interpretación (o construcción del derecho).

Dentro de este marco teórico pretendemos defender la tesis de la conexión necesaria entre comprensión y realismo semántico, en virtud de la cual la OM solo es factible allí donde el discurso jurídico hace referencia a un orden inherentemente inteligible de valores, tipos de acciones y cosas. Contrariamente, si los valores, tipos de acciones y cosas a las que aplican los enunciados jurídicos son creaciones conceptuales sin relación (y sin pretensión de relación) con una referencia inherentemente inteligible, el discurso pierde inteligibilidad y su comprensión se hunde en un regreso al infinito o en una circularidad tautológica.

Entendiendo por “convencionalismo semántico” la teoría según la cual el significado de los conceptos (y de los enunciados) se construye socialmente de forma más o menos reglada, pero con independencia de la naturaleza e inteligibilidad de su referencia¹⁰, se arguye que el convencionalismo semántico genera dos desafíos para la OM. En primer término, el desafío de la oscuridad de la referencia y la disyuntiva entre aceptar algún grado de realismo semántico, o extender el interpretivismo a toda decisión judicial. En segundo orden, como consecuencia de esta primera dificultad, el convencionalismo semántico hunde la OM en el clásico “trilema de Münchhausen”.

Usando como referencia prioritaria la teoría de la interpretación de Andrei Marmor, el trabajo se estructura en tres secciones. En la primera, integrada por los epígrafes 2.1-2.5, se expone con la mayor fidelidad posible la distinción comprensión-interpretación esbozada por Andrei Marmor. Sobre esta base, se sistematizan tres directivas de observación del discurso jurídico, cuya aplicación garantizaría su comprensión sin interpretación. En el epígrafe 2.5 se complementa esta sistematización con su aplicación a un caso constitucional. En la segunda sección, compuesta por los epígrafes 3.1- 3.3, se argumenta que el cumplimiento de las tres directivas de observación conduce a la disyuntiva entre realismo e interpretivismo, y hunde toda comprensión en el trilema de Münchhausen (epígrafes 3.1-3.2). Se refuerzan ambos argumentos mostrando la futilidad del significado literal-natural como vía de escape (3.3). En la última sección, integrada por los epígrafes 4.1- 4.3, se abordan las concesiones de Marmor al realismo semántico y se arguye que estas concesiones brotan de su discernimiento acerca de la gravedad de los desafíos nombrados.

⁹ En la misma línea, Raz distingue entre identificar la existencia del derecho e interpretarlo en RAZ (1986) p. 225 ss.; RAZ (1998) p. 161; RAZ (1998) pp. 5-6. Recogen la distinción GARDNER (2001) p. 200; PATTERSON (2005) p. 690, y PATTERSON (2018) p. 266; WALUCHOU (2002) pp. 141-150. El dualismo es asimilable a lo que Alexy denomina (y critica) como “tesis de la adición”. Ver ALEXY (2007) p. 39.

¹⁰ Sobre la generalización del convencionalismo semántico en el contexto de la filosofía del lenguaje, MARMOR (2008) p. 101, n. 1. Acerca de la definición propuesta, ver MOORE (2007) p. 240 ss.; y MARGOLIS y LAURENCE (1999), p. 21 ss. Dice Quine: “Las cosas tenían esencias para Aristóteles, pero solo las formas lingüísticas tienen significado. El significado es aquello en lo cual se convierte la esencia cuando se la divorcia de su objeto de referencia y se lo tiende sobre la palabra”, QUINE (1951) [1999] p. 154.

Estas concesiones sirven de recordatorio de lo que se puede pedir y de lo que no se puede pedir a la judicatura. Antes de denunciar el activismo judicial o el olvido de las fuentes del derecho, quizá sea necesario retroceder un poco y preguntarnos cuáles son las condiciones de posibilidad de la fidelidad al Derecho.

2.1. LA COMPRESIÓN COMO CONDICIÓN DE POSIBILIDAD DE TODA PRÁCTICA SOCIAL

El contraste con la teoría de la interpretación que Dworkin denomina “lectura moral del derecho”, y la explicación acerca de la naturaleza convencional del derecho, son dos piezas claves sobre las cuales Marmor articula su propia teoría acerca de la interpretación del derecho y, más específicamente, acerca de la inteligibilidad del discurso jurídico¹¹.

Así, mientras Dworkin alega que la interpretación del derecho involucra de forma necesaria un juicio moral acerca de los fines o valores que justifican su existencia; Marmor rebate con la distinción entre interpretarlo y comprenderlo: “Comprender una regla consiste en la habilidad de especificar qué acciones están de acuerdo con ella, al menos en algunos casos estándares”¹². La interpretación, por oposición a la comprensión, no es la habilidad de aplicar reglas, sino la de construirlas en relación a los casos límite (*borderline cases*) o “sub-determinados” (*under-determined*)¹³. Contra Dworkin, dice Marmor que la comprensión es lo usual y la interpretación la excepción; que la comprensión es una actividad reglada, mientras que la interpretación no lo es; y que la comprensión, a diferencia de la interpretación, no involucra un juicio justificatorio¹⁴.

La distinción entre comprender e interpretar no es solo una refutación de la concepción interpretivista del razonamiento judicial, sino también el corolario de la concepción convencional del Derecho, en virtud de la cual se lo concibe como una práctica (una costumbre) social. Como toda práctica convencional, el Derecho consiste según Marmor en el ajuste generalizado de la conducta de una cierta población, a un determinado conjunto de reglas que, en lo que aquí interesa, se caracterizan por su arbitrariedad. La arbitrariedad no supone irrazonabilidad, sino discrecionalidad: son reglas creadas por la propia población que las acoge, como alternativa a otras respuestas igualmente factibles y eficaces para satisfacer una necesidad humana¹⁵.

Un requisito indispensable para que cualquier regla moldee la conducta es su propia inteligibilidad, y la capacidad epistémica de sus destinatarios de identificarlas y usarlas correctamente. Siguiendo en este punto a Wittgenstein, afirma pues Marmor que toda práctica convencional –y no solamente el derecho– funciona sobre la base de la regularidad de la comprensión y la excepcionalidad de la interpretación¹⁶. También en línea con Wittgenstein, agrega que la comprensión se gesta con la observación de las acciones reguladas por la práctica. No comprendemos las reglas del fútbol leyendo un código o un manual, sino mi-

¹¹ MARMOR (2005) pp. 5-8.

¹² MARMOR (2005) p. 117. Ver las referencias de Dworkin sobre este punto en nota 6.

¹³ MARMOR (2005) pp. 15-16; MARMOR (2011), p. 148.

¹⁴ MARMOR (2005) pp. 16, 25; MARMOR (2011) p. 142 ss.

¹⁵ MARMOR (2008) pp. 101-113, 103; MARMOR (2009): p. 163.

¹⁶ MARMOR, A. (1992) [2005], 58; WITTGENSTEIN (1953) [2009], &85, &87, pp. 61-62; &142, p. 46.

rando cómo se juega. Mirando cómo se usan las reglas, podría decirse, las comprendemos. Y comprender una regla no es tanto aprender a enunciarla, como aprender a usarla¹⁷.

La prioridad de la acción como fuente de comprensión plantea un problema notorio para las prácticas sociales que, como el derecho, están mediadas por el lenguaje. ¿Cómo se comprende una práctica discursiva, esto es, una práctica cuyas acciones típicas “se hacen con palabras”, por usar la expresión de Austin¹⁸? ¿Qué es exactamente lo que hay que mirar en las acciones que se hacen con palabras, para aprehender las reglas que les dan forma?

No pocas veces se asume sin más que el significado del conjunto de las fuentes vigentes se muestra neutralmente en su uso, como si el uso del lenguaje fuese un fenómeno empíricamente observable. El mismo Dworkin comparte esta premisa, muy a pesar de su interpretivismo. Por mucho que insista en la naturaleza interpretativa del Derecho, también advierte que no hay debate posible sin un mínimo marco de acuerdo conceptual. No obstante, cuando se le pregunta cómo se identifica este marco, apunta sin más a la historia discursiva de cada práctica constitucional, como si fuera un objeto no susceptible de interpretación que se manifiesta sin más en su uso¹⁹. Marmor es una encomiable excepción a la ligereza con la cual se asume esta premisa: no solamente se detiene a explicar seriamente cuáles son las condiciones de posibilidad de la comprensión del discurso jurídico, sino que además enraíza esta explicación en otra más básica y fundamental, acerca de la naturaleza y posibilidad de la comprensión del lenguaje en general.

2.2. LAS TRES CONDICIONES DE LA COMPRENSIÓN: INFORMACIÓN COMPARTIDA, SISTEMÁTICA Y REGLADA

Por muy paradójico que resulte, el lenguaje es un tipo de práctica social cuyas reglas se aprehenden y comprenden observando su uso: los niños no aprenden a hablar estudiando el diccionario y las reglas gramaticales de su lengua materna, sino mirando cómo hablan quienes los educan (en el mejor de los casos). Ahora bien, ¿Cuándo puede decirse que la acción de hablar (el acto de habla) ha sido “comprendida”? ¿Qué cualidades debe tener la situación del habla para que, en tal situación, pueda darse la comprensión del acto de habla?

Marmor responde este orden de preguntas introduciendo varias distinciones, de las cuales aquí interesan tres. Primero, la distinción entre significado literal-natural, significado discursivo y significado pragmáticamente enriquecido. Segundo, entre el contenido semántico y el contenido asertivo de los enunciados. Tercero, entre las condiciones que aseguran la factibilidad de la comprensión –sin interpretación– de cada uno de los significados y contenidos²⁰.

El significado literal-natural (u ordinario) de los conceptos y enunciados está configurado por las reglas de uso lexicográficas y gramaticales del idioma. El significado discursivo emerge de la síntesis entre el significado literal-natural y las reglas de uso del lenguaje

¹⁷ MARMOR, (2005), p. 103; WITTGENSTEIN (1953) [2009], & 340, p. 116.

¹⁸ AUSTIN (1962) Lecture 2.

¹⁹ GARDNER (2001) p. 200; o PATTERSON (2005) pp. 685-692. El recurso al uso (el encaje con la historia) por parte de Dworkin aparece, entre muchos otros sitios, en DWORKIN (1985) pp. 158-162; DWORKIN (1986) pp. 225-227; DWORKIN (1996) pp. 10-12; DWORKIN (2006), p. 11 y capítulo 6.

²⁰ MARMOR (2005) pp. 11-15.

propias de una determinada práctica social. Finalmente, el significado pragmáticamente enriquecido resulta de contextualizar los dos niveles anteriores de significado en las particulares y singulares circunstancias en las cuales se desarrolla un acto de habla²¹. Esta primera distinción da paso a la segunda, entre el contenido semántico de los enunciados dado por la combinación del significado literal-natural y el discursivo; y el contenido asertivo, cuyo objeto es el significado pragmáticamente enriquecido. Mientras el contenido semántico está reglado y permanece idéntico en todo contexto general de habla, el contenido asertivo varía en función de las circunstancias particulares en las que se da cada acto de habla –quién, cuándo y dónde habla, entre otras–²².

Dada la pretensión de generalidad de todo enunciado jurídico, salvo contadas excepciones, su comprensión recae sobre el contenido semántico de los enunciados que depende de tres condiciones: (i) el significado (en los dos niveles, literal-natural y discursivo) debe estar reglado por normas, (ii) las normas deben aplicarse de forma sistemática –esto es, de forma sustancialmente igual en contextos sustancialmente iguales, y (iii) las normas deben ser objeto de un conocimiento compartido por todos los agentes del discurso²³.

Las tres condiciones se retroalimentan entre sí. Sin reglas no habría denominador común entre las infinitamente variables experiencias interiores de cada sujeto y no habría tampoco, propiamente hablando, posibilidad de conceptualizarlas –con lo cual no habría siquiera un “lenguaje privado”–²⁴. La aplicación sistemática de reglas por parte de una población no es una cualidad adicional a su funcionamiento, sino su propia naturaleza y efecto: todas las reglas tienen por definición una pretensión de sistematicidad, por la sencilla razón de que una regla que varía de caso en caso no es una regla en absoluto²⁵.

La reglamentación (y la consiguiente sistematicidad) no son todavía suficientes para asegurar el éxito de la comprensión del contenido semántico. Para que la comprensión tenga lugar es preciso que las reglas que uniformizan el significado literal-natural y el discursivo, y que se aplican de forma sistemática, sean las mismas en la mente del orador y del oyente. El lenguaje privado, como apuntó clásicamente Wittgenstein, es una contradicción en los términos (porque no serviría para la comunicación)²⁶. Recapitulando: si no hubiera reglas no habría significado en absoluto; si las reglas no se aplicaran de forma sistemática y uniforme en una cierta población, no podrían ser reconocidas ni ser objeto de un conocimiento compartido; y sin conocimiento compartido no hay comprensión ni comunicación.

2.3. EL SIGNIFICADO SE MANIFIESTA EN LA ACCIÓN COMUNICATIVA. ¿HACIA DÓNDE MIRAMOS?

En este estadio emergen con fuerza los siguientes interrogantes: (i) ¿Cuál es el uso que pone de manifiesto las reglas que conforman el significado de los enunciados en sus

²¹ MARMOR (2005) p. 19; MARMOR (2008) p. 105; MARMOR (2014) pp. 22, 23.

²² MARMOR (2005) pp. 17-18; MARMOR (2008) p. 106; MARMOR (2014) p. 26.

²³ MARMOR (2005) pp. 13-15.

²⁴ WITTGENSTEIN (1953) [2009], & 256-257, p. 98.

²⁵ WITTGENSTEIN (1953) [2009], & 201, p. 87; & 237, p. 9.

²⁶ WITTGENSTEIN (1952) [2009], &202, pp. 87-88; & 257, p. 98.

dos niveles, literal-natural y discursivo? (ii) ¿Debemos observar y sistematizar, por ejemplo, las definiciones ostensivas (la señalización física de la referencia), el uso referencial (la aplicación de los enunciados a su referencia), o el uso intensional (las definiciones aceptadas del significado de los enunciados)? Las respuestas a estas preguntas pueden sintetizarse en tres indicaciones o reglas de observación que denominaremos (Obs.1, Obs.2, Obs.3):

De la respuesta a la primera pregunta (i) emerge la regla de observación (Obs.1): El significado de los conceptos se construye con su uso social (general y reglado). Por ello, la observación debe recaer sobre el uso regular y no, en cambio, sobre los casos de uso excepcional y/o discutido²⁷.

De la respuesta a la segunda pregunta (ii) emerge la regla de observación (Obs.2):

La observación debe recaer sobre la aplicación de los enunciados a un conjunto típico de casos (uso referencial), y subsidiariamente sobre las explicaciones que la población ofrece sobre el significado que brota esta observación. En términos algo menos técnicos: no mires tanto cómo defino el significado de los enunciados sino más bien cómo los aplico²⁸.

De la conjunción entre (Obs.1) y (Obs.2), se sigue una tercera regla:

(Obs.3): El uso referencial de los conceptos y enunciados no es meramente indicativo sino también constitutivo de su campo de extensión²⁹. Por ello, la observación del uso referencial es la vía prioritaria para identificar a los casos paradigmáticos de la extensión de cada concepto, y para reflexionar acerca de su naturaleza.

Cuando este esquema se aplica a la comprensión del discurso jurídico, puede subdividirse en las siguientes reglas:

Obs. Jurídica 1: Comprender el discurso jurídico es saber identificar e inferir su margen de referencia determinado, esto es, al conjunto de casos a los que aplica de forma clara. Esta comprensión se gesta y desarrolla observando el modo en que los agentes de la práctica jurídica aplican los enunciados jurídicos.

Obs. Jurídica 2: Subsidiariamente, la inferencia del uso referencial puede reforzarse con la identificación de las definiciones que elaboran los agentes de la práctica.

Obs. Jurídica 3: La aplicación habitual no solamente muestra o revela cuál es el margen de referencia determinado del discurso y de cada enunciado, sino que también crea o constituye este margen. La reflexión sobre la naturaleza las acciones y valores conectadas en el discurso jurídico no tiene y no debe, o si quiera puede, tener lugar en el proceso de comprensión.

²⁷ MARMOR (2005) pp. 102, 103, 115.

²⁸ MARMOR (2005) pp. 114-115.

²⁹ MARMOR (2005) pp. 102, 115.

Con estas directivas la OM de fidelidad podría explicarse como el imperativo dirigido a todo juez de comprender cómo se usan/aplican habitualmente los enunciados jurídicos en cada práctica, y replicar este uso en los casos (estándares) que pertenecen a su margen determinado de extensión. La reflexión teleológica acerca de la conexión entre los tipos de casos recogidos en los enunciados, su situación deóntica (permisión, prohibición, etc.) y los fines de la práctica no es necesaria, conveniente o siquiera posible en el estadio de la comprensión. En efecto, si es la propia práctica discursiva la que crea el margen de referencia de sus conceptos y enunciados mediante el uso, determinando cuáles y porqué son sus casos estándares, no hay nada en la naturaleza de los casos que pueda iluminar su proceso de comprensión. El único foco de iluminación exterior al discurso jurídico podría ser, a lo sumo, el nivel básico de uso y comprensión del lenguaje, de donde emerge el significado literal-natural. Ahora bien, dado que el significado literal-natural también se construye con el uso, este recurso epistémico no consistiría tanto en un mirar fuera de “la botella del lenguaje”, como en un mover la mirada hacia otro nivel de uso del lenguaje³⁰.

2.4. LA OBLIGACIÓN MINIMALISTA DE FIDELIDAD EN ACCIÓN.

La explicación de la teoría de la interpretación de Marmor se focalizó hasta este punto en las tesis que enraízan la OM en una teoría semántica netamente convencionalista. Como se verá más adelante, el autor ha desarrollado otro conjunto de tesis que generan fuertes dudas acerca su propia identificación con esta tradición de filosofía del lenguaje. Dejando a salvo este segundo conjunto de ideas, conviene plantear los desafíos estructurales a los que se enfrenta una formulación convencionalista de la OM, tomando como punto de referencia argumentos interpretativos judiciales que asumen de forma casi explícita esta aproximación en el plano abstracto de la interpretación³¹.

En el famoso precedente *Roe vs. Wade*, la Corte Suprema norteamericana sentó el *leading case* sobre aborto, afirmando la libertad de la mujer a decidir abortar contra la injerencia indebida del Estado, como instancia del derecho a la privacidad, que había sido reconocido, a su vez, como parte del margen de extensión de la enmienda XIV en decisiones anteriores³². Este *holding* fue y aún hoy es objeto de innumerables debates, relativos no solamente a su justicia intrínseca, sino también a su fidelidad al texto constitucional³³. En este trabajo no interesa el *holding* donde, utilizando las distinciones de Marmor, la Corte extiende el margen indeterminado de referencia del concepto de privacidad y, por lo mismo, interpreta³⁴. Lo que interesa, en cambio, es la parte de la decisión donde la Corte se presenta a sí misma como continuando una tradición de comprensión del margen de referencia determinado de los dos conceptos constitucionales en juego: persona y privacidad.

Afirma la Corte en este orden de ideas:

³⁰ El reenvío de un tipo de uso a otro es graficado por Wittgenstein con la imagen de la mosca que no puede escapar de la botella en WITTGENSTEIN (1952) [2009] &309, p. 110.

³¹ Sobre interpretación abstracta; GUASTINI (2007) [2008] p. 29 ss.; GUASTINI (2013) pp. 125-126.

³² 410 U.S. 113 (1973).

³³ SAUNDERS (2019) pp. 15-28. En la misma línea, LUGOSI (2006) pp. 361-452.

³⁴ 410 U.S.113, 153-154.

(i) “El apelado y ciertos *amici* sostienen que el feto es una persona dentro del lenguaje y significado de la enmienda XIV (...). Si esta insinuación de personalidad es establecida, el caso del apelante, por supuesto, cae, porque el derecho del feto a la vida estaría garantizado especialmente por la enmienda. Pero el apelante admite que ningún caso que sostenga que el feto es una persona dentro de la enmienda XIV puede citarse (...). “La Constitución no define la palabra ‘persona’. La sección 1ª de la enmienda XIV contiene tres referencias a la persona ... ‘persona’ es usada en otros lugares de la constitución ... pero en todas estas instancias el uso de la palabra es tal que tiene aplicación posterior al nacimiento. Ninguna denominación indica, con alguna seguridad, que tiene alguna aplicación prenatal”³⁵.

(ii) “La constitución no menciona expresamente el derecho a la privacidad (...). Sin embargo, la Corte o los jueces individualmente han encontrado por lo menos las raíces de tal derecho en la enmienda I, en la IV, en la V, en las penumbras del Bill of Rights (...). Estas decisiones dejan en claro que únicamente los derechos individuales que pueden ser considerados fundamentales ... están fundamentados en esta garantía de privacidad personal ... Estas decisiones también dejan en claro que el derecho se extiende a ciertas actitudes relacionadas con el matrimonio, la anticoncepción, la procreación (...)”³⁶.

La Corte infiere el margen de referencia determinado del concepto de persona a partir de la observación de su uso dentro del texto y en la historia jurisprudencial³⁷. Advierte que dentro del texto constitucional el concepto no aplica nunca “de forma segura” a un ser humano no-nacido, y que en la jurisprudencia constitucional pasada no ha sido aplicado nunca a un ser humano no-nacido. En (ii) la Corte infiere el margen de referencia determinado del derecho a la privacidad, basándose también –aunque de forma más oblicua– en la observación de su uso en la historia jurisprudencial (no así en el texto, donde no aparece mencionado).

De la historia de la aplicación de las enmiendas I, IV, V, infiere que la privacidad forma parte del margen de referencia determinado de este conjunto de cláusulas, y de “las penumbras” del *Bill of Rights*. Luego, observando el uso jurisprudencial de la privacidad encuentra “claro” que se ha aplicado exclusivamente a los “derechos individuales fundamentales”. En tercer lugar, dirige la observación a los derechos fundamentales que se han conectado a la privacidad, y concluye que también es “claro” que han sido aplicados a “ciertas actitudes relacionadas con el matrimonio, la anticoncepción”, etc.

De este modo, los argumentos (i) y (ii) recogen casi literalmente la **Obs. Jurídica 1**. Ambos argumentos (i) y (ii) confirman también la naturaleza opcional de la observación de los usos intensionales (las definiciones asentadas) recogida en la **Obs. Jurídica 2**. De hecho, la Corte prescinde de esta vía de análisis, afirmando incluso que la ausencia de definiciones

³⁵ 410 U.S.113, 157-158; MILLER y otros (1991) pp. 848-855, 851.

³⁶ 410 U.S.113, 153; MILLER y otros (1991) p. 849.

³⁷ Más adelante la Corte precisó el criterio de inferencia de libertades señalando dos condiciones: (i) describir cuidadosamente la libertad que se pretender afirmar; (ii) restringir la inferencia a aquellas libertades que están objetiva y profundamente enraizadas en la historia constitucional. Ver 521 U.S. 702 (1997), pp. 720-21. Sobre las dificultades de su aplicación a la privacidad ver STINE (2003) pp. 507-532.

asentadas del concepto de persona no es óbice alguno para la identificación de su margen determinado de referencia. Lo mismo aplica al concepto de privacidad, que ni siquiera está nombrado en la constitución, por no decir definido. La **Obs. Jurídica 3** es en realidad una continuación de las reglas **Obs. Jurídica 1** y **Obs. Jurídica 2**. Por esta razón, se encuentra recogida en los dos extractos anteriores (i) y (ii), en tanto y en cuanto identifican el margen de extensión determinado de los conceptos de persona y privacidad con base en su uso dentro del texto de la constitución, y en la historia de su aplicación judicial. De cualquier forma, por si cupiera alguna duda, es afirmada explícitamente al comienzo del fallo, cuando se previene:

“Nosotros inmediatamente admitimos la naturaleza emocional y sensible de la controversia sobre el aborto (...). La filosofía de cada uno, así como sus experiencias, su ubicación de respecto de los flancos más básicos de la experiencia humana, sus prácticas religiosas, sus actitudes respecto a la vida, la familia y sus valores, y las pautas morales que establece y procura cumplir, todos ellos influyen y afectan lo que uno piensa acerca del aborto (...). Nuestro objetivo, por supuesto, es resolver el caso conforme a las pautas constitucionales, libres de emociones y preferencias”³⁸.

3.1. DE LA OSCURIDAD DE LA REFERENCIA A LA ENCRUCIJADA ENTRE REALISMO SEMÁNTICO U OMNIPRESENCIA DE LA INTERPRETACIÓN

En (i) la Corte infiere la exclusión del no nacido del margen de referencia determinado del concepto constitucional de persona, a partir de la inexistencia tanto en el texto como en la práctica de usos que lo incluyan de modo claro. En (ii) la Corte infiere, a partir de la historia constitucional, la existencia de derechos que no están siquiera mencionados en la constitución: la privacidad y luego, dentro de su margen determinado de referencia, “ciertas actitudes relacionadas con el matrimonio, la anticoncepción y la procreación”.

Bien podríamos preguntar a la Corte por qué es tan claro que la no aplicación del concepto de persona al no nacido en el texto constitucional y en la historia de la práctica, es razón suficiente para excluirlo de su margen de referencia determinado; mientras que la falta de mención del concepto de privacidad y sus derivados (matrimonio, anticoncepción, procreación) no fue comprendida en el pasado como razón suficiente para excluirlos del margen de referencia determinado de cada enmienda singularmente considerada, o de la *Bill of Rights* en su conjunto.

La divergencia podría salvarse con una regla interpretativa de semejanza (RS) del siguiente tenor: el margen de extensión determinado de los enunciados constitucionales (sean enunciados del texto o de la jurisprudencia) está compuesto tanto por los casos explícitamente nombrados, como por los casos no mencionados, pero igualmente incluidos en virtud de su clara semejanza con aquello que sí está explícitamente nombrado.

RS no solo salvaría la contradicción entre (i) y (ii), sino también y más importante, la distinción entre comprender e interpretar subyacente a la OM de fidelidad al Derecho.

³⁸ 410 U.S.113, 120; MILLER y otros (1991) pp. 848-849.

En efecto, negar RS supone admitir que cada vez que se aplica un enunciado a un caso no expresamente descrito se interpreta-construye, en lugar de comprender. Ahora bien, mientras que las reglas, por su connatural pretensión de generalidad, nombran tipos abstractos de acción, los principios rara vez nombran los tipos de acciones contenidos en su margen de referencia. Negar RS conlleva pues afirmar que se interpreta cada vez que se aplica un principio, y/o cada vez que se aplica una regla a un tipo de acción más específico que el que nombra.

Una Corte pragmática podría replicar que solo se interpreta en los *leading cases*. Así, el concepto de privacidad y sus derivados fueron el fruto de una interpretación-construcción que tuvo lugar en los correspondientes *leading cases*. Hoy contamos con una asentada historia de aplicación de estos –nuevos– conceptos con menciones explícitas de su margen de referencia determinado. Hoy sabemos, por ejemplo, que la privacidad aplica a decisiones relacionadas con el matrimonio, la anticoncepción y la procreación. No necesitamos a RS para comprender el margen determinado de la privacidad.

No precisaríamos a RS si el acto de habla consistente en nombrar discrecionalmente una serie de tipos específicos (matrimonio, anticoncepción, procreación) dentro del margen de referencia de un tipo genérico (privacidad), hiciera patente la razón de la conexión entre unos y otros. Mas esto encierra una contradicción en los términos. De acuerdo con la definición de interpretación –por oposición a comprensión– no hay ninguna razón necesaria para incluir un tipo específico en el tipo genérico o, más bien, la única razón para la inclusión es la autoridad del intérprete. Si esto es así, se oscurece –o más bien desaparece– el común denominador entre unos y otros tipos de acciones. Si en cambio se afirma que la inclusión no es discrecional, será porque hay algo en los tipos específicos, una semejanza real e inteligible que justifica el mismo tratamiento entre los tipos específicos y su inclusión en el margen de referencia del tipo genérico. Será, en otras palabras, porque hemos abandonado el convencionalismo semántico y, más concretamente, las reglas Obs. Jurídica 1 y 3.

Marmor distingue entre las implicancias semánticas y las implicancias pragmáticas de los enunciados. Las implicancias semánticas forman parte del margen de extensión determinado del significado literal-natural y del significado discursivo. Las segundas, en cambio, son parte del significado pragmáticamente enriquecido, por lo que solo brotan en el contexto singular de habla³⁹. Aprovechando estas distinciones, se podría rematar el contrargumento diciendo que las libertades más específicas están semánticamente implicadas en el margen de referencia determinado de los conceptos. Este último recurso argumentativo es solo aparentemente eficaz o, más propiamente, sería eficaz si contáramos con RS, que es lo que nos permite distinguir entre casos no mencionados pero incluidos en el margen de referencia (implicancias semánticas), casos no mencionados y dudosamente incluidos (discrecionalmente incluíbles mediante la interpretación), y casos excluidos.

Recapitulando: aceptar RS conlleva el abandono del convencionalismo semántico en vistas de la inoperatividad de las reglas Obs. Jurídica 1 y 3. Renunciar a RS conlleva la prioridad de la interpretación sobre la comprensión y, por esta vía, la utopía de la OM de fidelidad.

³⁹ MARMOR, 2008 (b) pp. 423-452, 445; MARMOR (2009) p. 118.

3.2. DE LA OSCURIDAD DE LA REFERENCIA AL TRILEMA DE MÜNCHHAUSEN

La oscuridad de la referencia hunde la comprensión de cualquier discurso en el regreso al infinito y/o su sucedáneo, la tautología. Este desafío no es sino la traslación del trilema de “Münchhausen”, desde el plano de la justificación de la veracidad de los juicios, al de la comprensión de su significado. Explicando el trilema, apunta Boladeras que toda pretensión de probar la verdad de las conclusiones de un raciocinio se topa con las siguientes tres alternativas:

- (a) Regresión al infinito: la verdad de las conclusiones depende de la verdad de las premisas, la verdad de las premisas depende de la verdad de otras premisas previas, y así hasta el infinito.
- (b) Círculo vicioso: se razona de manera circular, derivando la verdad de un grupo de premisas a partir de la verdad de otras, y la verdad de las segundas se deriva de la verdad de las primeras.
- (c) Ruptura de la argumentación en un punto determinado mediante la introducción dogmática de un enunciado cuya verdad no se cuestiona⁴⁰.

El paso al nivel (c) solo puede justificar la verdad de las conclusiones frente a quienes comparten el dogma introducido, lo que supone restringir la validez del raciocinio a la comunidad discursiva limitada en tiempo y espacio que comparte el dogma.

El corte dogmático no es por ello una vía apta de argumentación cuando lo que se pretende afirmar es la veracidad universal de las conclusiones. En este caso las opciones disponibles para sortear las falacias (a) y (b) son dos. La primera es sustituir la introducción de dogmas (de premisas afirmadas dogmáticamente), por la introducción de premisas intrínsecamente indiscutibles. Esto es, premisas cuyo significado y cuya veracidad es evidente para cualquier persona con uso de razón. Este es el camino largamente recorrido por la tradición del Derecho natural para justificar la obligatoriedad del derecho⁴¹. En la segunda vía se ubican quienes niegan la existencia de premisas autoevidentes e inherentemente inteligibles y, como hace el propio Albert, sustituyen el principio de justificación de la verdad por el principio de racionalidad del proceso de discusión⁴².

Por debajo de las divergencias entre el procedimentalismo de Albert y el cognitivismo de la tradición central de occidente, subyace un acuerdo en torno a la necesidad lógica de que las premisas (se consideren justificadas como verdaderas o no) sean al menos comprensibles para todas las partes del discurso. Podría decirse, en este orden de ideas, que ambas tradiciones asumen la regla 1.4. de racionalidad práctica esbozada por Robert Alexy, en virtud de la cual ni siquiera podría entablarse un diálogo si las partes no usaran las expresiones con el mismo sentido. Si esta regla no se cumple, no solo se pierde la posibilidad de justificar la

⁴⁰ Ver BOLADERAS (2002) pp. 20-21.

⁴¹ Grisez distingue explícitamente la inteligibilidad de las premisas, de la evidencia de su veracidad en GRISEZ (1965) p. 188 ss. Recogen la distinción FINNIS (1980) [2011] p. 44 ss.

⁴² ALBERT (1999) p. 9. Esta es la vía desarrollada por Robert Alexy en el plano jurídico, con cita directa del propio Albert. Ver ALEXY (2007) p. 177, N° 9.

verdad de las conclusiones de cualquier razonamiento, sino que se pierde también la posibilidad de comunicarlas⁴³. Conviene pues mostrar cómo el trilema aplica, no solamente a la veracidad de las premisas y conclusiones de cualquier razonamiento, sino también a su inteligibilidad y a la consiguiente virtualidad de ser objeto de comprensión y discusión.

Si el concepto de privacidad es construido por la práctica constitucional en su conjunto, una Corte que se muestra a sí misma como meramente comprendiendo y sujetándose al margen de referencia⁴⁴ claro del mismo, deberá justificar esta comprensión mostrando que es coherente con los usos del discurso constitucional que la avalan. La remisión a otros usos conlleva bien un regreso al infinito, de usos más concretos a usos más abstractos; bien a un círculo vicioso consistente en refrendar los usos entre sí. El regreso al infinito hacia usos más abstractos está implicado en la argumentación de la Corte en torno a la relación referencial entre el aborto, el matrimonio, la anticoncepción, la procreación (los usos más concretos), la privacidad (el uso abstracto) y la libertad protegida por la enmienda XIV (segundo nivel de abstracción). El círculo vicioso se da en la pretensión de avalar las decisiones pasadas con el texto constitucional, y luego iluminar el sentido del texto con las decisiones pasadas.

