



Universidad de

**los Andes**



**FACULTAD  
DE DERECHO**

# REVISTA JURÍDICA DIGITAL UANDES

[rjd.uandes.cl](http://rjd.uandes.cl)

**2019**

**Volumen 3**

**Núm. 1**

Revista Jurídica Digital UANDES es una revista científica editada por la  
Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Chile.



# Índice

## Artículos

**Cuarta revolución industrial (4.0.) o ciberindustria en el proceso penal: revolución digital, inteligencia artificial y el camino hacia la robotización de la justicia** 1-17

Silvia Barona Vilar

**Fundamentos y naturaleza de las concesiones administrativas** 18-26

Eduardo Soto Kloss

**El recurso de reposición en la Audiencia Inicial del Juicio de Oposición regulado en la ley N° 20.720 sobre reorganización y liquidación de activos de empresas y personas** 27-39

Simón Zañartu Gomien

**La ejecución de los acuerdos alcanzados en el marco de un procedimiento de mediación: diferentes continentes, diferentes soluciones y un objetivo -aparentemente-común** 40-59

Carlos Esplugues

**El uso y control de correos electrónicos en el ámbito laboral** 60-74

Sebastián Parga, Francisco Plass

**Silvia  
Barona  
Vilar**

Universitat  
València  
Directora del  
Grupo MedArb y  
Proyecto Excelencia  
Prometeo 2018/111

silvia.barona@uv.es  
Recibido: 10.05.19  
Aceptado: 07.06.19

## **Cuarta revolución industrial (4.0.) o ciberindustria en el proceso penal: revolución digital, inteligencia artificial y el camino hacia la robotización de la justicia\***

### **Fourth industrial revolution (4.0.) Or cyber-industry in the criminal process: digital revolution, artificial intelligence and the path towards the robotization of justice**

**Resumen:** El objetivo de este trabajo es analizar la irrupción de la cuarta revolución industrial (4.0.) y sus consecuencias, especialmente la inteligencia artificial, en la justicia en general, y en la penal en particular. La incorporación de sistemas de expertos, algoritmos y modelos computacionales en el asesoramiento, predicción y toma de decisiones judiciales es ya una realidad. Se avizora una inquietante situación con la posibilidad de la robotización judicial o el juez robot (máquina inteligente) en sustitución del juez persona, que crea una cognición artificial que plantea dudas acerca de la individualización de la pena, de la posible responsabilidad de la máquina, la sensibilidad de víctimas especialmente vulnerables o grupos deprimidos, la ética, la afectación de derechos de las personas, la fiabilidad, etc.

**Palabras clave:** Inteligencia artificial; justicia penal; robotización judicial.

**Abstract:** This paper aims to analyze the irruption of the fourth industrial revolution (4.0.) and its consequences, especially Artificial Intelligence, in Justice, particularly in Criminal Justice. The incorporation of expert systems, algorithms and computational models in counseling is now a reality, as well as in predicting and in legal decisions. The incorporation of judicial robotic or robot-judge (machine learning) represents a disturbing situation. The replacement of the human-judge creates an artificial cognition that raises doubts about ethics, reliability, the individualization of the sanction, the possible responsibility of the machine, the sensitivity of especially vulnerable victims or depressed groups, the violation of the people's rights, etc.

**Keywords:** Artificial Intelligence; Criminal Justice; Judicial robotization

\* Este trabajo se realiza en el marco del Proyecto de excelencia PROMETEO GV 2018/111 (Claves de la Justicia Civil y Penal).

Especialmente en las últimas décadas la tecnología ha ido paulatina pero imparablemente transformando nuestras vidas. Y lo ha hecho con tal intensidad, que ha ido propiciando la aparición de la denominada cuarta revolución industrial en la que se vino asimilando el mundo digital con la inteligencia artificial, la *blockchain* y la robótica.

Esta Cuarta Revolución Industrial llega en un momento histórico, político y económico, como sucediera en las tres revoluciones industriales anteriores: la primera, que revolucionó la industria con la máquina de vapor (en la década de los años 1760), que impulsó la mecanización agrícola y la producción textil, así como la producción de embarcaciones y ferrocarriles a través de la energía de vapor, que favoreció la aparición de una clase trabajadora específica, que propulsó la conformación de las ciudades y de su industria y economía más desarrollada en torno a estas. La segunda, que vino de la mano de los avances en la ciencia y la producción masiva (a partir de 1900), favorecida por la electricidad, la aparición de los motores de gasolina, los aviones, los descubrimientos de la física y de la química (en el sector agrario fueron importantes los fertilizantes químicos), que impulsaron el método científico y favorecieron las plataformas de producción masiva. La tercera Revolución Industrial se alimentó de la computación y de las tecnologías digitales (especialmente a partir de la década de 1950 debido a la aparición de la microelectrónica, de los *mainframes* y de las primeras apariciones de la inteligencia artificial). La sociedad analógica fue dando paso poco a poco al mundo digital, con la aparición del internet y la transformación digital, que favoreció el impulso de mejora de los procesos operativos empresariales, amén de generar nuevos modelos de negocio.

Hablar de las diversas revoluciones industriales es referirse a cambios profundos y transformaciones sociales que no fueron resultado de un instante o momento específico, sino una metamorfosis de la vida, de la comunicación, del trabajo, de la economía, del paisaje, etc. que favoreció la transformación evolutiva de las sociedades eminentemente agrícolas a las ciudades

o, si se quiere, de la vida rural a la vida urbana, en las que se introducían nuevas maneras de configurar la vivienda, la vida, las relaciones interpersonales y laborales, de estructurar la política y de favorecer el bienestar social y la evolución de los pueblos. En esa evolución, la introducción de la mecánica, de la electricidad, de la producción en masa, de los medios de comunicación y transporte, fueron avances que impregnaron la sociedad moderna, si bien la revolución digital ha supuesto una revolución imparable, de alta velocidad, masiva, transformadora social, que está alterando los soportes y principios esenciales que permitieron la construcción de la sociedad moderna. Una sociedad basada, diseñada y estructurada desde y con la tecnología; una sociedad en la que ocupan lugares privilegiados las redes sociales, la nube, el internet de las cosas (IoT), la inteligencia artificial, los vehículos autónomos, la impresión 3D, la nanotecnología, la biotecnología, el *big data*, la *machine learning*, el *deep learning*, y un largo etcétera que nos encaminan hacia un mundo inteligente, un mundo que se despliega desde un internet mucho más móvil y mundial, por sensores más pequeños y más potentes, y por inteligencia artificial u aprendizaje automático, lo que cambia con ello la forma de vivir, trabajar y relacionarnos los unos con los otros (Schwab, 2018, p. 13).

La cuarta revolución industrial o del 4.0. comporta la digitalización de las cadenas a través de la tecnología de procesamiento de datos, *software* inteligente y sensores que facilitan la actividad, desde los que pueden trabajar fabricantes, proveedores, distribuidores, clientes y consumidores para poder predecir, controlar, planear y producir de forma inteligente, lo que favorece un sistema productivo global. Es innegable que su impronta se muestra esencialmente en el sector económico, y especialmente en cuanto tenga vinculación con la previsión, producción, comercialización y distribución de bienes y productos, con su extensión de forma imparable al sector de servicios. Un modelo económico eficiente, a menor coste y en menor tiempo. Es más, un modelo económico que se expande, penetra y se solidifica en todos los ámbitos de la vida, no solo en la producción, comercialización o consumo.

## 1. De la globalización al pensamiento económico y su alcance en la justicia

Es innegable que la cuarta revolución industrial se presenta como una consecuencia derivada de la globalización, un periodo de progresiva pero imparabla transformación de espacios, de protagonistas, de valores, etc., o, como apunta Stegler, como un

conjunto multidimensional de procesos sociales que crea, multiplica, despliega e intensifica intercambios e interdependencias sociales en el nivel mundial, a la vez que crea en las personas una conciencia de conexión cada vez mayor entre lo local y lo distante (Stegler, 2003, p. 13).

En ese escenario el *modus operandi* de gestión industrial ha penetrado en la sociedad, las costumbres y la vida misma. Una vida “conectada” tecnológicamente, de manera que la temporal “inconexión” se percibe como aislamiento, exilio del mundo social en que vivimos. Y esa nueva manera de afrontar la vida en general y la consolidación de los valores en particular, se encuentra inspirada en un claro pensamiento económico, un razonamiento que transporte desde el lenguaje económico los grandes disvalores de la sociedad actual, la eficiencia y la eficacia, midiéndose todo desde el criterio del coste-beneficio.

Los conceptos económicos se han instalado en todos los estamentos y ámbitos de nuestra vida. Basta pensar en los términos que empleamos en nuestra actividad cotidiana, de ser competitivos, la importancia del liderazgo, el retorno que se obtiene por una determinada actividad, la excelencia en el desempeño de una misión, el valor del éxito, la rentabilidad que se obtiene, la optimización de resultados o las políticas estratégicas que debemos desempeñar, entre otras. Son todos ellos componentes de nuestro lenguaje cotidiano porque, lejos de ser palabras vacuas, reflejan una manera de afrontar las relaciones cualesquiera fuere su naturaleza. Muy probablemente este paisaje se produce como consecuencia de la ubicación de la producción

y el consumo como los ejes que mueven no solo el crecimiento económico, sino el mundo.

Un pensamiento que ya encontró un soporte institucional en la conformación de la Escuela de Chicago (Plant, 2016, pp. 75-98), desde la que se defendía la minimización del Estado en la economía, o lo que es lo mismo, dejando al mercado que fluya y decida, siendo el Estado el que debía garantizar la libre competencia, estimulándola en todo caso; un estímulo que se entendía debía encontrar su soporte en la sublimación de la eficiencia.

1.1. Eficacia y eficiencia: una pequeña aclaración conceptual

Trabajar con los criterios —elevados a la categoría de valores— de la eficacia y la eficiencia nos mueve a tratar de aclarar ambos términos. Su integración conceptual podría permitirnos afirmar que significan obtener resultados reales y hacer más con menos, lo que permite un ahorro de recursos y una mejora de los resultados.

Eficaz supone ser capaz de obtener resultados satisfactorios en cantidad y calidad, mientras que eficiente se es cuando se logran esos resultados satisfactorios sin utilizar más recursos que los necesarios.

Hemos venido apuntando que los criterios de eficacia y eficiencia están elevados a la categoría de los grandes disvalores de la sociedad actual, por cuanto permiten valorar, equilibrar y favorecer la toma de decisiones en cualquiera de los ámbitos de la vida. Eso significa que también el mundo de la justicia, sin obviar la justicia penal, está siendo “reinterpretado” desde esos dos contrapesos y, obviamente, con consecuencias jurídicas innegables.

1.2. Eficacia y eficiencia en la justicia

Las fuentes de inspiración de las nociones y principios del derecho han sido diversas de las que pudieren mover el mundo económico. Ha sido en ese *tsunami* de la

globalización cuando ha empezado a reinterpretarse el derecho desde una visión economicista, en la que mucho tuvo que ver la construcción del Análisis Económico del derecho al que se refiriera en su día la Escuela de Chicago.

La eficiencia y la eficacia en la justicia se muestran en la actualidad como incentivos de reformas, como presupuestos de financiación de instituciones, como criterios de decisiones políticas en materia de justicia. De este modo se habla de la necesidad de conjugar ambos, también para ofrecer la “debida” justicia que los ciudadanos necesitan.

Por un lado, la justicia es eficaz si se imparte a quienes la demandan (hay respuesta a la ciudadanía) y si las respuestas que se ofrecen a través de las resoluciones judiciales que se dictan son de calidad. A estos efectos son diversos los indicadores que nos permiten analizar si la justicia es realmente eficaz. Es posible considerar los asuntos que ingresan al año en sede judicial, aquellos que son resueltos y aquellos que quedarían en trámite; y, por su parte, habría que considerar la duración de los procesos (tiempo empleado para ofrecer la respuesta) y las causas que pueden concurrir para ello, de modo que habrá que ponderar la duración de los procesos con posibles situaciones que puedan darse como consecuencia de coordenadas exponenciales específicas, tales como una situación de crisis económica como la vivida en años anteriores, que inundaron de demandas los juzgados y colapsaron determinadas sedes judiciales. Se trataría de considerar, a estos efectos, los momentos coyunturales, que no estructurales, que pudieran alterar los indicativos antes apuntados y que podrían generar, en términos economicistas, un desbordamiento de la capacidad del sistema o diferencias palmarias de productividad.

Por otro lado, la justicia es eficiente si obtiene unos resultados proporcionales a los recursos que la sociedad pone a su disposición. La eficiencia se centra en la evaluación de la relación entre los recursos empleados y los resultados obtenidos. Y se toman como indicadores de esta evaluación los recursos humanos que se emplean, los presupuestos que se aplican para el desarrollo de las actuaciones y funciones, sin olvidar la posibilidad de que concurran ciertos desajustes que

alteren o modifiquen los resultados de la valoración de los indicadores anteriormente expuestos.

Se considera, por ende, que el modelo de justicia es eficaz cuando contribuye a que la sociedad disfrute de las ventajas de la justicia como derecho y como pilar del Estado. Y se presenta el mismo como eficiente si todo ello se logra con un coste razonable, lo que lleva a considerar que los males de la justicia son, a este respecto, la lentitud, la carestía y la predictibilidad.

### 1.3. Algunas medidas para alcanzar esa eficacia y esa eficiencia en la justicia penal

La aplicación de los indicadores expuestos puede llevar a considerar que la justicia penal no es todo lo eficaz o todo lo eficiente que debiera y es por ello que se considera que pudiera ser adecuada la adopción de medidas específicas para alcanzarlas. Una mirada a las legislaciones de nuestro entorno jurídico permite observar que los males de la justicia penal son casi universales y se muestran las deficiencias en unos países con más intensidad que en otros, empero se presenta un paisaje con una gran uniformidad en cuanto a las posibles medidas que se van adoptando en los diversos sistemas jurídicos nacionales.

Es por ello, en consecuencia, que a modo de ejemplo, podemos apuntar algunas de las más populares medidas que se han venido incorporando en la mayor parte de los países:

1. En primer lugar, las reformas procesales penales han sido una constante. La necesidad de cambiar modelos procesales penales fue lo que originó el primer paso y, poco a poco, los sistemas jurídicos procesales penales se encaminaron hacia una construcción desde el principio acusatorio, inspirador de los principios esenciales y garantistas del proceso penal (presunción de inocencia, derecho de defensa, derecho al silencio, prueba y garantías, publicidad, intermediación, etc.), que afectó también a sus protagonistas y sobre todo a su manera de hacer justicia.

Esas reformas legislativas procesales se han ido sucediendo de forma constante e imparable y de forma universal en todos los sistemas jurídicos, a la búsqueda

de soluciones que permitan paliar uno de los males de la justicia, la lentitud. Es por ello que hemos venido asistiendo a una reformulación de los procedimientos en aras de alcanzar una mayor abreviación en su tramitación (Barona, 2017).

2. En segundo lugar, se ha producido un cambio de modelo que ha arrastrado, por un lado, un cambio de protagonistas, favoreciendo un mayor papel de la Policía y del Ministerio Público. No se trata de trasladar sin más funciones judiciales a estos protagonistas, que ya existían en la esfera procesal penal anterior, sino de reforzar algunas de las que tenían, atribuyéndoles la persecución penal, amén de fortalecer su capacidad de gestión de la misma.

Este cambio de protagonistas ha exigido una capacitación de los mismos para el ejercicio de sus funciones o, lo que es lo mismo, ha habido que fortalecer sus estatutos e incorporar procesos de preparación para la adquisición de nuevas herramientas en el ejercicio de la función. La prolija sectorialización de la Fiscalía y de la Policía muestra ese grado de preparación y de formación que se viene desplegando en la búsqueda de una mejor justicia para todos los ciudadanos.

3. En tercer lugar, el modelo procesal penal diseñado en la impronta de la modernidad, basado en el principio de legalidad estricto y en el ejercicio del *ius puniendi* del Estado, que llevaba a la puesta en marcha del aparato judicial tan pronto se tuviere noticias de la posible existencia de la comisión de un hecho delictivo, se ha visto poco a poco modulado. Esta modulación no implica, en absoluto, la conversión en un proceso dispositivo, empero sí la incorporación paulatina en la mayor parte de los sistemas jurídico-procesales de manifestaciones del principio de oportunidad.

Ciertamente, la incorporación de estas manifestaciones no ha estado exenta de polémica, manteniendo posiciones enfrentadas. Caso especialmente significativo fue la *Strafprozessordnung* alemana, dado que, si bien se aceptaba en la realidad judicial la existencia de consensos y conformidades (*Absprache*), el legislador se resistía a reconocer en la norma procesal la eficacia jurídica de los mismos. La profusa incorporación de estas

manifestaciones del principio de oportunidad ha supuesto la aceptación de acuerdos, pactos y consensos entre la Fiscalía y el imputado-acusado con consecuencias procedimentales —abreviaciones y terminaciones— así como procesales —delimitando el contenido de las sentencias a través de la conformidad—. Y hoy en día puede afirmarse, sin duda, que las manifestaciones de oportunidad forman parte de la Justicia penal, lo que favorece las abreviaciones procedimentales a través de la voluntad de aceptar la consecuencia jurídico-penal solicitada por la parte acusadora. Con estas conformidades, los acusados salen beneficiados porque su comportamiento repercute en una reducción de pena; los jueces y fiscales resuelven una causa sin complejidad y el sistema lo agradece al reducirse los costes, la duración del proceso y se evita el recurso contra la sentencia de conformidad.

4. Inevitablemente, cuando se habla de la eficacia y la eficiencia de la justicia penal debemos hacer referencia a la necesidad de aumento en cantidad y calidad de los recursos humanos. Por un lado, la complejidad de las relaciones personales y sociales ha llevado a una multiplicación de asuntos, lo que requiere mayor capital humano para responder a las demandas y a las causas que se generan como consecuencia de estas. Pero no solo se exige mayor número de jueces, fiscales, policía y personal judicial, sino que también se hace necesario que todos ellos puedan actuar con la mejor calidad posible, lo que enlaza directamente con la exigencia de capacitación de los mismos. La buena formación y la adquisición de herramientas necesarias para saber desarrollar sus funciones, de acuerdo con los roles establecidos, son absolutamente necesarias para que el sistema procesal y judicial funcione.

5. La justicia penal está mostrando desde hace varias décadas una mirada diversa en relación con las víctimas. Si durante mucho tiempo fue la gran olvidada, la ausente del sistema penal, desde hace varias décadas, movimientos como la victimología, la criminología crítica, el feminismo, el realismo jurídico, etc., han venido abogando por una necesaria recuperación de la misma y su presencia en el modelo procesal penal. De hecho, las legislaciones han venido atribuyéndole siquiera el derecho de información en el proceso, amén de favorecer



una mirada restaurativa, incorporando cada vez más mecanismos de justicia restaurativa en el sistema penal.

Si bien es cierto que el fundamento y justificación de esta necesidad restaurativa se asienta en las razones expuestas, la búsqueda de la eficiencia y eficacia también han calado, en ciertos casos, en ese interés político e ideológico por favorecer la incorporación de modelos restaurativos, especialmente la mediación penal, un procedimiento instrumental que, aun cuando con esa vocación filosófica retributiva o restaurativa, permite otorgar al delincuente la posibilidad de responder ante las víctimas, responsabilizándose de la reparación, entendida esta en sentido maximalista, a saber, reparación económica o dineraria, material o devolución de cosa o bien, prestación de servicio como trabajo social o en beneficio de la víctima (sea individual o colectiva), así como la aceptación incluso de un protocolo de actuación relacional de presente y futuro cuando se trata de víctimas y victimarios que tienen una relación permanente y duradera (personal, familiar, laboral, vecinal, asistencial, etc.).

En suma, se pretende que la mirada restaurativa incorpore esa vocación de transformación a la que se refirió uno de los padres de la justicia restaurativa, John Braithwaite, quien consideraba que estamos ante un “camino para transformar el sistema legal en su conjunto, nuestro estilo de vida, nuestra conducta en el ámbito laboral y la manera de actuar de los políticos” (Braithwaite, 2003, p.1), lo que llevó a este autor a considerar que con ella se pretende actuar frente a lo que denomina como injusticia preventiva. Es por ello, a mi parecer, que la mediación penal (Barona, 2011) y las otras manifestaciones de la justicia restaurativa se convierten en una bocanada de aire fresco en un contexto en que vivimos en el que el control, la prevención, la seguridad ciudadana, la securitización, la desconfianza hacia el otro emerge y se apodera de las relaciones. Es por ello que la incorporación de la justicia restaurativa se muestra, por un lado, como mecanismo de aceptación en el sistema penal de la función restaurativa o reparadora y, en segundo lugar, la aceptación de que, además del proceso, pueden incorporarse al sistema vehículos de canalización de esta función, como sucede con la mediación, virando los protagonistas de la justicia, dando protagonismo en este

procedimiento al binomio presunta víctima y presunto autor. Abrir la puerta a la comunicación, al diálogo, al reconocimiento del otro (bilateral), a las posibilidades de reconsideración del mundo penal y la búsqueda de la integración, que no disgregación, solo puede merecer nuestro apoyo y nuestra confianza en el sistema. Merece, cuanto menos, su consideración en esta sociedad descreída, con la economía como elemento inspirador, con falta de asideros, vacua, desmotivada y desilusionada (Barona, 2017, pp. 606-607 y 614).

Estas modalidades de tutela restaurativa no solo ofrecen una mirada diversa de la justicia, una manera distinta de mostrar la justicia, sino que, igualmente, se percibe por los políticos como una manera de favorecer la visión eficiente del sistema en su conjunto. Si el procedimiento de mediación finaliza con acuerdo y este se incorpora al proceso penal, este, el proceso, necesariamente experimenta un acortamiento y un resultado final que vendrá marcado por la experiencia en mediación, a saber, pudiendo llegarse al archivo de la causa o a una sentencia que incorpore el acuerdo y la consecuencia jurídica pertinente, pero que afecta a la duración del proceso, al trabajo de los protagonistas de la justicia y por ello a las arcas del Estado.

6. Finalmente, en ese mundo global de economización de la vida y la sociedad, emergen con una impronta absoluta las tecnologías y su imbricación también con los avances de la ciencia. Y todo ello repercute en el mundo de la justicia. Son múltiples las acciones que se vienen observando, como la pausada pero imparable incorporación de la justicia electrónica (*eJustice*) que, más allá de la configuración del expediente electrónico, supone la aceptación de la tecnología como cauce o medio de realización de actos procesales, incluida la incorporación de las pruebas electrónicas, las notificaciones electrónicas, las resoluciones judiciales electrónicas, y la propulsión de la neurociencia en sede de investigación penal para favorecer mediante técnicas propias la búsqueda de la verdad desde la investigación científica, con el fin de concluir la verdadera culpabilidad o no del sospechoso-imputado, el grado de reincidencia que puede implicar una persona, la veracidad de los testigos o peritos, etc.

Y a todo ello debe añadirse igualmente la expansión de las tecnologías inteligentes, como componente de la ya conocida cuarta revolución industrial. Estas tecnologías indudablemente, y lejos de pensar en un sobre coste de la justicia, conllevan una previsión de liquidez y liquidación de muchos obstáculos, trámites de procedimiento y personas que intervienen en el mismo, y es indudable que son tremendamente aceptadas por quienes diseñan el modelo de sociedad tecnificada, conectada, vinculada a las redes electrónicas, que proyectan la denominada “energía inteligente” a través del internet y las tecnologías, favoreciendo la adaptabilidad de las necesidades que aparecen y todo ello comporta una indiscutible asignación más eficiente de los recursos. En este sentido, basta pensar en las nuevas nociones incorporadas en nuestro día a día y en el ámbito de la justicia, tales como el *software* inteligente, la digitalización de documentos, procesamiento de datos, y un largo etcétera de conceptos que reflejan esa percepción.

Todos ellos implican ese cambio de *modus operandi* que ofrece también en sede de la justicia la búsqueda de la maximización y la obtención de beneficios (Hobsbawm, 2012, p. 134).

Lógicamente, el paso de las tecnologías básicas a la sofisticación tecnológica también está llegando al mundo de la justicia, incorporando la inteligencia computacional y, desde ella, revolucionando las maneras de actuar, sus protagonistas y su pensamiento. Su implementación se integra en la revolución industrial del 4.0. y en la conversión de la nueva vida digital que se alimenta cada vez más de la inteligencia artificial y de la máquina inteligente. Hay que luchar para que estos avances se desplieguen como servicio al ser humano y no al revés, o lo que es lo mismo, que se presenten como herramientas que permitan lograr un futuro más próspero y confortable, más igualitario y humano, más solidario y más justo. Por ende, sirvan a la justicia para ser más justa.

## 2. Robotización también en la justicia

En ese paisaje que hemos ido presentando de la cuarta revolución industrial han ido emergiendo los instrumentos del mundo digital, internet y tecnologías, se han generado plantas industriales encaminadas a propulsar la energía inteligente y a diseñar un mundo que favorece y presenta una enorme “fábrica inteligente” que extiende sus tentáculos de forma global y expansiva al mundo jurídico y también a la justicia penal. Desaparecen fronteras físicas, el mundo analógico quedó catapultado y se expande una nueva manera de concebir la justicia en general, la penal en particular y el *modus operandi* en el proceso penal en especial. Curiosamente, las utopías imaginativas mostradas en obras como 1984 de George Orwell o *El informe de la minoría* de Philip K. Dick que dio lugar a la famosa película de Steven Spielberg en 2002, *Minority Report*, en las que se refleja una sociedad bajo las tecnologías del control; expresan algo a lo que asistimos en estos momentos en la sociedad actual.

2.1. El 4.0., la inteligencia artificial y la robotización en el mundo jurídico

En el escenario jurídico, la industria inteligente no solo ha penetrado, sino que encuentra un campo de cultivo con un largo e interesante recorrido.

En la medida en que las tecnologías forman parte de nuestras relaciones jurídicas (basta pensar en los actos de consumo que realizamos, en el sector de servicios, en la compra de bienes como alimentos, ropa, libros, para nuestras actividades de ocio como billetes de transporte, reservas de hoteles, actos de consumo bancario que nos llevan a hacer transferencias bancarias, a gestionar pagos *online* y un largo etc.), es coherente pensar que, paralelamente, se van conformando mecanismos de gestión y solución de conflictos con los mismos instrumentos.

Podemos dar algún ejemplo como la aparición de la red privada de comunicaciones denominada *EUFides*, un canal telemático que permite a las empresas y a los particulares realizar operaciones transnacionales con su notario de confianza (una red notarial que es instrumental para favorecer la circulación de documentos), ofreciendo, en consecuencia, seguridad jurídica preventiva a las sociedades y particulares que realizan actividades transfronterizas. Y también las tecnologías han favorecido una nueva manera de violar normas, de cometer infracciones y hasta de cometer delitos; no en vano esa “hiperconectividad” ha llevado también a la “cibercriminalidad”. Obviamente esto ha propulsado una era de “ciberseguridad” como estrategia, incluso precisamente, para salvaguardar los datos personales y la información, que casa a la perfección con la cuarta revolución industrial.

La fascinación por la celeridad y la eficiencia (más con menos) que presenta el mundo jurídico actual han propiciado una transformación de una justicia escrita, lenta, analógica y presencial en un modelo ágil, oral, tecnológico y digital. Y es en esas coordenadas en las que se ha venido favoreciendo la incubación de esta cuarta revolución industrial o lo que se denomina el 4.0. industrial, la Industria Inteligente de la justicia o la Ciberindustria de la justicia del futuro, dado el implacable y penetrante mundo de las TICs en la justicia que nos lleva a plantearnos más allá de su uso instrumental, la posibilidad de que la cuarta revolución industrial (4.0.) — nueva manera de organizar los medios de producción — llegue también a la toma de decisiones judiciales y se haga realidad la “justicia-máquina perfecta”.

En un primer estadio llegó la *eJustice*, y se incorporaron los procedimientos electrónicos paulatinamente. Poco a poco, sin embargo, la energía digital se ha colado también en la justicia, propulsando una manera de gestionar lo procesal desde parámetros diversos en los que la funcionalidad, la agilidad, la economía y la eficiencia son valores que priman en su desenvolvimiento. Más allá de esa manera digital procedimental de funcionar, se pretende avanzar hacia la incorporación de la IA y de la *machine learning*, también en el mismo ejercicio de la función jurisdiccional, tanto como complemento, como juez-robot; cuestión esta a la que nos referiremos *infra*.

En el mundo jurídico son ya múltiples las manifestaciones que encontramos que han absorbido una manera diversa no solo de concebir las relaciones, sino también de gestionarlas, de adquirir herramientas, de obtener servicios, de buscar respuestas legales de asesoramiento, gestión, solución de conflictos y un largo etcétera. Podemos en este sentido considerar la red mundial *World Wide Web* (www), para buscar información jurídica, que se nutre necesariamente de un lenguaje jurídico que cada vez más trata de uniformarse para ser más eficiente; o el empleo de los sistemas de *Legal Advisory Systems* o sistemas de asesoría jurídica; o los sistemas de *Legal Decision Support Systems*, que ofrecen apoyo a la predictibilidad del posible resultado de una controversia jurídica; los sistemas de argumentación y de negociación jurídicas, entre otros. Todos ellos han venido incorporando una suerte de inteligencia artificial aplicada al mundo legal. En este sentido, cabe igualmente citar la “Jurimetría”, o el análisis de precedentes jurisprudenciales dentro de una óptica conductista aplicada a la informática jurídica, de manera que traduce (convierte) el lenguaje jurídico en lenguaje simbólico de las matemáticas y la lógica, y con ello permite realizar estadísticas jurídicas, estrategias de comunicación e incluso de defensa. En suma, permite incorporar una enorme dosis de previsibilidad de éxito o fracaso en sede judicial, con análisis estadístico de jueces, magistrados, juzgados, tribunales y asuntos que en ellos se han venido conociendo, determinando.

2.2. Su aplicabilidad en la investigación criminal, el proceso penal y la ejecución penal

El proceso penal ha venido experimentando una enorme transformación en las últimas décadas. El mundo electrónico y digital ha favorecido la conformación de los componentes electrónicos (*eJustice*) que, si bien no se aplican de forma uniforme y en todo el *iter* procedimental, sí que han ido permitiendo la incorporación de las tecnologías en la investigación y en el proceso en la fase probatoria. Y en esta fase es posible no solo considerar los informes y documentos electrónicos, sino también la agilidad que ofrece el empleo de las tecnologías en la práctica de determinados medios de prueba, como puede ser el que se ofrece a través del empleo de las videoconferencias en el juicio oral. Y ello sin que sea posible considerar que quedan afectadas las garantías

de determinados actos del proceso, sino que antes al contrario, se ha conseguido evitar en muchos casos dilaciones innecesarias o torticeras.

Ahora bien, el camino continúa. En el ámbito de la justicia penal, la cuarta revolución industrial no solo ha permitido el progreso positivo sino que ha incorporado nocivas consecuencias de su empleabilidad, como es la facilidad con la que la delincuencia ha traspasado fronteras, ha roto espacios territoriales y ha propiciado una gran debilidad del Estado global. La delincuencia que se comete a través de internet no entiende de fronteras, de modo que acrecienta, ante la desaparición de límites espaciales, nuevos riesgos y específicas responsabilidades. Esa complejidad existe indudablemente y es fruto de la penetración de las TICs en la vida cotidiana, que trascienden al mundo del derecho y especialmente al derecho penal. Esto ya no preocupa solo a los Estados sino muy especialmente al mundo empresarial, que se mueve desde parámetros digitales y requiere fomentar esa ciberdefensa para tratar de minimizar los riesgos cibernéticos. El mundo digital se expande y con él el espacio, la comunicación, la economía y el derecho, y en todo este nuevo mundo digital de relaciones diversas y peculiares, también la infracción de las normas y la comisión de delitos se puede efectuar a través de los instrumentos digitales, generando una realidad jurídica absolutamente desconocida hasta hace unos años y tremendamente exitosa en la agilidad y rapidez de sus movimientos.

En el contexto descrito, los Estados se han mostrado en muchas ocasiones inoperantes, no solo por falta de inadecuación de sus normas, sino porque los medios de persecución de estas infracciones y delitos requerían de una adaptación a esta realidad virtual y a este mundo digital. La cooperación judicial entre Estados, los movimientos interregionales y la capacitación de los protagonistas de persecución penal y de investigación han sido los grandes retos de estas últimas décadas. Las tecnologías no solo deben jugar a favor de la comisión de hechos delictivos o de su sofisticación, sino también a favor de la más ágil, rápida y efectiva investigación criminal, amén del mismo desarrollo del modelo procesal penal, ya sea en sede de juicio oral o ya en ejecución de sentencia.

Podemos citar, a este respecto, la interconexión que las tecnologías permiten entre la Policía, el Ministerio Público y los tribunales de justicia, favoreciendo las actuaciones procesales, la investigación y facilitando la cooperación no solo entre órganos directamente vinculados con el Poder Judicial, sino incluso con la Hacienda Pública, el sistema bancario, la Seguridad Social, etc. La cooperación nacional e internacional en la lucha contra el crimen ha experimentado una efectividad exponencial debido al desarrollo de las tecnologías, que permiten en tiempo real esa colaboración, y no solo entre órganos judiciales sino que alcanza a los servicios policiales y de inteligencia, que ven en las tecnologías medios mucho más ágiles y efectivos en la persecución de hechos singulares, de organizaciones criminales y, también, en la prevención de las conductas delictivas.

Igualmente, a título de ejemplo, se ha aplicado como sistemas de control (a través de algoritmos) que permiten detectar rostros, identificar personas a través del iris, la huella dactilar, los movimientos, y un largo etcétera, que no solo juegan a efectos de persecución de la delincuencia, sino que abrigan opciones preventivas de control que se dirigen a mantener una seguridad y un orden social o colectivo. En esa evolución de las máquinas al servicio de la investigación criminal se han incorporado realidades que hace tan solo unos pocos años eran impensables, como, entre las más modernas e impactantes, la denominada tecnología del reconocimiento facial, que permite identificar a personas en una foto o captada en una cámara de seguridad. Ciertamente, se argumenta que la tecnología de reconocimiento facial viene con la promesa de mayor seguridad, si bien se aproxima más bien al escenario orwelliano de una sociedad de sometidos al control de no se sabe muy bien quién o qué. Podría permitir identificar a personas que lleven velo, pasamontañas, gafas, máscaras, etc. Se trata, en suma, de algoritmos, de técnicas de análisis de datos y de creación de bancos de imágenes de caras que entregan a las fuerzas de seguridad un instrumento para identificar a delincuentes, terroristas, etc.

Estos mecanismos, indudablemente, y así hay que afirmarlo, limitan, cuando no minimizan o restringen, los derechos y garantías que los ciudadanos poseen en

el contexto social que vivimos. Una sociedad que bajo el paraguas del miedo y la inseguridad evoca políticas públicas, no se sabe si voluntariamente o impulsada por los medios de comunicación, la prensa amarilla y los políticos mismos; políticas públicas que tienen un objetivo finalista claro: el control, la prevención, la seguridad o si cabe la *securitización* de la sociedad moderna (Barona, 2018, pp. 138-144).

