



Universidad de
los Andes

FACULTAD DE
DERECHO

REVISTA JURÍDICA DIGITAL UANDES

rjd.uandes.cl

2019 | Volumen 3
Núm. 2

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

Índice

Artículos

El modelo legal de conciliación y mediación en Brasil	1-12
Ivette Esis	
Del Estado constitucional al Estado convencional de Derecho. Estudio Preliminar sobre el modelo del Estado Convencional de Derecho, en el contexto latinoamericano	13-42
Édgar Hernán Fuentes Contreras	
Influencia de los conceptos ratzingerianos “laicismo” y “relativismo” en la configuración de las relaciones Iglesia-Estado	43-59
Jorge Salinas Mengual	
El recurso al derecho penal en el ordenamiento jurídico español para la consecución del principio de igualdad entre hombres y mujeres	60-79
Raquel Borges Blázquez	
La libertad de empresa como derecho fundamental en México	80-93
José Juan Anzures Gurriá	
Análisis de la Ley N° 20.760 sobre declaración de un solo empleador: revisión jurisprudencial a cinco años de su entrada en vigencia	94-113
Pablo Scheihing Cuevas, Katerin López Cartagena	
La prueba del hecho contrario en la presunción legal contemplada en el artículo 23 de la Ley Orgánica de la Dirección del Trabajo (Comentario a la sentencia de la Corte Suprema Rol 18865-2018)	114-119
Lucía Debesa Arregui	
Naturaleza de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH): ¿tribunal de casos concretos o tribunal suprarregional convencional?	120-126
Luis Alfonso Herrera Orellana	
La motivación de los actos administrativos discrecionales en la jurisprudencia de la Corte Suprema (comentario a la sentencia de la Corte Suprema del 19 de junio de 2017, rol N° 3598-2017)	127-136
Daniela Sarrás Jadue, Lily Pérez Oltramari	
La problemática calificación e interpretación de los contratos complejos y su control mediante la casación en el fondo (comentario a la sentencia de la Corte Suprema del 14 de Diciembre de 2017, rol N° 67394-2016)	137-146
Pablo Comejo	

Colaboraciones

El principio de culpabilidad: ente rector de la imputación subjetiva por dolo o por imprudencia José Fernando Núñez	147-163
John Finnis, el profesor Santiago Legarre	164-175
Análisis y comentarios a la ley N° 21.220 que modifica el Código del Trabajo en materia de trabajo a distancia Sebastián Parga Moraga, Pablo Vasseur Gallo	176-197
Fernández del Pozo, Luis (2018): La paralización de los órganos sociales en las sociedades de capital. Madrid, Marcial Pons. 272 páginas Pablo Manterola	198-200
Zuloaga, Isabel (2019). Reliance in the Breaking- Off of Contractual Negotiations: Trust and Expectation in a Comparative Perspective. Cambridge, R. Unido: Intersentia, 254 pp. María Ignacia Vial Undurraga	1201-203

**Ivette
Esis V.***

**Universidad
Autónoma de
Chile, Chile**

ivette.esis@uautonoma.cl

Recibido: 20.08.19

Aceptado: 10.12.19

El modelo legal de conciliación y mediación en Brasil

The legal model of conciliation and mediation in Brazil

Resumen: Frente a la denominada “cultura de la sentencia” arraigada en la sociedad brasilera, las autoridades del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo han emprendido un importante esfuerzo en pro de brindar acceso al ciudadano a los mecanismos autocompositivos de solución de controversias, tanto en forma presencial como en forma digital. Las últimas reformas legislativas permiten a la Administración pública crear cámaras especializadas para prevenir y resolver conflictos por vía de la mediación, como también habilitan notarías y registros para ofrecer servicios de mediación a la colectividad. A pesar del esfuerzo realizado y de las iniciativas implementadas, aún falta mucho para lograr disminuir el nivel de litigiosidad por lo que se hace necesario reforzar y socializar en la ciudadanía la importancia de estos mecanismos.

Palabras clave: Medios consensuales de solución de conflictos; conciliación; mediación.

Abstract: Faced with the so-called “culture of judgment” rooted in the Brazilian society, the authorities of the Executive and the Legislative Branch have undertaken an important effort to provide citizens access to auto compositive dispute resolution mechanisms, both in person as in digital form. The latest legislative reforms in Brazil allow the Public Administration to create specialized chambers to prevent and resolve conflicts through mediation. In addition, the reforms enable Notaries and Registries to offer mediation services to the community. Nevertheless, there is still much to reduce in the high level of litigation and, in order to achieve this objective, it is necessary to reinforce and socialize the importance of these mechanisms.

Keywords: consensual conflict resolution mechanisms; conciliation; mediation.

* El resumen de este trabajo fue presentado en el “Seminario Internacional sobre mediación civil y comercial” organizado por la Universidad de Los Andes, Chile, en mayo de 2018. La autora agradece los valiosos comentarios de los Dres. Michele Copetti y Thiago Paluma.

Las iniciativas legislativas para normar el uso de los medios alternativos de solución de conflictos en Brasil datan de la Constitución de 1824 y de distintas leyes y códigos que permitieron la posibilidad de resolver litigios a través de la mediación y la conciliación. Estos avances fueron obviados en el texto constitucional de 1937 y, según la doctrina, a partir de ese momento la vía judicial se convirtió en la fórmula patrón para la solución de todo tipo de problemas (Barberi y Graciano, 2018, pp. 2-4; Spengler & Dalla Bernardina de Pinho, 2018, p. 225).

Luego, en 1943, la *Consolidação de Leis do Trabalho* (CLT) incluyó las tentativas de conciliación como forma de promover la solución consensuada de conflictos colectivos de trabajadores¹. Años después, en 1995, fue dictada la Ley 9099 conforme a la cual se instauró la figura de la conciliación como forma de solución de litigios en tribunales especiales en materia civil y criminal². Sin embargo, no fue sino hasta el año 2006 cuando el Consejo Nacional de Justicia (CNJ) —órgano rector de las políticas públicas en materia judicial del país— comenzó la iniciativa denominada *Movimento pela Conciliação*. El movimiento instaba al uso de medios consensuales de solución de litigios en pro de disminuir la excesiva judicialización característica de la sociedad brasileira³. La iniciativa consideró el artículo 5, inciso XXXV, de la Constitución de 1988 que contempla la garantía de acceso a la justicia, entendida como el elenco de formas materiales y procesales, judiciales y extrajudiciales, autocompositivas y heterocompositivas, dispuestas al ciudadano para resolver sus controversias (Guedes, 2017, p. 22).

Posteriormente, en 2010, el CNJ instauró en Brasil la política pública de incentivo y perfeccionamiento de los mencionados mecanismos como instrumentos de pacificación social, gracias al dictamen de la Resolución 125 del 29 de noviembre de ese año y modificada posteriormente en 2013 y 2016 (Borges & Menegaz, 2019, pp. 1-3)⁴. Buena parte de su contenido fue reproducida en el Código de Proceso Civil (CPC) y profundizada en la Ley de Mediación, siendo ambos cuerpos legales promulgados en 2015⁵.

El trabajo que a continuación presentamos tiene por objetivo describir los avances normativos que, en materia de conciliación y de mediación, se han desarrollado en Brasil para cumplir con su política pública de fomento de los mecanismos autocompositivos de solución de controversias. Con este propósito, analizamos la distinción entre la mediación y la conciliación conforme al ordenamiento jurídico de dicho país. Luego revisamos sucintamente la organización legal del sistema de resolución de litigios conforme a la normativa promulgada en fechas recientes, y, por último, estudiamos la regulación de las mediaciones extrajudiciales, las mediaciones en el ámbito administrativo y las realizadas a través de medios electrónicos, denominadas mediaciones digitales.

¹ Véase el texto de la CLT en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm [Fecha de consulta: 30/07/2019].

² Véase el texto de la Ley 9099 de 26/09/1995 que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências, em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm [Fecha de consulta: 30/07/2019].

³ Véase CNJ: Movimento pela Conciliação, em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/conciliacao-e-mediacao-portal-da-conciliacao/movimento-conciliacao-mediacao> [Fecha de consulta: 30/07/2019].

⁴ Véase el texto de la Resolución 125 y sus enmiendas en: <https://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579> [Fecha de consulta: 30/07/2019].

⁵ Véase el texto del CPC (Lei No. 13.105 de 16/03/2015) en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm y de la Ley de Mediación (Lei No. 13.140 de 26/06/2015) Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm [Fecha de consulta: 30/07/2019].

1. De la distinción entre la mediación y la conciliación

El excesivo uso de la solución adjudicada de conflictos en Brasil ha generado la continuidad de la denominada “cultura de la sentencia”, en la que los individuos basan sus relaciones con otros en el binomio “ganador-perdedor”, donde los primeros predominan sobre los segundos. Como no dialogan, prefieren presentar sus litigios ante tribunales (Walmott y Lima, 2018, p. 3). Esto ha ocasionado un importante retardo procesal tanto en el conocimiento y dictación de sentencias, como también en su ejecución (Watanabe, p. 2). Por esta razón, las iniciativas ejecutivas implementadas por el CNJ y los instrumentos legislativos como el CPC y la Ley de Mediación tienen como propósito impulsar el uso y el acceso de los ciudadanos a los mecanismos autocompositivos de solución de conflictos.

Ahora bien, debemos considerar que cada Estado posee definiciones propias de las instituciones y categorías contempladas en su ordenamiento jurídico. Al comparar los conceptos entre un país y otro podemos encontrar semejanzas, similitudes y, también, diferencias. En Brasil, la mediación responde a un medio de solución de litigios por el cual interviene un tercero imparcial que facilita el diálogo entre las partes para que sean ellas mismas quienes encuentren la solución al problema planteado. Mientras que, en la conciliación, el tercero puede actuar más activamente en la búsqueda de la solución del conflicto⁶.

El CPC de 2015, que impulsa el uso de estos mecanismos en el curso de un proceso judicial, contiene también definiciones de la conciliación y la mediación. Así, de conformidad con el artículo 165 § 2 y § 3, el conciliador actúa en casos donde no hay vínculo previo entre las partes; mientras que el mediador las auxilia para que logren comprender sus intereses en conflicto y procuren una solución, en aquellos supuestos donde haya existido vínculo previo entre estas.

Las materias que pueden ser objeto de una mediación corresponden a aquellas controversias que, de conformidad con el artículo 3 § 1 y 2 de la Ley de Mediación, versen sobre derechos disponibles y —también— derechos indisponibles que puedan ser objeto de transacción. Este último caso refiere a aquellos derechos en los cuales su titular no podría en principio disponer pero, en ciertas situaciones prácticas, podría admitirse tal posibilidad siempre que no le represente un perjuicio. En dicho supuesto, el acuerdo de la mediación debe ser homologado por la autoridad judicial competente y debe contar con la opinión del Ministerio Público que lo admita (Batista, 2016).

⁶ Véase la página web del CNJ sobre conciliación y mediación: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/conciliacao-e-mediacao-portal-da-conciliacao> [Fecha de consulta: 30/07/2019].

2. La organización legal del sistema de mediación y conciliación

Como referíamos al inicio de este trabajo, el CNJ dictó la Resolución 125/2010 conforme a la cual se instituyó la denominada política judicial nacional de tratamiento de conflictos de intereses. En ella se impulsa el acceso del ciudadano a la solución de litigios a través de mecanismos adecuados según su naturaleza y alcance (artículo 1). Por tal motivo, ahora los órganos judiciales deben ofrecer a las personas la posibilidad de mediar o de conciliar — además de las adecuadas asesorías— antes de obtener una decisión judicial.

Con el propósito de cumplir con esta política, el CNJ organiza los servicios generales de mediación y conciliación judicial en todo el país; crea el sistema de mediación y conciliación digital o a distancia para actuaciones pre-procesales; implementa un código de ética y crea un Registro Nacional de Conciliadores y Mediadores. Veamos a continuación los aspectos más importantes del sistema.

2.1. De las mediaciones y conciliaciones judiciales

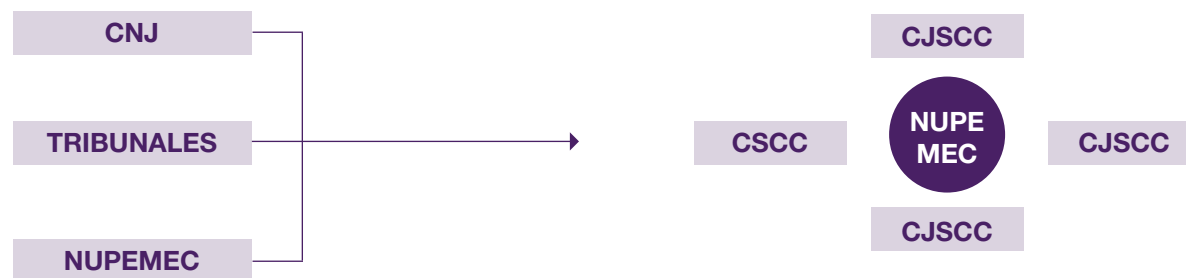
Para las mediaciones y las conciliaciones administradas por los órganos jurisdiccionales, los tribunales crean los Núcleos Permanentes de Métodos Consensuales de

Solución de Conflictos (NUPEMEC) con el propósito de desarrollar la mencionada política judicial nacional de resolución de litigios instituida por el CNJ. Estos Núcleos tienen el deber de promover la capacitación y la actualización de conciliadores y mediadores, así como de celebrar convenios con entes públicos y privados con el propósito de fomentar la utilización de estos mecanismos. Cabe destacar que los NUPEMEC están compuestos por jueces activos y jubilados, así como por funcionarios judiciales, teniendo cada uno de ellos un reglamento de funcionamiento.

Además de los Núcleos, en cumplimiento de la Resolución 125/2010, los tribunales han creado los Centros Judiciales de Solución de Conflictos y Ciudadanía (CSCC). Dichos Centros son los encargados de realizar las sesiones de conciliación y de mediación, así como de asesorar y orientar a la ciudadanía. Estas instituciones son dirigidas por un juez coordinador y otro adjunto, quienes homologan los acuerdos alcanzados por las partes. Es importante señalar que los CSCC administran conciliaciones y mediaciones principalmente preprocesales, es decir, las realizadas previas al inicio del proceso judicial propiamente dicho.

GRÁFICO 1:

Estructura General Sistema de Conciliaciones Judiciales según Resolución CNJ N°. 125/2010



Fuente: Elaboración propia según Resolución N°. 125 CNJ

Ahora bien, así como los CSCC administran conciliaciones y mediaciones preprocesales, debemos advertir que existen también conciliaciones y mediaciones procesales. Conforme al artículo 334 CPC, el juez debe convocar a las partes a una audiencia de conciliación o de mediación, según sea el caso, la cual tiene carácter obligatorio. Dicha audiencia es dirigida por el conciliador o por el mediador, debidamente inscrito en el Registro Nacional. Para el caso del mediador, se exige que la persona sea graduada en una institución de educación superior reconocida por el Ministerio de Educación de Brasil y que haya obtenido capacitación por parte de alguna institución reconocida por la Escuela Nacional de Formación y Perfeccionamiento de Magistrados (ENFAM) o por los tribunales (artículos 11 de la Ley de Mediación y 165 y siguientes del CPC).

La conciliación o la mediación no debe exceder de dos meses contados a partir de la primera audiencia. Las partes pueden no querer resolver su litigio a través de estos métodos de autocomposición de conflictos, pero están en el deber de declararlo expresamente en el libelo de la demanda, en el caso del demandante; y, por petición escrita antes de la audiencia, en el caso del demandado. Caso contrario, las partes deben asistir a la audiencia previamente fijada.

La no comparecencia injustificada a la audiencia es considerada como un acto que atenta contra la dignidad de la justicia y es sancionada con una multa pecuniaria (hasta 2% del valor de la causa) pagada a favor de la República o del Estado —como entidad político-territorial— en cuestión. El acuerdo al que lleguen los involucrados, producto de la conciliación o de la mediación es homologado por el juez de la causa. Asimismo, si no llegan a un acuerdo en esta etapa, también hay otras posibilidades de obtener un arreglo consensuado. Esta afirmación obedece a que puede el juez, en las siguientes fases del juicio, intentar conciliar a las partes (artículo 359 CPC).

Vale destacar que, a finales de 2018, el CNJ dictó un Reglamento (Nº. 271/2018) por el cual se fijan los honorarios de los mediadores y los conciliadores judiciales. Esto se ha realizado con el propósito de incentivar a los profesionales para iniciar una carrera como facilitadores

de solución de conflictos y, dependiendo del grado y el nivel de formación, la remuneración tiende a ser mayor.

Considerando que ya ha pasado casi una década desde la promulgación de la Resolución Nº. 125/2010, y a 5 años de la promulgación del CPC y de la Ley de Mediación, es importante revisar las estadísticas que ofrece el CNJ respecto a la implementación del sistema. Según el estudio *Justiça em números*, hasta el año 2018 han sido creados 982 Centros por la justicia estadual, siendo el Estado de São Paulo la entidad político-territorial que más CSCC tiene (214), seguido de los Estados de Bahía (124) y Minas Gerais (123) (CNJ, 2018, p. 137).

En atención a estas informaciones y analizando los datos publicados por los tribunales de justicia (TJ) de estos Estados, llama la atención la cantidad de conciliaciones y mediaciones preprocesales. A modo ilustrativo, el TJ del Estado de São Paulo reporta que el año pasado, de un total de 30.040 convocatorias a audiencias, fueron celebradas 20.098 y se alcanzaron 12.544 acuerdos homologados por un total de R\$ 62.450.423,23 (equivalente a USD 16.261.777,96) (TJ São Paulo, 2018).

Por su parte, el Tribunal de Justicia del Estado de Bahía y, en particular, el NUPMEC de dicha entidad ha publicado también estadísticas del año 2018 muy reveladoras. Fueron designadas 22.922 audiencias de las cuales poco más de la mitad (14.879) fueron celebradas. En total fueron homologados 7.196 acuerdos relativos a familia (conflictos de uniones estables, pensión de alimentos), asuntos civiles y de derecho del consumidor. Por otra parte, el Tribunal de Justicia del Estado de Minas Gerais a través del NUPMEC expresó que en el 2018 fueron incluidas en agenda 11.320 audiencias, de las cuales se celebraron 9.735 efectivamente, y se homologaron 5.430 acuerdos (TJ Bahía, 2018 y TJ Minas Gerais, 2018).

A pesar de todos los esfuerzos realizados y que continúan realizándose y de los números alentadores sobre la creación de los Centros y su labor con la ciudadanía, podemos afirmar que la implementación de la conciliación y de la mediación judicial no ha resultado una tarea sencilla ni ha tenido los resultados esperados.

Para finales de 2017 existían 80,1 millones de procesos judiciales en trámite. Vale destacar que el mantenimiento del Poder Judicial en Brasil le cuesta al país 1,4% de su producto interno bruto (PIB) (CNJ, 2018, pp. 73). Frente a semejante nivel de litigiosidad, se registra que en apenas 12,1% de los casos tramitados por la justicia (en sus distintos niveles y áreas), se han llegado a acuerdos homologados por el Poder Judicial gracias a estos mecanismos consensuales de solución de controversias (CNJ, 2018, pp. 137-138).

El panorama presentado nos indica que la cultura de judicialización de conflictos continúa muy presente en la sociedad brasileira. Esta afirmación se confirma a través de otro estudio del propio CNJ sobre una evaluación empírica de la conciliación y la mediación en el país. Este estudio revela que, a causa de la alta litigiosidad, la duración media de un proceso judicial demora alrededor de 2.8 años, mientras que la tramitación de los casos que terminan a través de la homologación de acuerdos (por conciliaciones y mediaciones judiciales) tardan 1,5 años (CNJ, 2019, p. 96).

Si la estructura judicial (jueces y funcionarios), los abogados en ejercicio y los propios ciudadanos tuvieran más conocimiento de estos mecanismos, la cifra de litigios que pueden terminar en arreglo amistoso podría aumentar considerablemente y en menor tiempo. Sin embargo, el propio estudio revela que solo el 30% de los entrevistados tienen una positiva percepción frente a los cambios legislativos implementados a partir de 2010; y que casi el 75% de los abogados no tuvieron clases ni asignaturas sobre estos mecanismos de solución de conflictos (CNJ, 2019, p. 141 y 151).

Otro problema que también ha ocasionado retrasos en la implementación de la mediación judicial es la preparación para la actuación de los mediadores, a quienes el CNJ exige capacitación previa realizada por entes previamente designados por el ENFAM. Esta preparación no está siendo uniforme en el país, lo que genera una desigual aplicación de la normativa e, incluso, demora en la celebración de las audiencias. Existen Estados que tienen varias instituciones acreditadas como el Distrito Federal o São Paulo, mientras que en otros —como el Estado de Santa Catarina— solo hay un ente

encargado de acreditar y de formar, al mismo tiempo, a estos profesionales (Flenik, 2019, p. 21).

Todo este panorama nos permite inferir, en primer lugar, que las autoridades brasileiras han tenido que promulgar nuevos reglamentos que permitan mejorar los problemas que la propia reforma legislativa ha causado (v.g. el Reglamento CNJ 271/2018). En segundo lugar, frente al desconocimiento de los abogados sobre esta materia, resulta necesario contar con asignaturas especiales en la malla curricular de la totalidad (o la mayoría) de las facultades de derecho del país, para formar nuevos profesionales que no solo conozcan de reglas procesales —imprescindibles para el ejercicio de la abogacía— sino también de las mediaciones y las conciliaciones como otras vías para la resolución de eventuales disputas. Y, en tercer lugar, toda esta situación nos permite reflexionar que el éxito de toda reforma legal en esta materia y a efectos de disminuir los niveles de litigiosidad, consiste en socializar aún más estos mecanismos a través de programas culturales para los ciudadanos.

2.2. De las mediaciones extrajudiciales

Resolver un litigio a través de una mediación previa al inicio del proceso judicial o durante su inicio no es la única opción que pueden tener los involucrados conforme al orden jurídico brasileño. Tanto el CPC como la ley especial en la materia contemplan la figura de la mediación extrajudicial, vale decir, aquella actividad técnica ejercida por un tercero imparcial, que no forma parte del sistema de administración de justicia o del proceso arbitral, por medio de la cual acerca a las partes para que lleguen a una solución consensuada a su problema o conflicto (artículo 1 de la Ley de Mediación).

La mediación está orientada conforme a los principios de imparcialidad del mediador, equilibrio entre las partes, oralidad e informalidad del proceso, autonomía de las partes, confidencialidad y buena fe. Veamos a continuación sus principales características:

a) De los mediadores: conforme al artículo 9 y siguientes de la Ley de Mediación, toda persona capaz que tenga la confianza de las partes puede ser capacitada para dirigir una mediación, sin necesidad de formar parte de un Registro (a diferencia de los mediadores judiciales).

b) Los administradores de las mediaciones: las mediaciones pueden ser *ad hoc* o administradas por instituciones especializadas. En este último caso, las denominadas cámaras de carácter privado (o centros de mediación) ofrecen este servicio a pesar de no estar vinculadas al Poder Judicial o al CNJ. Sin perjuicio de ello, el CPC exige su registro ante los tribunales y ante el CNJ cuando actúan vinculadas a través de convenios con dichos entes públicos para celebrar mediaciones preprocesales⁷, y sus mediadores deben ser capacitados debidamente según los criterios de la ENFAM.

c) Del procedimiento de la mediación: de no existir una cláusula de mediación previamente celebrada entre las partes, conforme a la Ley, la mediación se inicia con la invitación de una persona a la otra, a través de cualquier medio de comunicación, indicando la fecha, el lugar y la hora de la reunión. Transcurrido el plazo de 30 días sin que el invitado haya dado respuesta, se considerará rechazada la solicitud. Si bien la legislación no establece un plazo máximo de celebración de audiencias, lo ideal es que, una vez aceptada la invitación, la mediación no exceda de tres meses.

Si se trata de una mediación institucional, dependerá del reglamento del centro o de la cámara de mediación, el procedimiento que se habrá de seguir. Asimismo, en el supuesto de existencia de cláusulas de mediación contractual, ellas deben estipular un plazo mínimo y máximo para la realización de la mediación, el lugar de la primera reunión, los criterios para la elección del mediador y la penalidad en el caso de no comparecimiento de la parte invitada.

d) El mérito ejecutivo del acuerdo de mediaciones extrajudiciales: de conformidad con el artículo 20 de la Ley de Mediación, el procedimiento finaliza con la escritura de los términos finales del acuerdo de las partes. También debe dejarse constancia de aquellos supuestos en los cuales el mediador declare que no hay posibilidad de acuerdo o de la manifestación de las partes de la inexistencia de una solución consensuada al problema.

El acuerdo de mediación tiene carácter de título ejecutivo extrajudicial y, de conformidad con el artículo 725 CPC, puede tener carácter de título ejecutivo judicial si es homologado por el órgano jurisdiccional competente.

2.2.1. Balance de las mediaciones extrajudiciales celebradas por entes especializados: ¿son suficientes?

Brasil es considerado como uno de los líderes en materia de arbitraje comercial en el mundo y, en la actualidad, forma parte del grupo de los cinco países que más utilizan los servicios de administración de arbitrajes de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (ICC, 2019). En el ámbito doméstico, existen varias instituciones especializadas en la materia quienes, además de arbitrajes, ofrecen también servicios de mediación. Ahora bien, a diferencia del arbitraje, las cifras publicadas por dichos entes expresan que el número de mediaciones es creciente pero, al mismo tiempo, para el nivel de litigiosidad del país, sigue siendo bajo.