Podría argumentarse en este punto que la Corte salva el regreso y el círculo vicioso con la solución procedimentalista o coherentista que propone Albert al trilema. Se diría, en esta inteligencia, que el uso de las enmiendas por parte de la Corte está validado por su apego al uso pasado de las mismas enmiendas en la práctica en su conjunto. Se podría incluso agregar –siguiendo con Albert–, que esta solución no pretende garantizar la veracidad –la realidad– de la conexión entre libertad, privacidad, matrimonio, anticoncepción y procreación; sino meramente la coherencia (y racionalidad) interna en el uso del lenguaje.

El problema con esta solución es que no responde nuestra objeción. No hemos puesto en duda que el uso de cada concepto se valide con el apego al modo de uso general de ese mismo concepto dentro de su propia práctica discursiva. Lo que hemos puesto en duda es, más bien, que la exigencia de coherencia pueda aplicarse (por no decir argumentarse) en un discurso que se concibe como absolutamente prioritario a la naturaleza de su propia referencia. Si el significado de los conceptos se construye exclusivamente con su uso, la naturaleza de su referencia se evanece del horizonte como criterio de verificación de la coherencia del uso. Lo que conlleva que la coherencia del uso solo podrá refrendarse con otros tipos de uso, lo que conlleva un regreso al infinito o una tautología.

Demás está decir que la Corte no consideró necesario remitirse hasta el infinito mostrando cuáles son los usos estándares de los conceptos en juego, por dos razones. Primero, porque es fácticamente imposible (¡la tendríamos aun escribiendo!). Segundo, porque como cualquier orador corriente, asumió la existencia de un conocimiento compartido de parte de un auditorio familiarizado con el uso de las reglas lexicográficas, gramaticales y discursivas que determinan el significado de sus propios enunciados.

Esta asunción no solo no es improbable, sino que es una condición de posibilidad de cualquier diálogo. Lo que en todo caso sí es improbable –por irrealizable– es la pretensión

⁴³ ALEXY (2007) pp. 185-187.

⁴⁴ ETCHEVERRY, J. (2019) pp. 326-328.

de que este conocimiento compartido emerja pura y exclusivamente de la observación aséptica del uso del lenguaje.

Tampoco parece que la Corte note un círculo vicioso en la determinación del sentido del texto partiendo de decisiones pasadas, y en la determinación del sentido de estas decisiones con base en el texto constitucional. La probable razón por la que no ve ningún círculo vicioso en este procedimiento es que cuando interpreta el sentido “claro” del texto constitucional, asume un tercer elemento que, si bien no nombra, pone en juego: su significado literal-natural. ¿Es este recurso suficiente para evitar lo que Albert denomina una “ruptura dogmática de la argumentación”?

3.3. EL SIGNIFICADO LITERAL-NATURAL (U ORDINARIO) COMO CABALLO DE TROYA

La idea de que el significado literal-natural puede funcionar de *stopper* en el regreso al infinito de usos y significados, al tiempo que salva la circularidad, subyace a todo canon interpretativo que apela al sentido literal-natural u ordinario de los textos como criterio limitativo del significado discursivo⁴⁵. No obstante, cuando el significado literal-natural se concibe como una creación cultural, y nada más que una creación cultural, este recurso opera como un caballo de Troya.

Si es difícil identificar los actos del habla que ponen de manifiesto el significado paradigmático de los enunciados dentro de una práctica social institucionalizada como el Derecho, cuánto más difícil será identificarlos y delimitarlos en el discurso espontáneo y no-confinado de la vida ordinaria. Podría rebatirse apuntando a los diccionarios de la lengua, como fuente autorizada de conocimiento de los usos vigentes. Este contra-argumento es doblemente falaz. En primer término, no logra evitar el regreso porque el diccionario define los conceptos con más palabras, los diccionarios son una recopilación del conjunto total de usos existentes de los conceptos, en diversos contextos discursivos. En segundo lugar, los diccionarios no son una fuente autorizada de la naturaleza de las cosas. Los diccionarios se limitan a constatar y recopilar los usos vigentes de las palabras en diferentes prácticas discursivas, sin ofrecer ni pretender ofrecer criterio alguno de semejanza, que permita conectar unos con otros. ¿Con qué criterio habrá el intérprete de seleccionar, pues, entre los usos no jurídicos que son relevantes para iluminar el sentido estrictamente jurídico que intenta develar, y los usos que son irrelevantes a este fin? Si nada hay fuera de los discursos que sirva como *tertium comparationis*, el intérprete se habrá de perder en un reenvío tautológico de un tipo de uso a otro.

Un ejemplo jurisprudencial de la inoperatividad del significado literal-natural u ordinario así concebido aparece en la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el precedente *Artavía Murillo*. Aplicando el artículo 31 de la Convención de Viena sobre los Tratados, la Corte analiza el significado ordinario de los conceptos “concepción”, “vida humana” y “ser humano” recogidos en el artículo 4.1 de la Convención americana sobre derechos humanos, como paso previo para delimitar su significado discursivo (jurídico-convencional). A este efecto, utiliza las siguientes fuentes de conocimiento del significa-

⁴⁵ LAISE (2017) *passim*. Las limitaciones del significado ordinario de los conceptos como criterio de interpretación de los Tratados, son apuntadas por VENZKE (2012) pp. 3-4; PEAT, WINDSOR (2015) pp. 6-8.

do literal-natural u ordinario: (i) el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española; (ii) el diccionario de la Real Academia vigente en la época de redacción de la Convención; (iv) una variedad de opiniones científicas, contradictorias entre sí⁴⁶.

El recurso al análisis del uso científico de los conceptos podría interpretarse como una muestra de realismo semántico. Se diría, así, que la Corte considera a la ciencia una autoridad epistémica para describir la naturaleza de la concepción, la vida y el ser humano, y que es esta naturaleza la que opera como *tertium comparationis* entre el uso jurídico y los usos recopilados por la RAE (y por la propia Corte). La Corte se propondría contrastar, en fin, todas las perspectivas de comprensión meta-jurídicas de los conceptos bajo análisis, en vistas a enriquecer y justificar su propia comprensión del significado estrictamente jurídico. Esta explicación no es sin embargo sostenible. La Corte complementa la consulta de la RAE con el análisis del uso científico de los conceptos simplemente para enriquecer el reportorio de usos vigentes que ofrece la RAE. Que esto es así surge, de su explícita renuncia a complementar el análisis con cualquier tipo de consideración antropológica o metafísica acerca de la naturaleza personal del ser humano, acogándose de forma explícita al método de análisis empleado por la Corte norteamericana *Roe vs. Wade*⁴⁷.

La reducción del significado literal-natural al conjunto de usos vigentes sitúa a la Corte, así, en una posición muy difícil de justificar, por no decir imposible. No da razón (ni puede darla) acerca de porqué elige analizar un conjunto de usos (los recopilados en la RAE y algunos de los que integran el debate científico) y descartar otros (los filosóficos), ni de por qué da prioridad a unos sobre otros. Lo cierto es que no puede justificar ninguna de estas elecciones porque ha descartado la opción de mirar a la referencia (la persona en sí) como criterio para discriminar entre usos válidos e inválidos, relevantes e irrelevantes. La ignorancia de la referencia la sumerge en el regreso al infinito de usos, y en la tautología consistente en limitar el significado discursivo-convencional del término remitiendo a una base más amplia de significados. No es de extrañar, pues, que la Corte acabe por saltarse el *pseudo* límite del significado literal-natural, y romper dogmáticamente la argumentación interpretativa decantándose sin más por uno de los muchos usos identificados⁴⁸.

4.1. ¿UN MARMOR REALISTA?

La distinción entre comprender e interpretar fue introducida por Marmor con dos objetivos paralelos. De una parte, para afirmar la naturaleza convencional del Derecho y su autonomía respecto de un orden antropológico y moral dado. De otra, para afirmar contra Dworkin la autonomía semántica del discurso jurídico respecto del discurso moral. Cuando Marmor se concentra en estos dos propósitos, se muestra a sí mismo en su versión más convencionalista (esta vez, en términos semánticos). En cambio, cuando su preocupación se concentra exclusivamente en la inteligibilidad del discurso jurídico y la viabilidad de su

⁴⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Artavia Murillo y otros (fertilización in vitro) vs. Costa Rica*, 28-11-2012, Caso N° 257, & 45-52.

⁴⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Artavia Murillo y otros (fertilización in vitro) vs. Costa Rica*, 28-11-2012, Caso N° 257, & 50.

⁴⁸ CIANCIARDO (2019) p. 173, ss.; PEDERNERA ALLENDE (2015) pp. 2-3.

comprensión, el convencionalismo semántico comienza a diluirse hasta el punto de tornarse irreconocible.

Contra la aproximación semántica-realista al concepto de Derecho (y, más ampliamente, contra todo el espectro de la filosofía del derecho natural) señala Marmor que, en la misma medida en que el Derecho es un producto cultural, su referencia es flexible y mutable por definición (como la cultura). Dejando a salvo los casos en los cuales el discurso jurídico incorpora conceptos desde las ciencias naturales (como por ejemplo, el concepto de “embrión”) el significado de los conceptos estrictamente jurídicos es prioritario a la naturaleza de su referencia y esencialmente mutable⁴⁹. Dicho esto, se propone además mostrar contra Dworkin que el Derecho, como producto cultural, se distingue de otros productos culturales y de la moralidad en particular. Con este doble fin reelabora la distinción hartiana entre “el caso central” y la zona de penumbra de los conceptos, asumiendo la lectura abiertamente convencionalista de la teoría Wittgensteniana del significado que hemos descrito en la sección 2, según la cual el significado no solamente se manifiesta, sino que también se construye con su uso.

El convencionalista semántico se desvanece para dar lugar a la aparición del Marmor realista en términos semánticos, cuando focaliza el análisis en la inteligibilidad del discurso y la viabilidad de su comprensión, y se olvida, por así decirlo, de los debates estrictamente ius-filosóficos:

“las reglas deben distinguirse del estado de cosas antecedente en virtud del cual la existencia de las reglas tiene un sentido y frente al cual las reglas devienen inteligibles. Toda actividad reglada presupone un trasfondo que da razón de la práctica en su conjunto, y que la torna posible y relevante”⁵⁰.

La cita es muy rica en sus implicancias semánticas realistas. En primer lugar, los fines de las prácticas convencionales quedan excluidos de la convencionalidad de las reglas. Así, la objeción a la tesis de la rigidez de la referencia de los conceptos se contrae: la referencia de los conceptos jurídicos es dinámica, pero no así la referencia de los (pocos) conceptos que nombran a los fines del Derecho. Ahora bien, ni siquiera las reglas son arbitrarias en sentido fuerte, pues la convencionalidad se mueve dentro de un marco de racionalidad y, más concretamente, de adecuación y eficacia para responder a los fines –dados– de la práctica⁵¹. Se aligera así otro tanto el argumento de la culturalidad del Derecho contra el realismo semántico: lo cultural y variable es la elección de las reglas más eficaces para realizar los fines del Derecho. Lo estable –rígido–, y por ende también universal, es el criterio lógico de adecuación entre reglas –los tipos de acciones regulados por las reglas– y fines.

⁴⁹ MARMOR (2005) 74-76.

⁵⁰ MARMOR (2005) p. 147 (traducción libre).

⁵¹ MARMOR (2008) p. 103. El límite a la convencionalidad de las reglas sociales es casi idéntico al *test* de razonabilidad que propone Alexy como límite a la discrecionalidad del legislador. Ver, entre otros muchos sitios, ALEXY (2004) pp. 35-48. Mientras Alexy mira a la justificación moral del derecho, Marmor se focaliza en su inteligibilidad. La coincidencia refuerza la tesis de que a mayor razonabilidad mayor inteligibilidad y viceversa, a menor razonabilidad menor inteligibilidad del discurso.

Junto al aligeramiento de la convencionalidad del Derecho en sí, Marmor aligera también la autonomía de la comprensión jurídica, desde el momento en que la comprensión asume el conocimiento compartido de los fines de la práctica, y del criterio de adecuación entre acciones y fines. Usando la metáfora del piso y el techo de la interpretación de cualquier enunciado, Marmor admite así la existencia de un techo intrínsecamente inteligible, cuyo desconocimiento redundaría en la ininteligibilidad de las reglas convencionales y del discurso que las enuncia.

Extendiendo esta metáfora y tomando ahora al significado literal-natural como “piso” de la interpretación en sentido amplio, al menos desde 2008 en adelante Marmor se presenta a sí mismo como una excepción dentro de lo que él reconoce como la opinión dominante en la filosofía del lenguaje. El significado literal-natural, como se apuntó arriba, es el significado aún no enriquecido en un determinado contexto general y/o particular de uso. Precisamente porque el significado literal-natural prescinde del enriquecimiento, es común a distintas prácticas discursivas, y a los cambios temporales dentro de una misma práctica discursiva. Se trata, en fin, de algo así como el piso sobre el cual cada práctica construye el significado discursivo⁵².

Pues bien, a la pregunta por el origen de las reglas lexicográficas y gramaticales que dan forma al significado literal-natural de los conceptos, responde Marmor diciendo que están determinadas tanto en su razón de existir como en su contenido, por las razones que explican la necesidad humana (comunicativa) de crearlos en cualquier lengua natural⁵³. Más aún, en abierta contradicción contra su oposición al realismo semántico en el plano del Derecho, afirma ahora que también el significado literal-natural de los conceptos que designan prácticas convencionales responden a esta lógica semántica realista⁵⁴.

En todo caso, Marmor es insistente en lo siguiente: si el significado literal-natural no representara la naturaleza de su propia referencia, no sería posible comparar entre sí los conceptos enriquecidos por distintas prácticas discursivas, ni identificar cuándo un cambio conceptual dentro de un mismo discurso supone el abandono de un concepto por otro⁵⁵. En esta línea, el significado literal-natural no debería confundirse –como hizo la Corte Interamericana en *Artavía*– con una suerte de recopilación de los usos vigentes en distintas prácticas discursivas. El significado literal-natural de los conceptos es, más bien, la parte del significado *aún no* enriquecida, que permanece igual en todas las prácticas discursivas, y que no solamente responde causalmente a una necesidad universal de comunicación, sino que también está determinado en su forma por la naturaleza de esta necesidad universal. De este modo, el significado literal-natural funciona para Marmor, como rendija por donde la naturaleza de la referencia recobra la prioridad sobre la construcción del significado en todo discurso⁵⁶.

⁵² MARMOR (2008) p. 105.

⁵³ MARMOR (2008) pp. 107-108; MARMOR (2009) pp. 89, 94, 95.

⁵⁴ MARMOR (2008) p. 107.

⁵⁵ MARMOR (2008) p. 108.

⁵⁶ MARMOR (2009) pp. 86, 93.

4.2. INTERPRETAR Y COMPRENDER EN CLAVE REALISTA

La última concesión al realismo semántico se pone de manifiesto en un cambio sutil pero fundamental en la explicación acerca de la función epistémica del “caso paradigmático”.

Decía Marmor en *Interpretation and Legal Theory*, que la vaguedad no es una cualidad de un tipo de concepto, sino una posibilidad de uso de todo concepto, que se actualiza cuando se lo confronta con un caso dudoso⁵⁷. Ahora bien, no todo caso paradigmático guía el proceso de comprensión de la misma forma. Hay casos paradigmáticos con cualidades definitorias claras que, además, son necesarias (sino suficientes). En estos supuestos, la vaguedad no es un problema del concepto en sí, sino más bien de la parte del mundo que no acaba de acomodarse a él. La duda sobre si incluir o no al monopatín eléctrico dentro del concepto de vehículo automotor radica en las peculiaridades del monopatín, que no acaban de encajar del todo con las notas definitorias del automotor.

Como clásicamente apuntó Wittgenstein, existe una clase especial de conceptos cuyo caso paradigmático no está constituido por una o por varias cualidades claramente identificables, sino por un conjunto de cualidades más o menos estructuradas entre sí, donde ninguna es necesaria ni suficiente. Los casos que integran el margen determinado de referencia de estos conceptos no son idénticos entre sí, sino que tienen entre sí una “semejanza de familia”. Estos conceptos de semejanza de familia se distinguen del resto de los conceptos –llamémosle conceptos comunes–, porque su aplicación no solamente es problemática en su margen indeterminado de referencia, sino también en el margen determinado⁵⁸.

Abocado a mostrar la posibilidad de comprender sin interpretar, Marmor apunta en *Interpretation and Legal Theory* –contra una posible lectura de Wittgenstein– que la semejanza de familia no excluye la necesidad lógica de que exista un acuerdo generalizado en torno a los casos paradigmáticos y al consiguiente margen determinado de extensión de este tipo de conceptos, sin lo cual devendrían “un misterio”⁵⁹. Con una fe más bien ingenua, incluye de esta forma a esta clase de conceptos dentro de la dinámica convencionalista aplicable a todo concepto, en virtud de la cual el uso construye y al mismo tiempo revela su margen determinado/claro de aplicación.

No obstante, cuando más adelante pone el foco en el problema de la inteligibilidad, se aparta explícitamente de Wittgenstein (interpretado por él en clave convencionalista). Si bien vuelve a insistir en la conexión lógica entre los conceptos y los casos paradigmáticos, introduce, como al pasar, la última carta de rendición frente al realismo semántico. Dice, así, que el caso paradigmático no puede revelar por sí mismo el margen determinado de referencia de ningún concepto –sea cual sea el tipo de concepto en cuestión–, si no viene acompañado de un criterio para identificar los elementos hacen del caso un caso paradigmático. Aclara, además, que la necesidad de que el caso paradigmático revele un criterio de semejanza es una necesidad lógica, no psicológica, del funcionamiento de los conceptos⁶⁰. Un criterio de semejanza que, claro está, no puede volver a expresarse con más palabras, lo

⁵⁷ MARMOR (2005) pp. 101-102.

⁵⁸ MARMOR (2005), p. 102; WITTGENSTEIN (1952) [2009], & 65, p. 35.

⁵⁹ MARMOR (2005) p 102.

⁶⁰ MARMOR (2008) p. 110, n. 31.

que exigiría una nueva ronda de interpretación. Un criterio de semejanza que solo puede funcionar, en fin, si todas las partes del discurso comparten una misma capacidad de abstracción que es previa a todo lenguaje y a todo discurso.

4.3. ALGUNAS CONCLUSIONES

Apuntaba Rawls en 1993 que, lejos de ser una condición limitante, el pluralismo moral de occidente es el efecto natural y deliberadamente intentado de las instituciones liberales⁶¹. Más allá de las matizaciones con las que quepa recoger esta observación, es indiscutible que nuestros discursos políticos y jurídicos giran de forma cada vez más acelerada, desde un debate acerca de la justificación de las normas que deberíamos implementar para realizar unos fines que compartimos, a un debate anterior y mucho más radical, acerca de cuáles son estos fines. Este giro quizás de alguna razón a Dworkin acerca de la prevalencia actual de la interpretación y la excepcionalidad de la comprensión. No obstante, la cuestión de qué tipo de razonamiento práctico es preponderante, si la interpretación o la comprensión, es bastante menos relevante que la cuestión previa acerca de si una y otra constituyen verdaderas instancias de razonamiento o si, en cambio, son dos formas más o menos sutiles de disfrazar el uso de la fuerza⁶².

La argumentación desplegada en este trabajo pretendió despejar el camino para responder esta cuestión previa, apuntando en una única dirección: si los valores, tipos de acciones y cosas a las que aplican los enunciados jurídicos son creaciones conceptuales sin relación (y sin pretensión de relación) con una referencia inherentemente inteligible, el discurso pierde inteligibilidad y su comprensión se hunde en un regreso al infinito o en una circularidad tautológica. Lo cual es otra forma de decir que los enunciados no pueden ser objeto de conocimiento alguno –por no hablar de un conocimiento compartido–. Sobra decir que, si los enunciados no son objeto de conocimiento compartido, tampoco pueden ser objeto de comprensión –tampoco pueden usarse/aplicarse correctamente–.

A partir de estas consideraciones puede por fin reelaborarse la distinción entre interpretar y comprender descrita en la sección 2 en los siguientes términos: la diferencia entre comprender e interpretar no radica, como podría sugerir una lectura fragmentada de la obra de Marmor, en la neutralidad de la comprensión y el compromiso valorativo de la interpretación. La diferencia radica, en cambio, en el rol de la valoración. En la comprensión se asume y no se discute ni el contenido semántico (la síntesis del significado literal-natural y el discursivo) de los enunciados que regulan acciones, ni el contenido semántico de los enunciados que imperan realizar los fines y valores a los que apunta el Derecho en su totalidad. En la interpretación se conserva el conocimiento compartido del margen de extensión determinado de estos enunciados, pero se discute su margen indeterminado (natural y discursivo) de extensión.

Tanto la comprensión como la interpretación son viables como formas de comunicación, sí y solo sí (i) el discurso jurídico recoge el margen de extensión determinado del significado literal-natural de los conceptos y, mediante este, la conexión a una referencia

⁶¹ RAWLS (2005) pp. xxiv, xxv.

⁶² La expresión es de FISH (1997) p. 1454.

inherentemente inteligible; (ii) el discurso jurídico enriquece el margen indeterminado del significado literal-natural de los conceptos, y lo transforma en el significado discursivo-jurídico, siguiendo un criterio de adecuación racional a los fines (valores) intrínsecamente inteligibles del Derecho. Usando la distinción de Frege entre referencia y sentido, podríamos también concluir que los discursos jurídicos construyen el sentido de sus conceptos (y enunciados), más no su referencia. O bien, que si pretenden construir también su referencia, se tornan ininteligibles e incomprensibles⁶³.

La fuerza lógica de esta conclusión muy probablemente explique el ingente esfuerzo de Marmor por inundar la comprensión del discurso jurídico de realismo semántico, por así decirlo, por la puerta de atrás. A partir de la naturaleza institucional, colegiada y estratégica del discurso jurídico concluye que, al menos en su mayor parte, el contenido asertivo del discurso jurídico se identifica con su contenido semántico. Esto es, con la conjunción entre el significado literal-natural y el significado discursivo públicamente reconocible por un “hombre razonable”⁶⁴. Una vez que esta tesis se conecta con la teoría referencialista del significado literal-natural, no puede sino concluirse que Marmor ha optado, con toda razón, por desconectar el convencionalismo jurídico de su innecesario y mortal compañero, el convencionalismo semántico.

Desde una aversión radical al realismo semántico podría replicarse que no hay problema alguno en aceptar que el Derecho es fuerza. Se dirá así que tanto la comprensión como la interpretación (si es que se las puede diferenciar) conllevan siempre el paso a la tercera alternativa del trilema de Münchhausen, esto es, la ruptura dogmática de la argumentación. Se nos diría, en fin, que los jueces cortan el regreso y/o la tautología de explicaciones, introduciendo datos de forma dogmática, en los pocos o muchos casos en los que aún no se ha forjado una tradición de comprensión de los enunciados. Se agregará, continuando esta línea, que el corte dogmático no presenta ningún problema para el Derecho, sino que más bien reafirma su naturaleza y su función. Reafirma su naturaleza, pues partimos de la base de que el Derecho es una creación social sin referencia necesaria a un modo de ser y actuar dado, por no hablar de otras prácticas sociales y discursivas, y reafirma también su función, consistente en imponer autoritativamente criterios comunes de coordinación social.

Pues bien, el corte dogmático de la argumentación es una vía plausible de evasión del trilema para todo aquel que, en la línea de Kelsen o más recientemente Schauer, abiertamente renuncie a justificar la obligatoriedad moral del Derecho y a distinguirlo de la fuerza⁶⁵. El problema que ahora nos concierne no es sin embargo la moralidad del Derecho. No estamos averiguando si es justo, bueno o deseable que el Derecho nos mande hacer esto o aquello. No estamos siquiera averiguando si es justo que el Derecho mande hacer cosas en general, o si el Derecho debe proporcionar motivos y/o razones para la acción. Nuestro

⁶³ FREGE (2012) pp. 29-49.

⁶⁴ MARMOR (2008 b), p. 451; MARMOR (2014) capítulo 1.

⁶⁵ SCHAUER (2015) *passim*. Comentando esta obra, apunta Massini que la reducción del Derecho al uso de la fuerza “esfuma de modo definitivo la posibilidad de un saber jurídico propiamente tal, que trascienda ... la mera lexicografía de acciones sin sentido humano-práctico”, en MASSINI (2019) p. 142. Por las mismas razones, agregamos en este trabajo que no solo se esfuma la posibilidad de entender lo que el Derecho es, sino también, lo que el Derecho pretende que hagamos.

objeto de estudio, bastante más elemental, apuntó a identificar cuáles son las condiciones mínimas para que el Derecho pueda imperar o motivar con eficacia. En este segundo orden de consideraciones, el corte dogmático de la argumentación sobre el significado del discurso no es viable por la simple razón de que supone renunciar a su inteligibilidad, y un Derecho ininteligible, sobra decirlo, no puede imperar a nadie, ni en lo bueno ni en lo malo.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALBERT, Hans (1999): *Between Social Science, Religion and Politics* (Amsterdam, Rodopi).
- ALEXY, Robert (2004): *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales* (trad. Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales).
- ALEXY, Robert (2007): *Teoría de la argumentación jurídica* (trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales, 2ª edición).
- ALONSO, Juan Pablo (2018): “Principios jurídicos y fuentes sociales del derecho”, *Doxa*, 41: 63-83.
- ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*.
- AUSTIN, Jhon, L. (1962): *How to do Things with Words. The William James Lectures Delivered at Harvard University* (Oxford, Clarendon Press).
- BOLADERAS, Margarita (2002): “Introducción”, en ALBERT, Hans (ED.) *Razón crítica y práctica social* (trad. Margarita Boldaderas, Barcelona, Buenos Aires, México, Paidós) pp. 9-37.
- CAROCIA, Francesca (2017): “Quel Che Resta Del Sistema”, *Ars Interpretandi*, VI: 81-98.
- CIANCIARDO, Juan (2019): “The Specification of the Right to Life of the Unborn in the Inter-American Human Rights System. A Study of the Artavía Murillo case”, en ZAMBRANO, Pilar y SAUNDERS, William (eds.), *Unborn Human Life and Fundamental Rights. Leading Constitutional Cases Under Scrutiny* (Berlin, Peter Lang) pp. 63-184.
- DWORKIN, Ronald (1977): *Taking Rights Seriously* (Londres, Duckworth).
- DWORKIN, Ronald (1986): *Law's Empire* (Cambridge Mass., Harvard University Press).
- DWORKIN, Ronald (2006): *Justice in Robes* (Cambridge, Mass., Harvard University Press).
- DWORKIN, Ronald (2011): *Justice for Hedgehogs* (Cambridge, Mass., Harvard University Press).
- FERRAJOLI, Luigi (2016): “Contro Il Creacionismo Iurisprudenziale”, *Ars Interpretandi*, V: 23-43.
- ETCHEVERRY, J. (2019): An Approach to Legal Principles Based on Their Justifying Function. *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, 32(2), 321-342.
- FINNIS, Jhon (1980) [2011]: *Natural Law and Natural Rights* (Oxford, Clarendon Press, revised second edition).
- FISH, Stanley (1997): “Almost Pragmatism: Richard Posner's Jurisprudence (reviewing The Problems of Jurisprudence by Richard A. Posner)”, *University of Chicago Law Review*, 57:1454.
- FREGE (1892) [2012]: “Sobre sentido y referencia”, en VALDÉS VILLANUEVA, Luis, M. (Comp. y trad.), *La búsqueda del significado* (Madrid, Tecnop) pp. 29-49.
- GARDNER, Jhon (2001): “Legal Positivism. 5 ½ Myths”, *American Journal of Jurisprudence*, 46 (1): 199-227.

- GARCÍA FIGUEROA, Alfonso (2018): “El constitucionalismo jurídico, o la irrelevancia del juspositivismo”, *Persona y Derecho*, 79-2: 51-114.
- GÓMEZ LOBO, Alfonso (2001): *Morality and the Human Goods. An Introduction to Natural Law Ethics* (Washington, Georgetown University Press).
- GRISEZ, Germain (1965): “The First Principle of Practical Reason: A Commentary on the Summa theologiae, 1-2, Question 94, Article 2”, *Natural Law Forum*, 10-1: pp. 167-201.
- GUASTINI, Ricardo (2007) [2008]: *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, trads. Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (Madrid, Trotta).
- GUASTINI, Ricardo (2015): “Interpretación y construcción jurídica”, *Isonomía*, 43: pp. 11-48.
- GUASTINI, Ricardo (2013): “Replica”, *Rivista di filosofia del diritto. Journal of Legal Philosophy*, II: pp. 125-126.
- HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael (2018): “Porqué ponderar?”, *Doxa*, 41: pp. 15-33.
- LARENZ, Karl (1975): *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* (Berlin/Heidleberg/New York, Springer, 3ª edición).
- LARENZ, Karl (1980): *Metodología de la ciencia del derecho* (trad. Rodríguez Molinero, Marcelino, Barcelona, Ariel).
- LAISE, Luciano (2017): *El poder de los conceptos* (México, Porrúa).
- LUGOSI, Charles (2006): “Conforming to the Rule of Law: When Person and Human Being Finally Mean the Same Thing in Fourteenth Amendment Jurisprudence”, *Georgetown Journal of Law and Public Policy*, 4: pp. 361-452.
- MARGOLIS Eric y LAURENCE, Stephen (1999): “Concepts and Cognitive Sciences”, en Margolis, Eric/Laurence, Stephen (eds.), *Concepts. Core Readings* (Cambridge, Mass., MIT Press) pp. 3-81.
- MARMOR, Andrei (1992) [2005]: *Interpretation and Legal Theory* (Oxford, Hart Publishing, 2nd Edition).
- MARMOR, Andrei (2008): “Is Literal Meaning Conventional?”, *Topoi*, 27: 101-113.
- MARMOR, Andrei (2008 b): “The Pragmatics of Legal Language”, *Ratio Juris*, V10 - N° 21: 423-452
- MARMOR, Andrei (2009): *Social Conventions. From Language to Law* (Princeton, Oxford, Princeton University Press).
- MARMOR, Andrei (2011): *Philosophy of Law* (Princeton, Princeton University Press).
- MARMOR, Andrei (2014): *The Language of Law* (Oxford, Oxford University Press).
- MASSINI, Carlos Ignacio (2019): “Coacción en el Derecho y razón práctica. Las limitaciones en un texto de Frederick Schauer”, *Persona y Derecho*, 81-2: pp. 127-150.
- MOORE, Michael (2007): “Can Objectivity be Grounded on Semantics?”, en VILLANUEVA, Enrique (ed.), *Law: Metaphysics, Meaning, and Objectivity* (New York, Rodopi Philosophical Studies) pp. 236-260.
- MILLER, Jhonatan y otros (1991): *Constitución y derechos humanos* (Buenos Aires, Astrea).
- PATTERSON, Daniel (2005): “Interpretation in Law”, *San Diego Law Review*, 42: pp. 685-692.
- PATTERSON, Daniel (2018): “Theoretical Disagreement, Legal Positivism, and Interpretation”, *Ratio Juris*, V13 - N° 26: pp. 260-275.
- PEAT, Daniel y WINDSOR, Mathew (2015): *Interpretation in International Law* (Oxford, Oxford University Press).

- QUINE, Willard (1951) [1999]: “Two Dogmas on Empiricism”, en MARGOLIS, Eric y LAURENCE, Stephen (eds.), *Concepts. Core Readings* (Cambridge, Mass., MIT Press) pp. 153-169.
- RAWLS, John (1993) [2005]: *Political Liberalism* (Columbia, Columbia University Press, expanded edition).
- RAZ, Joseph (1986): *The Morality of Freedom* (Oxford, Clarendon Press).
- RAZ, Joseph (1994): *Ethics in the Public Domain* (New York, Oxford University Press).
- RAZ, Joseph (2001): “On the Authority and Interpretation of Constitutions” (ALEXANDER, Larry (ed.), *Constitutionalism: Philosophical Foundations*, New York, Cambridge University Press), pp. 152-193.
- RAZ, Joseph (1998): “Postema on Law’s Authority and Public Practical Reasons”, *Legal Theory*, 4: 1-20.
- RAZ, Joseph (2004): “Incorporation by Law”, *Legal Theory*, 10: 1-17.
- SAUNDERS, William L. (2019): “Judicial Interference in the Protection of Human life in the United States. Actions and Consequences”, en Zambrano, Pilar y Saunders, William, L. (eds.), *Unborn Human Life and Fundamental Rights. Leading Constitutional Cases Under Scrutiny* (Berlin, Peter Lang) pp. 15-28.
- SCHAUER, Frederick (2015): *The Force of Law* (Cambridge Mass., London, Harvard University Press).
- STINE, A. (2003): “The Implications of the Due Process Clause on the Future of Human Embryonic Gene Therapy”, *Arizona Law Review*, 45: pp. 507-532.
- TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, I-II, Q 91 a. 3.
- TRUJILLO, Isabel (2015): “Estado de derecho y práctica de los derechos humanos”, *Persona y Derecho*, 73: pp. 161-180.
- VENZKE, Ingo (2012): *How Interpretation Makes International Law: On Semantic Changes and Normative Twists* (Oxford, Oxford University Press).
- WALUCHOU, Wilfred (2002): “In Pursuit of Pragmatic Legal Theory: The Practice of Principle by Jules Coleman”, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 15: pp. 125-152.
- WITTGENSTEIN, Ludwig (1953) [2009]: *Philosophical Investigations* (Trad. Gertrude E.M. Anscombe, y otros, Oxford, Wiley-Blackwell, cuarta ed.).
- ZAMBRANO, Pilar (2009): *La inevitable creatividad en la interpretación jurídica. Una aproximación a la tesis iusfilosófica de la discrecionalidad* (México, UNAM).
- ZAMBRANO, Pilar (2009): “Fundamental Principles, Realist Semantics and Human Action”, *Rechtstheorie*, 46: pp. 323-345.
- ZAMBRANO, Pilar (2016): “Interpretar es conocer. Una defensa de la teoría referencialista de la interpretación”, en CIANCIARDO, Juan y otros (eds.), *Filosofía práctica y derecho. Estudios sobre teoría jurídica contemporánea a partir de las ideas de Carlos Ignacio Massini Correas*, México (UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas) pp. 53-73.
- ZAMBRANO, Pilar (2019): “Convencionalismo jurídico e inteligibilidad del Derecho. El uso como espejo de las fuentes sociales en la teoría jurídica de Andrei Marmor”, *Doxa*, 42: pp. 35-61.
- ZAMBRANO, Pilar (2021): “Del ciudadano pasivo-defensivo al ciudadano activo-colaborador y sospechoso. Apuntes para un debate racional acerca de la legitimidad jurídica el modelo penal de ciudadano”, en SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo (Dir.), *Medio siglo de Derecho penal*

en España. Del modelo autoritario al del ciudadano constitucional (Granada, Comares) pp. 197-236.