También en sede de ejecución penal o como medida cautelar, es posible pensar en las denominadas pulseras electromagnéticas que permiten establecer un control de la persona allá donde se encuentre, por ejemplo, si se le exige que no puede salir de una determinada demarcación o que, por el contrario, tiene prohibido acudir a un determinado lugar o acercarse a una determinada persona. La pulsera es el instrumento en virtud del cual se puede llevar a cabo ese control, de forma electrónica, en sede policial, sin necesidad de tener que llevar detrás un control policial que efectivamente constatare la movilidad permitida o prohibida de la persona.

Ahora bien, el avance de las tecnologías en sede procesal penal, empero, continúa, y lo hace con avances realmente espectaculares en la función judicial de toma de decisiones, ora favoreciendo la simplificación del razonamiento a través de la incorporación de criterios, ora llegando a incorporar las máquinas inteligentes a los efectos de alcanzar la sustitución del juez por la máquina o, lo que es lo mismo, ofrecer la robotización judicial o el juez-robot. A estos avances dedicamos las páginas siguientes.

### 2.3. De las *Sentencing Guidelines* a la *Judicial Machine* o juez-robot

No hay duda alguna de que la tecnología ha avanzado y lo ha hecho lo suficiente como para favorecer el ejercicio de la función jurisdiccional, el razonamiento lógico jurídico que llevaría a valorar los hechos aportados al proceso, la prueba de los mismos, las circunstancias concurrentes, todo para producir el fallo. Esa función puede verse notablemente favorecida por el empleo de las tecnologías, sin perjuicio de que la última palabra jurídica sería de los jueces humanos. Cuestión diversa es la aplicación de la tecnología no como complemento sino como sustituto del juez. A estos dos niveles de

aplicación de las nuevas tecnologías en el sistema procesal penal, vamos a referirnos a continuación y vendrían a ser dos variantes de la inteligencia artificial, con unas consecuencias jurídico-procesales diversas de las que hemos venido tratando en las páginas anteriores.

#### 2.3.1. Sistema de expertos: *Sentencing Guidelines*, *Mandatory Penalties* y sistemas de predictibilidad

Las ya existentes y consolidadas modalidades de sistemas de expertos que se han ido desarrollando en EE. UU., nos permiten contar con un banco de pruebas suficiente para detectar que estos sistemas ya no son un experimento jurídico, sino que ofrecen respuestas en la toma de decisiones judiciales en la justicia norteamericana. Decisiones judiciales que se van gestando con la colaboración de unos criterios que juegan como guías a la hora de la toma de decisiones. Y estos criterios, que nacieron inicialmente con vocación experimental o potestativa, se fueron paulatinamente convirtiendo en criterios que constreñían los sentidos de las sentencias judiciales.

Este primer sistema que permite trabajar con reglas o estándares que favorecen el sentido de las sentencias se ofrecía para paliar algunos de los grandes males de la justicia, a saber, la ausencia de predictibilidad y la eficiencia del modelo procesal, para evitar retardaciones y generar mayor certidumbre en la ciudadanía. Indudablemente, estos dos componentes merman ineludiblemente la capacidad decisoria del juez, cercenando el razonamiento lógico deductivo desplegado en la formulación de la sentencia. Se trata, en suma, de incorporar unos estándares o criterios que permiten fijar el sentido de la sentencia y, sobre todo, en atención a los mismos, la gravedad de la condena que se imponga.

En este sistema de expertos es posible incardinar lo que surgió en EE. UU. bajo la denominación de las *sentencing guidelines*, destinadas a lograr una cierta uniformidad en las decisiones judiciales. Iniciado de forma voluntaria en Denver y Vermont por algunos jueces, como proyecto piloto, fue paulatinamente aceptándose en otros Estados como Maryland, Florida, Massachusetts, Michigan, New Jersey, Utah y Wisconsin. Con esas primeras acciones se favoreció igualmente la aprobación en California de



la *Determinate Sentencing Act (California Penal Code §1170 (a) (I))* en 1976. En todos ellos concurría un objetivo: configurar unos criterios que permitieran eliminar la disparidad y favorecer la uniformidad de las condenas. Se trataba de reglas numéricas, orientadoras y, como tal, voluntarias, lo que significaba que los jueces podían apartarse de ellas, aunque para ello tuvieran que motivar su separación.

Progresivamente, estos criterios, que nacieron con vocación de potestatividad, se convirtieron en normas compulsivas en los diversos estados americanos a partir de los años ochenta, hasta que en 1987 se aprobaron las *US Sentencing Guidelines (U.S.S.G.)*, tras la *Sentencing Reform Act 1984*. Se diseñaron unos sistemas numéricos (Richrich, Sutton, Clear & Saks, 1982), que incorporaban tablas con criterios tanto para condenar y absolver como para, en el caso de condena, fijar la gravedad de la misma. Entre los criterios se encontraban el género, el estatus social, la situación laboral, la edad, la raza, el estado civil, etc., y se favorecía especialmente un endurecimiento punitivo de determinadas personas que, por edad, raza, género y clase social, resultaban perjudicadas en relación comparativa con otras. Los posibles resultados de la aplicación de estos sistemas numéricos alimentan grandes dosis de racismo, amén de ofrecer una solución que despersonaliza el sistema judicial penal en su conjunto, o lo que es lo mismo, que favorece la exclusión subjetiva de la aplicación personal de la pena (Tonry, 1996, pp. 72-75; Christie, 1993, p. 144.).

Para evaluar su aplicación se fueron configurando las denominadas *sentencing commissions*, que no solo establecían, modulaban etc., los estándares para dictar sentencias condenatorias, sino que tenían la función de desarrollar investigaciones, monitorear el funcionamiento de la aplicación de las penas y, a su vez, analizar el impacto en la superpoblación carcelaria. En cada uno de los estados existían variaciones en los criterios y su aplicabilidad, si bien es indudable que la influencia de las experiencias de unos y otros estados les ha servido para, cada vez más, ir acercando las soluciones o criterios del sistema alfanumérico que se ofrecía.

La incorporación de estos criterios instrumentales provocaba consecuencias economicistas medibles

desde los parámetros de la aplicabilidad del análisis económico del derecho que, desde su irrupción en la Escuela de Chicago, proyectaba su ideología y su visión economicista también en la justicia, sin que escapara de esa interpretación la justicia penal. Así, se fue no solo controlando desde las Comisiones antes citadas la aplicabilidad de estos criterios, sino también se fue haciendo necesario considerar el efecto económico que estas *guidelines* generaban, a saber, de qué forma alteraban o afectaban a la población carcelaria. Importaba el “coste” que su aplicación suponía. Es por ello que se sugería la incorporación de estándares que permitieran valorar esta cuestión, es decir, que evitaran la necesidad de mayores fondos presupuestarios para hacer frente a una superpoblación carcelaria que iba en aumento (Reitz & Reitz, 1997, p.17), debido a esa propulsión a condenar por la aplicación de las *guidelines*. De este modo se valoraban dos elementos y su equilibrio, a saber, las ventajas de la aplicación en las condenas de las *guidelines* y las desventajas económicas —gastos— que podría implicar el aumento lineal de condenas con privación de libertad y, por ende, aumento de la población penitenciaria.

Es más, ineludiblemente, el sistema de aplicación de las *guidelines* favorece el denominado derecho penal de autor. Se favorece la gravedad de la condena no por los hechos cometidos, sino con base en circunstancias personales y especialmente en los elementos de su personalidad (Cullen & Gilbert, 1989, p. 81). Esta alteración se hizo sentir aún más, si cabe, cuando aparecieron las denominadas *mandatory penalties*, que venían a imponer penas de prisión muy altas cuando los hechos, referidos a drogodependencia, delitos sexuales, etc. Entonces, se entendía mecánicamente la obligatoriedad de su aplicación, y se favorecía con ello un endurecimiento en las condenas. En esta línea se encuentra, a título de ejemplo, la consideración de la regla de la *three strikes and you're out*, cuya aplicación era automática cuando se trataba de reincidentes, lo que suponía una condena automática más grave que cuando se tratara de delincuentes habituales.

El efecto de estas reglas o condicionantes a la hora de determinar la condena de una persona no solo producía efectos procesales, sino que se presentaba

como un buen instrumento de manipulación pública por los políticos, que las utilizaban en las campañas, con promesas de seguridad ciudadana y orden público, condenas y encarcelamientos masivos. Cuestión diversa es el equilibrio que supuso la visión economicista de su aplicación en el contexto estadounidense en general, propiciando a este respecto una menor aplicabilidad en la práctica, como consecuencia de la necesidad de evitar los gastos propiciados por el aumento de presos en las instituciones penitenciarias. Es por ello que, como algún autor ha señalado, efectivamente se utilizaba a modo de lemas simbólicos en el debate político. Ello no es óbice a que no hay que perder de vista que el simbolismo penal “lejos de ser inerte, también ayuda a crear realidad” (Zysman, 2012, p. 300). Una realidad que en absoluto comporta una mejora ni de las relaciones ni de la sociedad ni de las personas mismas.

Con todo no debe olvidarse que la incorporación de estas reglas, sean optativas o sean obligatorias, reflejan una indudable desconfianza de los políticos sobre los jueces y sobre la justicia en general. Se vende control y seguridad también en el contexto de las decisiones judiciales, argumentándose con ello que se están otorgando mayores dosis de predictibilidad, certeza y seguridad a la ciudadanía. Todo ello obviamente cercenando la capacidad decisora del juez.

Estos estándares o criterios de aplicación por los jueces en las decisiones condenatorias, que alteran la capacidad del mismo y vacían la discrecionalidad judicial en EE. UU., han sido seguidos, cada vez más, en numerosos países, denominándoles de forma diversa, pero incidiendo en esa tendencia a cercenar la capacidad decisora del juez. Es más, la situación, lejos de quedarse estancada, ha ido avanzando estrechamente vinculada a la cuarta revolución industrial o el 4.0., que lejos de moverse tan solo en el ámbito de la empresa y en el sector económico, ha alcanzado igualmente a la justicia en general y a la justicia penal en particular.

En este sentido, y en línea con los principios de la cuarta revolución industrial, interesa que la justicia pueda alcanzar lo que se le achaca como uno de los grandes males: la predictibilidad de las sentencias. La absoluta ausencia de esta nota ha venido afectando

el funcionamiento de la justicia, argumentándose que la disparidad de criterios, la no predictibilidad de los resultados y los gastos inútiles que todo ello ha reportado son muestras de la necesidad de un cambio, en aras de alterar ese *modus operandi* del aparato de la justicia. O, lo que es lo mismo, se trata de incorporar sistemas que permitan evaluar, desde la predictibilidad de los resultados, si es conveniente o no acudir a un proceso judicial, a un arbitraje, a una mediación o mantener una posición pasiva, evitando no solo el mal empleo del tiempo, de los medios y del costo, sino también la carga psicológica que supone mantener esa suerte de pie de guerra que conlleva ineludiblemente la litigación y los mecanismos de confrontación de las personas.

Desde esa visión, muy probablemente, e influida de forma especialmente importante por las nuevas maneras de diseño, gestión y distribución de la industria del 4.0., claramente vinculada a los avances tecnológicos, surgieron los sistemas computacionales que permiten la predictibilidad de las sentencias. Así, en la década de los años noventa del siglo pasado comenzaron a realizarse modelos de muestreo estadístico de sentencias penales, a partir de las cuales sea posible predecir los resultados confirmatorios o revocatorios de las sentencias que se dictaren en sede de apelación. Interesante fue el proyecto lanzado en relación con la Corte de Apelaciones de Nueva Zelanda en procesos penales seguidos por la comisión de delitos sexuales: se valoró el perfil del ofensor y las circunstancias en las que se cometieron los delitos, elementos que alimentaban el sistema computacional, y permitían llegar a la conclusión de que el muestreo estadístico era un método útil para predecir el éxito de una posible apelación y, por ende, la utilidad o no de su planteamiento, lo que evita acciones penales innecesarias, amén de costosas (Simester & Brodie, 1993, pp. 49-60).

Estos sistemas computacionales son instrumentos muy efectivos en determinados sectores —sin duda alguna— especialmente en sede de proceso civil o de arbitrajes, por cuanto permiten trabajar con elementos suficientes que facilitan detectar si es conveniente iniciar un proceso judicial o mejor acudir a un arbitraje y, en todo caso, las líneas-fuerza para preparar la defensa de quien se encuentra afectado por el conflicto. Su aplicación en

ámbitos económicos refleja que su efectividad lleva a evitar esfuerzo, tiempo, y dinero. Es por ello que estas plataformas se integran muy bien en un mundo global de conflictividad mercantil, económica, internacional. Estos métodos permiten a los grandes despachos y a los *lobbies* económicos internacionales saber cómo moverse a la hora de preparar una posible estrategia, esto es, según quién puede ser mediador o árbitro o juez, tipo de nacionalidad, cuantía, materia compleja o simple, tiempos, etc. Es la aplicación de la informática y las tecnologías a la búsqueda de una homogeneidad y previsión de los resultados que pueden obtenerse en el marco de un litigio (Guzmán, 2017, p. 82).

Ciertamente, si bien en el mundo privado y económico la aplicabilidad de estos métodos computacionales que favorecen la predictibilidad no plantea dudas, y se presenta como un método de diagnóstico que indudablemente comporta enormes dosis de eficiencia y eficacia de las relaciones jurídicas y, sobre todo, de la gestión de posibles diferencias y conflictos existentes, la traslación de estos métodos a sede procesal penal plantea otros interrogantes, bastante más complejos y en ciertos casos más peligrosos. Hablar de predictibilidad criminal es indudable que puede alimentar un discurso peligroso cuando se construye sobre la base de la predeterminación de criterios de predisposición de actuación criminal.

En este sistema se trabaja con criterios que se refieren a la configuración de grupos sociales, excluyendo a aquellos en los que concurren esos riesgos (Rose, 2002, pp. 179-205); estereotipos, compartimentos estancos sociales, presunciones negativas, prejuicios, y un largo etcétera que indudablemente favorecen y alimentan el discurso del odio, el racismo, la xenofobia, la exclusión y la segregación. Este discurso, lejos de favorecer las relaciones personales y sociales y trabajar por la paz social, no hace sino aportar más dureza, más violencia, menos igualdad y más injusticia social. Se habla de componentes para incorporar en el sistema computacional para el análisis y la previsión de esa predictibilidad criminal, como la raza, el género, la edad, los ingresos, la educación, el estado laboral en que se encuentra, si es persona integrada familiarmente, su salud, si lleva vida desorganizada, donde nació, etc. (Chappell,

Monk-Turner & Payne, 2017, pp. 262-270). EN suma, todos ellos se integran en el programa computacional para determinar “comportamientos futuros”, algo así como una posible previsión de su culpabilidad y, sobre todo, de su futurible comportamiento delictivo. Se les considera como componentes esenciales del sistema computacional que permiten, en el modelo de justicia americano, que la policía pueda garantizar la *quality of life* de los ciudadanos americanos o, lo que es lo mismo, que segregan a quienes puedan alterar esta calidad de vida por tener una predisposición a quebrarla, al ser “potenciales” delincuentes. Un discurso muy peligroso que trabaja desde la tecnología con datos que permiten avizorar esos posibles comportamientos futuribles. Con ello se fundamenta la adopción cada vez más de la denominada tutela preventiva, esto es, actuar *ex ante* una previsible conducta que probablemente se cometerá por determinadas personas que reúnen condiciones aparentemente favorecedoras de una comisión de hechos delictivos.

Este modelo representa una clara manifestación de la revolución industrial del 4.0. y el cambio de *modus operandi* de la justicia penal, en cuanto estos sistemas computacionales se presentan como la vía para equilibrar los costes de la justicia con las respuestas que la misma puede ofrecer o, lo que es lo mismo, en materia penal se favorece una reestructuración de los activos policiales y de la optimización de su actividad en aras de conseguir resultados más satisfactorios para la sociedad en general.

Ahora bien, es indiscutible que este modelo computacional introduce un componente perverso que genera una ruptura del fundamento esencial que mueve la justicia penal, esto es, se olvida que, detrás de una sentencia penal, hay siempre personas con derechos fundamentales. Estos sistemas computacionales no escapan de una dura crítica que consideramos imprescindible realizar: la predictibilidad se eleva a la cúspide de los resultados, pero a costa de las personas o, mejor si cabe, de determinadas personas. El ejemplo lo hemos visto en algunos estados americanos a través de la elaboración de programas informáticos que determinan los altos índices de probabilidad de que el acusado (negro o latino, hombre, de clase social muy baja) vuelva a delinquir, por lo que ello estimula una condena con



una pena más grave. Resulta estremecedor que estos programas informáticos se conviertan en informantes vinculantes para el juez a la hora de dictar la sentencia y fijar la calidad y cantidad de la pena; obviamente, estos programas se presentan como instrumentos infalibles para garantizar la seguridad en la sociedad (Guzmán, 2017), una seguridad que falsamente puede alcanzarse y desde luego con el coste elevadísimo de la violación de la presunción de inocencia, del derecho de defensa, del derecho con todas las garantías, la igualdad de todos ante la ley y un largo etcétera que la inteligencia artificial “todavía” no ha integrado.

Es por todo ello, que compartimos la opinión de Guzmán Fluja cuando considera que, muy a pesar del índice de acierto predictivo que presentan estos programas computacionales, no puede olvidarse el posible margen de error que también existirá. Es más, como apunta textualmente este autor

a) se impone una pena añadida anticipada sin más base que la más o menos alta probabilidad de que se pueda volver a delinquir y, aunque eso fuera cierto (quiere decirse 100% probable), sólo una vez cometidos esos “nuevos” delitos podría procederse a juzgar al sujeto y, en su caso, imponerle la pena correspondiente; b) para el caso de que, una vez excarcelado, el sujeto no volviera a delinquir, y fallase así la predicción del programa informático, entonces la medida sería absolutamente injustificable y contraria a los derechos más elementales de la persona porque habría habido una pena sin delito en contra de los más elementales principios del derecho penal y procesal penal (2017).

En ciertos casos, podríamos trabajar con los modelos computacionales *in bonam parte* a saber, en aquellos supuestos en los que se deriva un bajo índice o nulo riesgo de volver a cometer un delito en el futuro, debe considerarse a efectos de atenuación de la condena.

En suma, creemos que la aplicación de los programas informáticos para trabajar la predictibilidad de las sentencias penales, que favorece el endurecimiento de las penas, el derecho penal de autor, la segregación y el quebrantamiento del principio de igualdad de todos los ciudadanos ante la ley, debe cuestionarse, a saber,

si este va a ser un método de empleo común en los ordenamientos jurídicos, habrá que dotar de los debidos mecanismos de valoración e impugnación de los datos que se incorporan al sistema informático (lo que no es sino cuestionar la posición de quien alimenta el modelo computacional), pudiendo discutir además los resultados que se alcancen. Es decir, los sistemas programados informáticamente pueden favorecer a la sociedad en determinados ámbitos, indudablemente, pero cuando se trata de los derechos fundamentales de la persona, de la libertad y, sobre todo, de la consideración de la persona como tal, deben otorgarse medios que permitan cuestionar el pensamiento del sistema o, lo que es lo mismo, los datos incorporados, amén de los resultados que los mismos producen.

### 2.3.2. *Machine learning, Deep learning*, juez-robot

Expuestos algunos ejemplos de la impronta de la inteligencia artificial en el mundo de la justicia o, lo que es lo mismo, de la incorporación de la inteligencia computacional o inteligencia a través de las máquinas, que imitan las funciones cognitivas de las mentes humanas en la misma, los avances hacia un perfeccionamiento de la máquina inteligente no cesan, de modo que, si bien la inteligencia artificial es la ciencia que se ocupa de diseñar máquinas que emulan el pensamiento humano, emergen nuevos conceptos, como *machine learning* que, vinculado estrechamente al área de la inteligencia artificial, la supera, al desarrollar programas informáticos capaces de aprender por sí mismos y realizar, entre otras acciones, las predicciones a las que nos hemos referido *supra*. La *machine learning* se aplica mediante la técnica del *deep learning*, un tipo específico de algoritmos conocidos como redes neuronales, que son los modelos matemáticos que emulan el comportamiento estructural del cerebro humano, tomando como base la interacción entre las neuronas (Sucasas, 2018, p. 74).

Estos avances de la inteligencia artificial permiten aunar los esfuerzos de la robótica con otras áreas, que incorporan elementos de la psicología, la neurociencia, la lingüística, la genética, la pedagogía, la logopedia, la matemática y muchos otros, que trabajan conjuntamente en la elaboración de máquinas inteligentes que permitan llevar a cabo razonamientos automáticos, demostración de teoremas, sistemas de expertos (en medicina, en

ingeniería, en el ámbito castrense y también en el mundo jurídico, entre otros), el aprendizaje, etc. Se buscan soluciones desde la máquina, pero con el sentido común humano. Esa búsqueda del pensamiento humano exige la aplicación de unas reglas de juicio que guíen la toma de decisiones; son las denominadas reglas heurísticas (ante un tipo de problema permite seleccionar las posibles bifurcaciones que podemos plantearnos ante un camino lleno de ramificaciones, lo que restringe por ello las posibles soluciones) que en absoluto son infalibles. Estas reglas heurísticas son indudablemente un mecanismo de manipulación inteligente.

Con ellas se avanza en la inteligencia artificial, tratando de combinar en los programas computacionales estructuras de datos y procedimientos de interpretación con diferentes lenguajes para diferentes campos de aplicación, ejemplo del cual es el *software*. Los resultados son visibles en numerosas áreas (posibilidad de realizar diagnósticos médicos, preparación de estrategias militares, consultas de los consumidores, evaluaciones económicas, etc.). En gran medida todos ellos conectan con los diversos tipos de inteligencia artificial (Russell & Norvig, 2009), entre los que se encuentran: sistemas en los que se emula el pensamiento humano, como sucede con las redes neuronales artificiales, lo que favorece la toma de decisiones, la resolución de problemas y el aprendizaje (un razonamiento basado en casos); en otros casos son sistemas que permiten actuar como humanos, imitando su comportamiento, como sucede con el robot; otros sistemas que emulan el pensamiento lógico racional del ser humano como la creación de sistemas expertos —que infieren una solución a través del conocimiento previo del contexto en que se aplica y hace uso de ciertas reglas o relaciones o, lo que es lo mismo, la necesidad de definir el dominio sobre el que versará el sistema, definición del o de los problemas, integración del equipo interdisciplinario, identificación de expertos cuyo conocimiento sea modelado, adquisición de conocimiento experto, representación del conocimiento experto, programación, validación del prototipo, implementación final, mantenimiento y actualización— y, finalmente, aquellos sistemas que emulan la forma racional del comportamiento humano como sucede con los agentes inteligentes (conductas inteligentes de artefactos). Ejemplos los encontramos diariamente en

los videojuegos, el ajedrez computacional, los sistemas de lenguaje, en los avances médicos y terapéuticos (un exponente muy interesante fue el que se desarrolló en 2009 como sistema terapéutico para detectar emociones e interactuar con niños autistas).

Estos avances inteligentes pretenden la imitación del cerebro de la persona en todas sus funciones, si bien no parece que la situación vaya a estancarse, dados los experimentos realizados ya para conseguir que la máquina no solo piense por sí sola, sino que pueda tener su pensamiento propio superando las capacidades humanas. Y esta situación parece ir aproximándose cada vez más al mundo de la justicia. Podemos citar, a este respecto, la incorporación del *juez robot* en un sector como el de los conflictos en materia de consumo, por el enorme impulso recibido a estos efectos desde la Unión Europea (Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (UE) N. 524/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013), lo que da lugar a la consolidación de las *Online Dispute Resolution* (ODR) en materia de consumo. Las peculiaridades propias de los conflictos sobre consumo pueden favorecer estos mecanismos en los que los programas informáticos desempeñan un interesante aporte en la resolución de conflictos, todo, y que es la robotización de la solución del conflicto (la máquina inteligente), estandarizando las respuestas de acuerdo con un programa apropiado para ello. La máquina inteligente sustituye en la toma de decisiones al órgano decisor, resolviéndose, así, de modo ágil, rápido, económico y predecible los conflictos que puedan suscitarse en este sector.

El camino continúa y resulta especialmente significativo observar la paulatina extrapolación de estas iniciativas de robotización judicial a la sede penal. La incógnita es la de valorar si efectivamente el juez robot puede llegar a sustituir al juez humano en el proceso penal. *A priori* entiendo—dejando fuera un perfeccionamiento de la máquina que supere al hombre, lo que podría ser altamente peligroso para la especie humana—, que extrapolar estas iniciativas de robotización judicial a la sede penal llevaría a la liquidación del proceso penal, al convertir este en un expediente automatizado que impediría el ejercicio de los derechos reconocidos a quienes son

sujetos del proceso penal; mermarían las garantías de defensa y propulsarían una mecanización judicial que, cuando menos, chocaría con el proceso lógico jurídico de razonamiento judicial que aplica la norma al caso concreto, al sujeto concreto y bajo unas circunstancias concretas, modulando y justificando esta modulación en la motivación de los hechos probados. Se cuestionaría no solo la inteligencia humana, sino cómo esta se aplica en el ámbito del derecho penal para determinar, desde la mirada interior de nosotros mismos, para cuestionarnos acerca de cuándo y cómo tenemos derecho de castigar a otros (Whitman, 2008, p. 7), lo que se perdería con la aplicación del sistema computacional inteligente que propiciaría la mecanización de las respuestas penales, aun cuando pudiera también el juez-robot motivar sus decisiones.

En estos momentos, no deja de ser muy inquietante el avance de la robotización judicial y las perspectivas de futuro en sede procesal penal. Se abriría una nueva vía, pero desde luego no el proceso penal, que quedaría liquidado desde la aplicabilidad de la máquina inteligente. Los derechos y las garantías en el proceso penal no son una mera declaración formal de principios, sino que son los pilares sobre los que debe moverse el modelo de Estado de derecho, encarnan la legitimidad del propio sistema procesal y, por tanto, cualquier avance que la revolución industrial y tecnológica del 4.0. pueda propiciar en la justicia penal, debe contar con una *conditio sine qua non*: nunca los avances de la robotización de la justicia pueden hacerse a costa de los derechos y las libertades de los ciudadanos.

Quizás en el futuro la inteligencia artificial supere el pensamiento humano crítico, sus imperfecciones y sea capaz de equilibrar la libertad y la seguridad, si bien deberá tenerse claro quién alimenta el pensamiento del robot juez o quién construye el pensamiento que deba retroalimentarse por sí mismo; esto es, quién

construye el pensamiento global, uniforme, que controla todo y a todos. Se habla incluso de un avance mayor en inteligencia artificial que es, no ya la creación de un robot judicial que responda a un sistema diseñado desde la mente humana para que, en función de unos *criteria*, termine decidiendo, sino que pretende un paso más, que sea la misma máquina la que termine creando su propio pensamiento (como se avanzó con algunos modelos como Hiro o Sophie) y, por ende, su capacidad *sui generis* de resolver en sede penal. Y que ese pensamiento permita también a la máquina individualizar la pena, incorporando las variables personas, espacios, circunstancias, etc. Es posible que veamos un modelo computacional que supere las falencias de la mente humana y que permita mejorar la capacidad de decisión de la mente humana, incluso construyendo decisiones más justas. Podría llegarse a ese modelo de justicia feliz, al estilo de la obra de *Un mundo feliz* de Huxley, si bien habrá que incorporar respuestas igualmente frente a la posible responsabilidad que pueda generar la máquina, algo así como la creación del estatuto de la persona electrónica y su necesidad de poder responder de sus actuaciones.

Concluimos afirmando que aceptamos el reto que en su día planteó Drew Faust, la primera mujer presidente de la Universidad de Harvard, de abrir las mentes; así seremos capaces de imaginar un mundo distinto. Un mundo que se avizora tecnológico de última generación, en el que se conviva con máquinas inteligentes que colaboren, pero también sustituyan las tareas que en la actualidad solo las mentes humanas pueden realizar. Aceptamos el reto, admitimos la evolución, la innovación y la sofisticación tecnológica y la asumimos desde una visión positiva. Esto es, tan solo si la inteligencia artificial y la máquina inteligente se convierten en instrumento de creación de un mundo mejor, un mundo en el que se erradique la desigualdad, la pobreza y la falta de oportunidades. De lo contrario, la máquina inteligente destruirá el mundo de los humanos.

## Referencias

- Barona Vilar, S. (2011). *Mediación penal: Fundamento, fines y régimen jurídico*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Barona Vilar, S. (2017). *Proceso penal desde la Historia: Desde sus orígenes a la sociedad del miedo*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Barona Vilar, S. (2018). *Justicia Penal: Globalización y Digitalización*. Santiago, Chile: Thomson Reuters.
- Braithwaite, J. (2003). Principles of Restorative Justice. En J. Roberts, A. Von Hirsch, A. E. Bottoms, K. Roach & M. Schiff (Eds.). *Restorative Justice and Criminal Justice: Competing or reconcilable paradigms?* (pp. 1-20). Portland: Hart Publishing.
- Chappell, A. T., Monk-Turner, E. & Payne, B. K. (2011). Broken Windows or Window Breakers: The Influence of Physical and Social Disorder on Quality of Life. *Justice Quarterly*, 28(3), 522-540.
- Christie, N. (1993). *La industria del control del delito (¿La nueva forma del holocausto?)*. Buenos Aires: Del Puerto.
- Cullen, F.T. & Gilbert, K. E. (1989). *Reaffirming Rehabilitation*. Cincinnati: Anderson Publ.
- Guzmán Fluja, V. (2017). Sobre la aplicación de la inteligencia artificial a la solución de conflictos. En S. Barona Vilar (Ed.). *Justicia civil y penal en la era global* (67-122). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Hobsbawm, E.J., (2012), *Guerra y paz en el Siglo XXI*. Barcelona: Booket
- Plant, R. (2016). Friedrich August von Hayek: Der (neo-)liberale Staat und das Ideal des Rechtsstaats. En Th. Biebricher (Ed.). *Staatsverständnisse* (75-98) Baden-Baden: Nomos.
- Reitz, K. R. & Reitz, C. R. (1997). American Bar Association Adopts New Sentencing Standards. En M. Tonry & K. Hatlestad (Eds.). *Sentencing Reform in Overcrowded Times: A Comparative Perspective* (17-19) New York/Oxford: Oxford University Press.
- Rich, W.D., Sutton, L.P., Clear, T.R. & Saks, M. (1982). *Sentencing by Mathematics: An Evaluation of the Early Attempts to Develop and Implement Sentencing Guidelines*. National Center for State Courts.
- Rose, W. (2002). Crimes of Color: Risk, Profiling and the Contemporary Racialization of Social Control. *International Journal of Politics, Culture and Society*, 16 (2), 179-205.
- Russell, S. & Norvig, P. (2009). *Artificial Intelligence: A Modern Approach* <file:///C:/Users/74740413/Downloads/a154ffbce538a4161a406abf62f5b76-original.pdf> [Fecha de consulta 24 de abril de 2019].
- Schwab, K. (2018). *La cuarta Revolución Industrial* (4ª ed.). Barcelona: Debate.
- Simester, D. I. & Brodie, R. J. (1993). Forecasting criminal sentencing decisions. *International Journal of Forecasting* 9(1), 49-60.
- Stegler, M. B. (2003). *Globalization: A Very Short Introduction*. Oxford: Oxford University Press.
- Sucasas, A. L. (2018). La inteligencia artificial no va a ser más inteligente que nosotros. *Revista Retina, El País*, (2). Recuperado de [https://retina.elpais.com/retina/2018/02/19/tendencias/1519034268\\_083764.html](https://retina.elpais.com/retina/2018/02/19/tendencias/1519034268_083764.html) [Fecha de consulta 24 de abril de 2019].
- Tonry, M. H. (1996), *Sentencing Matters*. New York, Oxford: Oxford University Press.
- Whitman, J. Q. (2008). *The Origins of Reasonable Doubts*. Yale: Yale University Press.
- Zysman Quirós, D. (2012). *Sociología del castigo: Genealogía de la determinación de la pena*. Buenos Aires: Didot.

**Eduardo  
Soto Kloss**

**Pontificia  
Universidad  
Católica de Chile**

esotok@uc.cl

Recibido: 30.05.19

Aceptado: 17.07.19

## **Fundamentos y naturaleza de las concesiones administrativas**

### **Principles and nature of administrative concessions**

---

**Resumen:** Estas líneas son un intento de definir y aclarar el concepto de concesión por parte de la Administración, pues, como sucede con otros términos jurídicos, resultan poco claros e, incluso, confusos para expresar verazmente los actos jurídicos que pretenden indicar. Por otra parte, en Chile, en lo que se refiere a las concesiones y los actos propios, se han analizado y ejecutado —lo que paralelamente se ha transmitido a las cátedras de derecho administrativo— desde una óptica claramente estatista que otorga excesivo poder a la Administración. Parte del trabajo para impedir y revertir esta situación se apoya en dilucidar bien los conceptos y su significado, para lo cual es urgente indagar los fundamentos de los mismos y recordar el deber de sujetarse a la Constitución y la ley.

**Palabras clave:** Administración; concesión administrativa; gracia.

**Abstract:** This paper aims to define and clarify the concept of concession regarding Administration. As with other legal terms, this concept is imprecise to express effectively the legal acts it pretends to address. In Chile, on the other hand, concessions and the acts related to it have been analyzed and executed from a state perspective, which gives too much power to Administration and which has been transmitted accordingly in the courses of administrative right. Part of this work focuses on explaining the concepts and their meanings properly, so as to revert the situation described. To do so, it is urgent to look into the principles of these concepts, and to remember the duty of respecting the Constitution as well as the law.

**Keywords:** Administration; administrative concession; grace.

---

Para indagar y saber sobre los fundamentos de una determinada institución es preciso conocer, primero, qué es, o sea su noción, la idea que implica o, al menos, llegar a una descripción si no se llega a obtener un concepto, por ser huidiza su concreción en la práctica, tal como ocurre con este término de *concesiones administrativas*.

Aparece huidiza y, tal vez, hasta difusa, la noción de concesión administrativa porque, desgraciadamente, —como ocurre con otras nociones del derecho administrativo en Chile— no suele profundizarse en el uso de los términos empleados, explicando en qué sentido y con qué contenido se están usando. Aquí sucede exactamente lo mismo.