Al respecto, la Cámara de Conciliación, Mediación y Arbitraje de la Federación de Industrias del Estado de São Paulo indica en sus estadísticas que, entre los años 2004 y 2018, han llevado 42 mediaciones (CIESP/FIESP, 2019). El Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Brasil – Canadá refiere que han administrado 49 mediaciones desde 2006 hasta 2018 (CAM-CCBC, 2019). Debemos advertir que existen también otros entes privados en todo el país que ofrecen en forma exclusiva la administración de mediaciones extrajudiciales, pero no todos publican cifras oficiales para poder conocer, con más detalle, su experiencia en este ámbito.

Se ha indicado que mientras el tiempo de espera para la celebración de una audiencia de mediación judicial es de 45 a 60 días, en un centro privado especializado esta audiencia puede realizarse en una semana (Nascimento Lima Júnior, 2019, p. 18). Lo ideal es que los entes encargados por cada Estado celebren convenios con entes privados debidamente acreditados para facilitar y aumentar el número de mediaciones judiciales.

⁷ Véase CNJ, Cámaras privadas, disponible en: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/conciliacao-e-mediacao-portal-da-conciliacao/perguntas-frequentes/camara-privada> [Fecha de consulta: 30/07/2019].

2.2.2. Las mediaciones y conciliaciones administradas por notarías y registros

Con el ánimo de impulsar aún más la política de acceso a la justicia a través de mecanismos consensuales de solución de controversias, en el mes de marzo de 2018 la *Corregedoria Nacional de Justiça* (CGJ) —órgano del CNJ encargado de la coordinación y la ejecución de las políticas públicas destinadas al buen desempeño de la actividad judicial en el país— dictó un acto administrativo (*Provimento*) N°. 67 por el cual se disponen los procedimientos de conciliación y de mediación extrajudicial como servicios ofrecidos a la ciudadanía por parte de las notarías y registros⁸.

La administración de estos mecanismos consensuales de solución de conflictos queda a la discreción de estos entes quienes, si deciden efectuarlo, deben cumplir con las reglas establecidas en la Ley de Mediación y en el referido *Provimento*. En tal sentido, con el propósito de iniciar las actividades deben obtener una autorización del NUPMEC y de las Corregedorías Generales de Justicia del Estado donde se encuentre. Todos los procedimientos son fiscalizados tanto por la CGJ como por los jueces coordinadores de los CJSCC. Los funcionarios encargados de realizar las mediaciones o,

en su caso, las conciliaciones, deben estar debidamente habilitados y acreditados ante las referidas autoridades.

En el mencionado acto administrativo de efectos generales de la CGJ, se establecen reglas de conducción de la mediación y la conciliación. El acuerdo, producto de las sesiones celebradas entre las partes, será archivado en un libro que, a tal efecto, lleven las notarías y los registros. Este instrumento escrito público tiene el carácter de título ejecutivo extrajudicial, conforme al artículo 784 (IV) CPC.

Un aspecto de interés corresponde al costo de las conciliaciones y las mediaciones que administren estos entes, en pro de permitir el acceso de los ciudadanos a estos mecanismos. Se aplica la menor cuantía de la tabla de cobros para las escrituras públicas sin valor económico, para una sesión de una hora. Si excede de ese tiempo, se cobra un valor proporcional y, si fueren necesarias otras sesiones, se cobran nuevos valores por cada una. En el caso de archivo de la solicitud de mediación antes de la celebración de la primera sesión, se debe devolver al interesado el 75% del dinero recibido. Asimismo, pueden ser realizadas sesiones gratuitas para aquellas personas que declaren no contar con los medios económicos suficientes para sufragar los costos.

3. Las mediaciones en el ámbito administrativo

Otra de las novedades de la Ley de Mediación, contenida también en el CPC de 2015, corresponde a las mediaciones celebradas en el ámbito público. De esta manera, se abre para los órganos y las entidades de la Administración pública brasileira el sistema multipuertas de resolución de litigios y, de ellos, los de carácter autocompositivo (Guedes, 2017, p. 21). Para cumplir con ese cometido, la legislación habilita a la Unión, al Distrito Federal, a los Estados y a los Municipios a crear cámaras especializadas de prevención y solución de conflictos (arts. 174 CPC y 32 de la Ley de Mediación). Cada una de las cámaras debe tener un reglamento de funcionamiento según el ente administrativo a la que esté

adscrita.

Es de destacar que las controversias que pueden ser resueltas por esta vía corresponden a aquellas que involucren intereses públicos o de la Administración pública transigibles o disponibles. La identificación de estas materias no resulta fácil para el operador jurídico, toda vez que se trata de un concepto que ha sufrido alteraciones a lo largo de la historia administrativa de ese país y, en particular, después de la promulgación de la Constitución de 1988 (Guedes, 2017, p. 24). Durante años se consideró que siendo el Estado el titular y garante del interés público, era imposible su disponibilidad. Hoy

⁸ Véase el texto en: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3415> [Fecha de consulta: 30/07/2019].

día esta posición ha sido modificada, por cuanto es posible transar intereses considerados indisponibles que admitan la posibilidad de conciliación y mediación (Guedes, 2017, pp. 24-25).

Así, la Ley de Mediación establece que las cámaras especializadas pueden administrar mediaciones relativas a la prevención de litigios relacionados con el equilibrio económico – financiero de contratos celebrados entre personas de derecho privado con la Administración, así como la resolución de controversias jurídicas que involucren a la Administración pública federal y entes adscritos a ella. Tales controversias pueden ser objeto de transacción siempre que tengan autorización de la Abogacía General de la Unión (AGU), considerando la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal o de tribunales superiores, o el visto bueno de la AGU aprobado por la Presidencia de la República. Este acto administrativo emitido por la AGU que habilita la transacción tiene efectos generales y es aplicable a todos los casos que sean similares al planteado. De lograr los involucrados

una solución consensuada, el acuerdo constituirá título ejecutivo de carácter extrajudicial (Art. 32 §3 de la Ley de Mediación).

Debemos advertir que esta materia tiene una dinámica interesante en Brasil y se está analizando la promulgación de nuevos instrumentos legislativos. Para la fecha de redacción de este trabajo se está discutiendo un proyecto de ley que permitiría resolver, a través de la mediación y del arbitraje (PL 10061/2018), los litigios relacionados por el desacuerdo entre el propietario de un inmueble y la Administración pública en el valor de la indemnización con motivo de expropiaciones por causa de utilidad pública⁹. A los fines de no causar un perjuicio pecuniario al propietario expropiado, el Estado se compromete a pagar los honorarios del mediador o del árbitro, según sea el caso. De ser promulgada e implementada la ley, se agilizaría la tramitación de estos casos que, en la actualidad, solo son conocidos por los órganos jurisdiccionales del país.

4. Las mediaciones digitales

El uso del internet y las nuevas tecnologías aplicadas a los medios consensuales de resolución de controversias forman parte también de las nuevas legislaciones promulgadas en esta década en Brasil. Por un lado, el CNJ —a través de la mencionada Resolución N°. 125— ordenó la creación de una página web especializada para publicar las directrices de la capacitación de los conciliadores y de los mediadores, el código de ética, los datos e informaciones de cada tribunal o NUPMEC respecto a las actividades realizadas por los Centros, las buenas prácticas, proyectos y acciones sobre esta materia, así como la divulgación de noticias y novedades. En la actualidad, la página web es: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/conciliacao-e-mediacao-portal-da-conciliacao>.

Por otro lado, y en paralelo a esta iniciativa, el ordenamiento jurídico brasileño habilita la posibilidad de celebrar las mediaciones a través de medios electrónicos. En términos generales, esto significa que las herramientas presenciales que se utilizan en la solución de conflictos en forma tradicional puedan ser aplicadas a través de nuevas tecnologías para permitir que los involucrados lleguen a acuerdos a distancia (Elisavetsky, 2017, p. 20).

Así, en sede judicial, de conformidad con el artículo 334 CPC, es posible que la mediación o la conciliación sea realizada por medios electrónicos. La Ley de Mediación en su artículo 46, sin distinguir el tipo de mediación y la Resolución N°. 125 en su artículo 18-A, permiten que

⁹ Véase Proyecto de Ley No. 10061/18 que altera o Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, para possibilitar a opção pela mediação ou pela via arbitral para a definição dos valores de indenização nas desapropriações por utilidade pública, nas condições que especifica. Texto disponible en: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2172485> [Fecha de consulta: 30/07/2019].

la mediación pueda ser celebrada —con la anuencia de las partes— a través de internet o por otros medios de comunicación que permitan la transacción a distancia. El CNJ tiene disponible una página web especial con un sistema para la celebración de acuerdos preprocesales entre consumidores, empresas e instituciones financieras. Tales acuerdos son homologados por el juez competente.

El sistema en comentario es llamado Mediación Digital 2.0 y la web es: <https://www.cnj.jus.br/mediacaodigital>. En él, el interesado puede registrarse y explicar los detalles del problema que está enfrentando. La otra parte tiene 15 días para responder la solicitud. Luego, ambos involucrados deben analizar las propuestas presentadas y, de ser posible, definir los aspectos en los cuales hay acuerdos. Gracias al principio de libertad que asiste a este mecanismo de solución de controversias, ninguna de las partes está obligada a llegar a un acuerdo. De no haber

consenso pueden volver a intentar negociar o solicitar una mediación presencial. De llegar a un acuerdo, ambas partes firman por internet el documento y, a efectos de obtener el mérito ejecutivo, puede una de ellas solicitar a un juez la homologación correspondiente.

Siendo Brasil un país de extensiones continentales, la mediación digital permitiría el acceso de los ciudadanos a la justicia independientemente de donde se encuentren. En la actualidad, hay un número considerable de personas que no tienen conexión a la red por la falta de un computador y a la falta de información sobre el uso del internet y sobre este mecanismo de solución de litigios. El desafío de las autoridades consiste en brindar la asesoría adecuada y la conectividad a internet del ciudadano (Spengler y Dalla Bernardina de Pinho, 2018, pp. 235-236).

5. Reflexiones finales

Desde hace varios años Brasil ha venido desarrollando acciones ejecutivas y promulgando instrumentos legales en pro del impulso de los mecanismos de solución de controversias como la mediación y la conciliación. El esfuerzo evidenciado en la creación del sistema de mediación judicial —como los Núcleos y los Centros— para lograr el objetivo planteado es indudable. Sin contar, además, con la labor que han venido realizando las cámaras privadas en la administración de las mediaciones extrajudiciales.

No obstante lo anterior, la cultura de la sentencia continúa persistiendo en los ciudadanos, tal como se evidenció en los estudios del propio CNJ, lo que constituye un verdadero desafío para los operadores jurídicos. El reto consiste no solo en darle continuidad a la política pública judicial en la materia, sino en el entendimiento de que el cambio de paradigma de esa judicialización a una cultura de paz, responde también a las acciones de difusión y la asesoría ciudadana que los propios tribunales, centros, núcleos, entes privados especializados y las propias universidades puedan emprender en los grupos de interés más cercanos a ellas.

Referencias

a) Doctrina y estudios estadísticos:

- Barbieri Waquim, B. y Graciano Suxberger, A. H. (2018). "A institucionalização da mediação no Brasil e o protagonismo do Poder Judiciário", *Civilista.com*, a7, n. 2, Rio de Janeiro. Recuperado de <http://civilista.com/a-institucionalizacao-da-mediacao-no-brasil/> [Fecha de consulta: 30 de julio de 2019].
- Batista, E. E. (2016). Casos em que se aplica a mediação / conciliação. Câmara Privada de Mediação e Conciliação, São Paulo. Recuperado de <https://www.arbitragem.com.br/index.php/artigos/artigos-do-site/257-casos-em-que-se-aplica-a-mediacao-conciliacao> [Fecha de consulta: 30 de julio de 2019].
- Borges, A. W. & Menegaz, M. L. (2019). "Mecanismos adequados de solução de conflitos como política pública para a efetivação do acesso à justiça", *Revista Eletrônica do Curso de Direito*, 1, Universidade Federal de Santa Maria, 1-20.
- CAM-CCBC (2019). Estatísticas Gerais. São Paulo. Recuperado de <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/sobre-cam-ccbc/estatisticas-gerais/> [Fecha de consulta: 30 de julio de 2019].
- CIESP/FIESP (2019). Estatísticas Câmara CIESP/FIESP. São Paulo. Recuperado de http://www.camaradearbitragemsp.com.br/pt/res/docs/20190108_Estatisticas_CamaraCiespFiesp.pdf [Fecha de consulta: 30 de julio de 2019].
- CNJ (2019). Mediações e conciliações avaliadas empiricamente. Jurimetria para proposição de ações eficientes. Brasília. Recuperado de <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2019/7/art20190717-05.pdf> [Fecha de consulta: 30 de julio de 2019].
- CNJ (2018). *Justiça em números*. Departamento de Pesquisas Judiciárias, Brasília. Recuperado de <http://cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf> [Fecha de consulta: 30 de julio de 2019].
- CNJ (2006). *Movimento pela Conciliação*. Recuperado de <https://wwwh.cnj.jus.br/programas-e-acoas/conciliacao-e-mediacao-portal-da-conciliacao/movimento-conciliacao-mediacao> [Fecha de consulta: 30 de julio de 2019].
- Elisavetsky, A. (2017). Pasado, Presente y Futuro de las Nuevas Tecnologías aplicadas a la Resolución de Conflictos en Latinoamérica. *Revista do Forum Nacional da Mediação e Conciliação*, 1(1), Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, 17-31.
- Flenik, G. (2019). Mediadores Judiciais só podem ser capacitados pela Academia Judicial em SC. *Revista Catarinense de Resolução de Conflitos*, (7), Federação Catarinense das Entidades de Mediação e Arbitragem (FECEMA).
- Guedes, J. C. (2017). Jurisdição voluntária no CPC/2015 como meio de resolução de controvérsias com a Administração Pública. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, 7(1), 28-50.
- ICC (2019). ICC Arbitration figures reveal new record for awards in 2018. Recuperado de <https://iccwbo.org/media-wall/news-speeches/icc-arbitration-figures-reveal-new-record-cases-awards-2018/> [Fecha de consulta: 30 de julio de 2019].
- Nascimento Lima Júnior, A. (2019). Decisão inédita de magistrado reforça validade dos MASCs. *Revista Catarinense de Resolução de Conflitos*, (7), Federação Catarinense das Entidades de Mediação e Arbitragem (FECEMA).
- Spengler, F. M. & Dalla Bernardina de Pinho, H. (2018). A mediação digital de conflitos como política judiciária de acesso à justiça no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, (72), 219-258. Recuperado de <https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/issue/view/137/showToc>. [Fecha de consulta: 30 de julio de 2019].
- Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (2018). *Estatística Geral - Semana Nacional da conciliação*. Recuperado de http://www.tjsp.jus.br/Download/Conciliacao/SemanaNacionalConciliacao_2018.pdf?d=1564691020814 [Fecha de consulta: 1 de agosto de 2019].

Tribunal de Justicia del Estado de Bahia (2018). Exercício de 2018. NUPEMEC, Assessoria Especial da Presidencia, Salvador. Recuperado de <https://drive.google.com/file/d/1l-CqTeNcPzE130MYu61RhnmwslZtFAB/view> [Fecha de consulta: 1 de agosto de 2019].

Tribunal de Justicia del Estado de Minas Gerais (2018). Exercício da Semana Nacional da Conciliação. Recuperado de http://www.tjmg.jus.br/data/files/t18/72/98/98/9E05761041EEB376B04E08A8/005%20-%20DIA%2009.11.2018%20-%20Resultado%20OFICIAL%20Semana%20Nacional%20da%20Concilia_o%202018%20_1_.pdf [Fecha de consulta: 1 de agosto de 2019].

Watanabe, Kasuo (s/a): Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses. Recuperado de <https://www.tjsp.jus.br/Download/Conciliacao/Nucleo/ParecerDesKazuoWatanabe.pdf> [Fecha de consulta: 30 de julio de 2019].

b) Normas

Código de Processo Civil, Lei No. 13.105 de 16/03/2015. Recuperado de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm [Fecha de consulta: 30 de julio de 2019].

Consolidação de Leis de Trabalho. Recuperado de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm [Fecha de consulta: 30 de julio de 2019].

Lei 9099 de 26/09/1995 que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Recuperado de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm [Fecha de consulta: 30 de julio de 2019].

Lei No. 13.140 de 26/06/2015 Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública) Recuperado de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm [Fecha de consulta: 30 de julio de 2019].

Resolução 125/2010 que dispõe sobre a política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesse no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências, com as Emendas No. 01/203 e 02/2016. Recuperado de <https://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579> [Fecha de consulta: 30 de julio de 2019].

Resolução 271/2018 que fixa parâmetros de remuneração a ser paga aos conciliadores e mediadores judiciais, nos termos do disposto no artigo 169 do Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015 – e no artigo 13 da Lei de Mediação – Lei 13.140/2015 -. Recuperado de https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_271_11122018_12122018115214.pdf [Fecha de consulta: 9 de diciembre de 2019].

Proyecto de Ley No. 10061/18 que altera o Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, para possibilitar a opção pela mediação ou pela via arbitral para a definição dos valores de indenização nas desapropriações por utilidade pública, nas condições que especifica. Recuperado de <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2172485> [Fecha de consulta: 30 de julio de 2019].

Provimento 64/2018 da Corregedoria Nacional de Justiça, de 26 de março de 2018, que dispõe sobre os procedimentos de conciliação e de mediação nos serviços notariais e de registro do Brasil. Recuperado de <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3415> [Fecha de consulta: 30 de julio de 2019].

Édgar Hernán Fuentes Contreras

Universidad de
Bogotá Jorge
Tadeo Lozano,
Colombia

edgar.fuentes@utadeo.
edu.co.

Recibido: 02.09.19

Aceptado: 19.11.19

Del Estado constitucional al Estado convencional de Derecho.

Estudio Preliminar sobre el modelo del Estado Convencional de Derecho, en el contexto latinoamericano*

About the Constitutional State to the Conventional Rule of Law.

Preliminary study regarding the Conventional State of Right model, in the Latin American context

Resumen: El presente artículo de revisión se encarga de construir un referente conceptual preliminar para efecto de una investigación amplia sobre las herramientas constitucionales de integración del derecho nacional e internacional de los derechos humanos en el contexto latinoamericano. En esta medida, con una metodología exploratoria, establece los elementos iniciales del Estado Convencional de Derecho, como modelo para el entendimiento de los desarrollos latinoamericanos vinculados, en términos generales, con el nuevo constitucionalismo y con el establecimiento del control de convencionalidad en los países pertenecientes al sistema interamericano de derechos humanos. De tal modo, el texto expondrá, desde una concepción estatal formalista y durante cuatro (04) acápites previos a las conclusiones, el proceso de mutación sufrido por el Estado de Derecho, en su devenir jurídico, hasta llegar al modelo sugerido, compilando presupuestos comprensivos y los desarrollos de la doctrina que ayudarán a entender esta transformación.

Palabras clave: Estado de Derecho; Estado convencional; control de convencionalidad.

Abstract: This review presents a preliminary conceptual reference within a more extensive investigation about the constitutional tools for the integration of National Law and International Human Rights Law in the Latin American context. Thus, with an exploratory methodology, it establishes the initial elements of the Conventional Rule of Law, as a model for the understanding of Latin American developments connected with the new constitutionalism and the establishment of the control of conventionality in the Inter-American Human Rights System countries. Consequently, the paper will expose the mutation process suffered by the State of Law in its legal version to become the suggested model. To do so, the paper compiles comprehensive elements and developments of the doctrine that will help to understand this transformation.

Keywords: Rule of Law, Conventional State, Conventionality Control.

* El artículo de revisión se desarrolla como resultado preliminar y se vincula, parcialmente, a las actividades ejecutadas dentro del proyecto "Ecos de la Historia" vinculado al Grupo de Investigación "Derecho y Globalización" de la Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano (Colombia), y, asimismo, a los desarrollos iniciales dentro de la investigación posdoctoral. Elementos sucintos de este resultado fueron presentados en el Annual Conference of ICON-S (2019), celebrado en la Pontificia Universidad Católica de Chile, y, posteriormente, enriquecidos, gracias, a los comentarios y observaciones de los profesores Luciano D. Laise, Hernán A. Olano G., Andrea Celemin C. y Luz Eliyer Cárdenas C.

Si se asume la guerra como un fenómeno humano-social¹ (y, por demás, evitable), resulta comprensible los planteamientos en pro del Estado y el Derecho que realizaron autores como Immanuel Kant en 1795² y en 1944, Hans Kelsen³. Justamente, en dichos autores el uso del Derecho se institucionaliza no solo como un mecanismo, sino, como una estrategia para la creación y sostenimiento a la paz.

A pesar de que en la actualidad la noción de paz no es reductible a una sinonimia con la no-guerra⁴, la teoría jurídica vigente sigue validando al Estado de Derecho⁵ como una iniciativa predominante para alcanzar la paz y la maximización de las libertades humanas.

Esta visión permitió que la teorización política y jurídica fueran ubicadas como dos (02) caras de una misma moneda: en ocasiones, subsumidas entre sí como forma para romper el dualismo Estado-Derecho⁶.

Ahora, si bien es dicente reconocer que “como organización política, el Estado es un orden jurídico. Pero no todo orden jurídico es un Estado” (Kelsen, 1997, p. 291), la sujeción a las normas jurídicas positivas, se ha abierto camino tanto en la dinámica interna de los Estados como en la de estos con otros actores de la comunidad internacional.

Ciertamente, y aceptando la existencia de una sabida influencia de esta comunidad en las relaciones *intra e inter* estatales, yacen aún múltiples discusiones sobre

la armonía entre la soberanía nacional y el derecho internacional, y por el otro, sobre los posibles cambios del modelo estatal.

En ese marco, el presente artículo de revisión ha pretendido sistematizar e integrar resultados de otras investigaciones, que llevarían a deliberar mínimamente sobre el posible cambio del modelo del Estado de Derecho, especialmente desde Latinoamérica.

De tal modo, este trabajo se centra en explorar los elementos diferenciales, —aunque no por ello antagónicos— de los modelos jurídicos del Estado de Derecho, dando énfasis en aquel que se ha nombrado como Estado Convencional; para así dar respuesta a la indagación: ¿Cuáles son los presupuestos comprensivos que permitirían dialogar actualmente de la presencia primigenia de un Estado Convencional de Derecho, en la órbita del derecho latinoamericano?

Guiado por la pregunta expuesta y una hipótesis dónde se admite la existencia de elementos de un modelo que puede ser nominado como Estado Convencional de Derecho, este texto expondrá lo que será un marco conceptual preliminar para una investigación de mayor extensión, de carácter posterior. En consecuencia, el actual artículo muestra, en coherencia con su metodología exploratoria⁷, un estudio que tiene como finalidad impulsar un trabajo más profundo, pero que exhibe una recopilación que permite sacar unas conclusiones (así sean preliminares). Justo, en esa medida, se emplean

¹ “La construcción de la paz, por tanto, empieza en la mente de los seres humanos: es la idea de un mundo nuevo. [...] [Así]: 1. La guerra es un fenómeno específicamente humano que no se encuentra en los demás animales. El hecho de que la guerra haya cambiado de manera tan radical a lo largo de los tiempos prueba claramente que se trata de un producto de la cultura. Desde un punto de vista biológico, la guerra es posible pero no tiene carácter ineluctable. [...] 5. Científicamente es incorrecto decir que la guerra es un fenómeno instintivo o que responde a un único móvil [...]”. (Fisas, 2006, pp. 26–27).

² Se hace referencia al texto de Immanuel Kant titulado: “*Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf*” (1795). Respecto al mismo se ha utilizado la traducción siguiente: (Kant, 1998).

³ Se menciona, en específico, al texto “*Peace through Law*”; empleado para efectos de citaciones: (Kelsen, 2003).

⁴ “[...] la paz, que significa el fin de todas las hostilidades”. (Kant, 1998., p. 5). Ahora bien, sobre la evolución del concepto de paz véase, entre otros: (Groff y Smoker, 1996; Muñoz (Ed.), 2001; Muñoz y Bolaños (Coord.), 2011; Muñoz y Molina (Eds.), 2004; Arango, 2007).

⁵ Debe subrayarse que, si bien han sido tomados como sinónimos, existen diferencias en el concepto francés del *imperio de la ley*, la noción alemana del siglo XIX de *Rechtsstaat*, o Estado de Derecho, y el principio inglés del *rule of law*. Sobre el tema ver, por ejemplo: (Villegas, 2013; Fuentes, 2018, pp. 72-77).

⁶ “El Estado no es un grupo de individuos que viven bajo un mismo ordenamiento que regula su conducta, es el mismo ordenamiento que regula la conducta de estos individuos. Y esos individuos pertenecen a un grupo, a una comunidad, sólo en la proporción en que su conducta mutua es regulada por un ordenamiento. Sin este orden serían una masa caótica, sin estructura”. (Kelsen, 1943, p. 99).

conceptualizaciones generales, tratando de hacer una síntesis inicial que será enriquecida de manera futura⁸.

Así las cosas, dado el carácter y la metodología que se desarrolla, se ha dividido el artículo en cuatro (04) apartados: El primero, esclarece la noción de Estado que será empleada; seguidamente se aborda la modificación sufrida dicha noción, en su versión de Estado Legal, a través de los “neoconstitucionalismos”; para, en un tercer momento, presentar los atributos (básicos) del modelo de Estado Convencional de Derecho, y finalmente, previo a las conclusiones, exponer posibles críticas y respuestas del modelo.