ZAMBRANO, Pilar y CIANCIARDO, Juan (2019): *La inteligibilidad del derecho* (Buenos Aires, Marcial Pons).

JURISPRUDENCIA CITADA

Estados Unidos: *Roe vs. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

Estados Unidos: *Glucksberg vs. Washington*, 521 U.S. 702 (1997).

Corte Interamericana de Derechos Humanos: *Artavía Murillo y otros (fertilización in vitro) vs. Costa Rica*, Caso N° 257 (2012).

LA CARGA DE LA PRUEBA CON RELACIÓN AL CUMPLIMIENTO-INCUMPLIMIENTO CIVIL COMO *THEMA PROBANDUM* EN LA RESPONSABILIDAD MÉDICA Y LA *EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS*

THE BURDEN OF PROOF IN RELATION TO CIVIL COMPLIANCE-NON-COMPLIANCE AS THEMA PROBANDUM IN MEDICAL LIABILITY AND EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS

CARLOS DEL RÍO FERRETTI*

RESUMEN: En el estudio se somete a crítica la comprensión de la carga de la prueba en nuestro sistema judicial y se analizan aplicaciones discutibles de la carga de la prueba como regla de juicio con relación al cumplimiento-incumplimiento civil, en el campo de la responsabilidad médica contractual y en el ámbito específico de la denominada *exceptio non adimpleti contractus* de los contratos sinalagmáticos. El análisis se centrará en los específicos problemas procesales de carga de la prueba sobre el tema de prueba alternativo del cumplimiento-incumplimiento civil, desde un enfoque que tendrá en cuenta las cuestiones normativas y jurisprudenciales en el Derecho chileno, y las posibilidades que ofrece un tratamiento de aquellas desde la perspectiva de criterios sistemáticos desarrollados por la dogmática procesal.

Palabras clave: carga de la prueba, incumplimiento contractual, *exceptio non adimpleti contractus*.

ABSTRACT: The study criticizes the understanding of the burden of proof in our judicial system and discusses controversial applications of the burden of proof as a judgment rule in relation to compliance or civil non-compliance, in the field of contractual medical liability and in the specific area of the so-called *exceptio non adimpleti contractus* of synalagmatic contracts. The analysis will focus on the specific procedural problems of burden of proof on the subject of alternative proof of compliance-civil breach, from an approach that will take into account normative and jurisprudential issues in Chilean law, and the possibilities offered by a treatment of those from the perspective of systematic criteria developed by procedural dogmatics.

Keywords: burden of proof, breach of contract, *exceptio non adimpleti contractus*.

I. INTRODUCCIÓN

1. OBJETO DEL ESTUDIO

El objeto del estudio es la aplicación del régimen de la carga de la prueba en dos ámbitos específicos del ordenamiento jurídico chileno que plantean desafíos en la materia. Se prestará atención específica a la carga de la prueba en materia de cumplimiento-incumpli-

* Doctor en Derecho, Universidad de Valencia. Profesor de Derecho procesal de la Universidad Andrés Bello. Dirección postal: Bellavista 0121, Santiago, Providencia, Chile. ORCID: 0000-0002-1508-998X. Correo electrónico: carlos.delrio@unab.cl.

miento civil, en cuanto tema de prueba sobre el cual se producen problemas de aplicación con relación (1) a la responsabilidad médica contractual, y con relación (2) a la excepción de contrato no cumplido (esto es el cumplimiento-incumplimiento del actor) en los denominados contratos sinalagmáticos o bilaterales.

El análisis se ocupará de la aplicación concreta de la carga de la prueba en los campos antes señalados, y hará una crítica a las interpretaciones y aplicaciones de la carga de la prueba al momento de resolver asuntos concretos, sin perder de vista los parámetros dogmáticos que permitan ofrecer una solución certera sobre la forma de aplicar el reparto de la carga de la prueba sobre aquellos asuntos.

Las razones que nos animan al tratamiento conjunto de estos dos casos son, por una parte, que en ambos existe una discusión teórica y práctica sobre la cuestión de la carga de la prueba y del reparto con relación al cumplimiento-incumplimiento, muy viva en nuestro Derecho. Por otra parte, está la razón decisiva de que –si bien estos casos tienen regulaciones propias que imponen análisis que implican tener en cuenta distintos aspectos– ambos permiten poner de relieve el elemento común clave para la recta solución de problemas concretos de carga de la prueba.

La clave está –como se demostrará– en la determinación del hecho necesitado de prueba en relación con el efecto jurídico pretendido. Definimos al hecho necesitado de prueba como aquel que debe resultar probado para obtener (mediante la aplicación de una norma) el efecto jurídico pretendido o pedido por la parte (activa o pasiva), o bien el hecho que debe resultar probado para que se declare un efecto jurídico determinado.

Se demostrará que estos dos casos –distintos– se pueden resolver –ambos– si el foco se pone en cómo determinar los hechos necesitados de prueba, en relación con el cumplimiento-incumplimiento y al reparto de la carga probatoria respecto de esos hechos alternativos. Estos casos muestran con singular fuerza lo importante de este asunto: cuál sea el hecho necesitado de prueba y la forma de proceder para su determinación.

Preguntarse por el hecho necesitado de prueba es la forma concreta de preguntarse por cuál sea el hecho constitutivo del efecto jurídico pretendido por el actor, y otro tanto pasa con relación al hecho impeditivo: en otras palabras, el binomio hechos constitutivos-impeditivos se proyecta al campo procesal y de la aplicación normativa en primer lugar como una pregunta sobre cuáles son los hechos necesitados de prueba y cuál es la forma correcta para su determinación. De esto deriva una forma concreta de reparto de la carga¹. También, como se verá, resulta fundamental este enfoque para determinar los hechos que fundan excepciones sustantivas en sentido estricto, y en particular para el caso de la *exceptio non adimpleti contractus*.

Esto es lo que se pondrá de relieve en este trabajo, ofreciendo una solución concreta a los dos problemas singularizados.

¹ VERDE (2013) pp. 274 y ss.

2. EL CONCEPTO DE CARGA DE LA PRUEBA COMO REGLA DE JUICIO

Como se sabe, existe consenso (aunque con variaciones) en que cabe considerar la carga de la prueba desde ángulos distintos². El enfoque dominante de la carga de la prueba es el que se hace desde la perspectiva de la necesidad de adopción de la decisión, para el caso de insuficiencia probatoria, puesto que el *non liquet* –la falta de claridad, de prueba, sobre un hecho relevante para la decisión del asunto– no exime del deber de resolver. Allí se está poniendo el énfasis en la carga de la prueba como regla de juicio que, para ser operativa, exige de reglas de reparto conforme a las cuales se adopta la decisión. Esto es lo que se denomina carga material u objetiva. La doctrina ha entendido que tal es el aspecto esencial de carga de la prueba³.

Pero la regla de juicio tendrá también la capacidad de influir como estímulo en la conducta de las partes en lo tocante a la aportación de prueba. En efecto, si se asume la premisa de que exista un reparto normativo de las consecuencias de insuficiencia probatoria de los hechos que necesitan de prueba, esto es, de cuya comprobación probatoria depende la estimación o desestimación de una pretensión determinada, es evidente que la existencia y conocimiento de tal dimensión de la carga-regla de juicio operará además como una regla de conducta. Vale decir, como el estímulo esencialmente normativo en orden a desplegar una conducta probatoria activa coherente con la regla de juicio y la expectativa procesal de obtención de la parte. A esto se refiere el concepto de carga formal o subjetiva de la prueba⁴.

Por otra parte, hay que apuntar que la inteligencia de la regla de juicio (carga material) requiere tener presente que, junto a ella, como tema fronterizo o bien como un aspecto incorporado a la carga de la prueba⁵, se ubica el relativo al estándar de prueba. La consideración de este último permite tener un concepto más neto de la regla de juicio y también al mismo tiempo más completo del fenómeno probatorio⁶. En síntesis, se puede decir que la regla de juicio permite la adopción de la decisión en caso de insuficiencia, pero al tiempo cabe tener presente que la situación de insuficiencia probatoria resulta de la aplicación previa de un criterio normativo lógicamente anterior, que fija un estándar de prueba, como cantidad o umbral de prueba que se exige para tener por probado un hecho⁷. En palabras simples, la existencia de insuficiencia probatoria –como supuesto que hace necesaria la aplicación de la

² En la doctrina, sin embargo, hay posiciones recientes que han sugerido la prescindencia completa del concepto de carga de la prueba. Así, de forma destacada NIEVA (2019) pp. 23-52, y de forma menos contundente, manifestando dudas sobre su utilidad, TARUFFO (2019) pp. 11-21. Con todo, estas autorizadas opiniones no calan en la ley positiva que nos incumbe, la que sí contiene normas positivas que establecen directrices de reparto de carga de la prueba. Y, por otra parte, la jurisprudencia como es natural resuelve en función de aquellas.

³ ROSENBERG (2002) pp. 27-73; MICHELI (1961) pp. 105-142; VERDE (2013) pp. 11-19; MONTERO (2007) pp. 107-112; FERRER (2019) pp. 53-87.

⁴ Con detalles y matices, NÚÑEZ y PÉREZ (2014) pp. 152-159; BORDALÍ (2016) pp. 173-198; VOGT (2018) p. 259. ROSENBERG (2002) pp. 34 y ss., admitía la posibilidad de hablar de carga de suministración de prueba (carga formal) en los procesos basados en el principio dispositivo, pero no en aquellos en que se consagra el principio inquisitivo. También ORTELLS (2014) pp. 306-307, DAMIÁN (2007) p. 15, y GONZÁLEZ (2007) pp. 29-30. Lo que en el sistema angloamericano se denomina, “burden of production”. POSNER (1999) pp. 1502-1507; GÓMEZ (2001) pp. 5 y ss.

⁵ Así, por ejemplo, GONZÁLEZ (2007) pp. 42-44.

⁶ PRÜTTING (2010) pp. 453-464.

⁷ WALTER (1985) pp. 1-5, y 99 y ss.

regla de juicio— vendrá determinada por la previa aplicación del estándar de prueba. En este sentido el asunto del estándar es fronterizo y complementario al de la regla de juicio⁸.

Dicho lo anterior, lo que interesa ahora es la carga de la prueba como regla de juicio que se articula en unos criterios de reparto determinados. Aunque el concepto tiene antecedentes y desarrollos históricos bien documentados⁹, en términos actuales la cuestión arranca con la denominada concepción normativa y específicamente con la versión que obtiene un mayor reconocimiento, ofrecida inicialmente por Rosenberg. Este pretende enunciar una regla fija, estable y abstracta, fundada en la norma aplicable. De forma general, este autor sostiene que la parte que pretende beneficiarse con la aplicación de una norma jurídica habrá de “soportar la carga de la prueba del supuesto fáctico de esa norma o, mejor dicho, sobre ella recaerá la carga, primero, de afirmar y, luego, de probar los hechos que componen el supuesto fáctico”. Tal regla normativa es fija y abstracta, y por eso prescinde de la posición procesal de la parte. Únicamente es relevante la posición de la parte con relación a la norma invocada. Rosenberg concluye: “De este modo obtenemos el *principio de la carga de la prueba*: aquella parte cuya petición procesal no puede tener éxito sin la aplicación de un determinado precepto jurídico, soporta la carga de la prueba con respecto a que las características del precepto jurídico se dan en el acontecimiento real, o —dicho más brevemente— *soporta la carga de la prueba respecto de los presupuestos del precepto jurídico aplicable*”¹⁰.

En razón de esta regla, se afirma que el reparto de esa carga impone que la prueba de los hechos constitutivos de la pretensión recaiga en el actor, mientras que los hechos impositivos (que obstan a la eficacia de un hecho constitutivo); los hechos extintivos (los que extinguen los efectos del derecho), y los hechos excluyentes (que son derechos potestativos que se pueden oponer al derecho válido que se esgrime en la pretensión)¹¹ graven a la demandada. Así, la falta o insuficiencia probatoria se traduce en el no establecimiento de los hechos favorables a cada una de las partes respectivamente.

⁸ TARUFFO (2005) pp. 241 y ss; FERRER (2019) pp. 53-87.

⁹ CHIOVENDA (1925, t. II) pp. 249-254. Entre nosotros, CARVAJAL (2012) pp. 565-604. En nuestra doctrina las aportaciones contenidas en manuales, obras generales, y monográficas, en los cuales se encuentran recogidas las consideraciones actuales sobre la carga de la prueba, que conviene consultar: RIOSECO (1984) pp. 107-110; CORRAL (2012) pp. 107-117; CARVAJAL (2012) pp. 565-604; ARANCIBIA (2013) pp. 199-212; BRAVO (2013) pp. 13-46; GONZÁLEZ (2013) pp. 13 y ss; PALOMO (2013) pp. 447-464; FIGUEROA y MORGADO (2013) pp. 128-137; NÚÑEZ y PÉREZ (2014) pp. 151-162; BORDALÍ, CORTEZ y PALOMO (2014) pp. 237-247; DOMÍNGUEZ (2014) pp. 787-798; LARROUCAU (2014) pp. 43-79; LORENZINI (2014) pp. 387-405; HUNTER (2015) pp. 209-257; BORDALÍ (2016) pp. 173-198; ORELLANA (2017) pp. 190-194; VOGT (2018) pp. 253-277; ERBETTA (2017) pp. 629-638; ERBETTA (2018) pp. 53-69, y (2021) 624 pp.

¹⁰ ROSENBERG (2002) p. 27.

¹¹ En nuestro medio no se suelen mencionar los denominados hechos excluyentes. Se entiende por tales aquellos que configuran auténticos derechos potestativos que puede oponer el demandado a un derecho legítimo del actor. Así, por ejemplo, TAPIA (2000) pp. 33-38; DAMIÁN (2007) p. 19; ORTELLS (2014) pp. 263 y 272-277. El propio ROSENBERG (2002) p. 133, hace al menos una referencia a estos. Hay doctrina que, sin embargo, no utiliza esta denominación puesto que engloba y comprende a este tipo de hechos dentro de los hechos impositivos o extintivos, pero la misma tiene el cuidado de dejar en claro que se trata de una especie o tipo de hecho que produce unos efectos jurídicos propios, y que en la práctica se articulan en lo que se denominan excepciones materiales o sustantivas en sentido estricto distintas a las denominadas excepciones de fondo en sentido amplio. Más adelante se profundiza sobre esto cuando se trata el asunto de las excepciones.

Como se ha dicho, el punto de partida de la discusión actual sobre los problemas de la carga de la prueba se halla en la formulación de la teoría normativa. Se formulan críticas a ella o se discuten las matizaciones, las excepciones o la necesidad de regulaciones separadas o flexibles siempre en relación con aquella¹².

Una aportación decisiva posterior a la teoría de la carga de la prueba es la que realiza Micheli¹³. Este autor pone de relieve que no habría temas fijos de prueba, y que por lo tanto el reparto de la carga no se comporta siempre de la misma manera. Que para esto es fundamental tener en cuenta el efecto jurídico que se pretende en el caso concreto, de modo que la carga no es una cosa que se limita o refiere a una norma jurídica, sino que además hace falta considerar la posición de la parte y del hecho con relación al efecto jurídico que se pretende. Así, se puede entender mejor cómo ante una misma norma, ante una misma relación jurídico material, no obstante, el reparto de la carga puede variar en función de la pretensión concreta que se formule en juicio. Asume en este punto un predicamento semejante el profesor Verde¹⁴, quien desarrolla este principio en diversos campos¹⁵.

Lo anterior es fundamental para comprender bien el fenómeno del reparto de la carga en el cumplimiento-incumplimiento civil como tema de prueba o, mejor, como hechos alternadamente necesitados de prueba. Aquel cumplimiento-incumplimiento es uno de los casos que se verán influidos con claridad por el concepto antes señalado –de Micheli y

¹² Pueden verse las críticas y aportaciones de MICHELI (1961) 591 pp.; VERDE (2013) 600 pp.; TARUFFO (2005) pp. 247-325, y del mismo (2008) pp. 131-155; PRÜTTING (2010) pp. 453-464; FERRER (2019) pp. 53-87, y GIANNINI (2019) pp. 89-115.

¹³ MICHELI (1961) pp. 429-497.

¹⁴ VERDE (2013) pp. 190-206 y 424-429.

¹⁵ Estas aportaciones –que no están originalmente en ROSENBERG– permiten comprender mejor el reparto de la carga de la prueba en diversos campos, y en particular en el del cumplimiento-incumplimiento. La forma como opera en los casos bajo análisis se desarrolla a lo largo del trabajo. Sin embargo cabe anticipar que no siempre el actor soporta la carga solamente con relación a la obligación, sino que hay situaciones en que –precisamente por el efecto jurídico pedido– habrá de soportar la carga del incumplimiento, en tanto este incumplimiento se erige como hecho constitutivo del efecto jurídico pretendido, como es el caso de que –en lugar de pedir el cumplimiento de la obligación pactada– pida la indemnización o la resolución por incumplimiento. Otro ejemplo prístino de utilidad de las aportaciones señaladas se da en el caso de las obligaciones de no hacer. En estas el actor pide generalmente la remoción de lo hecho en contravención a la obligación de no hacer o la indemnización de perjuicios, y en ella el incumplimiento materializado en hechos positivos de contravención tiene una posición específica respecto del efecto jurídico pedido por la actora que es manifiestamente constitutivo. Más claro, aquí el incumplimiento es hecho constitutivo. MICHELI (1961) p. 434. También, CHIOVENDA (1925) tomo II, p. 260. Otros autores, con un enfoque semejante hacen afirmaciones que comprueban lo dicho. ORTELLS (2014) pp. 262, apunta en primer lugar la importancia de la posición del hecho respecto del efecto jurídico pedido (la consecuencia jurídica) y añade: “(...) la enfermedad mental, la falta de autorización para contratar en nombre del demandado o la ilicitud de la causa del contrato, ‘funcionan’ como hechos impeditivos si la pretensión interpuesta persigue condena al cumplimiento del contrato; pero si un contratante pretendiera la nulidad del contrato, o su anulación o su ineficacia, esos mismos hechos ‘funcionarían’ como constitutivos de una pretensión procesal declarativa o constitutiva”. RUSSO (2013) p. 128, pone a su vez el ejemplo del pago, que es hecho extintivo de la obligación, pero que, por otra parte, puede ser hecho constitutivo como sucede con la acción de pago de lo no debido. Esta teoría tiene corroboración en la lúcida regulación de la carga de la prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil española que en su art. 217 recoge este enfoque en sus reglas generales, como señala DAMIÁN (2007) p. 19. Dice “(...) la LEC parece haber optado por utilizar el criterio utilizado por MICHELLI. Eso significa que para la ley lo decisivo en relación con la carga de la prueba no es el hecho en sí mismo, sino el efecto jurídico que las partes pretenden en relación con la acción ejercitada”.

Verde— sobre la negación de la existencia de temas fijos de prueba y la necesidad de atender a la posición de las partes y del hecho con relación al efecto jurídico pretendido.

La singularización de aquel en cada caso obliga a consultar distintos elementos según la regulación jurídica específica de cada una de las figuras tratadas. Así, habrá necesidad de precisar aspectos relativos a las obligaciones con relación a la responsabilidad médica y, en el caso de la *exceptio*, será necesario considerar la categoría jurídica de excepción y sus tipos. Pero —como dijimos— en ambos la clave estriba en la determinación del hecho necesitado de prueba en función del efecto jurídico pretendido. De esto va a depender la exacta determinación de cuál sea el hecho constitutivo y cuál el hecho impeditivo en la responsabilidad médica. Esta misma determinación también es fundamental para la *exceptio non adimpleti* y dar respuesta a la pregunta específica: ¿cuál es el hecho fundante de la excepción? La respuesta pasará por determinar el hecho necesitado de prueba para que la *exceptio* —el efecto jurídico de paralización de la acción— prospere, y de esto inevitablemente depende el reparto de la carga también en este caso.

II. CARGA DE LA PRUEBA RESPECTO DEL CUMPLIMIENTO O INCUMPLIMIENTO CIVIL EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD MÉDICA CONTRACTUAL

1. TÉRMINOS EN QUE SE PRESENTA EL PROBLEMA DE LA CARGA

El primer problema es el relativo al reparto de la carga de la prueba respecto del cumplimiento o incumplimiento que se verifica en el campo de la responsabilidad médica contractual. Se reconoce entre nosotros que la norma básica sobre reparto de carga está en el art. 1698 inc. 1° CC. De esta se realiza una interpretación ordinaria por medio de la cual se sostiene que asigna al actor la carga de los hechos constitutivos de su pretensión, y que al demandado, por el contrario, le impone la carga de los hechos impeditivos, extintivos y modificativos.

Cuando en nuestro medio se da el paso siguiente, y se entra a precisar cuál sería el hecho constitutivo, siguiendo el tenor literal del art. 1698 inc. 1° CC, la respuesta inicial es clara: la existencia de la obligación. Así, el incumplimiento viene a quedar fuera de la carga primaria del actor, puesto que el hecho necesitado de prueba no es este, sino su opuesto: el cumplimiento. Lo dicho es claro, de nuevo, en el mismo tenor de la norma citada, cuando después de gravar al actor con la existencia de la obligación, seguidamente grava al demandado con la carga secundaria de la extinción de la obligación, esto es, con la prueba del cumplimiento de la misma. Por otra parte, lo anterior queda cerrado con el tenor del inciso 3° del art. 1547 CC, que impone al demandado la carga de la prueba de la diligencia o cuidado y del caso fortuito.

La cuestión tiene interés práctico en la actualidad en los casos en que toca resolver en el proceso civil situaciones relativas a la responsabilidad médica contractual. Con frecuencia se plantean estos asuntos en que se alega la responsabilidad del facultativo, en los cuales se presenta la discusión: ¿cabe o no aplicar de forma ordinaria el art. 1698 CC y sobre todo el complementario inciso 3° del art. 1547 CC?, ¿cómo es que se puede eludir el art. 1698 CC y el art. 1547, y echar sobre los hombros del demandante algo que le toca so-

portar al demandado, con arreglo a las explicaciones ordinarias sobre aquellas normas, por ejemplo, en materia de responsabilidad médica?

Hay una primera posición que ha enfatizado que estas disposiciones en realidad no operarían exactamente como están concebidas, como consecuencia de la distinción esencial entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado¹⁶. El argumento sustantivo es que en las obligaciones de medios –como suele ser la obligación del facultativo– el resultado no está integrado en la obligación contraída. Esta se limita a la realización de una conducta típica diligente comprometida. De este modo, el hecho de no conseguirse el resultado no deriva necesariamente en el incumplimiento a la obligación. Así las cosas la cuestión debatida en los procesos sobre responsabilidad médica se plantearía con relación a si los actos de ejecución de la prestación son o no cumplimiento debido de la obligación, es decir, si hubo o no contravención a la *lex artis*. Barros, en apoyo de esta tesis, sostiene que en estos asuntos no se debate sobre la ejecución misma de la prestación, sino que se debate (se discute) sobre si los actos de ejecución son o pueden ser tenidos por exacto cumplimiento-incumplimiento de aquella, de modo que –siendo este el objeto del debate– cabría poner la carga del incumplimiento sobre el actor¹⁷. En función de esa distinción se acaba por mantener que el actor ha de probar el incumplimiento, y por ello tendría la necesidad de probar incluso la contravención a la *lex artis*. Tal doctrina tendría un efecto derogatorio del tenor literal del art. 1698 y del inciso 3° del art. 1547 CC.

Esta posición, no obstante, no ha sido unánime en nuestro Derecho. Hay autores como Alessandri¹⁸, Peñailillo¹⁹ y Pizarro²⁰ que mantienen una opinión contraria. Estos insisten en la aplicación sin reservas del art. 1698 CC tal como se ha considerado de forma ordinaria, y del art. 1547 inciso 3° del CC, negando trascendencia en este punto a la distinción de la clasificación de las obligaciones señalada, de la que se pretende extraer una consecuencia para el régimen de carga de la prueba.

Peñailillo y Pizarro consideran que la clasificación tiene importancia en la determinación de lo que sea el incumplimiento en cada caso. Como en las obligaciones de medios lo comprometido es una conducta determinada diligente –y no la obtención del resultado en sí– hay incumplimiento cuando el deudor no se ha comportado con la diligencia debida –y no simplemente con la no verificación del resultado–. Por ello, además, el incumplimiento inevitablemente llega a confundirse con la culpa, cosa que no sucede con las obligaciones de resultado en las cuales estos elementos se mantienen separados. En estas podría haber incumplimiento en caso que no se provea el resultado con independencia de que concurra culpa.

Pero como dijimos, los autores citados, pese a no desconocerle relevancia a la clasificación en el plano indicado, le niegan relevancia como fundamento para un reparto de la carga

¹⁶ BARROS (2006) pp. 658-661; pero también en el Derecho comparado. Véanse al respecto las referencias de BLANCO (2013) pp. 82-111.

¹⁷ BARROS (2006) pp. 659-661.

¹⁸ ALESSANDRI (2005) pp. 42-43, nota al pie N° 3.

¹⁹ PEÑAILILLO (2003) pp. 222-230.

²⁰ PIZARRO (2008) pp. 255-265.

de la prueba distinto y específico. Estiman que, en este punto, en el Derecho chileno habría que distinguir la prueba del incumplimiento y la prueba de la culpa (imputabilidad).

En cuanto a lo primero, el art. 1698 CC impondría un reparto de la carga que grava al actor con la prueba de la existencia de la obligación y al demandado con la extinción de aquella. La carga primaria del actor le impone a este la prueba del surgimiento o nacimiento de la obligación (mediante la prueba del negocio jurídico, por ejemplo), y seguidamente –la carga secundaria del demandado– hace soportar a este la carga de la extinción, lo cual se traduciría en la carga de probar el cumplimiento, el cual en estas obligaciones de medios se traduce en la prueba del comportamiento diligente comprometido en la obligación, en tanto esta es la forma de cumplir y, por lo tanto, de extinguir este tipo de obligaciones²¹.

En cuanto al art. 1547 inciso 3° CC, que contendría una presunción de culpa, sería plenamente consistente con lo dicho, y por ello se concluye que no habría diferencia entre las obligaciones de medios y de resultado: “en ambas, sea de medio o de resultado, la culpa se presume, y quien alegue diligencia debe probarlo”²².

2. *TERTIUM GENUS*

Hay finalmente, entre las dos posiciones descritas, un *tertium genus*, que si bien asume la primera tesis de la distinción de obligaciones de medios y de resultado en el campo de la carga de la prueba, cree que se pueden minimizar en sede probatoria las consecuencias de la regla de juicio.

Vidal apunta que si se asume que la carga de probar gravita sobre la víctima, como consecuencia de adherir a la primera tesis, la jurisprudencia habría enfrentado el problema que esto supone desde el punto de vista de la asimetría de la información y de la desigualdad de medios para probar, mediante una suerte de técnica compensatoria consistente en la generación de verdaderos deberes de colaboración impuestos al facultativo demandado –se entiende de aportación de fuentes de prueba– y cuyo incumplimiento podría llegar a suponer la circunstancia o hecho base a partir del cual se pueda construir una auténtica presunción judicial de culpa²³. Se podría concluir –siguiendo el argumento de Vidal– que el problema de la carga de la prueba se compensaría en sede de valoración de la prueba, en donde la formación de convicción podría fundarse en la ponderación de la conducta procesal del demandado.

La solución supondría un intento de mitigar la trascendencia del reparto normativo tal como se interpreta en esta tesis, que asume que no es aplicable el art. 1547 inciso 3° CC. La solución compensatoria, sin embargo, plantea dificultades. Primero cabe preguntarse por la procedencia de creaciones jurisprudenciales de deberes de conducta procesal para el caso particular por parte del juez que conoce del asunto, ¿será efectivo que sean deberes de colaboración? Segundo, frente a esos presuntos deberes de colaboración de origen juris-

²¹ Ejemplos jurisprudenciales de esta tesis los siguientes fallos: *THUMALA OLAVE CON LAUSEN MONTT* (2013); *LEÓN MUÑOZ CON HINOSTROZA SCHEEL* (2014).

²² PEÑAILILLO (2003) p. 229.

²³ VIDAL (2018) pp. 26-29.

prudencial, cabría preguntarse, ¿bajo qué norma se ampara en nuestro Derecho positivo una cosa así?

Se ha mantenido la posibilidad de sustentar en la buena fe la exigencia judicial de determinados deberes de conducta de las partes como el de colaboración respecto del acceso a las pruebas, lo cual podría encontrar asidero en normas como la del art. 2° de la Ley 20.886 sobre la buena fe procesal²⁴. El razonamiento es interesante, pero estimamos que la norma prevista en la disposición citada –tal cual está concebida²⁵– no es suficiente para inferir que se autoriza al juez a imponer una conducta de colaboración tan sensible como la probatoria. En nuestro Derecho –hasta ahora– los deberes procesales sobre las partes son excepcionales y su establecimiento exige una norma legal que los imponga directamente o al menos que autorice inequívocamente al juez a imponerlos. Por otra parte, habría que plantearse si la conducta procesal (frente a un deber de colaboración de creación jurisprudencial) tiene trascendencia probatoria al punto que pueda lícitamente ser considerado un elemento de convicción eficaz. ¿Cuál sería el sostén normativo de este segundo aspecto?

En cuanto a la potestad del juez de valorar esa conducta, también esto requiere de base normativa clara. El legislador cuando ha querido conferirle este poder de ponderación al juez, permitiéndole tener por probado o admitido hechos a partir de determinadas conductas procesales, ha previsto la correspondiente norma legal. Así, entre otras, el art. 313 y 724 CPC, el art. 453 N° 1 del CT, o incluso el ejemplo del art. 50 H de la Ley 19496²⁶.

Tal vez la forma más plausible (aunque no la compartimos) de mitigar en sede probatoria los efectos de la teoría que asume la trascendencia de la clasificación de las obligaciones de medios en lo tocante al reparto de la carga de la prueba sea aquella que apela al razonamiento inferencial materializado en la cláusula *res ipsa loquitur*. Larroucau, por ejemplo, vincula el razonamiento inferencial *res ipsa loquitur* y lo aproxima a la presunción de culpa por el hecho propio del art. 2329 CC²⁷, lo cual en definitiva autorizaría al juez para realizar una inferencia sobre la culpa de calidad epistémica disminuida no concluyente, o incluso (en su versión más fuerte) presumirla de la sola prueba de la conducta del demandado si se trata de conductas que están dentro de aquellas que regularmente causan daño.

En nuestro concepto este es un enfoque en sede probatoria que busca restringir el uso de la regla de juicio en los casos de insuficiencia probatoria. Vale decir, estrategias jurídicas destinadas a evitar cuanto sea posible la aplicación de la regla de juicio mediante la facilitación de la formación de prueba y el establecimiento de hechos en el proceso. Estimamos que esta solución no es la adecuada por lo que se dirá en el número siguiente.

²⁴ Entre nosotros puede consultarse a LARROUCAU (2013) pp. 259-305.

²⁵ El art. 2 letra d) de la Ley 20.886 señala: “Principio de buena fe. Las partes, sus apoderados y todos quienes intervengan en el proceso conforme al sistema informático de tramitación deberán actuar de buena fe. // El juez, de oficio o a petición de parte, deberá prevenir, corregir y sancionar, según corresponda, toda acción u omisión que importe fraude o abuso procesal, contravención de actos propios o cualquier otra conducta ilícita, dilatoria o de cualquier otro modo contraria a la buena fe”.

²⁶ No negamos que en el Derecho comparado, sobre todo en legislaciones de Europa continental, se puedan encontrar buenos ejemplos de sistemas que consagran generosos espacios para la valoración libre de la conducta procesal de las partes. Puede verse CAPPELLETTI (1962) 411 pp., parte prima, 415-881, parte seconda; PRÜTTING (2006) pp. 59-78. Entre nosotros, por ejemplo, HUNTER (2015) pp. 209-257.

²⁷ LARROUCAU (2010) pp. 491-519 y del mismo (2014) pp. 60-76; HUNTER (2015) pp. 228-229.

Lo cierto es que frente a estas posiciones encontradas la jurisprudencia sobre responsabilidad médica sufre al discernir casos concretos: no desarrolla un criterio claro y no llega a una solución neta. En algunos casos intenta aplicar la distinción apuntada de obligaciones de medios y de resultado, y entonces –al establecer que las obligaciones del facultativo son por regla obligaciones de medios– pone de cargo del actor la prueba del incumplimiento, echando sobre sus hombros incluso la prueba de la contravención de la *lex artis*. Puede verse, por ejemplo, la SCS de 29 de agosto de 2016²⁸, de forma ambigua; y con toda claridad la SCS de 24 de abril de 2020²⁹. La situación es problemática porque no acaba de convencer a toda la jurisprudencia. Así, en paralelo, se sostiene la posición opuesta, por ejemplo, en el caso de SCA de Concepción de 19 de julio de 2012³⁰, donde se insiste en la aplicación del inciso 3° del art. 1547, y en la carga del demandado de probar la diligencia o cuidado. Cabe resaltar por su extenso desarrollo a la SCS de 25 de abril de 2017 (sentencia de reemplazo)³¹, donde se descarta con rotundidad la distinción de obligaciones de medios y de resultado para disciplinar el reparto de la carga de la prueba.