## 1. Noción y naturaleza de las concesiones administrativas: dilucidando equívocos terminológicos

Se usa el término concesión de muy diversa manera. Así, se suele usar (1) para referirse v. gr a una subvención (utilizo el término en su sentido más amplio de otorgamiento de sumas de dinero), es decir, se concede una subvención estatal (dineros) a un sujeto de derecho (natural o jurídico), o sea una ayuda económica, por ejemplo, para educación, como la beca Presidente de la República, y hay numerosos otros ejemplos, como los llamados fondos culturales, e incluso la muy conocida subvención a los establecimientos privados de educación; pero también ello puede referirse, (2) a un bien inmueble, y así se concede un terreno de playa para instalar, v. gr un restorán, piénsese el “Tierra del Fuego”, en la playa Acapulco, de Viña del Mar, destruido por el terremoto de 2010, reconstruido y luego inundado por las marejadas el 2018; (3) también, un terreno fiscal rural pero para instalar una escuela de enseñanza técnico profesional agrícola ejemplo en el cual se concede a un particular un inmueble para realizar una actividad, que no es propiamente estatal pero que tiene innegable efectos sociales de bien común. (4) Más aún, puede llegarse a atribuir a un particular — se concede— una actividad propiamente estatal que le corresponde a éste desarrollarla, actividad que nada menos consiste en la gestión de un servicio público, esto es prestarlo a la comunidad. Y esto del más variado tipo, en donde se pueden mencionar las concesiones de pasos ferroviarios, de señalización del tránsito en las vías públicas urbanas/semáforos, señalética de caminos públicos, de elaboración de comida para hospitales, cárceles, escuelas o universidades estatales/casinos, etc.

2. Debe señalarse que la enumeración de ejemplos dicha dista mucho de ser aproximada ya que hay muchos más “artefactos” que se dice que son concesiones o, más bien, que se les da este sustantivo para mentarlos. ¿Por qué ocurre esto? ¿Qué causa este maremágnum? Entremos en el tema.

3. Si se quiere hacer claridad, como decían y enseñaban los medievales, hay que atender a las palabras y qué se dice con ellas.

¿Qué es conceder? Si se atiende al término, se compone de ‘con’ y ‘ceder’, parece obvio. Significa no otra cosa que ceder algo a alguien, pero ceder algo que se posee a alguien que no lo posee. O sea, entregar algo que uno posee a otro sujeto que no lo posee pero que puede, por tanto, usarlo y gozar de su posesión aprovechándose de ello.

4. Se advierte de inmediato que hay en el vocablo concesión un ceder algo propio (en sentido amplio) sobre lo cual se tiene o un derecho o bien una potestad (caso de los organismos administrativos estatales) que le permite jurídicamente entregarlo a otro sujeto para bien de éste o también para bien de un tercero (como es el caso de la potestad que es un poder jurídico atribuido para el bien de una comunidad, sea privada (familia o cuerpo asociativo) o la política (que algunos llaman, impropriamente, la sociedad civil).



5. El concedente es dueño o poseedor de algo (un bien, sea corporal o incorporal), el concesionario no es ni dueño ni poseedor de ese algo, por lo cual lo que hace el concedente es un actuar positivo de “gracia” o de “merced” como se decía en el derecho castellano indiano.

6. Ahora bien. Esto calza muy bien con la idea vulgar, pero ¿funciona, igualmente, en el plano jurídico? Porque si es un acto de gracia, de merced y, en principio, gratuito (aunque pudiera agregarse un precio por su uso, pero en tal caso ¿no sería, acaso, un arrendamiento?), quedaría su extinción a la discreción del que llamamos “concedente” y el denominado “concesionario” carecería de derechos tanto para oponerse a esa extinción como para pretender perjuicios por esa remoción.

7. Detengámonos un instante para atisbar “por dónde van los tiros”. A fin de no caer en un laberinto conceptual hay que indicar que debe distinguirse muy claramente en derecho administrativo entre concesión acto y concesión contrato, porque no son lo mismo y tendrían, por consiguiente, un régimen jurídico diferente. La visión estatista —que tanto discuto y controvierto cada vez que puedo, por su perversidad, en cuanto trata a las personas como siervos de un poder totalitario—, da una conceptualización que suele ser usualmente aceptada sin mayor discusión y crítica por docentes y autores que se dedican a repetir lo que otros dicen. Y que es falsa.

8. En efecto, el Estado Administración en su misión de estar al servicio de las personas promoviendo el bien común a través de la satisfacción de las necesidades públicas, como lo establece la Constitución en su artículo 1.º inciso 4.º, lo puede hacer por vía unilateral a través de actos administrativos o por vía bilateral por medio de contratos administrativos. Aquí es en donde parte el equívoco del uso del término “concesión”, al no haberse distinguido esto suficientemente.

9. La “concesión-acto” suele haber recibido esa conceptualización de acto gracioso, de libre discreción de su emisión por parte de la Administración y de libre extinción, si bien desde hace varias décadas se ha ido dejando esta visión para lo que se ha dado en llamar permisos, que no concesión, si bien esa noción de

permiso no se adecua hoy a la Constitución en cuanto garantía de los derechos de las personas, pero este tema excede el propósito de este texto.

10. Respecto del acto concesorio o concesión-acto, no calza hoy de manera alguna esa visión estatista referida, y no sólo respecto de lo estatista sino, lo que es más fundamental, ni siquiera respecto de la noción misma de acto administrativo.

11. Conforme a la Constitución vigente, el acto administrativo no es simplemente una decisión unilateral que decide por sí la autoridad estatal y que pueda invalidar, revocar, caducar, derogar, retirar o como se diga, a su arbitrio. Muy por el contrario, con la actual Constitución, con más de cuarenta años de vigencia y aplicación constante por los tribunales de justicia, un acto administrativo en primer lugar no lo puede dictar un órgano administrativo sino en la medida que la Constitución y usualmente la ley (y ésta debe estar en conformidad con ella), le otorgue previa y expresamente la potestad jurídica correspondiente (artículos 1.º inciso 4.º, 5.º inciso 2.º, 6.º inciso 1.º y 7.º incisos 1.º y 2.º). Además, tiene el deber de actuar cuando se produzca el hecho/necesidad pública que debe satisfacer: su omisión e incluso su actuar tardío o ineficiente, si produce daño a una víctima origina *ipso iure* la responsabilidad del Estado y de su órgano deficiente (artículos 6.º y 7.º incisos 3.ºs., y 38 inciso 2.º de la Constitución y Ley N° 18.575, artículos 2.º, 4.º y 44/42). También el contenido del acto, incluso si la ley ha conferido al órgano que lo dicte un margen de apreciación frente al hecho que debe resolver, debe ser adecuado y proporcionado al fin de satisfacer la necesidad pública de que se trate y, por último, no debe contener diferencias arbitrarias, es decir debe ser racional y no arbitrario (artículos 19 N° 2 inciso 2.º y 20 inciso 1.º de la Constitución y Ley N° 18.575, artículos 2.º y 3.º).

12. Pero hay más. Como acto jurídico que es el acto administrativo, produce una relación jurídica entre autor y destinatario, con derechos para este si se trata de un acto de beneficio y obligaciones si el acto es de gravamen o sanción, y para la autoridad emisora produce deberes de obrar u omitir en el primer caso respecto del destinatario y poderes de exigir frente al destinatario

si se trata de acto de gravamen o sanción. En otros términos, según se trate de actos de beneficio o de gravamen/sanción, ambas partes de la relación jurídica pueden encontrarse en situaciones jurídicas de acreedor o deudor, respectivamente. Esto se contrapone de raíz con la visión estatista del acto administrativo que se ha enseñado durante décadas en Chile y otras latitudes y que me he encargado de controvertir y hoy parecería que está siendo admitido normalmente por los tribunales de justicia, con el consiguiente reconocimiento de los derechos de las personas frente a la Administración.

13. Y es que todo acto administrativo produce efectos jurídicos (para ello es que se otorgan potestades a los órganos de la Administración y para ello es que se dictan) y esos efectos son bienes, que se incorporan al patrimonio de sus destinatarios y constituyen derecho de propiedad, según lo reconoce la propia Constitución (artículo 19 N° 24 inciso 1.º). Son los llamados derecho adquiridos, sobre los cuales el autor del acto administrativo no puede pasar sobre ellos o avasallarlos sin que caiga en violación directa de la Constitución (artículo 7.º inciso 3.º) ya que carece de tal potestad.

14. De allí que el acto administrativo, incluido, por cierto, el acto concesión, dista sideralmente de ser un acto de gracia, una merced, que otorga libremente la Administración a quien quisiera y como quisiera, con un contenido libre y pudiendo extinguirlo a su arbitrio. Ello no es así en nuestro derecho chileno.

15. Aquí hay, sí, que hacer una distinción para ser precisos, especialmente en cuanto a la extinción del acto de concesión y especialmente respecto de la concesión de dineros y de bienes inmuebles. En cuanto a lo primero, como una subvención, habrá que distinguir a su vez de qué subvención se trata porque las hay de muy variado tipo —siempre según lo dispone la ley— y así encontramos las que otorgan beneficio a familias de escasos recursos o a personas ancianas que no pueden subsistir con lo que tienen, subvenciones que pueden ser anuales o por el tiempo que la autoridad lo determina, comprobándose la situación de necesidad; pero otras, son del tipo por una sola vez y con plazo determinado y, aún otras, como los premios nacionales que son de por vida (y que pueden ser equivalentes a una pensión, por

méritos en la actividad que han desarrollado durante su vida) y los cuales se otorgan por concurso público previa presentación de los propios candidatos, sea por sí o por grupo de amigos. Y varias otras que existen.

Un caso muy especial es el de las llamadas subvenciones a la educación que propiamente no son actos de concesión sino de autorización, pero analizarlo excede este trabajo. Se habla también de concesión para el caso de v. gr. la distribución de agua potable, de recolección de aguas servidas, de distribución de gas de cañería/gas natural, de servicios de telecomunicaciones (radiodifusión, televisión) y otras, pero ¿son concesiones? Propiamente no lo son, sino verdaderas autorizaciones, actos autorizatorios, lo que veremos cuando hablemos de las concesiones de servicio público, noción que éstas no cumplen desde su base.

16. Respecto del acto de concesión de bienes inmuebles hay también otro campo de discusión porque si bien son de libre atribución, su régimen suele ser bien reglado en cuanto a derechos y obligaciones recíprocos y en cuanto a su extinción, por lo cual se podría utilizar la analogía de los cargos públicos que pueden ser de libre designación (cumplidos, obviamente, los requisitos señalados en la ley) pero de remoción reglada.

17. De lo dicho hasta aquí, si algo resulta claro es que el tema es harto difuso y poco claro, si no se hace el esfuerzo de profundizar con rigor sobre la base de los principios constitucionales que rigen los actos administrativos teniendo a la vista la casuística que no es precisamente homogénea dado el muy escaso tecnicismo del legislador.

Tratando de hacer luz y claridad, debe decirse (1.º) que tratándose de actos de beneficio de los destinatarios hay que distinguir (a) en actos de concesión de dineros, actos administrativos que son propiamente concesiones en cuanto se concede un bien a un particular sobre el que éste no tenía ningún derecho, y que viene a ser un acto de gracia (no confundir algunas denominadas subvenciones que no son concesiones sino autorizaciones, recordar subvenciones a la educación particular) y (b) actos administrativos que son propiamente autorizaciones y no concesiones por cuanto es la ley la que confiere



directamente un derecho a un beneficiario, el cual sólo podrá ejercerlo y obtener el beneficio que conlleva una vez que la Administración compruebe que cumple con los requisitos que la ley ha exigido para ello; solo una vez comprobado por la Administración dicho cumplimiento, deberá dictar el acto correspondiente mediante el cual autoriza el ejercicio de ese derecho, que ha sido la ley la que lo ha otorgado. Tal ocurre, entre otros casos, por ejemplo, en la llamada concesión de radiodifusión sonora en el cual la ley entrega a la Administración (Subsecretaría de Telecomunicaciones) la gestión del espectro radioeléctrico y el particular tiene el derecho a solicitar una frecuencia en él (habiendo disponibilidad, obviamente) que la Administración concederá provisoriamente debiendo el solicitante cumplir los requisitos que la ley indica en un plazo fijado al efecto, y cumplidos ellos la autoridad otorga la concesión definitiva a través de un acto administrativo. Pero aparece claro que no es un acto de gracia, propiamente concesorio sino de autorización del ejercicio de un derecho habiéndose cumplido las exigencias impuestas por la ley para tal ejercicio.

Y (2.º) actos de concesión de bienes inmuebles los cuales estando ellos previstos en la ley, la concesión a particulares de su uso y goce emana de un acto administrativo que puede estar reglado su otorgamiento (incluso por vía de licitación) o simplemente a solicitud de interesado debiendo la Administración comprobar la pertinencia de esta concesión. Es necesario aquí indicar que a veces puede tratarse de un contrato administrativo propiamente tal como podría ser una concesión de servicio público como un aeródromo en un terreno fiscal.

18. Al llegar a este punto de la exposición resulta necesario señalar que no aparece acertado formular reglas generales porque la casuística es abundante y además muy heterogénea, y para acertar en el régimen jurídico que corresponda es preciso, a veces, hilar muy fino a fin de no errar ni dar soluciones falsas.

Me parece que solo ahondando en lo que es un acto administrativo es que se puede hacer luz en el tema y es a lo que me he dedicado desde hace varias décadas, contribuyendo a una noción de acto administrativo que supere el formalismo positivista la que atiende para su conceptualización (1) al solo autor del acto (un órgano de la Administración) y (2) a su emisión unilateral, noción enteramente insuficiente por incompleta y que no da cuenta de la realidad normativa (especialmente Constitución) porque en cuanto a lo primero hay actos administrativos que emanan de particulares (v. gr. un concesionario de obra pública, o un Directorio de una Asociación de Canalistas) y respecto de lo segundo, lo unilateral hace referencia únicamente a su emisión ya que los efectos que produce son bilaterales, efectos que son el tema fundamental del acto administrativo como acto jurídico que es, como hemos visto más arriba.

19. Como se advierte, hablar de concesiones administrativas no es nada simple si no se comienza por despejar la terminología, la cual encubre realidades distintas y con régimen jurídico muy diferente. Sin proceder a ello se da una realidad imposible de explicar con exactitud, y que obedece, insisto, a una visión estatista que hoy en Chile no tiene asidero constitucional; efectuar esa clarificación es la única manera de impedir el avasallamiento de los derechos de las personas en sus relaciones con la Administración. Nunca debe olvidarse que “el Derecho existe en razón de los hombres” (como tan sabiamente sentenciaba Hermogeniano), existe en razón de las personas y para su bien, porque es un instrumento de justicia no de dominación de unos sobre otros, y mucho menos del gobernante de turno sobre los miembros de la comunidad que gobierna, desde que su misión es de servicio a ellos y no servirse de ellos.

## 2. La concesión administrativa contrato administrativo

Al hablarse de concesiones hoy en nuestro país, normalmente se está refiriendo a las concesiones contratos, y como usualmente se dice —en una visión igualmente positivista— un acuerdo de voluntades entre el Estado Administración (v. gr. fisco) y un particular, para que la Administración se provea de un bien, por ejemplo, inmueble y el particular lo construya y lo mantenga, lo conserve, lo repare, v. gr. las llamadas concesiones de obra pública.

Digo visión positivista porque lo propio del contrato y ello desde la época griega (Aristóteles), romana (piénsese en los juristas clásicos) y cristiana (recuérdese los postglosadores, los humanistas/v. gr. Domat), y los grandes teólogos juristas de la escuela salmantina del siglo de oro español, no es su aspecto meramente genético/origen sino su carácter primeramente de ser un intercambio de bienes, y un intercambio justo, porque de no ser así se transforma en un simple aprovechamiento del más fuerte, vivo o experto, sobre el más débil y, en último término, en un engaño, fraude o estafa. De allí que el contrato no puede quedar conceptualizado sólo en su aspecto puramente formal —que tanto gozo produce a los positivistas— sino ha de atenderse a su contenido, desde que en el Derecho el principio fundamental es el de finalidad, esto es obtener una relación de alteridad justa.

Y al hablar de contrato de concesión, v. gr. de obra pública, de tanto auge en Chile, desde su planteamiento en el gobierno del Presidente Pinochet Ugarte y su posterior desarrollo en el gobierno Lagos, y hasta hoy mismo, de nuevo encontramos un equívoco. Pareciera que nuestro derecho administrativo está condenado a este tipo de oscuridades conceptuales, que no pocas veces se debe a adoptar nociones o visiones extranjeras que no calzan con la realidad normativa nuestra. Es cierto que resulta entretenido para nosotros que nos dedicamos al estudio y enseñanza de esta disciplina el tratar de desbrozar el terreno y atisbar o encontrar la luz que ilumine el campo de estudio, pero para aquellos que sólo se dedican a la práctica profesional es más bien

una tortura intelectual o un fracaso en la defensa de sus clientes.

1. En efecto, se llama concesión de obra pública pero la concesión, es decir el aspecto concesional, sólo existe en lo referente a la mantención del servicio, v. gr. de la autopista que, si bien se analiza, esta mantención es propiamente una concesión de servicio público, que no dice relación con la construcción de ella, que es propiamente un contrato de construcción de obra pública. Lo mismo ocurre con lo que se llama concesión de obras públicas referida a cárceles, hospitales, aeropuerto, etc., en que, por ejemplo, en el caso de cárceles lo que se dice concedido puede ser la mantención del establecimiento carcelario, o de su aparato de seguridad, u otro tipo de servicio, lo mismo en el caso de hospitales. De allí que otra vez es necesario esclarecer lo que se quiere decir con los vocablos utilizados.

2. Se habla, pues, de contratos administrativos y de concesión, pero hay que indagar con mayor rigor el tema porque lo que se dice contrato de concesión lo que hay de concesión no es la construcción de inmueble sino de la concesión de servicio público, que en estos casos puede recaer sobre o la gestión mismo del inmueble, o del servicio que se presta allí, o más modestamente, algún servicio específico, como podría ser la alimentación de los internos/cárceles o pacientes/hospitales públicos.

3. También hemos visto que se llama concesión a la entrega de un bien inmueble por parte del Estado Administración a un particular, para su propio beneficio privado, pero en que éste debe pagar por ese uso y goce una determinada suma de dinero; pero ello ¿es realmente una concesión administrativa? ¿No sería, más bien, simplemente, un contrato de arrendamiento, sujeto, eso sí a las normas del derecho público?

Pero ese mismo inmueble, imaginemos fiscal, atribuido por un órgano de la Administrativo a un particular puede serlo con el objeto que éste lo administre como una escuela agrícola para internos de cárceles que por su

excelente conducta postulen a cumplir el resto de su condena en esa especie de granja de rehabilitación y allí aprendan los oficios agrícolas y luego puedan reintegrarse a la sociedad plenamente rehabilitados y con un oficio para sustentar su futuro. Ello puede ser un típico ejemplo de concesión de servicio público y que es propiamente un contrato administrativo en que el particular realiza una actividad de prestación de servicios que le corresponde al Estado Administración, sea por vía propia o bien por asumir una función por vía subsidiaria (según veremos en seguida al indagar sobre los fundamentos de las concesiones administrativas).

4. Si se hiciera una enumeración de lo que se suele llamar concesiones administrativas-contratos en la práctica diaria, se pueden señalar la mantención de autopistas, la gestión de establecimientos de estacionamiento subterráneos (municipales), concesiones portuarias, de acuicultura, marítimas, aeronáuticas, de transporte público, turísticas, ferroviarias e, incluso, de casinos de juego, de zonas francas y las municipales (como de baños públicos, de mantención de áreas verdes, de parquímetros, de aseo/calles, y de recolección de desechos domiciliarios sólidos/basura).

5. Pues bien, si se analiza cada una de ellas se verá que se trata, en general, de concesiones que inciden en bienes inmuebles, sean fiscales, municipales o bienes nacionales de uso público, pero ¿son ellos contratos? y ¿de concesión?

Hay algunos en que a través del uso y goce de esos bienes por un particular lo que hay es un contrato de concesión de servicio público, como es el caso de la mantención de una autopista, de un camino público, de una obra pública (lo que típicamente le corresponde al Estado hacerlo); igual ocurre en el caso de la gestión de los estacionamientos subterráneos (municipales), en las concesiones portuarias, en las que se concede la gestión de un molo de atraque en un puerto determinado (obra pública), del mismo modo en las turísticas (en áreas silvestres protegidas del Estado) y en la de transporte público, si bien aquí sólo desde 1992, año en que se publicó dicho servicio, hasta ese momento privado, simplemente por decreto supremo y no por ley como

correspondía hacerlo, lo que constituye su vicio de origen aún vigente. Igualmente sucede con las concesiones de casinos de juego en que se concede su operación, la cual está reservada al Estado, pero que la ley permite su concesión a particulares según un régimen jurídico específico. Podrían agregarse aún las de zonas francas, que en su gestión (administración y explotación) puede concurrir la concesión de ese servicio, que propiamente está entregado a un organismo estatal como es una sociedad del Estado.

Respecto de las concesiones referidas como marítimas, de acuicultura, o aeronáuticas, ¿son contratos? No podemos extendernos aquí sobre ello, pero bien vale la pena meditarlo para hacer luz a su respecto.

6. Yo he llegado a la conclusión que contrato de concesión administrativa viene a ser solamente el contrato de concesión de servicio público, esto es aquel en cuya virtud un organismo de la Administración del Estado, previa y expresamente habilitado por la ley, conviene con un particular un intercambio justo para que éste realice la prestación del servicio público que a aquélla le compete, mediante una remuneración en dinero, usualmente una tarifa, que paga el usuario del servicio, bajo un régimen de derecho público, en el que principio fundamental es la equivalencia de las prestaciones. Ciertamente el pago del concesionario puede sufrir modificaciones, porque puede darse el caso de no haber tarifa sino precio, que paga directamente la autoridad concedente al concesionario, precio estipulado expresamente en el contrato respectivo.

7. Dado que el tema que estamos tratando es el de la naturaleza de las concesiones, no nos corresponde abordar aquí las características del contrato administrativo, sino haber distinguido necesariamente las concesiones-acto y las concesiones-contratos, distinción esencial para comprender la forma diferente de satisfacer las necesidades públicas la Administración del Estado en su misión de promover el bien común, como le encarga expresamente la Constitución en sus Bases mismas de la Institucionalidad (artículo 1.º inciso 4.º). Y esta distinción es básica desde que no son lo mismo jurídicamente una y otra.

### 3. Fundamentos de las concesiones administrativas

Este tema da para extenderse de manera muy amplia ya que toca por qué existe este instrumento o artefacto jurídico denominado concesión administrativa, lo que conduce a la finalidad que trata de perseguir, o sea el para qué.

1. Dada la amplitud que esto comporta, indicaré aquí sólo las ideas centrales que están en la base de las concesiones-actos, que tienen una base constitucional muy precisa en nuestro Derecho, y que incide en el principio de subsidiariedad, pilar fundamental del ordenamiento político de una sociedad libre (y tan vilipendiado por la ideología colectivista que azotara la primera mitad del siglo XX tanto en Europa como en nuestra América), y más breve en lo que se refiere a las concesiones contratos, que inciden en lo organizativo de la Administración, si bien con una finalidad de prestar el mejor servicio a la comunidad que toca a ella por la ley.

2. El fundamento de las concesiones administrativas-actos que consisten v. gr. en entregas de sumas de dineros (1.º) a determinadas personas, e incluso personas jurídicas que no persiguen fines de lucro, no es otro que proveer al ejercicio de la justicia distributiva que compete a la autoridad estatal respecto de ellas, al encontrarse en situaciones de necesidad o incluso de menesterosidad, incluyéndose aquí los llamados bonos y los programas (no siempre debidamente justificados, por desgracia) pero, también, (2.º) proveer a la actividad estatal de fomento, esto es la actividad que le compete en cuanto ayudar a la promoción de actividades de particulares que persiguen fines de interés general, o comunitario, y que éstos no se encuentran en condiciones de hacerlo por sus propios medios económicos o técnicos.; es la aplicación de la llamada subsidiariedad positiva, que es en puridad, la subsidiariedad propiamente tal. Pero no sólo lo indicado, sino también (3.º) ayudas en dinero para promover actividades de tipo cultural o científico, a través de concursos en que participen todos aquellos que tengan interés en progresar en su formación intelectual como también ayudas que tengan un carácter de promoción

de la ciencia y de la cultura, tales los premios, o las becas de estudio, o estímulos para la creación artística o la innovación tecnológica, tan de moda por estos días.

Debe indicarse para no confundir, que estamos refiriéndonos a esas ayudas que la Administración concede propiamente tal y que están previstas como sumas de dinero en la ley de presupuesto de la nación, en el organismo de ella que se indica, No caben aquí esas ayudas que son bonificaciones o beneficios en dinero que determinadas leyes o preceptos de ellas, contienen para promover esas actividades, y que, como decíamos en otro punto, son propiamente actos administrativos autorizatorios que no de concesión. Ello, sin duda, se incluye en la actividad estatal de fomento, pero en tales casos ha sido la ley la que ha atribuido un derecho sobre ellas en la medida en que el beneficiario de tal ayuda cumpla los requisitos que la ley indica y frente a lo cual la Administración cumple únicamente el papel de comprobar ese cumplimiento.

3. Ya respecto del fundamento de las concesiones-contratos administrativos es más bien prosaico, más modesto, porque se encuentra en un modo de organizar la actividad administrativa del modo más eficiente y eficaz a fin de proveer a un mejor servicio en la satisfacción de las necesidades públicas que le ha sido conferida por la ley.

En efecto, en lugar de satisfacer directamente la necesidad pública de que se trate por sus propios medios organizativos, la Administración —habilitada expresamente para ello por el legislador— conviene con un particular (hoy usualmente con una empresa o un consorcio, esto es un sujeto constituido como persona jurídica) que la prestación de satisfacer dicha necesidad la realice éste con su propia organización, sobre la base de las cláusulas que la propia Administración establece, remunerándose por el usuario que directamente le paga una tarifa u otro mecanismo, en un régimen de derecho público, que asegure el intercambio justo, esto es la

## Fundamentos y naturaleza de las concesiones administrativas

equivalencia de las prestaciones, y ello durante toda la vigencia del contrato.

4. Este régimen jurídico implica, en consecuencia, una sujeción estricta a las Bases del contrato, la aplicación del principio en cuya virtud el contrato es una ley para las partes pero una legalidad dinámica, esto es con plena aplicación del principio *rebus sic stantibus*, que tiene en cuenta el cambio de las circunstancias que afectan al contrato en cuanto es de largo duración, la aplicación de la llamada cláusula de progreso, del principio de la estabilidad del contrato, y siempre teniendo en cuenta que es al Estado a quien le corresponde prestar el servicio pero lo hace a través de un tercero/concesionario, el cual deviene más que una contraparte en un verdadero colaborador de la función pública estatal.

5. Pero para entender bien lo que es la concesión de servicio público es preciso recordar que ha de tratarse de una actividad que la ley ha establecido que sea realizada por el Estado a través de un organismo de su Administración, esto es lo que suele denominarse como su publicación, *publicatio* en latín, pero que se autoriza que lo haga no por sus propios medios organizativos

sino por medio de un tercero. Como la realiza el Estado, se trata, obviamente, de una actividad monopólica, y en la que el concesionario no recibe dineros de la Administración (salvo regulaciones legales especiales) sino en la que se aplica una tarifa que paga el usuario que utiliza el servicio, y en que el particular/concesionario es seleccionado por la Administración a través de un concurso llamado licitación (normalmente pública, sin perjuicio, en casos especiales, pueda ser privada o incluso, en casos extremos, por trato directo). Estas son las características clásicas de la concesión de servicio público, que, por cierto, pueden variar, en el caso de la tarifa, porque puede haber precio y no tarifa, y que pague directamente el concedente al concesionario, como ocurre, v. gr., en algunas concesiones municipales, como las de aseo y también de ornato de áreas verdes, como plazas y parques (sin perjuicio que en el caso de parques pueda existir tarifa, que paga el usuario al ingresar a un parque).

Entrar en otros aspectos, nos parece que es invadir el tema de la contratación administrativa, que no es la materia que se me ha encomendado.

## Referencias

Eduardo Soto Kloss, *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales* (3a. edición). Abeledo-ThomsonReuters. Santiago de Chile.2012, pp. 277-291 y 547-571.

**Simón  
Zañartu  
Gomien\*\***

**Universidad de  
los Andes, Chile**

szanartu@garnham.com

Recibido: 10.05.19

Aceptado: 07.06.19

## **El recurso de reposición en la Audiencia Inicial del Juicio de Oposición regulado en la ley N° 20.720 sobre reorganización y liquidación de activos de empresas y personas**

### **The recourse resource in the Opposition Trial regulated in law N° 20.720, regarding the Reorganization and Liquidation of Assets of Companies and Persons**

**Resumen:** El presente trabajo tiene por finalidad explicar y, a la vez, dar una solución armónica, al aparentemente contradictorio sistema recursivo aplicable al Juicio de Oposición, en la etapa procesal que se produce dentro de la Audiencia Inicial, y proponer cómo operaría el recurso de reposición del artículo 124 1) en relación al 124 inciso final, el recurso de reposición del artículo 125 y, finalmente, el recurso de reposición del artículo 124 2) c), todos de la ley N° 20.720 sobre Reorganización y Liquidación de Activos de Empresas y Personas.

**Palabras clave:** Sistema recursivo; Juicio de Oposición; reorganización y liquidación de activos de empresas y personas.

**Abstract:** The present work focuses on the law N° 20.720 about the Reorganization and Liquidation of assets of companies and persons. More specifically, it has the purpose of explaining and solving the apparently contradictory recursive system applicable to the Opposition Trial, in the procedural stage that takes place within the Initial Hearing. It also aims explain how the recourse resource of the article 124 would operate in terms of the 124th final subparagraph an of the reinstatement of article 125. Finally, it proposes how the appeal for the reinstatement of article 124 2) c) would work.

**Keywords:** recursive system; Opposition trial; Reorganization and Liquidation of Assets of Companies and Persons.

\*\* Agradezco la constructiva crítica a versiones previas del texto a J. C. Marín, J. E. Puga, L. F. Castañeda y J. P. Domínguez.

La ley 20.720, que reemplazó el procedimiento concursal establecido en el Código de Comercio, tutela el crédito mediante el establecimiento de dos mecanismos: la liquidación de los activos del deudor o bien, su reorganización. Asimismo, incorpora la posibilidad de que los deudores personas naturales accedan a sus beneficios, estableciendo con ello un necesario “nuevo régimen general para la tramitación de los procedimientos concursales destinados a reorganizar o liquidar los pasivos y activos de una empresa deudora, y a repactar los pasivos o liquidar los activos de una persona natural deudora” (Romero, 2016, p. 150).

Para lograr este objetivo, la reforma al procedimiento concursal pretendió mejorar los estándares de eficiencia del sistema, especialmente en tres aspectos: en la duración de los procedimientos, el nivel o porcentaje de recuperación del crédito y el nivel o porcentaje de costo que involucra la tramitación de un procedimiento concursal<sup>1</sup>.

El estándar de eficiencia en el primero de estos tres aspectos se entiende logrado, en parte, con la incorporación de los principios procesales de inmediación, concentración, oralidad, publicidad, impulso procesal de oficio y apreciación de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica, ajustando el procedimiento concursal a las modernas tendencias que el derecho procesal chileno ha seguido en la implementación de las últimas reformas procesales, que destacan principalmente por su tramitación en audiencias<sup>2</sup>.

Por esta razón la ley N° 20.720 no solo es una reforma al sistema concursal, sino también una profunda reforma a normas adjetivas que, como se verá en el presente trabajo, al menos respecto al sistema recursivo establecido para el Juicio de Oposición, en aquella etapa que se produce en la Audiencia Inicial, no está exenta de problemas.

Este trabajo tiene por finalidad precisamente hacerse cargo de uno de ellos, a saber, el tratamiento aparentemente contradictorio entre el recurso de reposición del artículo 124 1), en relación con el artículo 124 inciso final, y el del 125, ambos de aplicación en la Audiencia Inicial una vez que el tribunal tiene por opuesto a la empresa o persona deudora<sup>3</sup> a la liquidación forzosa. Además, comentaremos el recurso de reposición del artículo 124 2) c).

Con este objeto, haremos un breve análisis de las partes pertinentes del artículo 124 y 125 en relación al recurso de reposición, explicaremos su ámbito de aplicación y por qué estos no regulan la misma figura jurídico-procesal, para luego explicar por qué interponer el recurso de reposición, en los términos de lo dispuesto en el artículo 125 de la ley 20.720, podría extinguir el derecho —por la vía de la preclusión—, de esa misma parte, a interponer el recurso de reposición en cierta hipótesis del artículo 124 1) en relación al 124 inciso final. Luego de ello pondremos término a nuestro trabajo planteando que la oportunidad procesal adecuada para interponer el recurso de reposición del artículo 124 2) c) no es la Audiencia Inicial, sino la Audiencia de Prueba.

<sup>1</sup> En este punto, el mensaje del proyecto que sustituye el régimen concursal vigente por una ley de reorganización y liquidación de empresas y personas y perfecciona el rol de la Superintendencia del ramo (Romero, 2016, p. 9).

<sup>2</sup> Por esta razón no sería la ley N° 20.886 —que estableció la tramitación electrónica digital de los procedimientos judiciales civiles— la verdadera “antesala a la anunciada reforma al sistema procesal civil”, como literal y equivocadamente se señaló en la moción parlamentaria que le dio origen, pues dicha ley no es más que una reforma cosmética que solo cambió el soporte en el que consta el proceso, de material a electrónico, manteniendo inalterables los aún retrógrados principios decimonónicos que rigen nuestro actual sistema, que son radicalmente distintos de los contemplados en el proyecto de Código Procesal Civil. A diferencia de lo anterior, y al parecer de manera completamente accidental, ha sido la ley N° 20.720 la que introdujo un cambio de paradigma, al considerar en el procedimiento concursal principios como el de oralidad, inmediación y concentración, ajustando el procedimiento concursal a las modernas tendencias del derecho procesal.

<sup>3</sup> Tanto el artículo 120 2) d) que regula la Audiencia Inicial en el procedimiento concursal de liquidación de la empresa deudora, como el artículo 284 2) c) que regula la audiencia inicial en el procedimiento concursal de liquidación de la persona deudora, se remiten sin excepciones al párrafo 3 del título 1 del capítulo IV de la ley N° 20.720, por tanto, el Juicio de Oposición regulado en los artículos 121 y siguientes es común para ambos casos.



## 1. El proceso de liquidación forzosa, la Audiencia Inicial y el Juicio de Oposición

La liquidación forzosa, o concursal, desde una perspectiva procesal, es un procedimiento judicial civil<sup>4</sup>, contencioso, de ejecución colectiva o universal, que tiene por finalidad encausar el proceso de liquidación de los activos y pasivos de un deudor (Puga Vial, 2014, p. 196)<sup>5</sup>.

En un procedimiento de liquidación forzosa, la actividad jurisdiccional se inicia, cuando un acreedor, en cumplimiento con las causales y requisitos de los artículos 117 y 118 de la ley 20.720 para el caso de la empresa deudora, o los artículos 282 y 283 para el caso de la persona deudora, presenta una demanda ante el tribunal competente, con la finalidad de que se declare la liquidación forzosa del deudor en los términos del artículo 129.

Si la demanda fuere declarada admisible por el tribunal, al quinto día hábil siguiente de la notificación válida al demandado, se realizará la Audiencia Inicial establecida en el artículo 120 para el caso de la empresa deudora y 284 para el caso de la persona deudora.