En todo caso, y antes de dar inicio, se hace necesario señalar que se opta por entender el término “modelo” en una perspectiva teórica-descriptiva, tal como lo planteó Michelangelo Bovero⁹, es decir, “‘una maqueta’ en cierto modo, que puede funcionar, y cuyas evoluciones, consecuentemente, pueden seguirse” (Atalli, 1974, p. 9), pero que no traza necesariamente un camino de causalidad de la realidad ni pretende hacer futurología, al asentarse desde lo explicativo y no lo metafórico¹⁰; desde allí, con las aclaraciones y limitantes propias de la metodología y los fines, se desarrollará la propuesta a continuación.

1. Acercamiento al Estado como concepto

Innegablemente, la noción de Estado, pese a observarse como central en diversas disciplinas, es un vocablo acreedor de multivocidad: En otras palabras, no existe una definición universalmente válida y absoluta para el mismo.

El Estado y el poder del estado son fenómenos hipercomplejos y variables, y ninguna teoría o perspectiva teórica por sí misma puede capturarlos completamente y explicar su dinámica estructural y estratégica. Además, a pesar de las tendencias recurrentes a cosificarlos como si estuvieran afuera y por encima de la sociedad,

el estado y el sistema político pertenecen a un conjunto más amplio de relaciones sociales (Jessop, 2014, p. 20).

Por este motivo, parece poco viable pensar en el concepto de Estado desde una perspectiva neutral y ajeno a la parcialidad. Sus contenidos mitológicos (Cfr. Cárdenas, 2017; Cassirer, 1982; García Pelayo, 1981) e ideológicos (Cfr. Fuentes, 2012; Althusser, 1996) modulan una percepción cultural e histórica del Estado: Efectivamente, el Estado no surgió ni se ha cristalizado en el tiempo¹¹.

⁷ “Los estudios exploratorios se realizan cuando el objetivo es examinar un tema o problema de investigación poco estudiado, del cual se tienen muchas dudas o no se ha abordado antes. Es decir, cuando la revisión de la literatura revela que tan solo hay guías no investigadas e ideas vagamente relacionadas con el problema de estudio, o bien, si deseamos indagar sobre temas y áreas desde nuevas perspectivas. Tal sería el caso de investigadores que pretendieran analizar fenómenos desconocidos o novedosos [...]”. (Hernández, Fernández, Baptista. 2006, pp. 100-101).

⁸ Por dicha selección y síntesis, es necesario aclarar que la simplificación o reducción conceptual se emplea solo como herramienta metodológica y para presentación de los resultados, debido a los límites de extensión del texto; en ese sentido, es importante reconocer que las discusiones son más extensas y profundas y cuenta con una diversidad de comprensión, por lo cual, se procura incorporar una amplia bibliografía (aunque no excluyente).

⁹ La concepción de *modelo* “oscila ambiguamente entre dos significados: El primero fundamentalmente prescriptivo, con base en el cual por modelo se entiende aquello que se debe imitar, y que por tanto se propone como regla a una clase de entes o comportamientos; el segundo fundamentalmente descriptivo” (Bovero, 1986, pp. 95-96).

¹⁰ Dirá Atalli que “un modelo, para resultar verdaderamente útil, “deberá respetar las dos condiciones siguientes: 1.º El modelo deberá ser explicativo, y no metafórico. En consecuencia, no habrá de introducir conceptos puramente descriptivos, pero tampoco crear nociones utilizables sólo en un contexto dinámico. 2.º Las nociones introducidas deben poder ser medidas y confrontadas con la realidad” (1974, p. 156). Cfr. (Petzold, 1976).

¹¹ “Los juristas habían descrito el sistema político como un conjunto de instituciones. Los analistas políticos, reaccionando contra el sesgo formalista de ese enfoque, tendieron a describir la política en forma de comportamientos. Las promesas de este enfoque se vieron frustradas por el hecho de que haya ido acompañado de una visión estructuralista que concebía el sistema político como una matriz insumo-producto, como un mecanismo neutral, abstracto y racional, semejante al del mercado, que recibe las demandas sociales, las procesa y las resuelve, asignando los recursos disponibles en forma más o menos autoritaria o centralizada” (Tomassini, 1992, p. 33).

En virtud de ello, no es dable aceptar que la noción estatal sea meramente intuitiva y, asimismo, que se emplee el término como eje sin que se recurra a una definición. Por esto, brevemente, se ha optado por concretar una definición del Estado para este trabajo. Dicha definición lo toma en esencia como una forma de

organización política potencialmente moderna¹² y que se insta en relación con el ejercicio de su soberanía¹³.

Esta noción se hace compatible, asimismo, con aquella que manifiesta que el Estado cuenta con los siguientes elementos en su conformación:

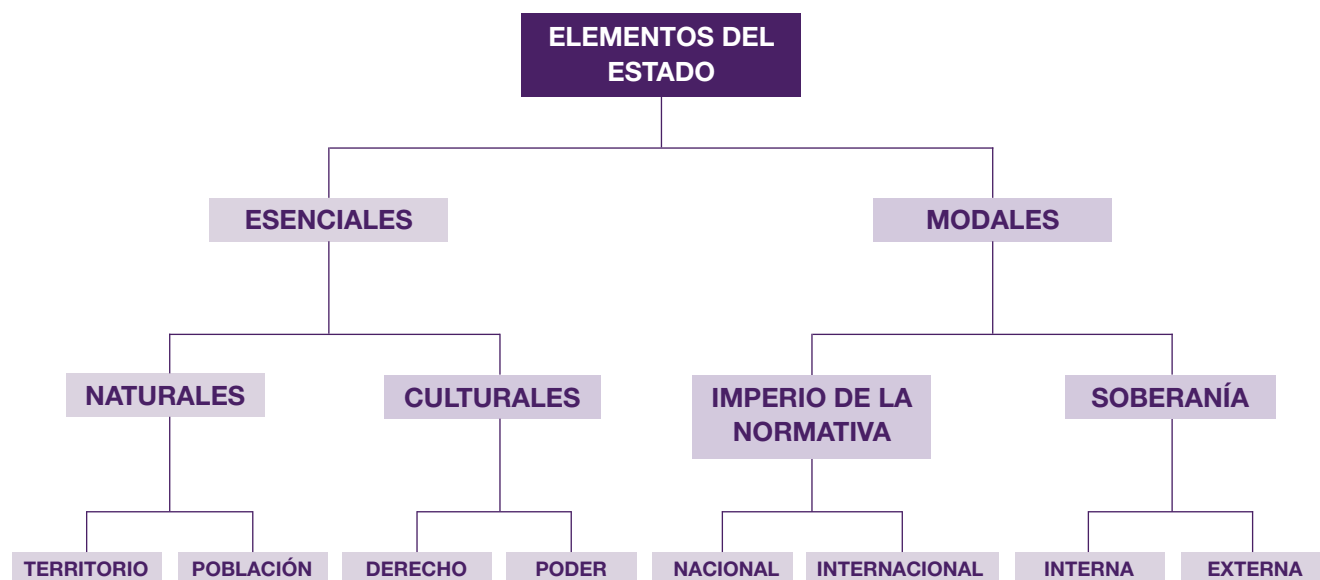


Figura Nº. 1. – Elementos del Estado

Fuente: Creación basada en la propuesta contenida en (Fayt, 1998).

En el diagrama, los elementos esenciales se entienden como constitutivos de la forma de organización política conocida como Estado, por lo que en su ausencia no se puede hablar de Estado. Mientras que “Los elementos

modales son atributos adscriptos a algunos de los elementos constitutivos y caracterizaría la organización política. De ahí que su función sea condicionante de la forma política” (Fayt, 1998, p. 193)¹⁴.

¹² “El término se utiliza comúnmente para referirse a la estructura de gobierno de cualquier comunidad política, sobre todo a partir del surgimiento de las civilizaciones mesopotámicas alrededor del año 3800 AC. Sin embargo, es sólo a partir del siglo XVII que se desarrolla, primero en Europa y más tarde en otros continentes, lo que puede definirse como Estado moderno o Estado nacional” (Malamud, 2007, p. 86). “Casi todos los estudiosos del Estado, ya sean historiadores, juristas, politólogos, filósofos o sociólogos, utilizan el término «Estado» para referirse a un fenómeno político que surgió en Europa a partir del hundimiento del feudalismo con las características fundamentales de territorialidad, centralización, soberanía, diferenciación e institucionalización y que supuso la separación o la salida de lo político del terreno social y la conversión del individuo en un ciudadano, cuya relación de pertenencia fundamental será con el Estado al margen de cualquier característica particular” (Gordillo Pérez, 2016, p. 564).

¹³ El concepto empleado relega el uso de la violencia como distintivo, tal como lo hacen autores como Weber (1984) y Luhmman (1975). Cfr. (Malamud, 2007).

¹⁴ Afectando no solo la forma de organización sino la de gobierno; teniendo como mínimo, según su forma, Estados Unitarios, puros o divididos (centralizados y descentralizados), y Estados Compuestos (federales, confederados y asociaciones); mientras para su forma de gobierno se tendrían Repúblicas (parlamentarias, presidenciales), monarquías (absolutas y constitucionales), teocracias y dictatoriales. Cfr. (Fuentes, 2016).

Ahora, si bien existe multiplicidad de definiciones, la selección de este referente se vincula por una opción metodológica formalista que reconoce la discontinuidad temporal del concepto de Estado y que percibe que no necesariamente la totalidad de Estados son, por ejemplo, Estados de Derecho¹⁵.

En esa dirección, debe también indicarse que la forma de Estado Derecho puede ser interpretada según diferentes variables. Dichas variables no suelen ser, *per se*, incompatibles entre sí, pese a la presencia de mayores armonías y coherencias entre parte de ellas. De manera sucinta, dichas variables podrían agruparse y clasificarse en: a. corriente política; b. marco económico; c. conformación nacional; d. percepción religiosa; y e. desarrollo jurídico; las cuales pueden organizarse del modo siguiente:



Figura No. 2. – Elementos de la conformación perceptiva del Estado Derecho.
Fuente: Creación propia.

Precisamente, y como ya se advertía, cada una de las clasificaciones podría generar un propio resultado de investigación, sin embargo, solo nos ocuparemos del desarrollo jurídico del Estado de Derecho¹⁶. De manera que, y dado que existe una aceptación, mínimamente, de dos (02) de los modelos (por un lado, el Estado Legal de Derecho y, por el otro, el Estado Constitucional de Derecho), se ha querido indagar de ese tercer estándar

que ha sido nombrado como *Estado Convencional de Derecho* y el cual se presentará como derivativo, sustancialmente, de la intermediación de las relaciones constitucionales y del derecho internacional de los derechos humanos. No obstante, antes de ello, daremos inicio a dialogar sobre la transición sufrida entre el Estado Legal y Constitucional de Derecho.

¹⁵ En otras palabras, la orientación tomada nos muestra, por un lado, la existencia de organizaciones pre-estatales y que, además, dentro de la forma nombrada como Estado, puede encontrarse singularidades que han generado paradigmas de comprensión diferentes, siendo solo uno de ellos el Estado de Derecho. Cfr. (Fayt, 1998).

¹⁶ “Los fines de ese Estado [es decir, el Estado de Derecho,] serán primordialmente la libertad y la propiedad, como se plasmó en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y que será el núcleo de las constituciones posteriores. El constitucionalismo resulta así ser un producto del Estado de Derecho”. (Villar Borda, 1996, pp. 57-58). Véase, entre otros: (Chinchilla, 1988, pp. 37-66).

2. Del Estado legal al Estado constitucional

Como es conocido, la aparición del Estado de Derecho, como género, suele ubicarse temporalmente hacia finales del siglo XVIII e inicios del XIX; teniendo una base antagónica, por lo menos en Francia, a lo que fue conocido como *Ancien régime* y el modelo estatal Absolutista (Cfr. Anderson, 19887; González Alonso, 1987). Así, el Estado de Derecho, en sus primeras construcciones, se cimentó con la intención de formar límites de carácter jurídicos no excusables y preexistentes al Poder.

Dichos límites se sustentarían, en primera instancia, en la noción y aceptación de unos derechos naturales que se proclamaban cómo obligatorios y vinculantes para el Estado, de allí que se inicie un proceso de codificación, estrechado con el movimiento del *enciclopedismo* (Cfr. Ramis, 2018; Carrillo Prieto, 2011; Alponete, 2012), que permitió que se iniciara un proceso similar al que sufrió la *iurisdictio* medieval frente a la positivización de las leyes (Cfr. Fuentes, 2018). Este proceso puede observarse en el propio preámbulo de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789, que reza:

[...] considerando que la ignorancia, el olvido o el menosprecio de los derechos del Hombre son las únicas causas de las calamidades públicas y de la corrupción de los Gobiernos, han resuelto exponer, en una Declaración solemne, los derechos naturales, inalienables y sagrados del Hombre, para que esta declaración, constantemente presente para todos los Miembros del cuerpo social, les recuerde sin cesar sus derechos y sus deberes; para que los actos del poder legislativo y del poder ejecutivo, al poder cotejarse en todo momento con la finalidad de cualquier institución política, sean más respetados y para que las reclamaciones de los ciudadanos, fundadas desde ahora en principios simples e indiscutibles, redunden siempre en beneficio del mantenimiento de la Constitución y de la felicidad de todos.

Esto dio pie a la formalización de la división del poder público mediante órganos que cumplen funciones delimitadas y diferenciadas¹⁷, tal como lo hicieron, por ejemplo, la Constitución francesa de 1791 y la de Estado Unidos de América en 1787:

¹⁷ “La primera Constitución escrita y rígida de la Historia, el Instrument of Government cromwelliano (1653), ya incorporó el mecanismo de la separación de poderes, aunque sólo dos, ejecutivo y legislativo. También lo incorporaron las constituciones coloniales británicas en Norteamérica y la estadounidense de 1787, con los tres poderes. La revolución francesa, fecunda en retórica, la elevó a la categoría de dogma constitucional y la difundió por todo el siglo XIX. Así apareció, por ejemplo, en los artículos 15, 16 y 17 de la Constitución española de 1812” (Pereira Menaut, 2016, p. 233).

CONSTITUCIÓN FRANCESA 1791	CONSTITUCIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA 1787
TÍTULO III: LOS PODERES PÚBLICOS Artículo Primero. - La Soberanía es una, indivisible, inalienable e imprescriptible. Pertenece a la Nación; ninguna sección del pueblo ni ningún individuo puede atribuirse su ejercicio. [...] 3. El Poder legislativo se delega en una Asamblea Nacional compuesta por representantes temporales, libremente elegidos por el pueblo, para ser ejercido por ella, con la sanción del Rey, de la manera que después se determinará. 4. El gobierno es monárquico: el Poder ejecutivo se delega en el Rey, para ser ejercido bajo su autoridad por los ministros y otros agentes responsables, de la manera que después se determinará. 5. El Poder judicial se delega en los jueces elegidos de tiempo en tiempo por el pueblo.	ARTÍCULO UNO Primera Sección. Todos los poderes legislativos otorgados en la presente Constitución corresponderán a un Congreso de los Estados Unidos, que se compondrá de un Senado y una Cámara de Representantes. ARTÍCULO DOS Primera Sección 1. Se deposita el poder ejecutivo en un Presidente de los Estados Unidos. Desempeñara su encargo durante un término de cuatro años y, juntamente con el Vicepresidente designado para el mismo período [...]. ARTÍCULO TRES Primera Sección 1. Se depositará el poder judicial de los Estados Unidos en un Tribunal Supremo y en los tribunales inferiores que el Congreso instituya y establezca en lo sucesivo. [...].

Tabla N°. 1 – Separación de poderes en la Constitución de Francia (1791) y de Estados Unidos de América (1787).
Fuente: Creación propia.

De suerte que el Poder Público se canalizó a través de actuaciones separadas y previamente establecidas que ejercerán los diferentes órganos que conformarán el Estado; todo ello en un presunto equilibrio armónico que garantizara la igualdad entre los sujetos que estuviesen sometidos al poder estatal. Dicha situación explica la razón por la cual la idea de democracia, como herramienta, tomó fuerza: al final, esta herramienta permitía que, con autonomía e independencia, la

sociedad fijara su propio destino¹⁸.

Bajo esta lógica, el Estado de Derecho se fundó como una construcción basada en la desconfianza frente al exceso y concentración del poder, y en la relevancia de la ley como expresión de la voluntad popular y reflejo democrático (Fuentes, 2018, pp. 55 y ss.). Por consiguiente, se promovió una equivalencia entre legitimidad y legalidad¹⁹, donde el imperio de

¹⁸ Sin duda, esto implicará un reconocimiento de la autodeterminación y el ejercicio de la soberanía estatal, que se vincula con la observación kantiana sobre la mayoría de edad que había alcanzado la humanidad. Cfr. (Kant, 2015; p. 1).

¹⁹ “La forma de legitimidad hoy más corriente es la creencia en la legalidad: la obediencia a preceptos jurídicos positivos estatuidos según el procedimiento usual y formalmente correctos”. (Weber, 2002, p. 29).

la ley²⁰ implicó también que la potestad creativa del derecho, de forma exclusiva, era del órgano legislativo²¹.

Por este motivo, el sistema de fuentes²² quedaría del siguiente modo:

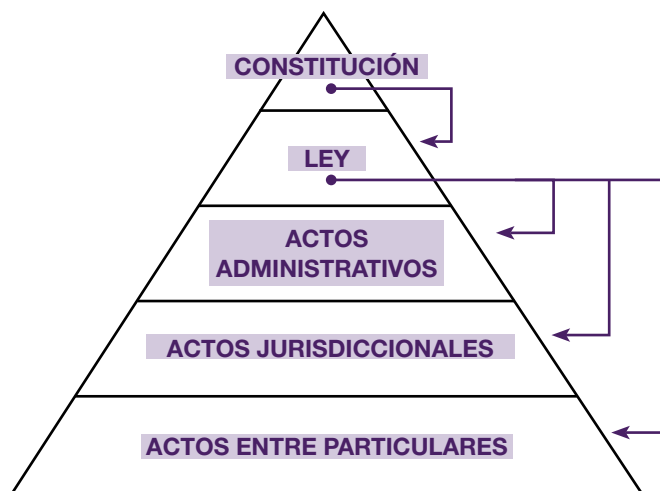


Figura No. 3. – Modelo normativo de “Primacía de la Ley”²³.

Como manifiesta el profesor Francisco Laporta, este modelo se construye bajo la percepción de que:

Durante un largo periodo se supuso que era el peldaño más importante en términos normativos porque la Constitución no tenía una fuerza vinculante inmediata, sino que, se decía, era meramente programática. Aunque su evocación como símbolo podía ser muy

profunda en muchas circunstancias históricas, su vinculatoriedad, o como se dice entre nosotros desde la obra de García de Enterría, su calidad de «norma jurídica» no existía plenamente. La ley era la norma jurídica vinculante por excelencia y, dadas las débiles características normativas de la Constitución, era la norma de superior jerarquía (199, p. 321).

²⁰ “La expresión cuenta con locuciones equivalentes en nuestro vocabulario jurídico, como la de principio de juridicidad o principio de legalidad. Asimismo, está presente en el léxico de otros idiomas y tradiciones jurídicas (*Rule of Law*, *Rechtsstaat*, *Principe de légalité*); expresiones estas que, igualmente, pueden hacer referencia a distintas formas de relación entre el poder y el Derecho. [...]. Pero no es su carácter histórico el único ni principal motivo de la multiplicidad de sentidos que encierra la expresión. En realidad, la pluralidad de sentidos obedece a que “*el significado de imperio de la ley es también fiduciario de las diferentes concepciones del Derecho*”. (Marcilla Córdoba, 2013–2014, p. 178).

²¹ “La primacía de la ley señalaba así la derrota de las tradiciones jurídicas del Absolutismo y del Ancien Régime. El Estado de derecho y el principio de legalidad suponían la reducción del derecho a la ley y la exclusión, o por lo menos la sumisión a la ley, de todas las demás fuentes del derecho”. (Zagrebelsky, 2003, p. 24).

²² “[...] una distinción entre fuentes formales y fuentes materiales del Derecho, debería estructurarse sobre la base de los significados jurídicos habituales de ambas expresiones. De ser así, debería concluirse que fuentes formales son las que crean Derecho como producto de la voluntad humana dirigida por la razón. Son fuentes formales las normas en general, entendiendo por tales la Constitución, la ley, las manifestaciones de la potestad reglamentaria, la jurisprudencia y la costumbre. Por su parte fuentes materiales serían aquellas en que el hombre descubre el Derecho a través de la razón. Pertenecen a esta categoría de fuentes la equidad y los principios jurídicos. Si se sigue a Lon Fuller, puede decirse que estas fuentes materiales son elementos implícitos o inherentes a la creación jurídica, y están conformadas por “las exigencias morales y la equidad”. (Martínez Estay, 2009, p. 348).

²³ El profesor Tulio Elí Chinchilla Herrera, presenta la gráfica señalada con el nombre de Modelo Kelseniano. Si bien comparto sus apreciaciones discrepo del nombre empleado. El texto de referencia es: (Chinchilla Herrera, 1991).

Es así que se puede entender el papel limitado de los jueces en el ámbito europeo²⁴.

No obstante, la definición formalista de ley, derivada de su ubicación dentro del ordenamiento jurídico, contrastaba con el ejercicio teórico y práctico de la misma; de allí que se tuviese como referencia mínima para identificar a la ley dos (02) posturas: aquella que se vincula con el contenido que deberá desarrollar dicha norma (la libertad y la propiedad) y la que establece los elementos de estructura o técnica de redacción (generalidad y abstracción) (Cfr. Rubio Llorente, 1993). Justamente, la primera de ellas se organizaría desde la literalidad de los artículos 4 y 17 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, mientras la segunda se sustentaba en la pretensión o finalidad que debía cumplir la legislación²⁵.

Aspectos como estos, provocaron una dispersión de la conceptualización de la ley que, acompañada de las variaciones propias de los contextos, generaron un debilitamiento normativo de la idea de primacía. Esto desencadenaría su reformulación como fuente normativa y una exaltación de la norma constitucional.

Dicho cambio impulsó para que la Constitución fuese tanto la norma suprema, en sentido político, como supralegal, como experiencia jurídica²⁶. Ciertamente,

El período que sigue a la Primera Guerra Mundial se caracteriza, de un lado, por una crítica al Estado legal de Derecho cuyo formalismo le convierte, según sus críticos, en un defensor del orden y del sistema de intereses establecidos, de donde surge la denominación Estado burgués de Derecho y frente al que se postula un Estado de Derecho de contenido social. Y, de otro lado, se abre paso a la tendencia de la consideración de la Constitución como una norma verdaderamente jurídica y que, por consiguiente, ha de estar dotada de las debidas garantías jurisdiccionales, pues, un Derecho cuya validez no pueda postularse ante los tribunales no es un verdadero Derecho. Resultado Institucional de este criterio es el establecimiento de tribunales constitucionales, primero en Austria y, más tarde, en Checoslovaquia y España.

Pero es sobre todo después de la Segunda Guerra Mundial cuando tales tribunales se establecen en varios países europeos y con ello se consolida lo que podemos denominar Estado constitucional de Derecho [...] (García Pelayo, 1988-1989, pp. 12-13).

²⁴ “El carente valor normativo de la Constitución fue avalada por la práctica judicial europea, la cual no admitía que una carta magna fuese invocada en los tribunales judiciales y menos todavía como la fuente de validez de las leyes, circunscribiendo su significado a la titularidad de la soberanía y organización de los poderes del Estado. No existiendo más normas que las leyes y los reglamentos, punto de partida del ordenamiento jurídico, siendo los procesos de codificación los responsables de sistematizar las regulaciones para el funcionamiento de la sociedad en su conjunto” (Hakansson Nieto, 2009, p. 417).

²⁵ Véase una presentación sobre dichas proposiciones en, por ejemplo: (Jesch, 1978; pp. 13 y ss.).

²⁶ “Es cierto que el término “supremacía” se ha utilizado siempre como sinónimo del de “supralegalidad”, pero nos parece conveniente (como al principio de este trabajo se apuntó) intentar diferenciarlos, atribuyéndoles significado distinto. [...] La supremacía podría ser entendida como una cualidad política de toda Constitución, en cuanto que esta es siempre (al margen de cualquier consideración ideológica) un conjunto de reglas, para la perpetuación de la forma política. La supralegalidad no es más que la garantía jurídica de la supremacía y, en tal sentido, toda Constitución (en sentido lato) tiene vocación de transformar la supremacía en supralegalidad”. (Aragón Reyes, 1986, p. 22).

Estos escenarios originaron la alteración del sistema de fuentes, moldeando nuevas racionalidades para el ordenamiento jurídico. Dichas modificaciones afectarían

la relación *inter orgánica* del Estado, las cuales, ahora, se basarán en un modelo de “Constitución como Primera Norma Jurídica”, resumido gráficamente así:

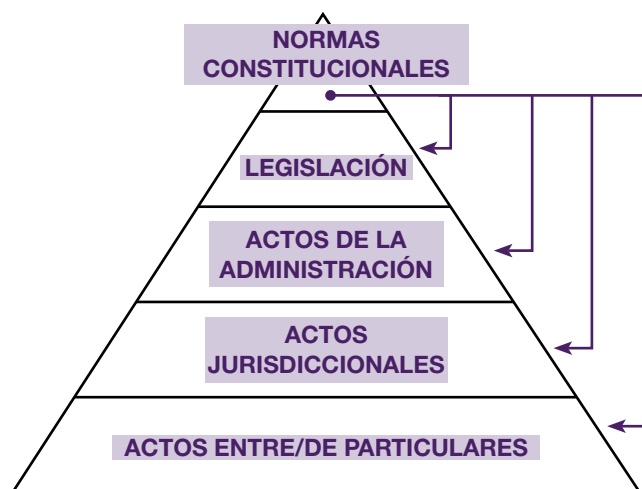


Figura No. 4. – Modelo normativo de “Constitución como Primera Norma Jurídica”.
Fuente: Creación propia²⁷.