3. LA CLAVE DE SOLUCIÓN: EL EFECTO JURÍDICO PRETENDIDO POR LA PARTE EN CONCRETO Y LA DISTINCIÓN CLARA DEL HECHO CONSTITUTIVO E IMPEDITIVO EN EL PLANO PROCESAL, DISTINTO DEL PLANO SUSTANTIVO

En primer lugar, el reparto de la carga de la prueba en la responsabilidad médica no se explica –como ha sugerido Barros– porque el debate o discusión recaiga en el incumplimiento en razón de su calidad de obligación de medios, de lo que derivaría la carga del actor de probar la contravención de la *lex artis*. En efecto, el objeto del debate no es relevante por sí mismo: puede no existir debate en un proceso determinado y, sin embargo, haber de todos modos necesidad de aplicar la regla de reparto de la carga. Tampoco, por otra parte, es exacto que el art. 1698 CC deba interpretarse de forma ordinaria, en términos que invariablemente imponga la necesidad (la carga) al actor de probar solamente la existencia de la obligación.

La técnica procesal ha establecido que lo decisivo para el asunto del reparto de la carga de la prueba está en comprender que en el proceso no existen temas fijos de prueba³². Vale decir, los hechos necesitados de prueba son distintos en casos diversos, aunque detrás de ellos se encuentre una misma relación jurídico material.

Un inconveniente –entre otros– del art. 1698 CC es que da a entender lo contrario³³. Que existiría siempre un mismo tema de prueba, fijo o estático, derivado de una norma jurídica abstracta: desde el punto de vista del actor, invariablemente la existencia de la obligación, y desde el punto de vista del demandado, el cumplimiento. Sin embargo ello

²⁸ GALLO MUÑOZ CON INSTITUTO DE SEGURIDAD DEL TRABAJO (2016).

²⁹ TORO CAMPUSANO Y OTRO CON CÓRDOVA CORTÉS (2020).

³⁰ (NO SE CONSIGNA ACTOR) CON CORPORACIÓN SANATORIO ALEMÁN S.A. (2012).

³¹ CAMPOS JIMÉNEZ CON SERVICIO DE SALUD DEL MAULE (2017).

³² MICHELI (1961); VERDE (2013).

³³ Esta crítica ha sido consistente en la doctrina comparada respecto de normas equivalentes a la del CC chileno (actualmente derogadas en España e Italia). CHIOVENDA (1925) pp. 254 y ss; MICHELI (1961) pp. 43-53, y 430-434; MONTERO (2007) p. 130.

no es exacto. Como ya hemos explicado, en el proceso los hechos necesitados de prueba se determinarán por el efecto jurídico pretendido por la parte, y en función de ello el hecho constitutivo va a variar según el tipo de efecto jurídico que se pretenda en cada caso. El ejemplo canónico para entender el fenómeno de la carga de la prueba es exactamente el caso en que se demanda el cumplimiento en oposición al caso en que se demanda la resolución o la indemnización. Aun cuando se trate de la misma relación jurídico material, la carga de la prueba no se comporta del mismo modo; el hecho constitutivo varía en función del efecto jurídico pretendido. Así, si se pide el cumplimiento es evidente que el actor habrá de probar la existencia de la obligación contractual como carga primaria. Si se pide la resolución, y con mayor razón, la indemnización, el incumplimiento es un hecho constitutivo identificador del efecto jurídico que se deduce.

En efecto, cuando se demanda el cumplimiento de una prestación determinada se está demandando una prestación que existía y a la cual se tenía derecho en razón del negocio jurídico antecedente, de modo que aquí el incumplimiento, aunque sea un hecho afirmado en la demanda, no tiene el carácter de hecho constitutivo de esta pretensión. Cosa diferente si se demanda indemnización o resolución. En estos casos la posición del incumplimiento es la de un hecho constitutivo y fundante del efecto jurídico pretendido, distinto de la prestación debida y pactada en el negocio jurídico. La indemnización y la resolución solo se configuran en concreto con el incumplimiento, mientras que la prestación debida existe con el negocio jurídico con completa independencia del posterior y eventual incumplimiento³⁴.

Por esto es acertado lo que señala Verde cuando con relación a la resolución apunta que el incumplimiento es hecho constitutivo, puesto que sin el incumplimiento no nace el efecto resolutivo³⁵. Luego sobre el incumplimiento inexacto, y las acciones de cumplimiento, de resolución y de indemnización apunta un criterio semejante:

Merece sobre todo alguna consideración el caso en el cual se deduzca que el cumplimiento no es exacto. No parece dudoso que tal circunstancia deba seguir la suerte del hecho principal al cual acompaña: así, cuando se acciona para el cumplimiento será el demandado el que deba probar el exacto cumplimiento; cuando se acciona para la resolución y/o para la indemnización de perjuicios, será el actor el que deberá probar que el cumplimiento ha sido inexacto³⁶.

Este razonamiento certero en términos teóricos, sin embargo, debe asumir que en la especie entra en consideración precisamente en este punto la regla legal del art. 1547 inciso 3° CC, la cual es un obstáculo a la interpretación que pretende esgrimir que el demandante tiene que asumir la carga de probar incluso la contravención a la *lex artis*. El propio Micheli³⁷, que rechaza la existencia de temas de prueba fijos, y que sostiene el deber de probar el incumplimiento en casos como este, precisamente no incurre en el exceso, cuando

³⁴ También pueden verse los ejemplos dados en nota 15.

³⁵ VERDE (2013) p. 426-427.

³⁶ VERDE (2013) p. 429, traducción nuestra. También puede verse MICHELLI (1961) pp. 431-434.

³⁷ MICHELLI (1961) p. 438.

trata el caso de la responsabilidad médica. Dice el autor citado: “Verdaderamente, el perjudicado se verá forzado a demostrar el incumplimiento por parte del médico, esto es, la verificación de un evento dañoso, dependiente de la conducta del médico mismo, correspondiendo a este último la prueba de la falta de culpa, del caso fortuito o de la fuerza mayor”.

La cuestión está separada con precisión, al distinguir el problema del incumplimiento desde la perspectiva procesal probatoria, evitando trasladar sin más al proceso el incumplimiento (responsabilidad) desde un ángulo sustantivo. Si así fuere se esfumaría el sentido de la distinción tan importante en el plano procesal de los denominados hechos impeditivos como contracara del hecho constitutivo. Conviene señalar que esto no tiene nada de peculiar: en la dogmática sobre carga de la prueba está claro que el hecho impeditivo es un hecho constitutivo del supuesto normativo de Derecho material, pero que la ley pone del revés precisamente para efectos del reparto de la carga, como acontece con “la culpa y la falta de culpa”. Lo que hace el art. 1547 inciso 3° es establecer la diligencia –la falta de culpa– como un hecho impeditivo desde el punto de vista probatorio³⁸, y que por lo tanto gravita sobre el demandado, aunque es evidente que la responsabilidad civil desde un punto de vista sustantivo suponga la concurrencia de culpa, siendo esta –la culpa– un elemento constitutivo de la pretensión desde el punto de vista material: solo de esta forma se entiende la exoneración si se prueba la diligencia o el caso fortuito.

Vale decir, la solución correcta descansa en la combinación de dos fundamentos. Primero, tener presente que la determinación de los hechos necesitados de prueba exige mirar al efecto jurídico pretendido, y, segundo, la consideración del modelamiento concreto que el legislador hace al introducir un reparto distinto del que habría de desprenderse inicialmente de la regulación sustantiva, mediante la técnica de los hechos impeditivos (o hechos constitutivos presuntos)³⁹. Los hechos impeditivos son el máximo esfuerzo de flexibilización probatoria que el régimen de carga normativa puede hacer.

III. LA CARGA DE LA PRUEBA Y LA *EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS*

1. TÉRMINOS EN QUE SE PRESENTA EL PROBLEMA DE LA CARGA

Otro asunto crítico relativo al cumplimiento-incumplimiento como *thema probandum* y de reparto de prueba es el tocante a la *exceptio non adimpleti contractus* en las relaciones jurídico materiales sinalagmáticas, que surgen de negocios jurídicos de esta especie. La jurisprudencia y la doctrina imperantes no logran dar con un criterio claro para dirimir este caso, como se verá seguidamente.

³⁸ VOGT (2018) pp. 258-259, estima que en el art. 1547 inciso 3° habría lo que denomina una regla de operación que se traduce en una ficción de efectividad del hecho constitutivo de la culpa del deudor. Nótese la crítica que hace sobre este tema, VERDE (2013) pp. 113-123.

³⁹ VERDE (2013) pp. 274-286 y pp. 431-433, en este punto específico, sin embargo, considera que más que un hecho impeditivo habría un hecho constitutivo presunto, manteniendo en esta materia esta posición mayoritaria y clásica en el derecho comparado, aunque formula interesantes matizaciones sobre la difícil distinción de lo que sea un hecho impeditivo y uno constitutivo presunto.

La jurisprudencia chilena ha reconocido la existencia de la *exceptio non adimpleti contractus* con base en el art. 1552 CC, norma en la cual esta tendría reconocimiento al menos implícito⁴⁰. Diversas sentencias de la CS han ofrecido el siguiente concepto: “La *exceptio non adimpleti contractus* es aquella que corresponde al deudor en el contrato bilateral y que le faculta para negarse a cumplir su obligación mientras la otra no cumpla o se allane a cumplir la suya”⁴¹.

En lo que toca al reparto de la carga de la prueba respecto de esta excepción, la jurisprudencia mayoritaria ha sostenido que el peso de la prueba recaería en el demandado que la esgrime. Esta posición aparece, por ejemplo, en los siguientes pronunciamientos: SCS de 5 de julio de 2012⁴²; SCS de 17 de agosto de 2010⁴³; SCS de 10 de mayo de 2010⁴⁴; SCS de 23 de octubre de 2013⁴⁵; SCS de 14 de mayo de 2014⁴⁶; SCS de 8 de septiembre de 2015⁴⁷; SCS de 22 de diciembre de 2016⁴⁸, y SCS de 18 de diciembre de 2017⁴⁹.

La tesis minoritaria puede consultarse en SCA de Antofagasta de 8 de octubre de 2014⁵⁰; SCS de 11 de agosto de 2015 (en relación con SCA Antofagasta citada)⁵¹; SCA de Rancagua de 19 de enero de 2018⁵², y también en los fallos más antiguos citados críticamente en trabajo de Rioseco⁵³. En la práctica en estos casos se está resolviendo exactamente del modo opuesto, imponiendo la carga de probar el cumplimiento de su obligación al actor, como si fuera un elemento fundante y constitutivo de su pretensión.

Lo que interesa resaltar ahora es que la jurisprudencia dominante es discutible. Ésta a menudo resuelve con base en que la denominada *exceptio non adimpleti contractus* es efectivamente una excepción en la que se afirma un hecho –el incumplimiento del actor– cuya prueba gravitaría sobre el *excipiens*. Vale decir, vendría a sostenerse el fundamento simple, pero erróneo, de que quien afirma un hecho soportaría la carga de probarlo⁵⁴. Entonces si el demandado afirma el incumplimiento del actor, toca a aquel –que ha afirmado ese hecho– probarlo.

⁴⁰ Por ejemplo, CLARO (1979) pp. 769-770; MEJÍAS (2013) pp. 389-412.

⁴¹ ZÚÑIGA SOTO CON VALLEJOS GUERRA (2010); GAEDCHENS BETTELEY CON BAS GONZÁLEZ (2014); PEDRO TORRENS E HIJO LIMITADA CON PEDIGREE SPIRITS S.A. (2016).

⁴² GARRIDO MIRANDA Y OTRO CON UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA METROPOLITANA (2012).

⁴³ ZÚÑIGA SOTO CON VALLEJOS GUERRA (2010).

⁴⁴ SYSEXEL COMPUTACIÓN LIMITADA CON TRANSPORTE PÚBLICO DE PASAJEROS (2010).

⁴⁵ BUENA VISTA S.A. CON SOCIEDAD DE INVERSIONES BIG MARKETING LIMITADA (2013).

⁴⁶ SEPÚLVEDA GALLARDO CON VERGARA REYES (2014).

⁴⁷ BANCO DEL ESTADO CON CORTÉS ESCAIDA (2015).

⁴⁸ PEDRO TORRENS E HIJO LIMITADA CON PEDIGREE SPIRITS S.A. (2016).

⁴⁹ DELOITTE AUDITORES Y CONSULTORES LTDA. CON IMPORTACIONES EXIMBEN S.A.C. (2017).

⁵⁰ ZEPEDA MUÑOZ Y OTRO CON URIBE ALTAMIRANO (2014).

⁵¹ ZEPEDA MUÑOZ Y OTRO CON URIBE ALTAMIRANO (2015).

⁵² VILLASANTE REVECO CON LIMATRAN LIMITADA (2018).

⁵³ RIOSECO (1984) pp. 107-110.

⁵⁴ Críticamente, VOGT (2018) pp. 253-257; DEL RÍO (2019) pp. 330-334; DAMIÁN (2007) p. 21.

En la doctrina chilena también el tema ha sido discutido. La posición dominante y que influye con claridad en la jurisprudencia es la de Rioseco⁵⁵. Este considera que la forma adecuada de enfocar el asunto es ver en el incumplimiento alegado un hecho impeditivo, que obsta a la eficacia jurídica del hecho constitutivo de la pretensión formado por la fuente de la obligación, de modo que la carga gravitaría en el *excipiens*, y no en el actor. Desde el punto de vista del actor su cumplimiento no integra el supuesto constitutivo de su pretensión, no es elemento de la exigibilidad de la obligación. Una posición semejante mantiene asimismo la profesora Mejías⁵⁶.

Hay alguna opinión, como la del profesor Caprile⁵⁷, que respecto a la tesis señalada manifiesta dudas sobre su procedencia con el argumento de que la carga que gravita sobre el *excipiens* –por la cual debe probar el no cumplimiento del actor– le estaría imponiendo la carga de probar un hecho negativo. Pese a esta duda, no formula una tesis alternativa, salvo que se infiera que entonces el autor está auspiciando poner la carga en el actor porque de esa forma se le pone a este en la necesidad de probar un hecho positivo, de más fácil comprobación frente al negativo del incumplimiento. Sin embargo, el autor citado no llega a sostener esto.

Ciertamente este criterio por sí solo es débil, puesto que cabe tomarse con mucho cuidado la afirmación general de que los hechos negativos no deban o no puedan ser probados. Esto solamente puede defenderse si se trata de una negación de hecho indefinida, que no aparece determinada y singularizada por parámetros espaciales y temporales. Actualmente la opinión dominante, en vía de principio, apunta que en el caso de la afirmación de hechos negativos definidos, es decir, determinados desde un punto de vista espacial y temporal –precisamente por esa determinación positiva– puede ser probada, y por lo tanto no hay inconveniente en gravar a una de las partes con su prueba⁵⁸.

Ha habido autores que, sin embargo, han sostenido una posición opuesta a la de Rioseco. Esa sería la tesis de por ejemplo Somarriva y Domínguez⁵⁹, que creen que el peso de la prueba recae en el actor, puesto que tenderían a considerar que el cumplimiento deviene en un elemento constitutivo de la pretensión (de la exigibilidad), que es precisamente lo que criticaba Rioseco.

Por otra parte, Abeliuk⁶⁰ también suscribe la tesis de la carga de la prueba en el actor, señalando sucintamente que esto derivaría de la aplicación de la regla general del art. 1698 CC, de modo que el *excipiens* habría de probar que hay una obligación del actor derivada del contrato bilateral y –probado esto– tocaría al actor probar su cumplimiento. El autor sin embargo no desarrolla argumentos, ni indica fuentes que expliquen su conclusión sobre este extremo.

⁵⁵ RIOSECO (1984) pp. 107-110. Por ejemplo, *BUENA VISTA S.A. CON SOCIEDAD DE INVERSIONES BIG MARKETING LIMITADA* (2013).

⁵⁶ MEJÍAS (2014) pp. 142-146. También HENRÍQUEZ (2017), pp. 61-63.

⁵⁷ CAPRILE (2012) pp. 59-60.

⁵⁸ PEÑAILILLO (1989) pp. 81-83, y antes de forma genérica, CLARO (1979) p. 781. RUSSO (2013) pp. 136-137, sobre la afirmación de hechos negativos indefinidos y definidos.

⁵⁹ SOMARRIVA y DOMÍNGUEZ (1984) p. 46, citados por RIOSECO (1984) p. 110.

⁶⁰ ABELIUK (2005) pp. 216-217.

2. LA CLAVE DE LA SOLUCIÓN ESTÁ EN LA DETERMINACIÓN DEL HECHO NECESITADO DE PRUEBA: EL FUNDAMENTO FÁCTICO JURÍDICO DEL EFECTO JURÍDICO PEDIDO CON LA *EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS* COMO EXCEPCIÓN SUSTANTIVA EN SENTIDO ESTRICTO

La elaboración de la solución la articulamos en seis razonamientos que desarrollamos a continuación.

Primero: La estructura dialéctica del proceso, basada en el principio de contradicción, consiente que el actor deduzca en el proceso un supuesto fáctico normativo simplificado que se cña a alegar el hecho constitutivo de su pretensión, del que depende la relevancia jurídica del caso, y que quede exonerado de la alegación (explícita) y de la prueba de los demás hechos de los cuales dependa que el hecho jurídicamente relevante pueda finalmente desplegar toda su eficacia jurídica⁶¹.

Así no se pone sobre sus hombros las cargas de alegación y de prueba de no verificación de hechos impositivos, extintivos y modificativos, pese a que desde un punto de vista sustantivo la eficacia del supuesto constitutivo dependa de la no verificación de estos. De esta forma, en el ámbito procesal se rompe con el principio de simultaneidad⁶² que impondría con una lógica puramente sustantiva la necesidad de probar (positiva o negativamente) todos los elementos fácticos de los cuales dependa el efecto jurídico que se pretende.

La excepción de mérito⁶³ encuentra precisamente en esta realidad su propio fundamento. Por esto, la excepción se erige como el poder del demandado, opuesto al del actor de alegar un supuesto normativo simplificado, de completar ese supuesto concreto invocado por la contraria con hechos capaces de impedir o extinguir la eficacia jurídica de aquel, o de complementarlo con hechos que contrarresten esa eficacia jurídica. La excepción se resuelve en una potestad que se le reconoce al sujeto pasivo para ampliar el objeto del debate y del pronunciamiento de mérito, en tanto impondrá al juez el deber de examinar y resolver sobre los hechos que se introducen mediante ella.

Segundo: Este concepto de excepción de mérito comprende dos especies distintas. En primer lugar, la denominada excepción en sentido lato. Se entiende que son de este tipo las que se basan en hechos que impiden o cancelan la eficacia jurídica de un hecho constitutivo (impositivos, modificativos o extintivos), por medio de las cuales se manifiesta

⁶¹ CAPPELLETTI (1962) pp. 345-347; FABBRINI (1989a) pp. 333-404, y del mismo (1989b) pp. 501-543; TAPIA (2000), pp. 32-38; VERDE (2013) pp. 201-206; ORTELLS (2014) pp. 260-264.

⁶² VERDE (2013) pp. 179 y ss., y pp. 185-194. El *principio de simultaneidad* predica una completa y necesaria correspondencia entre el hecho perfecto y el hecho eficaz, pudiendo llegar a entender por ello que el actor deba soportar la carga de la prueba de que su pretensión sea fundada, de modo que ella lo sea solo si se comprueba el hecho constitutivo y además la no concurrencia de hechos que impidan su eficacia o la extingan. Tal extensión de la carga de la prueba haría extremadamente difícil o imposible la real obtención de tutela jurisdiccional. De allí que el régimen jurídico en orden a hacer un reparto de carga más razonable es que, por ejemplo, distingue al hecho impositivo del supuesto constitutivo. También TAPIA (2000) p. 36, nota 18. VOGT (2018) pp. 258-259, se refiere a la regla de operación de la regla de carga de la prueba como ficción de efectividad o no efectividad de hechos determinados. Con esta regla de operación se mantiene formalmente incólume el principio de simultaneidad. Una observación crítica a este respecto en el propio VERDE (2013) pp. 113-123.

⁶³ FABBRINI (1989a) pp. 333-404, y del mismo (1989b) pp. 501-543, para explicar la excepción de mérito y su significado en el proceso.

la potestad de la demandada de integrar y completar el supuesto normativo simplificado del actor con otros hechos que afectan su eficacia jurídica porque privan de fundamento a la pretensión del actor. A través de estas se discute por el demandado el fundamento de la pretensión deducida. Como dice Tapia,

si el demandado alega hechos impeditivos o extintivos está atacando la base misma de la acción; está argumentando que la acción no existe, que el derecho (o la relación jurídica) que el actor ha hecho valer en juicio o bien nunca nació al mundo jurídico por la presencia de un hecho impeditivo o bien nació pero posteriormente quedó extinguido por un hecho extintivo⁶⁴.

El poder del juez, en este caso, no queda condicionado a la efectiva interposición de la excepción de mérito en sentido lato: la estimación de los hechos indicados no queda sujeta a la previa deducción de la correspondiente excepción. El juez está autorizado para poner de relieve hechos de esta especie, bastando con que estén afirmados explícita o implícitamente por cualquiera de las partes. Esto es así porque se estima que el juez ha de tener el poder de considerar la eventual falta de fundamento de la pretensión que se le somete, si de alguna manera está afirmada, de forma explícita o implícita, por algunas de las partes y surge un elemento de convicción que así lo acredita; en otro caso, se llegaría al absurdo de entender que el juez —generalmente por una errada concepción del principio dispositivo— se halla en la tesitura de tener que estimar pretensiones manifiestamente infundadas, vale decir, injustas.

En consecuencia se podría mantener que los hechos de esta especie no suponen la carga de alegación en la parte interesada, aunque sí imponen la carga de la prueba en aquel.

Tercero: Por otra parte —en cambio— están las excepciones de mérito en sentido estricto. En este caso existe una complementación del supuesto normativo deducido por el actor con hechos que configuran un contraderecho potestativo del demandado que tiene precisamente la capacidad de contrarrestar la eficacia del hecho constitutivo. El demandado esgrime un supuesto de hecho, basado en una norma jurídica diferente a la invocada por el actor, que le confiere el poder de contrarrestar el derecho del actor.

En este caso la demanda está fundada, pero concurre un hecho que tiene la capacidad de enervarla. Existiría una especie de contraderecho potestativo concedido al demandado que le confiere un poder para excluir, a su arbitrio, la demanda del actor. Su introducción eficiente en el proceso depende de la voluntad positiva de aquel: solo puede ser operada por el demandado mediante la explícita alegación del hecho en que se funda y de la petición de su preciso efecto jurídico.

Rige en este punto el principio dispositivo por la propia naturaleza de la excepción y por esto la excepción condiciona y limita los poderes del juez, de modo que no puede ser considerada por el juez si no ha sido alegada en su favor por la parte interesada. Aquí el juez no puede considerar y declarar un hecho de este tipo si no media la afirmación y además la alegación de la propia parte interesada en obtener la desestimación o rechazo de

⁶⁴ TAPIA (2000) p. 35.

la demanda, como sucede por ejemplo con la prescripción, con la nulidad relativa o con la compensación.

Este tipo de excepción en sentido estricto impone la carga de alegación y, también, la carga de la prueba en cabeza del demandado que la alega⁶⁵.

Cuarto: Precisamente aquí cabe plantearse qué es lo que sucede con la *exceptio non adimpleti contractus*. Esta es sin duda una excepción en sentido estricto, puesto que es un derecho potestativo del demandado, que le confiere la facultad de paralizar el ejercicio del derecho del actor⁶⁶. La demanda se encuentra perfectamente fundada pese al incumplimiento del actor (el actor no tiene necesidad de afirmar y probar su propio cumplimiento). Pero la demanda –aunque fundada– puede ser paralizada a raíz de ese derecho potestativo o facultad⁶⁷ que se le reconoce al demandado.

Y así llegamos a la cuestión de la *exceptio non adimpleti*: si esta es una excepción en sentido estricto, como parece, ¿la carga de la prueba del incumplimiento gravará entonces a la demandada?

Por mucho tiempo este problema quedaba conjurado porque no se le consideraba una excepción, sino una negación de la pretensión de la actora, de modo que con base en ello no había inconveniente en poner la carga del cumplimiento en el actor. En esta posición, que se remontaba al derecho común⁶⁸, la alegación positiva de incumplimiento no suponía la asunción de carga de la prueba por parte de quien la formula⁶⁹.

Pero hoy no existe duda de que la *exceptio non adimpleti* es propiamente una excepción sustancial⁷⁰, que se configura como derecho potestativo de paralización de la pretensión del actor, y no como negación de su fundamento. Descartada la *exceptio* como negación del fundamento de la acción del actor, y entendida en cambio como una excepción sustantiva, la pregunta es si esa calidad de excepción no debía implicar también un reparto de la carga distinto respecto al cumplimiento-incumplimiento, e imponer entonces la car-

⁶⁵ SCADUTO (1921) pp. 75-226; PERSICO (1955) 245 pp.; ROSENBERG (2002) pp. 363-371 y pp. 389-396; CAPPELLETTI (1962) pp. 345-346; TAPIA (2000) pp. 33-38; VERDE (2013) pp. 420-429; ORTELLS (2014) pp. 260-264.

⁶⁶ SCADUTO (1921) pp. 75-226; PERSICO (1955) 245 pp.; ROSENBERG (2002) pp. 363-371 y pp. 389-396; CAPPELLETTI (1962) pp. 345-346; VERDE (2013) pp. 420-429; GABRIELLI (2014) pp. 109-114. RUSSO (2013) pp. 137-153, sin embargo, difiere en este punto. Califica a la *exceptio non adimpleti* (entre otras) como simplemente una facultad de rechazar el cumplimiento y no como un contraderecho propio de las excepciones-impugnaciones. Este autor hace una distinción dentro de las excepciones sustanciales, entre aquellas que son exactamente un contraderecho que se manifiestan en un *ius ad impugnandum actionem*, de modo que se pueda hablar de excepciones-impugnaciones como poder para excluir de forma definitiva al derecho o la acción (teoría abstracta o concreta). La excepción de incumplimiento sería más bien una facultad (y no un contraderecho) para rechazar el cumplimiento exigido, distinguiéndose de las primeras porque no tiene la capacidad de excluir definitivamente el derecho o la acción, sino simplemente el poder para paralizarlo temporalmente. Por esto RUSSO le negaría el carácter de derecho potestativo.

⁶⁷ Facultad, si se asume la precitada tesis de RUSSO (2013) pp. 137-153.

⁶⁸ VOET (1829) XIX, I, 23, p. 351; PERSICO (1955) pp. 170-171; MICHELI (1961) pp. 376 y ss. Entre nosotros, Claro (1979) pp. 769-784, que rastrea el origen en el derecho romano, haciendo distintas matizaciones, aunque reconoce que la formulación definitiva de esta excepción tal como se conoce hoy corresponde a BÁRTOLO.

⁶⁹ Sobre la inexacta idea difundida en nuestro medio de que quien afirma soporta la carga de la prueba de su afirmación, VOGT (2018) pp. 253-257; DEL RÍO (2019) pp. 330-334; DAMIÁN (2007) p. 21, con referencia al caso español.

⁷⁰ PERSICO (1955) pp. 160-167.

ga del incumplimiento sobre el demandado, en lugar de gravar al actor con la carga de su cumplimiento.

Quinto: Lo cierto es que la respuesta se encuentra en la precisión de cuál sea el fundamento de la *exceptio non adimpleti*. Esto se traduce en la determinación de si el incumplimiento es o no el hecho necesitado de prueba desde la perspectiva de la excepción. La clave está en la singularización del fundamento fáctico-jurídico del efecto jurídico pretendido por el *excipiens*, como es la paralización de la acción del actor⁷¹.

El error común es considerar que el fundamento de la *exceptio* sea el incumplimiento del actor, porque es lo que de forma explícita o implícita está afirmando cuando deduce la *exceptio*. Con todo, si se mira con detenimiento la cuestión, se advierte que el fundamento jurídicamente relevante de la *exceptio* –del efecto jurídico pretendido de paralización de la acción– es la deducción del contracrédito que tiene el demandado, en cuanto parte de un contrato sinalagmático. El demandado funda su excepción en su contracrédito emanado de un negocio jurídico sinalagmático, aunque además afirme el incumplimiento, esto es, que ese crédito no ha sido simultáneamente satisfecho por el actor, ni se encuentra llano a hacerlo.

Obviamente, el demandado –*excipiens*– soporta la carga que le grava, la del hecho fundamento del efecto jurídico que deduce mediante la excepción. Esto es, la carga de probar la existencia del contracrédito que opone al actor y en el que se funda el efecto jurídico de paralización de la acción del actor. Esta es la razón por la cual al demandado le basta con probar su crédito para obtener la paralización de la acción, salvo que el actor pruebe de vuelta que aquel se encuentra extinto.

Ahora bien, es cierto que la carga del *excipiens* no se percibe a menudo de forma concreta porque la prueba de su contracrédito quedará regularmente subsumida en la prueba que el mismo actor aporta, en tanto deriva del mismo negocio jurídico bilateral que sirve de fundamento al demandante. Esto es lo que se ha explicado por Scaduto⁷² o por Persico⁷³, cuando dicen que finalmente la carga del demandado en esta excepción sigue las reglas generales, y por ello no se le puede poner la carga de la prueba del incumplimiento, esto es, la carga de probar la no extinción de su crédito, cuando es evidente que la extinción incumbe probarla al deudor, con independencia de la posición formal que tenga en el proceso (en este caso de actor); prima la posición de la parte respecto al efecto.

Entre nosotros pareciera adherir a esta posición el profesor Abeliuk⁷⁴, aunque no desarrolla los argumentos de esta, limitándose a hacer una referencia a la regla del art. 1698 CC, sin entrar en las consideraciones ni fundamentos.

Sexto: Lo expuesto hasta aquí debe ser matizado con respecto a la *exceptio non rite adimpleti contractus*, esto es, cuando la excepción alega un cumplimiento imperfecto, parcial o que no se corresponde con lo pactado. En este caso la *exceptio* asume que ha habido prestación, pero alega que aquella prestación no es cumplimiento de la obligación contraída, con lo cual estaría alegando el derecho a una prestación distinta de la que se ha

⁷¹ RUSSO (2013) pp. 81-84 y 110.

⁷² SCADUTO (1921) pp. 184-188.

⁷³ PERSICO (1955) pp. 167-173.

⁷⁴ ABELIUK (2005) pp. 216-217.

verificado. En este caso se sostiene en general que el asunto supera el cumplimiento como hecho necesitado de prueba y se ubica en el ámbito de la existencia de una prestación determinada distinta, y así como el cumplimiento es un hecho de cargo del que lo debe –sea en posición formal de demandado como de demandante–, la inexactitud o la deficiencia de la prestación dada toca probarla a quien quiere hacerla valer⁷⁵.

Pero nótese, de vuelta, para ser precisos, no toda alegación de cumplimiento imperfecto o defectuoso hará recaer la carga en el demandado. Para esto es menester que dicha alegación se ponga más allá de la necesidad de probar el propio cumplimiento que tiene el actor. Para que se entienda, si se alega el pago parcial o la entrega de una cosa que no tiene la calidad mediana de su género⁷⁶, tal alegación no grava al *excipiens*, sino que sigue pesando sobre el actor, puesto que es este quien tiene que acreditar el pago del precio o la entrega de una cosa al menos de calidad mediana. Por el contrario, tal cosa variará si por ejemplo se alegara un defecto específico, por ejemplo, en la fabricación de la cosa o producto.

Por otra parte, íntimamente vinculado al reparto de la carga en la *exceptio non rite adimpleti contractus* está el asunto probatorio que emana de la conducta previa de los contratantes en relación con la aceptación de la prestación como cumplimiento, y la incidencia que ello tiene en el reparto de la carga de la prueba⁷⁷.

IV. CONCLUSIONES

En el estudio se han comprobado las soluciones adecuadas a los problemas de reparto de la carga de la prueba sobre el cumplimiento-incumplimiento en dos ámbitos específicos en que se plantean dudas.

Primero, respecto del hecho necesitado de prueba en el supuesto de la responsabilidad médica, ha quedado demostrada la utilidad que tiene, por una parte, la consideración de la teoría que pone el acento en el efecto jurídico pretendido para la comprensión de cómo se comporta el fenómeno en estudio y, por otra parte, la necesaria consideración de la configuración de cierta flexibilidad en el reparto normativo de la carga mediante la técnica de los hechos impeditivos, los cuales solamente se pueden llegar a comprender si se ponen en relación con los hechos constitutivos del supuesto normativo y su desdoblamiento procesal.

Esta aproximación es la que nos ha permitido ofrecer una respuesta sistemática al supuesto del incumplimiento en el caso de la responsabilidad médica contractual y la recta interpretación del sentido y alcance del reparto de la carga ínsito en el art. 1547 CC, que

⁷⁵ SCADUTO (1921) pp. 189-190; PERSICO (1955) pp. 174-176; ROSENBERG (2002) pp. 363-371 y pp. 389-396. Por ejemplo, en Derecho español en el que como regla la *exceptio non adimpleti contractus* pone la carga de la prueba en el actor. En caso de la *exceptio non rite adimpleti contractus* recae en el demandado. BOZZO (2014) p. 89.

⁷⁶ Ejemplos dados por SCADUTO (1921) p. 189. ERBETTA (2021) p. 313, a propósito de los párrafos 362 y 364 BGB, concluye que el cumplimiento se produce cuando la prestación se ejecuta en conformidad con su contenido. Solo en ese momento se produciría su efecto realmente liberatorio.