La Audiencia Inicial es uno de los actos jurídico-procesales más relevantes en la tramitación de un proceso de liquidación forzosa, pues es en ella donde se decidirá el destino próximo del deudor, decretándose su liquidación inmediata o condicionando esta a la consignación de fondos suficientes para cubrir el crédito, al cumplimiento de un acuerdo de reorganización o a que se acojan sus excepciones en el Juicio de Oposición.

Así, el tribunal declarará de modo inmediato la liquidación si el deudor no comparece o si comparece pero no identifica a sus tres principales acreedores<sup>6</sup>, o si luego de identificarlos se allana a la solicitud de liquidación forzosa<sup>7</sup>.

Al contrario, si el deudor comparece a la Audiencia Inicial, luego de identificar a sus tres principales acreedores, quedará la liquidación en suspenso hasta que el deudor no consigne dentro de plazo el valor del crédito y sus costas, incumpla el acuerdo de reorganización<sup>8</sup> o se rechacen las excepciones en el Juicio de Oposición<sup>9</sup>.

<sup>4</sup> A diferencia de lo que sucede en otras legislaciones comparadas en que la liquidación forzosa corresponde a un procedimiento de carácter administrativo, como por ejemplo sucede en Perú.

<sup>5</sup> Juan Esteban Puga, al tratar la naturaleza jurídica del juicio de quiebra, hace un análisis sobre las características del procedimiento concursal de liquidación que aparte de interesante es muy valioso, pues es de los pocos estudios que se han hecho en Chile sobre la ley N° 20.720 desde la perspectiva procesal.

<sup>6</sup> El deudor empresa, a diferencia del deudor persona, debe señalar los tres mayores acreedores que consten en su contabilidad (Artículo 120 2) de la ley N° 20.720).

<sup>7</sup> Creemos que esta última hipótesis no tiene mucho sentido, ya que el efecto jurídico que la ley N° 20.720 le otorga al allanamiento, es el mismo que el que le otorga a la no comparecencia del deudor a la Audiencia Inicial. En este tipo de casos, es esperable que el deudor opte simplemente por no asistir a la Audiencia Inicial, a la espera de que se declare su liquidación refleja. Existen casos en la legislación extranjera, como el artículo 395 de la ley de Enjuiciamiento Civil Española, en que el allanamiento del deudor, si ha sido previamente requerido de pago de manera fehaciente y justificada, puede considerarse como un acto de mala fe procesal que habilita al juez para condenar al demandado a pagar las costas de lo obrado en el proceso hasta ese momento. Si aplicáramos tal hipótesis al caso chileno, bien podría ser condenado en costas el demandado que se allana en la Audiencia Inicial si, como un ejemplo dentro de varios, de manera previa a la solicitud de liquidación, el acreedor le notificó judicialmente una gestión preparatoria de la vía ejecutiva, en conformidad a la ley N° 19.983 que regula la transferencia y le otorga mérito ejecutivo a la copia de la factura. El allanamiento fraudulento aún no ha sido suficientemente estudiado en Chile, pero este podría ser un caso en que podríamos enfrentarnos a una situación de este tipo.

<sup>8</sup> El artículo 284 de la ley N° 20.720, a diferencia del 120, no contempla la hipótesis de acogerse al procedimiento concursal de reorganización, por tanto, este derecho solo procede para el caso de la empresa deudora.

<sup>9</sup> Creemos que el párrafo 3 del título 1 del capítulo IV de la ley N° 20.720, en vez de llamarse “del Juicio de Oposición”, debería llamarse simplemente “de la oposición”. En efecto, sobre la naturaleza jurídica del Juicio de Oposición, este pareciera no es un juicio propiamente tal, pues el juicio está constituido por todo el proceso de liquidación, desde que se solicita hasta que se dicta la resolución de término del artículo 255. No parece que el “juicio” necesariamente deba partir en el momento en que el deudor se opone a la liquidación. Tampoco creemos que se trate de un procedimiento incidental, pues la hipótesis es distinta a la que plantean el artículo 5.º de la ley N° 20.720 o el 82 del Código de Procedimiento Civil. Esta es la razón por la que creemos que debiera llamarse simplemente como “oposición”. Así lo



De esta manera, oponerse a la liquidación forzosa es un derecho del deudor que se ejerce en la Audiencia Inicial, en los términos del artículo 120 de la ley, si quien se opone es una empresa deudora o en los términos del artículo 284, si se trata de una persona deudora.

Si tal oposición es acogida a tramitación por el tribunal, se dará inicio al Juicio de Oposición, al que se le dedica de manera especial todo el Párrafo 3 del Título 1 del Capítulo IV de la ley 20.720, a excepción de su último artículo, el 129, que es de aplicación general para la liquidación voluntaria, forzosa o refleja.

En general, estas reglas permiten dividir el Juicio de Oposición en tres etapas que coinciden con tres

audiencias: la primera etapa es la de admisibilidad y preparación del Juicio de Oposición, que se produce en la Audiencia Inicial; la segunda es la de prueba de las excepciones opuestas por el deudor, que se produce en la Audiencia de Prueba y la tercera y última etapa es aquella en la que se dicta la sentencia definitiva del Juicio de Oposición, que se produce en la Audiencia de Fallo.

Si el tribunal acoge la oposición del deudor —lo que se sabrá en la Audiencia de Fallo—, y sin perjuicio de la apelación que podrá deducir el solicitante, concluirá ahí el proceso de liquidación forzosa. Por el contrario, si rechaza la oposición del deudor, se decretará su liquidación en los términos del artículo 129, y el proceso seguirá adelante hasta la resolución de término<sup>10</sup>.

## 2. El sistema recursivo en la ley 20.720

Luego de explicar cómo se llega al Juicio de Oposición, en este apartado analizaremos cómo está regulado su sistema recursivo.

### 2.1. Generalidades

Cumpliendo con su cometido de potenciar la celeridad y economía procesal en el procedimiento de liquidación, la ley N° 20.720 introdujo modificaciones importantes en materia de recursos, pues no solo elimina el recurso especial de reposición, que dilatava innecesariamente la tramitación de las quiebras, sino además estableció un sistema restringido de medios de impugnación, que

se limita solo a los recursos de reposición, apelación y casación, restringiendo también las oportunidades para su interposición.

La reposición, establece el artículo 4.º, procederá contra aquellas resoluciones susceptibles de este recurso conforme a las reglas generales, pero deberá interponerse dentro del plazo de tres días contado desde la notificación de aquella y podrá resolverse de plano o previa tramitación incidental, según determine el tribunal. Contra la resolución que resuelva la reposición no procederá recurso alguno.

---

establece, por ejemplo, el derecho concursal español, en el artículo 18 de la ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, que dispone que “en el caso de admisión a trámite de la solicitud, si el deudor emplazado se allanase a la pretensión del solicitante o no formulase oposición en plazo, el juez dictará auto declarando el concurso de acreedores. La misma resolución adoptará si con posterioridad a la solicitud de cualquier legitimado y antes de ser emplazado, el deudor hubiera instado su propio concurso. 2. El deudor podrá basar su oposición en la inexistencia del hecho en que se fundamenta la solicitud o en que, aun existiendo, no se encuentra en estado de insolvencia. En este último caso, incumbirá al deudor la prueba de su solvencia y, si estuviera obligado legalmente a llevar contabilidad, esta prueba habrá de basarse en la que llevara conforme a derecho. Formulada oposición por el deudor, el secretario judicial, al siguiente día, citará a las partes a la vista, a celebrar en el plazo de tres días, previéndolas para que comparezcan a ella con todos los medios de la prueba que pueda practicarse en el acto y, si el deudor estuviera obligado legalmente a la llevanza de contabilidad, advirtiéndolo a éste para que comparezca con los libros contables de llevanza obligatoria”.

<sup>10</sup> Es destacable que el legislador haya considerado una etapa de discusión y defensa antes de decretar la liquidación del deudor y que la sentencia de liquidación deba contener los requisitos de toda sentencia, además de los especiales, pues con ello se cumple con los estándares constitucionales de debido proceso, derecho a la defensa y bilateralidad de la audiencia.

Como se analizará oportunamente, la norma establece varias reglas especiales en relación con la forma como se ha previsto este recurso en el Código de Procedimiento Civil (CPC), estableciéndose, además, como sistema general para el Juicio de Oposición, que la reposición se falle en el menor tiempo posible, normalmente en audiencia.

En lo que respecta al recurso de apelación, el artículo 4.º de la ley N°20.720 dispone que procederá contra las resoluciones que se señalen expresamente en ella, deberá interponerse dentro del plazo de cinco días contado desde la notificación de la resolución recurrible y se concederá en el solo efecto devolutivo, salvo expresas excepciones.

Cumpliendo con el objetivo de establecer un sistema procesal que permita procesos de liquidación breves, las apelaciones en el solo efecto devolutivo son la regla general en la ley 20.720, salvo contadas excepciones, como la apelación en contra de la sentencia definitiva que acoge la oposición del deudor o de aquella que acoge la demanda de revocación de los actos ejecutados o contratos celebrados por una persona deudora, casos en que la apelación se concede en ambos efectos.

Otra regla general, armónica con el principio de celeridad y concentración que se advierte en todo el Juicio de Oposición, es que, también por regla general, las apelaciones gozan de preferencia para su inclusión en

la tabla de las Cortes de Apelaciones para su vista y fallo, sea que se hayan concedido en el solo efecto devolutivo o en ambos efectos.

Finalmente, respecto al recurso de casación que también está regulado en términos generales en el artículo 4.º, procederá solamente en aquellos casos expresamente establecidos en la ley 20.720, no siendo uno de aquellos la sentencia definitiva en el Juicio de Oposición, tal como lo dispone expresamente el artículo 128<sup>11</sup>.

### 2.2. El recurso de reposición en la ley N° 20.720

Hemos dicho que el proceso de liquidación forzosa es un proceso judicial civil, por tanto, a todas las “gestiones, trámites y actuaciones” (Colombo, 2012, p. 64) que se verifiquen bajo el amparo de la ley N° 20.720 le son aplicables —mientras no estén específicamente modificadas— las reglas contenidas en el Libro Primero del CPC y supletoriamente las del Libro Segundo<sup>12</sup>. Lo anterior, obviamente, es sin perjuicio de las remisiones que expresamente haga la ley N° 20.720 a otras reglas del CPC no contenidas en sus dos primeros libros.

Tal como ya señalamos, se instituyen una serie de especialidades que difieren del sistema general del CPC. A modo de ejemplo, se establece un plazo general de tres días para interponer el recurso de reposición, a diferencia del término establecido para la reposición ordinaria en materia civil (cinco días) o de la antigua reposición de la

---

establece, por ejemplo, el derecho concursal español, en el artículo 18 de la ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, que dispone que “en el caso de admisión a trámite de la solicitud, si el deudor emplazado se allanase a la pretensión del solicitante o no formulase oposición en plazo, el juez dictará auto declarando el concurso de acreedores. La misma resolución adoptará si con posterioridad a la solicitud de cualquier legitimado y antes de ser emplazado, el deudor hubiera instado su propio concurso. 2. El deudor podrá basar su oposición en la inexistencia del hecho en que se fundamenta la solicitud o en que, aun existiendo, no se encuentra en estado de insolvencia. En este último caso, incumbirá al deudor la prueba de su solvencia y, si estuviera obligado legalmente a llevar contabilidad, esta prueba habrá de basarse en la que llevara conforme a derecho. Formulada oposición por el deudor, el secretario judicial, al siguiente día, citará a las partes a la vista, a celebrar en el plazo de tres días, previniéndolas para que comparezcan a ella con todos los medios de la prueba que pueda practicarse en el acto y, si el deudor estuviera obligado legalmente a la llevanza de contabilidad, advirtiéndolo a éste para que comparezca con los libros contables de llevanza obligatoria”.

<sup>10</sup> Es destacable que el legislador haya considerado una etapa de discusión y defensa antes de decretar la liquidación del deudor y que la sentencia de liquidación deba contener los requisitos de toda sentencia, además de los especiales, pues con ello se cumple con los estándares constitucionales de debido proceso, derecho a la defensa y bilateralidad de la audiencia.

<sup>11</sup> Aparte del artículo 4.º, solo el 89 y 259 de la ley N° 20.720 se refieren expresamente al recurso de casación.

<sup>12</sup> En nuestra opinión no debe obviarse lo dispuesto en el Título Primero del Libro Tercero del CPC, que contiene las reglas generales para el juicio ejecutivo, pues estas deberán ser de las primeras reglas procesales que el juez deberá revisar si, ante un caso de laguna legis, se viera en la obligación de integrar normas. Esta hipótesis cobra mayor fuerza si, como ocurre para el Juicio de Oposición, hay remisión expresa a las normas que regulan el juicio ejecutivo.

ley de quiebras y cuyo plazo era de diez días hábiles. En cuanto a la procedencia de recursos en contra de la resolución que resuelve la reposición, se recogen las reglas generales establecidas en el artículo 181 del CPC.

Así también se señaló en la discusión del proyecto, específicamente a propósito de la reposición en el Juicio de Oposición, en donde se establece que:

la resolución que recibe la causa a prueba solo será susceptible de recurso de reposición, consagrándose una excepción a las reglas generales, ya que la reposición procede contra autos y decretos y solo excepcionalmente respecto de sentencias interlocutorias. En las normas generales del procedimiento civil, la resolución que recibe la causa a prueba es objeto de reposición y apelación en subsidio.

Agrega la discusión que

en cambio, todas las otras resoluciones que se dicten en la Audiencia Inicial y que digan relación con la admisibilidad o procedencia de las pruebas ofrecidas, puntos de prueba fijados y la forma de hacerlos valer, así como cualquier otra circunstancia relacionada con ello, son susceptibles de recurso de reposición, pero a diferencia de la regla general establecida en el artículo 4.º del proyecto, esta debe interponerse verbalmente y en la misma audiencia, lo que parece lógico conforme a la naturaleza de dicha Audiencia.

Sin embargo, no todos los recursos procesales que contiene el CPC proceden en materia concursal<sup>13</sup>, sino solo dos de los regulados en el Libro Primero y uno del Libro

Tercero, al que la ley N° 20.720 se remite expresamente. En efecto, el artículo 4.º de la ley N° 20.720, ubicado en el Capítulo I que trata las Disposiciones Generales, y por ende aplicable tanto para los procedimientos de reorganización como de liquidación, permite sólo —el vocabulo “sólo” debe entenderse como imperativo— la interposición de los recursos judiciales de reposición, apelación y casación<sup>14</sup>.

En cuanto a su oportunidad, y en atención a la redacción imperativa del artículo 4 1) de la ley N° 20.720, creemos que el denominado “Recurso de Reposición Extraordinario” (Mosquera & Maturana, 2010, p. 103), establecido en el inciso primero del artículo 181 del CPC, y que permite impugnar un auto o decreto sin supeditarse a un plazo, siempre y cuando el recurrente aporte nuevos antecedentes, resultaría improcedente.

Por tanto, como regla general, el recurso de reposición solo podrá interponerse dentro del plazo de tres días contados desde la notificación de la resolución que sea susceptible de tal recurso, plazo que debe entenderse individual, discontinuo, legal, fatal, improrrogable y que no admite ampliación, a menos que la ley N° 20.720 establezca expresamente condiciones distintas para su interposición<sup>15</sup>.

En lo que respecta a la interposición conjunta del recurso de reposición con el de apelación, la ley N° 20.720 dispone en el artículo 4.º 2) que “En el caso de las resoluciones susceptibles de recurrirse de reposición y de apelación, la segunda deberá interponerse en subsidio de la primera, de acuerdo a las reglas generales”, remitiéndose con ello a la regla general contenida en el artículo 188 CPC, que permite este recurso contra los

<sup>13</sup> Recordemos que el CPC regula seis tipos de recursos: el de reposición, el de apelación, el de hecho, el de casación y el de revisión. En el caso del recurso de aclaración rectificación y enmienda, aunque por disposición del artículo 4.º de la ley N° 20.720 debiese entenderse excluido, por su naturaleza, nada debiese impedir también su aplicación.

<sup>14</sup> Los recursos tratados en el artículo 4.º son judiciales y no administrativos. Estos últimos —que no son de interés para este trabajo— tienen un tratamiento independiente, como sucede con el recurso de reposición administrativo al que hacen referencia los artículos 269, 270 y 341 de la Ley 20.720.

<sup>15</sup> La norma resulta imperativa por cuanto solo pueden deducirse los recursos de reposición, apelación y casación, sin que lo anterior diga relación con la manera de interponerlos.

autos o decretos que alteran la substanciación regular del juicio o recaen sobre trámites que no están expresamente ordenados por la ley, o en aquellos casos en que la ley lo permite expresamente, como ocurre con el artículo 319 a propósito de la resolución que recibe la causa a prueba.

Como puede verse, hasta el momento se observa una coherencia normativa entre la regulación del recurso de reposición contenida en el CPC y la ley N° 20.720 en materia de reorganización y liquidación. Sin embargo, como se verá, la dificultad se presenta en la oportunidad en que debe ser ejercido dentro de la Audiencia Inicial.

### **3. El recurso de reposición en la Audiencia Inicial del Juicio de Oposición: planteamiento del problema y soluciones**

#### 3.1. Generalidades

Una vez que la oposición del deudor ha sido acogida a tramitación y, por tanto, ya iniciado el Juicio de Oposición propiamente tal, en la misma Audiencia de Juicio, y si procediere, el tribunal recibirá la causa a prueba y dictará la sentencia interlocutoria correspondiente.

La ley N° 20.720 establece dos reglas recursivas especiales para aquella parte del procedimiento que se desarrolla en la Audiencia Inicial luego que se recibe la oposición a prueba que, como se verá, de la manera en que están planteadas, no parecieren cumplir con el propósito último de todo recurso, que es la “impugnación y subsanación de los errores que ella [una resolución] eventualmente pueda adolecer” (Mosquera, Maturana, 2010, p. 21), sino más bien todo lo contrario, induce a errores<sup>16</sup>.

La primera regla está establecida en el artículo 124 1) que dispone:

Existiendo hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos que requieran ser probados para una adecuada resolución de la controversia, recibirá [el Tribunal] la causa a prueba y fijará los puntos sobre los cuales ésta deberá recaer. Dicha resolución sólo será susceptible de recurso de reposición por las partes, el que deberá interponerse dentro de tercero día. En caso contrario, citará a las partes a la Audiencia de Fallo.

Esta regla se complementa con el inciso final del mismo artículo que dispone:

En caso de que se fijen nuevos puntos de prueba por haberse acogido la reposición señalada en el número 1) anterior, el tribunal deberá resolver la admisibilidad o pertinencia de las nuevas pruebas antes de la Audiencia de Prueba señalada en el artículo 126.

La segunda regla es la del artículo 125 que dispone:

Recursos. En contra de las resoluciones que se pronuncien en la Audiencia Inicial acerca de la admisibilidad o procedencia de las pruebas ofrecidas, los puntos de prueba fijados, la forma de hacer valer los medios de prueba o cualquier otra circunstancia que incida en éstos, sólo será procedente el recurso de reposición, que deberá deducirse verbalmente por las partes y será resuelto en la misma Audiencia Inicial.

El recurso de reposición del artículo 125 es aplicable de manera especial en el caso del artículo 124 2) c), para el caso en que el deudor quiera impugnar la resolución que declara admisible la prueba del acreedor, en los siguientes términos:

Concederá [el Tribunal] al acreedor demandante la oportunidad de ofrecer prueba, la que deberá ser singularizada y acompañada al día siguiente. La

<sup>16</sup> Recordemos que, como se adelantó en la introducción, las disposiciones aplicables en esta etapa del proceso son los artículos 124 1) 124 inciso final y 125.

resolución acerca de la admisibilidad y pertinencia de las pruebas del acreedor deberá ser pronunciada antes de la Audiencia de Prueba. Contra lo resuelto, el deudor podrá interponer un recurso de reposición en la forma prevista en el artículo 125, tratándose tal petición como cuestión previa.

A primera vista pareciera haber una contradicción entre las reglas especiales transcritas, pues ambas se refieren al recurso de reposición en contra de la sentencia interlocutoria de prueba, pero en un caso nos encontramos ante un recurso de reposición que puede deducirse por escrito y dentro del plazo de tres días hábiles contados desde la realización de la Audiencia Inicial y, en el segundo, en cambio, nos encontraríamos ante un recurso de reposición que necesariamente debe deducirse de manera verbal y en la misma audiencia<sup>17</sup>.

Sin negar que la redacción de las reglas especiales en materia recursiva aplicables a aquella parte del Juicio de Oposición que se produce en la Audiencia Inicial, no es técnicamente pulcra, en lo que sigue de este trabajo plantearemos una hipótesis que creemos permite aplicarlas de una manera al menos armónica.

3.2. No hay contradicción entre el artículo 124 1) en relación al 124 inciso final y el 125, en torno a la aplicación del recurso de reposición

Una primera lectura de los artículos transcritos pareciera indicar que el recurso de reposición establecido en el artículo 124 1) se enmarcaría en una hipótesis totalmente distinta a la del 125. En efecto, en el primer caso, el recurso de reposición tendría únicamente por finalidad que se deje sin efecto la resolución que recibe la causa a prueba en cuanto a su procedencia y no en cuanto a su contenido. Es decir, aplicaría el recurso de reposición del artículo 124 1) cuando se haya recibido la causa a prueba en circunstancias de que se debió citar directamente a las partes a la Audiencia de Fallo<sup>18</sup> o, viceversa, se citó a las partes a la Audiencia de Fallo debiendo recibir la causa a prueba.

En el segundo caso, en cambio, el del artículo 125, el recurso de reposición tendría lugar únicamente si se da la hipótesis de que el juez reciba la oposición a prueba y respecto de todas aquellas resoluciones que se emitan con posterioridad a ello en la Audiencia Inicial, desde la modificación, eliminación o incorporación de nuevos puntos de prueba, hasta cualquier circunstancia que incida en la admisibilidad o procedencia de las pruebas que las partes aportarán al proceso en la Audiencia de Prueba<sup>19</sup>. Esta manera de interpretar los artículos 124 1) y 125 explicaría por qué en el primer caso el recurso de reposición se podrá deducir dentro de tres días y el segundo, verbalmente y en la misma Audiencia Inicial.

---

<sup>17</sup> Se advierte una notable diferencia entre la Ley 20.720, respecto al recurso de reposición que cabe en la audiencia inicial dentro del Juicio de Oposición, y el recurso de reposición en los sistemas reformados. En efecto, en estos últimos la diferencia entre el recurso de reposición que se interpone verbalmente o por escrito dependerá principalmente de si la resolución que se impugna fue dictada dentro o fuera de audiencia, como puede advertirse en los artículos 362 y 363 del Código Procesal Penal, artículo 475 del Código del Trabajo, artículo 67 de la Ley 19.968 que crea los Tribunales de Familia, o los artículos 378 y 379 del proyecto de ley del Código Procesal Civil. En la Ley 20.720, en cambio, el criterio dependerá del contenido de la resolución que se debe impugnar, y no si esta se dicta dentro o fuera de audiencia. Por ejemplo, si se quiere reponer de la resolución que recibe la causa a prueba con la finalidad de dejarla sin efecto y pasar derechamente a la Audiencia de Fallo, se podrá reponer por escrito dentro de tercer día, en cambio, si solo se quiere reponer respecto a los puntos de prueba contenidos en la resolución que recibe la causa a prueba, solicitando que se modifiquen, eliminen o agreguen puntos de prueba, se deberá reponer de manera verbal y en la misma audiencia.

<sup>18</sup> Como se señaló en el punto 2 de este trabajo, el Juicio de Oposición contiene básicamente tres etapas o fases que se producen principalmente en tres audiencias: (1) la Audiencia Inicial, (2) la Audiencia de Prueba y (3) la Audiencia de Fallo. Esta última, regulada en el artículo 127 de la Ley 20.720 y que se produce a los 10 días hábiles siguientes a la audiencia de prueba con las partes que asistan, tiene por finalidad dictar y notificar la sentencia, sea acogiendo las excepciones del deudor, sea decretando su liquidación en los términos del artículo 129.

<sup>19</sup> Recordemos que la Audiencia de Prueba es un acto jurídico-procesal distinto a la Audiencia Inicial, regulado en el artículo 126 de la ley 20.720, que solo procede en caso de que en la Audiencia Inicial, el juez haya recibido la oposición a prueba. La Audiencia de Prueba tendrá lugar al quinto día hábil siguiente a la Audiencia Inicial y, en términos generales, en ella las partes deberán aportar al proceso las pruebas que se ofrecieron en la Audiencia Inicial y que hayan sido declaradas admisibles por el tribunal.

El problema aparece cuando sumamos a la ecuación el inciso final del artículo 124, que complementa el artículo 124 1), y que en su parte pertinente dispone que: “En caso de que se fijen nuevos puntos de prueba por haberse acogido la reposición señalada en el número 1) anterior...”, para luego contrastar el parcialmente transcrito inciso con la regla del artículo 125, sobre todo en aquella parte en que se dispone que procederá el recurso de reposición en contra de “los puntos de prueba fijados”. A primera vista pareciera que ambos recursos fueren precedentes ante el mismo acto jurídico-procesal.

En efecto, lo que hace el inciso final del artículo 124 es permitir la interposición del recurso de reposición del artículo 124 1) —que puede deducirse por escrito y dentro de tercer día— en contra de los hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos contenidos en la sentencia interlocutoria de prueba, cosa que también ocurre con el artículo 125, al establecer que el recurso de reposición —que en este caso se deduce verbalmente y en la misma Audiencia Inicial— procederá en contra de los puntos de prueba fijados.

En nuestra opinión, una lectura más precisa de las normas analizadas evidencia que no habría tal contradicción, pues el inciso final del artículo 124 dispone que procederá el recurso de reposición cuando lo que se pretenda es la incorporación de nuevos puntos de prueba, lo que se desprende de su tenor literal al señalar que procederá el recurso de reposición “En caso que se fijen nuevos puntos de prueba por haberse acogido la reposición ...” (tiempo futuro), a diferencia de lo dispuesto en el artículo 125, que dispone que procederá el recurso de reposición cuando lo que se pretenda es la eliminación o modificación de los puntos de prueba ya determinados por el Tribunal, lo que se desprende también de su tenor literal al señalar que este recurso procederá en contra de “los puntos de prueba fijados” (tiempo pasado).

Por tanto, y a modo de síntesis, en nuestra opinión procederá el recurso de reposición del artículo 124 1) en relación al 124 inciso final en tres hipótesis: (1) si lo que se pretende es reponer en contra de la sentencia interlocutoria de prueba porque se recibió la causa a prueba, en circunstancias de que se debió citar directamente a las partes a la Audiencia de Fallo; (2) o viceversa, si se citó a las partes derechamente a la Audiencia de Fallo debiendo recibir la causa a prueba o (3) si lo que se pretende es que se fijen nuevos puntos de prueba.

En cambio, si lo que se pretende es reponer de cualquier resolución que se dicte en la Audiencia Inicial, dentro del Juicio de Oposición y luego de haberse recibido a prueba las excepciones, incluyendo la modificación o eliminación de algún punto de la interlocutoria de prueba, se deberá recurrir verbalmente, de conformidad al artículo 125, para que el recurso sea resuelto en la misma Audiencia Inicial<sup>20</sup>.

Aunque no pareciera tener mucho sentido la manera en que está establecido el sistema recursivo, pues pareciera que el legislador simplemente no advirtió los inconvenientes que denunciamos, la manera en que se propone la aplicación de los artículos 124 1) en relación al 124 inciso final y 125, según hemos expuesto, al menos permiten aplicar las normas sin que su contradicción deje en indefensión al justiciable.

3.3. Los actos de convalidación de la sentencia interlocutoria de prueba extinguen el derecho (preclusión por incompatibilidad) de interponer el recurso de reposición del 124 1) en una de sus hipótesis

Si bien la interpretación que hemos propuesto de los artículos 124 y 125 da una solución a la aparente contradicción que se advierte entre ellos, tal solución no

---

<sup>20</sup> La Corte Suprema no advirtió la aparente contradicción entre el artículo 124 1) en relación al 124 inciso final con el 125, tal como puede advertirse en el oficio enviado a senado con fecha 27 de junio de 2012 (n°59-2012), en el cual se limitó simplemente a hacer una descripción general del sistema recursivo aplicable al Juicio de Oposición en la Audiencia Inicial, señalando que la reposición del artículo 124 1) sería procedente contra la sentencia interlocutoria de prueba, y la del 125 contra las otras resoluciones que se dicten en la Audiencia Inicial, ello pese a que el proyecto de ley a esas alturas ya evidenciaba una falta de prolijidad en la redacción de los artículos relacionados con el recurso de reposición. A la omisión de la Corte Suprema se suma la nula discusión parlamentaria, que pasó completamente por alto las contingencias procesales de la ley N° 20.720 en materia recursiva, lo que impide considerar el método histórico en su interpretación, abandonando tal ejercicio a otros métodos como el gramatical, sistemático o técnico.



es suficiente para abarcar todos los inconvenientes que genera la redacción de la ley N° 20.720.

En efecto, la forma en que está establecido el sistema recursivo en el Juicio de Oposición en el contexto de la Audiencia Inicial, genera la duda de si las partes, una vez que se ha recibido la oposición a prueba y luego de haber ejercido actos de convalidación, pueden luego deducir el recurso de reposición establecido en el artículo 124 1), con la finalidad de que no se reciba la oposición a prueba y se cite derechamente a la Audiencia de Fallo, lo que deja sin efecto incluso actos jurídico-procesales emanados de la misma parte.

En la práctica esta hipótesis se daría, por ejemplo, en el caso de que se dictare la sentencia interlocutoria de prueba, y una de las partes dedujera en su contra la reposición del artículo 125, solicitando la modificación o eliminación de un punto de prueba, o acordare el nombre del perito en los términos del artículo 124 2) b), o en el caso del acreedor si ofreciere prueba en los términos del artículo 124 2) c), etc. para luego, dentro de los tres días siguientes a la Audiencia Inicial, la misma parte que convalidó la sentencia interlocutoria con actos jurídico-procesales emanados de ella misma, dedujere el recurso de reposición establecido en el artículo 124 1), solicitando que no se reciba la causa a prueba y se cite derechamente a las partes a la Audiencia de Fallo<sup>21</sup>.

Dos son las alternativas posibles ante una hipótesis como la planteada: (1) o la parte que convalida la sentencia interlocutoria de prueba no pierde su derecho de reponer

en conformidad al artículo 124 1), para el caso en que tal reposición tenga por objeto que no se reciba la causa a prueba sino que se cite derechamente a las partes a la Audiencia de Fallo o (2) el acto de convalidación deviene en la preclusión del derecho de reponer en tal sentido, condenando a aquella parte a la difícil tarea de decidir, en la misma Audiencia Inicial, si no hace nada con tal de no perder el derecho a reponer dentro de los siguientes tres días o si simplemente se defiende, asumiendo que por ello perderá el derecho de impugnar la procedencia de la interlocutoria de prueba.

En este orden de ideas, creemos que no sería posible convalidar la sentencia interlocutoria de prueba, por ejemplo deduciendo en su contra la reposición del artículo 125, solicitando la modificación o eliminación de un punto de prueba, acordando el nombre de un perito en los términos del artículo 124 2) b) o, en el caso del acreedor, ofreciendo prueba en los términos del artículo 124 2) c), para luego deducir el recurso de reposición del artículo 124 1) solicitando que no se reciba la causa a prueba y se cite derechamente a las partes a la Audiencia de Fallo. Creemos que en tal circunstancia habría un caso de incompatibilidad de aquellos que generan la preclusión<sup>22</sup> del acto jurídico-procesal no realizado, en este caso, el recurso de reposición del artículo 124 1).

Normalmente entendemos por preclusión “la pérdida, extinción o consumación de una facultad procesal” (Couture, 2010, p. 160) que puede producirse, dentro de otras hipótesis, cuando se ha ejercido una facultad procesal incompatible con el ejercicio de otra<sup>23</sup>.

<sup>21</sup> No vemos inconveniente en convalidar la sentencia interlocutoria con actos propios y luego, dentro de los tres días siguientes a la audiencia inicial, deducir el recurso de reposición del artículo 124 1) cuando el objetivo de tal reposición sea la incorporación de un nuevo punto de prueba en conformidad al artículo 124 inciso final, pues en tal caso no habría preclusión por incompatibilidad.

<sup>22</sup> Núñez y Pérez Ragone (2013, p. 28) señalan que “el principio de preclusión sostiene que, frente a determinados supuestos, el derecho del litigante a ejercitar su acción, se extingue, dado que el proceso debe cuidar los tiempos necesarios para producir una decisión justa en derecho, otorgando ello mayor seguridad jurídica a todos los ciudadanos”. Efectivamente el principio de preclusión solo cabe dentro de un orden procesal consecutivo que, jurídica y políticamente, se reconoce como un medio para garantizar una debida tutela jurisdiccional a través de un debido proceso. Lamentablemente, no es el objeto de este trabajo analizar tan interesante discusión que muy bien trata también Gandulfo (2009).

<sup>23</sup> Doctrinariamente se reconocen tres tipos de supuestos operativos de la preclusión: (1) la preclusión por falta de oportunidad, que se produce por no haberse realizado el acto jurídico-procesal en la oportunidad establecida por la ley (falta de observación del orden jurídico consecutivo). Este tipo de preclusión es el más común y se encuentra regulado con claridad en varios sistemas normativos, como el caso del artículo 136 de la ley de enjuiciamiento civil española; (2) la preclusión por consumación, es decir, por haberse realizado válidamente el acto jurídico-procesal (consumación propiamente tal) y (3) por –en palabras de Couture (2010)– “haberse cumplido una actividad incompatible con el ejercicio de otra”. Es esta última clase de preclusión la que nos interesa en el presente trabajo.

Por tanto, habrá preclusión por incompatibilidad “cuando dos enunciados, proferidos o escritos, no pueden ser sostenidos conjuntamente” (Gandulfo, 2009, p. 165).

De esta manera, no habrá preclusión del derecho de una parte de solicitar —por la vía del recurso de reposición establecido en el artículo 124 1) — que se cite derechamente a las partes a la Audiencia de Fallo, a menos que se entienda que tal solicitud es incompatible con los actos jurídico-procesales que la misma parte realizó en la Audiencia Inicial y que convalidaron la sentencia interlocutoria de prueba.

En nuestra opinión sí habría incompatibilidad entre el acto o actos jurídico-procesales de convalidación de la sentencia interlocutoria de prueba, como si una de las partes dedujera la reposición del artículo 125 solicitando la modificación o eliminación de un punto de prueba, con la reposición que la misma parte de conformidad al artículo 124 1), si es que esta tiene como finalidad que se cite a las partes derechamente a la Audiencia de Fallo<sup>24</sup>.