Esta nueva fórmula implicó el paso de un Legislador racional, *único, imperecedero, consciente, omnisciente y operativo* (Nino, 2001, pp. 328-330), a una reivindicación del Poder Constituyente Originario y de los jueces como ejecutores de la garantía e integridad de la Constitución. De tal forma, la justiciabilidad de la obra del Constituyente se vuelve prioridad en un Estado de Derecho de índole Constitucional, y

de los medios técnicos que tienen como fin asegurar el ejercicio regular de las funciones estatales. Estas funciones tienen en sí mismas un carácter jurídico: constituyen actos jurídicos. Son actos de creación de Derecho, esto es, de normas jurídicas o actos de ejecución del Derecho creado, es decir, de normas jurídicas vigentes (Kelsen, 2011, p. 254).

La garantía jurisdiccional de la Constitución —la justicia constitucional— es un elemento del sistema

El cambio sufrido permitió que se hablase de una visión *neoconstitucionalista*, en contraposición al *constitucionalismo clásico o decimonónico*²⁸, “para

²⁷ “Si bien la nominación del modelo parte de la propuesta del profesor Tulio Elí Chinchilla Herrera, se distancia al diagrama que dicho autor expone en su texto: (Chinchilla Herrera, 1991). Cfr. (Fuentes, 2017-A).

²⁸ Con todo, debe manifestarse el constitucionalismo puede contar con diversas nociones ajenas a esa división propuesta. Una de ellas es la que ve al “constitucionalismo” como un género, allí, por ejemplo, estaría la definición realizada por el profesor Carlos Bernal Pulido, quién menciona: “El “constitucionalismo” es una doctrina en cuyo núcleo se encuentra dos tesis: una conceptual y una normativa. Ambas se relacionan con la idea de limitar el ejercicio del poder político por medio del derecho, con el fin de proteger los derechos individuales. La afirmación conceptual describe una forma de gobierno que se crea, estructura y limita por medio de un conjunto de normas jurídicas enmarcadas o fundamentadas en una constitución. Por su parte, la tesis normativa proclama que el ejercicio del poder político debe estar limitado por esas normas jurídicas y que las autoridades políticas deben respetar tales limitaciones”. (2019, pp. 226-227). Ver, sobre el tema, entre otros: (Sajo and Uitz (Eds.), 2010; Alexander, 2001; Waluchow, 2018; Guastini, 2002; Carbonell (Ed.), 2003; Carbonell y Jaramillo (Eds.), 2010; Chiassoni, 2011; Tans, 2002; Rosenbaum (Ed.), 1988; Ming-Sung, 2010; King, 1999; Waluchow and Stevens, 2016; Vermeule, 2007; Ortega Santiago, 2008; Comanducci, 2011; Atienza, 2011; Ferrajoli, 2011).

referirse al modelo que surgió en el siglo XVIII, se perfeccionó en el siglo XIX y llegó al siglo XX, basado en documentos escritos, Constituciones, finalizadas a la limitación del poder político, que para aludir al sentido amplio de gobierno del Derecho” (Durán Martínez, 2009, p. 388).

Dicha tendencia, observa fundamentalmente a la Constitución como ejercicio de la soberanía y de la propia autodeterminación: “Justamente, el Estado como

Estado Constitucional, restringe el poder supranacional a su capacidad signataria y al planteamiento de políticas públicas internas, de buena fe, para que los preceptos internacionales fueran objetos reales de aplicación” (Fuentes, 2017, p. 562).

Con todo, lo cierto es que el neoconstitucionalismo era, igualmente, solo un género; el cual, derivado de los procesos de recepción y trasplante jurídico²⁹, se han concebido las siguientes experiencias específicas:

NEOCONSTITUCIONALISMOS	
VERSIONES	DESCRIPCIÓN
Neoconstitucionalismo	Se vincula con las orientaciones fortalecidas en países como Europa Mediterránea, como España, Portugal e Italia, y en Latinoamérica, como en Brasil y Argentina. En esta visión existe una noción de Constitución “justiciable”, es decir, que en la Constitución yace una pretensión de optimización mediante las labores de interpretación y aplicación normativa; por ello, se resaltan los principios fundantes y que estructuran del orden constitucional, el cual es abierto. En consecuencia, se logra constitucionalizar el ordenamiento jurídico. En esta visión, hay una idea de universalizar, a través de los derechos humanos, a los órdenes democráticos. De tal modo, se derrumban modelos de interpretación clásicos de la ley (como los propuestos por la exégesis) y se robustecen teorías políticas de la justicia, del republicanismo, las posturas críticas y las de integración normativa, desde lo armónico.
Constitucionalismo Societario	Procura expulsar, de cierto modo, la política de las experiencias constitucionales, a partir de una postura que se puede generar un constitucionalismo global, de índole social, pero con un carácter policéntrico. De tal modo, no se busca ni se concibe, necesariamente, la existencia de una Constitución única global, sino múltiples de ellas de carácter parcial y como “Constituciones civiles”, sin política o fuera de la política. Así que se da el fortalecimiento de esquemas organizativos de naturaleza global, como, por ejemplo, la OMS, OMC, OIT, entre otros. Así, se formulan Constituciones jurídicamente vinculantes en el plano global, bajo marcos regulatorios, donde su fuente del derecho principal es el “contrato” entre actores del Derecho Internacional. Esto termina eliminando la idea del pueblo como Poder Constituyente.

²⁹ Véase sobre el tema: (Fuentes, 2010, pp. 63 y ss.). Asimismo, sobre los “trasplantes” e “injertos” constitucionales y su relación con el nuevo constitucionalismo latinoamericano puede observarse en: (Gargarella y Courtis, 2009). Conjunto a ellos, sobre el trasplante jurídico véase, asimismo, a: (Monateri, 2006, pp. 95-216; Bonilla, 2009; López Medina, 2004).

Transconstitucionalismo	Con cierta semejanza al “Constitucionalismo Societario” en lo que se refiere a la globalización, se centra en una óptica de procesos jurídicos transnacionales, donde se estructuran procesos dinámicos de creación, modificación, interpretación y aplicación de normas jurídicas internacionales, con el fin de expandir, entre los diferentes actores (gobiernos nacionales, organismos internacionales, empresas multinacionales, organizaciones no gubernamentales, individuos) una idea de transición o generación de puentes entre las diferentes normas constitucionales, es decir, fomentando aquello que se ha conocido como diálogo constitucional y entre Constituciones. Dicha propuesta de interconexión entre los diferentes sistemas jurídicos (nacionales, internacionales, transnacionales, supranacionales, locales), da énfasis a la labor de los jueces como conocedores y creadores del Derecho.
Nuevo Constitucionalismo	Suele explicarse a partir del texto de Stephen Elkin e Karol Soltan, llamado “A New Constitutionalism designing Political Institution for a Good Society” (1993), donde se vigoriza la intención de generar un empeño, una articulación de las Instituciones Públicas en favor de la creación de una sociedad conjunta, incluyente y “buena”. En esta versión no existe un vínculo directo la labor judicial, sino modula una propuesta de nuevas lecturas de los programas políticos, sociales y económicos, que respondan ante la crisis de los principios democráticos y representativos. Por consiguiente, se formalizan nuevos derechos y deberes ciudadanos, con un carácter comunitario.
Constitucionalismo Multinivel	En esta interpretación, se piensa un concepto postnacional de la Constitución, y se presentan como una introducción a la generación de un Estado compuesto, donde el proceso de construcción de la “unión”, está conducido por el interés del bienestar de la ciudadanía. En este sentido, buscará estrechar las relaciones entre las Constituciones de los Estados miembros y se van configurando como equivalentes y/o semejantes, pero no necesariamente iguales. Por tanto, la “unión” no es organizativa del todo, sino para la expansión de los derechos de la ciudadanía. Dicha visión ha ayudado a fundamentar el proceso de la Unión Europea.
Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano	Suele remontarse, como experiencia inicial, a los procesos surtidos en Brasil (1988) y Colombia (1991), y que cobraron impulso después en países como Venezuela, Ecuador y Bolivia. Se categoriza, además, como un constitucionalismo sin padres, pero que intervienen en su formación actores constituyentes como movimientos campesinos, indígenas, afrodescendientes, organizaciones de mujeres y feministas, sindicatos, organizaciones de derechos humanos, desmovilizados, entre otros. Dicha participación forzó la inclusión de nuevos aspectos a la política constitucional y al texto delimitante. Por consiguiente, se exige que las Constituciones nazcan de una Asamblea Constituyente democrática, la cual, al final, proporciona que las Constituciones sean normas fundamentales y fundantes. Conjuntamente, estas obras constituyentes suelen configurarse como textos extensos que reconocen valores, principios y derechos humanos y que, incluso, pueden ser ampliados bajo la conexión con el ámbito internacional. Asimismo, reconocen la pluriculturalidad y procuran la inclusión cosmovisiones ancestrales. En ese ámbito, también, vincula a los jueces para lograr la eficacia constitucional.

Pluralismo constitucional	Se basa en la visión de una acomodación “heterárquica”. En otras palabras, se acepta que existen diferentes niveles jurídicos, que se fraccionan y relacionan autoridades compartidas; con lo cual se abandona una visión de ordenación meramente jerárquica homogénea. Por ende, los conflictos normativos y entre autoridades se sistematizan, en la mayoría de los casos, desde la cooperación y el reconocimiento mutuo. Así pues, el asunto de la soberanía ya no es excluyente, más bien distribuido. Consecuentemente, y con similitudes con el constitucionalismo multinivel, se promueve el diálogo judicial como acción e interacción en busca de la efectividad de los derechos humanos. Será vital, por esto, que no se indague sobre que norma es superior entre las nacionales e internacionales, sino cual garantiza y protege, desde lo interpretativo y la libertad-social, los derechos de las personas.
<i>Ius commune constitucional latinoamericano actual</i>	Ostenta como centralidad los derechos. Por eso, se aprovecha de fórmulas abiertas e indeterminadas con el objeto de poder abarcar, de una manera plural y multicultural, la diversidad de interpretaciones frente a las subjetividades que se encuentran reguladas en los Estados. Por consiguiente, los derechos deben convertirse en herramientas plenamente operativas, aplicables y ajenas a la pretensión programática, con la idea de protección de la dignidad de las personas; pues procura configurar una teoría no solo general, sino práctica donde los Estados están en pro de los derechos y la inclusión. Así las cosas, se fundan nuevos contornos que se orientaran desde una identidad transformadora de las visiones tradicionales para favorecer una amalgama dogmática de los derechos, donde se unen los derechos nacionales e internacional, y plantean un modelo aspiracional que construya una historia y cultura jurídica conjunta, proveniente de los acuerdos ya alcanzados. De este modo, esta versión es una metodología interpretativa que se fundamenta en los textos constitucionales, muchas veces, creados en la lógica del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano.

Tabla No. 4 – Versiones del Nuevo Constitucionalismo o Neoconstitucionalismo³⁰.

Las variaciones expuestas sobrepasaron proyectos nacionales y ejercieron una mutación propia que se encryptó en propuestas puntuales, las cuales pueden ser focalizadas en una percepción de una metamorfosis del Estado Constitucional de Derecho, como será presentado a continuación.

³⁰ Para la construcción del cuadro se empleó la propuesta contenida en: (Gomes Canotilho, 2010). A dicha propuesta se le integraron elementos a partir de: (Sosa Sacio, 2012; Villabella Armengol, 2010; Uprimny, 2011; Martínez Dalmau, 2008; Gargarella, 2013; Ramírez-Nárdiz, 2016; Elkin, e Soltan, 1993; Caballero-Lois y Pinto-Bastos, 2018; Martínez de Bringas, 2017; Acosta Alvarado y Huertas Cárdenas, 2017; Acosta Alvarado, 2014; Acosta Alvarado, 2016; Rivas-Ramírez, 2018; Neves, 2009; Neves, 2010; Peters, 2018; Alterio, 2018; Bogdandy, Morales Antoniazzi y Ferrer Mac-Gregor (Coords.), 2017; Bogdandy, 2015; Bogdandy, 2016; García Jaramillo, 2016; Urueña, 2018; Fuentes, 2018; Sotillo Antezana, 2015).

3. Parámetros (iniciales) del Estado convencional de Derecho

De acuerdo a lo señalado, se puede advertir que los neoconstitucionalismos buscaron dar una respuesta a realidades desde la aceptación, mínimamente implícita, del decaimiento de los Estados Nacionales – o por lo menos, como habían sido concebidos –. De cierta forma, ese entorno provocó que los Estados tuviesen que validar:

El vínculo existente entre el derecho nacional y del derecho internacional;

Los puntos de encuentros formulados, no necesariamente pacíficos, por las comunidades alrededor de la noción de los derechos humanos, como bienes universales;

El fortalecimiento de las articulaciones *intra e inter* estatales, bajo la generación de políticas públicas que garanticen una visión de sociedad abierta.

En esta órbita, los Estados sufrieron mutaciones mediadas por la capacidad constitucional de adaptarse a esas nuevas realidades: Efectivamente, la capacidad de las Constituciones de resistir a las reformas constitucionales y/o a los cambios informales, marcaron el procedimiento de responder al contexto global, lo que llevó, en muchos casos, no solo que se sustituyeran las obras constituyentes (Ecuador, Venezuela y Bolivia), sino también que se hicieran reforma de los contenidos existentes (Argentina) y/o se integrarán nuevos elementos a los preceptos constitucionales ya existentes (Colombia), a través de la interpretación.

Precisamente, en “un mundo en transformación cambian también los temas constitucionales”, y, por esa razón, entre más rígida la Constitución o con mayor capacidad de resistencia a las reformas formales,

tanto más la ciencia y la práctica complementan los textos escritos mediante reglas no escritas, lo que puede ser motivo, más tarde, para que otros constituyentes, próximo o lejanos, traduzcan su “quintaesencia” en nuevos textos, y la teoría constitucional pueda acompañar estos procesos, descubrir sus interrelaciones e incluso forzarlas (de manera limitada) (Häberle, 2001, p. 7)³¹.

Estos fenómenos que podemos agrupar en el concepto de mutación constitucional³², se vieron fortalecidos en un ambiente de utopía suscitado por los neoconstitucionalismos. De hecho, la expresión latinoamericana se caracterizó por la elaboración de textos de carácter aspiracional³³, es decir, que no eran meramente descriptivos o preservadores, sino que buscaban fundar mapas o cartas de navegación para los poderes públicos. De allí, usando palabras Peter Häberle (2001), que se creen Constituciones como textos abiertos que se someten tanto principios y derechos aplicación inmediata y mediata, como valores y principios que se desarrollan partiendo de la esperanza, la progresividad y el legado intergeneracional. De manera que se logra que el Estado Constitucional se convierta en *ratio* y *emotio*, mientras las Constituciones se consagran como promesas vinculantes y condicionantes del devenir social.

³¹ En términos similares dirá Kelsen que: “[...] Incluso la más rígida de las Constituciones es “rígida” solamente con respecto al derecho estatuido, no con respecto al derecho consuetudinario. No hay ninguna posibilidad jurídica de evitar que una Constitución sea modificada por la costumbre, aun cuando tenga el carácter de derecho estatuido, es decir, aun cuando se de las llamadas “escritas””. (1995, p. 308).

³² Ver sobre el concepto, entre otros: (Albert, 2019; Rollnert, 2014; Dau-lin, 1998; Sánchez Urrutia, 2000; Sánchez González, 2007).

³³ “Usaré la expresión constitucionalismo aspiracional para referirme a la concepción que liga Constitución con progreso y que puede ser rastreada a partir de Rousseau y del movimiento jacobino en la Revolución francesa. Parar referirme a la concepción que asocia Constitución con protección del status quo usaré la expresión constitucionalismo preservador”. (García Villegas, 2005, p. 182). Asimismo: (García Villegas, 2013).

Esta de adaptación que tuvieron ciertas obras neoconstitucionales puede ser pensadas siguiendo dos (02) fórmulas complementarias: La primera, congruente con la potencialidad yacente en las llamadas las Constituciones Posbélicas³⁴, y, la segunda, derivada de la globalización como proceso y método de promoción de nexos más allá de las fronteras estatales.

Como resultado de este proceso, los jueces y tribunales constitucionales abandonaron –parcialmente–

su labor como meros legisladores negativos y ampararon posturas que legitimaban aquello que podrían llamarse como competencias no nominadas o innominadas de la jurisdicción constitucional³⁵. Estas competencias “se entrelazan con tres (03) tipos de funciones que se han ejercido de forma no uniforme y sin que para que ellas se presenten deba mediar un modelo de control determinado” (Fuentes, 2013, p. 282), y que pueden resumirse de la subsiguiente forma:

FUNCIONES INNOMINADAS DE LOS JUECES CONSTITUCIONALES		
TIPO DE FUNCIÓN	DESCRIPCIÓN	ACTIVIDAD
Dinámica	Las funciones que responden a una razón dinámica se insertan en la labor del juez constitucional como modulador entre el texto normativo constitucional y la realidad propia.	Integración, adición y sustitución normativa. Mutación y Ruptura constitucional.
Interacción	Los procesos catalogados como interacción vinculan un papel de los jueces constitucionales como: (a) armonizador de las circunstancias, normas y sistema internacional con el interno; pero, asimismo, (b) mediador con los demás poderes del poder público a la hora de la generación de políticas y normatividad de interés general.	Competencia de juez convencional. Integración y armonización de normas de índole internacionales. Orientación y formulación de políticas públicas. Exhortación normativa.
Asimilación	La labor de asimilación, puede ser observada como una tarea que busca, en primera medida, generar el reconocimiento, asimilación e interiorización de las normas constitucionales, es decir, la formulación de una pedagogía constitucional mediante el acceso a las decisiones y la comprensión de las mismas.	Modulador de la opinión pública, a través de la avocación al debate democrático. Generación de doctrina constitucional.

Tabla No. 5 – Funciones Innominadas de los Jueces Constitucionales³⁶.

³⁴ Haciendo referencia a los textos constitucionales aparecidos después de la segunda post-guerra mundial, que se han agrupado bajo la idea de tendencias neo-constitucionalistas Véase: (Comanducci, 2002).

³⁵ Dicha denominación se emplea debido a que no siempre implicaron una señalización explícita, pero fueron sustentadas, en sentido amplio, mediante los presupuestos del valor normativo de la Constitución y de los principios organizativos relacionados con la colaboración armónica de los poderes públicos.

³⁶ Para la construcción del cuadro se empleó la propuesta contenida en: (Fuentes, 2013).

Categorías como el *estado de cosas inconstitucional*, que ha sido empleado en países como Colombia, Perú y Argentina (Fuentes, Suárez y Rincón, 2012) y la implementación de versiones propias del *bloc de constitutionnalité* (Cfr. Fuentes, 2010; Favoreu, Rubio Llorente, y Pérez Royo, 1991)³⁷, son ejemplos, palpables de estas nuevas peculiaridades.

En ese sentido, cierto es que, pese a no ser un privilegio excluyente del contexto latinoamericano, la redacción de los textos posbélicos dio cabida a fórmulas no necesariamente contempladas en una interpretación originaria. De hecho, si se piensa, por ejemplo, en el *bloque de constitucionalidad*, ni la forma ni los motivos para su inclusión fueron idénticos: A pesar de que algunas Constituciones de América contaban al igual que en Francia con la herramienta de remisiones constitucionales (sin que venga al caso las posibles diferencias en materia de precisión), no todos los países que acogieron el uso de la expresión tenían características similares a las francesas³⁸; además, en algunos casos, como en Perú y Uruguay, su uso fue con la cláusula *numerus apertus*, que es más una disposición de competencia que de remisión; esto sin contar que la construcción y uso directo del bloque de constitucionalidad, en contraste con Francia, no fue desde la teorización de una práctica judicial por la doctrina, sino por la propia jurisprudencia, leyes e, incluso, por la Constitución, como pasa en Bolivia.

Así, el Estado Constitucional, sobre todo en Latinoamérica, fue asumiendo, imperceptiblemente si se quiere, su rol facilitador respecto al nuevo contexto global. En conjunto, esto significó el cambio de la lógica constitucional hermética para poder abrir espacio a procesos de integración que aboguen por la ciudadanía y la garantía de sus derechos más allá de las fronteras

tradicionales. En otras palabras, replantear el concepto clásico de soberanía y monopolio jurídico.

Es, en esa medida, que las Constituciones, como a. regulaciones jurídicas supremas que se preocuparon por una ingeniería constitucional en favor del control constitucional³⁹, y que fueron b. beneficiadas por la universalización de la idea de “Constitución”, sufrirían con posterioridad de la caída del Muro de Berlín una nueva adaptación: Dicha adaptación implicó, en el caso latinoamericano, que países como Argentina, Brasil, Colombia, Perú, entre otros, (Cfr. Pereira Menaut, 2016) vieran en el modelo de Bonn (1949) y asumido por España, en 1978, un punto de partida para generar obras “caracterizadas por ser detalladas, por su perfección técnica, por sofisticaciones en el control de constitucionalidad (Brasil), sus derechos detallados y muchos, con recursos especiales para protegerlos (Colombia) y tribunales constitucionales (países del Este democratizados, Perú, Colombia y otros)” (Pereira Menaut, 2016, p. 73).

Sin duda, estas creaciones constitucionales afianzaron espacios de creación más allá del propio Legislador y formularon herramientas de la llamada apertura o articulación constitucional, que no solo dieron un carácter expansivo a la Constitución, sino que se “fueron sobrepasando los proyectos identitarios nacionales para ejercer, con fuerza, la idea de procesos homogéneos con un carácter internacional y multicultural” (Fuentes, 2017, p. 562); de allí que se

integraron en sus contenidos diversidad de cláusulas y modalidades que aseguraban que la obra constitucional no se encontraba plenamente codificada, es decir, distinguían estructuras que refrendaba que las normas constitucionales son

³⁷ Cfr. (Astudillo, 2014, Carpio Marcos, 2004, 2005; Gómez Fernández, 2006; Manili, 2005; Olano García, 2005; Rey Cantor, 2006; Uprimny, 2007, 2008; Vergara Cortés, 2000; Nogueira Alcalá, 2015; Suel-Cock, 2016; Rodríguez Manzo, Arjona Estévez y Fajardo Morales, 2013; Góngora Mera, 2016; Estrada Vélez, 2007; Núñez Donald, 2015).

³⁸ Hay que recordar que las obras constituyentes latinoamericanas, a diferencia del texto de Francia de 1958, si se caracterizan por tener un amplio catálogo dogmático.

³⁹ Como lo menciona el profesor Luigi Ferrajoli, que el Estado de Derecho se venía sustentado por dos paradigmas: “*el modelo paleo-iuspositivista del estado legislativo de derecho (o estado legal), que surge con el nacimiento del estado moderno como monopolio de la producción jurídica, y el modelo neo-iuspositivista del estado constitucional de derecho (o estado constitucional), producto, a su vez, de la difusión en Europa, tras la segunda guerra mundial, de las constituciones rígidas y del control de constitucionalidad de las leyes ordinarias*” (2001).

aquellas que se encuentran dentro del libro titulado Constitución, solo que no son las únicas existentes a las que se les reconoce dicho rango y valor (Fuentes, 2017, pp. 568-569)⁴⁰.

Ahora, si se piensan a la Constitución como una disposición abierta y mutable dentro de su rigidez, y que requiere de las normas internacionales “y, desde luego, de equidad, principios jurídicos, decisiones judiciales, costumbre, etc.” (Martínez Estay, 2009, p. 355), nos podemos allanar respecto a que existen innovaciones al modelo previsto como Estado Constitucional de Derecho: si “El Estado de derecho constitucional supuso la ruptura de la sinonimia entre derecho y ley; por ende, el reconocimiento consiguiente a la Constitución como fuente del derecho, más aún, como el derecho más alto dentro de las fuentes del derecho” (Vigo, 2018, p. 384), entonces, tendríamos que el Estado Convencional concibe que las normas constitucionales no pueden estar reducidas a las contenidas en la Constitución, sino que más bien se requiere que se integren y articulen, también, con los tratados internacionales de derechos humanos, para apostar a la prevalencia de los derechos de las personas⁴¹ y de la dignidad humana como valor fundamental.

Consecuentemente, para alcanzar dichos fines sobrevinieron herramientas tales como el control de convencionalidad⁴² y la interpretación conforme; las cuales guiaron los trabajos para concordar los sistemas nacionales con los internacionales.

Con todo, esta concordancia no podría ser sometida al principio de jerarquía, sino de especificidad y competencias; lo que da una mayor preeminencia orgánica a los jueces convencionales⁴³.