⁷⁷ SCADUTO (1921) pp. 191-194; PERSICO (1955) pp. 174-176; ROSENBERG (2002) pp. 363-371 y pp. 389-396. Nótese el ejemplo clásico del caso alemán, estudiado por ROSENBERG (hace tiempo ya), en el cual el asunto rota en torno al párrafo 363 BGB alemán, que establece una presunción legal que invierte la carga en el supuesto de aceptación de la prestación como cumplimiento. Últimamente se refiere a este precepto, ERBETTA (2021) pp. 308-320.

no se puede responder acertadamente con arreglo a criterios de reparto estáticos y abstractos, o puramente nomológico sustantivos.

Segundo, con respecto a la *exceptio non adimpleti contractus*, ha quedado demostrado que la solución sobre cuál sea el hecho necesitado de prueba –cumplimiento-incumplimiento– depende de la consideración del concepto de excepción de la propia *exceptio* y del fundamento fáctico del efecto jurídico que se reclama mediante esta, consistente en la paralización de la acción intentada por el actor.

En este contexto, ha sido clave haber podido precisar que el fundamento de esta excepción reside finalmente en el contracrédito del *excipiens*, que es parte de un negocio jurídico sinalagmático, y no en el incumplimiento del actor, lo cual nos permitirá finalmente singularizar de forma certera el hecho necesitado de prueba que efectivamente impone una precisa carga probatoria al *excipiens*, lo cual además ha sido fundamental para demostrar el error conceptual que significa sostener que la carga de este viene determinada por la afirmación de incumplimiento del actor o el error de considerar el incumplimiento del actor un hecho impeditivo de cargo del *excipiens*.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ABELIUK MANASEVICH, René (2005): *Las obligaciones*, tomo II (Santiago de Chile, cuarta edición, Editorial Jurídica de Chile).
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (2005): *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile).
- ARANCIBIA OBRADOR, María José (2013): “Cargas probatorias dinámicas desde el punto de vista del Derecho civil”, *Temas de Derecho. Revista de la Universidad Gabriela Mistral*: pp. 199-212.
- BARAONA GONZÁLEZ, Jorge (2011): “Algunas consideraciones sobre el retraso en el cumplimiento de las obligaciones: su configuración y eficacia”, en VV.AA (eds.) *Estudios de Derecho civil. Jornadas nacionales de Derecho civil 2005-2009*, tomo II (Santiago, Thomson Reuters) pp. 503-518.
- BLANCO PÉREZ-RUBIO, Lourdes (2013): *La carga de la prueba por omisión de información al paciente* (Madrid, Marcial Pons).
- BORDALÍ SALAMANCA, Andrés; CORTEZ MATCOVICH, Gonzalo, y PALOMO VÉLEZ, Diego (2014): *Proceso civil. El juicio ordinario de mayor cuantía, procedimiento sumario y tutela cautelar* (Santiago, Thomson Reuters, segunda edición).
- BORDALÍ SALAMANCA, Andrés (2016): “Nuevas herramientas probatorias en el proceso civil chileno. Análisis en un contexto de facilidad probatoria”, *Revista de Derecho (Coquimbo)*, N° 1: pp. 173-198.
- BOZZO HAURI, Sebastián (2014): “La ‘excepción de contrato no cumplido adecuada o regularmente’ y su régimen en el derecho civil español”, *Revista de Derecho (Valparaíso)*, XLII, pp. 83-119.
- BRAVO HURTADO, Pablo (2013): “Derrotabilidad de la carga de la prueba en la responsabilidad contractual: hacia la facilidad probatoria en Chile”, *Revista chilena de Derecho privado*, N° 21: pp. 13-46.

- CLARO SOLAR, Luis (1979): *Explicaciones de Derecho civil chileno y comparado*, volumen V (Santiago, edición facsimilar, Editorial Jurídica de Chile).
- CARVAJAL RAMÍREZ, Patricio-Ignacio (2012): “Non liquet! Facilidad probatoria en el proyecto de nuevo Código Procesal Civil”, *Revista chilena de Derecho*, vol. 39, N° 3: pp. 565-604.
- CAPPELLETTI, Mauro (1962): *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità* (Milano, Giuffrè).
- CAPRILE BIERMANN, Bruno (2012): “Algunos problemas ofrecidos por la excepción de contrato no cumplido y, en especial, el de su invocación para atajar la acción resolutoria en el caso de incumplimiento recíproco de los contratantes”, *Revista de Derecho (Valparaíso)*, XXXIX: pp. 53-93.
- CARNELUTTI, Francesco (1959): *Instituciones del proceso civil* (trad. Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, EJEA).
- CHIOVENDA, José (1925): *Principios de Derecho procesal civil*, II (trad. Casais y Santaló, Madrid, Reus).
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2012): “Sobre la carga de la prueba en el Proyecto de Código Procesal Civil”, en AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, Maite (edit.), *Cuadernos de Extensión Jurídica* N° 23 (Santiago, Universidad de Los Andes) pp. 107-117.
- CORTEZ MATCOVICH, Gonzalo; BORDALI SALAMANCA, Andrés, y PALOMO VELEZ, Diego (2014): *Proceso civil. El juicio ordinario de mayor cuantía, procedimiento sumario y tutela cautelar* (Santiago, Thomson Reuters, 2a edición).
- DAMIÁN MORENO, Juan (2007): “Nociones generales sobre la carga de la prueba en el proceso civil”, en CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín y otros (eds.), *Carga de la prueba y responsabilidad civil* (Valencia, Tirant lo Blanch) pp. 13-27.
- DEL RÍO FERRETTI, Carlos (2019): “La concepción de la carga de la prueba en la doctrina (civil y procesal) chilena dominante durante el siglo XX”, en SIMONS, Adrian y otros (coords.), *Estudos en Homenagem a Ada Pelligrini Grinover e José Carlos Barbosa Moreira* (Sao Paulo, Tirant lo Blanch) pp. 321-338.
- DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen (2014): “La introducción de las cargas probatorias dinámicas en el derecho chileno”, en TURNER, Susan y VARAS, Juan (edits.), *Estudios de Derecho civil IX* (Santiago de Chile, Thomson Reuters) pp. 787-798.
- ERBETTA MATTIG, Andrés (2017): “La carga de la prueba del incumplimiento contractual en la ley 19.496 a partir de un fallo reciente: entre la validez de las cláusulas limitativas y excluyentes de responsabilidad y la aplicación de las reglas del Código Civil”, *Ius et Praxis*, N° 1: pp. 629-638.
- ERBETTA MATTIG, Andrés (2018): “Ensayo sobre la carga de la prueba del incumplimiento contractual en la ley sobre la protección de los derechos de los consumidores”, *Revista de Derecho* (Valdivia), vol. XXXI, N° 2: pp. 53-69.
- ERBETTA MATTIG, Andrés (2021): *La carga de la prueba del incumplimiento contractual en el Código Civil chileno* (Santiago de Chile, Ediciones DER).
- FABBRINI, Giovanni (1989a): “L'eccezione di merito nello svolgimento del processo di cognizione”, en FABBRINI, Giovanni, *Scritti Giuridici, I* (Milano, Giuffrè) pp. 333-404.
- FABBRINI, Giovanni (1989b): “Eccezione”, en FABBRINI, Giovanni, *Scritti Giuridici, I* (Milano, Giuffrè) pp. 501-543.

- FIGUEROA YÁVAR, Juan Agustín y MORGADO SAN MARTÍN, Érica (2013): *Procedimientos civiles e incidentes* (Santiago, Thomson Reuters).
- FERRER BELTRÁN, Jordi (2019): “La carga dinámica de la prueba. Entre la confusión y lo innecesario”, en GIANNINI, Leandro; NIEVA, Jordi & FERRER, Jordi (eds.), *Contra la carga de la prueba* (Madrid, Marcial Pons) pp. 53-87.
- GABRIELLI, Enrico (2014): “La suspensión de la ejecución del contrato en el derecho italiano”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay*, segunda época, año 9, N° 9: pp. 109-132.
- GIANNINI, Leandro (2019): “Revisitando la doctrina de la ‘carga dinámica de la prueba’. Aportes para esclarecer sus principales problemas conceptuales”, en GIANNINI, Leandro; NIEVA, Jordi & FERRER, Jordi (eds.), *Contra de la carga de la prueba* (Madrid, Marcial Pons) pp. 89-115.
- GÓMEZ POMAR, Fernando (2001): “Carga de la prueba y responsabilidad objetiva”, *InDret*, N° 1: pp. 1-17.
- GONZÁLEZ COULON, María de los Ángeles (2013): *La carga dinámica de la prueba y sus límites* (Santiago, Thomson Reuters).
- GONZÁLEZ GRANDA, Piedad (2007): “Los criterios de disponibilidad y facilidad probatoria en el sistema del artículo 217 de la LEC”, en CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín y otros (eds.), *Carga de la prueba y responsabilidad civil* (Valencia, Tirant lo Blanch) pp. 29-74.
- HENRÍQUEZ GONZÁLEZ, Sebastián (2017): *La excepción de contrato no cumplido y su aplicación en casos de cumplimiento imperfecto: análisis doctrinal y jurisprudencia (memoria de prueba)* (Santiago, Universidad de Chile).
- HUNTER AMPUERO, Iván (2015): “Las dificultades probatorias en el proceso civil. Tratamiento doctrinal y jurisprudencial, críticas y una propuesta”, *Revista de Derecho (Coquimbo)*, año 22-1: pp. 209-257.
- LARROUCAU TORRES, Jorge (2010): “*Res ipsa loquitur*: Quien habla es el juez, no la cosa”, en FIGUEROA, Gonzalo, BARROS, Enrique, y TAPIA, Mauricio (coords.) *Estudios de Derecho Civil VI* (Santiago de Chile, LegalPublishing) pp. 491-519.
- LARROUCAU TORRES, JORGE (2013): “Tres lecturas de la buena fe procesal”, *Revista chilena de Derecho privado*, N° 21, pp. 259-305.
- LARROUCAU TORRES, JORGE (2014): “¿Cómo se prueba la responsabilidad civil médica en la justicia chilena?”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. XXVII, N° 2: pp. 43-79.
- LORENZINI BARRÍA, Jaime (2014): “La carga dinámica de la prueba en materia de consumo: Un desafío pendiente para asegurar la igualdad procesal del consumidor y proveedor”, en TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio, GÁTICA RODRÍGUEZ, María Paz y VERDUGO TORO, Javiera (eds.), *Estudios de Derecho civil en homenaje a Gonzalo Figueroa Yáñez* (Santiago, Thomson-Reuters) pp. 387-405.
- MEJÍAS ALONZO, Claudia (2013): “La excepción de contrato no cumplido y su consagración en el Código Civil chileno”, *Revista chilena de Derecho*, vol. 40, N° 2: pp. 389-412.
- MEJÍAS ALONZO, Claudia (2014): “La excepción de contrato no cumplido, un análisis de su aplicación en la jurisprudencia nacional reciente y en la doctrina”, *Revista de Derecho (Coquimbo)*, N° 1: pp. 111-156.

- MICHELI, Gian Antonio (1961): *La carga de la prueba* (trad. Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, EJEA).
- MONTERO AROCA, Juan (2007): *La prueba en el proceso civil* (Cizur Menor, Thomson-Civitas).
- MORGADO SAN MARTÍN, Érika y FIGUEROA YÁVAR, Juan Agustín (2013): *Procedimientos civiles e incidentes* (Santiago, Thomson Reuters).
- NIEVA FENOLL, Jordi (2019): “La carga de la prueba: una reliquia histórica que debiera ser abolida”, en GIANNINI, Leandro; NIEVA, Jordi & FERRER, Jordi (eds.), *Contra la carga de la prueba* (Madrid, Marcial Pons), pp. 23-52.
- NÚÑEZ OJEDA, Raúl y PÉREZ RAGONE, Álvaro (2014): *Manual de derecho procesal civil. Procedimiento ordinario de mayor cuantía* (Santiago, Thomson Reuters).
- ORELLANA TORRES, Fernando (2017): *Manual de Derecho procesal II. Procedimientos civiles ordinarios y especiales* (Santiago, Librotecnia).
- ORTELLS RAMOS, Manuel y otros (2014): *Derecho procesal Civil* (Cizur Menor, 13ª edición, Aranzadi).
- PALOMO VÉLEZ, Diego (2013): “Las cargas probatorias dinámicas: ¿es indispensable darse toda esta vuelta”, *Ius et Praxis*, N° 2, pp. 447-464.
- PALOMO VÉLEZ, Diego, BORDALÍ SALAMANCA, Andrés y CORTEZ MATCOVICH, Gonzalo (2014): *Proceso civil. El juicio ordinario de mayor cuantía, procedimiento sumario y tutela cautelar* (Santiago, Thomson Reuters, 2a edición).
- PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel (1989): *La prueba en materia sustantiva civil. Parte general* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel (2003): *Obligaciones. Teoría general y clasificaciones. La resolución por incumplimiento* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile).
- PÉREZ RAGONE, Álvaro (2006): “Presentación de documentos y dirección procesal”, en PÉREZ RAGONE, Álvaro y ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos (coords.), *Código procesal penal alemán* (Montevideo, Draft) pp. 59-78
- PÉREZ RAGONE, Álvaro y NÚÑEZ OJEDA, Raúl (2014): *Manual de derecho procesal civil. Procedimiento ordinario de mayor cuantía* (Santiago, Thomson Reuters).
- PERSICO, Giovanni (1955): *L'eccezione d'inadempimento* (Milano, Giuffrè).
- PIZARRO WILSON, Carlos (2008): “La culpa como elemento constitutivo del incumplimiento en las obligaciones de medio o diligencia”, *Revista de Derecho (Valparaíso)*, N° 31: pp. 255-265.
- POSNER, Richard (1999): “An Economic Approach to the Law of Evidence”, *Stanford Law Review*, vol. 51: pp. 1477-1546.
- PRÜTTING, Hanns (2010): “Carga de la prueba y estándar probatorio: la influencia de Leo Rosenberg y Karl Hainz Schaw para el desarrollo del moderno derecho probatorio”, *Ius et Praxis*, N° 1: pp. 453-464.
- RIOSECO ENRÍQUEZ, Emilio (1984): “El onus probandi en la excepción del contrato incumplido”, *Revista de Derecho (Concepción)*, N° 176: pp. 107-110.
- ROSENBERG, Leo (2002): *La carga de la prueba* (trad. Ernesto Krotoschin, Buenos Aires, B de f).
- RUSSO, Federico (2013): *Contributo allo studio dell'eccezione nel processo civile. Concetti e principi generali* (Roma, Aracne).

- SCADUTO, Gioachino (1921): “L’exceptio non adimpleti contractus nel diritto civile italiano”, *Annali del seminario giuridico della Università di Palermo*, vol. VIII: pp. 75-226.
- TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel (2000): *El objeto del proceso. Alegaciones. Sentencia. Cosa juzgada* (Madrid, La Ley).
- TARUFFO, Michele (2005): *La prueba de los hechos* (trad. Jordi Ferrer, Madrid, Trotta).
- TARUFFO, Michele (2008): *La prueba* (trads. Laura Manríquez y Jordi Ferrer, Madrid, Marcial Pons).
- TARUFFO, Michele (2019): “Casi una introducción”, en GIANNINI, Leandro; NIEVA, Jordi & FERRER, Jordi (edits.), *Contra la carga de la prueba* (trad. Cristian Contreras, Madrid, Marcial Pons) pp. 11-21.
- VERDE, Giovanni (2013/1974): *L’onere della prova nel processo civile* (Napoli, Edizione Scientifiche Italiane).
- VIDAL OLIVARES, Álvaro (2018): *Responsabilidad civil médica*, primera edición (Santiago, DER-CJAJ).
- VOET, Johannis (1829): *Commentarius ad Pandectas*, t. II (París, Gauthier Fratres, Bibliopolos).
- VOGT GEISSE, Thomas (2018): “La diferencia entre afirmar y probar en el proceso civil”, en RIVERO, Renée y MARÍN, Juan Carlos (dirs.), *Reformas necesarias a la justicia chilena*, tomo I, (Santiago, Librotecnia) pp. 253-277.
- WALTER, Gerhard (1985): *La libre apreciación de la prueba* (trad. Tomás Banzhaf, Bogotá, Temis).

JURISPRUDENCIA CITADA

- SYSEXEL COMPUTACIÓN LIMITADA CON TRANSPORTE PÚBLICO DE PASAJEROS* (2010): Corte Suprema, 10 mayo, rol 7360-2008 (juicio ordinario cumplimiento de contrato e indemnización de perjuicios), en Tirant lo Blanch, LTM11.555.372. Fecha consulta 23 de junio de 2020.
- ZÚÑIGA SOTO CON VALLEJOS GUERRA* (2010): Corte Suprema, 17 agosto, rol 5339-2010 (juicio ordinario de resolución de contrato), en Westlaw, CL/JUR/4798/2010. Fecha consulta 10 de marzo 2021.
- GARRIDO MIRANDA Y OTRO CON UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA METROPOLITANA* (2012): Corte Suprema, 5 julio, rol 1009-2010 (juicio ordinario de indemnización de perjuicio por responsabilidad contractual), en Westlaw, CL/JUR/1275/2012. Fecha consulta 11 de marzo de 2021.
- (NO SE CONSIGNA ACTOR) CON CORPORACIÓN SANATORIO ALEMÁN S.A.* (2012): Corte Suprema, 19 julio, rol 456-2012 (juicio ordinario de indemnización de perjuicios por responsabilidad contractual), en Westlaw, CL/JUR/1371/2012. Fecha consulta 10 de marzo de 2021.
- BUENA VISTA S.A. CON SOCIEDAD DE INVERSIONES BIG MARKETING LIMITADA* (2013): Corte Suprema, 23 octubre, rol 7991-2012 (juicio ordinario de cumplimiento de contrato e indemnización de perjuicios), en Tirant lo Blanch, LTM10.746.498. Fecha consulta 23 de junio de 2020.
- THUMALA OLAVE CON LAUSEN MONTT* (2013): Corte Suprema, 25 noviembre, rol 8307-2012 (juicio ordinario de indemnización de perjuicios por responsabilidad contractual), en Westlaw, CL/JUR/3313/2013. Fecha consulta 12 de julio de 2020.

- SEPÚLVEDA GALLARDO CON VERGARA REYES* (2014): Corte Suprema, 14 mayo, rol 7686-2014 (juicio de terminación de arrendamiento por no pago de rentas), en Westlaw, CL/JUR/2389/2014. Fecha consulta 11 de marzo de 2021.
- LEÓN MUÑOZ CON HINOSTROZA SCHEEL* (2014): Corte Suprema, 19 junio, rol 625-2013 (juicio ordinario de indemnización de perjuicios por responsabilidad contractual), en Westlaw, CL/JUR/3587/2014. Fecha consulta 12 de julio 2020.
- ZEPEDA MUÑOZ Y OTRO CON URIBE ALTAMIRANO* (2014): Corte de Apelaciones de Antofagasta, 8 octubre, rol 757-2014 (juicio ordinario de cumplimiento de contrato con indemnización de perjuicios), en Tirant lo Blanch, LTM6.557.354. Fecha consulta 23 de junio de 2020.
- GAEDECHENS BETTELEY CON BAS GONZÁLEZ* (2014): Corte Suprema, 31 diciembre, rol 2470-2014 (juicio ordinario de resolución de contrato), en Tirant lo Blanch, LTM6.574.934. Fecha consulta 23 de junio de 2020.
- ZEPEDA MUÑOZ Y OTRO CON URIBE ALTAMIRANO* (2015): Corte Suprema, 11 agosto, rol 29210-2014 (juicio ordinario de cumplimiento de contrato con indemnización de perjuicios), en Tirant lo Blanch, LTM6.557.354. Fecha consulta 23 de junio de 2020.
- BANCO DEL ESTADO CON CORTÉS ESCAIDA* (2015): Corte Suprema, 8 septiembre, rol 6297-2015 (juicio ordinario de cobro de pesos), en Tirant lo Blanch, LTM10.147.202. Fecha consulta 23 de junio de 2020.
- GALLO MUÑOZ CON INSTITUTO DE SEGURIDAD DEL TRABAJO* (2016): Corte Suprema, 29 agosto, rol 35568-2015 (juicio ordinario de indemnización de perjuicios por responsabilidad contractual), en Tirant lo Blanch, LTM9.588.334. Fecha consulta 24 de junio de 2020.
- PEDRO TORRENS E HIJO LIMITADA CON PEDIGREE SPIRITS S.A.* (2016): Corte Suprema, 22 diciembre, rol 19682-2016 (juicio ordinario de cumplimiento de contrato), en Westlaw, CL/JUR/8402/2016. Fecha consulta 10 de marzo de 2021.
- CAMPOS JIMÉNEZ CON SERVICIO DE SALUD DEL MAULE* (2017): Corte Suprema, 25 abril, rol 38151-2016 (juicio ordinario de indemnización de perjuicios por responsabilidad contractual), en Westlaw, CL/JUR/2438/2017. Fecha consulta 22 de junio de 2020.
- VILLASANTE REVECO CON LIMATRAIN LIMITADA* (2018): Corte de Apelaciones de Rancagua, 19 enero, rol 681-2016 (juicio ordinario de cumplimiento de contrato), en Westlaw, CL/JUR/332/2018. Fecha consulta 9 de junio de 2020.
- DELOITTE AUDITORES Y CONSULTORES LTDA. CON IMPORTACIONES EXIMBEN S.A.C.* (2017): Corte Suprema, 18 diciembre, rol 21557-2017 (juicio sumario de cobro de pesos), en Tirant lo Blanch, LTM16.125.971. Fecha consulta 23 de junio de 2020.
- TORO CAMPUSANO Y OTRO CON CORDOVA CORTÉS* (2020): Corte Suprema, 24 abril, rol 19022-2018 (juicio ordinario de indemnización de perjuicio por responsabilidad contractual), en Westlaw, CL/JUR/25503/2020. Fecha consulta 4 de junio de 2020.

LA ADQUISICIÓN DE BIENES INMUEBLES EN CHILE: UNA MIRADA DESDE EL GÉNERO

ACQUISITION OF REAL PROPERTY IN CHILE: A GENDER PERSPECTIVE

MARÍA AGNES SALAH ABUSLEME*

RESUMEN: La estadística muestra que las mujeres en Chile presentan una posición desigual en cuanto a la tenencia de propiedad. El derecho puede producir efectos, positivos o negativos, en el acceso de las mujeres a la propiedad de bienes inmuebles. El análisis de algunos casos presentes en la legislación chilena permite apreciar la forma en que el derecho constituye una importante herramienta para lograr cambios relevantes en la titularidad de la propiedad de las mujeres en nuestro país.

Palabras clave: propiedad, género, posesión, regularización y subsidios.

ABSTRACT: Statistics show the unequal position in property ownership that women have in Chile. Law can have a positive or negative impact on the access to real properties by women. The examination of some cases considered by Chilean law allows the analysis of the way in which the law constitutes an important tool that enables relevant changes in the ownership of property of women in our country.

Keywords: property, gender, possession, regularization, and subsidies.

I. INTRODUCCIÓN

La relación entre el género y la propiedad es un tema poco abordado por la literatura jurídica nacional. Lo anterior constituye una omisión que debería subsanarse si se considera que la estadística disponible permite constatar que las mujeres tienen una posición desmejorada en términos de tenencia de propiedad que los hombres. Además, existen diversos factores que probablemente permitirán que ello se perpetúe por algún tiempo.

En este trabajo, y replicando la idea de Joanne Conaghan, se utilizará al género como una categoría de análisis en relación con la comprensión del fenómeno jurídico¹. Ciertamente, la existencia de diversas visiones del feminismo redundando en preguntas y desafíos de diversa naturaleza y magnitud para el sistema jurídico. Pero, para efectos de este trabajo, se tendrá presente que, en la mayor parte de esas visiones, tal como ha destacado Isabel Jaramillo, se manifiesta la idea de que la mujer es la perdedora del juego social².

* Doctora en Derecho. Profesora del Departamento de Derecho Privado, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Dirección postal: Pío Nono 1, Providencia, Santiago. Dirección electrónica: msalah@derecho.uchile.cl. Agradezco los comentarios de María Paz Gatica Rodríguez, Fabiola Lathrop Gómez y Cristián Banfi del Río, así como los comentarios recibidos de los evaluadores anónimos de este trabajo. Los errores y omisiones son de la autora.

¹ CONAGHAN (2013) p. 23.

² JARAMILLO (2000) p. 33.

En el ámbito específico de la propiedad, lo anterior implica, según han dado cuenta Helen Carr y Simone Wong, una mirada a “la forma en que las relaciones entre las parejas no son zonas neutrales al género y, en consecuencia, a la igualdad económica”³. Para el caso de Chile, las reglas relacionadas con la propiedad generalmente se conciben como normas neutrales al género. Esto es, un sistema conformado por reglas en que el género no constituye un factor normativo relevante en relación con la adquisición, mantención y pérdida de la propiedad.

En el caso de la adquisición de la propiedad, ello se vincula directamente con las formas en virtud de las cuales las mujeres llegan a ser propietarias⁴. En el ámbito del derecho privado, se manifiesta de forma general a través de la regulación de los diversos modos de adquirir el dominio, así como de los antecedentes o contratos que les sirven de antecedente. En cuanto a los mecanismos en que interviene directamente el Estado, ello se traduce principalmente en una reflexión en torno a las subvenciones o subsidios que permiten o facilitan la adquisición de ciertos bienes.

En este trabajo se analizarán diversos casos que han producido un impacto en la adquisición y tenencia de propiedad por parte de las mujeres. Mediante la revisión de algunos cuerpos normativos quedará en evidencia la forma en que las reglas que regulan la propiedad pueden ser herramientas valiosas para producir un cambio en la situación patrimonial de las mujeres y en el acceso a bienes inmuebles fundamentales, como la vivienda. El primero de ellos se refiere a la adquisición de inmuebles en virtud de un procedimiento de regularización o saneamiento. El segundo se refiere a la adquisición de bienes inmuebles en virtud de subsidios habitacionales.

De esta forma, los casos analizados permiten tener presentes modos o mecanismos que el derecho puede utilizar para promover el acceso de las mujeres a la propiedad. Si bien en la actualidad ellos constituyen mecanismos preferentemente destinados a contrarrestar las reglas vigentes de la sociedad conyugal, pueden seguir siendo fuente de inspiración para posibles reformas futuras. Lo anterior no parece impertinente considerando que probablemente subsistan, al menos temporalmente, aquellos factores jurídicos, económicos y sociales que históricamente han contribuido a la desigualdad de las mujeres en relación con la tenencia de propiedad.

II. LA PROPIEDAD Y LAS MUJERES: EL DERECHO COMO PROMOTOR DE LA IGUALDAD DE GÉNERO Y EL ACCESO A LA VIVIENDA

La literatura que se refiere a la tenencia de propiedad por parte de mujeres es muy escasa. Tal como señala Bina Agarwal para el caso de la propiedad sobre la tierra, ella ha sido periférica en el debate académico dominante⁵. Lo anterior, no obstante los manifiestos beneficios que la misma autora destaca para la propiedad cuando se encuentra en manos de

³ CARR y WONG (2016) p. 165, traducción libre.

⁴ Que, en términos generales, corresponden al mercado, la familia o el Estado. AGARWAL (2003) p. 185.

⁵ AGARWAL (2003) p. 184.

las mujeres⁶. En Chile la situación es del todo similar. Son pocos los trabajos que aluden a la propiedad con una perspectiva de género, especialmente si se mira a aquellos de tipo jurídico. En razón de ello, y en el marco de una investigación más extensa, la primera pregunta de interés se refiere al análisis de la situación de las mujeres y la propiedad en Chile.

La intuición que Carol Rose ya anticipara hace varios decenios es cierta en nuestro país: las mujeres tienen menos propiedad que los hombres⁷. La revisión de diversos antecedentes estadísticos permite llegar a esa conclusión sin dificultad. Así, para el caso de los bienes inmuebles se observa que respecto de la “Distribución de hogares propietarios de vivienda según el sexo del jefe(a) de hogar por quintil de ingreso autónomo per cápita (2017)”, son más los hombres propietarios de la vivienda del hogar que las mujeres que ostentan dicha calidad⁸. La misma estadística da cuenta de una asimetría en la titularidad de la propiedad de la vivienda entre hombres y mujeres más pronunciada en los sectores de mayores ingresos⁹.

Las causas detrás de la situación propietaria de las mujeres tienen su origen en antecedentes o factores de orden social, económico, cultural y jurídico. En efecto, en el ámbito social y económico se constata la existencia de las dificultades que enfrentan las mujeres para incorporarse al trabajo, la percepción de menores salarios y la obtención de pensiones más bajas. Adicionalmente, las mismas mujeres son quienes realizan una mayor cantidad de trabajo no remunerado¹⁰. Por su parte, el sesgo cultural en perjuicio de las mujeres redundaba en su menor consideración como jefas de familia, su disminuida presencia en cargos de alta dirección y en numerosas dificultades para el emprendimiento de actividades económicas¹¹. Todo ello explica que la mujer se encuentre en una situación económica más débil que la de los hombres y, por ende, con una menor posibilidad de adquirir bienes y fortalecer su patrimonio.

Cuando las desigualdades en la adquisición de la propiedad son una consecuencia del propio sistema jurídico, se requiere de una especial atención por parte del legislador. Es así como en ocasiones el derecho ha amparado, e incluso promovido, la existencia de diferencias que han menoscabado la posibilidad de las mujeres de alcanzar la propiedad o administración de ciertos bienes.

No resulta extraño que la existencia de desigualdad en el ámbito jurídico haya estado presente desde el inicio de la vida independiente de nuestro país. Ejemplos históricos en este sentido se pueden encontrar en la institución del mayorazgo, vigente durante la primera mitad del siglo XIX, o la incapacidad relativa de las mujeres casadas, considerada en

⁶ Así la autora se refiere a los beneficios que genera la propiedad en el bienestar, la eficiencia, la igualdad y el empoderamiento de las mujeres. AGARWAL (2003) pp. 193-197.

⁷ ROSE (1992) p. 421.

⁸ Diferencia porcentual total de un 16,6% para el año 2017, MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL Y FAMILIA (2018) p. 9.

⁹ Para el quintil con inferiores ingresos la diferencia porcentual entre los hombres y mujeres fue de un 5,2%, aumentando a un 32% para el quintil con ingresos superiores, MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL Y FAMILIA (2018) p. 9.

¹⁰ SALAH ABUSLEME (2021) pp. 201-202.

¹¹ SALAH ABUSLEME (2021) pp. 202-205.

el Código Civil en su versión original. Coherente con la realidad de esa época, Andrés Bello solo se ocupó de algunas manifestaciones relacionadas con la diferencia de sexo, como es el caso del derecho sucesorio. Sin embargo, en el ámbito de la familia, el codificador dejó subsistentes numerosas diferencias arbitrarias para las mujeres, situación que llegaba a su clímax cuando contraía matrimonio, transformándose en una persona jurídicamente incapaz¹².

Las críticas no se hicieron esperar. Numerosas tesis de licenciatura de finales del siglo diecinueve se detuvieron en el análisis de la menoscabada situación que el legislador civil atribuía a la mujer, especialmente si ella era casada y más aún si lo hacía bajo el régimen de sociedad conyugal. Refiriéndose a este último caso Fernando Tapia M. describía la situación en que quedaba la mujer: “esta especialísima unión la hace perder casi por completo su existencia para la vida del derecho, subordinándola, o mejor, refundiéndola en el marido que es su representante legal en todas las manifestaciones externas de la actividad jurídica en que debía o podía figurar”¹³. Otros trabajos, como el de Julio Zegers Samaniego o Alejandro Valdés Riesco, y diversas memorias universitarias, como las de Guillermo Echeverría Montes, Jorge Matte Gormaz, Pedro León Medina y Enrique Rodríguez Mac-Iver¹⁴, hicieron lo propio.

No es casualidad que la segunda mujer que egresó de la carrera de derecho en Santiago, Matilde Brandau Galindo, escribiera la memoria más acabada de la época sobre los derechos civiles de la mujer desde una perspectiva histórica, comparada y dogmática. Abogaba en sus conclusiones por la eliminación de las diferencias en perjuicio de las mujeres, particularmente en el ejercicio de derechos fuera de matrimonio, la capacidad civil de la mujer casada y la patria potestad de la madre sobre sus hijos¹⁵. Una situación similar ocurrió en Concepción, con la tesis de Clarisa Retamal Castro, primera mujer titulada de abogada tras estudiar derecho en esa ciudad¹⁶. Muchos trabajos críticos de la situación de la mujer se desarrollaron con posterioridad¹⁷. El resultado se tradujo en la promulgación de leyes que fueron mejorando parcial y progresivamente la situación personal y patrimonial de la mujer¹⁸.

¹² Como daba cuenta Luis Claro Solar en sus comentarios a la legislación de la época: “la capacidad de la mujer, fuera del matrimonio es completa; pero si se casa, por efecto del matrimonio, desde el momento de su celebración se hace incapaz y bajo la potestad del marido”. CLARO SOLAR (2013) p. 70.

¹³ TAPIA (1898) p. 7.

¹⁴ ECHEVERRÍA MONTES (1892) pp. 1127-1128; MATTE GORMAZ (1897) pp. 8-11, LEÓN MEDINA (1898) p. 30, RODRÍGUEZ MAC-IVER (1898), ZEGERS SAMANIEGO (1917) y VALDÉS RIESCO (1922).

¹⁵ BRANDAU GALINDO (1898) p. 113.

¹⁶ Quien, en 1924, escribió el trabajo “La condición jurídica de la mujer en la legislación chilena”, PÉREZ COFRÉ y ROZAS SCHUFFENEGGER (2011-2012) p. 162.