Tal incompatibilidad deriva de la contradicción de lo pedido, por una parte lo que se pretende es encausar el término probatorio y, por el otro, que se cite derechamente a la Audiencia de Fallo sin que se aporte prueba al proceso. Por tanto, en tal caso, la ejecución del acto jurídico-procesal de la parte que convalide la sentencia interlocutoria de prueba extinguirá el derecho de la misma parte —preclusión por incompatibilidad— de reponer en conformidad al 124 1) con la finalidad de que se cite a las partes a la Audiencia de Fallo.

Tal efecto jurídico en ningún caso debe entenderse como una sanción, sino como una manifestación tácita de la voluntad del litigante, quien desde “el instante en que manifiesta voluntad expresa de hacer uso de un derecho procesal, tácitamente reconoce que no hará uso de otro que podría haber ejecutado” (Colombo, 1997, p. 204).

Pero una manifestación tácita de voluntad como la planteada no siempre debe entenderse como sinónimo de renuncia a una facultad procesal, pues el artículo 17 del CPC nos permite el ejercicio de actos jurídico-procesales incompatibles mientras uno sea deducido en subsidio del otro.

En este caso, y no puede ser de otro modo, el acto jurídico-procesal subsidiario deberá ser el de convalidación, pues de lo contrario aplicaría la preclusión. Es decir, quien quiera que no se reciba la causa a prueba, sino que se cite derechamente a las partes a la Audiencia de Fallo, pero además tenga la intención de reponer sobre la interlocutoria de prueba modificando o eliminando un punto de prueba, necesariamente deberá deducir el recurso de reposición del artículo 124 1) en la misma audiencia, sin esperar el plazo de tres días y, en subsidio del mismo, el recurso de reposición del artículo 125. A la inversa, inevitablemente operará la preclusión por incompatibilidad.

3.4. El recurso de reposición del artículo 124 2) c) debe interponerse en la Audiencia de Prueba y como “cuestión previa”

Aún queda por analizar una última hipótesis de recurso de reposición aplicable a aquella parte del Juicio de Oposición que se produce en la Audiencia Inicial y es la del artículo 124 2) c) que, como era de esperarse, también contiene cierto grado de impureza procesal.

El artículo 124 2) c) de la ley N° 20.720 le permite al deudor interponer la reposición del artículo 125 en contra de aquella resolución, que declara admisible o pertinente la prueba ofrecida por el acreedor en la Audiencia Inicial, reposición que se tramitará como “cuestión previa”.

Pero la resolución que declara admisible o pertinente la prueba ofrecida por el acreedor puede no dictarse en la Audiencia Inicial, sino después, tal como lo evidencia la literalidad del artículo 124 2) c), al disponer que “La

<sup>24</sup> Reconocemos que la solución de este problema por la vía de la preclusión por incompatibilidad no parece ser justa, pero no sería la única infracción al debido proceso que se puede advertir en la Ley 20.720. En efecto, y solo por nombrar otra, el acreedor que solicita la liquidación del deudor solo conoce su oposición en la audiencia inicial y no tiene el derecho a oponerse o deducir observaciones, como sí ocurre en el juicio ejecutivo, donde el artículo 466 del CPC le concede al acreedor cuatro días para tal efecto.



resolución acerca de la admisibilidad y pertinencia de las pruebas del acreedor deberá ser pronunciada antes de la Audiencia de Prueba”.

El problema que se advierte aquí es que si la resolución que declara admisible o pertinente la prueba ofrecida por el acreedor efectivamente se pronuncia en una oportunidad procesal distinta a la Audiencia Inicial, el deudor que quiera reponer de ella no podría hacerlo en consideración al artículo 125, pues este señala claramente que tal recurso debe deducirse verbalmente y en la Audiencia Inicial.

Esta falta de rigurosidad en la redacción de la norma puede generar incerteza jurídica, pues no establece de manera clara en qué oportunidad procesal se deberá deducir el recurso de reposición o cuál es el plazo para interponerlo o si se deducirá de manera verbal o escrita, etc. Asimismo, pretender deducir un incidente en los términos del artículo 5.º de la ley N° 20.720, lo vemos

simplemente como un despropósito.

Al igual que Puga, creemos que la reposición del 124 2) c) debe interponerse y resolverse como “cuestión previa” en la Audiencia de Prueba pues es la única hipótesis en que podría deducirse la reposición del artículo 125 —que es verbal— sin alterar el orden procesativo del Juicio de Oposición (Puga, 2014, p. 315).

Esta manera de salvar la falta de rigurosidad en la redacción del artículo 124 2) c) es perfectamente compatible con otras formas establecidas en nuestro sistema procesal, como ocurre en el Código del Trabajo (art. 475) o la ley N° 19.968 que crea los Tribunales de Familia (art. 67), en que es perfectamente posible deducir un recurso de reposición en audiencia, como cuestión previa, si el antecedente que motivó tal recurso se produjo con antelación, fuera de audiencia y dentro del plazo para su interposición.

## 4. Conclusiones

Es evidente, pues ello consta de su simple lectura, que la ley N° 20.720 contiene normas procesales que no han sido debidamente trabajadas por el legislador. El problema es que al parecer tampoco pretende hacerlo<sup>25</sup>, lo que nos obliga en ciertos casos y mientras no se modifiquen legalmente sus disposiciones, a interpretarlas, sea por interés académico o por necesidad jurisdiccional.

El presente trabajo no ha pretendido ofrecer una solución definitiva al aparentemente contradictorio sistema recursivo aplicable al Juicio de Oposición, sino

más bien proponer una interpretación lo más armónica posible de las disposiciones que lo regulan y con ello evitar la potencial indefensión del justiciable.

Tarde o temprano, las disposiciones procesales de la ley N° 20.720 deberán ser modificadas por el legislador y cuando ello ocurra, creemos conveniente que se escuche la opinión de académicos de derecho procesal en todas aquellas comisiones legislativas que trabajen en sus aspectos adjetivos.

---

<sup>25</sup> Actualmente se tramitan en el Congreso varios proyectos de ley que pretenden modificar Ley 20.720 y, al momento en que se trabajó en este artículo, ninguno de ellos se refiere a sus aspectos procesales.

## Referencias

- Colombo Campbell, J. (2012). *Los Actos Procesales*. Santiago: Editorial Jurídica De Chile.
- Couture, E (2010). *Fundamentos Del Derecho Procesal Civil* (4ª ed.). Montevideo: Editorial B de f.
- Gandulfo Ramírez, E. (2009). Sobre preclusiones procesales en el derecho chileno en tiempo de reformas: ensayo de una teoría general desde un enfoque valorativo jurídico. *Revista Ius Ex Praxis*, 15(1), 121-189.
- Mosquera M. & Maturana, C. (2010). *Los Recursos Procesales*. Santiago: Editorial Jurídica De Chile.
- Núñez, R. & Pérez Ragone, A. (2013). *Manual de derecho procesal: parte general*. Santiago, Chile: Thomson Reuters.
- Puga, J. (2014). *El procedimiento concursal de liquidación: ley N° 20.720*. Santiago: Editorial Jurídica De Chile.
- Romero, A. (2016). *Aspectos procesales del derecho concursal chileno: estudio de derecho concursal, la ley n° 20.720 a un año de su vigencia*. Santiago, Chile: Thomson Reuters.

## Carlos Esplugues

Universidad de  
Valencia, España

Carlos.Esplugues@uv.es

Recibido: 17.06.19

Aceptado: 14.08.19

## La ejecución de los acuerdos alcanzados en el marco de un procedimiento de mediación: diferentes continentes, diferentes soluciones y un objetivo – aparentemente – común\*

## The enforcement of the reached agreements within the framework of a mediation procedure: different continents, different solutions and one – apparently – common objective

**Resumen:** Las ADR/MASC han dejado hoy de ser mecanismos alternativos a la justicia estatal para pasar a ser entendidas como complementarias a esta, alterando de tal suerte la propia noción de acceso a la justicia. Dentro de esta categoría genérica, la mediación constituye hoy la institución que atrae mayor interés doctrinal y práctico y que, de alguna manera, refleja también de forma más nítida las ventajas que, se entiende, acompañan a este tipo de mecanismos. Anclada directamente en la voluntad de las partes, la mediación presenta como uno de sus puntos débiles la necesidad de asegurar la ejecutabilidad del acuerdo alcanzado por ellas en el marco de un procedimiento de mediación. Si bien existe coincidencia en la necesidad de no hacerlo depender exclusivamente de la voluntad de las partes, el estudio de las diversas soluciones legislativas existentes refleja la presencia de diferencias notables entre ellas, tanto en su filosofía como en las

soluciones diseñadas. Ello se hace especialmente patente al contrastar la postura mayoritariamente mantenida en la Unión Europea, que subordina la ejecución del acuerdo a su previa homologación por una autoridad pública. Con la presente en las normativas iberoamericanas, donde resulta habitual que el acuerdo venga dotado de fuerza ejecutiva directa.

**Palabras clave:** Acuerdo de mediación; ejecución del acuerdo de mediación; homologación del acuerdo de mediación.

**Abstract:** ADR devices are no longer approached as alternatives to state courts. On the contrary, they are growingly understood as complementary to them. This change directly affects the notion of access to justice. Today, mediation is the institution that attracts most of the doctrinal and practical interest. Despite all the benefits that arise of mediation, the institutions also show some problems that must be tackled.

\* El presente artículo ha sido elaborado en el marco del proyecto I+D GVA Prometeo 2018/111 y del proyecto I+D MINECO DER2016/74945-R.

The enforceability of the settlement reached by the parties in the framework of a mediation proceeding is, by far, one of the most relevant issues to be dealt with. Despite the global acceptance of the need to ensure its enforceability, national legal systems provide many different approaches and solutions to this issue. This is especially evident when comparing the position usually supported in the European Union, and which stands on the need to homologate the settlement reached by

a public authority for the agreement to be enforceable. The solution is upheld in many Iberoamerican countries, where the direct enforceability of the agreement is the main rule.

**Keywords:** Mediation's settlement, Enforceability of the mediation settlement, Homologation of the Mediation's settlement.

Durante siglos, los tribunales estatales han sido la única vía efectiva disponible para resolver sus eventuales disputas. Hasta el punto de que este monopolio *de facto* ha eclipsado, en muchos lugares, la presencia de otras formas de resolución de controversias plenamente amparadas por la ley, lo que las convierte, en la práctica, en marginales o puramente testimoniales (Barona Vilar y Esplugues Mota, 2014, p. vi).

Sin embargo, esta situación de predominio y expansión del poder judicial vivida durante los últimos siglos pareciera estar hoy llegando a su fin (Barona Vilar, 2018, p. 20). El tránsito de una sociedad analógica a otra digital, cada vez más compleja, interconectada y desestructurada, amén de heterogénea, ha traído como uno de sus signos de identidad el incremento exponencial del volumen de litigios y de su complejidad. Una imparable realidad que supera al Estado, y respecto de la que este es incapaz de articular una respuesta rápida, flexible, accesible y segura, amén de previsible para los ciudadanos.

Cualquier esfuerzo presupuestario en el ámbito de la administración de justicia parece siempre insuficiente para asegurar a la ciudadanía un acceso efectivo a ella. Esto acaba afectando directa y negativamente a la virtualidad del principio de tutela judicial efectiva. Y, por ende, incide en el nivel de satisfacción final de la población con la administración de justicia estatal, favoreciendo, correlativamente, el distanciamiento y el escepticismo respecto de esta. La incapacidad del Estado para satisfacer las exigencias de justicia de sus habitantes conduce, incluso, a algunos de ellos, a obviar cualquier intento de resolución de sus controversias. Resulta muy significativo al respecto, por ejemplo, que en torno al 25% del global de disputas comerciales surgidas

en Europa queden sin resolución alguna, al rechazar los involucrados ejercer cualquier acción respecto de ellas, debido, en gran medida, a las escasas expectativas que les genera el sistema de justicia (Tilman, 2011, p. 4).

Esta negativa percepción hacia la administración estatal de justicia y hacia su capacidad real de proveer respuestas adecuadas a las controversias que afectan a los justiciables se ve, además, exponencialmente agudizada en los supuestos de litigios transfronterizos, en los que tribunales, ya de por sí dotados de una enorme carga de trabajo, han de hacer frente a disputas que generalmente incorporan un elevado nivel de complejidad y especialización. Añadiendo, a su vez, un elemento de incertidumbre adicional para las expectativas jurídicas de las partes.

La voluntad de articular procesos que sean más rápidos, eficientes y accesibles para las partes, y que permitan, a la vez, maximizar las inversiones públicas, ofreciendo una respuesta adecuada para hacer frente al incremento constante de la litigiosidad, se encuentra en la base de las reformas procesales civiles desarrolladas en las últimas décadas en un número relevante de países.

Correlativamente, el incremento de la conflictividad, las complejidades de todo tipo que la misma conlleva y la insuficiente respuesta ofrecida por la administración estatal de justicia coadyuvan al apoyo creciente que los mecanismos ADR/MASC reciben en los últimos tiempos en muchas partes del mundo, como medio para facilitar a los ciudadanos un acceso a la justicia más efectivo, asequible y previsible (Barona Vilar y Esplugues Mota, 2014, p. 5). Esta búsqueda de soluciones alternativas al tradicional recurso a los tribunales estatales se desarrolla,

además, tanto en el plano interno como internacional. Y, también, en relación con países y respecto de materias en las que nunca antes se había admitido su potencial juego (Esplugues y Barona, 2018, p. 62).

Las potenciales ventajas que proporcionan las ADR/MASC no se limitan, además, a los ciudadanos. Se amplían igualmente a los jueces y tribunales al ver estos reducida su carga de trabajo y favorecida su eficiencia, aun cuando va a exigir al operador jurídico el esfuerzo de “desaprender la lógica del derecho para aprender la lógica de la negociación” (Díaz, 2006, p. 481). Y estos instrumentos resultan también favorables para el propio Estado, al permitírsele reducir su inversión en el sistema estatal de justicia, algo visto con especial simpatía en estos tiempos de crisis económica y limitaciones presupuestarias (Jequier Lehuedé, 2016, p. 94, en relación con Chile).

En esta encrucijada, las ADR/MASC dejan —hoy— de entenderse como una mera alternativa a los tribunales estatales, y pasan a aproximarse como una auténtica vía complementaria a estos, que interactúa con ellos. Una opción que, además, viene progresivamente amparada e, incluso, fomentada por el propio Estado que entiende su desarrollo como un paso esencial para asegurar el acceso a la justicia a sus ciudadanos (Barona, 2016, p. 48).

Significativa en este último sentido resulta el reconocimiento de las ADR/MASC en el plano constitucional en Iberoamérica. Es así significativo el tenor del artículo 116 de la Constitución política colombiana al afirmar que

Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley (Díaz, 2009, p. 727).

Una profesión reiterada, también, por el artículo 189. II de la Constitución del Ecuador en relación con el uso de estos mecanismos por los jueces de paz, o por el artículo 17 de la Constitución política de los Estados

Unidos mexicanos al señalar de manera taxativa que las “leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias” (Díaz, 2009, p. 727).

Este impulso a las ADR/MASC, además, se expande en el continente iberoamericano en el escalón normativo inferior. Así, el Código de Procedimiento Civil (CPC) de Brasil, de 2015, realiza una solemne declaración en su artículo 3 §2º en el sentido de que el Estado “*promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos*”. Añadiendo en el apartado §3º de este mismo precepto, que la “*conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial*” (Dalla Bernardina De Pinho, 2015, p. 267). Una declaración de principios en línea con la recogida en el artículo 5 CPC del Ecuador que explicita que la

jurisdicción se ejerce por los tribunales y juzgados que integran la Función Judicial. También la ejercen, de acuerdo con la Constitución Política de la República y sus leyes propias: los jueces de paz, los árbitros, los tribunales de conciliación y arbitraje y las autoridades de los pueblos indígenas.

O en el artículo 1 “Interés Nacional” de la Ley 26872, de Conciliación del Perú que, de forma explícita, declara “de interés nacional la institucionalización y desarrollo de la Conciliación como mecanismo alternativo de solución de conflictos”.

Mas este soporte a las ADR/MASC por parte del Estado supera la realidad iberoamericana siendo igualmente constatable en el plano comparado. Así, en la Unión Europea el artículo 81.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea cita el “desarrollo de métodos alternativos de resolución de litigios” como una de las medidas para desarrollar en el marco de la consolidación del espacio europeo de seguridad y justicia. Y la propia Comisión Europea entiende que los instrumentos de ADR/MASC constituyen “mecanismos económicamente rentables que proporcionan un mayor acceso a la justicia” a los ciudadanos (De Palo, Feasley y Orecchini, 2010, p. 3).

En el caso concreto de la UE, no estamos, además, ante una posición meramente teórica. La apuesta por la “*multi-door courthouse*” a la que hacía referencia Sander en 1976 (Sander, 1979, pp. 82-85) se ha visto ya plasmada de forma explícita en algún Estado miembro de la Unión Europea, donde se ha consolidado la creación de

un sistema de justicia pluriopcional para los ciudadanos. Tal es el caso, por ejemplo, de Eslovenia, donde las ADR son por ley la primera opción, a la hora de resolver las disputas que puedan surgir en el ámbito civil y mercantil en la vida diaria (Knez y Weingerl, 2015, p. 649).

## 1. La mediación como banco de pruebas del nuevo paradigma de justicia

La opción favorable a las ADR/MASC y al cambio de paradigma de justicia no es neutra y conlleva ciertos riesgos de base, que no deben ser desestimados, en cuanto afecta a la potestad jurisdiccional del Estado, una de las manifestaciones preclaras del poder estatal (Barona, 2016, p. 54-56). Sin embargo, y con independencia de los eventuales peligros y críticas que se deslizan por la doctrina respecto de este nuevo entendimiento plural de la noción de acceso a la justicia (Esplugues Mota, 2014, pp. 312-313) el escenario de apoyo a las ADR/MASC comienza a consolidarse en bastantes sistemas del mundo. Y ello se hace especialmente patente en relación con la mediación, una institución que históricamente se ha encontrado presente en el plano comparado (Steffek, 2010, pp. 842-843).

La mediación se presenta hoy como la estrella emergente en el firmamento de las ADR/MASC (Barona, 2013, pp. 16-19). En contraste con otras instituciones como el arbitraje (Barona y Esplugues, 2014, p. 16), los beneficios genéricamente reputados del recurso a este tipo de mecanismos de justicia alternativa o complementaria a los tribunales parecen especialmente verificables en relación con la mediación. Y ello en cuanto se trata de una institución altamente competitiva desde un punto de vista temporal y económico, que aporta un elevado grado de previsibilidad y satisfacción a las personas involucradas en su uso y, por lo tanto, una fácil ejecución del acuerdo alcanzado en el marco del procedimiento de mediación.

El éxito que acompaña a la mediación en nuestros días, empero, no debe abonar una imagen de panacea; de institución infalible y válida para su uso en todo tipo de casos. Como ocurre con el resto de mecanismos ADR/MASC, la mediación debe aproximarse como una opción para los ciudadanos, ofrecida en condiciones de igualdad con el resto de figuras ADR/MASC, y con el libre acceso a los tribunales de justicia. Y que, al igual que el resto de vías de acceso a la justicia, no está exento de problemas. En tal sentido, una de las cuestiones que más puede incidir en el futuro —exitoso— de la mediación es la relativa a la ejecución del acuerdo alcanzado por las partes en el marco del procedimiento de mediación.

Si bien el carácter voluntario que caracteriza a la institución favorece la previsible ejecución del acuerdo alcanzado, lo cierto es que esta no debería hacerse depender exclusivamente de la voluntad de las partes que lo concluyeron. Con ello se favorecería la conversión de la institución, tal como señala la propia UE, en una justicia de segunda. Resulta imprescindible en este sentido articular mecanismos que faciliten el cumplimiento de lo pactado si se quiere favorecer el recurso a la mediación como una vía usual de resolución de las disputas surgidas en la vida diaria sin depender exclusivamente en la voluntad de las partes (Esplugues, 2019, pp. 316-317). Esta exigencia, empero, resulta más fácil de enunciar que de articular, y da lugar a la presencia de significativas diferencias entre las soluciones existentes en relación con este punto en el plano comparado (Esplugues, 2015, pp. 68-73).



En este sentido resulta relevante el considerando 19 de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, en el que se afirma con claridad que la mediación

no debe considerarse como una alternativa peor que el proceso judicial por el hecho de que el cumplimiento del acuerdo resultante de la mediación dependa de la buena voluntad de las partes. Por tanto, los Estados miembros deben asegurar que las partes en un acuerdo escrito resultante de la mediación puedan hacer que su contenido tenga fuerza ejecutiva.

Sin embargo, a pesar de esta taxativa afirmación, el resultado final de la transposición de la Directiva en las distintas normativas nacionales de los diversos Estados miembros de la Unión no ha resultado en la presencia de una solución armónica en esta materia en Europa. Y, lo que resulta también muy significativo, la filosofía de las soluciones presentes en Europa contrasta radicalmente, en la mayoría de los casos, con lo previsto por gran parte de las legislaciones iberoamericanas. En las próximas páginas abordaremos este punto, haciendo referencia a las significativas diferencias existentes en relación con este punto a uno y otro lado del Atlántico.

## 2. La mediación y sus posibles vías de conclusión

Toda mediación, ya sea extra o intraprocesal, puede concluir de forma exitosa en aquellos casos en que las partes alcanzan un acuerdo, total o parcial, sobre la controversia sometida. O fracasar, en los supuestos en que la mediación no llegó a comenzar, se vio abortada durante su transcurso, o no se alcanzó un acuerdo por las partes durante el desarrollo del procedimiento.

Como punto de partida, la terminación sin éxito de la mediación no conlleva consecuencias negativas para las partes, con independencia de la habitual exigencia de documentar el desarrollo y final de la mediación (Alexander, 2009, p. 324). El fin del procedimiento de mediación implica, eso sí, que la eventual suspensión de los plazos de caducidad y de prescripción concluye. Como también lo hace la prohibición de accionar ante los tribunales estatales existente en los sistemas de mediación obligatoria. O se procede a reiniciar el proceso suspendido en el supuesto de mediaciones intraprocesales (Esplugues, 2015, pp. 64-65).

### 2.1. La conclusión exitosa de la mediación

Focalizándonos en la terminación exitosa de la mediación, se entiende que esta ha concluido con éxito en aquellas ocasiones en que las partes alcanzan un acuerdo —total o parcial— sobre la disputa referida a mediación, no sobre aspectos conectados con esta (Alexander, 2009, p. 190). El acuerdo alcanzado por las

partes solventa, al menos técnicamente, la disputa, y tiene un efecto directo sobre los derechos y obligaciones de aquellas. Su eficacia y efectos se entienden vinculados a la naturaleza de la mediación desarrollada, aunque encuentran una regulación diferenciada en el plano comparado que, adicionalmente, varía según se haga referencia la mediación intraprocesal o extraprocesal.

Así, y en relación específicamente a la mediación extraprocesal, el acuerdo se concluye libremente por las partes intervinientes con la intervención del mediador, que se limita a mantener una posición puramente neutral y que facilita, sin resultar, por otro lado, responsable del compromiso alcanzado por aquellas. En tal sentido, y en cuanto fruto directo de la voluntad de las partes, el acuerdo se encuentra habitualmente dotado de una naturaleza contractual y vinculando exclusivamente a las partes, aunque como observaremos seguidamente al analizar la realidad iberoamericana, son bastantes los países que allí, en claro contraste con lo dicho hasta el momento, le otorgan al acuerdo fuerza ejecutiva directa.

La situación, por su parte, varía en el supuesto de una mediación intraprocesal, dado que en este caso el acuerdo se incorporará habitualmente en una resolución judicial y contará, consecuentemente, con todos los efectos inherentes a esta (Esplugues, 2019, pp. 293-294).

En tal sentido, y centrándonos en Iberoamérica, la finalización de la mediación, ya sea extraprocésal o intraprocésal, a través de un acuerdo que da fin a la controversia existente entre las partes es, por ejemplo, aceptada de forma explícita en el Ecuador, donde el artículo 47.I de la Ley de Arbitraje y Mediación reconoce que el procedimiento de mediación “concluye con la firma de un acta en la que conste el acuerdo total o parcial, o en su defecto, la imposibilidad de lograrlo”. Un acuerdo que, tal como señala el artículo 3 de la Ley de Conciliación peruana, cuenta con una base consensual obedeciendo “única y exclusivamente a la voluntad de las partes”.

Se admite, además, que el compromiso alcanzado puede ser total o parcial. Así es reconocido en Chile por el artículo 111.I de la Ley 19.968 —en línea con el art. 22.II de su Reglamento—. Al igual que ocurre en Ecuador, donde el apartado 5 del artículo 47 de la Ley de Arbitraje y Mediación ecuatoriana afirma que, tras alcanzarlo, las partes podrán discutir en juicio únicamente las diferencias que no hayan sido parte del acuerdo. O en el Perú, donde tras ser reconocida esta posibilidad por el artículo 15 del Reglamento de la Ley de Conciliación, se señala por el artículo 17 de este mismo cuerpo legal que “sólo puede solicitarse tutela jurisdiccional efectiva para las diferencias no resueltas”.

## 2.2. La forma del acuerdo de mediación.

A partir de la aceptación generalizada de la premisa de que el logro de un acuerdo total o parcial sobre la controversia, y la concreción de su contenido, descansa sobre la voluntad de las partes, se patentizan, de Estado a Estado, notables diferencias en relación con las formalidades que eventualmente deben acompañarle, especialmente en el supuesto de la mediación extraprocésal.

Estas diferencias se hacen presentes, por ejemplo, en la Unión Europea donde, recordemos, se ha procedido a transponer la Directiva 2008/52/CE que establece un estándar normativo mínimo común a todos los países de la Unión. En tal sentido, existen ciertos Estados miembros donde, al menos de partida, se mantiene una posición muy flexible en relación con este punto, y en coherencia con ello se obvia aportar respuesta alguna al respecto. El

acuerdo alcanzado se considera meramente un contrato concluido entre las partes y, por lo tanto, sometido a las normas generales del régimen jurídico de los contratos. En tal sentido, la normativa en la materia no recoge referencias a la validez formal del acuerdo, dependiendo exclusivamente de las partes tanto su conclusión como la fijación de sus exactos términos. Usualmente, eso sí, se exige su condición escrita. Buenos ejemplos de esta posición son, en la Unión Europea y entre otros muchos, Alemania, Austria, Bulgaria, Eslovenia, Hungría, Países Bajos, Polonia o Reino Unido (Esplugues, 2014, pp. 710-711).

Otros Estados europeos, por el contrario, aportan una respuesta más detallada sobre esta cuestión, y proceden a precisar un elenco, más o menos elaborado y amplio, de condiciones formales aplicables al acuerdo alcanzado por las partes. Así, junto a la exigencia de forma escrita, se acompaña habitualmente la necesidad de firma del acuerdo alcanzado —Bélgica, República Checa, Chipre, Grecia, Italia, Luxemburgo, Malta o Rumania (Esplugues, 2014, pp. 711-714) —. Esta exigencia viene igualmente acompañada, en ocasiones, del requerimiento de hacer constar diversa información adicional. En el supuesto de España, por ejemplo, el artículo 23.1 y 2 de la Ley de Mediación (LM) en asuntos civiles y mercantiles precisa que,

1. El acuerdo de mediación puede versar sobre una parte o sobre la totalidad de las materias sometidas a la mediación.

En el acuerdo de mediación deberá constar la identidad y el domicilio de las partes, el lugar y fecha en que se suscribe, las obligaciones que cada parte asume y que se ha seguido un procedimiento de mediación ajustado a las previsiones de esta Ley, con indicación del mediador o mediadores que han intervenido y, en su caso, de la institución de mediación en la cual se ha desarrollado el procedimiento.

2. El acuerdo de mediación deberá firmarse por las partes o sus representantes.

La situación existente en Iberoamérica refleja igualmente estas diferentes posiciones en relación

con la forma del acuerdo concluido en el marco de un procedimiento de mediación (Esplugues, 2019, p. 299). Dejando de lado el llamativo silencio que al respecto mantiene la Ley brasileña n.º. 13.140 de Mediación de 26 de junio de 2015, se observan soluciones diversas dotadas de distintos grados de elaboración y exigencia. Así, por ejemplo, en Chile, el artículo 111.I de la Ley 19.968 de agosto de 2004 que crea los tribunales de familia —en línea con el art. 22.II de su Reglamento— se limita a señalar la exigencia de que el acuerdo venga por escrito y sea firmado. En tal sentido afirma que, de llegar a acuerdo

sobre todos o algunos de los puntos sometidos a mediación, se dejará constancia de ello en un acta de mediación, la que, luego de ser leída por los participantes, será firmada por ellos y por el mediador, quedando una copia en poder de cada una de las partes.

En una línea similar, pero más elaborada se manifiesta igualmente el artículo 47.II de la Ley de Arbitraje y Mediación ecuatoriana de 2006 que precisa que el acta en que se plasme el acuerdo, total o parcial, alcanzado por las partes

contendrá por lo menos una relación de los hechos que originaron el conflicto, una descripción clara de las obligaciones a cargo de cada una de las partes y contendrán las firmas o huellas digitales de las partes y la firma del mediador.

Un paso más allá va la normativa colombiana. El artículo 1 de la Ley 640 de 2001 de Colombia señala que el acta del acuerdo conciliatorio deberá contener, necesariamente, información sobre el lugar, fecha y hora de audiencia de conciliación y una relación sucinta de las pretensiones motivos de la conciliación. Identificando al conciliador y a las personas citadas con señalamiento expreso de las que asisten a la audiencia y, eventualmente,

el acuerdo logrado por las partes con indicación de la cuantía, modo, tiempo y lugar de cumplimiento de las obligaciones pactadas.

Esta exigencia de referir cierta información se hace igualmente patente en otras normativas del subcontinente. Así, ocurre, por ejemplo y entre otras, en el caso concreto del Perú donde la regulación en relación con la conciliación extraprocesal es aún más elaborada que la colombiana. Exigiendo el artículo 3 del Reglamento de la Ley de Conciliación que el acta de conciliación que contiene el acuerdo alcanzado por las partes observe las formalidades previstas en el artículo 16 de la Ley de Conciliación “bajo sanción de nulidad”.

### 2.3. Naturaleza y efectos del acuerdo alcanzado por las partes

La eficacia del acuerdo concluido constituye una de las cuestiones más relevantes en relación con la mediación en el plano global. El acuerdo alcanzado por las partes en el marco de un procedimiento de mediación solventa, al menos técnicamente, la disputa, y tiene una incidencia directa sobre los derechos y obligaciones de aquellas. Para que la institución de la mediación sea plenamente efectiva debe asegurarse la ejecutabilidad del acuerdo alcanzado por las partes con el apoyo del mediador. Ciertamente, el hecho de que estas lo hayan logrado de manera totalmente voluntaria, y tras interiorizar que es la mejor solución posible a su disputa, debería, de partida, asegurarle al compromiso alcanzado por las partes un alto grado de cumplimiento voluntario. En un entorno ideal no serían, por lo tanto, necesarias normas en relación con su ejecución, dado que esta sería siempre realizada de forma voluntaria por las partes que lo concluyeron. Sin embargo, la realidad no tiene por qué resultar tan romántica. Y, de hecho, todo apunta a que según se generalice el recurso a la mediación, los riesgos de incumplimiento se incrementarán necesariamente (Esplugues, 2014, p. 717).

### 3. Ejecutabilidad del acuerdo alcanzando en el marco de un procedimiento de mediación

El éxito real de la mediación no puede ser dependiente de la mera voluntad de las partes. Ciertamente a ellas corresponde alcanzar, en su caso, un acuerdo total o parcial sobre la controversia. Mas el cumplimiento de este acuerdo, por muy elevadas que sean las expectativas de que ello va a ser efectivamente así, no puede depender exclusivamente de la voluntad de las partes. Hay que asegurar que va a ser susceptible de ser ejecutado en el caso de que alguna de ellas, por la razón que sea, decida finalmente no honrar su compromiso. Esta relevancia, además, es aún mayor cuando se trata de mediaciones transfronterizas, en las que el acuerdo alcanzado por las partes intervinientes en la mediación debe circular fuera del país donde fue concluido por aquellas (Esplugues, 2019, p. 317).

En la Unión Europea, la Directiva 2008 se sustenta sobre la clara idea de que la mediación no puede ser aproximada como una especie de justicia de segunda clase, dependiente en última instancia de la voluntad de las partes en cuanto a su cumplimiento. Resulta, por contra, imprescindible asegurarles a estas que, llegado el caso, cuentan con la posibilidad de hacer dicho acuerdo plenamente ejecutable (Sussman, 2009, p. 346). Esta ejecutabilidad debe ser general, y solo debería poder ser rechazada con base en ciertos motivos específicos y limitados. Pero, a la vez, debe combinarse con la protección de la confidencialidad en supuestos de acuerdos poco claros, algo que por desgracia no resulta tan inhabitual (Alfini, Press, Sternlight & Stulberg., 2006, p. 315).

Esta focalización en la ejecución del acuerdo alcanzado en el marco de un procedimiento de mediación como elemento clave para el éxito final de esta y, por ende, para el fomento de la institución como mecanismo efectivo de resolución de controversias, se hace igualmente patente en el plano comparado. La base voluntaria de la mediación que debería conducir a un cumplimiento voluntario del acuerdo concluido no es entendida, por

sí sola, como elemento suficiente sobre el que anclar la figura (Esplugues e Iglesias, 2016, pp. 77-78). Es imprescindible asegurar la ejecutabilidad del compromiso obtenido y esta percepción, por ejemplo, se encuentra en la base de la elaboración por parte de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI/UNCITRAL), en 2018 y en el marco de 51 períodos de sesiones, de un instrumento sobre la ejecución de los acuerdos de transacción comerciales internacionales resultantes de la mediación. Un texto que, por primera vez, se ofrece en el doble formato de un Convenio —el futuro Convenio de Singapur— y de Ley Modelo que reforma la Ley Modelo de Conciliación Comercial Internacional de 2002.

Sin embargo, como ya hemos avanzado, las soluciones existentes en relación con este punto en el plano comparado son muy diversas, tanto en su filosofía como en concretas respuestas incorporadas. Así, el análisis de las soluciones existentes en el mundo en relación con la eficacia jurídica atribuida al acuerdo concluido en el marco de una mediación aporta respuestas muy variadas en el plano comparado, tanto en lo referente a su filosofía y dirección, como a su elaboración y grado de flexibilidad. En este punto, además, la situación existente en Iberoamérica es especialmente significativa y relevante, dado que, en el continente, y en claro contraste con lo que ocurre en otros ámbitos del planeta, existe un elenco relevante de ordenamientos nacionales que tienden a dotar al acuerdo alcanzado de fuerza ejecutiva y naturaleza de cosa juzgada.

3.1. Naturaleza meramente contractual del acuerdo alcanzado por las partes

De partida, el análisis de las distintas soluciones nacionales en relación con este punto refleja la presencia de varios datos sobre los que tiende a articularse la solución susceptible de ser aportada. Así, en primer lugar, resulta imprescindible constatar las diferencias existentes entre las mediaciones extraprocerales y las intraprocerales.