Por supuesto, y ante una estructura de control difuso, cuando se habla de jueces convencionales se hace en plural debido a que pueden tener un carácter internacional, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, o los propios jueces nacionales en aplicación de la normativa convencional que conforma el *corpus iuris interamericano* (Cfr. Gómez Gamboa, 2015; Nogueira Alcalá, 2013). En ese sentido, se ha reconocido que

[...] dicho control también corresponde ejercerlo a los jueces y tribunales nacionales, los cuales de acuerdo al artículo 2 de la CADH deben adoptar a través “de las medidas... de otro carácter” que son, entre otras, las resoluciones jurisdiccionales, a través de las cuales debe cumplirse con el objeto de respetar y garantizar los derechos e impedir que el Estado incurra en responsabilidad internacional por violación de derechos humanos en virtud de sus propios actos jurisdiccionales (Nogueira Alcalá, 2012; p. 1172).

Por tanto, dichos jueces podrían tener una cierta equivalencia con los jueces constitucionales, siempre que el *corpus iuris interamericano* se observe como integrante del bloque de constitucionalidad –circunstancia que no siempre sucede–. En consecuencia, tendrían una función de creación y unificación normativa mediante el uso del precedente judicial⁴⁴: Exactamente, será el *precedente*, en esta formulación, un elemento fundamental en la comprensión de la relación de los Estados⁴⁵ y la consecución de la paz en el ámbito global.

Estas transformaciones implicaron no solo un cambio en la justiciabilidad de los derechos humanos, sino en su implementación –y por demás, la propia forma de enseñanza del Derecho–: En ocasión que, si bien ya no

⁴⁰ “La Constitución se exhibe como una norma abierta, por lo cual consiente la formación de un bloque de constitucionalidad con normas constitucionales no formalmente integradas a aquella, sino elevadas a rango constitucional a través de remisiones, textura abierta y la cláusula de derechos innominados, principalmente” (Fuentes, 2018, p. 222).

⁴¹ Ver: (Roldán Orozco, 2015).

⁴² Cfr. (Bazán, 2012, 2015; Rey Cantor, 2008; Santofimio Gamboa, 2017; Quinche Ramírez, 2009, 2009-A, 2014; Durango Álvarez y Garay Herazo, 2015, Olano, 2016).

⁴³ “El control de convencionalidad transita por dos senderos: uno *internacional* y el otro en las dimensiones *internas* de los Estados Partes del sistema interamericano” (Bazán, 2017, p. 15).

contamos con una labor meramente aplicativa como en el Estado Legal de Derecho, la interpretación se volvió, igualmente, insuficiente; por ende, se requirieron estrategias más amplias donde se entiendan el Derecho como un ejercicio de argumentación, es decir, donde se maximice la labor judicial como reflejo de la democracia

deliberativa⁴⁶ y no solo como aquel que encuentra el sentido previsto en el precepto normativo.

Este marco, nos lleva a describir la relación estatal entre las especies del Estado de Derecho, en lo jurídico, así:

MODALIDADES DEL ESTADO DE DERECHO			
MODELO ELEMENTO	LEGAL	CONSTITUCIONAL	CONVENCIONAL
Sistema de fuentes	Imperio de la Ley (principio de legalidad)	Prevalencia constitucional	Pro Persona
Valor fundamental	Seguridad jurídica	Constitución como norma jurídica	Dignidad humana
Fundamento de interpretación	Métodos de interpretación dando mayor peso a la literalidad de los preceptos legales.	Interpretación armónica	Interpretación conforme
Prevalencia Orgánica	Legislador Positivo	Legislador Negativo (Tribunales Constitucionales)	Jueces Convencionales (nacionales y/o internacionales)
Implementación y Educación Jurídica	Aplicación	Interpretación	Argumentación
Justiciabilidad de los DDHH	Trámite Ley	Inserción constitucional	Procesos de uniformidad

Tabla No. 5 – Modalidades del Estado de Derecho.
Fuente: Creación propia⁴⁷.

Con todo, debe aclararse que la implementación del modelo descrito no debe tomarse como extensivo ni que haya sido aceptado formalmente. Debido a lo anterior, es que existen razones jurídicas y fácticas que ponen en discusión su existencia, como se hará referencia en el acápite final del texto.

⁴⁴ Tal como anticipó Kelsen al elaborar su descripción sobre el papel de los jueces en la coexistencia de los Estados y, por demás, el sometimiento al derecho internacional: “Aunque la decisión de un tribunal internacional no constituya la aplicación estricta de una regla jurídica pre-existente, se supone que está fundada por lo menos en la idea del derecho, es decir, en una disposición que, si bien no es todavía derecho positivo, debe, de acuerdo con la convicción de los jueces independientes, convertirse en derecho y que en realidad se convierte en derecho positivo para el caso resuelto por la decisión judicial particular. Es el sometimiento al derecho, al derecho no como sistema de valores invariables, sino como un cuerpo de normas que cambian lenta y constantemente, lo que no es incompatible con el principio de igualdad de soberanía, ya que es únicamente este derecho el que garantiza la coexistencia de los Estados como comunidades soberanas e iguales”. (Kelsen, 2003, p. 74). Véase, asimismo: (Montoya Brand, 2010).

⁴⁵ “Si no hay regla jurídica alguna que le otorgue a una decisión judicial el carácter de precedente obligatorio, existe la probabilidad de que esta decisión sea seguida por otras decisiones bajo la condición de que se reconozca como un ejemplo valioso para la decisión de casos similares ulteriores, esta condición es usualmente formulada bajo la afirmación de que una decisión judicial se volverá precedente solo si la nueva regla que incorpora es considerada, en líneas generales, justa”. (Kelsen, 2017, p. 21).

⁴⁶ Ver, entre otros: (Gargarella, 2006; Bohman, 2016; Castillo Castillo, 2014; Blanco Cortina, 2016; Gama, 2019).

⁴⁷ Basado en los desarrollos preliminares en: (Fuentes, 2017).

4. Frente a las críticas del modelo⁴⁸

Las especificaciones realizadas nos llevan a un último punto de discusión: las posturas críticas que se surten frente al Estado Convencional de Derecho. Estas posiciones pueden centrarse, mínimo, en dos (02) esferas: por un lado, la conexas a los límites fácticos, y, por el otro, los que acotan que no existe una diferencia con el Estado Constitucional.

Respecto a las críticas fácticas, estas se exponen bajo un presupuesto de recelo y suspicacia en lo referido a si Latinoamérica si ha contado con un Estado Constitucional de Derecho, y es que, como bien lo narra el profesor Pereira Menaut, estos países “coexisten con unos derechos y libertades manifiestamente mejorables; ejecutivos muy poderosos, débiles parlamentos, judicaturas débiles, mal pagadas y no siempre inamovibles; sociedades civiles pobres, anestesiadas y muy permeables a la influencia gubernamental” (2016, pp. 73-74); características que hacen difícil una configuración estatal que se someta al Derecho, y, en específico, a la Constitución.

Con ello se comprende que se indique una negativa a la existencia real de modelos de organización política, incluso, como el Estado Constitucional. Además, si se utiliza un sentimiento renuente hacia marcos globalizados, por antecedentes como la colonización, se congrega un escepticismo frente a una forma donde hay presunta prevalencia de la normativa internacional.

No obstante, el mismo profesor Pereira Menaut nos recuerda que dichas observaciones no son ajenas y

se dan, en menor grado, en las pocas democracias con gran tradición que hay en el mundo. Tampoco ellas están en su edad de oro (si es que alguna vez han estado); también en ellas crecen los poderes y retroceden las libertades; también en ellas los parlamentos son, casi sin excepción, más débiles que hace cien años, y la división de poderes se resiente (p. 74).

Si bien dichas ocurrencias no dan contestación directa a la crítica, por lo menos, ponen de presente que la aspiración de que cohabite una identidad entre la práctica y los ideales no es distintiva del espacio latinoamericano. Por ende, no puede tomarse que los conceptos y teorizaciones sean homogéneas y uniformes, como tampoco lo serían los modelos. Justamente, ello provoca que las propuestas tengan que verse en relación con procesos de adaptación a sus entornos como estaría pasando en el ámbito de América Latina.

Conjunto a ello, debe tenerse presente que la aspiración de identidad entre el modelo ideal y la práctica, por demás, no puede hacer caso omiso a las innovaciones propias que tiene el Derecho. Desde luego, los procesos de trasplante jurídico implican, con normalidad, metamorfosis de aquello que será objeto de trasplante, producido por los ámbitos culturales que le anteceden.

Por este motivo, debe advertirse, frente a este grupo de críticas, que los planteamientos que suelen hacerse en los desarrollos estatales comprenden configuraciones inductivas y con complejidades en su generalización. En ese sentido, los modelos que se propagan o se admiten como parte de un estudio no siempre toman circunstancias totalizadas, es decir, se elaboran con muestras seleccionadas que no logran a ser plenamente extensibles para una generalización, so pena de incurrir en imprecisiones. Dicha afirmación puede ser sustentada, como se había advertido, verbi gracia, en el uso como sinónimos, muchas veces, de las categorías *imperio de la ley*, Estado de Derecho y *rule of law*.

En un sentido similar de diferenciación y valor agregado, deberían ser tratadas las posturas y obras constitucionales históricas del continente, en razón que buena parte de los países cuenta con una historia amplia de experiencias constitucionales, e, incluso, habiendo

provocado paradigmas como la inclusión de la acción pública de inconstitucionalidad en 1904 (Cfr. Mendieta González, 2010; Malagón Pinzón, 2007).

Por su parte, respecto a las observaciones que preguntan sobre ¿qué cambios podría traer la aceptación del modelo frente a las aplicaciones que se vienen haciendo del bloque de constitucionalidad?, hay que aclarar, en primera instancia, que no existe en el contexto latinoamericano un parámetro homogéneo sobre la aplicación de herramienta del bloque de constitucionalidad: Así, si se compara, inclusive, las creaciones latinoamericanas con las modulaciones europeas no son idénticas. Efectivamente, la categoría ha servido para introducir en el mismo rango de la Constitución a derecho histórico, como en Francia, y ciertas obras de las Comunidades Autónomas, como en España; en tanto que, en el ámbito americano, a pesar de lo extendido del elemento y su uso, su producción constitucional difiere: Por ejemplo, en Argentina se formula un listado preciso constitucional y procedimiento en su inclusión, en Bolivia se integra la expresión textualmente en la obra constituyente y su conformación, en Colombia hay dos (02) sentidos diferentes de esta categoría y una de ellas integra normas no internacionales, y en Chile se estructura mediante una cláusula vinculada a la soberanía y al reconocimiento de la naturaleza humana.

De este modo, el bloque de constitucionalidad puede ser una herramienta útil, pero no suficiente. Evidentemente, esta herramienta puede integrar medidas interpretativas, de argumentación y de conexión, sin embargo, no por ello se desarrolla un proceso plenamente diferencial. Así pues, si bien puede ser una herramienta del Estado Constitucional, en el Estado Convencional tiene otra relevancia, tal como pasó con la ley y la propia Constitución, en su momento.

De manera que, se logra pensar que en un Estado Constitucional el bloque de constitucionalidad refleja una relación de jerarquía, lo que provoca que la Constitución siga siendo la norma primigenia, fundamente y único parámetro de funcionamiento estatal; entre tanto, en el Estado Convencional esta misma categoría comprenderá un espacio más extenso, donde la Constitución se completa con normas no denominadas formalmente como tales y que incluso pueden estar por fuera del texto constitucional, pero que amplían el margen de noción y protección de los derechos humanos.

En atención a ello, y para finalizar, se entiende que este cambio del uso del bloque de constitucionalidad trae consigo resistencias por el aparente riesgo en el que queda el concepto de soberanía y lo excesivo que podría ser el papel judicial. No obstante, a que dicha valoración puede ser considerada como pertinente, debe comprenderse que la labor judicial deberá garantizar los límites propios de la autodeterminación que tienen los Estados y principios como el de subsidiaridad y complementariedad de los sistemas internacionales; por lo cual, como afirmaba ya Kelsen, “es una ilusión creer que las reglas jurídicas pueden derivarse de un concepto como el de la soberanía. [...] las reglas jurídicas que constituyen la llamada igualdad de los Estados son válidas no porque los Estados sean soberanos, sino porque esas reglas son normas de derecho internacional positivo” (2003, p. 66), y esa positividad deberá estar involucrada con la posibilidad de que los Estados validen y reconozcan las normas que lo rigen, tanto en lo nacional como en lo internacional.

Será de allí donde se razona la existencia de un Estado Convencional que se inclina a la protección de los derechos humanos, como fin último, y en ejercicio de la autodeterminación estatal de conformar una versión disímil de la comunidad internacional.

Conclusiones

Es cierto que, a hoy, no es posible hablar de un Estado Global⁴⁹. Empero, una serie de procesos interpretativos, de adaptación y trasplante, han facilitado una razón mimética, en donde se pueda percibir cambios y transformaciones a lo que fue conocido como Estado Constitucional de Derecho.

Precisamente, en esa dirección la actual revisión bibliográfica, como parte de los desarrollos iniciales de una investigación más extensa, permiten que tengamos, al menos, cinco (05) conclusiones:

Existe una diversidad notoria, vinculada a la historia y a los procesos de interrelación, en la forma de organización política conocida como Estado, lo cual ha avalado la generación de modelos propios y adyacentes a las opciones culturales e ideológicas, tal como fue formándose el Estado de Derecho y se ha ido configurando en relación con las normas que conforman el ordenamiento jurídico.

Así puede entenderse las apuestas surtidas en las tendencias constitucionales iniciadas a finales del siglo XVIII e inicios del XIX, donde un modelo de Estado Legal de Derecho se contrapuso al Estado Absolutista, para posteriormente, dar por sentado que la ley era susceptible a controles que fortalecieran la supremacía (pasando a suprallegalidad) de la Constitución en un Estado Constitucional.

Solo que en la medida que se reconoce la Constitución como un texto abierto, sujeto a modificaciones formales e informales para su adaptación y garantía de esos principios, se hizo necesario una nueva comprensión de los preceptos constitucionales, en especial las

figuras de apertura y armonización constitucional y las categorías como el bloque de constitucionalidad; las cuales fueron dando cabida a cambios graduales la racionalidad que se tenía del sistema: Pues, si el objetivo último es un afianzamiento de la paz intra e inter estatal, la Constitución cerrada y unívoca planeada en los procesos de codificación, no está dotada de estándares conjuntos, que se hicieron imprescindibles en marcos globalizados.

En este orden, aunque temprano en ciertos aspectos, se han ido proyectando pasos para la generación de un modelo de Estado Convencional, en espacios como el latinoamericano. De allí que si se piensa en ¿Cuáles son los presupuestos comprensivos que permitirían dialogar actualmente de la presencia primigenia de un Estado Convencional de Derecho, en la órbita del derecho latinoamericano? Estos estarían dados por:

Una reorganización del sistema de fuentes no desde lo formal, sino en vínculo con el principio *pro persona*;

El establecimiento de la dignidad humana como valor fundamental del ordenamiento jurídico, ajeno a su consagración normativa;

Un fortalecimiento de la interpretación conforme como fundamento de integración de los sistemas jurídicos nacionales e internacionales;

El realce de los jueces convencionales (nacionales y/o internacionales) como forma orgánica de proteger el acoplamiento de las normas, más allá de una simple jerarquía;

⁴⁹ A lo sumo el Estado Global puede ser considerado que está atravesando su medioevo, es decir, enfrentado lentamente procesos de homogenización de la fragmentación, tal como sucedió con la forma de organización política medieval que se encaminó a la formación de los llamados Estados- Nación. Sobre el tema véase, por ejemplo y entre otros: (Tilly, 1993, 2006; Fuentes, 2012).

La implementación de procesos de educación jurídica que se preocupan por competencias argumentativas, sobreponiéndose a la labor silogística; y

Una pretensión de justiciabilidad de los derechos humanos para favorecer a los procesos de integración y uniformidad estatal.

Cada uno de estos presupuestos, matizados por las variantes del neoconstitucionalismo, acredita lo que advierte Viehweg del interés del conglomerado social de persistir en el tiempo⁵⁰, solo que en un naciente Estado Convencional quedan aún muchos elementos para valorar y propuestas que eviten, del todo, una supresión de la de la autodeterminación estatal. Sin embargo, por el carácter del estudio y los límites de páginas, deberán ser estudiados con posterioridad.

Referencias

- Acosta Alvarado, Paola Andrea y Huertas Cárdenas, Julián Eduardo. (2017). *Teorías sobre la relación entre el derecho interno y el derecho internacional en la jurisprudencia constitucional colombiana*. En: Acosta López, Juana Inés, Acosta Alvarado, Paola Andrea y Rivas Ramírez, Daniel (Eds.). *De anacronismos y vaticinios. Diagnóstico sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno en Latinoamérica*. Bogotá, D.C.: Universidad de La Sabana, Sladi Lasil y Universidad Externado de Colombia; pp. 681-704.
- Acosta Alvarado, Paola Andrea. (2014). *Diálogo judicial y constitucionalismomultinivel. El caso interamericano*. Bogotá, D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Acosta Alvarado, Paola Andrea. (2016). "Zombis vs. Frankenstein: sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno". En: *Estudios Constitucionales*, Vol. 14, No. 1; pp. 15-60.
- Albert, Richard. (2019). "Los métodos de la reforma informal". En: *Latin American Law Review*, No. 3; 29-47.
- Alexander, Larry. (2001). *Constitutionalism: Philosophical foundations*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Alponte, Juan María. (2012). *Lecturas filosóficas (la lucha por los derechos humanos y el Estado de derecho)*. México, D.F.: Instituto Nacional de Administración Pública.
- Alterio, Ana Micaela. (2018). "El lus Constitutionale Commune Latinoamericanum y los desafíos de la judicialización de la política". En: *Estudios de Filosofía Práctica e Historia de las Ideas*, Vol. 20; pp. 1-21.
- Althusser, Louis. (1996). *Ideología y aparatos ideológicos de Estado*. Buenos Aires: Nueva Visión.
- Anderson, Perry. (1987). *El Estado absolutista*. México, D.F.: Siglo XXI.
- Añón, María José. (2002) "Derechos fundamentales y Estado constitucional". En: *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, No. 40; pp. 25-36.
- Aragón Reyes, Manuel. (1986). *Sobre las nociones de supremacía y supralegalidad constitucional*. Bogotá, D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Arango Durling, Virginia. (2007). *Paz social y cultura de paz*. Panamá: Panamá Viejo.
- Astudillo, César. (2014). *El bloque y el parámetro de constitucionalidad en México*. México, D.F.: Titant Lo Blanch.
- Atienza, Manuel. (2011). "Dos versiones del constitucionalismo". En: *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 34; pp. 73-88.
- Attali, Jacques. (1974). *Los modelos políticos*. Traducción del francés de Enrique Muñoz Latorre. Barcelona: Labor.
- Bazán, Víctor. (2012). "Control de convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas".

⁵⁰ Puntualmente dirá Theodor Viehweg: "[Una perspectiva sociológica del Derecho] permite afirmar que toda agrupación social de personas que aspira a persistir en el tiempo, a fin de posibilitar su cohesión, tiene que crear y fijar una opinión acerca de lo que considera como *justum*". (1997, p. 15).

- En: *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, No. 18; pp. 63-104.
- Bazán, Víctor. (2015). "El control de convencionalidad como instrumento para proteger derechos esenciales y prevenir la responsabilidad internacional del Estado". En: *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, No. 19; pp. 25-70.
- Bazán, Víctor. (2017). "Estado constitucional y convencional y protección de derechos humanos: Control de convencionalidad y diálogo jurisdiccional". En: *Temas Socio Jurídicos*, Vol. 36, No. 72; pp. 13-37.
- Bernal-Pulido, Carlos. (2019). "Fundamentos bíblicos de la separación de poderes y función catalizadora del juez". En: *Dikaion*, Vol. 28, No. 2; pp. 222-246.
- Blanco Cortina, David (2016). "Jueces y calidad de la democracia: el poder judicial como factor de calidad deliberativa de la democracia". En: *Pensamiento Jurídico*, No. 44; pp. 61-82.
- Bogdandy, Armin Von, Morales Antoniazzi, Mariela y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (Coords.). (2017). *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*. México, D.F.: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro y Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law.
- Bogdandy, Armin Von. (2015). "*Ius Constitutionale Commune* en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador". En: *Derecho del Estado*, No. 34; pp. 3-50.
- Bogdandy, Armin Von. (2016). *Ius constitutionale commune latinoamericanum. Una aclaración conceptual*. En: Fix Fierro, Héctor, Bogdandy, Armin Von y Morales Antoniazzi, Mariela (Coords.). *Ius constitutionale commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*. México, D.F.: UNAM; pp. 3-23.
- Bohman, James. (2016). "La madurez de la democracia deliberativa". En: *Revista Co-herencia*, Vol. 13, No. 24; pp. 105-143.
- Bonilla, Daniel (Ed.). (2009). *Teoría del derecho y trasplantes jurídicos*. Bogotá, D.C.: Universidad de los Andes, Universidad Javeriana y Siglo del Hombre Editores.
- Bovero, Michelangelo. (1986). *Política y artificio. Sobre la lógica del modelo iusnaturalista*. En: Bobbio, Norberto y Bovero, Michelangelo. *Origen y fundamentos del poder político*. México, D.F.: Grijalbo; pp. 95-130.
- Caballero-Lois, Cecilia y Pinto-Bastos, Luiz Magno. (2018). "Pluralismo constitucional y espacios transnacionales: ¿el fin de la constitución nacional o su nuevo comienzo?". En: *Derecho del Estado*, No. 40; pp. 127-151.
- Carbonell, Miguel (Ed.). (2003). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta.
- Carbonell, Miguel y Jaramillo, Leonardo (Eds.). (2010). *El canon neoconstitucional*. Madrid: Trotta.
- Cárdenas Gracia, Jaime. (2017). *Del Estado Absoluto al Estado Neoliberal*. México, D.F.: UNAM.
- Carpio Marcos, Edgar. (2004). "El bloque de constitucionalidad". En: *Revista de Derecho*, Vol. V; pp. 145-183.
- Carpio Marcos, Edgar. (2005). "Bloque de constitucionalidad y proceso de inconstitucionalidad de las leyes". En: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, No. 4; pp. 79-114.
- Carrillo Prieto, Ignacio. (2011). *Cuestiones jurídico-políticas de la Ilustración*. México, D.F.: UNAM.
- Cassirer, Ernst. (1982). *El mito del Estado*. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- Castillo Castillo, María Liliana. (2014). "El rol de la democracia deliberativa y su ejercicio legítimo". En: *Ágora U.S.B.*, Vol. 14, No. 2; pp. 473-486.
- Chiassoni, Pierluigi. (2011). "Constitutionalism Out of a Positivist Mind Cast: The Garantismo Way". En: *Res Publica*, Vol. 17, No. 4; pp. 327-342.
- Chinchilla Herrera, Tulio Elí. (1988). "El Estado de Derecho como Modelo Político-Jurídico". En: *Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, No. 80; pp. 37-66.

- Chinchilla Herrera, Tulio Elí. (1991). "Introducción a una teoría constitucional colombiana". En: *Estudios de Derecho*, Vol. XLIX, Nos. 117-118; pp. 7-28.
- Comanducci, Paolo. (2002). "Formas de (Neo) Constitucionalismo: Un Análisis Metateórico". En: *Isonomía*, No. 16; pp. 90-112.
- Comanducci, Paolo. (2011). "'Constitucionalismo': problemas de definición y tipología". En: *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 34; pp.95-100.
- Dau-lin, Hsü (1998). *Mutación de la Constitución*. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública.
- Durán Martínez, Augusto. (2009). *En torno al neoconstitucionalismo*. En: Arancibia Mattar, Jaime y Martínez Estay, José Ignacio (Coords.). *La primacía de la persona. Estudios en homenaje al profesor Eduardo Soto Kloss*. Santiago de Chile: Legal Publishing; pp. 387-402.
- Durango Álvarez, Gerardo A. y Garay Herazo, Kennier José. (2015). "El control de constitucionalidad y convencionalidad en Colombia". En: *Revista Prolegómenos - Derechos y Valores*, Vol. XVIII, No. 36; pp. 99-116.
- Elkin, Stephen L. and Soltan, Karol Edward. (1993). *A New Constitutionalism designing Political Institution for a Good Society*. Chicago: University of Chicago Press.
- Estrada Vélez, Sergio Iván. (2007). *Los principios jurídicos y el bloque de constitucionalidad*. Medellín: Universidad de Medellín.
- Favoreu, Louis, Rubio Llorente, Francisco y Pérez Royo, Francisco Javier. (1991). *Bloque de Constitucionalidad*. Sevilla: Civitas.
- Fayt, Carlos S. (1998). *Derecho Político*. Tomo I. Décima Edición. Buenos Aires: Depalma.
- Ferrajoli, Luigi. (2001). "Pasado y futuro del estado de derecho". En: RIFP, No. 17; pp. 31-45. Versión electrónica en: <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:filopoli-2001-17-0011&dslD=pdf>; (consultado: 21, ene., 2019).
- Ferrajoli, Luigi. (2011). "Constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista". En: *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 34; pp. 15-53.
- Fisas, Vicenç. (2006). *Cultura de paz y gestión de conflictos*. Barcelona: Icaria.
- Fuentes-Contreras, Édgar Hernán, Suárez López, Beatriz Eugenia y Rincón Villegas, Adriana. (2012). *Facticidad y Constitución: La Doctrina del estado de Cosas inconstitucional en América Latina*. En: *Athenas*, Vol. I, No. 2; pp. 49 – 75. Versión electrónica en: <http://www.fdcl.com.br/revista/>; (consultada: 09, sep., 2013).
- Fuentes-Contreras, Édgar Hernán. (2010). *Materialidad de la Constitución*. Bogotá, D.C.: Grupo Editorial Ibáñez y otros.
- Fuentes-Contreras, Édgar Hernán. (2012). *El ocaso del Estado Moderno*. Bogotá, D.C.: Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano.
- Fuentes-Contreras, Édgar Hernán. (2013). *Dinámica y Constitución: Ejecución del control constitucional judicial más allá del legislador negativo*. En: Tayah, José Marco, Romano, Letícia Danielle y Aragão (Coords.). *Reflexiones sobre Derecho Latinoamericano*. São Paulo - Rio de Janeiro – Buenos Aires: Livre Expressão; pp. 277-290.
- Fuentes-Contreras, Édgar Hernán. (2017). *Analogía Constitucional: Interpretación e integración en el contexto de los Estados Convencionales de Derecho*. En: AAVV. *Memoria: XII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional: el diseño institucional del Estado democrático*. Tomo II. Bogotá, D.C.: Universidad Externado de Colombia; pp. 557-507.
- Fuentes-Contreras, Édgar Hernán. (2017-A). *Sistema de fuentes colombiano e implementación del Acuerdo de Paz*. En: *Revista Derechos en Acción*, No. 5; pp. 91-126.
- Fuentes-Contreras, Édgar Hernán. (2018). *Legislación en sentido material*. Bogotá, D.C.: Grupo Editorial Ibáñez y otros.
- Gama, Leopoldo (2019). *Derechos, democracia y jueces*. Modelos de filosofía constitucional. Madrid: Marcial Pons.
- García Jaramillo, Leonardo. (2016). "Variaciones en torno a la "interamericanización" del derecho. A propósito del *Ius Constitutionale Commune*". En: *Araucaria*, Año 18, No. 36; pp. 511-521.