¹⁷ Francisca Rengifo se refiere a diversos trabajos desarrollados en los primeros tres decenios del siglo veinte referidos a la situación de la mujer en la legislación chilena. RENGIFO (2011) pp. xxx-xxxvii. Una de las activistas más destacadas fue Elena Caffarena, quien, en su trabajo sobre los regímenes patrimoniales y la situación de la mujer, concluía haciendo un llamado urgente al cambio, CAFFARENA DE JILES (1944) p. 83. Destacable también resulta el trabajo crítico de Alessandri sobre la situación de la mujer. ALESSANDRI RODRÍGUEZ (1940) pp. 23-25.

¹⁸ Resulta pertinente mencionar a lo menos el DECRETO LEY N° 328 de 1925 que, entre otras materias, modificó las reglas vigentes en materia de patria potestad, tutelas y curatelas, la posibilidad de ser testigo, la comparecencia en juicios y el desarrollo de profesiones o industrias por parte de mujeres casadas; la LEY N° 5.521 de 1934, cuyo principal aporte fue el establecimiento de un patrimonio reservado de la mujer casada y la posibi-

Sin embargo, profundas discriminaciones aún subsisten en nuestro sistema jurídico. La mayor desigualdad amparada por el derecho nacional se encuentra en las reglas referidas a la sociedad conyugal, principal régimen patrimonial del matrimonio, tanto por ser la ordenación supletoria reconocida por la ley, como por ser el régimen que predomina para los matrimonios celebrados en Chile¹⁹. En efecto, el hombre es el administrador tanto respecto de los bienes sociales como de los propios de la mujer²⁰. Esto último implica la administración de todos los bienes que las mujeres adquieren por herencia, lo que resulta especialmente delicado si se considera que, de la poca estadística existente, esta forma de adquisición de los bienes inmuebles es muy relevante para ellas²¹.

No puede soslayarse que la regulación de la sociedad conyugal vulnera convenciones internacionales suscritas por Chile, como la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer²² y la Convención americana sobre derechos humanos²³. Así fue además señalado en un acuerdo de solución amistosa suscrito por el Estado de Chile ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos²⁴.

No obstante lo anterior, el futuro de la sociedad conyugal es incierto²⁵. La crítica situación de este régimen de bienes ha sido abordada por numerosos proyectos de ley en actual tramitación²⁶. Varios de ellos consideran la coadministración o la designación de

lidad de pactar en las capitulaciones matrimoniales la separación total o parcial de bienes; la LEY N° 7.612 de 1943, que autorizó la separación convencional de bienes durante el matrimonio; la LEY N° 10.271 de 1952, con referencias a las obligaciones y limitaciones del marido en su calidad de administrador de la sociedad conyugal; la LEY N° 18.802 de 1989, que corrigió inequidades en perjuicio de las mujeres en materias relacionadas con el patrimonio reservado y sus facultades parentales; y, la LEY N° 19.335 de 1994, que introdujo el régimen de participación en los gananciales y los bienes familiares. Un análisis detallado de la historia de las modificaciones citadas se encuentra en COURT MURASSO (2007) pp. 5-29.

¹⁹ Código Civil, artículos 135 y 1718. El régimen predominante para el período 2006-2014 fue el de sociedad conyugal, SALAH ABUSLEME (2021) p. 205. Lo mismo se puede señalar respecto del primer semestre del año 2016. SERVICIO DE REGISTRO CIVIL E IDENTIFICACIÓN (2016) p. 18.

²⁰ Lo que redundaría en perjudiciales consecuencias para la situación de la mujer en el desarrollo de aquellas actividades que le permiten realizar transacciones con su patrimonio. De aquellas reglas del Código Civil que demuestran lo anterior, existen tres que merecen ser destacadas. La primera, resuelve que, aun cuando establece limitaciones, el marido es el jefe de la sociedad conyugal correspondiéndole la administración de los bienes sociales y los bienes de las mujeres (artículo 1749 del Código Civil). La segunda, establece que el marido es considerado respecto de terceros como dueño de los bienes sociales (artículo 1750 del Código Civil). Por último, la mujer no tiene derecho alguno sobre los bienes de la sociedad conyugal mientras esté vigente (artículo 1752 del Código Civil).

²¹ En el marco de una investigación realizada por Carmen Deere y Magdalena León, referida a la regularización de títulos en el sector rural entre los años 1993 y 1996, se observa que la forma más frecuente de adquisición de sitios y parcelas por parte de mujeres es a través de la herencia. DEERE y LEÓN (1999) pp. 59-64.

²² DECRETO N° 789 DEL MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES de 1989. En particular, su artículo 16 letra h) dispone que los Estados deben adoptar las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer.

²³ DECRETO N° 873 DEL MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES (5/1/1991).

²⁴ El primer compromiso asumido por el Estado de Chile consiste en la “Derogación de las normas que establecen la discriminación de las mujeres en el régimen de sociedad conyugal”. SONIA ARCE ESPARZA *v.* CHILE (2001).

²⁵ María Paz Gatica Rodríguez recoge las principales críticas a la sociedad conyugal, así como jurisprudencia y proyectos de ley sobre la materia existentes hasta el año 2011. GATICA RODRÍGUEZ (2011) pp. 169-178.

²⁶ Otros proyectos de reforma de las reglas de la sociedad conyugal se encuentran archivados (Boletín N° 1.719-18 y Boletín N° 9.300-07).

un cónyuge administrador²⁷. Otros, en cambio, solo incorporan modificaciones específicas vinculadas a la administración de los bienes propios de la mujer, dejando persistente las normas referidas a la administración ordinaria en manos del marido²⁸. En consecuencia, sea por la subsistencia parcial del régimen de sociedad conyugal o por el establecimiento de reglas en que finalmente sea el marido quien actúe como cónyuge administrador de la sociedad conyugal, las diferencias en el acceso a la propiedad por parte de mujeres seguirán, muy probablemente, siendo relevantes en el período cercano.

El diagnóstico antedicho sirve como perfecta antesala para apreciar la forma en que el derecho puede modular, y desde luego mejorar, la adquisición de la propiedad por parte de las mujeres. Las reglas que regulan la propiedad tienen por objeto primordial la adquisición y distribución de los bienes. En consecuencia, la forma en que ellas se conciben produce un impacto directo en el acceso que puedan tener las mujeres a los bienes. Esta dimensión de las reglas de acceso a la propiedad es prácticamente ignorada, a pesar de que, en el caso particular de los inmuebles, ello redundará además en un mayor acceso a la vivienda, garantía reconocida en tratados internacionales suscritos por Chile. En efecto, la Declaración universal de los derechos humanos de 1948, considera a la vivienda como un derecho de las personas²⁹. Asimismo, y con un reconocimiento calificado de este derecho, el Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, establece el derecho de todas las personas “a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados”³⁰.

La pregunta que se plantea dice entonces relación con las herramientas jurídicas existentes que permiten materializar o promover el acceso a la propiedad para el caso de las mujeres. En el ámbito del derecho privado, esto se relaciona directamente con los modos de adquirir en cuya virtud una persona llega a ser propietaria de un bien determinado o de una herencia³¹. En el ámbito de las políticas públicas, la principal conexión con la adquisición de bienes inmuebles se encuentra en el otorgamiento de subsidios o subvenciones estatales.

²⁷ Dentro de los que se encuentran los siguientes proyectos de ley: a) Boletín N° 1.707-18, que sustituye el régimen de sociedad conyugal por un nuevo régimen denominado comunidad de gananciales, en que, en términos generales, cada cónyuge administra su patrimonio de forma independiente, sin perjuicio de la comunidad que se conforma a su término; b) Boletín N° 7.567-07, que propone la designación por los contrayentes de un cónyuge administrador de la sociedad conyugal, dejando la coadministración como regla supletoria; c) Boletín N° 7.727-18, que propone la administración conjunta de la sociedad conyugal, así como la posibilidad de que los cónyuges acuerden la designación de un cónyuge administrador; c) Boletín N° 10.421-18, que propone la administración conjunta de la sociedad conyugal, sin perjuicio de las designaciones que pueden realizar los contrayentes para su administración.

²⁸ Dentro de los que se encuentran los siguientes proyectos de ley: a) Boletín N° 5.970-18, que propone la administración por la mujer de los bienes propios que adquiera a título de herencia, legado o donación estando casada en sociedad conyugal; b) Boletín N° 10.794-07, referido a las reglas de aceptación o repudio de asignaciones hereditarias en favor de mujeres casadas en sociedad conyugal; c) Boletín N° 11.313-18, referido a la administración de los bienes propios de la mujer casada bajo el régimen de sociedad conyugal, y d) Boletín N° 12.468-18, que propone que las mujeres sean consideradas como separadas de bienes para efectos de la enajenación de bienes adquiridos por sucesión por causa de muerte.

²⁹ Artículo 25.1, NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL, A/RES/217(III).

³⁰ Artículo 11 del Pacto aprobado en DECRETO N° 326 DEL MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES.

³¹ La primera gran fuente de adquisición de la propiedad en el ámbito del derecho privado puede provenir de los propios actos de una persona, como es el caso de la ocupación y los actos posesorios, o de sus intercambios

En el apartado siguiente se examinarán ejemplos relacionados con reglas referidas a la adquisición de bienes por mujeres, destacando la forma en que el derecho puede impactar positivamente en la relación entre propiedad y género. Como se observará, el derecho puede ser una útil herramienta para incentivar la adquisición de bienes en propiedad por parte de las mujeres.

III. CASOS DE ANÁLISIS

Desde una perspectiva de género, y en realidad desde la perspectiva más básica de igualdad, la primera labor del legislador debería ser la de erradicar aquellas diferencias que implican una distribución de bienes derechamente perjudicial para las mujeres. El caso que mejor ejemplifica esta hipótesis es el de la histórica institución del mayorazgo, en que las reglas de adquisición de propiedad impactaban directamente y de forma negativa a las mujeres. La segunda labor a la que podría inclinarse el legislador es a la de corregir las inequidades presentes en el sistema legal considerado en su conjunto. Esto es, compensar o restablecer meridianamente a quienes son perjudicados por las propias disposiciones del legislador. Una tercera labor posible permitiría que, ante la constatación de una diferencia fáctica, el legislador estableciera reglas que permitan la adquisición preferente de propiedad por parte de las mujeres.

A continuación, se analizarán dos ejemplos considerados dentro de la segunda labor a la que puede inclinarse el legislador, esto es, la corrección de desigualdades impuestas por el propio sistema jurídico. Los mecanismos que ellos consideran revisten gran importancia como modelos de inspiración para posibles reformas futuras, coincidentes con la tercera labor que podría asumir el legislador en esta materia. Así, tomando en consideración la situación patrimonial de las mujeres, estos ejemplos constituyen fórmulas o mecanismos que pueden extenderse a la adquisición de otros bienes o por grupos más amplios de mujeres. Con ello se puede avanzar hacia el establecimiento de un sistema jurídico que responda de manera efectiva a la desigualdad patrimonial de las mujeres en Chile.

1. REGLAS DE DERECHO PRIVADO PARA REVERTIR EL TRATO DESIGUAL DE LA MUJER: REGLAS ESPECIALES DE REGULARIZACIÓN Y SANEAMIENTO DE BIENES RAÍCES

El Código Civil, en las reglas que regulan la adquisición de la propiedad de los distintos tipos de bienes, no aborda la titularidad de la propiedad por parte de las mujeres ni las dificultades asociadas a su adquisición. La neutralidad que el Código asume en esta materia ha obligado a que regulaciones anexas desarrollen mecanismos destinados a revertir la situación desmejorada de las mujeres, atendidas, entre otras causas, las desigualdades en la administración de los bienes de la mujer casada bajo el régimen de sociedad conyugal establecidas por el mismo Código. Esta regulación, aunque paliativa de otras reglas perju-

voluntarios, como es el caso de la tradición. La segunda gran fuente de adquisición de la propiedad es aquella que proviene de la propia familia. La principal manifestación de ello es la herencia, materia que, por su extensión, no será revisada en este trabajo.

diciales para las mujeres, se ha manifestado respecto de uno de los modos de adquirir más relevantes: la prescripción adquisitiva de la propiedad raíz³².

Una muestra de lo anterior se establece en la regulación establecida por el D.L. N° 2.695 de 1979, que persigue, según da cuenta su artículo 1º, el reconocimiento de la calidad de poseedor regular de pequeñas propiedades raíces y así queden “habilitados para adquirir su dominio por prescripción”. En su artículo 37, este estatuto establece que “[l]a mujer casada se considerará separada de bienes para los efectos de ejercitar los derechos que establece esta ley en favor de los poseedores materiales, y para todos los efectos legales referentes al bien objeto de la regularización”. En la versión original del D.L. N° 2.695, modificada el año 1996, el artículo 37 tenía una redacción sutilmente diferente, en tanto la mujer se consideraba “separada de bienes en los términos del artículo 150 del Código Civil”³³.

La incorporación de una regla en beneficio de las mujeres solo puede celebrarse si se toma en consideración que otros estatutos de regularización que han tenido existencia histórica, y en concordancia con la normativa del Código Civil, no consideraron la posibilidad de que las mujeres casadas bajo el régimen de sociedad conyugal accedieran a procedimientos de regularización³⁴.

Para definir el alcance de las reglas del D.L. N° 2.695 de 1979, es relevante refrescar aquellas normas que regulan la adquisición de bienes inmuebles en el caso de la sociedad conyugal. En el caso de los bienes adquiridos a título gratuito, ellos ingresan al haber propio de cada cónyuge (artículos 1726 y 1732 del Código Civil). En cambio, aquellos bienes inmuebles adquiridos a título oneroso ingresan al haber social (artículo 1725 N° 5 del Código Civil). Aun cuando la prescripción adquisitiva es entendida generalmente como un modo de adquirir gratuito, en tanto nada debe darse para que ella produzca sus efectos, el Código contiene una singular norma sobre el tema. En efecto, en su artículo 1736 consagra una excepción a la regla –que establece que los bienes adquiridos a título oneroso ingresan al haber social– para aquellos bienes cuya causa o título de la adquisición hubiera precedido a la sociedad conyugal. Como ejemplo de la regla anterior, y por tanto ejemplos de bienes que no ingresarían a la sociedad conyugal, el Código considera a aquellos bienes que “uno de los cónyuges poseía a título de señor antes de ella, aunque la prescripción o transacción con que las haya hecho verdaderamente suyas se complete o verifique durante ella” (artículo

³² Referencias a la naturaleza y alcance del DECRETO LEY N° 2.695 de 1979 en SALAH ABUSLEME (2010).

³³ Modificación introducida por la LEY N° 19.455 de 1996. La redacción anterior señalaba: “La mujer casada se considerará separada de bienes en los términos del artículo 150 del Código Civil para los efectos de ejercitar los derechos que establece esta ley en favor de los poseedores materiales”. Por lo tanto, con la modificación se agregó la aplicación de la solución del artículo 37 para todos los efectos legales relacionados con el objeto de la regularización y se eliminó la alusión al artículo 150 del Código Civil, BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE (2018) pp. 16 y 52-53.

³⁴ Así la Ley N° 2.087, publicada en el D.O. el 17 de febrero de 1908, no obstante no hacer uso del concepto de regularización, establecía que los nacionales y extranjeros que hubieran ocupado y cultivado personalmente las tierras del Estado al sur de Concepción y fuera del territorio de Magallanes tenían derecho a que el Presidente de la República les otorgara un título de propiedad, aún sin reunir los requisitos exigidos para ser colonos. Asimismo, diferenciando por género, esta ley permitía que accedieran al procedimiento de regularización los hombres, las mujeres viudas, y los hijos varones mayores de 12 años. Así, se excluía derechamente a las mujeres solteras o a las mujeres menores de 12 años. Las mujeres casadas no podían acceder a este estatuto estando casadas bajo el régimen de sociedad conyugal, único régimen del matrimonio vigente a la época.

1736 inciso 2° del Código Civil). En cambio, aquellos bienes adquiridos por prescripción y cuya posesión se hubiera iniciado con posterioridad al inicio de la sociedad conyugal entrarán al haber social, en aquellos casos en que el título sea oneroso³⁵. Así, no obstante que la prescripción adquisitiva se considera como un modo de adquirir gratuito, para definir si los bienes adquiridos por los cónyuges casados en sociedad conyugal ingresan al haber social o al haber propio de cada cónyuge, se debe distinguir el título de su adquisición. De todas formas, sea cual sea la respuesta, en virtud de las reglas generales de la sociedad conyugal el marido administrará dichos bienes, lo que deja a la mujer en una situación comparativa desmedrada.

Ahora bien, gracias a la inclusión de un artículo especial en el D.L. N° 2.695, los bienes regularizados por mujeres se alejan de las disquisiciones vertidas en el párrafo anterior. Se vuelven irrelevantes las circunstancias en virtud de las cuales se inicia la posesión que da lugar al procedimiento de regularización, o si la posesión comienza antes o después del inicio de la sociedad conyugal, o el título que le permite a la mujer iniciar la posesión. Ella podrá adquirir y enajenar aquellos bienes regularizados en virtud del D.L. N° 2.695 como si fuera separada de bienes. Tomando en consideración lo dispuesto por el artículo 159 del Código Civil respecto de los cónyuges separados de bienes, la mujer podrá administrar con plena independencia los bienes regularizados.

La doctrina ha planteado dudas en torno al haber al que entran aquellos bienes que han sido regularizados por la mujer casada en sociedad conyugal. Así, se cuestiona si deben considerarse de la sociedad conyugal o como bienes propios de la mujer³⁶. No puede desconocerse que el legislador no fue el más prolijo al definir los posibles efectos de una regla de este tipo. De hecho, al poco tiempo de la dictación de la modificación realizada el año 1996 al artículo 37 del D.L. N° 2.695, y tomando en consideración que los notarios podrían exigir la autorización de los maridos en la venta de los inmuebles regularizados, se presentó un proyecto de ley para que el Ministerio de Bienes Nacionales incluyera expresamente en el título que el bien regularizado se presumía de derecho de la mujer³⁷.

Sin embargo, no se puede perder de vista que la finalidad de la modificación en caso alguno fue la de perjudicar la situación de la mujer en relación con los bienes regularizados. El origen de una regla de este tipo siempre tuvo como objetivo compensar la desmejorada situación de la mujer casada en sociedad conyugal en lo referido a la administración de los bienes. Por ello, la respuesta en relación con el destino de los bienes regularizados por la mujer al amparo del artículo 37 del D.L. N° 2.695 no puede sino ser que entran al haber propio de la mujer³⁸.

³⁵ En tal sentido: ORREGO ACUÑA (2015) p. 210. Como menciona este autor en el mismo trabajo, de lo contrario, la regla del artículo 1736 del Código Civil no tendría efecto alguno, pp. 210-211.

³⁶ ORREGO ACUÑA (2015) p. 214.

³⁷ BOLETÍN N° 5.95207, que en todo caso también incluía nuevamente una referencia al artículo 150 del Código Civil.

³⁸ Distinto es el caso de los hombres, respecto de quienes se vuelve a las reglas generales del Código Civil. Orrego menciona que, en caso que la posesión del bien regularizado se hubiera adquirido en virtud de un título oneroso tras el inicio de la sociedad conyugal, se estaría dejando en una posición más ventajosa a las mujeres que los hombres. Ello, atendida la actual redacción del artículo 37 del DECRETO LEY N° 2.695 de 1979, por

La Corte Suprema, en dos oportunidades, ha sido tajante en señalar que, bajo cualquiera de las redacciones asumidas, “el propósito del legislador, desde siempre, ha sido que en lo tocante al ejercicio de los derechos que confiere el D.L. N° 2.695 en favor de los poseedores materiales, la mujer casada en sociedad conyugal sea considerada plenamente capaz o, dicho de otro modo, sin las limitantes que suponía ese régimen matrimonial”³⁹. Asimismo, la propia Corte agregó que la modificación introducida al artículo 37

tuvo por objeto aclarar que si a la mujer casada debe mirársela como capaz para ejercer por sí sola los derechos del citado Decreto Ley, del mismo modo debe mirársela en relación a los otros derechos que emanan de ese ejercicio, entre los cuales naturalmente se encuentra el de dominio respecto del bien objeto de la regularización⁴⁰.

Más allá de las dificultades interpretativas a que pudiera dar lugar la actual redacción del artículo 37 del D.L. N° 2.695, su existencia ha permitido el desarrollo de interesantes políticas públicas relacionadas con la adquisición de propiedad sobre inmuebles por las mujeres. Al menos en tres oportunidades se ha promovido su utilización por parte de mujeres.

En una primera ocasión, el gobierno de Chile con la colaboración del Banco Mundial desarrolló un programa para el saneamiento de títulos de inmuebles rurales entre los años 1993 y 1997, apuntando a la regularización de los títulos de 43.500 bienes⁴¹. Durante el proceso de evaluación de los resultados de dicho proceso se dio cuenta de que uno de los criterios para beneficiarse del procedimiento de regularización era ser mujer jefa de hogar⁴². No obstante lo anterior, el 61% de los beneficiarios del programa fueron hombres⁴³. Adicionalmente, según la estadística formulada por Carmen Deere y Magdalena León, quienes revisaron las regularizaciones realizadas entre los años 1993 y 1996 en el sector rural⁴⁴, los inmuebles regularizados por los hombres tenían mayores dimensiones que los de las mujeres⁴⁵.

tanto, las mujeres podrían enajenarlos libremente, en cambio, los hombres, al ser un bien social, deberían contar con la autorización de la mujer según lo dispone el artículo 1749 del Código Civil: ORREGO ACUÑA (2015) p. 214. Si bien el efecto patrimonial que el autor señala es correcto, es irónico pensar que ello constituya una ventaja para las mujeres en comparación con las desventajas que impone la administración de la sociedad conyugal. La regla del artículo 37 del DECRETO LEY N° 2.695 de 1979 precisamente tiene por objetivo contrarrestar otras diferencias creadas por el propio ordenamiento jurídico.

³⁹ GANGAS SALAMANCA, LUZ I. CON GÓMEZ GANGAS, ABRAHAM N. Y OTRA (considerando 10). Una sentencia posterior de la Corte Suprema reitera estas mismas ideas: GALLEGO CORNEJO, HERMINIO CON REYES PINTO CELIA Y GALLEGO REYES, JUAN PABLO (considerando 4).

⁴⁰ GANGAS SALAMANCA, LUZ I. CON GÓMEZ GANGAS, ABRAHAM N. Y OTRA (considerando 11). La sentencia finalmente resolvió que la mujer podía ejercer una acción reivindicatoria por su cuota de dominio sobre un inmueble que su cónyuge había enajenado, no obstante ser regularizado en conjunto con él, pues habría ingresado en su proporción al patrimonio separado del marido, siendo capaz de actuar como separada de bienes del mismo.

⁴¹ MINISTERIO DE HACIENDA (1997) Formato A, p. 4. A la fecha del informe ya se había cumplido el 81% de la meta.

⁴² MINISTERIO DE HACIENDA (1997) Formato A, p. 5.1.

⁴³ MINISTERIO DE HACIENDA (1997) Formato A, p. 8.

⁴⁴ DEERE Y LEÓN (1999) pp. 59-60.

⁴⁵ Para los sitios, los metros cuadrados promedio de regularización correspondieron a 359 para el caso de las mujeres y 432 para el caso de los hombres. Para las parcelas, las hectáreas regularizadas correspondieron en

Resulta difícil determinar si dicho programa fue exitoso desde una perspectiva de género, pues aun cuando las regularizaciones realizadas por los hombres fueron superiores a las de las mujeres, probablemente la diferencia porcentual de regularizaciones realizadas por hombres y mujeres en épocas anteriores al programa mencionado pudo haber sido aún superior.

La segunda ocasión en que se puede apreciar una política pública que ha buscado incentivar la regularización de inmuebles en posesión de mujeres se observa en un programa desarrollado por el Ministerio de Bienes Nacionales, para los años 2011 a 2014, destinado a apoyar la regularización de inmuebles, al amparo de diversas normas que persiguen dicho objetivo, entre otras el D.L. N° 2.695⁴⁶. Considerando la incorporación al Ministerio de Bienes de un Programa de Mejoramiento de Gestión de género, así como el aumento del porcentaje de mujeres jefas de hogar, se incluyeron criterios de género en el desarrollo de dicho programa⁴⁷. Lo anterior se tradujo tanto en la realización de seguimientos a las mujeres que participaran en talleres informativos sobre la materia y en la consideración de los bienes regularizados como bienes de su patrimonio propio⁴⁸.

Finalmente, parece interesante mencionar que el Ministerio de Bienes Nacionales ha incluido en su página web un apartado sobre equidad de género, en que desarrolla una campaña para la adquisición de los bienes posibles de ser regularizados con enfoque de género, poniendo especial atención en las mujeres casadas en sociedad conyugal. Así, se menciona que

tal como lo ha puesto de relieve el Tribunal Constitucional-, el D.L. 2695/79 tiene como finalidad cumplir con el mandato constitucional de posibilitar y dar cumplimiento efectivo al derecho a acceder a la propiedad previsto en el artículo 19 N° 23 de nuestra Constitución Política, entendiendo que el Estado no solo tiene el deber de no obstaculizar el derecho a la propiedad, sino que además debe facilitarlo e incluso incentivarlo a través de distintos mecanismos, uno de los cuales es el procedimiento de la regularización de la pequeña propiedad raíz⁴⁹.

El origen de la referencia a la interpretación del Tribunal Constitucional se debería encontrar en una sentencia que declaró que los estatutos de regularización de la propiedad, como el D.L. N° 2.695, eran un reflejo del artículo 19 N° 23 de la Constitución Política de la República, promoviéndose así el acceso a la propiedad⁵⁰. Dicha interpretación com-

promedio a 272 para el caso de las mujeres y 411 para el caso de los hombres, DEERE & LEÓN (1999) p. 62, Cuadro 3.

⁴⁶ MINISTERIO DE BIENES NACIONALES (2015) pp. 4 y 98.

⁴⁷ MINISTERIO DE BIENES NACIONALES (2015) pp. 99-100.

⁴⁸ MINISTERIO DE BIENES NACIONALES (2015) p. 98.

⁴⁹ MINISTERIO DE BIENES NACIONALES (s.f).

⁵⁰ *REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DE ANITA DEL CARMEN GÁTICA FUENTES Y OLGA ROSA GÁTICA FUENTES, RESPECTO DE LOS ARTÍCULOS 15° Y 16° DEL DECRETO LEY 2.695, EN ROL 767 – 2006 DE LA CORTE DE APELACIONES DE CHILLÁN*, Rol N° 1298, de 3 de marzo de 2010. Conociendo de la constitucionalidad del DECRETO LEY N° 2.695 de 1979, en relación con las garantías reconocidas por la Constitución Política vigente, resolvió que cuando la “la vinculación entre el artículo 19 N° 23° y el 19 N° 24°, en algunas oportunidades, este proceso algo espontáneo no funciona o se distorsiona. En esos casos, el 19 N° 23° permite que con

plementaría la tradicional mirada atribuida al artículo 19 N° 23 de la Constitución, que generalmente se concibió como una regla referida a la posibilidad de alcanzar la propiedad de todos aquellos bienes cuya adquisición no estaba prohibida por la ley⁵¹. Uniendo la referida interpretación del Tribunal Constitucional a la normativa del D.L. N° 2.695, se aprecia la forma en que se ha promovido el acceso de las mujeres a esta herramienta de regularización. Atendida la falta de estadística general en la materia, nuevamente es difícil afirmar si ello ha influido en el acceso de más mujeres a la propiedad producto de reglas de regularización. Sin embargo, siguiendo con la tendencia ya mencionada en el párrafo anterior, el año 2018 fueron más mujeres que hombres quienes regularizaron bienes inmuebles al amparo del D.L. N° 2.695⁵².

Otro estatuto que tiene por finalidad el establecimiento de un procedimiento especial destinado al otorgamiento de títulos de dominio se encuentra en la Ley N° 16.741 de 1968 que “Establece normas para saneamiento de los títulos de dominio y urbanización de poblaciones en situación irregular”. Tal como da cuenta la Ley N° 16.741, los pobladores adquieren, tras seguir el procedimiento establecido en la misma ley, la posesión y el dominio de los bienes que resultan inscritos en el Conservador de Bienes Raíces (artículos 5 y 43 principalmente). En el artículo 71 de la Ley N° 16.741, se considera que “las adquisiciones que efectúe la mujer casada se presume de derecho realizadas dentro de su peculio profesional, aunque ello no se haya acreditado en la forma que exige el artículo 150° del Código Civil”.

En consecuencia, esta normativa, similar al antiguo artículo 37 del D.L. N° 2.695 y probamente su antecedente cercano, repara también en la situación de la mujer casada y las dificultades que debe sortear en la adquisición de bienes. Una sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia ha sido certera en atribuir a ambos estatutos similares efectos en lo que se refiere a las mujeres casadas bajo el régimen de sociedad conyugal⁵³.

2. REGLAS DE DERECHO PÚBLICO PARA REVERTIR LA SITUACIÓN DESIGUAL DE LA MUJER: SUBSIDIOS HABITACIONALES

Nuevamente bajo la lógica de corregir parcialmente aquellas diferencias impuestas por el propio sistema jurídico, diversas leyes relativas al otorgamiento de subsidios intentan contrapesar las dificultades que enfrentan las mujeres casadas bajo el régimen de sociedad

el fin de promover el acceso a la propiedad, y con ello lograr el mandato de bien común de obtener la mayor realización espiritual y material posible de las personas, el Estado diseñe mecanismos para convertir a las personas en propietarios” (considerando 42). Reconoce la misma sentencia que el DECRETO LEY N° 2.695 “tiene como cobertura constitucional el ‘derecho al derecho de propiedad’ que establece el artículo 19 N° 23° de la Constitución Política de la República. Esta disposición permite que el legislador pueda diseñar mecanismos que permitan difundir la propiedad, de modo que puedan acceder a ella los que no la poseen” (considerando 43). Debe en todo caso señalarse que este estatuto no considera un análisis de la capacidad patrimonial de las personas que regularizan, sino que atiende a su relación posesoria con los predios susceptibles de regularización.

⁵¹ EVANS DE LA CUADRA (2004) p. 171 y CEA EGAÑA (2012) p. 555.

⁵² MINISTERIO DE BIENES NACIONALES (s.f). Así por ejemplo, para la estadística disponible hasta noviembre de 2018, el número de casos de regularización ingresados al Conservador de Bienes Raíces para el caso de las personas naturales correspondió a 2.037 para las mujeres y 1.834 para los hombres.

⁵³ NAVARRO HUALA, GERMÁN CON JARAMILLO LEIVA, MARGARITA ALEJANDRA Y OTRA (considerando 3).

conyugal para la adquisición de inmuebles. En el caso de los subsidios habitacionales, al menos cuatro estatutos consideran reglas especiales relacionadas con las mujeres.

Por una parte, la Ley N° 16.392 de 1965, que “Fija normas locales sobre construcción, urbanizaciones y otorgamiento de títulos de dominio”, establece que

[l]a mujer casada que adquiera, hipoteque o grave en la Corporación de la Vivienda o en la Corporación de Servicios Habitacionales, en Asociaciones de Ahorro y Préstamos o Instituciones de Previsión, una vivienda, sitio o local, se presumirá de derecho separada de bienes para la celebración del contrato correspondiente, y regirán, respecto de ella, todos los derechos que se establecen en el artículo 150° del Código Civil para la mujer casada que ejerce un empleo, oficio, profesión o industria, separados de los de su marido⁵⁴.

Por su parte, el D.S. N° 355 de 1975, que “Aprueba el Reglamento Orgánico de los Servicios de Vivienda y Urbanización”, establece una regla similar a la transcrita⁵⁵.

La Ley N° 18.196 de 1982 estableció que no regirán “las autorizaciones del cónyuge o de la justicia ordinaria, exigidas por la legislación vigente, respecto de la constitución de hipotecas y prohibiciones para caucionar créditos complementarios para la adquisición de viviendas mediante el subsidio habitacional otorgado por el Estado⁵⁶. Agrega la misma disposición que la mujer casada beneficiaria del subsidio habitacional otorgado por el Estado “se presumirá separada de bienes para la celebración de los contratos de compraventa, mutuo e hipotecas relacionados exclusivamente con la adquisición de la vivienda para la cual se les haya otorgado dicho subsidio”. Esta norma se diferencia de las reglas referidas en el párrafo anterior en que se exige de la autorización del marido no solo respecto del contrato de compraventa financiado por el subsidio, sino que también para la celebración de otros contratos relacionados con la compraventa en cuestión. Lo anterior no es irrelevante si se considera que el subsidio es menor si el precio de la vivienda a ser adquirido es superior⁵⁷. El remanente del precio de la compraventa del inmueble no cubierto por el subsidio muy probablemente será pagado a través de la obtención de un mutuo con garantía hipotecaria, lo que implica la celebración de otros acuerdos por parte de la adquirente.

El último estatuto que se mencionará es el Decreto Supremo N° 1 de 2011 del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, que aprueba el “Reglamento del Sistema Integrado de Subsidio Habitacional”. En su artículo 29 establece una presunción de separación de bienes respecto de los subsidios otorgados a la mujer casada y se remite a las reglas de la

⁵⁴ Artículo 11.

⁵⁵ En su artículo 69 establece que “La mujer casada que adquiera del SERVIU una vivienda, sitio o local, o que los hipoteque o grave en favor del mismo, se presumirá de derecho separada de bienes para la celebración del contrato correspondiente y regirán, respecto de ella, todos los derechos que se establecen en el artículo 150° del Código Civil para la mujer casada que ejerce un empleo, oficio, profesión o industria separados de los de su marido”.

⁵⁶ Artículo 41, LEY N° 18.196 de 1982.

⁵⁷ MINISTERIO DE VIVIENDA Y URBANISMO (2019).

Ley N° 18.196 de 1982. Asimismo, establece que la presunción no opera cuando “la mujer beneficiaria del certificado de subsidio lo ceda a su cónyuge”.