En el supuesto de los acuerdos alcanzados en el marco de una mediación intraprocesal, el hecho de que estos se recoja, usualmente, en una resolución judicial, le dotará de fuerza ejecutiva como al resto de resoluciones judiciales emanadas del órgano jurisdiccional que sean susceptibles de ejecución propia. Por el contrario, en el caso de mediaciones extraprocesales, el acuerdo concluido cuenta, en el plano comparado, con una amplia consideración como un mero contrato que vincula a las partes (Sussman, 2009, p. 347) y, por lo tanto, carente *per se* de carácter ejecutivo y no susceptible de ejecución directa (Hopt y Steffek, 2013, p. 46).

Esta naturaleza contractual se reconoce, incluso, en países donde no existe normativa general en materia de mediación —Sudáfrica (Broodryk, 2015, pp. 687-688) — o donde la naturaleza del acuerdo logrado resulta controvertida —por ejemplo, en el supuesto de Quebec en relación con la mediación en temas familiares (Guillemard, 2015, pp. 572 y 586-587) —.

En ciertos lugares, además, esta naturaleza contractual perdura, sin que quepa su posterior homologación por parte de una autoridad pública. Siendo por lo tanto imprescindible recurrir a los tribunales en caso de incumplimiento del mismo por alguna de las partes (Esplugues, 2019, p. 320).

En la respuesta alcanzada incide, igualmente, el hecho de que se trate de mediaciones intra o extraprocesales, o del carácter voluntario u obligatorio de la mediación. Las soluciones presentes en Japón, por ejemplo, reflejan con nitidez las distinciones existentes en las mediaciones intra y extraprocesales. Así, los acuerdos alcanzados en el marco de las mediaciones vinculadas a un tribunal — en la práctica se trata de conciliaciones judiciales— son plenamente ejecutables. Por el contrario, los acuerdos logrados en el marco de mediaciones puramente privadas son siempre considerados como un contrato. No se prevé procedimiento alguno de homologación y en el caso de que cualquiera de las partes no cumpla con el acuerdo, la otra parte debe ejercitar una nueva acción ante los tribunales estatales, o un tribunal arbitral, con base en el acuerdo incumplido. De hecho, la rigidez de la solución ha llevado al desarrollo de distintos mecanismos con vistas a hacer frente a esta situación, flexibilizándola.

Así, las partes pueden nombrar un árbitro que dictará un laudo con base en el acuerdo alcanzado, o pueden formular una petición de acuerdo ante los tribunales de acuerdo con el artículo 275 CPC. También se acepta en ciertas ocasiones la posibilidad de elevar el acuerdo a escritura pública (Kakiuchi, 2015, pp. 386-387).

Estas diferencias entre las mediaciones intra y extraprocesales se hacen también presentes en otros Estados como la Federación Rusa, país en el que no se prevén instrumentos para la ejecución de los acuerdos alcanzados en el marco de una mediación extrajudicial. Ello significa que en caso de incumplimiento del acuerdo por cualquiera de las partes que lo alcanzó, la otra parte tendrá que referir necesariamente a un tribunal para que el acuerdo sea susceptible de ser ejecutado (Argunov, Argunov y Akhmetbekov, p. 638). En contraste con esta posición, una situación diferente se patentiza en la Federación Rusa, lógicamente y por su propia naturaleza, en relación a las mediaciones intraprocesales. En este caso, el acuerdo alcanzado puede ser asumido por los tribunales rusos, en tanto en cuanto no sea contrario a la ley o a los intereses de terceras personas (art. 12 LM y 39 CPC).

Focalizándonos en Iberoamérica, una situación peculiar se suscitara en Chile. La parquedad de la regulación existente en la materia lleva a la doctrina a considerar su asimilación con otras figuras presentes en la normativa chilena. Ello implica, en última instancia, que en caso de no ser honrado el acuerdo por una parte, será necesario exigir su cumplimiento ante los tribunales si éste no ha sido previamente elevado a escritura pública (Jequier Lehedé, 2018, p. 282). Esta regla parecería que encontraría una excepción en el tenor del apartado segundo, *in fine*, del artículo 111 de la Ley 19.968, en la que la aprobación del acta de mediación en el que se recoge el acuerdo alcanzado por las partes por el juez dota a esta de “valor de sentencia ejecutoriada”.

### 3.2. Exigencia de homologación del acuerdo alcanzado por las partes

La aceptación del carácter meramente contractual del acuerdo concluido por las partes se traduce en un gran número de países en la exigencia de su homologación por una autoridad pública, a efectos de lograr que el acuerdo

alcanzado resulte plenamente ejecutable. Quién pueda homologar el acuerdo alcanzado, como se hará ello, y con base en qué argumentos se concederá la homologación varía enormemente. Una vez más se constatan notables diferencias en relación con las condiciones necesarias para la homologación y también respecto del papel jugado por la autoridad encargada de esta. En ciertas ocasiones la ejecutabilidad es únicamente factible cuando el acuerdo ha sido ratificado por el tribunal, mientras que, en otros casos, también el notario se ve atribuido de un papel importante a la hora de convertir al acuerdo en un título dotado de fuerza ejecutiva.

### 3.2.1. Homologación judicial

Algunos países del mundo vinculan la posible ejecución del acuerdo alcanzado por las partes en el marco de un procedimiento de mediación, ya sea este extraprocesal o intraprocesal, a su posterior homologación por un tribunal competente. Por su propia naturaleza, esta posibilidad es especialmente relevante en relación con las mediaciones extraprocesales, dado que los acuerdos alcanzados en las intraprocesales serán recogidos con posterioridad, como regla general, en una resolución judicial.

Esta posibilidad de la homologación por parte del juez del acuerdo concluido por las partes en el marco de una mediación extraprocesal aparece presente de forma mayoritaria en Europa. Así ocurre, por ejemplo, en países como Bulgaria, Chipre, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Italia, Lituania, Luxemburgo, Polonia, Portugal o Suecia (Esplugues, 2014, p. 720).

Esta homologación judicial se exige, también, por ejemplo, en ciertos Estados del continente africano. Tal es el caso de los países CEMAC (Esplugues, 2015, pp. 70-71), y se refleja igualmente en el artículo 33 de la *Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution (AUPRSVE) de l'OHADA*. También en este mismo continente, Sudáfrica exige para que el acuerdo alcanzado por las partes sea plenamente ejecutable que sea convertido por el tribunal en una “*consent order*” (Broodryk, 2015, p. 688). Y en otros países del continente, la homologación es necesaria atendida la consideración del acuerdo alcanzado como una mera transacción. Ello es así debido a que la normativa

en materia de mediación así lo señala —Madagascar, art. 158(1)(2) LM—, o como consecuencia de la ausencia de regulación de las mediaciones extrajudiciales en el país. En este último supuesto, la carencia de un marco jurídico para la mediación conduce en ocasiones a la aplicación del régimen jurídico de algunas otras instituciones, tales como la transacción. Y estas transacciones, como ocurre en Benín, requieren de la homologación por el tribunal para ser plenamente ejecutables (art. 516 CPC).

De nuevo, empero, la exigencia de homologación del acuerdo por la autoridad judicial no se traduce en la presencia de requisitos uniformes en el plano comparado. Así, por ejemplo, algunos países no establecen condiciones específicas al respecto: Lituania es un buen ejemplo de ello (Nekrošius y Vèbraité, 2012, p. 38). No es esta, sin embargo, la regla general y, habitualmente, las distintas legislaciones nacionales tienden a incluir un elenco de condiciones concretas que debe superar el acuerdo con vistas a que los tribunales procedan a su homologación. Un conjunto de condiciones que es variable y de cuya valoración se deriva, directamente, la decisión positiva o negativa respecto de la homologación por parte del tribunal.

Centrándonos en la Unión Europea, por ejemplo, en Polonia, el tribunal controla la legalidad del acuerdo y el respeto del principio de contradicción entre las partes (art. 65§2 Código Civil —Cc—). En Suecia, el acuerdo es apoyado si incluye “*an obligation of such a nature as to cause enforcement in Sweden*” (S. 10 LM). Por su parte, en Luxemburgo, se rechaza la homologación si el contenido del acuerdo es contrario al orden público o al interés del menor, o si el objeto de la disputa no es referible a la mediación, o el acuerdo alcanzado no es susceptible de ejecución (art. 1251-22(2) CPC). También, en Grecia, el acuerdo será homologado en tanto en cuanto refiera a una disputa susceptible de ser ejecutable y si ha sido planteado ante el Secretario del Juzgado unipersonal de distrito (Klamaris y Chronopoulou, 2015, p. 595). En Chipre, el tribunal puede controlar la viabilidad del acuerdo y su legalidad y, de acuerdo con ellas, rechazar la ejecución (S. 32(3) (b) LM). A su vez, en Bulgaria el tribunal aprobará el acuerdo si no contradice la ley o la moral (art. 18 LM).



También en Francia, la legislación sobre mediación autoriza al juez a aprobar un acuerdo alcanzado por las partes y convertirlo en ejecutable, en la medida en que no afecte a los derechos y obligaciones que no son disponibles por las partes, de acuerdo con la ley aplicable (Deckert, 2013, p. 473). Por su parte, el acuerdo será rechazado en Finlandia si es contrario a la ley o claramente irrazonable o si viola los derechos de terceras partes (S. 23 LM).

Un caso especial en relación con esta exigencia de homologación en el continente europeo se encuentra en Italia, donde la homologación del acuerdo por parte del juez es necesaria, y ello puede hacerse por la parte interesada sin el consentimiento de la otra. Los requisitos formales y sustanciales —uno de ellos es que el centro de mediación en el marco del cual se desarrolla esta, esté registrado— serán controlados por el Tribunal (De Luca, 2015, pp. 359-360).

Fuera de Europa, también distintas legislaciones proceden a diseñar diversas condiciones legales con vistas a lograr la homologación, por parte del juez, del acuerdo alcanzado en el marco de un procedimiento de mediación. Por ejemplo, en Madagascar se otorga el reconocimiento al acuerdo alcanzado por las partes en caso de que no sea contrario al orden público (arts. 158(12) y 158(25)(4) LM). Algo que ocurre, igualmente, en algunos lugares en Iberoamérica. Así, la legislación brasileña aborda la cuestión, exclusivamente, en relación con la mediación intraprocesal donde, lógicamente, el juez del proceso habrá de proceder a la eventual homologación del acuerdo alcanzado por las partes. En este sentido, el artículo 28 LM afirma en su párrafo único que *“(S)e houver acordo, os autos serão encaminhados ao juiz, que determinará o arquivamento do processo e, desde que requerido pelas partes, homologará o acordo, por sentença, e o termo final da mediação e determinará o arquivamento do processo”*. En el mismo sentido, el artículo 334§11 del CPC brasileño precisa que *“(A) autocomposição obtida será reduzida a termo e homologada por sentença”*.

La situación chilena, por su parte, resulta peculiar en la medida en que la normativa en materia de mediación es muy limitada y viene referida, básicamente, a los supuestos —no muy amplios en número— en que se prevé una mediación obligatoria previa. En concreto y en relación con la mediación previa en materia de familia, el apartado segundo del artículo 111 de la Ley 19.968 —en línea con el art. 22.II de su Reglamento— se limita a señalar que el acta de mediación será remitida por el mediador al tribunal para su aprobación “en todo aquello que no fuere contrario a derecho, pudiendo el juez en todo caso, subsanar los defectos formales que tuviera, respetando en todo momento la voluntad de las partes expresada en dicha acta”. Una vez aprobada por el juez, recordemos, “tendrá valor de sentencia ejecutoriada” al amparo del mandato del apartado segundo del propio artículo 111 (Jequier Lehuedé, 2018, p. 73).

### 3.2.2. Homologación por parte (también) del notario

La posibilidad de que ciertas autoridades públicas distintas a los jueces puedan, también, proceder a la homologación del acuerdo alcanzado por las partes en un procedimiento de mediación extraprocesal es igualmente admitida en ciertas normativas estatales. Básicamente, se acepta la homologación por los notarios, de forma limitada o, al igual que ocurre con la homologación por parte de los tribunales, sometida a ciertas condiciones concretas. Así ocurre, en el seno de la Unión Europea, por ejemplo, en Alemania, Austria, República Checa, Escocia, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Países Bajos o Rumania (Esplugues, 2015, p. 725). Fuera de Europa, la posibilidad de homologación del acuerdo extraprocesal por parte del notario se acepta en los Estados CEMAC (Ngwanza, 2015, p. 269).

Las bases para la aceptación o rechazo de la posible homologación del acuerdo alcanzado por las partes en el marco de un procedimiento de mediación tienden a mantener notables similitudes en los distintos ordenamientos que admiten esta posibilidad. Al igual que ocurre en relación con el supuesto de homologación por los tribunales, la referencia al notario plantea la cuestión de su capacidad para controlar el contenido del acuerdo

alcanzado por estas. Así, por ejemplo, en la República Checa, el rechazo a la homologación se sustenta en su condición de ilegalidad, por el hecho de versar sobre cuestiones relativas al estado de las personas o, también, respecto de aquellas mediaciones que se iniciaron sin existir una solicitud formal al respecto (Pauknerová, Brodec y Pfeiffer, 2012, p. 122). En Estonia, por su parte, el acuerdo debe venir elevado a escritura pública y será ejecutable únicamente si “*prescribes an obligation of the debtor to be subject to immediate compulsory enforcement for the satisfaction of the claim*” (Nekrošius y Vèbraitè, 2012, p. 38). De otra forma, el acuerdo será remitido a los tribunales para su eventual homologación.

España también comparte esta flexible aproximación. El acuerdo alcanzado por las partes en el marco de una mediación es considerado como un contrato vinculante para las partes que lo concluyeron (Iglesias, Esplugues, Palao et al., 2012, p. 479). En el caso de las mediaciones extraprocesales, si se pretende que cuente con fuerza ejecutiva y sea plenamente ejecutable, debe ser elevado a escritura pública o remitido a un tribunal para su homologación, en consonancia con el mandato del artículo 25 LM. En uno y otro caso, y tras la homologación, el acuerdo será plenamente ejecutable en España de ser factible la ejecución de la obligación u obligaciones incorporadas en él.

En tal sentido, el apartado 1 del artículo 25 precisa que las

partes podrán elevar a escritura pública el acuerdo alcanzado tras un procedimiento de mediación.” Añadiendo que el “acuerdo de mediación se presentará por las partes ante un notario acompañado de copia de las actas de la sesión constitutiva y final del procedimiento, sin que sea necesaria la presencia del mediador.

Por su parte, el artículo 25.2 LM señala en relación con el papel jugado por el notario a la hora de homologar el acuerdo y elevarlo a escritura pública que para “llevar a cabo la elevación a escritura pública del acuerdo de mediación, el notario verificará el cumplimiento de los

requisitos exigidos en esta Ley y que su contenido no es contrario a Derecho”.

3.3. Fuerza ejecutiva directa del acuerdo alcanzado por las partes

Junto a las posiciones que sujetan la posible ejecutabilidad del acuerdo alcanzado por las partes en el marco de un procedimiento de mediación a su previa homologación por parte de una autoridad judicial o, por una autoridad judicial u otra autoridad pública, esencialmente los notarios, existen países que dotan al acuerdo de fuerza ejecutiva directa. Llamativamente, y en contraste con lo que ocurre en Iberoamérica donde cuenta con una amplia aceptación, esta última opción es muy marginal en el caso de Europa.

3.3.1. Europa: la fuerza ejecutiva directa como opción marginal

La regla general en la Unión Europea en relación con la ejecutabilidad del acuerdo concluido en el marco de un procedimiento de mediación, como hemos apuntado, es la exigencia de su homologación por una autoridad pública. Además, en aquellas ocasiones aisladas en que esta ejecutividad directa es admitida en el continente europeo, lo es, habitualmente, de forma limitada y respecto de materias muy concretas.

Así, por ejemplo, la eficacia directa del acuerdo concluido por las partes se admite en Hungría, en relación con los acuerdos alcanzados en el caso de la mediación médica de acuerdo con la Ley CXVI de 2000 sobre mediación en la asistencia sanitaria. También en Croacia, el acuerdo alcanzado se entiende directamente ejecutable en ciertos concretos supuestos referidos a la mediación en materia de créditos a los consumidores (art. 24, *Consumer Credit Agreements Act*, 75/2009, 112/2012). Y, un supuesto mucho más controvertido, cuando el acuerdo determina una obligación definitiva de ejecución que venga autorizada por la ley, si contiene una declaración de quien se compromete a ejecutar el acuerdo en el sentido de aceptar la ejecución directa (art. 13(2) y (3) LM) (Esplugues, 2014, pp. 719-720).

Igualmente, en Portugal la legislación en materia de mediación acepta la posibilidad de que los acuerdos alcanzados en el marco de una mediación desarrollada en el país —o fuera de él— puedan ser directamente ejecutables bajo ciertas circunstancias (art. 46(c) CPC y art. 9 LM). De hecho, se habla gráficamente de la existencia en el país de una posición flexible, favorable a dotarles de fuerza ejecutiva (Lopes, 2014, p. 334).

### 3.3.2. Iberoamérica: la fuerza ejecutiva directa como regla habitual.

En contraste con esta posición de excepcionalidad existente en Europa, la situación presente en Latinoamérica manifiesta la presencia de un número significativo de países que atribuyen fuerza ejecutiva directa al acuerdo alcanzado por las partes en el marco de un procedimiento de mediación. Ello se refiere, además, con independencia de que se trate de países con sistemas de mediación obligatoria o no.

#### a. Mediación voluntaria

Centrándonos en estos últimos, el artículo 47.IV de la Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador explicita que el acta en que conste el acuerdo alcanzado por las partes en el marco del procedimiento

tiene efecto de sentencia ejecutoria y cosa juzgada y se ejecutará del mismo modo que las sentencias de última instancia siguiendo la vía de apremio, sin que el juez de la ejecución acepte excepción alguna, salvo las que se originen con posterioridad a la suscripción del acta de mediación.

Esta fuerza ejecutiva se reconoce asimismo respecto de los acuerdos o soluciones que pongan fin a conflictos en virtud de un procedimiento de mediación comunitario. En tal sentido, el artículo 58.III de la Ley de Arbitraje y Mediación específica que “tendrán el mismo valor y efecto que los alcanzados en el procedimiento de mediación establecido en esta Ley”.

La eficacia del acuerdo alcanzado es abordada, igualmente, por el CPC del Ecuador. Esta vez en relación, específicamente, con la conciliación desarrollada en el marco de un proceso. El artículo 402.I CPC señala que si las partes, tras ser invitadas por el juez a “procurar una

conciliación, que dé término al proceso” al amparo del artículo 400.I CPC,

se pusieren de acuerdo, lo harán constar en acta, y el juez, de encontrar que el acuerdo es lícito y comprende todas las reclamaciones planteadas, lo aprobará por sentencia y declarará terminado el juicio. La sentencia deberá inscribirse, cuando fuere necesario, a fin de que sirva de título, para los efectos legales correspondientes.

En el caso de tratarse de un acuerdo parcial que comprende tan solo parte de las cuestiones planteadas

y fuere lícito, el juez lo aprobará por auto y dispondrá que el juicio continúe respecto de las cuestiones no comprendidas en el acuerdo de conciliación, a menos que, dada la naturaleza de dichas cuestiones, no puedan ser, en concepto del juez, consideradas y resueltas sino conjuntamente” (art. 402.II CPC).

Soluciones en esta línea se recogen igualmente en el artículo 407.IV y V CPC ecuatoriano en lo relativo a los litigios de cuantía inferior a 5.000 dólares USA (vid. igualmente los arts. 831-833 y 835 CPC en relación con las demandas apuntadas en el art. 828 CPC).

#### b. Mediación obligatoria

Por su parte, y centrándonos en lo dispuesto en aquellos países en los que se prevé un sistema de mediación obligatoria previo, ya sea general o parcial, de nuevo las respuestas legislativas existentes presentan matices.

A) Así, por ejemplo, la normativa peruana aborda la eficacia del acuerdo alcanzado por las partes, tanto en el marco de una mediación intraprocesal, como extraprocesal.

a) En relación con este acuerdo, y referido específicamente a la conciliación intraprocesal, el artículo 322 CPC —en línea con el artículo 327.II CPC— admite como una de las formas de conclusión de la mediación, que las partes alcancen un acuerdo total o parcial sobre el fondo de sus controversias. El artículo 327.I CPC señala que las partes deberán presentar al

juez el acta de conciliación respectiva, expedida por un Centro de Conciliación Extrajudicial. El juez, tras verificar el cumplimiento del requisito mencionado en el artículo 325 CPC —que afirma de forma taxativa que el “Juez aprobará la conciliación que trate sobre derechos disponibles, siempre que el acuerdo se adecúe a la naturaleza jurídica del derecho en litigio”— procederá a aprobarla y “declarará concluido el proceso” (art. 327.II CPC) en el caso de que el acuerdo sea total.

En el supuesto de que la conciliación presentada al juez sea parcial, y recaiga sobre alguna de las pretensiones, o se refiera solo a alguno, o algunos, de los litigantes, el proceso continuará respecto de las pretensiones o de las personas no afectadas. En este último caso, se tendrá en cuenta lo normado sobre intervención de tercero (art. 327.III CPC).

Como complemento de todo lo anterior, el artículo 328 CPC declara que la “conciliación surte el mismo efecto que la sentencia que tiene la autoridad de la cosa juzgada”. Y, en relación con este extremo, el art. 329 CPC añade que “(L)a copia del acta del Libro de Conciliaciones, certificada por el Juez y expedida a solicitud del interesado, es instrumento pleno para el ejercicio de los derechos allí contenidos, así como para su inscripción en el registro que corresponda”.

La fuerza ejecutiva de las actas que incorporan los acuerdos alcanzados en el ámbito de una conciliación intraprocesal también se reconocen en el Perú en relación con la jurisdicción de paz. Como punto de partida, el artículo 64 de la Ley de Justicia de Paz compele a las “rondas campesinas y a las autoridades de las comunidades campesinas o nativas... [a] respetar y hacer respetar las actas de conciliación y sentencias de los juzgados de paz”.

Este principio se combina con el taxativo reconocimiento, en el artículo 26 de la Ley, del carácter de “título de ejecución” que acompaña a los acuerdos conciliatorios alcanzados. Ello conlleva que los juzgados de paz letrados, juzgados especializados o mixtos, no puedan conocer casos en los que ya existe un acuerdo conciliatorio ante juzgado de paz. De hecho, y salvo que exista algún vicio de nulidad, las actas de conciliación se

consideran no apelables por el artículo 28.II de la Ley de Juzgados de Paz. La ejecución forzada de estas actas se lleva a cabo por el mismo Juzgado de Paz ante el cual se suscribió el acta de conciliación de acuerdo con el procedimiento previsto en la propia ley (art. 30 Ley de Justicia de Paz. Debiendo las fuerzas de seguridad apoyar al juez de paz en la ejecución cuando así se le solicite por este -art. 34.I-).

A su vez, los artículos 1 y 2 de la Ley N° 27.007 que faculta a las defensorías del niño y del adolescente, afirman que las actas derivadas de estas conciliaciones “constituyen título de ejecución”, y exigen que cumplan las condiciones señaladas en el artículo 16 de la Ley peruana de Conciliación.

b) Este carácter ejecutivo es igualmente atribuido por el legislador peruano al acta de conciliación emanado de una conciliación extrajudicial. El artículo 18 de la Ley peruana de Conciliación manifiesta de forma explícita que, el Acta de Conciliación “con acuerdo conciliatorio constituye título de ejecución. Los derechos, deberes u obligaciones ciertas, expresas y exigibles que consten en dicha Acta se ejecutarán a través del proceso de ejecución de resoluciones judiciales”. Esta última mención se transforma en una referencia al “proceso único de ejecución” en el artículo 22.V del Reglamento de la Ley de Conciliación.

Con objeto de aportar un grado adicional de seguridad y certeza al sistema, el artículo 27 del Reglamento de la Ley de Conciliación peruana decreta que el registro y archivo de expedientes y actas de los Centros de Conciliación extrajudicial que se cierran, serán entregados bajo responsabilidad a la DCMA, que procederá a su conservación y podrá expedir las copias certificadas a pedido de las partes intervinientes en el procedimiento conciliatorio.

B) La fuerza ejecutiva directa atribuida al acuerdo concluido por las partes en el marco de un procedimiento de conciliación se recoge, igualmente, en la normativa colombiana. En concreto el artículo 66 de la Ley 446 de 1998, ahora compilado en el artículo 3 del Decreto 1818 de 1998, declara que el “acuerdo conciliatorio hace tránsito a cosa juzgada y el acta de conciliación presta

mérito ejecutivo”, lógicamente, en lo que haya sido objeto de conciliación. Similar naturaleza se atribuye a los acuerdos alcanzados en el marco de conciliaciones en equidad al amparo de los 91 del Decreto 1818 de 1998, 109 de la Ley 46 de 1998 y 87 de la Ley 23 de 1991.

Complementando lo anterior, el artículo 21 del Decreto 1818 de 1998, que incorpora el mandato del artículo 81 de la Ley 23 de 1991 precisa que, caso de haberse alcanzado por las partes un acuerdo “sobre la totalidad del litigio no habrá lugar al proceso respectivo, si el acuerdo fuere parcial, quedará constancia de ello en el acta y las partes quedarán en libertad de discutir en juicio solamente las diferencias no conciliadas”.

El párrafo 1 del artículo 1 de la Ley 640 de 2001 afirma que a las partes de la conciliación se les entregará copia auténtica del acta de conciliación “con constancia de que se trata de primera copia que presta mérito ejecutivo”. Este mandato se ve completado por el tenor del párrafo 4.º de este artículo 1 que afirma que, “(E) n ningún caso, las actas de conciliación requerirán ser elevadas a escritura pública”.

Estas afirmaciones se reproducen en la República de Colombia, igualmente, en relación con la conciliación en materia de familia. El artículo 31 del Decreto 1818 de 1998, que incorpora el artículo 49 de la Ley 23 de 1991, afirma que en cuanto corresponda a las obligaciones alimentarias entre los cónyuges, los descendientes y los ascendientes “prestará mérito ejecutivo” siendo exigibles ante los tribunales en caso de incumplimiento.

C) No son estos dos, empero, los únicos países que admiten la fuerza ejecutiva directa del acuerdo conciliatorio. También en Argentina, la Ley 26.589 reconoce en su artículo 30 la ejecutoriedad del acuerdo instrumentado en el acta de mediación. En tal sentido señala que el “acuerdo instrumentado en acta suscripta por el mediador será ejecutable por el procedimiento de ejecución de sentencia, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 500 inciso 4) del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”. Caso de llegarse a la instancia de ejecución, añade el artículo 26.III de la Ley, “el juez podrá aplicar, a pedido de parte, la multa establecida en el artículo 45 del Código Procesal Civil y Comercial

de la Nación”, exigiéndose la certificación de la firma del mediador, de acuerdo con lo previsto en el artículo 22 del Reglamento de la Ley.

Como ocurre en otros países iberoamericanos, la regla de la ejecutoriedad del acuerdo viene matizada respecto de los acuerdos alcanzados en relación con los procedimientos de mediación en que estuvieren involucrados intereses de incapaces. En tal caso, el artículo 26.II de la Ley, en línea con lo dispuesto en el artículo 500 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina se exige que el eventual acuerdo al que arriben las partes sea “posteriormente sometido a homologación judicial”.

D) Igualmente, en Bolivia, país en el que está prevista una conciliación obligatoria previa al inicio del proceso, el CPC aborda la eficacia del acuerdo alcanzado en el marco de una conciliación intraprocesal, mientras que la Ley de Conciliación y Arbitraje regula la eficacia del acuerdo de conciliación extraprocesal.

a) Así, el artículo 237.I CPC señala que el acuerdo alcanzado en el marco del procedimiento de conciliación “constará en acta, la cual será firmada por las partes, la autoridad judicial y refrendada por la o el secretario”. El acta, además y de acuerdo con el mandato del artículo 237.II CPC, se ve atribuida “efectos de cosa juzgada entre las partes y sus sucesores a título universal”. En el caso de que el acuerdo sea parcial “o se relacionare con alguno de los sujetos procesales”, el artículo 236 CPC precisa que “la causa continuará respecto de los puntos no conciliados o de las personas no comprendidas por aquella”.

b) En relación con el acuerdo alcanzado por las partes en el marco de un procedimiento de conciliación extraprocesal, la Ley de Conciliación y Arbitraje afirma de manera expresa que el “Acta de Conciliación desde su suscripción es vinculante a las partes, su exigibilidad será inmediata y adquirirá la calidad de cosa juzgada, excepto en las materias establecidas por Ley, cuando se requiera la homologación por autoridad judicial competente”. En caso de incumplimiento del Acta, añade el artículo 34 de la Ley,

procede la ejecución forzosa del Acta de Conciliación, conforme al procedimiento de ejecución de sentencia ante la autoridad judicial competente del lugar acordado por las partes. A falta de acuerdo, la autoridad judicial competente será la del lugar donde se haya celebrado el acuerdo.

E) Una situación especial en el caso iberoamericano es la presente en México, un país en el que no existe normativa federal en materia de mediación. En este país, y focalizándonos en el supuesto de la Ciudad de México, la solución presente en la Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia para el Distrito Federal recoge, también en este ámbito, las diferencias existentes entre la mediación desarrollada en el marco del servicio público de mediación y la mediación privada.

a) En tal sentido, el artículo 38 de la Ley explicita, en su primer párrafo, que el “convenio celebrado entre los mediados ante la fe pública del Director General, Director o Subdirector de Mediación actuante con las formalidades que señala esta Ley, será válido y exigible en sus términos y dicho pacto tendrá fuerza de cosa juzgada”. El convenio se ve, en consecuencia, dotado de la condición de documento público de acuerdo con el artículo 327.X del Código de Procedimiento Civil del Distrito Federal (CPCDF).

El segundo párrafo del precepto añade que el convenio traerá aparejada ejecución para su exigibilidad en vía de apremio ante los juzgados. Y que la negativa del órgano jurisdiccional para su ejecución será causa de responsabilidad administrativa, excepto cuando el convenio adolezca de alguno de los requisitos señalados en el artículo 35 de la presente ley.

En el supuesto de que la mediación se haya iniciado al amparo de las facultades que reconoce a los órganos jurisdiccionales el párrafo cuarto del artículo 55 CPCDF de exhortar a las partes a resolver su disputa mediante arbitraje, y se haya logrado un acuerdo, el párrafo quinto de este precepto señala que las partes lo harán del conocimiento del juez, quien decretará la conclusión del procedimiento y lo archivará como corresponda.

Estos efectos se reputan, asimismo, de los convenios emanados de procedimientos conducidos por Secretarios Actuarios y mediadores privados certificados por el Tribunal, que sean celebrados con las formalidades que señala esta Ley, y sean debidamente registrados ante el Centro, en los términos previstos por esta Ley, el Reglamento y las Reglas, según corresponda.

En todo caso, concluye el precepto, los mediados podrán acordar que el convenio sea anotado en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio de conformidad con las leyes respectivas.

b) La normativa mexicana, al igual que hace respecto de otros diversos ámbitos relacionados con la mediación privada, incorpora normas específicas en relación con los convenios logrados en el marco de procedimientos de mediación dirigidos por mediadores privados. En tal sentido, el artículo 51 de la Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia para el Distrito Federal afirma que los convenios que

sean celebrados ante mediador privado certificado en los términos de la fracción I del artículo 42 con todas las formalidades del artículo anterior, traerán aparejada ejecución para su exigibilidad en vía de apremio ante los juzgados, y dicho pacto tendrá fuerza de cosa juzgada en los términos previstos por el artículo 38 de esta Ley.

Un principio que aparece reiterado en el artículo 72 de las Reglas del Mediador Privado y que implica su condición de documento público al amparo del artículo 327.X CPCDF.

Por último, avanza el artículo 38 de la Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia para el Distrito Federal en su párrafo quinto, si el convenio emanado de procedimiento conducido por Secretario Actuario o mediador privado certificado por el Tribunal, no cumple con alguna de las formalidades previstas en esta Ley, y esta es subsanable, se suspenderá el trámite de registro ante el Centro y se devolverá al Secretario Actuario o Mediador Privado, según corresponda, para



que subsane dichas formalidades. En caso contrario se negará el registro, y se iniciará el procedimiento de sanción correspondiente.

### 3.4. Otras posibles situaciones

El análisis de las diversas soluciones nacionales existentes muestra la presencia de países en los que el acuerdo no puede ser homologado por autoridad alguna, por lo que permanece considerado siempre como un contrato. Mientras que, a su vez, existen otros ordenamientos que otorgan naturaleza ejecutable al acuerdo alcanzado por las partes, bien de forma directa por mandato legal, o una vez haya sido homologado por ciertas autoridades públicas, ya sean estas los jueces o los jueces y, generalmente, notarios.

Junto a todas estas situaciones apuntadas, empero, existen algunos otros países que aportan respuestas peculiares en relación con la eficacia del acuerdo articulado por las partes en el marco de un procedimiento de mediación. Algunas de estas respuestas se encuentran vinculadas a la presencia en el desarrollo de la mediación de un mediador que no esté incorporado en el eventual Registro de Mediadores.

Italia constituye un buen ejemplo de ello. Los acuerdos concluidos por las partes en el marco de una mediación desarrollada por mediadores que no se encuentran registrados quedan fuera del ámbito de aplicación del DL n.º. 28/2010 y, consecuentemente, no pueden verse dotados de fuerza ejecutiva. El acuerdo alcanzado será considerado como un mero contrato concluido entre las partes y sometido a la normativa sobre contratos (Queirolo, Carpaneto y Dominelli, 2012, p. 277).

Igualmente, en Bélgica, y en lo relativo a la condición de ejecutabilidad del acuerdo concluido por las partes, existen importantes diferencias respecto de las mediaciones desarrolladas ante mediadores registrados y otro tipo de mediaciones. Los acuerdos, totales

o parciales, concluidos en Bélgica en el marco de procedimientos de mediación en los que intervengan mediadores registrados son susceptibles de contar con eficacia ejecutiva si resultan homologados por un tribunal competente (art. 1733 CPC). El tribunal tan solo puede denegar en dos casos la homologación de acuerdos concluidos por las partes en relación con materias disponibles por ellas (art. 1724 CPC). Bien cuando se entienda que el acuerdo alcanzado es contrario al orden público o, en el caso de mediaciones desarrolladas en materias de derecho de familia, cuando el acuerdo alcanzado es considerado como contrario al interés superior del menor (TRAEST, p. 62).

Por contra, y en contraste con lo anterior, aquellos acuerdos alcanzados en el marco de procedimientos de mediación desarrollados con la intervención de un mediador no registrado pueden ser llevados a los tribunales para reclamar su cumplimiento. O elevados a escritura pública ante notario, por lo que resultan solo entonces ejecutables (pudiendo ser igualmente tratado como una transacción de acuerdo con el art. 733 CPC).