- García Pelayo, Manuel (1981). *Los mitos políticos*. Madrid: Alianza.
- García Pelayo, Manuel. (1988-1989). "Estado Legal y Estado Constitucional de Derecho. El Tribunal Constitucional español". En: *ILANUD*, Año 9-10, Nos. 23-24; pp. 7-33. Versión electrónica en: <http://www.ilanud.or.cr/A081.pdf>; (consultado: 18, oct., 2018).
- García Villegas, Mauricio. (2005). "El derecho como esperanza. constitucionalismo y cambio social en América Latina, con algunas ilustraciones a partir del caso colombiano". En: Ojesto, Fernando, Orozco Henríquez, Jesús y Vázquez, Rodolfo (Coord.). *Jueces y política*. México D. F.: Porrúa, Tribunal del Poder Judicial de la Federación e Instituto Tecnológico Autónomo de México.
- García Villegas, Mauricio. (2013). *Constitucionalismo aspiracional*. En: *Araucaria*, Vol. 15, No. 29; pp. 77-98.
- Gargarella, Roberto y Courtis, Christian. (2009). *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes*. Santiago de Chile: Naciones Unidas.
- Gargarella, Roberto. (2006). "¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales?". En: *Perfiles Latinoamericanos*, Vol. 13, No. 28; pp. 9-32.
- Gargarella, Roberto. (2013). "Nuevo constitucionalismo latinoamericano y derechos indígenas. Una breve introducción". En: *Onteaiken*, No. 15; pp. 22-32. Ver en: <http://onteaiken.com.ar/ver/boletin15/2-1.pdf>; (consultado: 22, ene., 2014).
- Gil Domínguez, Andrés. (2015). *El estado constitucional y convencional de derecho en el Código Civil y Comercial*. Buenos Aires: Ediar.
- Gomes Canotilho, José Joaquim. (2010). "Principios y nuevos constitucionalismos. El problema de los nuevos principios". En: *Derecho Constitucional Europeo*, No. 14; pp. 321-364.
- Gómez Fernández, Itziar. (2006). "Redefinir el bloque de la constitucionalidad 25 años después". En: *Estudios de Deusto*, Vol. 54/1; pp. 61-98.
- Gómez Gamboa, David. (2015). *Hacia la construcción del ius constitutionale commune en América Latina en materia de libertad de expresión e información*; México, D.F.: UNAM.
- Góngora Mera, Manuel Eduardo. (2016). *La Difusión del Bloque de Constitucionalidad en la Jurisprudencia Latinoamericana y su potencial en la construcción del Ius Constitutionale Commune Latinoamericano*. En: Fix Fierro, Héctor, Bogdandy, Armin Von y Morales Antoniazzi, Mariela (Coords.). *Ius constitutionale commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*. México, D.F.: UNAM; pp. 301-327.
- González Alonso, Benjamín. (1987). "Del Estado Absoluto al Estado Constitucional". En: *Manuscripts*, No. 4 - 5; pp. 81-90.
- Gordillo Pérez, Luis I. (2016). "¿Por qué surge el Estado? Una metodología holística para entender el origen, la función y los retos del poder público". En: *Pensamiento*, Vol. 72, No. 272; pp. 563-591.
- Groff, Linda y Smoker, Paul. (1996). "Creating global/local cultures of peace". En: *From a culture of violence to a culture of peace*, Vol. 3, No. 1. Versión electrónica en: <https://nsuworks.nova.edu/pes/vol3/iss1/3>; (consultado: 09, ene., 2019).
- Guastini, Riccardo. (2002). La 'costituzionalizzazione' dell'ordinamento. En: Mazzarese, Tecla (Ed.). *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*. Turin: Giappichelli; pp. 147-172.
- Häberle, Peter. (2001). *El Estado constitucional*. Traducción Héctor Fix-Fierro. México, D.F.: UNAM.
- Hakansson Nieto, Carlos. (2009). *La importancia de los aportes de la teoría constitucional clásica frente al llamado constitucionalismo moderno*. En: Arancibia Mattar, Jaime y Martínez Estay, José Ignacio (Coords.). *La primacía de la persona. Estudios en homenaje al profesor Eduardo Soto Kloss*. Santiago de Chile: Legal Publishing; pp. 415-431.
- Hernández Sampieri, Roberto, Fernández Collado, Carlos, Baptista Lucio, Pilar. (2006). *Metodología de la investigación*. Cuarta edición. México, D.F.: McGraw-Hill.
- Jesch, Dietrich. (1978). *Ley y Administración. Estudio de la evolución del principio de legalidad*. Madrid: Instituto de Estudios Administrativos.

- Jessop, Bob. (2014). "El Estado y el poder". En: *Utopía y Praxis Latinoamericana*, Vol. 19, No. 66; pp. 19-35.
- Kant, Immanuel. (1998). *Sobre la paz perpetua*. Traducción de Joaquín Abellán. 6.º ed. Madrid: Tecnos.
- Kant, Immanuel. (2015). *Respuesta a la pregunta: ¿Qué es la Ilustración?*. Traducción de Rubén Jaramillo Vélez. En: Kant, Immanuel y Foucault, Michel. *¿Qué es la Ilustración?*. Medellín: Universidad de Antioquia; pp. 1-16.
- Kelsen, Hans. (1943). *Derecho y paz en las relaciones internacionales*. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- Kelsen, Hans. (1995). *Teoría General del Derecho y del Estado*. México, D.F.: UNAM.
- Kelsen, Hans. (1997). *Teoría pura del derecho*. Traducción del original en alemán Roberto J. Vernengo. Novena Edición. México, D.F.: Porrúa.
- Kelsen, Hans. (2003). *La paz por medio del derecho*. Traducción de Luis Echávarri. Madrid: Trotta.
- Kelsen, Hans. (2011). "La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)". En: *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, N° 15; pp. 249-300.
- Kelsen, Hans. (2017). *¿Se convertirá la sentencia del Juicio de Núremberg en un precedente para el derecho internacional?*. Bogotá, D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- King, Preston. (1999). "Constitutionalism and the despatch-box principle". En: *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, Vol. 2, N° 2; pp. 29-58.
- Laporta, Francisco J. (1999). "Materiales para una reflexión sobre racionalidad y crisis de la ley". En: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 22; pp. 321-330.
- Londoño Ayala, César Augusto. (2010). *Bloque de Constitucionalidad*. Bogotá, D.C.: Nueva Jurídica.
- López Medina, Diego Eduardo. (2004). *Teoría Impura del Derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Bogotá, D.C.: Legis.
- Luhmann, Niklas (1975). *Macht*. Stuttgart: Enke.
- Malagón Pinzón, Miguel. (2007). "La acción pública de inconstitucionalidad en la Colombia del siglo XIX a través de una ley sobre el Colegio Mayor del Rosario". En: *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, Vol. 9, N° 2; pp. 207-231.
- Malamud, Andrés. (2007). Estado. En: Aznar, Luis y De Luca, Miguel (Eds.). *Política. Cuestiones y problemas*. Segunda edición. Buenos Aires: Emecé; pp. 83-112.
- Manili, Pablo Luis. (2005). *El bloque de constitucionalidad. La recepción del Derecho internacional de los derechos humanos en el Derecho Constitucional argentino*. Buenos Aires: La Ley.
- Marcilla Córdoba, Gema. (2013-2014). "Imperio de la ley". En: *Eunomía*, N° 5; pp. 177-185.
- Martínez Dalmau, Rubén (2008). *El constitucionalismo "sin padres" y el proyecto de Constitución de Ecuador*. En: <http://www.rebelion.org/noticia.php?id=72367>; [Fecha de consulta: 17 de octubre de 2019].
- Martínez de Bringas, Asier. (2017). "Derecho, soberanía y Pluralismo constitucional en el contexto de la globalización. Un análisis de sus tensiones y complejidades". En: *CEFD*, N° 36; pp. 127-148.
- Martínez Estay, José Ignacio. (2009). *Constitución y fuentes del Derecho*. En: Arancibia Mattar, Jaime y Martínez Estay, José Ignacio (Coords.). *La primacía de la persona. Estudios en homenaje al profesor Eduardo Soto Kloss*. Santiago de Chile: Legal Publishing; pp. 347-366.
- Mendieta González, David. (2010). "La acción pública de inconstitucionalidad: A propósito de los 100 años de su vigencia en Colombia". En: *Vniversitas*, N° 120; pp. 61-84.
- Ming-Sung, K. U. O. (2010). "Reconciling Constitutionalism with Power: Towards a Constitutional Nomos of Political Ordering". En: *Ratio Juris*, Vol. 23, N° 3; pp. 390-410.
- Monateri, P.G. (2006). Gallo, *El Negro: Una Búsqueda de los Orígenes Multiculturales de la Tradición Jurídica Occidental*. Traducción Carlos Morales de Setién Ravina. En: AAVV. *La Invención del Derecho Privado*. Colección Nuevo Pensamiento Jurídico. Bogotá, D.C.: Siglo del Hombre, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar; pp. 95-216.
- Montoya Brand, Mario. (2010). *La guerra y la paz en la obra de Hans Kelsen*. En: Fuentes Contreras, Édgar Hernán (Coord.). *Hans Kelsen: Una Teoría Pura Del Derecho*. Bogotá, D.C.: Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano; pp. 49-113.

- Muñoz, Francisco A. y Bolaños, Manuel J. (Coord.). (2011). *Los hábitos de la paz. Teorías y prácticas de la paz imperfecta*. Granada: Universidad de Granada.
- Muñoz, Francisco A. y Molina, Beatriz (Eds.). (2004). *Manual de Paz y Conflictos*. Granada: Universidad de Granada.
- Muñoz, Francisco A. (ed.). (2001). *La paz imperfecta*. Granada: Universidad de Granada.
- Neves, Marcelo. (2009). *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WFM Martins Fontes.
- Neves, Marcelo. (2010). *Transconstitucionalismo, con especial referencia a la experiencia latinoamericana*. En: Bogdandy, Armin Von, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Morales Antoniazzi, Mariela (Coord.). *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius cosntitucionale commune en América Latina?* Tomo II. México, D.F.: UNAM y otros; pp. 717-758.
- Nino, Carlos Santiago. (2001). *Introducción al análisis del derecho*. 2ª ed. Buenos Aires: Astrea.
- Nogueira Alcalá, Humberto. (2012). "Los desafíos del control de convencionalidad del Corpus Iuris Interamericano para las jurisdicciones nacionales". En: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Año XLV, N° 135; pp. 1167-1220.
- Nogueira Alcalá, Humberto. (2013). "Diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad entre los tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Chile". En: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Año XIX; pp. 511-553.
- Nogueira Alcalá, Humberto. (2015). "El Bloque Constitucional de Derechos en Chile. El Parámetro de control y consideraciones comparativas con Colombia y México". En: *Doctrina y Jurisprudencia Estudios Constitucionales*, Vol. 13, No. 2; pp. 301-349.
- Núñez Donald, Constanza. (2015). "Bloque de constitucionalidad y control de convencionalidad en Chile: avances jurisprudenciales". En: *Anuario de Derechos Humanos*, N° 11; pp. 157-169.
- Olano García, Hernán Alejandro. (2005). "El bloque de constitucionalidad en Colombia". En: *Revista Estudios Constitucionales*, Año 3, N° 1; pp. 231-242.
- Olano García, Hernán Alejandro. (2016). "Teoría del control de convencionalidad". En: *Estudios Constitucionales*, Vol. 14, N° 1; pp. 61-94.
- Ortega Santiago, Carlos. (2008). "El Derecho Constitucional en su contexto: el ámbito cultural del constitucionalismo". En: *Teoría y Realidad Constitucional*, N° 21; pp. 331-353.
- Pereira Menaut, Antonio-Carlos. (2016). *Lecciones de Teoría Constitucional y otros escritos*. Con colaboración de José Ignacio Martínez Estay. Santiago de Compostela: Andavira.
- Peters, Anne. (2018). "Los méritos del constitucionalismo global". En: *Derecho del Estado*, N° 40; pp. 3-20.
- Petzold Pernia, Hermann. (1976). "Constitución y Ciencia Política". En: *Estudios de Derecho*, Vol. 35, N° 89-90; pp. 15-31.
- Quinche Ramírez, Manuel Fernando. (2009) "El control de constitucionalidad y el control de convencionalidad". En: *Centro de Estudios Políticos*. Versión electrónica tomada de: http://juecesyfiscales.org/images/stories/articulos/Control_de_Constitucionalidad_y_Control_de_Convencionalidad.pdf; (consultado: 16, abr., 2017).
- Quinche Ramírez, Manuel Fernando. (2009). "El control de convencionalidad y el sistema colombiano". En: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N° 12; pp. 163-190.
- Quinche Ramírez, Manuel Fernando. (2014). *El control de convencionalidad*. Bogotá, D.C.: Temis.
- Ramírez-Nárdiz, Alfredo. (2016). "Nuevo constitucionalismo latinoamericano y democracia participativa: ¿progreso o retroceso democrático?". En: *Vniversitas*, N° 12; pp. 349-388.
- Ramis Barcelo, Rafael. (2018). "El derecho en el enciclopedismo del siglo XVI". En: *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* [Sección historia del pensamiento jurídico], N° 40; pp. 423 – 441.
- Rey Cantor, Ernesto. (2006). "El bloque de constitucionalidad. Aplicación de tratados internacionales de derechos humanos". En: *Revista Estudios Constitucionales*, Vol. 4, No. 2; pp. 299-334.
- Rey Cantor, Ernesto. (2008). *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*. México D. F.: Porrúa.

- Rivas-Ramírez, Daniel. (2018). *El vicio surrealista del monismo y el dualismo ante la metamorfosis del Derecho Internacional Público*. En: Padrón Pardo, Floralba y Correa Henao, Magdalena (Coord.). *El estado constitucional y el derecho internacional. ¿El Estado Constitucional en Jaque?* Bogotá, D.C.: Universidad Externado de Colombia; pp. 45-78.
- Rodríguez Manzo, Graciela, Arjona Estévez, Juan Carlos y Fajardo Morales, Zamir. (2013). *Bloque de constitucionalidad en México*. México, D.F.: Suprema Corte de Justicia de la Nación, Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal.
- Roldán Orozco, Omar Giovanni. (2015). *La función garante del Estado Constitucional y Convencional de Derecho*. México, D.F.: UNAM.
- Rollnert Liern, Göran. (2014). "La Mutación Constitucional, entre la Interpretación y la Jurisdicción Constitucional". En: *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 101; pp. 125-155.
- Rosenbaum, Alan S. (ed.). (1988). *Constitutionalism: The Philosophical Dimension*. Westport: Greenwood Press.
- Rubio Llórente, Francisco. (1993). "El principio de legalidad". En: *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 39; pp. 9-42.
- Sajo, Andras and Uitz, Renata (Eds.). (2010). *Constitutional Topography: Values and Constitutions*. Hague: Eleven International Publishing.
- Sánchez González, Santiago. (2007). "Reforma, mutación y ... quiebra constitucionales". En: *Teoría y Realidad Constitucional*, N° 19; pp. 295-310.
- Sánchez Urrutia, Ana Victoria. (2000). "Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución. Una aproximación al origen del concepto". En: *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 20, N° 58; pp. 105-135.
- Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. (2017). *El concepto de convencionalidad*. Bogotá, D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Sosa Sacio, Juan Manuel. (2012). "¿Qué es el "nuevo constitucionalismo latinoamericano"?" Entrevista a Rubén Martínez Dalmau. En: *Gaceta Constitucional*, Tomo 52; pp. 301-308. Versión electrónica en: <http://www.gacetaconstitucional.com.pe/sumario-cons/doc-sum/GC%2052%20Juan%20Manuel%20SOSA%20SACIO.pdf>; (consultado: 22, ene., 2014).
- Sotillo Antezana, Aquiles Ricardo. (2015). "La nueva clasificación de los derechos fundamentales en el nuevo constitucionalismo latinoamericano". En: *Ciencia y Cultura*, N° 35; pp. 163-183.
- Suelt-Cock, Vanessa. (2016). "El bloque de constitucionalidad como mecanismo de interpretación constitucional. Aproximación a los contenidos del bloque en derechos en Colombia". En: *Vniversitas*, N° 133; pp. 301-382.
- Tans, Olaf. (2002). "The constitutional theatre". En: *Res Publica*, Vol. 8, N° 3; pp. 231-248.
- Tilly, Charles. (1993). "Cambio social y revolución en Europa 1492-1992". En: *Historia social*, N° 15; pp. 71-98.
- Tilly, Charles. (2006). "Guerra y construcción del estado como crimen organizado". En: *Académica de Relaciones Internacionales*, No. 5. Versión electrónica en: <http://www.relacionesinternacionales.info/ojs/article/view/52/45.html>; (consultada: 20, ago., 2014).
- Tomassini, Luciano. (1992). "Estado, Gobernabilidad y Desarrollo". En: *Revista Ciencia Política*, Vol. 14, N° 1-2; pp. 23-61.
- Uprimny, R. (2001). El bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal. En Daniel O'Donnell, Inés Margarita Uprimny y Alejandro Villa (Comps.). *Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional*. Bogotá: Oficina Alto Comisionado de la Naciones Unidas para los Derechos Humanos y de Justicia.

- Uprimny, Rodrigo. (2008). *Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y proceso penal*. Segunda Edición. Bogotá, D.C.: Consejo Superior de la Judicatura.
- Uprimny, Rodrigo. (2011). "Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: Tendencias y Desafíos". En: Rodríguez Garavito, César (Coord.). *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno; pp. 109-137.
- Urueña, René. (2018). *Después de la fragmentación: ICCAL, Derechos Humanos y Arbitraje de Inversiones*. En: Bogdandy, Armin Von, Salazar Ugarte, Pedro, Morales Antoniazzi, Mariela, Christian Ebert, Franz (Coords.). *El Constitucionalismo transformador en América Latina y el Derecho Económico internacional. De la tensión al diálogo*. México, D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público; pp. 59-84.
- Vergara Cortés, Rodrigo. (2000). "El bloque de constitucionalidad". En: *Revista Estudios de Derecho*, Vol. LIX, N° 133-134; pp. 13-36.
- Vermeule, Adrian. (2007). "Common Law Constitutionalism and the Limits of Reason". En: *Columbia Law Review*, Vol. 107, N° 6; pp. 1482-1532.
- Viehweg, Theodor. (1997). *Tópica y filosofía del Derecho*. Barcelona: Gedisa.
- Vigo, Rodolfo L. (2010). Del Estado de derecho legal al Estado de derecho constitucional. Versión electrónica en: https://fccuniversitario.files.wordpress.com/2012/09/vigo_del-estado-de-derecho-legal-al-estado-de-derecho-constitucional.pdf; (consultado: 21, ene., 2019).
- Vigo, Rodolfo L. (2018). "El Estado de Derecho Constitucional y su transición al Estado de Derecho Convencional". Tomado de: <https://es.scribd.com/document/370351421/Luis-Vigo-Del-Estado-de-Derecho-Constitucional-Al-Estado-de-Derecho-Convencional>; (consultado: 20, ago., 2019).
- Villabella Armengol, Carlos Manuel. (2010). "Constitución y democracia en el nuevo constitucionalismo latinoamericano". En: IUS, N° 25; pp. 49-76. Versión electrónica en: <http://187.188.167.138:82/blogvillabella/revista25.pdf>; (consultado: 22, ene., 2014).
- Villar Borda, Luis. (1996). *La paz en la doctrina del Derecho de Kant*. Bogotá, D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Villegas Delgado, César. (2013). "La sumisión del poder público al derecho en el civil law y en el common law: Estado de Derecho, Rule of Law y su expansión al ámbito internacional". En: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Vol. 46, N° 137; pp. 716-717.
- Waluchow, Wil J. and Stevens, Katharina. (2016). *Common Law Constitutionalism and the Written Constitution*. En: Bustamante, Thomas y Gonçalves Fernandes, Bernardo (Eds.). *Democratizing Constitutional Law*. Cham: Springer International Publishing AG; pp. 275-291.
- Waluchow, Wilfrid. (2018). *Constitutionalism*. En: Zalta, Edward N. (Ed.). *Stanford encyclopedia of philosophy*. Disponible en: <http://plato.stanford.edu/entries/constitutionalism/>; (Consultado: 18, nov., 2019).
- Weber, Max. (1984). *Economía y Sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- Weber, Max. (2002). *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*. Traducción de José Medina Echavarría, Juan Roura Farella, Eugenio Ímaz, Eduardo García Maynez y José Ferrater Mora. Madrid: Fondo de Cultura Económica.
- Zagrebelsky, Gustavo. (2003). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Traducción Marina Gascón. 5.º ed. Madrid: Trotta.

Normativas

- Constitución Bolivia. 2009. En: <http://pdba.georgetown.edu/constitutions/bolivia/bolivia09.html>; (consultada: 24, feb., 2014).
- Constitución de Francia de 1958. (Versión 2008). En: http://www.justice.gouv.fr/art_pix/constitution-espagnol_juillet2008.pdf; (consultado: 02, jun., 2016).
- Constitución de la Nación Argentina 1994. En: <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>; (consultado: 15, ene., 2014).
- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. 1999. En: <http://www.tsj.gov.ve/legislacion/constitucion1999.htm>; (consultado: 15, ene., 2014).
- Constitución de los Estados Unidos de América 1887. En: <http://www.archives.gov/espanol/constitucion.html>; (consultado: 16, sep., 2016).
- Constitución del Ecuador 2008. En: http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf; (consultado: 15, ene., 2014).
- Constitución española 1978. En: http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/constitucion.html; (consultado: 15, ene., 2014).
- Constitución francesa 1791. Tomado: <http://www.historiaconstitucional.com/index.php/historiaconstitucional/article/view/115/99>; (consultado: 04, ago., 2015).
- Constitución política de Brasil. En: <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Brazil/esp88.html>; (consultado: 15, ene., 2014).
- Constitución política de Chile En: http://www.camara.cl/camara/media/docs/constitucion_politica.pdf; (consultado: 15, ene., 2014).
- Constitución política de Colombia. 1991. En: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html; (consultado: 15, ene., 2014).
- Constitución política del Perú. 1993. En: <http://www.tc.gob.pe/constitucion.pdf>; (consultado: 15, ene., 2014).
- Declaración de los Derechos del hombre y del ciudadano de 1789. Tomado de: https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/espagnol/es_ddhc.pdf; (consultado: 18, ago., 2019).
- Ley fundamental de la República Federal de Alemania. Versión 2010. En: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf>; (consultado: 31, may., 2016).

Jorge Salinas Mengual

Juez del Tribunal
Eclesiástico de
la Diócesis de
Cartagena
(Murcia)

salinasmengualjorge@
gmail.com

Recibido: 20.09.19

Aceptado: 18.12.19

Influencia de los conceptos ratzingerianos “laicismo” y “relativismo” en la configuración de las relaciones Iglesia-Estado

(Influence of the Ratzingerian concepts of “secularism” and “relativism” in the configuration of Church-State relationship)

Resumen: Los conceptos “laicismo” y “relativismo” son fundamentales para una comprensión adecuada de la ideología que subyace en la sociedad actual. El presente trabajo pretende analizar el pensamiento de Joseph Ratzinger-Benedicto XVI sobre esta materia, a fin de comprender la propuesta que el teólogo, y posteriormente papa, alemán lleva a cabo a la hora de abordar esta realidad. Solo desde la verdad y lo que Ratzinger denomina laicidad, será posible entender y desarrollar convenientemente las relaciones que han de establecerse entre la Iglesia y el Estado.

Palabras clave: relativismo; laicismo; relaciones Iglesia-Estado; Benedicto XVI.