Para conocer el sentido de las reglas citadas en los párrafos precedentes, resulta útil recordar que si ellas no existieran los bienes inmuebles adquiridos a título oneroso por una mujer casada bajo el régimen de sociedad conyugal ingresarían al haber social, según ordena el artículo 1725 N° 5, sin derecho a recompensa⁵⁸. Como consecuencia de lo anterior, ellos serían administrados por el marido de acuerdo con la regla general consagrada en el artículo 1749 del mismo Código. En cambio, gracias a los estatutos especiales ya referidos, se altera la regla general: la mujer se mira como separada de bienes, en algunos casos incluso presumiéndose de derecho dicha separación, respecto de los inmuebles adquiridos habiendo obtenido un subsidio.

Atendida la redacción disímil de las reglas descritas en el párrafo anterior resulta útil para el análisis distinguir tres momentos: la adquisición del bien inmueble; la administración del bien adquirido mediante subsidio mientras se encuentre vigente la sociedad conyugal, y su enajenación.

En relación con el primero de los momentos descritos, es claro que bajo la redacción de todos los estatutos mencionados con anterioridad la mujer se miraría como separada de bienes para celebrar el respectivo contrato de compraventa del inmueble financiado por un subsidio. En consecuencia, no requerirá de la autorización del cónyuge para la celebración de la compraventa financiada por el subsidio. Adicionalmente, tampoco se necesitará la autorización del marido respecto de los actos necesarios para la constitución de hipotecas y prohibiciones para caucionar los créditos complementarios a que se refiere la Ley N° 18.196 de 1982.

Para determinar las facultades de las mujeres casadas en sociedad conyugal respecto de la administración y enajenación de los inmuebles adquiridos con subsidio, es preciso referirse al haber al que entran dichos bienes. Como se mencionó, si no hubiera sido por estas reglas especiales, los inmuebles que las mujeres que hubieran obtenido a través de un subsidio del Estado habrían formado parte del haber absoluto de la sociedad conyugal. Cuando son adquiridos mediante subsidios, se deberá revisar la redacción de las normas que se refieren a su otorgamiento. Lamentablemente, ella no es uniforme para todos los estatutos mencionados.

Así, para la Ley N° 16.392 de 1965 y el D.S. N° 355 de 1975, además de considerar a la mujer como separada de bienes en el momento de la adquisición, agregan que rigen respecto de ella todos los derechos del artículo 150 del Código Civil.

Los tribunales, ante la presencia de algunos conflictos acerca del alcance de la remisión a las reglas del artículo 150 del Código Civil, han debido pronunciarse sobre el alcance de estas normas. Así, la Corte Suprema ha declarado en más de una oportunidad que las reglas de la Ley N° 16.392 de 1965 y el D.S. N° 355 de 1975

establecen un estatuto especial para la mujer casada que se encuentra en la situación que ellas contemplan, sobre la base del cual se presume de derecho, esto es, sin que

⁵⁸ Artículo 1725 N° 5, CÓDIGO CIVIL.

proceda prueba en contrario, que la adquirente, como es en este caso, de una vivienda del SERVIU –que es continuador legal de uno de los organismos mencionados en el artículo 11° de la Ley N° 16.392– se encuentra separada de bienes respecto de la vivienda que compre a dicho organismo, rigiendo a su respecto todos los derechos que se establecen en el artículo 150 del Código Civil⁵⁹.

La Corte Suprema agregó en uno de los casos que las reglas antes citadas

que consagran la presunción de separación de bienes de la mujer casada que ejecuta alguno de los actos que señalan, no son normas de mera capacidad, es decir, que hayan tenido por objeto únicamente otorgar ésta a la mujer casada para concurrir a los contratos de compraventa, mutuo o hipoteca por sí sola y sin la representación del marido, sino que tienen un carácter sustantivo que no puede desconocerse en cuanto a hacer aplicables, tal como se desprende de su propio tenor literal, todos los derechos que contempla el artículo 150 del Código Civil, es decir del instituto del patrimonio reservado⁶⁰.

En el caso de los inmuebles adquiridos de acuerdo con subsidios regidos por la Ley N° 18.196 de 1982, existen algunas sentencias que, refiriéndose al alcance de esta disposición, han señalado que los bienes adquiridos durante la vigencia de la sociedad conyugal ingresarían al haber social de acuerdo con la regla del artículo 1725 N° 5 del Código Civil. Así lo resolvió una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago⁶¹. Sin embargo, la Corte Suprema, conociendo del recurso de casación interpuesto en contra de dicha sentencia, se limitó a mencionar que dicha Corte podría “no compartir los razonamientos desarrollados en el fallo relativos a los efectos del artículo 41 de la Ley N° 18.196”, rechazando en todo caso el recurso en razón de la discusión sobre la naturaleza de la acción de nulidad interpuesta⁶².

En cambio, en otra sentencia, la Corte Suprema, realizando una lectura conjunta del artículo 150 del Código Civil y del artículo 41 de la Ley N° 18.196, estimó que para que la mujer pueda conservar los bienes adquiridos en su patrimonio reservado una vez

⁵⁹ LÓPEZ SEPÚLVEDA, WILLIAMS DE LA CRUZ CON LOZANO CÁCERES, RAQUEL JANETTI, conociendo de un recurso de casación en el fondo interpuesto contra la sentencia de apelación dictada en un juicio declarativo de dominio. Igual decisión se encuentra en otras dos sentencias de la Corte Suprema: ARAVENA CONCHA VÍCTOR CON CASTRO DÍAZ MARITZA, conociendo de una casación en el fondo interpuesta en un juicio declarativo de dominio, y OLATE GALLEGUILLOS EVELYN CON COMERCIAL E INMOBILIARIA CULMEN S.A., conociendo de un recurso de casación en el fondo en el marco de una tercería de dominio interpuesta por una mujer respecto del bien adquirido con subsidio.

⁶⁰ OLATE GALLEGUILLOS EVELYN CON COMERCIAL E INMOBILIARIA CULMEN S.A. (considerando 10).

⁶¹ GUTIÉRREZ REBOLLEDO, MARIO IGNACIO CON CHANDÍA CABRERA VÍCTOR, ROSAS SOBARZO, INÉS ABIGAÍL (2013), considerando 3º: “El bien raíz vendido era social en cuanto fue adquirido durante la vigencia de la sociedad conyugal y, según dispone el art. 1725 N° 5 del Código Civil, debe integrarse al haber social. La circunstancia de que el bien referido haya sido adquirido en conformidad al régimen dispuesto en el art. 41 de la LEY N° 18.196 de 1982 en nada altera esa conclusión, desde que la presunción de separación de bienes que esa norma dispone lo es solo para la adquisición de esa vivienda no para su disposición posterior”.

⁶² GUTIÉRREZ REBOLLEDO, MARIO IGNACIO CON CHANDÍA CABRERA VÍCTOR, ROSAS SOBARZO, INÉS ABIGAÍL (2014), considerando 9.

disuelta la sociedad conyugal, debe renunciar a los gananciales⁶³. Por último, una sentencia de primera instancia también consideró que tanto el artículo 150 del Código Civil como el artículo 41 de la Ley N° 18.196 permitían a la mujer administrar libremente los bienes adquiridos a su amparo, y además enajenar los inmuebles adquiridos, en tanto entraban a su patrimonio reservado tras la renuncia a los gananciales que había realizado la mujer en el caso concreto⁶⁴.

En consecuencia, si bien la formulación del artículo 41 de la Ley N° 18.196 es más restringida que los otros estatutos sobre subsidios habitacionales, cuando esas adquisiciones son realizadas al amparo del artículo 150 del Código Civil, también se podría mostrar, ahora en virtud de la institución del patrimonio reservado, los beneficios para las mujeres en cuanto a la administración y enajenación de los bienes adquiridos por subsidio.

Las decisiones judiciales referidas a los estatutos de otorgamiento de subsidios han sido comentadas por Hernán Corral, quien ha hecho presente dos críticas de interés⁶⁵. Primero, que tanto la Ley N° 16.392 de 1965 como el D.S. N° 355 de 1975 se refieren a los inmuebles adquiridos en la Corporación de la Vivienda o el SERVIU y no a los inmuebles adquiridos a un tercero con subsidios otorgados por dichas entidades. Segundo, que una reforma legal podría dar más claridad, sugiriendo como solución beneficiosa para la mujer la separación parcial especial considerara por el artículo 166 del Código Civil.

Es evidente que esta materia requiere una mejora en la medida que no se reformen las reglas de la sociedad conyugal. Ello es particularmente relevante si se considera que, de acuerdo con la estadística del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, la mayor parte de los subsidios habitacionales son otorgados a mujeres⁶⁶. Adicionalmente, es indudable la relevancia que puede producir este tipo de reglas, dado que la estadística disponible muestra que el porcentaje de mujeres propietarias es mayor en los deciles de menores ingresos⁶⁷. No parece osado decir que los subsidios han sido los principales causantes de lo anterior.

En suma, si se piensa que la vivienda familiar constituye para un importante número de personas el bien más importante de su patrimonio, no parece descabellado sostener que el régimen de sociedad conyugal resulta corregido, o al menos matizado, respecto de las mujeres casadas que adquieren sus viviendas mediante un subsidio del Estado. No obstante lo anterior, queda pendiente la implementación de programas de subsidios habitacionales específicos para las mujeres. Si se observa el “Informe Desarrollo Social” del Ministerio de Desarrollo Social y Familia del año 2019 se constata, lamentablemente, que los programas

⁶³ VERA VIVANCO HÉCTOR RENÉ CON VERGARA FERNÁNDEZ LILLIANA ELIZABETH (considerandos 14 a 17).

⁶⁴ PÉREZ CON CONSERVADOR DE BIENES RAÍCES DE OSORNO (considerando 5).

⁶⁵ CORRAL TALCIANI (2017).

⁶⁶ De acuerdo con el Ministerio de Vivienda y Urbanismo “En el período 2011-2018 el 72% de quienes recibieron soluciones habitacionales con apoyo del Minvu, fueron mujeres (equivalente a 1.796.824 personas), mientras que los hombres solo 28% (705.250 individuos)”. MINISTERIO DE VIVIENDA Y URBANISMO (sitio web).

⁶⁷ En el caso del primer quintil, correspondiente al de menores ingresos, la diferencia porcentual entre los hombres y mujeres en relación con la propiedad de la vivienda es de un 5,2%. Dicha diferencia porcentual aumenta a un 32% en quintil de mayores ingresos. Así, en los grupos de menores ingresos un 47,4% de las mujeres son dueñas de los inmuebles donde reside el grupo familiar en comparación con el 34% de los hogares de mayores ingresos. MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL Y FAMILIA (2018) p. 9.

sociales vinculados a la vivienda no consideran programas prioritarios para las mujeres con jefatura de hogar⁶⁸.

IV. REFLEXIONES FINALES

En la actualidad no es posible seguir analizando de forma completa las normas sobre propiedad sin tener presente el impacto que ellas producen en las mujeres. En el caso de Chile, se han incorporado diversos cambios legislativos para igualar la situación de las mujeres a la de los hombres, tanto en términos generales como en temas específicos relacionados con la propiedad. Sin embargo, aún se sigue constatando la existencia de reglas que establecen profundas desventajas en perjuicio de las mujeres. El propio sistema jurídico se transforma así en una relevante fuente de desigualdad en lo relativo a la adquisición de la propiedad.

El caso más evidente se plantea en la actualidad en materia de sociedad conyugal. El legislador, para contrapesar las lamentables desigualdades que el sistema jurídico impone a las mujeres, ha establecido algunas reglas que resultan de gran interés. Los ejemplos descritos en este trabajo son una muestra de ello. Se aprecia así la forma en que el derecho, establece reglas que reparan parcialmente las diferencias impuestas por el matrimonio, modificando el destino y administración de los bienes adquiridos por mujeres casadas en sociedad conyugal por medio de procedimientos de regularización de la pequeña propiedad raíz o la obtención de subsidios habitacionales.

Los casos analizados muestran con claridad el poder que el derecho, tanto en el ámbito del derecho público como privado, puede tener en el aumento del número de mujeres que pueden ser propietarias de un inmueble. Así, estos casos se transforman en verdaderas fuentes de inspiración si se piensa en posibles reformas venideras. Las imágenes que aporta la estadística asientan con claridad que las causas de la desigualdad existente en perjuicio de las mujeres exceden el ámbito jurídico. En consecuencia, aun cuando el legislador finalmente enmiende las reglas referidas a la sociedad conyugal, existe un vasto campo de acción para incorporar reglas que utilicen mecanismos similares a aquellos expuestos en este trabajo para modular, y mejorar, la adquisición de bienes en propiedad por parte de las mujeres.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AGARWAL, Bina (2003): “Gender and land rights revisited: exploring new perspectives via the State, family and market”, *Journal of Agrarian Change* 3, N° 1 y 2: pp. 184-224.
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (1940): *Tratado práctico de la capacidad de la mujer casada, de la mujer divorciada perpetuamente y de la mujer separada de bienes* (Santiago, Imprenta Universitaria).
- BELLO LÓPEZ, Andrés (1885): *Obras completas de don Andrés Bello. Opúsculos jurídicos*, Tomo IX (Santiago, Impreso por Pedro G. Ramírez).

⁶⁸ “Análisis de la oferta de programas social en relación con la presencia de carencias de la dimensión de vivienda y entorno en la población”. MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL Y FAMILIA (2019) p. 123.

- BRANDAU GALINDO, Matilde (1898): *Los derechos civiles de la mujer*. Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en la Facultad de Leyes y Ciencias Políticas de la Universidad de Chile.
- CAFFARENA DE JILES, Elena (1944): *Capacidad de la mujer casada con relación a sus bienes* (Santiago, Imprenta Universitaria).
- CARR, Helen y WONG, Simone (2016): “Feminist approaches to property law research” en BRIGHT, Susan y BLANDY, Sarah (edits.), *Researching Property Law* (London, Plagrove) pp. 164-179.
- CEA EGAÑA, José Luis (2012): *Derecho constitucional chileno*, Tomo II (Santiago, Ediciones UC, segunda edición).
- CLARO SOLAR, Luis (2013): *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado. De las personas*, Volumen I (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- CONAGHAN, Joanne (2013). *Law and gender* (Nueva York, Oxford University Press).
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2017): “Contratos sobre inmueble adquirido con subsidio habitacional por mujer casada en sociedad conyugal”. *El Mercurio Legal*, 3 de marzo de 2017.
- COURT MURASSO, Eduardo (2007): *Obligaciones y contratos de la mujer casada en sociedad conyugal* (Santiago, AbeledoPerrot LegalPublishing, segunda edición).
- DEERE, Carmen Diana y LEÓN, Magdalena (1999): *Género y derechos de las mujeres a la tierra en Chile* (Santiago, Centro de Estudios para el Desarrollo de la Mujer).
- ECHEVERRÍA MONTES, Guillermo (1892): “Derechos civiles de la mujer. Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en la Facultad de Leyes y Ciencias Políticas de la Universidad de Chile”, *Anales de la Universidad de Chile*, tomo 82, serie 1, pp. 1127-1137.
- EVANS DE LA CUADRA, Enrique (2004): *Los derechos constitucionales*, Tomo III (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, tercera edición).
- GATICA RODRÍGUEZ, María Paz (2011): “El destino de la sociedad conyugal”, *Anuario de Derechos Humanos*, pp. 169-178.
- JARAMILLO SIERRA, Isabel Cristina (2000): “La crítica feminista al derecho”, en WEST, Robin, *Género y teoría del derecho* (Bogotá, Siglo del Hombre Editores) pp. 25-59.
- LEÓN MEDINA, Pedro (1898): *Cuestión jurídica: a la mujer casada y separada de bienes ¿le basta el permiso del marido para enajenar o hipotecar sus bienes raíces?* Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en la Facultad de Leyes y Ciencias Políticas de la Universidad de Chile.
- MATTE GORMAZ, Jorge (1897): *Condición legal de la mujer y estudio de las disposiciones del Código Civil que le niegan los derechos de patria potestad*. Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en la Facultad de Leyes y Ciencias Políticas de la Universidad de Chile.
- ORREGO ACUÑA, Juan Andrés (2015): “¿A qué haber ingresa el inmueble que uno de los cónyuges adquiere por prescripción vigente la sociedad conyugal?”, en VIDAL O., Álvaro, SEVERÍN F., Gonzalo & MEJÍAS A., Claudia, (edits.), *Estudios de Derecho Civil X* (Santiago, Thomson Reuters) pp. 207-214.
- PÉREZ COFRÉ, Samuel y ROZAS SCHUFFENEGGER, Sandra (2011-2012): “Las primeras abogadas de Concepción”, *Debates Jurídicos y Sociales* 4, N° 4: pp. 159-168.

- RENGIFO S., Francisca (2011): “La igualdad de la mujer”, en BRANDAU G., Matilde, *Los derechos civiles de la mujer* (Santiago, Biblioteca Fundamentos de la Construcción de Chile, tomo LX) pp. ix-xxxviii.
- RODRÍGUEZ MAC-IVER, Enrique (1898): De la incapacidad de la mujer para el ejercicio de la patria potestad según nuestro Código Civil. Memoria Facultad de Leyes y Ciencias Políticas de la Universidad de Chile.
- ROSE, Carol (1992): “Women and property: gaining and losing ground”, *Virginia Law Review*, vol. 78, N° 2: pp. 421-459.
- SALAH ABUSLEME, María Agnes (2010): “El D.L. N° 2.695, naturaleza jurídica y funciones”, en DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO DE LA UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN (coord.), *Estudios de Derecho Civil V. Jornadas Nacionales de Derecho Civil Concepción 2009* (Santiago, Editorial LegalPublishing) pp. 257-272.
- SALAH ABUSLEME, María Agnes (2021): “Mujeres y propiedad en Chile: las secuelas de la invisibilidad”, en MORALES CERDA, Natalia y CÁRDENAS VILLARREAL, Hugo, *Feminismo, género y derecho privado* (Valencia, Tirant Lo Blanch) pp. 193-208.
- TAPIA M., Fernando (1898): *Capacidad jurídica de la mujer casada*, Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en la Facultad de Leyes y Ciencias Políticas de la Universidad de Chile.
- VALDÉS RIESCO, Alejandro (1922): *La mujer ante las leyes chilenas. Injusticias. Reformas que se imponen* (Santiago, Imp. y Lit. La Ilustración).
- ZEGERS SAMANIEGO, Julio (1917). “Los derechos civiles de la mujer en la legislación chilena”, *Revista Chilena*, Tomo II: pp. 449-456.

DOCUMENTOS OFICIALES

- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE (2018): “Historia de la Ley N° 19.455, Modifica el DL N° 2695, de 1979, que fija normas para regularizar la posesión de la pequeña propiedad raíz”. Disponible en: <https://www.bcn.cl/historiadelailey/nc/historia-de-la-ley/6968/>. Fecha de consulta: 24/1/2022.
- BOLETÍN N° 1.70718 (4/10/1995), “Modifica el Código Civil y leyes complementarias en materia de sociedad conyugal o comunidad de gananciales otorgando a la mujer y el marido iguales derechos y obligaciones”. Disponible en: <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=1107&prmBOLETIN=1707-18>. Fecha de consulta: 24/1/2022.
- BOLETÍN N° 5.95207 03/7/2008), “Incluye en escritura norma legal que precisa que propiedad es de la mujer”. Disponible en: <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=6336&prmBOLETIN=5952-07>. Fecha de consulta: 24/1/2022.
- BOLETÍN N° 5.97018 (10/7/2008), “Introduce modificaciones a diversas disposiciones al Código Civil, consagrando el derecho de la mujer casada bajo el régimen de sociedad conyugal, de administrar los bienes propios que adquiera a título de herencia, legado o donación”. Disponible en: <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=6354&prmBOLETIN=5970-18>. Fecha de consulta: 24/1/2022.

- BOLETÍN N° 7.567-07 (5/4/2011), “Modifica Código Civil y otras leyes, regulando el régimen patrimonial de sociedad conyugal”. Disponible en: <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=7957&prmBOLETIN=7567-07>. Fecha de consulta: 24/1/2022.
- BOLETÍN N° 7.727-18 (15/6/2011), “Modifica Código Civil y otras leyes, en el régimen de sociedad conyugal”. Disponible en: <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=8124&prmBOLETIN=7727-18>. Fecha de consulta: 24/1/2022.
- BOLETÍN N° 10.421-18 (25/11/2015), “Modifica el Código Civil para establecer la administración conjunta de la sociedad conyugal, o exclusiva del marido o de la mujer”. Disponible en: <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=10842&prmBOLETIN=10421-18>. Fecha de consulta: 24/1/2022.
- BOLETÍN N° 10.794-07 (12/7/2016), “Reemplaza el inciso final del artículo 1.225 del Código Civil en materia de aceptación o repudio de una asignación en favor de la mujer casada en régimen de sociedad conyugal”. Disponible en: <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=11238&prmBOLETIN=10794-07>. Fecha de consulta: 24/1/2022.
- BOLETÍN N° 11.313-18 (6/7/2017), “Modifica el Código Civil, en materia de administración de los bienes propios de la mujer casada bajo el régimen de sociedad conyugal”. Disponible en: <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=11830&prmBOLETIN=11313-18>. Fecha de consulta: 24/1/2022.
- BOLETÍN N° 12.468-18 (13/3/2019), “Proyecto de ley en moción del Honorable Senador señor Letelier, que facilita a la mujer casada la enajenación de sus bienes adquiridos por sucesión por causa de muerte”. Disponible en: <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=12998&prmBOLETIN=12468-18>. Fecha de consulta: 24/1/2022.
- MINISTERIO DE BIENES NACIONALES (2015): “Informe final de evaluación. Programa de regularización de títulos de dominio”. Disponible en: https://www.dipres.gob.cl/597/articulos-141244_informe_final.pdf. Fecha de consulta: 24/1/2022.
- MINISTERIO DE BIENES NACIONALES (s.f): *Equidad de género*. Disponible en: http://www.bienesnacionales.cl/?page_id=34027. Fecha de consulta: 11/11/2019.
- MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL Y FAMILIA (2018): “Casen 2017. Síntesis de resultados. Vivienda y entorno”. Disponible en: http://observatorio.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/storage/docs/casen/2017/Resultados_vivienda_casen_2017.pdf. Fecha de consulta: 24/1/2022.
- MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL Y FAMILIA (2019): “Informe Desarrollo Social”. Disponible en: https://www.desarrollosocialyfamilia.gob.cl/storage/docs/Informe_de_Desarrollo_Social_2019.pdf. Fecha de consulta: 24/1/2022.
- MINISTERIO DE HACIENDA (1997): “Informe final de evaluación. Programa de saneamiento de títulos, Banco Mundial. Ministerio de Bienes Nacionales”. Disponible en: https://www.dipres.gob.cl/597/articulos-140911_informe_final.pdf. Fecha de consulta: 24/1/2022.

MINISTERIO DE VIVIENDA Y URBANISMO (sitio web), *Estudio Minvu Revela que 72% de los Beneficiarios de Subsidios son Mujeres*. Disponible en: <https://www.minvu.cl/noticial/agenda-ministerial/estudio-minvu-revela-que-72-de-los-beneficiarios-de-subsidios-son-mujeres/>. Fecha de consulta: 25/01/2022.

SERVICIO DE REGISTRO CIVIL E IDENTIFICACIÓN (2016): “Primer Boletín de Información Semestral 2016. Servicio de Registro Civil e Identificación Ministerio de Justicia y Derechos Humanos”. Disponible en: http://www.registrocivil.cl/PortalOI/PDF/Boletin_Semestral_SRCeI_2016_Datos.pdf. Fecha de consulta: 24/01/2022.

NORMAS E INSTRUMENTOS CITADOS

DECRETO CON FUERZA DE LEY N° 5 del Ministerio de Agricultura (17/01/1968), “Modifica, complementa y fija texto refundido del D.F.L. R.R.A. N° 19, comunidades agrícolas”.

DECRETO LEY N° 328 (16/03/1925), “Modifica las disposiciones vigentes sobre la capacidad legal de la mujer”.

DECRETO LEY N° 2.695 (21/7/1979), “Fija normas para regularizar la posesión de la pequeña propiedad raíz y para la constitución del dominio sobre ella”.

DECRETO N° 100 (22/9/2005), “Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile”.

DECRETO N° 326 DEL MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES (27/5/1989), promulga el “Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, adoptado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 19 de diciembre de 1966, suscrito por Chile el 16 de septiembre de 1969”.

DECRETO N° 789 DEL MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES (9/12/1989), promulga la “Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer”, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979.

DECRETO N° 873 DEL MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES (5/1/1991), aprueba Convención americana sobre derechos humanos, denominada “Pacto de San José de Costa Rica”.

DECRETO SUPREMO N° 1 DE 2011 DEL MINISTERIO DE VIVIENDA Y URBANISMO (6/6/2011), aprueba “Reglamento del sistema integrado de subsidio habitacional”.

DECRETO SUPREMO N° 355 (4/2/1975), aprueba el “Reglamento orgánico de los servicios de vivienda y urbanización”.

LEY N° 2.087 (17/2/1908), sin título.

LEY N° 5.521 (19/12/1934), “Iguala a la mujer chilena ante el derecho”.

LEY N° 7.612 (21/10/1943), “Introduce diversas modificaciones al Código Civil”.

LEY N° 10.271 (2/4/1952), “Introduce diversas modificaciones en el Código Civil”.

LEY N° 16.392 (16/12/1965), “Fija normas locales sobre construcción, urbanizaciones y otorgamiento de títulos de dominio”.

LEY N° 16.741 (8/4/1968), “Establece normas para saneamiento de los títulos de dominio y urbanización de poblaciones en situación irregular”.

LEY N° 18.196 (29/12/1982), “Normas complementarias de administración financiera, personal y de incidencia presupuestaria”.

LEY N° 18.802 (9/6/1989), “Modifica el Código Civil, el Código de Comercio y la Ley N° 16.618”.

LEY N° 19.335 (23/9/1994), “Establece régimen de participación en los gananciales, y modifica al Código Civil, la Ley de Matrimonio Civil, el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y otros cuerpos legales que indica”.

LEY N° 19.455 (25/5/1996), “Introduce modificaciones al Decreto Ley N° 2.695, de 1979, que fija normas para regularizar la posesión de la pequeña propiedad raíz”.

LEY N° 20.830 (21/4/2015), “Crea el acuerdo de unión civil”.

NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL: “Declaración universal de los derechos humanos, Asamblea General de las Naciones Unidas”, A/RES/217(III) (10/12/1948).

JURISPRUDENCIA CITADA

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

SONIA ARCE ESPARZA V. CHILE, ACUERDO DE SOLUCIÓN AMISTOSA ANTE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: Caso N° 12.433 (30/01/2001).

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DE ANITA DEL CARMEN GATICA FUENTES Y OLGA ROSA GATICA FUENTES, RESPECTO DE LOS ARTÍCULOS 15° Y 16° DEL DECRETO LEY 2.695, EN ROL 767 – 2006 DE LA CORTE DE APELACIONES DE CHILLÁN: Tribunal Constitucional chileno, Rol N° 1298, de tres de marzo de 2010.

TRIBUNALES DE JUSTICIA

GANGAS SALAMANCA, LUZ I. CON GÓMEZ GANGAS, ABRAHAM N. Y OTRA (2007): Corte Suprema, 11 de enero de 2007, Rol N° 4491-2004 (casación en la forma y en el fondo) Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales, N° 1, junio 2007, pp. 34-39.

PÉREZ CON CONSERVADOR DE BIENES RAÍCES DE OSORNO (2011): 2° Juzgado de letras de Osorno, 30 de mayo de 2011, Rol V-15-2011.

GUTIÉRREZ REBOLLEDO, MARIO IGNACIO CON CHANDÍA CABRERA VÍCTOR, ROSAS SOBARZO, INÉS ABIGAÍL (2013): Corte de Apelaciones de Santiago, 15 de noviembre de 2013, Rol N° 9450-2011 (nulidad absoluta del contrato de compraventa celebrado entre ellos y reivindicación).

GUTIÉRREZ REBOLLEDO, MARIO IGNACIO CON CHANDÍA CABRERA VÍCTOR, ROSAS SOBARZO, INÉS ABIGAÍL (2014): Corte Suprema, 9 de diciembre de 2014, Rol N° 179-2014 (casación en el fondo).

LÓPEZ SEPÚLVEDA, WILLIAMS DE LA CRUZ CON LOZANO CÁCERES, RAQUEL JANETT (2014): Corte Suprema, 30 de junio de 2014, Rol N° 5.571-2013 (casación en el fondo).

NAVARRO HUALA, GERMÁN CON JARAMILLO LEIVA, MARGARITA ALEJANDRA Y OTRA (2015): Corte de Apelaciones de Valdivia, 15 de septiembre de 2015, Rol N° 448-2005 (recurso de apelación).

ARAVENA CONCHA VÍCTOR CON CASTRO DÍAZ MARITZA (2015): Corte Suprema de 13 de julio de 2015, Rol N° 30.911-2014 (casación en el fondo).

OLATE GALLEGUILLOS EVELYN CON COMERCIAL E INMOBILIARIA CULMEN S.A. (2017): Corte Suprema, 24 de enero de 2017, Rol N° 76.253-2016 (casación en el fondo).

VERA VIVANCO HÉCTOR RENÉ CON VERGARA FERNÁNDEZ LILIANA ELIZABETH (2017): Corte Suprema, 20 de marzo de 2017, Rol N° 52.950-2016 (casación en el fondo).

GALLEGO CORNEJO, HERMINIO CON REYES PINTO CELIA Y GALLEGOS REYES, JUAN PABLO (2018): Corte Suprema, 11 de octubre de 2018, Rol N° 12.699-2018 (casación en el fondo).

BUSSANI, Mauro (2018): *El Derecho de Occidente. Geopolítica de las reglas globales* (Traducción María Elena Sánchez Jordán, Madrid, Marcial Pons) 286 pp.

La traducción al castellano del libro del profesor Mauro Bussani es particularmente bienvenida, porque tal como se anuncia en el prefacio, esta vez no ha escrito un libro *de* derecho, sino que un libro *sobre* el derecho, en especial cómo se elabora y se “exporta” a nivel global desde Occidente.

Desde el principio, el lector puede darse cuenta de que el libro que tiene en sus manos (o en su pantalla) no sigue la estructura tradicional de un texto jurídico. Apoyándose hábilmente en fenómenos políticos, económicos, e históricos, permite al lector adentrarse en complejos temas de derecho comparado, nacional, transnacional e internacional. El libro también funciona en un segundo nivel puramente académico, en las notas a pie de página. Cualquier lector interesado en profundizar los temas mencionados encontrará ahí una rica cantera desde donde extraer numerosas referencias.

En su primera parte, el autor nos recuerda una idea profundamente arraigada en nuestra cultura popular: que los juristas mienten. Lejos de negar esa afirmación, Bussani entrega elementos para justificarla, explicando que los operadores jurídicos pretenden “encontrar” el Derecho, cuando en realidad lo elaboran. Si bien existen importantes diferencias en la manera en que éste se elabora en los sistemas de Derecho Civil o de *Common Law*, los segundos son más transparentes que los primeros en asumir sus perspectivas políticas y culturales, y la concepción de justicia que condiciona dicha “búsqueda”. Pero estas preferencias no son estáticas y dependen de la cultura en que se hace el análisis. Ello no ocurre de la misma manera en Oriente que en Occidente.

En contraste, cuando las teorías de justicia se expresan se hacen generalmente en discursos atemporales y generales. Esta es una primera consideración para tener en cuenta cuando se trata de “exportar” o “importar” derecho, lo que sucede (al menos hasta ahora) fundamentalmente desde ciertos países de Occidente hacia el resto del mundo (p. 55).

Sin ambages, Bussani nos dice que resulta “tonto” pensar que el Derecho pueda funcionar en todos lados como en su lugar de origen. La estructura del Derecho, como un fenómeno no solamente jurídico, sino también social y cultural juega en contra de esa idea. No todas las sociedades responden a la pregunta de qué es el Derecho de la misma manera, o con la misma distancia de concepciones religiosas. Por ejemplo, en las sociedades islámicas la religión ocupa un lugar en la cultura jurídica, muy distinto a la pretendida exclusión que se hace de la misma en Occidente.

El Derecho tiene diversas capas, siendo solo una de ellas el “derecho oficial”. Otra capa está regida por normas e instrumentos extraños a ese derecho, enraizadas en las tradiciones locales. Aunque no todas las diferencias jurídicas deben ser celebradas, ello explica por ejemplo, las dificultades que ha enfrentado en algunos países africanos la codificación de Derecho Privado, la utilización del suelo como garantía inmobiliaria, o la prohibición de la poligamia.

En la segunda parte, Bussani expone que las normas circulan o se imponen por factores como el prestigio o la colonización (y aquí uno podría distinguir entre la colonización histórica y la mental). Sin embargo, su eficacia cambia en función del sector del derecho de

que se trata y del área geográfica donde se aplica. La exportación o imposición de un modelo en otras latitudes no tendrá los mismos efectos si el sustrato cultural en que se importa o trasplanta es sustancialmente diferente. Asimismo, la reducción del número de modelos en circulación restringe futuros desarrollos o adaptaciones, e impide extraer los frutos de la competencia natural entre ellos.

El primer ejemplo que se nos ofrece en esta materia, es la exportación de la noción de *rule of law*. Este modelo, en el que el poder decisorio sobre los conflictos que surgen en una sociedad se atribuye principalmente a un jurista laico (p. 69), se ha exportado despojado de su contexto histórico como una noción vaga y esponjosa. El libro dedica varias páginas a la forma como Estados Unidos lo ha transformado en una manifestación más de su poderío, exportando no solo la idea de *rule of law*, sino también sus elementos relacionados: el uso del *common law* como paradigma de la práctica internacional de los negocios, la educación jurídica en inglés y el derecho constitucional como un arma estratégica de la política exterior.