Adicionalmente, y en otros países como Croacia, las partes pueden autorizar al mediador a actuar como árbitro único y dictar un laudo que recoja el acuerdo total o parcial alcanzado por ellas (art. 16(2) LM). En ese caso, el laudo dictado será plenamente eficaz y ejecutable de acuerdo con la legislación croata de arbitraje. También la situación existente en Malta cuenta con elementos diferenciadores, en la medida en que la mediación cuenta con una base voluntaria en el país, pero, a la vez, existen ciertos esquemas de mediación obligatoria en relación con el derecho de familia. En relación con esta última categoría, en aquellos casos en que la mediación concluye con un acuerdo alcanzado por las partes, el mediador queda obligado a trasladar una copia escrita del acuerdo a los tribunales de familia (Sciberras Camilleri, 2012, p. 296).

## 4. Conclusiones

Las ADR/MASC han dejado hoy de ser aproximadas como mecanismos alternativos a la justicia estatal para pasar a ser entendidas como complementarias a esta, alterando de tal suerte la propia noción de acceso a la justicia. Dentro de esta categoría genérica de instrumentos alternativos/complementarios a la justicia estatal, la mediación constituye hoy la institución que atrae mayor interés doctrinal y práctico y que, de alguna manera, refleja también de forma más nítida las ventajas que, se entiende, acompañan a este tipo de mecanismos.

El anclaje de la institución de la mediación en la voluntad de las partes constituye tanto parte del éxito de la figura como de alguno de los problemas esenciales que presenta. Así, uno de los puntos débiles que

presenta la mediación se vincula a la necesidad de asegurar la ejecutabilidad del acuerdo alcanzado por ellas en el marco de un procedimiento de mediación. Y si bien existe coincidencia en la necesidad de no hacerlo depender exclusivamente de la voluntad de las partes, el estudio de las diversas soluciones legislativas existentes en el plano comparado refleja la presencia de diferencias notables entre ellas, tanto en su filosofía como en las soluciones diseñadas. Ello se hace especialmente patente al contrastar la postura mayoritariamente mantenida en la Unión Europea, que subordina la ejecución del acuerdo a su previa homologación por una autoridad pública. Con la presente en las normativas iberoamericanas, donde resulta habitual que el acuerdo venga dotado de fuerza ejecutiva directa.

## Referencias

- Calvo, T. (1986). *De los sofistas a Platón: política y pensamiento*. Madrid: Cincel.
- Álvarez Moreno, M. T. (2000). La Mediación empresarial. *Revista de Derecho Privado*, 959-986.
- Alexander, N. (2009). *International and Comparative Mediation Legal Perspectives*. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer.
- Alfini, J.J., Press, S.B., Sternlight, J.R. & Stulberg, J. B. (2006). *Mediation Theory and Practice* (2nd Ed.). Newark: LexisNexis.
- Argunov, A., Argunov, V. y Akhmetbekov, A. (2015). Mediation in Russia: At the Beginning. En C. Esplugues, C. & L. Marquis (Eds.). *New Developments in Civil and Commercial Mediation: Global Comparative Perspectives* (pp. 629-645). Heidelberg: Springer.
- Barona Vilar, S. (2013). Qué y por qué la mediación. En A. Ortega Giménez, M. E. Cobas Cobiella y S. Barona Vilar (Coords.). *Mediación en el ámbito civil, familiar, penal e hipotecario: Cuestiones de actualidad* (pp. 13-50). Madrid: Ed. Difusión Jurídica
- Barona Vilar, S. (2016). 'Justicia integral' y 'access to justice': Crisis y evolución del 'paradigma'. En S. Barona Vilar (Ed.). *Mediación, Arbitraje y Jurisdicción en el actual paradigma de Justicia* (pp. 31-56). Cizur Menor: Civitas Thomson Reuters.
- Barona Vilar, S. (2018). *Nociones y Principios de las ADR: Solución extrajudicial de conflictos*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Barona Vilar, S. & Esplugues Mota, C. (2014). ADR Mechanisms and Their Incorporation into Global Justice in the Twenty-First Century: Some Concepts and Trends. En C. Esplugues, C. & S. Barona (Eds.). *Global Perspectives on ADR* (pp. 1-41). Cambridge: Intersentia.

- Barona Vilar, S. & Esplugues Mota, C. (2014): Preface. En C. Esplugues & S. Barona. (Eds.). *Global Perspectives on ADR* (pp. v-ix). Cambridge: Intersentia.
- Broodyk, Th. (2015). A Developing Mediation Minnow: The South African Perspective. En C. Esplugues & L. Marquis (Eds.). *New Developments in Civil and Commercial Mediation. Global Comparative Perspectives* (pp. 667-692). Heidelberg: Springer.
- Dalla Bernardina De Pinho, H. (2015). New Perspectives of Civil and Commercial Mediation in Brazil. En H. Dalla Bernardina De Pinho & J. Loss De Andrade (Eds.). *Contemporary Tendencies in Mediation* (pp. 259-270). Madrid: Dykinson.
- De Luca, A. (2015). Mediation in Italy: Feature and Trends. En C. Esplugues & L. Marquis (Eds.). *New Developments in Civil and Commercial Mediation: Global Comparative Perspectives* (pp. 345-365). Heidelberg: Springer.
- De Palo, G., Feasley, A. & Orecchini, F. (2010). *Quantifying the Cost of Not Using Mediation – A Data Analysis, European Parliament, Directorate-General for Internal Policies*. Bruselas: Policy Department Citizen's Rights and Constitutional Affairs.
- Deckert, K. (2013). Mediation in France: Legal Framework and Practical Experiences. En K. J. Hopt & F. Steffek (Eds.). *Mediation Principles and Regulation in Comparative Perspective* (pp. 455-519). Oxford: Oxford University Press.
- Díaz, L. M. (2009). ¿Artículo 17 de la Constitución como opción al orden jurídico? En *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 9, 707-740.
- Díaz, L. M. (2006). Desaprender para aplicar la Ley Modelo de Conciliación. En E. A. Quintana Adriano (Coord.). *Panorama internacional de derecho mercantil: culturas y sistemas jurídicos comparados 2* (pp. 469-484). México: UNAM.
- Esplugues, C. (2013). Access to Justice or Access to State Courts' Justice in Europe? The Directive 2008/52/EC on Civil and Commercial Mediation. *Revista de Processo*, 221, 304-333.
- Esplugues, C. (2014). Civil and Commercial Mediation in the EU after the Transposition of Directive 2008/52/EC. En C. Esplugues (Ed.). *Civil and Commercial Mediation in Europe: Cross-Border Mediation II* (pp. 485-771). Cambridge: Intersentia.
- Esplugues, C. (2015). General Report: New Developments in Civil and Commercial Mediation – Global Comparative Perspectives. En C. Esplugues & L. Marquis (Eds.). *New Developments in Civil and Commercial Mediation: Global Comparative Perspectives* (pp. 1-88). Heidelberg: Springer.
- Esplugues, C. (2019). *Mediación civil y comercial: Regulación internacional e iberoamericana*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Esplugues, C. & Iglesias, J. L. (2016). Mediation and private international law: improving free circulation of mediation agreements across the EU. En European Parliament. *The Implementation of the Mediation Directive 29 November 2016* (pp. 70-95). Bruselas: European Parliament Directorate-General for Internal Policies, Policy Department Citizen's Rights and Constitutional Affairs,
- Esplugues Barona, C. (2018). *Arbitraje y Derecho Administrativo*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Guillemard, S. (2015). Les Diverses Facettes de la Médiation au Québec: Présent et Avenir. En C. Esplugues, C. & L. Marquis (Eds.). *New Developments in Civil and Commercial Mediation : Global Comparative Perspectives* (pp. 557-596). Heidelberg: Springer. doi [https://doi.org/10.1007/978-3-319-18135-6\\_19](https://doi.org/10.1007/978-3-319-18135-6_19).
- Hopt, K. J. & Steffek, F. (2013). Mediation: Comparison of Laws, Regulatory Models, Fundamental Issues. En K. J. Hopt & F. Steffek (Eds.). *Mediation: Principles and Regulation in Comparative Perspective* (pp. 3-130). Oxford: Oxford University Press.
- Iglesias, J. L., Esplugues, C., Palao, G. (2012). Spain. En C. Esplugues, J. L. Iglesias, & G. Palao (Eds.). *Civil and Commercial Mediation in Europe, National Mediation Rules and Procedures 1* (pp. 445-491). Cambridge: Intersentia.
- Jequier Lehuedé, E. (2016). La mediación como alternativa de solución de los conflictos empresariales en Chile: Razones y mecanismos para su regulación. *Revista de Derecho*, 29 (1), 91-118.

- Jequier Lehuédé, E. (2018). La ejecución del acuerdo de mediación en asuntos civiles y comerciales: Una revisión imposterizable. *Revista de Derecho*, 31 (2), 71-93.
- Kakiuchi, S. (2015). Regulating Mediation in Japan: Latest Development in Its Background. En C. Esplugues & L. Marquis (Eds.). *New Developments in Civil and Commercial Mediation: Global Comparative Perspectives* (pp. 367-392). Heidelberg: Springer.
- Klamaris, N. K. & Chronopoulou, C. G. (2013). Mediation in Greece: A Contemporary Procedural Approach to Resolving Disputes. En K. J. Hopt & F. Steffek (Eds.). *Mediation Principles and Regulation in Comparative Perspective* (pp. 585- 602). Oxford: Oxford University Press.
- Knez, R. & Weingerl, P. (2015). Mediation in Slovenia: A Fruitful and Widespread Tool for Resolving Disputes. En C. Esplugues & L. Marquis (Eds.). *New Developments in Civil and Commercial Mediation: Global Comparative Perspectives* (pp. 647-666). Heidelberg: Springer.
- Lopes, D. (2014). Portugal. En C. Esplugues (Ed.). *Civil and Commercial Mediation in Europe. Cross-Border Mediation II* (pp. 305-342). Cambridge: Intersentia.
- Nekrošius, V. & Vèbraité, V. (2012). Baltic Countries. En C. Esplugues, J. L. Iglesias & G. Palao (Eds.). *Civil and Commercial Mediation in Europe, National Mediation Rules and Procedures I* (pp. 29-44). Cambridge: Intersentia.
- Ngwanza, A. (2015). La médiation dans l'espace CEMAC: La Médiation en Droits Camerounnais, Centralafricain, Congolais, Gabonais et Tchadoem. En C. Esplugues & L. Marquis (Eds.). *New Developments in Civil and Commercial Mediation: Global Comparative Perspectives* (pp. 245-274). Heidelberg: Springer.
- Pauknerová, M., Brodec, J. & Pfeiffer, M. (2012). Czech Republic. En C. Esplugues, J. L. Iglesias & G. Palao (Eds.). *Civil and Commercial Mediation in Europe, National Mediation Rules and Procedures I* (pp. 97-130). Cambridge: Intersentia.
- Queirolo, I., Carpaneto, L. & Dominelli, S. (2012). Italy. En C. Esplugues, J. L. Iglesias & G. Palao (Eds.). *Civil and Commercial Mediation in Europe, National Mediation Rules and Procedures I* (pp. 251-282). Cambridge: Intersentia.
- Sander, F. E. A. (1979). Varieties of Dispute Processing. En A. R. Levin & R. R. Wheeler (Eds.). *The Pound Conference: Perspectives on Justice in the Future (Proceedings of the National Conference on the Causes of the Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice)* (pp. 65-87). St. Paul: West.
- Sciberras Camilleri, T. (2012). Malta. En C. Esplugues, J. L. Iglesias & G. Palao (Eds.). *Civil and Commercial Mediation in Europe, National Mediation Rules and Procedures I* (pp. 283-298). Cambridge: Intersentia.
- Steffek, F. (2010). Rechtsvergleichende Erfahrungen für die Regelung der Mediation. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 4 (74), 841-881.
- Sussman, E. (2009). Final Step: Issues in Enforcing the Mediation Settlement Agreement. En A. W. Rovine (Ed.). *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers 2008* (pp. 1-24). Leiden: M. Nijhoff.
- Tilman, V. (2011). *Lessons Learnt from the Implementation of the EU Mediation Directive: The Business Perspective*. Bruselas: Directorate General for Internal Policies. Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs. Legal Affairs.
- Traest, M. (2012): Belgium. En C. Esplugues, J. L. Iglesias & G. Palao (Eds.). *Civil and Commercial Mediation in Europe, National Mediation Rules and Procedures I* (pp. 45-68) Cambridge: Intersentia.

**Sebastián  
Parga**

sparga@cpabogados.cl

**Francisco  
Plass**

fplass@cpabogados.cl

Recibido: 07.06.19

Aceptado: 23.07.19

## El uso y control de correos electrónicos en el ámbito laboral

### Use and control of institutional email in the work environment.

**Resumen:** El avance tecnológico en las últimas décadas ha originado, en el marco de la relación laboral, tanto para la doctrina como para la jurisprudencia, la necesidad de resolver el creciente conflicto entre la propiedad del empleador y la privacidad del trabajador. Este trabajo pretende desarrollar este conflicto, particularmente centrado en el correo electrónico como herramienta de trabajo, intentando dilucidar los conceptos de privacidad y potestad de mando y dirección que posee el empleador sobre la revisión y control de correos electrónicos. La propuesta se basa en la idea de que la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada pretende proteger un espacio íntimo, pero no de forma absoluta, toda vez que el empleador puede ejercer medidas de control sobre los correos electrónicos institucionales. Como consecuencia de esta disputa o conflicto de intereses, se propone un análisis particular respecto de cada caso en que existan indicios de vulneración a la privacidad, determinando si la medida adoptada por el empleador tiene justificación, es necesaria y proporcionada.

**Palabras clave:** relación laboral; correo electrónico; privacidad; medidas de control.

**Abstract:** Regarding the relationship between labor relations and the technological advance in the last decades, a new concern has emerged. It has become necessary to solve increasing conflicts between the employer's property and the worker's privacy, and to understand this conflict under the lens of Doctrine and Jurisprudence. This article intends to be explanatory of this conflict, focusing particularly on the e-mail as a tool require at work. Clarifying the concepts of privacy, supervising faculty and direction the employer has over emails that circulate through the institutional email. The proposal is based on the idea that the inviolability of any private communication aims to protect private space. However, not completely, since the employer can manage control measures over institutional emails. As a result of this dispute or conflict of interests, an analysis is presented, which shows different cases that evince infringement of privacy, and determines whether the measure adopted by the employer is justified, necessary and proportionate.

**Keywords:** employment relationship; emails; privacy; control measures.

El derecho del trabajo siempre ha pretendido, mediante un fortalecimiento de lo colectivo y a través del establecimiento de mínimos legales indisponibles, devolver al trabajador la libertad que ha perdido al someterse a las órdenes y directrices de un tercero, su empleador<sup>1</sup>, el cual tiene incluso, en virtud de la ley y el propio contrato de trabajo, prerrogativas disciplinarias o sancionatorias con el objeto o finalidad de organizar la marcha de la empresa. Así las cosas, empleador y trabajador tienen derechos consagrados constitucionalmente y se deben respeto mutuo sobre ellos, sin embargo, en la práctica, tal dicotomía no ha sido pacífica.

En efecto, la empresa antes era concebida como un espacio en el cual el trabajador quedaba totalmente sometido a las órdenes del empleador, concibiéndose las garantías fundamentales de las que goza todo ciudadano como cuestiones para ejercer y exigir al salir de la empresa. Al respecto Baylos señala con elocuencia que:

el trabajador, al atravesar la puerta de la fábrica, queda sometido a una ley propia y específica en la que se establecen preceptos obligatorios sobre su comportamiento en casa de su señor, de tal forma que la fábrica aparecía como una zona franca y segregada de la sociedad civil (Baylos, 1991, p. 95).

Se ha indicado que esta forma de entender los derechos fundamentales se debía a dos razones. La primera de ellas consistía en que el derecho del trabajo era asociado comúnmente al derecho privado y, por tanto, los principios que inspiraban las relaciones laborales eran los propios del derecho civil, esto es la libertad contractual e igualdad jurídica de los contratantes. El trabajador se había obligado a trabajar en determinadas condiciones que debía cumplir, de lo contrario incumplía el contrato de trabajo y la ley. Las garantías fundamentales, en cambio, estaban relacionadas con el derecho público y el ejercicio de las libertades civiles. La segunda razón refería a que el modelo ideológico en que fueron concebidos

los derechos fundamentales en un Estado liberal, era el de un mecanismo de protección del comerciante frente a la invasión estatal, por lo que en nada se relacionaba al prototipo social del derecho del trabajo (Ugarte, 2011, p. 119).

Por otra parte, se ha discutido mucho acerca del perjuicio que provoca la protección de los derechos de los trabajadores en desmedro del sector empresarial, produciendo una verdadera resistencia por parte de este último a cualquier limitación que pueda generarse a sus propios derechos. A tal punto es lo anterior, que el autor del Plan Laboral calificó las normas laborales y su finalidad de la siguiente forma:

La normativa laboral chilena fue hija de “corazones sangrantes” y de razonamientos débiles. Los textos de estudios parten invariablemente con inflamadas declaraciones de redención social. Pero nada dicen acerca de cómo mejorar en la realidad las condiciones de vida de la gente. No obstante que el mercado laboral es una realidad eminentemente económica — puesto que juegan un rol clave los conceptos de costo, productividad, competencia y demanda— el lenguaje que se usa es de fibra inconfundiblemente emocional. No hay político, no hay abogado con “sensibilidad social”, no hay agitador, no hay vicario “progresista” ni hay comunicador social de “avanzada”, que no pueda dar en cualquier momento una encendida conferencia sobre el tema de la equidad en las relaciones laborales. Pero nunca estas proclamas contienen soluciones viables y coherentes a los problemas; son sólo expresión de buenos deseos (Piñera, 1990, p.25).

La realidad descrita no queda indiferente frente a las interrogantes que pretendemos resolver en este trabajo, pues la visión que se tenga respecto de un mayor o menor control de la actividad empresarial desde el punto de vista de la protección de los derechos del trabajador, se ve afectada al implementarse nuevas tecnologías y

---

<sup>1</sup> Al respecto Ugarte (2014, p. 5) señala: “...la explicación de aquello —de la prioridad de lo colectivo por sobre la intervención legal y su rol de motor de la evolución de este tipo de derecho— dice relación con el compromiso con la libertad que el Derecho del Trabajo supone: sólo en organización colectiva los trabajadores son capaces de sostener una acción que les restablezca aquello que la relación laboral les despoja: no estar sometido al poder arbitrario de otro”.



masificarse mecanismos tecnológicos, que llegan a ser herramientas fundamentales para el cumplimiento de la actividad diaria en una empresa. Sin duda que en la medida que se permita un mayor control o supervigilancia del empresario sobre las herramientas tecnológicas que usan sus dependientes (en principio legítima y necesaria y que emana del poder de mando y dirección, atributo del derecho de propiedad y libertad económica), deberá ponerse más atención, asimismo, a que dicho control o supervisión se haga respetando los derechos de los trabajadores en cuanto ciudadanos<sup>2</sup>; y en lo tocante a esta temática que nos ocupa, observando el derecho a la intimidad o privacidad.

Nuestra Constitución política consagra los derechos a la intimidad y privacidad en sus numerales 19 N° 4 y 5, y los describe como el respeto y protección a la vida privada y pública, honra de la persona y su familia, y la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada. Sin ánimo de ahondar mayormente en lo que este fenómeno implica, por exceder los fines de este trabajo, este tipo de derechos fueron

llamados por la doctrina comparada como derechos laborales inespecíficos, esto es, “aquellos otros derechos constitucionales de carácter general y, por ello, no específicamente laborales que pueden ser ejercidos, sin embargo, por los sujetos de las relaciones de trabajo (los trabajadores en particular) en el ámbito de las mismas”, tales como la intimidad o la libertad de expresión” (Ugarte, 2011, p. 116). En el mismo sentido Gamonal señala: “la doctrina laboral, la jurisprudencia y también el legislador han aceptado con entusiasmo la aplicación horizontal de los derechos fundamentales no propiamente laborales como límite a los poderes del empleador. De esta forma junto con los derechos humanos laborales propiamente tales (por ejemplo, libertad de trabajo y su protección, la justa retribución y la libertad sindical), encontramos los derechos humanos que detenta el trabajador en cuanto persona y ciudadano, derechos civiles que no deberían quedar postergados por el hecho de ser

parte de un contrato de trabajo, sin perjuicio de que sean adaptados, restringidos o modulados para dar cumplimiento al contrato (Gamonal, 2011, pp. 56-57).

Pues bien, a raíz de lo expuesto, los avances tecnológicos que se implementen en la empresa y la forma en que se utilicen en el trabajo, tendrán un impacto en los derechos de intimidad y privacidad de los trabajadores. Es así como se generará un conflicto constante entre los avances que pretenda establecer la empresa en este campo (referidos a mayor cantidad, mejores y más eficaces medios tecnológicos, junto con la posibilidad de exigir que se utilicen para la finalidad por la que fueron incorporados en la empresa) y los derechos de los trabajadores, quienes tienen derecho a exigir un trato digno y acorde a sus derechos fundamentales.

A propósito de lo expuesto, se ha señalado que el ingreso de las nuevas tecnologías a la relación laboral supone en sí una paradoja, ya que, por una parte, aumenta la autonomía de los trabajadores, quienes acceden a herramientas más eficientes permitiéndoles desempeñarse de mejor manera, pero por la otra, serán objeto de control por el empleador a través de ellas; y que por tanto exponen a nuevos riesgos los derechos de los trabajadores, particularmente a su intimidad y vida privada (Ugarte, 2011, p. 176). Estos derechos son la piedra angular del presente trabajo, ya que la regulación del uso de los correos electrónicos —por el empleador— incide en estas garantías fundamentales de sus dependientes. En este contexto, debemos dejar en claro que ya sea al momento de determinar las obligaciones y prohibiciones cuya transgresión puede importar un incumplimiento laboral (lo que normalmente se hará en el reglamento interno de orden, higiene y seguridad de la empresa), como al momento de calificarse un determinado incumplimiento por el empleador (lo que tendrá lugar en las amonestaciones, en el acto del despido y/o en la carta de despido), deben respetarse los derechos fundamentales de los trabajadores, lo cual respecto de los correos electrónicos y el derecho a privacidad o intimidad es sumamente delicado.

---

<sup>2</sup> Expresión utilizada por Ugarte para describir el fenómeno de “ciudadanía en la empresa” (2010, p. 1).

En síntesis, en este trabajo se pretende dar cuenta del conflicto que se produce con las nuevas tecnologías al ingresar al trabajo —particularmente el correo electrónico como herramienta de trabajo— y la intimidad y privacidad, en su calidad de derechos fundamentales, de los cuales el trabajador desde luego es titular. Para efectos de lo anterior, comenzaremos dando un concepto de qué es lo que entendemos por privacidad, para posteriormente analizar la facultad de revisión de correos electrónicos

por el empleador y sus fines. Finalmente, arribaremos a una conclusión que, sin adelantar demasiado, consistirá en que la respuesta supondrá siempre un examen de proporcionalidad entre las medidas desplegadas por el empleador para llevar adelante la empresa y custodiar su propiedad, y las exigencias reglamentarias y sanciones impuestas a los trabajadores que limitan o afectan sus derechos de intimidad o privacidad.

## 1. El derecho fundamental a la intimidad y vida privada del trabajador

Se suele señalar que todo ciudadano tiene derecho a la intimidad, a su vida privada o bien, a tener privacidad. Si bien la propia Constitución política de la república distingue estos conceptos como derechos distintos, en sus artículos 19 N° 4 (vida privada) y 19 N° 5 (intimidad), lo que se ve reforzado por las actas oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución<sup>3</sup>, a nuestro juicio dichas diferencias no resultan del todo claras y son irrelevantes para nuestro estudio.

En efecto, Martínez de Pisón (1997) explica que, si bien existe un nexo entre ambos, se trataría de derechos diversos ya que históricamente responderían a necesidades y exigencias no coincidentes. En efecto, junto con indicar que ambos derechos surgirían en épocas diversas, señala respecto de la privacidad que esta se asocia al espacio familiar, religioso y económico

de las personas; todos espacios infranqueables para terceros<sup>4</sup>, mientras que, por otro lado, la intimidad sería un espacio interior asimilable a la conciencia, lo cual asocia los afectos y opiniones personales<sup>5</sup>. En razón de lo expuesto, para este autor se trataría claramente de nociones distintas, siendo la intimidad una noción más profunda de lo que implica o protege la privacidad, y los cuales resultan ser —en su opinión— para efectos de su satisfacción, complementarios e inseparables.

En España, Agustina (2009) ha señalado que se trata, efectivamente, de garantías fundamentales diversas y coincide en que la noción de intimidad es más profunda que la de privacidad. En efecto, el referido autor indica que la intimidad tendría un alcance netamente individual, mientras que por su lado, la privacidad se referiría a aquellos espacios en que existen relaciones

<sup>3</sup> Véase: Comisión de Estudio de un Anteproyecto de la Nueva Constitución. (1973) Acta Oficial N° 129 páginas 6-10.

<sup>4</sup> Señala al efecto: “el deseo de vida privada surge con la lectura en familia de la Biblia, el diálogo interno con Dios, la reclusión interior y la escritura de diarios personales, en fin, con la ética protestante -mercantil, por encima de todo, sujeta al ahorro, al cálculo, a la honestidad y a los libros mercantiles- y con las exigencias sociales y políticas de la utopía burguesa en los siglos xvii y xviii, y materializada en el más puro sistema liberal del xix. El burgués precisa una esfera aislada, libre para el desarrollo de su conciencia religiosa y una vida privada intensa con su familia y con los más próximos” (Martínez de Pisón, 1997, p. 720).

<sup>5</sup> “[L]a intimidad aparece en fechas recientes, en la sociedad posindustrial, como un nuevo giro, un nuevo repliegue del individuo sobre sí mismo abandonando la privacidad intersubjetiva para recluirse en su interior, en un nuevo espacio intrasubjetivo. Ya no es reclusión en la vida privada, en la vida amurallada con la familia y los amigos, sino en la vida interior, en lo más profundo de nuestro ser, en la intraconciencia, donde se examinan los afectos, los pensamientos, las opiniones personales. Y los recuerdos, las fantasías, donde soñamos, amamos y odiamos, y envidiamos. La persona encerrada en torno a sí misma. Dos ámbitos, dos espacios conceptuales bien delimitados, separados, pero también interrelacionados. Pues no hay intimidad sin vida privada, sin el lugar doméstico donde recluirse aún más. Como tampoco hay privacidad, ni se puede gozar de una vida privada sin algo de intimidad...” (Martínez de Pisón, 1997, p. 721).

interpersonales pero que no se desea que sean conocidas por el público general<sup>6</sup>. Según puede advertirse, para este autor la intimidad sería una garantía más individual que la privacidad, sin embargo, no da criterios que permitan, frente a un caso práctico, dilucidar con certeza frente a cuál garantía se está en presencia.

En lo que respecta a nuestro país, si bien se ha reconocido esta diferencia, se ha hecho con distinciones terminológicas. En efecto, los autores Maqueo, Moreno y Recio (2017), denominan “derecho a la privacidad” lo que sería para el anterior autor la “intimidad”, lo diferencian del “derecho a la vida privada”, señalando que este último derecho tendría un alcance mayor al primero<sup>7</sup>, sin embargo, no dan mayores explicaciones en cuanto al contenido de cada derecho.

Según puede apreciarse, si bien los autores reseñados coinciden en que existiría una diferencia entre vida privada, privacidad e intimidad, existen diferencias terminológicas que dificultan arribar a una solución certera. Por otro lado, la técnica utilizada para explicar las nociones de cada derecho, esto es, mediante ejemplos concretos, impide obtener un concepto abstracto y general para todos los casos. Lo expuesto, sin duda, no es trivial por cuanto el no conocer con precisión en qué consiste cada derecho, asumiendo como cierto que son efectivamente garantías diversas, dificulta que tales derechos puedan

ser efectivamente resguardados por el ordenamiento jurídico, lo que hace controvertible su contenido, alcance e incluso su existencia. Únicamente puede concluirse que la intimidad —o privacidad— sería algo más íntimo que la vida privada, sin embargo, ninguno de los autores comentados es capaz de explicarlo claramente.

Lo expuesto permite arribar a la conclusión que ha sido defendida por autores como Figueroa (2014) —y esta es que la distinción es irrelevante—<sup>8</sup>, ya que todas las nociones apuntarían —en nuestra opinión— al mismo bien jurídico protegido, que es un ámbito interno que se desea sustraer del conocimiento de terceros, y que necesita de la protección del derecho. En el mismo sentido Ugarte ha sostenido que debiesen ser usados todos aquellos conceptos —intimidad, privacidad y vida privada— como sinónimos en razón de proteger, como indicamos, el mismo bien jurídico<sup>9</sup>.

En razón de lo señalado, y concordando con los últimos autores expuestos, para efectos del presente trabajo se entenderán como sinónimos los derechos a la privacidad, a la vida privada y a la intimidad, por referirse al mismo bien jurídico. Creemos, por tanto, que la inviolabilidad de toda comunicación privada pretende proteger un espacio privado al que tiene derecho toda persona y, por tanto, todo trabajador al interior de la empresa.

---

<sup>6</sup> En sus términos: “Respecto de la distinción entre intimidad y privacidad, aunque en el lenguaje ordinario sean utilizadas de forma indistinta, puede decirse que la noción de intimidad se refiere a una esfera mucho más individual, en tanto que la privacidad abarcaría una franja intermedia entre el ámbito estrictamente personal o individual y el espacio donde tiene lugar la actividad pública de la persona, es decir, donde existen relaciones interpersonales pero sin que se planteen como abiertas al conocimiento general” (Agustina, 2009, p. 8).

<sup>7</sup> Al efecto los autores señalaron: “...existe pleno consenso entre los tribunales internacionales de derechos humanos en el sentido de que se trata de un concepto amplio, no susceptible de definiciones exhaustivas, y cuyo contenido es más extenso que el del derecho a la privacidad. De tal forma que se reconoce que el derecho a la vida privada y la privacidad no son sinónimos, a pesar de que el primero tiene un alcance mucho mayor que, en consecuencia, comprende al segundo...” (Maqueo, Moreno y Recio, 2017).

<sup>8</sup> En efecto, Figueroa señala a este respecto: “...la mayoría de la doctrina no distingue privacidad de intimidad y parece haber buenas razones para ello: no hay criterios analíticos para apoyar la distinción...varios autores sugieren que la intimidad corresponde a un ámbito o espacio inaccesible: la conciencia. Se trata de una idea improductiva porque, si la intimidad fuera un espacio inaccesible, entonces sería invulnerable y si fuera invulnerable, no requeriría de protección por parte del derecho positivo y ni siquiera sería de su incumbencia...En resumen, o la intimidad es tan revelable o accesible como la privacidad —y en tal caso no tiene sentido distinguirlas— o es fácilmente inaccesible, no teniendo entonces relevancia para el Derecho...dado que la Constitución emplea la expresión vida privada, que es equivalente a privacidad, no se justifica recurrir a otra nomenclatura” (Figueroa, 2014, pp. 47-48).

<sup>9</sup> En dicho sentido Ugarte señaló: “En nuestro país, y para zanjar de partida este problema atendido el objetivo central de estas líneas, daremos a ambas expresiones un mismo sentido, entendiéndolo que se refieren al mismo objeto jurídico de protección” (Ugarte, 2000, [www.dt.gob.cl/1601/articles-65179\\_recurso\\_1.pdf](http://www.dt.gob.cl/1601/articles-65179_recurso_1.pdf)).

## 2. Contenido y alcance de la privacidad

Una vez aclarado conceptualmente cuál es la garantía fundamental que será objeto de este trabajo, a continuación corresponde dilucidar su contenido y sus límites, particularmente, si los correos electrónicos que utiliza un trabajador en una relación laboral forman parte de su ámbito de protección. Para el profesor Cea Egaña, el concepto de privacidad contemplado en la Constitución es un derecho amplio que se encuentra abierto a innovaciones tecnológicas como serían los correos electrónicos. En efecto, sostiene:

En términos generales, puede afirmarse que está consagrada en Chile desde la Constitución de 1828 y no ha dado lugar a problemas graves ni a interpretaciones rebuscadas. Sin embargo, tuvo razón la Comisión de Estudio al infundirle un significado amplio y abierto, pues sólo así quedarán comprendidos en ella, v.gr., los dispositivos electrónicos ultra sensibles con los cuales se puede violar el hogar y las comunicaciones privadas (Cea, 2003, p. 194).

Actualmente, la doctrina es unánime en considerar que la correspondencia y, por lo tanto, los correos electrónicos están incluidos dentro del contenido protegido por la privacidad como derecho fundamental. Al respecto Figueroa señala que un objeto será protegido dentro del ámbito de la privacidad cuando este sea un “objeto personal”, el cual define como: “aquellos sobre los cuales la persona tiene algún derecho de uso exclusivo, aunque no necesariamente la propiedad, y sobre los cuales tiene un interés de privacidad” (Figueroa, 2014, p. 115) y para ello da expresamente como ejemplo la correspondencia (p.115). En el mismo sentido, Ugarte indica que dentro del ámbito protegido por el derecho a la privacidad en una relación laboral se encuentran los correos electrónicos indicando: “Para decirlo de un modo sencillo, que el empleador no intrusee [sic] el correo electrónico del trabajador es una exigencia de la privacidad –o del secreto de las comunicaciones, según corresponda– como espacio secreto...” (Ugarte, 2011, p.17).

En un sentido diverso al indicado previamente, Desdentado y Muñoz indican que: “no existe un derecho fundamental a utilizar los medios de comunicación para usos personales, sin perjuicio de que ese derecho pueda atribuirse a través de regulaciones infra constitucionales” (Desdentado y Muñoz, 2012, p. 192). Lo expuesto por estos autores es llamativo, ya que no sería parte de la garantía constitucional de privacidad el uso del correo electrónico entregado por el empleador para fines personales, siendo irrelevante –al parecer– el contenido de la información contenida en él. Sin embargo, si de todos modos el trabajador utiliza el correo corporativo para fines personales, ya sea por desconocimiento de las normas internas que dictaminan lo contrario, o bien porque existiendo estas se tolera dicha práctica, los autores aludidos señalan: “[l]a solución ha de buscarse, como en el caso de la intimidad, a partir de las expectativas de secreto que existan en la empresa en la utilización del correo por los trabajadores” (Desdentado y Muñoz, 2012, p. 195). En el mismo sentido Agustina indica: “[e]n cualquier caso, el empresario puede blindarse frente a las posibles acciones por vulneración de la privacidad mediante la comunicación oportuna del programa de monitorización que se vaya a llevar a cabo” (Agustina, 2009, p. 114).

Como puede apreciarse, a juicio de los autores españoles recién citados, la vulneración a la privacidad del trabajador a través de la revisión de sus correos electrónicos sería una cuestión para determinar con base en la expectativa de privacidad que poseería el trabajador y que, incluso, el empleador puede “blindarse” si comunica oportunamente que puede realizar revisiones. En consecuencia, los correos electrónicos solo serán parte del ámbito protegido por la garantía de privacidad si es que existía una legítima expectativa de privacidad en cuanto a su utilización. Lo anterior tiene lógica, pero nos parece que el simple hecho de “informar” o “advertir” al trabajador que se revisarán los medios de comunicación que utiliza en la empresa no hace que dicha actuación sea legítima y proporcional.