Abstract: The concepts of “secularism” and “relativism” are fundamental to an adequate understanding of the ideology that underlies today’s society. The present work tries to analyze the thought of Joseph Ratzinger-Benedict XVI on this matter, in order to understand the proposal that the German theologian, and subsequently named Pope, carries out when addressing this reality. Only from the truth and what Ratzinger calls secularism it will be possible to understand and develop conveniently the relations to be established between the Church and the State.

Keywords: relativism; secularism; Church-State relations; Benedict XVI.

Una mirada, incluso cuando ésta fuera muy superficial, permitiría deducir una serie de conclusiones claras sobre el pensamiento latente en la sociedad actual. En primer lugar, puede decirse que hay una renuncia a la búsqueda de la verdad pues se ha llegado a la conclusión de que solo lo que puede demostrarse a través del método científico podrá alcanzar esta categoría y, además, porque asumir este concepto supondría renunciar, según la ideología preponderante, a la idea de tolerancia y a la posibilidad de configurar unos principios éticos universalmente válidos para todos.

En segundo lugar, y por lo que atañe al papel de la religión en la sociedad actual, esta renuncia a la verdad, más allá de las conclusiones que pudieran derivarse del método propio de la ciencia, ha relegado la religión al ámbito meramente privado, pues las consideraciones que pueda llevar a cabo poco o nada tienen que aportar

a la concepción actual del hombre, la cultura, la política o la economía.

Este pensamiento, que viene incoándose ya desde hace varias décadas, ha sido objeto de un análisis profundo en la obra teológica de Joseph Ratzinger, así como en su posterior magisterio como pontífice de la Iglesia católica; una doctrina que pretenderá demostrar que solo desde un firme concepto de verdad, íntimamente vinculado a la idea de libertad y profundamente enraizado en la revelación divina, así como de una comprensión certera de lo positivo que la religión puede aportar en la configuración del bien común de la sociedad, pueden fijarse unas bases estables que permitan entender las relaciones entre la Iglesia y el Estado desde una perspectiva de complementariedad, y no desde la óptica de la oposición y la beligerancia.

1. La dictadura del relativismo, un grave problema de fondo

Ratzinger (2005) califica el relativismo como “el problema más hondo de nuestro tiempo” (p. 65). Para el teólogo alemán hay dos hitos fundamentales que marcan el surgimiento de esta corriente: el sueño de libertad nacido con la revolución estudiantil de 1968 y el colapso de las promesas que garantizaban los regímenes comunistas que, tras la caída del muro de Berlín, condujo al hombre a un estado de decepción que devino en su renuncia en la búsqueda de la verdad, en favor de un pensamiento más pragmático que anhelaba la paz y la justicia (Cardó, 2013, pp. 33-34).

En resumen, podrían señalarse como algunas de las principales características de esta dictadura del relativismo la defensa de un antropocentrismo subjetivista, la relegación de Dios a la esfera de lo privado, la pérdida de la noción de naturaleza humana como criterio de orientación moral, lo que convierte a la persona en un sujeto manipulable y al servicio de los instrumentos del poder, y la desorientación de la libertad que es confundida con la más pura arbitrariedad, todo lo cual conduce, según el pontífice, a una crisis de la verdad en la sociedad actual (Fazio, 2012, pp. 46-55).

Allí donde esta corriente de pensamiento se impone se carece de un fundamento de verdad sobre el que apoyar la existencia, por lo que todo acaba por reducirse al nihilismo, el positivismo se convierte en poder que todo lo regula y acaba por desembocar todo en el triunfo de los totalitarismos (Ratzinger, 1993, p. 135). Desde esta postura, la sociedad posmoderna se convierte en flexible y virtual, y la “lógica del supermercado” acaba por invadir todos los ámbitos de la existencia. Los valores terminan por convertirse en algo difuso, por lo que ya no cumplen la tarea que en ellos es prioritaria, la de ser fundamento que confiera sentido pleno a la vida del hombre. En este contexto, la sed de trascendencia del sujeto acaba siendo saciada por movimientos espiritualistas de corte fundamentalmente oriental o por una especie de “religión química”, la droga. La ausencia de religiosidad conduce, según Ratzinger, a un retroceso antropológico, es decir, a aquella época donde los seres humanos adoraban cualquier cosa con el fin de llenar su vacío existencial (Mires, 2007, pp. 196-197).

El problema principal que presenta el relativismo no es solo su dimensión negativa de renuncia a la categoría de la verdad, sino su dimensión positiva, expresada a través de conceptos erróneamente interpretados como tolerancia, diálogo y libertad, donde cualquier posición presentada adquiere la misma categoría de verdad que las demás. Por otro lado, su enorme difusión ha llevado a convertirlo en la forma de pensamiento preponderante para el hombre moderno, para llegar incluso a alcanzar la categoría de “religión”, por medio de la cual la persona interpreta la realidad y actúa en conformidad a lo que piensa de una forma totalmente subjetiva. En este contexto, quien afirma que conoce la verdad acaba por ser tachado de fundamentalista e intolerante, lo que lleva a Ratzinger a afirmar que vivimos una especie de “dictadura del relativismo” (Cardó, 2013, pp. 34-35), concepto que incluso llegó a subrayar en la misa pro *eligendo Pontifice* con las siguientes palabras: “la dictadura del relativismo no reconoce nada como definitivo y deja como última medida sólo el propio yo y sus antojos” (Benedicto XVI, 18-4-2005, n. 6).

Cuando se renuncia a la verdad lo único que puede quedar es el totalitarismo de las mayorías, donde las categorías “bien” y “mal” no tienen importancia alguna. Así, el relativismo termina por conducir al hombre a un vacío existencial, ya que donde no hay verdad tampoco puede haber ni alegría, ni esperanza. La incapacidad del sujeto para mantener relaciones interpersonales profundas, la soledad o el atropello de derechos básicos son algunas de las consecuencias que el relativismo conlleva para la sociedad moderna, lo que a su vez dificultará enormemente el camino de la fe (Cardó, 2013, pp. 36-37).

Esta dictadura del relativismo ya no se presenta al mundo con su vestido de resignación ante la inmensidad de la verdad y la imposibilidad de su conocimiento, sino como una ideología en sí, apoyada en los conceptos de tolerancia, diálogo y libertad, conceptos que según esta ideología quedarían muy limitados si se reconociera la existencia de una verdad objetiva: de ahí su lucha por negar tal posibilidad (Ratzinger, 1996).

Su visión del hombre se caracteriza por lo que podría denominarse antropocentrismo subjetivista, que coloca a la persona como medida de todas las cosas, como bien afirma el papa Benedicto XVI (5-11-2005, n. 2): “la cultura actual marcada por un subjetivismo que desemboca en el individualismo extremo o en el relativismo, impulsa a los hombres a convertirse en la única medida de sí mismos”.

La idea de conciencia defendida por Ratzinger, como órgano que confiere unidad al hombre, difiere totalmente de la configurada por una cultura relativista que conduce a la absolutización del sujeto, ya que en el campo moral no va a tener instancia superior a su propia conciencia. Este planteamiento halla su fundamento en el hecho de que lo bueno y verdadero no es cognoscible, por lo que la última instancia en la determinación de ambas categorías será la persona. Este concepto moderno de conciencia va a desembocar en lo que podría denominarse como una “canonización del relativismo”, es decir, de la imposibilidad de establecer normas morales y religiosas que puedan ser comunes a todos los hombres (Ratzinger, 2000, p. 149). Como afirma el teólogo alemán la conciencia no puede entenderse como la envoltura protectora de la subjetividad bajo la que el hombre se puede cobijar y ocultar la realidad y la verdad, ya que en ese caso se estaría justificando la autoridad de la subjetividad y se llegaría a un conformismo social que lo único que buscaría sería una convivencia que, basada en una falsa idea de tolerancia, renunciaría a la búsqueda de toda verdad (Ratzinger, 1995, p. 49).

Desde diversas instancias se afirma que solo partiendo de una concepción meramente subjetiva de la conciencia se puede llegar a un pluralismo ético, sin el cual sería imposible el desarrollo del sistema democrático como forma de gobierno de la sociedad, donde los ciudadanos pudieran reivindicar su más plena autonomía en las cuestiones morales y donde el legislador se presentaría, simplemente, como el que respetando la libertad de los ciudadanos cumpliría la tarea de positivizar en leyes sus preferencias, que lejos de reconocer la existencia de una norma moral arraigada en la propia naturaleza de la persona, fundamentara los preceptos legales desde postulados de autonomía y según el modelo de las mayorías (Congregación para la Doctrina de la Fe, 2007, pp. 488-497).

¿Por qué triunfa tanto el relativismo en la sociedad actual?, se pregunta el pontífice. En primer lugar, por la parte de verdad que contiene, ya que casi todas las cosas son opinables: los gustos estéticos, las diferentes sensibilidades culturales o los modos en los que las personas pueden afrontar un problema. Pero la clave está en el término “casi”, pues existen una serie de verdades que guardan una relación directa con el orden moral, que son universales y que cumplen el papel de ancla que permiten al hombre ofrecer una respuesta a las preguntas sobre el sentido de su existencia, como por ejemplo que hay que hacer el bien y evitar el mal, que toda vida merece un respeto, que no hay que mentir o que no se deben cometer injusticias. A estos principios, que constituyen la base de lo que se conoce como ley natural, Benedicto XVI se refiere como “principios no negociables” (Fazio, 2012, pp. 17-18).

Otra causa que se puede aducir para justificar el éxito de esta ideología es que se erigió como la mejor respuesta frente al fundamentalismo que transforma en dogmas todo aquello que es solo opinable. El problema surgió cuando esta postura relativista terminó por convertirse también en un fundamentalismo, de manera que todos aquellos que no acogen sus pretensiones van a quedar fuera de lo que se considera políticamente correcto y, por tanto, discriminados en relación con el resto de la sociedad (Fazio, 2012, pp. 18-19).

La corriente del relativismo afecta a todos los ámbitos del hombre y de la sociedad, pero el papa se refiere a dos aspectos que guardan relación con esta postura. Por un lado, el relacionado con la cultura (Ratzinger, 2005, p. 150). Tanto la cultura tecnológica como la relativista van a impedir un diálogo fructífero apoyado en la trascendencia de la universalidad de la razón (Benedicto XVI, 25-9-2006, n. 5), por ello, cada pueblo debe tomar de su patrimonio cultural sus mejores valores con la finalidad de salir al encuentro de los demás, aceptando compartir sus riquezas espirituales y materiales en beneficio de todos (Benedicto XVI, 12-5-2005, n. 5). Afirma el papa que: “el futuro de la humanidad no puede depender del mero compromiso político, sino que debe ser el fruto de un consenso más profundo basado en el reconocimiento de verdades universales” (Benedicto XVI, 29-2-2008, n. 3).

Por otro lado, y en lo que se refiere a las religiones, el relativismo considera que todas tienen un mismo valor y, como no puede demostrarse en cuál de ellas se halla la verdad, han de permanecer en el ámbito de lo meramente privado y subjetivo, donde la verdad es sustituida por la buena intención lo que, como afirma Ratzinger, no puede asumirse, ya que no se puede pasar por alto cuánto mal ha acontecido en la historia en nombre de las opiniones y las buenas intenciones (Ratzinger, 2005, p. 151). Las religiones son contempladas simplemente como vías que llevan todas al mismo Dios y todas poseen un mismo valor. Frente a ello, el papa va a afirmar que Dios y la verdad son uno, y no pueden considerarse como medios de salvación aspectos contradictorios entre sí, es decir, verdad y falsedad no pueden ser a la vez cauce para la salvación del hombre (Ratzinger, 2003).

Para Ratzinger, el cristianismo no puede encuadrarse sin más en la historia de las religiones, ya que en sus orígenes se sitúa al lado de la razón crítica religiosa que busca, ante todo, el conocimiento de la verdad. Ahora bien, eso no lo convierte en una mera filosofía o en algo distinto a una religión, pues en él se adora al único Dios verdadero, en el que confluyen todas las demás religiones que, a su vez, poseen semillas de verdad, que los Padres de la Iglesia denominaron “*semina Verbi*”. En el fondo, la fe cristiana va a tener como característica propia que la distingue del resto de las religiones una manera nueva de relacionar fe y razón con el fin de orientar al hombre hacia la verdad. Cuando se sucumbe a la idea de que todas las religiones son iguales y que cada cual profesa aquella que por circunstancias históricas y culturales le ha tocado vivir, pero que en cualquier caso todas ellas son caminos de salvación para el hombre, se acaba por convertir a la religión en una mera costumbre o sentimiento que no tiene por finalidad alcanzar la verdad y que dificulta sobremanera el diálogo entre las personas sobre los asuntos más importantes de la existencia (Ratzinger, 2002, pp. 318-319).

Ratzinger define el cristianismo como la religión de la verdad y del amor, dada la inseparabilidad de ambos conceptos en Dios. Se trata de dos principios complementarios que han de ser buscados siempre por toda persona para poder alcanzar una auténtica libertad,

ya que solo la verdad y el amor hacen libres al hombre. La libertad no libera al hombre si no está orientada a la búsqueda de la verdad, de ahí su continua denuncia de lo que, como anteriormente hemos citado, él denomina

“dictadura del relativismo”, claro opositor de la existencia de una verdad objetiva (Blanco, 2012, p. 28). Afirma que la medida de la libertad se halla en la verdad y el amor (Ratzinger, 1976, p. 92).

2. La idea de verdad frente a la “dictadura del relativismo”

Una novedad en el pensamiento de Ratzinger es la vinculación que lleva a cabo entre verdad y amor. Según el teólogo alemán, la verdad sin amor es ciega, pero el amor sin verdad se encuentra vacío y acaba por degenerar en arbitrariedad y puro sentimentalismo. En su Encíclica *Deus caritas est* afirma la preeminencia del amor de Dios, que capacita al hombre para amar de un modo pleno, en el mismo corazón de Cristo. Va a distinguir entre *eros* que se correspondería con el amor humano y *ágape* que refiere el amor divino, pero entiende ambos conceptos como dependientes, no separados entre sí. Para el teólogo bávaro en este mundo es necesario una “revolución del amor”; para ello el *eros* humano ha de ser purificado, a fin de convertirse en verdadero *ágape* (Blanco, 2012, pp. 26-27).

Ante el endiosamiento de la razón humana, Ratzinger afirma que esta no puede considerarse como la única fuente del conocimiento, a la vez que no se basta a sí misma para poder comprenderlo todo, lo que le lleva a defender que la otra gran vía de conocimiento del hombre es el amor, al que se refiere como el obrar propio de Dios, un amor cuya huella aparece impresa en el alma de todo hombre (Gutiérrez, 2012). En esta misma línea, en su Discurso dirigido a los jóvenes en la vigilia de oración de la Jornada Mundial de la Juventud de Colonia de 2005 llegará a afirmar que

no son las ideologías las que salvan el mundo, sino sólo dirigir la mirada al Dios viviente, que es nuestro creador, el garante de nuestra libertad, el garante de lo que es realmente bueno y auténtico. La revolución verdadera consiste únicamente en mirar a Dios, que es la medida de lo que es justo y, al mismo tiempo, es el amor eterno. Y ¿qué puede salvarnos sino el amor? (Benedicto XVI, 20-8-2005, n. 6).

En su lema episcopal, “colaborador de la verdad”, pone de manifiesto su creencia firme en el poder liberador de la verdad y, aunque en su etapa como profesor pudo experimentar la duda de si la defensa a ultranza de la verdad no llevaría consigo una especie de arrogancia o falta de respeto a los demás, sin embargo llegó a comprender que renunciar a la verdad supondría renunciar a los fundamentos de la persona y la sociedad. Supuesto que dicha verdad no es sino lo que la razón iluminada por la fe afirma, se hace necesario anunciarla para que cumpla el papel de faro que alumbré el devenir de todo hombre (Blanco, 2011, p. 174).

Frente a los planteamientos de todos aquellos que afirman que defender la posibilidad de conocer la verdad no es sino arrogancia por parte del sujeto, Ratzinger responde con una pregunta: ¿no es acaso más arrogancia pensar que Dios no puede darnos el regalo de la verdad? Pero, sobre todo, la verdadera arrogancia del hombre estriba en querer ofrecer una respuesta a las cuestiones fundamentales de la existencia prescindiendo totalmente de Dios. Para tener acceso a la verdad, el hombre necesita de humildad y vivir en una disposición martirial, por medio de la cual esté dispuesto a entregarse por completo, no solo en la búsqueda de dicha verdad, sino también en su anuncio y proclamación (Ratzinger, 2002, pp. 316-317).

Esta verdad que muestra aquellos valores que, en palabras de Ratzinger, han hecho grande a la humanidad, no puede ser impuesta por violencia, sino en virtud de su potencia y mediante la “fuerza” de la razón. Como ejemplo cita la actitud de Jesús ante Pilato, que no defiende la verdad mediante legiones, sino a través de su propia pasión (Benedicto XVI, 2010, p. 64).

Relaciona verdad e historia, afirmando que la verdad no se presenta en la historia desnuda, sino revestida de una palabra humana y, por tanto, inteligible a través del conocimiento, lo que no implica la renuncia a lo que de absoluto tiene la verdad, por más que el entendimiento humano sea limitado en su acercamiento a ella. Además, afirma que la libertad es la mediadora entre la verdad y la historia, señalando que la libertad de Cristo hizo posible que la eternidad entrara en el tiempo y la verdad en la historia. ¿Existe la posibilidad de una verdad permanente y absoluta a pesar de que tenga que estar determinada por la historia?, es decir, ¿existe unicidad en la verdad a pesar de la diversidad de sus manifestaciones históricas? ¿Se puede hablar de verdad y libertad más allá de la historia? Su respuesta a estos interrogantes es afirmativa, defendiendo la existencia de una verdad previa a todas las libertades y manifestaciones históricas y culturales, ya que en caso contrario sería inviable el consenso entre los hombres, un consenso que nunca puede establecerse al margen de la verdad, si no quiere convertirse en algo vacío y carente de sólidos fundamentos (Blanco, 2005, pp. 132-145).

Ratzinger afirma que es un deber de los Estados proteger al hombre y devolverle su dignidad, que va a consistir, entre otros aspectos, en que ninguna instancia humana puede dominarlo, ya que como criatura de Dios está abierto a la verdad misma, llegando a afirmar que “nunca es anacrónica la confianza en buscar la verdad y en encontrarla. Es justamente ella la que mantiene al hombre en su dignidad, rompe los particularismos y unifica a los hombres, más allá de los límites culturales, por su dignidad común” (Ratzinger, 2000, p. 147).

Sostiene que el método científico se ha convertido en el pensamiento moderno en categoría suprema, donde

la hipótesis de Dios carece de espacio, de manera que lo que el hombre antes esperaba de Dios, ahora lo espera poder hacer por sí mismo. En este contexto, todo lo relativo a la fe se presenta como arcaico, mítico y perteneciente a una civilización pasada (Benedicto XVI, 2010, p. 144). Sin embargo, Ratzinger no deja de defender que el método científico no agota la verdad en el ámbito del conocimiento, sino que se hace necesario una amplitud de la racionalidad donde la filosofía y la fe puedan ofrecer respuestas a las preguntas fundamentales sobre el hombre, la vida, la muerte, Dios y la eternidad, ya que lo no material no puede ser abordado desde métodos que, como el científico, se reducen a lo material (Ratzinger, 2000, p. 148).

En una de sus obras señala que allí donde la verdad no es un valor fundamental la utilidad se convierte en la única fuente del conocimiento: “[s]i el hombre no puede conocer propiamente la verdad, sino sólo la utilidad de las cosas, entonces el consumo será el único parámetro de todo hacer y pensar, el mundo se reduciría a “material para la construcción” (Ratzinger, 1993, p. 37).

Apuesta Ratzinger por lo que denomina una nueva revolución, que consistiría en resistir al dogma del cambio continuo y de la manipulación integral de la realidad en aras de poder salvar la integridad de la persona humana (Ratzinger, 1993, p. 35), ya que “cuando ésta se deja guiar y purificar por la verdad no sólo alcanza su propio ser, sino el de los demás” (Eslava, 2008, p. 321).

La verdad vale por sí misma y tiene en sí misma su propia dignidad, y solo cuando se la sitúa por encima de todo lo demás y se la considera como fundamento del cual depende el sujeto, puede llegarse, a través de ella, a la cercanía de la noción de Dios (Eslava, 2008, p. 321).

3. Laicidad y laicismo

Si bien es cierto que la secularización del Estado — que no de la sociedad— es en sí misma positiva, en Occidente esta secularización ha evolucionado hacia un secularismo combativo. Su intención no es separar el Estado de la religión, sino reducirla al ámbito de lo meramente privado. A su vez, la pérdida del poder temporal de la Iglesia le ha ayudado a redescubrir lo que es verdaderamente esencial y propio del cristianismo y a discernir cuál ha de ser el papel que debe desempeñar en la sociedad como instancia moral que guía la conciencia de los católicos y de todos los hombres de buena voluntad (García, 2013, p. 229).

Muy influenciado por lo que fueron sus vivencias de joven bajo la dominación del totalitarismo nacional-socialista, en su libro autobiográfico *Mi vida* Ratzinger va a poner al descubierto la nueva forma de totalitarismo que se desarrolla en la sociedad actual, el laicismo, que no hace sino volver a reactivar lo que en sus días fueron los objetivos básicos del nazismo en su relación con la religión: acabar con su visibilidad pública, desvincular la cultura de sus bases cristianas y suprimir su influencia social, eliminando la enseñanza de la religión (López-Sidro, 2005, pp. 36-46).

Relaciona tres conceptos entre sí: relativismo, democracia y laicidad, afirmando que allí donde el relativismo, bajo una falsa idea de tolerancia, es considerado como elemento esencial de la democracia, se acaba por concebir la laicidad en términos de exclusión de la religión del ámbito público (Benedicto XVI, 11-1-2010, n. 9).

Va a distinguir el pontífice entre “laicismo”, cuyo sufijo es interpretado negativamente en la actualidad como una oposición frente a todo lo que se refiere a la religión en los diferentes niveles (social, político, económico,

etc.) y “laicidad”, que pone su acento en la autonomía del poder civil respecto del espiritual, pero sin que ello implique ausencia de relación alguna con la religión. La laicidad puede degenerar fácilmente en laicismo cuando implica hostilidad ante cualquier manifestación religiosa en el ámbito público. Esta negación de la religión por parte de una concepción laicista del poder y la sociedad parte de la idea de la absoluta autonomía del hombre respecto de toda dimensión trascendente y, por tanto, defiende la capacidad de la persona de autorredimirse, de manera que todo aquello que tenga que ver con la fe sólo implicará cargas morales que el sujeto ha de soportar y que constituyen un obstáculo a su libertad y su felicidad (Forment, 2011, pp. 310-313).

El laicismo busca desgajar la fe de la vida cotidiana a fin de alcanzar el objetivo de que el hombre pueda vivir como si Dios no existiera. Por eso Benedicto XVI señala como solución urgente ante esta situación proponer una “sana laicidad”, término este que ya aparece prefigurado en el magisterio pontificio anterior, que invierta el viejo axioma ilustrado de que “el hombre viva como si Dios no existiera”, en uno nuevo que defienda “que el hombre pueda vivir como si Dios existiera”, a fin de recuperar así para la sociedad la armonía perdida entre fe y razón y la vinculación que siempre debe darse entre la ley natural y la ley civil (López-Sidro, 2008, pp. 649-650).

Por ello, en su Discurso al Cuerpo Diplomático acreditado ante la Santa Sede con motivo de la felicitación del año nuevo de 2010, el pontífice insistió en la necesidad urgente de “definir una laicidad positiva, abierta, y que, fundada en una justa autonomía del orden temporal y del orden espiritual, favorezca una sana colaboración y un espíritu de responsabilidad compartida” (Benedicto XVI, 11-1-2010, n. 9).

Benedicto XVI considera que es necesaria una nueva reflexión sobre el verdadero significado de la laicidad, a fin de poder diferenciar adecuadamente entre el ámbito político y el religioso de manera que se tutele adecuadamente la libertad religiosa de los ciudadanos, la responsabilidad del Estado hacia ellos y la función insustituible que la religión cumple tanto en la formación de las conciencias como en la creación de un consenso ético de fondo en la sociedad (Benedicto XVI, 12-9-2008, n. 3).

Como afirma el pontífice, el concepto de laicidad nace con el cristianismo, con la intención de diferenciar al simple fiel cristiano del clero y de los religiosos y, posteriormente, para distinguir el poder civil del espiritual (Benedicto XVI, 9-12-2006). El papel decisivo del cristianismo en el surgimiento de este concepto deriva del hecho de que era necesario como garante de la libertad que la Iglesia necesitaba para el cumplimiento de su misión (López-Sidro, 2008, p. 621).

Sin embargo, como ocurre con otros tantos conceptos que nacen en el contexto de la fe cristiana, durante la Edad Moderna fue asumido por el orden civil para su ideologización, interpretándose a partir de entonces en el sentido de exclusión de la religión del ámbito público y su circunscripción al orden de la conciencia individual.

En el pensamiento de Benedicto XVI podemos distinguir tres planos diferentes en sus aportaciones respecto del tema de la laicidad.

El plano intelectual por medio del cual busca aclarar conceptos afirmando reiteradamente la necesaria relación que debe darse entre fe y razón, para no ceder ante el empuje de una cultura meramente positivista donde la absolutización de lo racional termina por rechazar la trascendencia y la verdad. En este plano va a denunciar, como ya antes se constató, las nefastas consecuencias que el relativismo conlleva para la sociedad actual y frente al mismo va a defender la necesidad de recuperar la ley moral natural como evidencia de los fundamentos del ser humano y de su actuar ético, y no como algo propiamente católico, sino como perteneciente a la persona por razón de su naturaleza.