Bussani lamenta que ante el implacable avance e influencia del estilo del *common law* como vehículo de democracia, de justicia universal, o de prosperidad, se reduzca a los sistemas de derecho civil europeo al papel de “*rule-takers*” (p. 86), quedando su influencia virtualmente limitada sobre infraestructuras jurídicas que tienen como base experiencias coloniales.

Creo que no hay que minimizar la capacidad de adaptación que puede tener el *rule-taker* respecto de las normas que acepta, o se le imponen. La historia del llamado Derecho Indiano en Latinoamérica, puede servir de un buen ejemplo de esa flexibilidad. Bajo la figura de la suplicación de la ley podía suspenderse la aplicación de las normas emanadas del rey, así como de las autoridades locales, si, por ejemplo, se habían dictado sin la completa información (“La Ley se obedece, pero no se cumple”).

El segundo ejemplo de creación de normas globales se enfoca en el derecho financiero y el derecho transnacional de los negocios, donde sus reglas y mecanismos de resolución de conflictos son frecuentemente el resultado de tradiciones e instrumentos autoelaborados, incluyendo organismos de naturaleza privada o híbrida. En ambos casos se carece de mecanismos jerárquicos de control y de sanción que estén colocados por sobre esos actores (p. 120).

En el ámbito financiero, la exportación del modelo de derecho de los Estados Unidos incluye la exportación de la desregulación, confiando en la capacidad de autorregulación del mercado. Ello no equivale a ausencia de derecho, el que proviene de las reglas que esa misma comunidad ha construido para su operación.

En el ámbito de los negocios, el autor toma como ejemplo el derecho de la Organización Mundial de Comercio (OMC) en materia de *dumping* social y contratación pública, como ejemplo de órdenes globales forjando decisiones de actores estatales bajo un perfil económico. Bussani agrega que en materia de *enforcement* del derecho ante los órganos cuasi-jurisdiccionales de la OMC, el Estado más débil carece, por lo general, de medios para reaccionar al incumplimiento de los sujetos económica (y políticamente) más fuertes (p. 134).

Compartiendo las aprehensiones del autor, creo que hay otros ejemplos más representativos, y que las consideraciones sobre la solución de diferencias requieren de contextualización. Una revisión de los estándares del *Codex Alimentarius* permite observar una politización en materia de estándares alimentarios, en gran medida en manos de países de-

sarrollados. Cualquier otro Estado que desee establecer un nivel de protección más elevado, debe justificarlo científicamente. Con respecto a la posibilidad de adoptar medidas de represalia, la práctica tiene diferencias con la teoría. Los Estados cumplen mayoritariamente con las decisiones adoptadas por el órgano de solución de diferencias de la OMC, independiente de su nivel de desarrollo.

La constatación de que *otro* creó las reglas es un dato importante, pero no necesariamente un signo de fatalidad o predestinación. Un ejemplo puede también encontrarse en la OMC, y es el caso de China. Desde su accesoión hace casi 20 años, ese país ha sabido indudablemente utilizar las reglas del comercio internacional de una manera beneficiosa, lo que ha generado críticas de países como Estados Unidos.

Al final de la segunda parte, Bussani se concentra en la jurisdicción penal internacional, tanto en tribunales *ad hoc* creados luego de genocidios (Núremberg, Yugoslavia, Ruanda) y de la Corte Penal Internacional, como otro ejemplo de exportación de normas a nivel global. En su opinión, hasta ahora la operación del derecho penal internacional se ha revelado ineficaz. El autor se pregunta cuál es la utilidad de tribunales que han juzgado tan poco y fundamentalmente a víctimas de un solo lado del conflicto, aparte de tranquilizar las conciencias occidentales (pp. 150-154). Criticando el uso de procedimientos ajenos a las partes en conflicto, el libro manifiesta una preferencia por una alternativa que no se imponga desde arriba y que incluya reglas locales o adaptadas a la tradición jurídica del lugar donde los tribunales actúan, como la Corte Especial para Sierra Leona, o los tribunales *Gacaca* en Ruanda.

En la tercera parte, el autor se enfoca en el espinudo tema de los derechos humanos y el afán de Occidente de exportar este concepto a lo largo del Globo. Bussani no duda en calificarlos como “derechos sobre el papel” (p. 170), al carecer largamente de un *enforcement* adecuado, con las notables excepciones del sistema europeo de derechos humanos y, en menor medida, del sistema americano y del sistema africano. A su juicio, una de las razones principales de que ello suceda es la naturaleza de su titular: Un sujeto independiente, libre y propietario, es una particularidad occidental, no siempre replicable en otras latitudes. Las identidades individuales están entremezcladas con afiliaciones sobre las cuales tenemos limitado albedrío (familiares, religiosas, lingüísticas, nacionales o transnacionales), así como las elecciones profesionales y económicas que cada uno efectúa (cuando ello es posible). Ello puede generar fricciones con el derecho oficial, o condicionar su cumplimiento. El contenido preciso del sistema de la *shari'a* en la cultura islámica es un ejemplo de esa tensión (pp. 184-186).

Bussani analiza con detalle los efectos perniciosos de la contumaz falta de *enforcement* en los derechos humanos, como permitir interpretaciones aberrantes de la prohibición de la tortura en Estados Unidos, en particular si se ejercen al margen de control jurisdiccional (pp. 189-193), la diferente valoración de la mutilación o la circuncisión genital femenina y masculina (pp. 197-201), y la asimilación forzada de pueblos indígenas (pp. 202-204) –que recientemente ha vuelto a ponerse en primera plana, luego de los macabros descubrimientos de tumbas de menores indígenas en Canadá–. Sin duda, la retórica de los derechos humanos presenta un hiato muy amplio entre sus argumentos y la realidad (p. 197).

El autor no vislumbra soluciones fáciles a este clivaje. La opción globalista propaga una noción universal de derechos humanos, escondiendo su naturaleza y técnica de matriz

occidental, sobrevalorando su capacidad de imponerse en otros ordenamientos. La opción “localista” predica un tratamiento diferenciado de otras culturas en el terreno jurídico, obviando su dinamismo a lo largo del tiempo. Otra opción es asumir estos derechos como retórica o derechos programáticos, que no tienen la misma categoría de otros derechos. Bussani –inspirado en Cassese– se inclina por una cuarta opción, e invita a concentrarse en un núcleo restringido de derechos “esenciales”, que constituyen los valores fundamentales de la dignidad humana, que puedan convertirse en autónoma y materialmente reivindicables (pp. 209-222). A su juicio, ellos incluyen promover reglas de igualdad, acceso y mantenimiento de ciertos recursos básicos (agua, educación, energía), el acceso al crédito y la protección de los contratos (pp. 250-256).

La cuarta parte, se enfoca en la democracia como objeto de trasplante jurídico. El autor nos recuerda que el derecho como artefacto independiente de la religión y la política es una invención puramente occidental, luego de un largo proceso (el que tampoco está garantizado y puede verse afectado por comunitarismos identitarios y religiosos). ¿Cómo, entonces, puede pretenderse una democracia donde no existe esa separación, ni esa técnica jurídica laica?

El autor asume como natural que en Occidente, hoy la democracia sea considerada un bien en sí misma (o el mal menor entre las formas de gobierno) y que el etnocentrismo expansionista haga inevitable que nuestra sociedad se convierta en promotor de esa visión del mundo. Bussani presenta algunas consideraciones para tener en cuenta para evitar el rechazo de este trasplante, como evitar el *copy/paste* de reglas e instituciones sin considerar sus “costos de mantenimiento” que pueden resultar muy elevados para los receptores (por falta de preparación, de recursos, o de tutela efectiva de ciertos derechos), como las consecuencias de la “primavera árabe” dejaron en evidencia (p. 244).

El autor evita una conclusión formal, pero en su sección final propone la creación de un tribunal global para valorar el nivel de cumplimiento de compromisos internacionales adoptados por Estados. Dicha Corte, creada idealmente en el seno de Naciones Unidas, con secciones especializadas por temas y regiones, participación mixta (gobiernos, agencias, ONGs), podría imponer condenas resarcitorias en dinero o especie (pp. 247-248). La idea parece loable, pero es inevitable preguntarse por su viabilidad. Los escasos tribunales internacionales que hoy existen tienen una competencia bastante más limitada que la que aquí se pretende. Pero aun si existiera la voluntad, su implementación sería compleja. ¿Cómo se elegirían sus jueces? ¿Cómo se financiaría? ¿Qué derecho se aplicaría? ¿Quién tendría legitimación activa? ¿Cómo evitar que surjan los mismos problemas que el autor describe en el sistema de solución de controversias de la OMC? ¿Cómo se relacionaría con los demás tribunales existentes? (partiendo por la Corte Internacional de Justicia).

Mauro Bussani ha escrito un libro desafiante y altamente recomendable, sobre el Derecho de Occidente y su ideario expansionista, pero que a la vez deja muchas preguntas abiertas (probablemente de manera intencional). Es un texto a la vez simple y complejo, que a mi juicio funciona mejor en la deconstrucción crítica que en algunos de sus pasajes propositivos.

MARCO NORMATIVO PARA APLICACIONES DIGITALES EN SALUD EN LA ARGENTINA: UNA NECESIDAD A RESOLVER

REGULATORY FRAMEWORK FOR DIGITAL HEALTH APPLICATIONS IN ARGENTINA: A NEED TO BE RESOLVED

MARÍA DE LA PAZ LASCANO*

RESUMEN: Frente a la pandemia de COVID-19, varios países implementaron el uso de aplicaciones digitales en salud con el fin de garantizar la atención y seguimiento de las personas, el rastreo de contactos que contribuya a disminuir la transmisión del virus y de esta manera poder dar una respuesta a la sociedad frente al avance del mismo. La Argentina no fue la excepción y desarrolló e implementó la aplicación Cuidar, como una medida que complementa y asiste las políticas de prevención y cuidado de la población. El uso de dicha aplicación, en algunos supuestos obligatorio, genera un gran caudal de datos relativos a la salud, es decir, datos personales y sensibles de los usuarios, los cuales, según el marco normativo vigente, merecen una protección especial por parte del Estado. Frente a esto, se plantea la necesidad de analizar si dicho marco normativo resulta suficiente para resguardar la privacidad, integridad y confidencialidad de los datos obtenidos mediante el uso de una aplicación digital en salud o si, por el contrario, no sería esta una oportunidad para que el Estado implemente un marco jurídico y reglamentario que regule el uso y funcionamiento de las aplicaciones digitales en salud, de manera tal que la sociedad argentina pueda valerse de los beneficios del uso de la tecnología de la información sin que sus derechos sean vulnerados.

Palabras claves: Aplicaciones digitales en salud, pandemia, datos personales y sensibles, protección, marco normativo.

ABSTRACT: In the face of the COVID-19 pandemic, several countries implemented the use of digital health applications in order to ensure the care and monitoring of people, contact tracing to help reduce the transmission of the virus and thus be able to provide a response to society in the face of the spread of the virus. Argentina was no exception and developed and implemented the Cuidar application, as a measure that complements and assists prevention and care policies for the population. The use of this application, in some cases compulsory, generates a large amount of health-related data, that is, users' personal and sensitive data, which, according to the current regulatory framework, deserves special protection by the State. In view of this, the need arises to analyze whether this regulatory framework is sufficient to protect the privacy, integrity and confidentiality of the data obtained through the use of a digital health application or whether, on the contrary, this would not be an opportunity for the State to implement a legal and regulatory framework to regulate the use and operation of digital health applications, so that Argentine society can avail itself of the benefits of the use of information technology without its rights being violated.

Keywords: Digital applications in health, pandemic, personal and sensitive data, protection, regulatory framework.

* Abogada. Asesora Legal, Ministerio de Salud del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Becaria del Fogarty International Center y FLACSO en Maestría en Bioética de FLACSO; Dirección postal: Roseti N° 729 1 A, Chacarita, CABA, C.P. 1427, Argentina; Dirección electrónica: maridelapaz26@gmail.com. Agradecimientos: Fogarty International Center y FLACSO Argentina, Dr. Ignacio Matroleo y Lic. Luis Valiña.

I. INTRODUCCIÓN

La pandemia de COVID 19 fue declarada como tal por la Organización Mundial de la Salud el 11 de marzo de 2020. Ante dicha situación, diferentes países se vieron obligados a implementar medidas de carácter urgente e inmediatas, con el objetivo, no solo de frenar el avance vertiginoso del virus SARS-COV2, sino también de preparar un sistema de salud que pudiera dar una respuesta integral a la sociedad. Frente a ese contexto de emergencia sanitaria, se propuso como una innovación en salud pública sin precedentes, el uso de tecnología mediante aplicaciones digitales en salud para detectar tempranamente los casos, rastrear los contactos, garantizar la atención y seguimiento de las personas, así como para evitar y disminuir la transmisión del virus. La Argentina, no fue la excepción y desarrolló e implementó la aplicación, denominada indistintamente Cuidar o Covid-19 Ministerio de Salud (en adelante Cuidar), como una medida que complementa y asiste las políticas de prevención y cuidado de la población.

Dicha medida, que tiene como finalidad principal brindar una respuesta de prevención, contención y tratamiento del Covid-19, genera un gran caudal de datos relativos a la salud¹. Dichos datos, conforme la Ley de Datos Personales N° 25.326, son considerados datos personales y sensibles y gozan de una protección especial. En principio, ninguna persona puede ser obligada a proporcionarlos salvo dos excepciones concretas contempladas en la ley: cuando medien razones de interés general autorizadas por ley o cuando sean tratados con finalidades estadísticas o científicas, siempre que no puedan ser identificados sus titulares. Además, se encuentra prohibida la formación de archivos, bancos o registros que almacenen información que directa o indirectamente revele datos sensibles.

Sin embargo, dicho marco normativo no refiere puntualmente al uso y funcionamiento de las aplicaciones digitales en salud en la Argentina, lo cual nos lleva a cuestionarnos si frente a la implementación de la aplicación Cuidar el marco normativo vigente resulta suficiente para proteger la privacidad, la confidencialidad, la integridad, la disponibilidad y el tratamiento de los datos personales y sensibles proporcionados mediante su uso. Ante lo expuesto, en el presente trabajo, expondré las razones por las cuales considero que el Estado debería aprovechar esta oportunidad para implementar un marco jurídico y reglamentario específico, que regule el uso y funcionamiento de las aplicaciones digitales en salud.

¹ Conforme los Términos y Condiciones contenidos en la DI-2020-6-APN-SSGAYPD#JGM, el usuario debe brindar datos sobre su estado de salud y sintomatología compatible con el virus COVID-19, ubicación, número de DNI y trámite, nombre completo y apellido.

II. DESARROLLO

En la Argentina, frente a la pandemia de COVID 19, se adoptaron oportunamente medidas urgentes, destinadas a poner los recursos del Estado al servicio de mitigar la propagación y el impacto sanitario del virus. Una de dichas medidas fue la implementación de la aplicación Cuidar, mediante la Decisión Administrativa 432/2020. En una primera instancia se dispuso para todos aquellos que hubieran ingresado al país en los últimos catorce días desde la fecha del acto administrativo (23/03/2020), para también extenderse a todos los que regresaran desde el exterior. En el primer supuesto, la descarga de la aplicación, en principio, es voluntaria, pero respecto de las personas que ingresan desde el exterior, es obligatoria según la Disposición 1771/2020 de la Dirección de Migraciones.

No obstante, si bien pareciera ser que la obligatoriedad o no de su uso se limita solo a las personas que ingresaran del exterior, el Jefe de Gabinete, Santiago Cafiero, mediante la red social *Twitter* manifestó que la descarga de la aplicación es voluntaria, pero la obligatoriedad del uso de la misma la debía definir cada jurisdicción. Por otro lado, frente a la habilitación del transporte de pasajeros aéreo, automotor y ferroviario para trabajadores que desarrollen tareas esenciales o para las personas que tengan que trasladarse por tratamiento médico, determinadas provincias, como por ejemplo Córdoba, Jujuy y Tucumán, dispusieron la obligatoriedad del uso de la aplicación Cuidar para el ingreso a las mismas, sin perjuicio de otros requisitos. Jujuy, lo hizo a partir del 20 de octubre de 2020 a través de Resolución N° 68 del Comité Operativo de Emergencia, mientras que Tucumán dispuso la obligatoriedad del uso de la aplicación desde el 26 de octubre de 2020 mediante Resolución C.O.E N° 122 para todos aquellos que ingresen al territorio de la provincia. Córdoba, por su parte, lo implementó a partir del 16 de noviembre de 2020 mediante el Anexo N° 120 “Procedimiento para el Turismo, Protocolo de Procedimiento para el Turismo en el contexto de la pandemia COVID-19”.

La obligatoriedad o no de su uso no es un tema poco relevante, ya que cada persona que decide utilizarla está proporcionando voluntariamente datos vinculados con su estado de salud, síntomas compatibles con el virus, nombre completo, DNI, fecha de nacimiento, domicilio, ubicación, entre otros, para luego recibir un diagnóstico sobre su salud. Todos los datos que hacen a la privacidad e intimidad de cada persona, por lo que toda restricción que se pretenda imponer contra dichos derechos debería estar amparada en los principios de necesidad y proporcionalidad.

La Ley N° 25.326 de Protección de Datos Personales define a los datos personales y sensibles en su Artículo 2° de la siguiente manera:

A los fines de la presente ley se entiende por: – Datos personales: Información de cualquier tipo referida a personas físicas o de existencia ideal determinadas o determinables. – Datos sensibles: Datos personales que revelan origen racial y étnico, opiniones políticas, convicciones religiosas, filosóficas o morales, afiliación sindical e información referente a la salud o a la vida sexual. (...)

A su vez, dispone que estos últimos gozan de una protección especial ya que en principio ninguna persona puede ser obligada a proporcionarlos salvo dos excepciones concretas: cuando median razones de interés general autorizadas por ley o cuando sean tratados con finalidades estadísticas o científicas, siempre que no puedan ser identificados sus titulares. Asimismo, está prohibida la formación de archivos, bancos o registros que almacenen información que directa o indirectamente revele datos sensibles.

En relación con estos datos, la Organización Mundial de la Salud en el “Proyecto de estrategia mundial sobre salud digital 2020-2025”, recalca que (...) “los datos sanitarios deben clasificarse como datos personales sensibles o como información de identificación personal y por lo tanto exigen un elevado nivel de seguridad (...)”. Es decir, los datos de salud gozan –o deberían gozar– de una protección especial no solo a nivel nacional sino también internacional.

En virtud de ello, ¿es la emergencia sanitaria motivo suficiente para que nos obliguen a proporcionar dichos datos? En principio, podría decirse que sí, ya que median razones de interés general autorizadas por ley –la pandemia en sí misma como razón de emergencia pública– y son tratados, entre otros, con finalidades estadísticas y científicas, ya que una de las principales finalidades de la obtención de dichos datos mediante la aplicación Cuidar es brindar una respuesta de prevención, contención y tratamiento del Covid-19.

De lo expuesto, resulta evidente que es el Estado el principal garante de la protección de dichos datos. Sin embargo, en la Argentina no existe actualmente un marco normativo especial que regule las aplicaciones digitales en salud, por lo que todos los lineamientos en relación con las mismas se rigen por el vinculado con la protección general a la privacidad, confidencialidad y seguridad de datos personales y sensibles. Esto se encuentra contemplado no solo en la Ley N° 25.326 ya referida, sino también en la Constitución Nacional, artículos 18 y 19 y el Convenio N° 108 para la Protección de las Personas con respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal, aprobado por Ley N° 27.483. Existen también instrumentos de raigambre internacional que tienen implicancias en términos de privacidad y datos personales, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Ahora bien, hay dos cuestiones esenciales que poseen las aplicaciones digitales en salud que hacen que su regulación y reglamentación especial sea urgente: la **naturaleza** de los datos que recopilan y la **forma** mediante la cual se gestiona dicha recopilación. En relación con la naturaleza de los datos, el principal motivo por el cual merecen protección especial, es que los mismos pertenecen a la esfera más íntima y privada de una persona, hacen a la dignidad de la misma. Los datos que recopilan refieren a información vinculada con prejuicios, intolerancia, estigmatizaciones, que históricamente ha dado lugar a diversos tipos de discriminación. Los datos en salud son datos sensibles y lo que caracteriza un dato como sensible, es su potencialidad para generar actitudes discriminatorias respecto de sus titulares. A su vez, el derecho a la intimidad, a la privacidad es un derecho humano consagrado universalmente, por lo que el límite para disponer y renunciar al mismo debe estar debidamente fundamentado y protegido.

Por otro lado, la forma en que se recopila es través de un sistema informático, un software conectado a internet, que está expuesto a constantes amenazas externas como ser

piratas informáticos, *malware*, virus, gusanos y troyanos. Dicha forma de recolección genera que sea necesario abordar cuestiones vinculadas a la ciberseguridad y al desarrollo de una infraestructura acorde, que permita aplicar a la salud, las tecnologías de información y comunicación sin vulnerar derechos de sus usuarios.

Las características expuestas, ponen de manifiesto la necesidad de contar con una normativa a nivel nacional que reglamente el uso y funcionamiento de las aplicaciones digitales en salud en la Argentina. Las herramientas digitales están teniendo un papel fundamental en la vigilancia, prevención y comunicación del Covid 19, y evidentemente han llegado para quedarse y continuar evolucionando, por esto su regulación es necesaria.

Una razón que podría argumentarse en contra de una normativa especial para las aplicaciones digitales de salud, es el estado de excepción o emergencia que genera la pandemia. Alguien podría sostener que el estado de emergencia sanitaria vigente, como razón de interés general autorizada por ley, es la principal justificación para la implementación de medidas sin el debido respaldo legal y que ante el vertiginoso avance de la pandemia el Estado se debe valer de todos los medios a su alcance en pos de proteger a la población. Sin embargo, dicha justificación carece de sentido legal y ético. No se debe caer en un reduccionismo tal, en donde a costa de una emergencia sanitaria, se le permite al Estado que adopte medidas sin el debido respaldo legal. Aún en un contexto de emergencia de salud pública, existen límites en los medios empleados y la proporcionalidad de los mismos. Toda medida implementada por el Estado debe ser lo menos intrusiva posible en la vida de la población, de una duración determinada y con ciertos criterios de minimización de riesgos. Una emergencia sanitaria no es sinónimo de que todo está permitido. El Estado, como garante de los derechos de la población, debe arbitrar medidas con una base legal y ética mínima.

Toda limitación que el Estado imponga al derecho a la protección de datos para salvaguardar la seguridad nacional, la seguridad pública, la protección de la salud pública, la protección de los derechos y las libertades de terceros, así como por cuestiones de interés público, debe ser necesaria, adecuada y proporcionada en una sociedad democrática, respetando los derechos y las libertades fundamentales de los titulares.

Otro de los puntos que parecieran justificar la implementación de la aplicación Cuidar sin el debido respaldo normativo especial, es el valor que tiene la tecnología como componente de la sociedad globalizada. Es sabido que la tecnología forma parte de la vida diaria de cada ser humano, que sus beneficios son indiscutibles y que todos, de una forma u otra, nos valemos de los mismos. El Estado tiene derecho a valerse de los avances tecnológicos en la implementación de sus políticas públicas, pero dicho derecho no es absoluto. El uso de la tecnología debe ser responsable y limitado, sobre todo cuando a través de la misma se manipulan datos personales y sensibles.

Existen principios rectores que deben ser respetados en el tratamiento de datos personales, mediante el uso de aplicaciones digitales en salud y deben ser observados por el responsable de su implementación: legitimación, licitud, lealtad, transparencia, finalidad, proporcionalidad, calidad, responsabilidad, seguridad y confidencialidad.

La tecnología es una herramienta vital en la actualidad y los potenciales beneficios que su uso ocasiona son indiscutibles, pero el uso de la misma debe estar respaldado por una debida reglamentación, que resguarde la calidad, seguridad y eficacia de las aplicacio-

nes digitales en salud, lo cual derivará en una efectiva protección de los derechos de los usuarios. De lo contrario, podrán verse vulnerados derechos humanos fundamentales.

No podemos ignorar que la tecnología es una herramienta que se encuentra en constante movimiento, evolución y avance, lo que muchas veces deriva en que la normativa que regula su uso se torne obsoleta y poco eficaz. Pero esto no puede equipararse a que el uso de la aplicación solo se rija por sus términos y condiciones y por las demás leyes generales. El Estado debe aunar esfuerzos para desarrollar un marco normativo que dé respuesta a las inquietudes que el uso de las aplicaciones en salud ocasiona, y que al mismo tiempo, sea lo suficientemente flexible para adaptarse a la velocidad con la cual la tecnología avanza. Dicha normativa debe garantizar el uso ético, seguro y sostenible de la tecnología aplicada en salud y brindar una seguridad concreta a los usuarios de esa tecnología.

La existencia de una norma por sí sola no asegura que los derechos se protejan y resguarden, pero en un estado de derecho como la Argentina, no podemos valernos de herramientas sin el correspondiente respaldo legal, porque eso nos posiciona desde otra perspectiva cuando nos encontramos frente a la necesidad de defender nuestros derechos.

Si el Estado asume como propia la meta de elaborar un marco jurídico que regule y reglamente el uso de aplicaciones digitales en salud, posibilitará que se desarrollen herramientas digitales centradas en las personas que resulten adecuadas, accesibles, asequibles y sostenibles, de manera tal que sirvan verdaderamente para prevenir, detectar y responder a los problemas sanitarios con el fin de la promoción de la salud y el bienestar de toda la sociedad.

Un aspecto esencial que debería tener en consideración el futuro marco normativo es contemplar que toda la población pueda acceder al uso de las aplicaciones digitales en salud. Deben estar al alcance de toda la sociedad, de modo que lleguen a las personas más marginadas y comunidades vulnerables, para evitar así que se generen situaciones de discriminación, que solo sirvan para aumentar aún más la brecha social y digital actual.

Para terminar, quiero destacar que la implementación de la aplicación Cuidar fue una herramienta que le sirvió y continúa sirviendo al Estado para hacer frente a la pandemia, pero el camino por recorrer es muy largo y debe asumir su responsabilidad ejerciendo una gobernanza real y concreta sobre el uso de aplicaciones digitales en salud. El Estado argentino tiene la oportunidad de comenzar a trabajar en un marco normativo que regule su uso si pretende que las aplicaciones digitales en salud perduren en la sociedad y en el tiempo.

III. CONCLUSIÓN

El uso de las tecnologías de la información y de las comunicaciones se convirtió en un factor clave para hacer frente a la pandemia de COVID 19, pero debemos propiciar que su uso sea lo más proporcionado y controlado posible por los derechos que se encuentran en juego. La protección de los datos personales y sensibles, la privacidad y la confidencialidad de los mismos son derechos humanos fundamentales que no pueden ser desatendidos por el Estado. Frente a esto, resulta imperioso que los responsables de regular el uso de tecnologías y aplicaciones digitales en salud, promuevan una legislación a nivel nacional que contemple las particularidades del uso de dichas aplicaciones, haciendo un análisis porme-

norizado de los beneficios y riesgos asociados a su uso con el fin de garantizar la seguridad y el bienestar de sus usuarios.

La privacidad y la innovación provocadas por la tecnología no deben ser posicionados como valores en conflicto, pueden y deben convivir al mismo tiempo, armonizándose para que la sociedad pueda avanzar hacia un uso de la tecnología más consciente, responsable y eficaz. Está en el Estado aprovechar esta oportunidad.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ARGENTINA.GOB.AR (2020): *Sistema y Aplicación Cuidar, ¿Qué es y para qué sirve?* Disponible en: <https://www.argentina.gob.ar/jefatura/innovacion-publica/acciones-coronavirus/aplicacion-y-tableros-de-gestion/que-es>. Fecha de consulta: 20/9/2020.
- CAFIERO, Santiago [@SantiCafiero] (2020): “El uso de la aplicación permite que todos y todas realicen un autodiagnóstico para saber si tienen síntomas compatibles con COVID-19. El trabajo con las jurisdicciones es fundamental, por eso ellas definirán la obligatoriedad del uso de Cuidar”, *Tweeter* (24 de mayo), Disponible en: <https://twitter.com/SantiCafiero/status/1264702188913385473?s=20>. Fecha de consulta: 25/09/2020.
- MARTÍNEZ, Lucía (2020): “Qué requisitos pide cada provincia para ingresar a su territorio”, *Chequeado*. Disponible en: <https://chequeado.com/el-explicador/coronavirus-que-requisitos-pide-cada-provincia-para-ingresar-a-su-territorio/>. Fecha de consulta: 3/12/2020.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. *Alocución de apertura del Director General de la OMS en la rueda de prensa sobre la COVID-19 celebrada el 11 de marzo de 2020*. Disponible en: <https://www.who.int/es/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>. Fecha de consulta: 20/9/2020.
- MINISTERIO DE SALUD, JEFATURA DE GABINETE DE MINISTROS, ARGENTINA UNIDA (2020): *Términos y Condiciones aplicación Cuidar y/o Covid-19*. Disponible en <https://www.argentina.gob.ar/terminos-y-condiciones>. Fecha de consulta: 11/11/ 2020.
- PARK, Mihwa y otros (2020): “Detección, Prevención, Respuesta y Recuperación con tecnología digital. Evidencias de la aplicación de intervenciones digitales en emergencias de salud pública pasadas, presentes y consideraciones para las futuras”, *Banco Interamericano de Desarrollo*. Disponible en: <https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Deteccion-prevencion-respuesta-y-recuperacion-con-tecnologia-digital-Evidencias-de-la-aplicacion-de-intervenciones-digitales-en-emergencias-de-salud-publica-pasadas-presentes-y-consideraciones-para-las-futuras.pdf>. Fecha de consulta: 15/10/2020.
- RED IBEROAMERICANA DE PROTECCIÓN DE DATOS (2017): *Estándares de Protección de Datos Personales*. Disponible en: https://www.redipd.org/sites/default/files/inline-files/Estandares_Esp_Con_logo_RIPD.pdf. Fecha de consulta: 15/10/2020.
- WORLD HEALTH ORGANIZATION (2020): *Proyecto de estrategia mundial sobre salud digital 2020–2025*. Disponible en: https://www.who.int/docs/default-source/documents/200067-lb-full-draft-digital-health-strategy-with-annex-cf-6jan20-cf-rev-10-1-clean-sp.pdf?sfvrsn=4b848c08_2. Fecha de consulta: 25/10/2020.

WORLD HEALTH ORGANIZATION (2020): *Ethical considerations to guide the use of digital proximity tracking technologies for COVID-19 contact tracing. Interim guidance 28 May 2020*. Disponible en: https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/332200/WHO-2019-nCoV-Ethics_Contact_tracing_apps-2020.1-eng.pdf. Fecha de consulta: 18/10/2020.

NORMAS E INSTRUMENTOS CITADOS

ARGENTINA, Ley N° 25.326 (2/11/2000), Protección de Datos Personales.

ARGENTINA, Ministerio de Salud, Decisión Administrativa 432/2020 (23/03/2020), Aplicación Covid 19.

ARGENTINA, Ministerio de Salud, Disposición 1771/2020 (25/03/2020), Aplicación COVID-19. Obligatoriedad de uso para toda persona que ingrese al país.

ARGENTINA, Gobierno de la Provincia de Jujuy, Resolución 68/2020 (20/10/2020), Comité Operativo de Emergencia.

ARGENTINA, Gobierno de la Provincia de San Miguel de Tucumán, Resolución C.O.E 122/2020 (26/10/2020).

ARGENTINA, Gobierno de la Provincia de Córdoba, Anexo 120/2020 (16/11/2020), Procedimiento para el Turismo, Protocolo de Procedimiento para el Turismo en el contexto de la pandemia COVID-19.

EN ESTE NÚMERO

■ EDITORIAL

PAÚL, Álvaro: *Avances de la Convención Constitucional*

■ ESTUDIOS

Derecho Constitucional

CASTILLO CÓRDOVA, Luis: *La inaplicación del derecho convencional creado por la Corte Interamericana de derechos humanos en relación al derecho a la vida del concebido*

Derecho Laboral

DÍAZ GARCÍA, Luis Iván; BASTÍAS PARRAGUEZ, Cecilia; ALARCÓN GARCÍA, Sofía; RITZ PARRA, Kevin: *Regulación de la inclusión laboral de personas con discapacidad en el sector privado de Iberoamérica. Una evaluación desde la Convención*

Derecho Civil

SCHOPF OLEA, Adrián: *El lugar de la buena fe en la integración de los contratos en el Código Civil chileno*

Derecho Constitucional

LOVERA PARMO, Domingo Andrés y VARGAS MALDONADO, Catalina Andrea: *El Congreso Nacional y la interpretación constitucional en el proceso legislativo: criterios y momentos*

Derecho Penal

CAMARGO BRITO, Ricardo y RIED SOTO, Nicolás: *Neurociencia y derecho. El impacto del neuroderecho en la práctica judicial chilena*

Filosofía del Derecho

ZAMBRANO, Pilar: *Comprender o interpretar el derecho. El convencionalismo semántico en su laberinto*

Derecho Procesal

DEL RÍO FERRETTI, Carlos: *La carga de la prueba con relación al cumplimiento-incumplimiento civil como thema probandum en la responsabilidad médica y la exceptio non adimpleti contractus*

Derecho Civil

SALAH ABUSLEME, María Agnes: *La adquisición de bienes inmuebles en Chile: una mirada desde el género*

■ RECENSIONES

POLANCO LAZO, Rodrigo: *BUSSANI, Mauro (2018): El Derecho de Occidente. Geopolítica de las reglas globales (Traducción María Elena Sánchez Jordán, Madrid, Marcial Pons) 286 pp.*

■ ENSAYOS

LASCANO, María de la Paz: *Marco normativo para aplicaciones digitales en salud en la Argentina: una necesidad a resolver*