En este mismo sentido, el Tribunal Constitucional español, en sentencia de 12 enero 2016, número 170/2013, señaló que la expectativa de privacidad de un trabajador desaparecía cuando se sancionaba la conducta del uso privado del correo electrónico de la empresa. Este caso versó sobre un trabajador que reveló a la competencia información confidencial a través del correo electrónico de la empresa. Cabe puntualizar que en el convenio colectivo aplicable a la empresa se sancionaba la conducta del uso privado del correo electrónico de la compañía, por lo que el Tribunal Constitucional comprendió que la expectativa de privacidad del trabajador desaparecía, con lo que no se vulneraba su derecho a la intimidad<sup>10</sup>.

Analizando lo que ocurre en nuestro país, una sentencia del Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso, de fecha 8 de junio de 2009, en causa RIT: T-8-2009, caratulada: “Morales Aravena, Roxana María con Kirschfink, Irmgard Anne” establece que el empleador puede, por el carácter de “herramienta de trabajo” del correo electrónico, establecer cualquier tipo de revisión a los correos electrónicos de los trabajadores, en tanto Outlook es precisamente un medio de trabajo entregado por el empleador al trabajador.

Por otra parte, una sentencia del Juzgado de Letras del Trabajo de Copiapó, de fecha 15 de septiembre de 2008, causa rit T-1-2008, caratulada “Obregón con Kronos Limitada”, condena a la empresa de vulneración a la privacidad. Este caso se trató de una trabajadora que en un *chat messenger* de uso general en la empresa, envió un mensaje a una amiga que trabajaba en una empresa fiscalizada por su empleadora, alertando de los problemas que existirían entre dos ejecutivos de dichas empresas, situación que denunciaba un dependiente

de Kronos a la referida empresa fiscalizada. El jefe de proyecto de Kronos descubrió los *chats* y la trabajadora fue despedida. Esta sentencia establece que el control de tales comunicaciones no estaba regulada en el Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad de la empresa, y que las comunicaciones vía *messenger* son de carácter privado y que no podían ser revisadas sin las autorizaciones de quienes las habían emitido.

En este sentido, y según se explicó respecto del sistema de correo Outlook, que claramente es una herramienta de trabajo, el análisis que hay que efectuar respecto de la afectación de la privacidad, es diverso si se trata de un sistema creado por la empresa, que permitiría un mayor control del empleador por su carácter marcado de herramienta de trabajo (pago de licencias, etc.), o de otro de uso masivo o gratuito, como una cuenta común Gmail o un *chat messenger*, en los que el carácter de “no ser herramientas de trabajo proporcionadas por el empleador” restringe, a nuestro juicio, aún más las revisiones que este pueda efectuar a sus dependientes. En principio podría señalarse que no pueden revisarse sin autorización del trabajador.

Nuestra jurisprudencia ha tratado también el asunto del conocimiento del trabajador sobre la revisión por el empleador de sus correos, lo cual impediría considerar que se está vulnerando un derecho fundamental a la privacidad. Es el caso de la Sentencia dictada con fecha 13 de octubre de 2015, rol de ingreso 323-2015, caratulada *García con Administradora*, de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valparaíso, que señaló en su considerando cuarto que al ser copiados todos los correos de los trabajadores desde las cuentas proporcionadas por la empresa a un depósito tecnológico de acceso público, no podían tener el carácter de privados. En

---

<sup>10</sup> El caso *Barbulescu*, en Rumania (año 2007), se falló de un modo similar, aunque luego el Tribunal Europeo de Derechos Humanos resolvería justamente lo contrario, en sentencia de 5 de septiembre de 2017. Se trató este caso de un trabajador (*Barbulescu*) que prestaba servicios como director del departamento de ventas de una empresa en Rumania. Se le encomienda, entonces, la labor de crear una cuenta de Yahoo Messenger en el computador de la empresa para comunicarse con los clientes, refiriéndole que a esa cuenta había que darle un uso exclusivamente profesional. El trabajador, sin embargo, también utilizó la cuenta para intercambiar mensajes con familiares. La empresa se percató de que el trabajador le estaba dando un uso privado a ese Messenger, y le pregunta por el asunto. El trabajador niega la existencia de dichas conversaciones con su familia, tras lo cual se le comunicó su despido alegando pérdida de confianza. El tribunal Rumano declaró justificado el despido, fundado en que se le habría advertido al trabajador que el sistema de mensajería no podía usarse para fines privados.

consecuencia, no había vulneración de la privacidad. Se establece a través de esta situación, y como comentábamos a raíz de la jurisprudencia comparada, un verdadero blindaje al empleador (desaparecería la expectativa de privacidad del trabajador), y se vislumbra una situación crítica que refiere al control permanente y continuo de la correspondencia de un trabajador.

En igual sentido, una sentencia dictada en juicio caratulado *Raggio con AFP Cuprum*, RIT: T-972-2015, dictada por el Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago con fecha 5 de marzo de 2016, falló en sentido similar al anterior. Un trabajador demanda por cuanto su despido habría estado fundado en información a la que su empleador accedió ingresando a su correo electrónico. Al contestar la demanda, la empresa sostuvo que no se afectó dicha garantía fundamental, señalando que en el Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad se reguló que los correos enviados por los trabajadores son copiados a un departamento de control de la empleadora, por lo que el trabajador conocía esta circunstancia de conocimiento de sus comunicaciones. Es interesante la postura de la demandada, ya que, frente a un eventual examen de proporcionalidad, no esgrimió únicamente el derecho de propiedad, sino también la privacidad de terceros aludiendo a la ley 19.628 sobre Protección de Datos Personales, ya que en razón de su giro guardaba información sensible y confidencial de terceros. Se decidió descartar la vulneración de derechos fundamentales sobre la base de que el trabajador “debía saber” que sus correos electrónicos eran vistos o revisados por su empleador. Sin embargo, nuevamente la sentencia no se hace cargo del hecho de la revisión constante de las comunicaciones del trabajador, en el sentido de si esta supera o no el examen de proporcionalidad respecto a la privacidad de los trabajadores.

De este modo, la “expectativa de privacidad” planteada en España y en nuestra jurisprudencia, como limitante de las facultades del empleador, respecto de la posibilidad de revisar los correos electrónicos de sus trabajadores, no parece acertada considerada de un modo absoluto. En efecto, se resuelve apriorísticamente una problemática sujeta a casuística, que creemos, es el único modo que asegura el resguardo de los derechos de ambas partes; la propiedad del empleador y la privacidad del trabajador.

En definitiva, nuestra jurisprudencia señala que los correos electrónicos se encuentran protegidos por el derecho constitucional a la intimidad y la vida privada<sup>11</sup>, por tanto, siempre su revisión colisionará con el derecho de propiedad del empleador y, entonces, estos deben ser objeto de la ponderación correspondiente para verificar cuál derecho fundamental primará en cada caso. A nuestro juicio la “expectativa de privacidad” debe considerarse en dicho ejercicio, sin embargo, tal criterio no puede ser considerado, de forma previa, como dirimente en favor de uno u otro derecho fundamental. Aquello equivaldría a sostener que necesariamente al estar regulado el uso del correo electrónico, y estando por tanto “blindado” el empleador, el trabajador perdería *a priori* su derecho a la privacidad en el uso de su correo electrónico, lo cual equivaldría a decir que, al aceptar una regulación que no acordó, sino que se le impuso —normalmente a través del Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad—, el trabajador renuncia a su derecho a la privacidad. Esto sería renunciar de antemano a una eventual vulneración de garantías constitucionales, lo que es impracticable en nuestro país por atentar en contra de la irrenunciabilidad de los derechos laborales mientras se encuentra vigente la relación laboral<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> Véase por ejemplo causa rol 1086-2013 pronunciada por la Ilma. Corte de Apelaciones de Santiago, caratulada *Subsecretaría de Evaluación Subrogante con Consejo para la Transparencia*, de fecha 11 de octubre de 2013. Señala el considerando 10.º de esta sentencia que las comunicaciones privadas, como son los correos electrónicos, se encuentran cubiertos por la garantía constitucional del artículo 19 N° 5 de la Constitución Política.

<sup>12</sup> La Ilma. Corte de Apelaciones de Santiago acogió un recurso de protección deducido por la Asociación de Funcionarios de Gendarmería de Chile contra una circular de la esa institución (N° 304 de 2018), que prohibía el mal uso de redes sociales por parte de funcionarios. *A priori* se restringía el derecho de expresión de los trabajadores de la institución mediante una resolución. En este sentido, es preciso recordar que cuando el empleador tipifica conductas prohibidas en su propia normativa interna, dicha tipificación también debe estar sujeta al respeto de los derechos fundamentales, lo cual pugna con su aniquilación vía disposiciones internas. Causa rol 63.147-2018.



La Dirección del Trabajo, a su turno, ha señalado (en sus primeros pronunciamientos al respecto; luego veremos que su criterio ha experimentado variaciones) que los correos electrónicos institucionales están protegidos por el derecho de privacidad, sin distinguir si corresponde a correos enviados o recibidos. Indica que nunca podrán ser revisados por el empleador, sin perjuicio de que es legítimo regular el acceso, envío y sistema de soporte de ellos. Dicha postura consta en el Ord. N°1.147/34, de fecha 21 de marzo de 2005, el cual señala, en lo pertinente:

En consecuencia, de la inviolabilidad citada se seguiría la imposibilidad de que la empresa revise el contenido de los correos electrónicos de sus trabajadores, tanto los enviados como los recibidos, sin perjuicio de la facultad empresarial de regular el acceso y el envío de dichos correos electrónicos, como establecer restricciones sobre el uso de los sistemas de soporte de dichos correos en la empresa.

Resulta claro para el referido órgano administrativo, que los correos electrónicos de cualquier naturaleza y sin distinción de si corresponden a correos enviados o recibidos, forman parte del ámbito protegido por la privacidad como derecho fundamental del que goza todo trabajador en su calidad de ciudadano.

No obstante lo señalado por el ente administrativo laboral, una sentencia de 2004 (año anterior al dictamen citado arriba), dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago, caratulada *De la Puente, María Consuelo y otros con Ministra en Visita Extraordinaria, Sra. Gloria Ana Chevesic*, ROL: 7001-2004, da cuenta de que no se considera, *per se*, que la revisión del contenido de los correos electrónicos vulnere derechos. Aunque es preciso consignar que este caso no estaba vinculado a la relación laboral.

El presente caso consistió en una acción de protección en contra de la referida ministra por cuanto, en el marco de una investigación criminal, habría ordenado la incautación de correos electrónicos de los recurrentes sin ser estos parte de los investigados y —en lo que importa para este trabajo— sin distinguir si los correos incautados eran públicos o privados, lo cual afectaría la garantía constitucional del artículo 19 N° 5 de la Constitución Política de la República. Al evacuar el informe, la ministra en visita sostuvo que fue informada de que resultaba imposible separar comunicaciones privadas de las públicas de los archivos que serían objeto de análisis, asegurando que estableció medidas de resguardo a la privacidad de los recurrentes para que estos no fueren conocidos por terceros ajenos a la investigación.

Al conocer de este recurso, la Corte de Apelaciones de Santiago lo rechazó y, para desestimar la alegación de los recurrentes consistente en que la no distinción sobre la incautación de correos entre públicos y privados afectaba su privacidad, sostuvo que no era posible acoger esta denuncia de infracción por cuanto resultaba imposible separar los correos electrónicos de carácter personal de aquellos que debían ser investigados<sup>13</sup>:

El criterio establecido por la Corte es relevante para este trabajo por cuanto sienta que no puede estimarse *a priori* una afectación a la privacidad al revisar los correos electrónicos, si es que resulta imposible separar los que son de carácter público de los privados. Ahora, si se aplica lo expuesto a la relación laboral, sería posible concluir que un empleador podría efectivamente revisar los correos electrónicos de sus trabajadores, siempre y cuando sea por razones justificadas y garantice que su contenido no sea difundido.

---

<sup>13</sup> En dicho sentido la Corte sostuvo: “A mayor abundamiento, y de estimar que en las cintas ordenadas incautar, junto con la información propia del servicio, también se contendrían correos electrónicos de carácter personal y privado de los funcionarios estatales, por la indivisibilidad de la misma, hacía imposible que la señora Jueza estuviera en condiciones de identificar y clasificar, *a priori*, cada uno de los documentos contenidos en ellas”.

### 3. Proporcionalidad en la limitación al derecho de privacidad

Ya analizado qué debe entenderse por privacidad, y a su vez que dentro de dicha garantía fundamental se encuentran amparados los correos electrónicos que utiliza el trabajador, corresponde analizar la legitimidad de limitar este derecho, en pro del derecho de propiedad del empleador. Debemos analizar entonces la proporcionalidad de tal limitación, consistente en la revisión de correos electrónicos.

Tal como hemos indicado previamente, la Dirección del Trabajo frente a la interrogante relativa a si puede revisar el empleador los correos electrónicos de sus trabajadores, sostuvo derechamente que ello no es posible indicando:

...será entonces el empleador quién podrá tomar la iniciativa para formalizar esta normativa interna de la empresa y, en el ámbito de sus facultades de administración, podrá también incorporar preceptos a este reglamento con el fin específico de regular, limitar o restringir el empleo de los correos electrónicos por los dependientes... esta regulación podrá recaer en el uso del correo electrónico, no en la garantía constitucional de inviolabilidad de la comunicación privada... el empleador podrá regular las condiciones de uso de los correos electrónicos, cubriendo los casos y situaciones descritos precedentemente y otros, pero en ningún caso —ni por reglamento interno ni por acuerdo de las partes— podrá regularse el ejercicio mismo de la respectiva garantía constitucional<sup>14</sup>.

Cabe señalar que la Dirección del Trabajo con posterioridad reafirmó su postura en Dictamen Ord. N° 1147/34 de fecha 21 de marzo de 2005 al denegar la reconsideración del dictamen antes mencionado<sup>15</sup>.

La misma postura es posible apreciar en Dictamen Ord. N° 3441/072 de fecha 20 de agosto de 2008, en el cual la autoridad administrativa indicó:

No se discute, ciertamente, en el caso que nos ocupa, que el computador no es un efecto personal del trabajador, sino una herramienta de trabajo proporcionada por su empleador. Pero lo anterior, no excluye que, en el uso de tal herramienta de trabajo, puedan producirse conflictos que afecten la intimidad de los trabajadores, en lo referido al correo electrónico (respecto al cual este Servicio ha fijado en Dict. N°260/19 de 14.01.2002, la doctrina según la cual “de acuerdo a las facultades con que cuenta el empleador para administrar su empresa, puede regular las condiciones, frecuencia y oportunidad de uso de los correos electrónicos de la empresa, pero en ningún caso podrá tener acceso a la correspondencia electrónica privada enviada y recibida por los trabajadores)<sup>16</sup>.

De la lectura del Ordinario anterior no queda lugar a dudas de que la Dirección del Trabajo estima que la revisión de correos electrónicos es vulneradora de derechos fundamentales, pero a nuestro juicio no nos podemos quedar ahí, ya que ello no deslegitima la posibilidad de revisión de los mismos. En efecto, el artículo 154 del Código del Trabajo señala:

Las obligaciones y prohibiciones a que hace referencia el número 5 de este artículo, y, en general, toda medida de control, sólo podrán efectuarse por los medios idóneos y concordantes con la relación laboral y, en todo caso, su aplicación deberá ser general,

<sup>14</sup> Dictamen Ord. N° 260/19 de fecha 24 de enero del año 2002. Recuperado de <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-63171.html>.

<sup>15</sup> En dicha oportunidad la Dirección del Trabajo resolvió: “En consecuencia, de la inviolabilidad citada se seguiría la imposibilidad de que la empresa revise el contenido de los correos electrónicos de sus trabajadores, tanto los enviados como los recibidos, sin perjuicio de la facultad empresarial de regular el acceso y el envío de dichos correos electrónicos, como establecer restricciones sobre el uso de los sistemas de soporte de dichos correos en la empresa”. Recuperado de <http://www.dt.gob.cl/1601/w3-article-81104.html>.

<sup>16</sup> Recuperado de <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-printer-95955.html>.

garantizándose la impersonalidad de la medida, para respetar la dignidad del trabajador.

El artículo citado es relevante porque el hecho de que la jurisprudencia administrativa considere que los correos electrónicos recibidos o enviados están amparados en el derecho a la privacidad de los trabajadores, no debe paralizar al empleador. Es por ello que con posterioridad a los referidos dictámenes, la Dirección del Trabajo emitió la circular N° 2210/035 de fecha 22 de junio de 2009, en la cual, al referirse a los derechos fundamentales, señaló que las medidas de control a los trabajadores —siendo una de ellas la revisión de correos electrónicos— eran posibles, siempre y cuando dichas formas de control estuvieran reguladas en el Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad, fueran realizadas por medios idóneos, impersonales, de aplicación generalizada, que su aplicación no derive en el abuso de facultades o que se adopten conductas prepoliciales, y que en su implementación se respete la dignidad de los trabajadores<sup>17</sup>.

Lo señalado por la Dirección del Trabajo, y sin anticipar nuestras conclusiones, abre un camino correcto en el planteamiento del manejo de la problemática de revisión de correos electrónicos, ya que por una parte reconoce la existencia de un derecho fundamental, pero a la vez que considera que este no lo es de manera absoluta, sino que puede verse limitado siempre y cuando se adopten los resguardos correspondientes. Lo anterior, por cuanto las relaciones laborales tienen tal nivel de particularidades que en ciertos casos puede ser aconsejable una revisión de los correos electrónicos por estar en juego otros bienes jurídicos igualmente valiosos como la intimidad de terceros, los clientes del empleador o bien, la propia actividad económica de este último.

Sin perjuicio de lo expuesto, la adopción de las medidas antes señaladas no obsta a que la solución que finalmente se adopte será mediante un análisis caso a caso de la colisión de derechos en conflicto<sup>18</sup>, tal y como señala la doctrina frente a un conflicto similar entre trabajador y empleador: “Se debiese adoptar una solución que

---

<sup>17</sup> La Dirección del Trabajo sostuvo: “En lo que se refiere a los límites del poder del empleador frente al control y revisión de sus trabajadores y/o de sus efectos personales, se ha resuelto con anterioridad, que resulta lícito que el empleador plantee medidas de control y revisión pero es necesario que tales medidas “se integren en sistemas que sean compatibles con el respeto de la honra y dignidad de los trabajadores” y, en función de este objetivo se requiere que los sistemas de prevención “sean técnicos y despersonalizados”, y que, por ende, se “apliquen mediante mecanismos automáticos y de sorteo”, que “eviten que su operación o funcionamiento se produzca frente a presunciones de actos o conductas ilícitas concretas.” A partir de la verificación de los efectos lesivos que para los derechos fundamentales suponía el uso de ciertas medidas de control por parte del empleador, lesivas para los derechos fundamentales de los trabajadores, se establecieron tres condiciones que toda medida de revisión y de control debían respetar, a saber: a) Las medidas de revisión y control de personas, de sus efectos privados o de sus casilleros, al importar un límite a la privacidad de las personas, deben necesariamente incorporarse al texto normativo que la ley establece para el efecto, esto es, el Reglamento Interno de la empresa, dictado en conformidad a la ley; b) Las medidas de revisión y control deben ser idóneas a los objetivos perseguidos como son el mantenimiento del orden, la higiene y la seguridad de la persona y sus trabajadores, no debiendo importar actos ilegales o arbitrarios por parte del empleador, según lo señala la Constitución en su artículo 20, como por ejemplo, la selección discrecional de las personas a revisar o la implementación de medidas extrañas e inconducentes a los objetivos señalados, y, c) las medidas, además, no deben tener un carácter pre policial, investigador o represivo frente a supuestos o presuntos hechos ilícitos dentro de la empresa, sino un carácter puramente preventivo y despersonalizado, siendo requisito “sine qua non” para la legalidad de estas medidas de revisión y control, el que sean operadas a través de un mecanismo o sistema de selección, cuyas características fundamentales son la universalidad y la despersonalización de las revisiones. Para el caso que operara una selección de operarios, se ha dispuesto que la revisión deberá ser aleatoria. Las condiciones arriba señaladas, importan que si las medidas de revisión y de control deben ser operadas a través de un sistema de selección, sus características fundamentales deberán ser la universalidad y la aleatoriedad de las revisiones. De este modo, las medidas de control de las personas que serán objeto de la revisión pueden lícitamente implementarse a través de dos modalidades: en primer lugar, hacer recaer la revisión sobre todo el personal de la empresa o sección, o en segundo lugar, establecer un mecanismo de selección que garantice la aleatoriedad de la misma, a través de un sistema de sorteo que la empresa debe explicitar en el Reglamento señalado”. Recuperado de <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-96717.html>.

<sup>18</sup> En el mismo sentido, frente a una situación análoga referida a la intimidad, Ugarte (2011, 20) indica: “Y ¿qué ocurre si el empleador tiene buenas razones de higiene y seguridad para exigir o prohibir una indumentaria o artefacto estético determinado? Eso ya no es un problema de delimitación del derecho de intimidad del trabajador, sino de su restricción por una eventual colisión de derechos fundamentales, cuestión que debe ser resuelta en la etapa de ponderación...”.

reconozca al menos en parte ambos derechos y se incline en favor del trabajador o del empleador dependiendo de las circunstancias específicas de cada caso en particular” (Figuroa, 2014, p. 118).

En este sentido, una sentencia dictada en juicio caratulado *Negrete Herrera, Jorge con Gesfor S.A.*, RIT: T-385-2011, dictada por el Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago con fecha 15 de diciembre de 2011, condena a la empresa por vulneración de la privacidad en la relación laboral. Sostuvo el trabajador que habría sido citado a una reunión con su jefatura y ciertos gerentes, quienes, teniendo un correo electrónico en mano enviado por él a un extrabajador, le habrían tratado de “desleal” y “traidor”, para luego despedirlo por la causal del artículo 160 N° 2 del Código del Trabajo, esto es, negociaciones que ejecute el trabajador dentro del giro del negocio y que hubieren sido prohibidas por escrito en el respectivo contrato por el empleador.

Indicó el trabajador que la empresa habría accedido al correo aludido por cuanto se redireccionó la cuenta de correo electrónico a un subgerente. La empresa, al contestar la denuncia, sostuvo que este redireccionamiento de los correos del ex trabajador fue de público conocimiento en la empresa, incluido el demandante. Refirió, además, que no se afectó la privacidad del actor, ya que este, al enviar el correo a un trabajador que ya no usaba esa casilla de correo electrónico, decidió compartir dicha información con la empresa. Finalmente, sostuvo que el correo no tenía el carácter de privado.

Pues bien, en este caso la denuncia fue acogida por el tribunal y en él se realizan algunos razonamientos interesantes de analizar. En primer lugar, el fallo concluye

que el correo electrónico es privado, destacando que dicha nota se advierte del contenido del mensaje y no del hecho de estar inserto este en un correo propio del trabajador o uno institucional. Además, señala que los usuarios tenían la legítima expectativa de que tal comunicación no sería leída por terceros<sup>19</sup>. Por otra parte, la sentencia reprocha expresamente el redireccionamiento de los correos efectuado por la empresa, señalando que aquello no le resta el carácter de privado a la comunicación<sup>20</sup>. Por otra parte, la sentenciadora sostiene que se han acreditado conductas vulneradoras, las cuales individualiza en su considerando octavo, y serían, por una parte, redireccionar el correo de un extrabajador y por la otra, acceder a un correo electrónico que sabía el empleador no estaba destinado a él.

Es relevante la conclusión del considerando noveno de esta sentencia, en la que se efectúa un examen de ponderación (¿fue justificada la medida?), señalando expresamente que la medida no fue necesaria:

No obstante la medida no se observa como “necesaria” y, en este punto, la misma demandada reconoce que existían alternativas más benignas con el derecho fundamental en cuestión... Si a lo anterior agregamos que la medida no estaba reglamentada ni puesta formalmente en conocimiento de los empleados, no se puede catalogar como una medida lícita de implementar y, por ende, deviene en ilícita cualquier información privada a la que haya accedido por ese medio... la medida de la empresa impresiona como evidentemente desproporcionada, tomando en cuenta los derechos fundamentales en conflicto.

El análisis contenido en el fallo resulta sumamente interesante por diversos motivos. El primero es que

<sup>19</sup> Así lo señala el propio fallo en su considerando séptimo: “...Cabe señalar que el carácter de privado del documento en cuestión no se ve afectado por el hecho que la empresa sea dueña de la casilla institucional a la cual se envió, puesto que lo que le da el carácter de privado es que tanto el remitente como los demás destinatarios tenían la legítima expectativa de que su comunicación no fuera interceptada ni conocida por personas diversas a las que el correo fuera dirigido...”

<sup>20</sup> El fallo señala en dicho sentido: “Tampoco pierde el carácter de privado la comunicación en cuestión por el hecho que el trabajador que tenía asignada la cuenta intervenida o redireccionada haya dejado de prestar servicios para la empresa... En este sentido, el redireccionamiento del correo del sr. Soto es el medio por el cual la empresa accede a la comunicación privada del demandante y, en cuanto medio, puede revisarse su legitimidad, sin embargo el acto que se estima lesivo, específicamente, alude a la decisión de conocer el contenido de una comunicación privada que evidentemente no iba dirigida a la empresa y utilizar dicha información en contra de sus destinatarios”.

la sentencia reconoce que la revisión de los correos electrónicos por el empleador supone un conflicto de derechos fundamentales y, por lo tanto, debe revisarse en cada caso su solución. A su vez, la sentencia realiza claramente un análisis pormenorizado de la conducta del empleador, cuestionándose directamente la validez del redireccionamiento de la información que es enviada al correo de un trabajador.

Otro fallo relevante en la materia, pero distinto al anterior por lo que se resuelve en instancia, a propósito de la debida ponderación que es obligatoria efectuar por el juez en virtud del artículo 493 del Código del Trabajo (que no existió como veremos), es el caratulado *Moreno con Cadem*, RIT T-989-2016, del 1.º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago. Este juicio versa sobre el despido de una trabajadora que desempeñaba el cargo de directora de campo de la empresa, esto es un cargo de confianza, por entregar información confidencial a la competencia, a través de su correo corporativo. La actora en su demanda indica que la empresa habría accedido a sus correos electrónicos, en los que entregaba dicha información, de modo irregular, esto es contra lo señalado en el reglamento interno de la empresa; sin autorización y sin conocimiento de la trabajadora. Cadem en su contestación aludió a que se buscó censurar una conducta de la ex trabajadora, al sospechar fundadamente (se encontraron en su puesto de trabajo, de modo fortuito, encuestas de la empresa de la competencia) que la actora podía estar difundiendo a una empresa de la competencia información recopilada con motivo de los estudios que realizaba, datos que por ley la empresa debe proteger, en virtud de la ley 19.628 sobre protección de la vida privada.

La sentencia de la instancia comete el grave error, como adelantamos, de no realizar la ponderación de rigor al tenor del artículo 493 del Código del Trabajo, es decir no hace el ejercicio de, una vez constatados indicios de vulneración, analizar la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto de la medida empresarial, lo cual vimos que la sentencia recién

revisada sí realiza. La sentencia se limita a señalar, en su considerando noveno, que se revisaron –por la empresa– los correos electrónicos de la trabajadora, sin su consentimiento o autorización, para posteriormente fundar un despido en la información así obtenida. Señala que el reglamento interno de la empresa permitía revisar los computadores de los trabajadores con la presencia del trabajador que así lo solicite, pero que la empresa no habría cumplido con dar este aviso a la trabajadora. En virtud de esta conducta de la empresa, el juez de instancia la condena por vulneración de derechos fundamentales.

Sin embargo, la empresa deduce recurso de nulidad precisamente por la circunstancia que venimos comentando, esto es, por la falta de análisis de justificación, necesidad y proporcionalidad de la medida de revisión de correos electrónicos de la trabajadora por parte de la empresa. Este recurso es acogido<sup>21</sup>, señalando la Corte, en el considerando tercero del fallo que

no se vierte a continuación razonamiento alguno respecto de las defensas esgrimida por la demandada para demostrar que su conducta lesiva se debió a motivos y objetivos razonables. En efecto no se dan razones por qué el actuar de Cadem lo fue “sin justificación suficiente, en forma grave y desproporcionada”. Es decir, la sentencia no analiza una cuestión central de las acciones de tutela, cual es la justificación de la denunciada y la proporcionalidad de la medida adoptada, soslayando la tesis planteada por Cadem en orden a que su proceder obedeció a un deber legal de garantizar datos de la vida privada de los encuestados...

Posteriormente esta trabajadora deduciría recurso de unificación de jurisprudencia, el cual sería rechazado<sup>22</sup>.

En consecuencia, el análisis de justificación, necesidad y proporcionalidad de la medida es indispensable al momento de determinar si se vulneró el derecho fundamental de un trabajador o si, por el contrario, es

<sup>21</sup> Rol de ingreso N° 2134-2017 ICA Santiago.

<sup>22</sup> Rol de ingreso 6247-2018 Excelentísima Corte Suprema de Justicia.

razonable y justificada tal medida, en atención a otros derechos, propios o de terceros, que se pretendía proteger por el empleador. De todos modos, este fallo de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago *Moreno con Cadem* reprocha al juzgador que no haya efectuado

tal análisis, señalando en el considerando cuarto, que la influencia sustancial del vicio en la falta de análisis de ponderación, era un “aspecto central del juicio”, que debió haber efectuado y no lo hizo, y que por ello, la sentencia es nula.

## Conclusiones

A lo largo de esta presentación se pudo apreciar que la privacidad es un concepto que no está del todo claro a nivel jurisprudencial, sin perjuicio de que existe consenso en cuanto a la necesidad de su protección.

Por otra parte, se revisó si eran parte del ámbito de protección de dicha garantía los correos electrónicos de los trabajadores frente a lo cual se pudo arribar a una postura afirmativa.

El criterio de la “pérdida de la expectativa de privacidad” no puede utilizarse de modo absoluto para zanjar la problemática de vulneración de la privacidad de un trabajador.

El control que puede establecer el empleador respecto de correos electrónicos institucionales, no es el mismo que puede aplicarse respecto de cuentas Gmail, Yahoo u otras, que se hayan creado en una empresa para efectos de comunicarse con clientes u otros fines. En este último caso, las medidas de control no pueden ser tan intensas y requieren en todo caso de autorización del trabajador para su revisión.

No puede establecerse un medio de control de los correos electrónicos que importe una revisión constante y permanente de los mismos, ya que aparece como una medida excesivamente intensa que no tiene justificación. Al contrario, es desmedida en aras de cualquier fin empresarial que se quiera buscar o proteger, los cuales pueden lograrse a través de otro tipo de controles menos invasivos.

Las formas de control sobre los correos electrónicos deben estar reguladas en el Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad, realizarse por medios idóneos, impersonales, de aplicación generalizada. Su aplicación no puede derivar en el abuso de facultades y no pueden implicar la adopción de conductas prepoliciales. Además, en su implementación, debe respetarse la dignidad de los trabajadores.

Para determinar si se vulneró el derecho fundamental de un trabajador a la privacidad, se debe siempre efectuar un análisis particular del caso, una vez hallados indicios de vulneración, revisando si la medida empresarial tiene justificación, es necesaria y es proporcionada en un sentido estricto.



## Referencias

- Agustina, J. R. (2009). *Privacidad del trabajador versus deberes de prevención del delito en la empresa*. Buenos Aires: Ed. BdF.
- Baylos, A. (1991). *Derecho del Trabajo: un modelo para armar*. Madrid: Trotta.
- Cea Egaña, J. L. (2003). *Derecho Constitucional Chileno II: Deberes y Garantías*. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile.
- Comisión de Estudio de un Anteproyecto de la Nueva Constitución. (1973) Acta Oficial N° 129. República de Chile.
- Desdentado, A. y Muñoz, A. B. (2012). *Control Informático, Videovigilancia y Protección de Datos en el Trabajo*. Valladolid: Lex Nova
- Figueroa, R. (2014). *Privacidad*. Santiago, Chile: Ediciones Diego Portales.
- Gamonal, S. (2011). *Trabajo y Derecho* (2ª ed). Santiago de Chile: Legalpublishing.
- Maqueo, M.S., Moreno, J. y Recio, M. (2017). Protección de datos personales, privacidad y vida privada: la inquietante búsqueda de un equilibrio global necesario. *Revista de derecho*, (30), 77-96. Recuperado de <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502017000100004> [9 de agosto de 2019].
- Martínez de Pisón, J. (1997). Vida privada e intimidad: implicaciones y perversiones. *Anuario de filosofía del derecho*, 14, 717-738.
- Piñera, J. (1990). *La Revolución Laboral en Chile* (3ª ed.). Santiago, Chile: Zig-Zag.
- Ugarte, J. L. (2000). El derecho a la intimidad y la relación laboral. *Boletín Oficial de la Dirección del Trabajo*, (139).
- Ugarte, J. L. (2010). *Tutela de derechos fundamentales del trabajador* (3º Ed). Santiago, Chile: Legalpublishing,
- Ugarte, J. L. (2011). *El nuevo derecho del trabajo* (3ª ed.). Santiago de Chile: Thompson Reuters.
- Ugarte, J. L. (2011). Privacidad, Trabajo y Derechos Fundamentales. *Estudios Constitucionales*, 9 (1). 13-36. Recuperado de <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002011000100002> [fecha consulta 22 de mayo de 2019].

## Jurisprudencia

- Corte de Apelaciones de Santiago, 25 de octubre de 2018, Rol N°63147-2018.
- Corte de Apelaciones de Santiago, 11 de octubre de 2013, Rol N°1086-2013.
- Corte de Apelaciones de Santiago, 9 de febrero de 2018, Rol N°2134-2017.
- Corte de Apelaciones de Santiago, 6 de diciembre 2004, Rol N°7001-2004.
- Corte de Apelaciones de Valparaíso, 13 de octubre de 2015, Rol N°323-2015.
- Corte Suprema de Justicia, 21 de enero de 2019, Rol N°6247-2018.
- Dirección del Trabajo, 20 de agosto de 2008, Dictamen Ord. N°3441/72.
- Dirección del Trabajo, 21 de marzo de 2005, Dictamen Ord. N°1.147/34.
- Dirección del Trabajo, 21 de marzo de 2005, Dictamen Ord. N°1147/34.
- Dirección del Trabajo, 22 de junio de 2009. Circular N°2210/035.
- Dirección del Trabajo, 24 de enero del año 2002, Dictamen Ord. N°260/19.
- Juzgado de Letras del Trabajo de Copiapó, 15 de septiembre de 2008, Rit T-1-2008.
- Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 13 de septiembre de 2017, RIT T-989-2016.
- Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 5 de marzo de 2016, RIT: T-972-2015.
- Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 15 de diciembre de 2011, RIT: T-385-2011.
- Tribunal Constitucional de España, N°170-2013, 12 de enero 2016.