En el plano diplomático se esfuerza por anunciar la necesidad que el mundo tiene de redefinir la laicidad a fin de que pueda establecerse una clara distinción y autonomía entre el orden temporal y espiritual y para que pueda desarrollarse una adecuada concepción de la libertad religiosa. Afirma que la sana laicidad tiene por tarea contrarrestar dos de los grandes peligros que el laicismo lleva consigo, la erradicación de la verdad moral y la obsesión por invisibilizar las manifestaciones públicas de la fe.

En lo que se refiere al plano pastoral reseña que la misión de la Iglesia no reside en crear una estructura política para este mundo, por justa que pudiera parecer. En este contexto urge que los fieles tomen conciencia de su tarea de anunciar con el testimonio de su vida y su palabra que Dios es amor y que desea la felicidad de los hombres, que su ley moral no oprime la libertad de la persona, sino que la libera, y que sin Dios el hombre está perdido.

Desde este planteamiento, Benedicto XVI va a afirmar que:

la Iglesia espera que el Estado, a su vez, reconozca que una sana laicidad no debe considerar la religión como un simple sentimiento individual que se puede relegar al ámbito privado, sino como una realidad que, al estar también organizada en estructuras visibles, necesita que se reconozca su presencia comunitaria pública. Por eso, corresponde al Estado garantizar la posibilidad del libre ejercicio de culto de cada confesión religiosa, así como sus actividades culturales, educativas y caritativas, siempre que ello no esté en contraste con el orden moral y público. Ahora bien, la contribución de la Iglesia no se limita a iniciativas asistenciales, humanitarias y educativas concretas, sino que incluye, sobre todo, el crecimiento ético de la sociedad, impulsado por las múltiples manifestaciones de apertura a lo trascendente y por medio de la formación de conciencias sensibles al cumplimiento de los deberes de solidaridad (Benedicto XVI, 31-10-2011, n. 4).

Para el pontífice esta sana laicidad implica, por tanto, y a modo de síntesis, el reconocimiento de la justa autonomía de las realidades temporales respecto de la autoridad eclesial, no así respecto del orden moral; la defensa de la verdad y de la ley natural; no considerar la religión como un mero sentimiento individual, sino reconocer su papel en la vida pública en condiciones de igualdad respecto de las demás cosmovisiones, pensamientos o ideologías; y la condena de toda hostilidad frente a cualquier forma de religión (Benedicto XVI, 9-12-2006, nn. 7-8). En su regreso del viaje a Estados Unidos va a alabar el modelo de Estado de ese país, ya que en él la religión no solo se tolera, sino que se la valora como el alma de la nación y la garantía de los derechos y deberes del hombre. Se trata de un sistema, según afirma el Pontífice, que nace como opuesto a la idea de las Iglesias de Estado que surgen en Europa, un Estado laico, pero no en un sentido negativo, sino en el deseo de vivir libre y auténticamente la religión respecto del poder civil (Benedicto XVI, 30-4-2008, n. 3).

Reivindica Benedicto XVI la necesidad de trabajar por una renovación cultural y espiritual que germine en una sana concepción de la laicidad que no se interprete como hostilidad frente a la religión, sino como un compromiso para que, con el objetivo de alcanzar entre todos el bien común de la sociedad, se garantice la posibilidad de vivir y manifestar las propias convicciones religiosas (Benedicto XVI, 15-10-2005, n. 2).

En uno de sus discursos, Benedicto XVI iba a sostener que:

Un Estado democrático laico es aquel que protege la práctica religiosa de sus ciudadanos, sin preferencias ni rechazos. Por otra parte, la Iglesia considera que en las sociedades modernas y democráticas puede y debe haber plena libertad religiosa. En un Estado laico son los ciudadanos quienes, en el ejercicio de su libertad, dan un determinado sentido religioso a la vida social. Además, un Estado moderno ha de servir y proteger la libertad de los ciudadanos y también la práctica religiosa que ellos elijan, sin ningún tipo de restricción o coacción (Benedicto XVI, 23-9-2005, n. 3).

4. Las relaciones Iglesia-Estado desde los conceptos de verdad y laicidad

Dentro de su concepción de la libertad religiosa es necesario analizar las relaciones que se dan entre Iglesia y Estado a fin de poder alcanzar un adecuado concepto sobre lo que significa verdaderamente la laicidad. De hecho, en una entrevista concedida al diario italiano *La Repubblica*, el entonces Cardenal Ratzinger respondía a la pregunta sobre qué era para él la laicidad con cuatro palabras: la libertad de religión (Ratzinger, 2004, citado por Fazio, 2012, p. 94).

Es necesario partir del n. 76 de la Constitución apostólica del Concilio Vaticano II *Gaudium et spes* para entender mejor la continuidad entre el pensamiento de Benedicto XVI y la doctrina magisterial de la Iglesia sobre este tema. El citado número establece que:

la comunidad política y la Iglesia son independientes y autónomas, cada una en su propio terreno. Ambas, sin embargo, aunque por diverso título, están al servicio de la vocación personal y social del hombre. Este servicio lo realizarán con tanta mayor eficacia, para bien de todos, cuanto más sana y mejor sea la cooperación entre ellas, habida cuenta de las circunstancias de lugar y tiempo (*Gaudium et spes*, 1965, n. 76).

En diversos discursos y escritos va a insistir el Pontífice en que la religión no es un problema para el Estado y la sociedad, ni un factor de perturbación o conflicto, sino que por el contrario contribuye de manera positiva al debate nacional. La Iglesia, por ello, no busca privilegios ni intervenir en cuestiones que no son de su competencia,

sino cumplir la misión que tiene encomendada mediante su participación en el debate público en condiciones de auténtica libertad, pues como Benedicto XVI reconoce:

La religión cristiana y las otras religiones pueden contribuir al desarrollo solamente si Dios tiene un lugar en la esfera pública, con específica referencia a la dimensión cultural, social, económica y, en particular, política. La doctrina social de la Iglesia ha nacido para reivindicar esa “carta de ciudadanía” de la religión cristiana. La negación del derecho a profesar públicamente la propia religión y a trabajar para que las verdades de la fe inspiren también la vida pública, tiene consecuencias negativas sobre el verdadero desarrollo. La exclusión de la religión del ámbito público, así como, el fundamentalismo religioso por otro lado, impiden el encuentro entre las personas y su colaboración para el progreso de la humanidad (*Caritas in veritate*, n. 56).

Para el santo padre, dado que Iglesia y Estado están llamadas ambas, desde su propia perspectiva, a servir al hombre, es en el hombre donde han de encontrarse y colaborar para conseguir así el bien integral de este (Benedicto XVI, 20-11-2006, n. 7).

Afirma Benedicto XVI que cuando la Iglesia suscribe pactos internacionales no lo hace con la intención de obtener privilegio alguno en ningún ámbito, sino solamente con el deseo de garantizar la libertad religiosa por medio de una tutela efectiva del Estado, ya que se trata de un derecho, no solo de la persona, sino también de la familia, de los grupos intermedios y de la Iglesia (Benedicto XVI, 17-12-2010). En otro de sus discursos señala que el objetivo que persigue la Santa Sede cuando establece concordatos o acuerdos con los Estados no es otro que promover una plena libertad religiosa, para que, en consonancia con los establecido en las diferentes declaraciones internacionales, pueda establecerse una relación adecuada entre la comunidad política y la Iglesia católica (Benedicto XVI, 10-1-2011, n. 15).

Para el pontífice, el Estado no puede proclamarse neutral frente a la libertad religiosa, sino que, por el contrario, de la misma manera que garantiza el respeto a

las demás libertades, también debe crear las condiciones necesarias para que esta libertad pueda ejercerse plenamente por todos los ciudadanos. Ahora bien, donde sí es necesaria la neutralidad del Estado, en relación con la libertad religiosa, es respecto de las distintas opciones que en esta materia tomen los ciudadanos, no pudiendo beneficiar a alguna de ellas en detrimento de las demás, y mucho menos asumir posiciones laicistas beligerantes con todo lo que tenga que ver con la dimensión espiritual de la persona (Bertone, 2009).

Para fijar adecuadamente las relaciones que se han de establecer entre el orden civil y el religioso, recurre el pontífice a las palabras de Cristo recogidas en el Evangelio: “Dad al César lo que es del César, y a Dios lo que es de Dios” (Lc. 20, 25). En su reflexión sobre esta cita de la Sagrada Escritura, señala que es de justicia reconocer la autonomía del orden civil y político. Ahora bien, al relatar la segunda parte del citado versículo la expresión “a Dios lo que es de Dios” se trata de resaltar con ello el reconocimiento, por parte de la autoridad civil, de la religión, ya que el Estado (el César moderno) también está llamado a dar a Dios lo que en justicia le corresponde. Esto implica, como afirma la Declaración conciliar *Dignitatis humanae*, la posibilidad de que dicho Estado pueda reconocer una religión como oficial, siempre y cuando se respete la separación entre el orden civil y el religioso y se reconozca el derecho a la libertad religiosa de las demás confesiones. De igual manera, también será legítima una bien entendida neutralidad del Estado en materia religiosa, siempre y cuando creyentes y no creyentes sean tratados con idéntica justicia. Ahora bien, dicha neutralidad devendrá en laicismo cuando, tomando como base la defensa de una pluralidad de opciones ante la religión, la autoridad civil adopte una postura atea, agnóstica o arreligiosa, ya que en tal caso, el Estado estaría tomando posición frente al hecho religioso en un sentido negativo, abandonando con ello su neutralidad y violando el derecho a la libertad religiosa. El poder civil no solo debe procurar una distinción entre el ámbito político y el espiritual, como condición necesaria para un adecuado desarrollo de la libertad religiosa, sino que también deberá valorar positivamente la función social de la religión a la hora de llevar a cabo una correcta fundamentación del orden social (Forment, 2011, pp. 313-315).

Partiendo del análisis de diversos textos del Nuevo Testamento, el teólogo alemán llega a la conclusión de que, dado que no hay poder civil que no provenga de Dios, oponerse a las autoridades constitucionales es tanto como oponerse a Dios. Sin embargo, que se reconozca el origen divino de los ordenamientos y autoridades civiles no significa que se defienda una divinización del poder. El poder civil, en cuanto garante del derecho, puede exigir obediencia. Sin embargo, cuando dicho poder se erige en “dios” y no respeta el derecho divino excede sus límites, y obedecerle significaría tanto como renegar de Dios. Como Ratzinger afirma:

Cristo crucificado indica los límites del poder estatal y muestra dónde acaban sus derechos y se hace necesario resistir en medio del sufrimiento. La fe del Nuevo Testamento no conoce revolucionarios, sino mártires: el mártir reconoce la autoridad del Estado, pero reconoce también sus límites. Su resistencia consiste en que hace todo lo que está al servicio del derecho y de la comunidad organizada, aunque provenga de autoridades extrañas u hostiles a la fe, pero no obedece cuando se le manda ponerse contra la voluntad de Dios (Ratzinger, 2005, p. 57).

La Sagrada Escritura rechaza toda concepción del poder como mesianismo escatológico-revolucionario que busca concretarse en la historia. Si bien es cierto que la política, como afirma Ratzinger, no tiene por fin instaurar el Reino de Dios en este mundo, sí debe, sin embargo, preocuparse por conseguir una sociedad para el hombre donde reine la justicia y la paz (Ratzinger, 2005, pp. 55-56).

Ya cuando era cardenal afirmó: “la fe incluye lo social, pero no en la forma de un programa concreto de partido, sino que lo social está presente en la fe en la modalidad de responsabilidad, es decir, como mediación entre la razón y la voluntad” (Ratzinger, 1993, p. 107).

La tarea de la Iglesia es acompañar al Estado en su misión. Quiere ser como el alma de ese cuerpo, e indicar a este lo que es esencial para la sociedad: Dios y el hombre. Cumple así una función de educadora que busca mostrar dónde está Dios y dónde está el verdadero

hombre (Benedicto XVI, 19-11-2011, n. 7). Dado que la voz moral de la Iglesia ejerce una influencia positiva en el mundo, buscará promover y anunciar los principios éticos que deben sostener el orden social y político, así como denunciar las violaciones que estos puedan sufrir en los diferentes países. Esta tarea la llevará a cabo no desde el punto de vista de la fe cristiana, sino en el terreno no confesional de la razón y la naturaleza, sobre la base de los principios universalmente aplicables derivados de ambas (Benedicto XVI, 21-10-2011 n. 2). Como sostiene el Pontífice en uno de sus discursos:

Los nuevos desafíos que se asoman al horizonte exigen que Dios y el hombre vuelvan a encontrarse, que la sociedad y las instituciones públicas recuperen su “alma”, sus raíces espirituales y morales, para dar nueva consistencia a los valores éticos y jurídicos de referencia y, por tanto, a la acción práctica. La fe cristiana y la Iglesia nunca dejan de dar su contribución a la promoción del bien común y de un progreso auténticamente humano (Benedicto XVI, 21-1-2011, n. 6).

Las intervenciones públicas que la Iglesia lleva a cabo son parte de la tarea que tiene encomendada de formar las conciencias y defender los derechos humanos. No puede callar ante las violaciones que sufre la dignidad de la persona, pues en ese caso, su silencio sería cómplice de la injusticia. Por ello, deberá entablar siempre un diálogo con la autoridad civil en aras de la construcción del bien común social (Benedicto XVI, 17-12-2010, n. 5). Como señala el Pontífice (12-1-2009, n. 5):

aunque poner en marcha políticas económicas y sociales adecuadas es tarea del Estado, la Iglesia, a la luz de su doctrina social, está llamada a dar su aportación estimulando la reflexión y formando las conciencias de los fieles y de todos los ciudadanos de buena voluntad.

A tal efecto es necesario diferenciar entre la acción directa de la Iglesia en su servicio en favor de la caridad, de las estructuras de justicia de la sociedad, que pertenecen al ámbito de la política, ya que el mensaje evangélico no lleva consigo una síntesis política determinada, sino que

busca únicamente purificar la razón política y formar las conciencias de los fieles (Bellocq, 2010, p. 88).

No es tarea de la religión ni de la Iglesia proponer soluciones políticas concretas, sino que su papel consiste en iluminar y purificar la razón para que esta pueda descubrir cuáles son los principios morales objetivos que, correspondiendo a la verdad del hombre, han de regir su obrar. En este sentido, y con toda claridad, afirma el pontífice (13-5-2007, n. 4):

Si la Iglesia se transformara en sujeto político no haría más por los pobres y por la justicia, sino que haría menos, porque perdería su independencia y su autoridad moral, identificándose con una única vía política y con posiciones parciales. Sólo siendo independiente puede enseñar los grandes criterios y valores inderogables, orientar las conciencias y ofrecer una opción de vida que va más allá del ámbito político. Formar las conciencias, ser abogada de la justicia y la verdad, educar en las virtudes individuales y políticas, es la vocación fundamental de la Iglesia en este sector.

La Encíclica Caritas in veritate recoge el siguiente texto al respecto de este tema:

La Iglesia no tiene soluciones técnicas que ofrecer y no pretende de ninguna manera mezclarse en la política de los Estados. No obstante, tiene una misión de verdad que cumplir en todo tiempo y circunstancia en favor de una sociedad a medida del hombre, de su dignidad y de su vocación (Benedicto XVI, 2009, n. 9).

En su viaje a México, el pontífice alemán sostendrá que:

La Iglesia no es un poder político, no es un partido, sino una realidad moral, un poder moral. Dado que la política debe ser fundamentalmente una realidad moral, la Iglesia, en este aspecto, tiene que ver fundamentalmente con la política. Repito lo que acabo de decir: el primer pensamiento de la Iglesia es educar las conciencias y así crear la responsabilidad

necesaria; educar las conciencias tanto en la ética individual como en la ética pública (Benedicto XVI, 23-3-2012, n. 3).

Como el santo padre afirma en su Encíclica Deus caritas est:

No es tarea de la Iglesia el que ella misma haga valer políticamente esta doctrina: quiere servir a la formación de las conciencias en la política y contribuir a que crezca la percepción de las verdaderas exigencias de la justicia y, al mismo tiempo, la disponibilidad para actuar conforme a ella, aun cuando esto estuviera en contraste con situaciones de intereses personales. Esto significa que la construcción de un orden social y estatal justo, mediante el cual se da a cada uno lo que le corresponde, es una tarea fundamental que debe afrontar de nuevo cada generación. Tratándose de un quehacer político, esto no puede ser un cometido inmediato de la Iglesia. Pero, como al mismo tiempo es una tarea humana primaria, la Iglesia tiene el deber de ofrecer, mediante la purificación de la razón y la formación ética, su contribución específica, para que las exigencias de la justicia sean comprensibles y políticamente realizables (Benedicto XVI, 2009, n. 28).

De lo expuesto puede sacarse la conclusión de que lo propio de la Iglesia no es ser Estado, sino una comunidad de convicciones, pero:

También es propio de ella reconocer que tiene una responsabilidad en todo y no puede limitarse a sí misma. En uso de su libertad debe participar en la libertad de todos, para que las fuerzas morales de la historia continúen siendo fuerzas morales del presente y para que puedan surgir los valores sin los que no es posible la libertad común (Ratzinger, 1995, pp. 39-40).

Dado que en la configuración del orden social justo, la Iglesia no tiene un papel directo, es a los fieles laicos a quienes va a corresponder la tarea inmediata de trabajar en orden a este fin, pero no solo como miembros de la Iglesia, sino como ciudadanos del Estado, con el fin de

distinguir esta actuación en el orden civil de otras acciones que puedan realizar en el seno de la Iglesia, que se encargará de ofrecer a los cristianos la educación moral y los medios sobrenaturales para ayudarles en el desarrollo de su misión de construir, a través del cumplimiento de sus respectivos deberes sociales, una sociedad digna para el hombre (Bellocq, 2010, pp. 96-100).

Concibe la idea de un Estado que no lo regule y domine todo, sino que potencie, a través del principio de subsidiariedad, las iniciativas que surgen de los individuos y grupos sociales intermedios (Benedicto XVI, 25-12-2005). En su libro *Verdad, valores y poder* lleva a cabo una delimitación de cuáles han de ser las tareas propias de un Estado y dónde se hallan sus límites. Afirma que:

[e]l Estado debe crear un equilibrio entre libertad y bien que permita a cada hombre llevar una vida digna; garantizar el derecho como condición de la libertad y el bienestar generalizado; gobernar, pero también hacer que el gobierno no sea simplemente un ejercicio de poder, sino protección del derecho que asiste al individuo y garantía del bienestar de todos. No es tarea del Estado traer la felicidad a la humanidad; crear nuevos hombres; convertir el mundo en un paraíso. El Estado debe limitarse a establecer un orden relativo de vida en común (Ratzinger, 1995, p.90).

Si bien esto es lo ideal, en la práctica se ha experimentado en los últimos años un incremento en el poder y las funciones de los Estados, que los ha llevado a querer e incluso marcar la doctrina ética que debe regir el funcionamiento de la sociedad y el comportamiento de

los sujetos que la constituyen. Aunque se trata en este caso de materias fundamentales para el hombre que la autoridad civil debe proteger a través de una legislación justa, no es viable que la regulación se base en criterios arbitrarios que en nada tengan presente la dimensión integral de la persona, su dignidad, ni las tradiciones religiosas y culturales (García, 2013, p. 237).

Como el mismo Cardenal Ratzinger afirma:

El Estado no le está permitido convertirse a sí mismo en religión. Debe permanecer profano y diferenciarse de la religión en cuanto tal. Pero tampoco le es lícito deslizarse hacia el puro pragmatismo de lo irrealizable, sino que debe luchar porque imperen las convicciones morales (Ratzinger, 1993, p. 174).

Más tarde, ya como pontífice, va a prevenir a los poderes públicos de desempeñar función alguna en lo que concierne al “cuidado de las almas”, pues no es propio de su tarea “construir ventanas” que permitan ver dentro de las conciencias de los ciudadanos (Martínez, 2009, p. 356).

Una vez señalado lo que la Iglesia y la religión pueden aportar a la sociedad y al Estado, así como cuál ha de ser la tarea y límites de este en el contexto de la libertad religiosa respecto de la fe, el santo padre va a desenmascarar la ideología laicista imperante en la sociedad actual y a proponer como respuesta el concepto de “sana laicidad” frente a los abusos de poder, que en el ámbito de la fe se pueden constatar en los tiempos modernos.

Conclusiones

Frente al concepto de verdad, la sociedad actual opone lo que Ratzinger denomina “dictadura del relativismo”, que propone como fuente de determinación de lo bueno, lo justo y lo verdadero la conciencia subjetiva de la persona. El teólogo alemán y posteriormente papa, va a afirmar que la verdad sin amor es ciega, pero el amor sin verdad se encuentra vacío y acaba por degenerar en arbitrariedad y puro sentimentalismo. Frente al endiosamiento de la razón, que se alza en la sociedad posmoderna como la única fuente de conocimiento humano, Ratzinger opone el amor como la otra gran vía de conocimiento que posee la persona. Su pasión por la verdad se pone de manifiesto en su propio lema episcopal: “colaborador de la verdad”, a la que el papa reconoce su poder liberador para el hombre, y que identifica con la ley moral objetiva a la que accede la razón iluminada por la fe. Defiende la existencia de una verdad previa a todas las libertades y manifestaciones históricas y culturales, ya que en caso contrario sería inviable el consenso entre los hombres. Sostiene que allí donde la verdad no es un valor fundamental, la utilidad se convierte en la única fuente del conocimiento. Ratzinger subraya que la verdad vale por sí misma y tiene en sí misma su propia dignidad, y solo cuando se la sitúa por encima de todo lo demás y se la considera como fundamento del cual depende el sujeto, puede llegarse, a través de ella, a una comprensión de la noción de Dios.

En relación con el papel que la religión cumple en la sociedad, y que Ratzinger define como ideología laicista, el papa propone una sana laicidad que ponga su acento en la autonomía del poder civil respecto del espiritual, pero sin que ello implique ausencia de relación alguna con la religión en el ámbito público. A través de esta idea aspira a que la sociedad pueda recuperar la armonía que siglos atrás existía entre fe y razón y la necesaria vinculación que siempre ha de darse entre ley civil y ley natural. Para el pontífice, la sana laicidad implica, por tanto, el

reconocimiento de la justa autonomía de las realidades temporales respecto de la autoridad eclesiástica, no así respecto del orden moral, la defensa de la verdad y de la ley natural, además de no considerar la religión como un mero sentimiento individual, sino reconocer su papel en la vida pública en condiciones de igualdad respecto de las demás cosmovisiones, pensamientos o ideologías.

Benedicto XVI aborda las relaciones Iglesia-Estado dentro del contexto de una sana comprensión de la laicidad, donde la religión no puede ser concebida como un problema o un enemigo para el Estado, sino como un factor imprescindible que aporta una eminente riqueza al debate público en aras de la construcción del bien común de la sociedad. El Estado no puede ampararse en una esquivada declaración de neutralidad frente a la libertad religiosa, sino que su actuación positiva en relación con ella debe ser similar a su compromiso en defensa de los demás derechos y libertades. Solo legitimará esta neutralidad del Estado cuando creyentes y no creyentes sean tratados con idéntica justicia. Sin embargo, degenerará en laicismo cuando la autoridad civil adopte una postura atea, agnóstica o arreligiosa, ya que en tal caso el Estado estaría tomando posición frente al hecho religioso en un sentido negativo, abandonando con ello su neutralidad y violando el derecho a la libertad religiosa. Respecto a cuál ha de ser el papel de la Iglesia, el papa afirma que esta no puede acallar su voz en el ámbito del discurso público, pues una de las tareas que tiene encomendada es formar las conciencias de los hombres, defender en su integridad los derechos humanos y purificar la razón política de los errores de los que pueda verse afectada. A la Iglesia no le corresponde un papel inmediato y directo en la constitución de un orden social justo, sino que esto es tarea de los fieles, respecto de los cuales la Iglesia ha de asumir su papel de madre y maestra en la formación de sus conciencias.

Benedicto XVI va a incidir en el desarrollo de su magisterio pontificio sobre la libertad religiosa en lo que podríamos considerar la segunda parte del texto de la Declaración conciliar *Dignitatis humanae*, es decir, especialmente el ámbito de las relaciones Iglesia-Estado. Y lo hace dando respuesta a lo que considera los aspectos más preocupantes de la sociedad: la dictadura del relativismo y la concepción de una democracia como forma de gobierno vacía de contenido moral y sustentada

por el criterio de las mayorías. Desde una teología abierta al diálogo y fundamentada en el *Logos* y en las fuentes de los Padres de la Iglesia y de la Sagrada Escritura, va a desarrollar un pensamiento sobre las relaciones Iglesia-Estado con la verdad como criterio determinante y expresada en lo que él mismo califica como laicidad positiva o sana laicidad, conceptos estos que ya había utilizado Pío XII por primera vez en algunos de sus documentos.

Referencias

- Bellocq, A. (2010). El papel de la Iglesia en la política a la luz de las enseñanzas de Benedicto XVI. *Humanidades*, 10(1), 81-100.
- Benedicto XVI, (18-4-2005). Misa “*Pro eligendo Pontifice*”. Página web del Vaticano. Recuperado de <http://bit.ly/2PFdXEA> [fecha de consulta: 2 de septiembre de 2019].
- Benedicto XVI, (12-5-2005). *Discurso al Cuerpo diplomático acreditado ante la Santa Sede*. Página web del Vaticano. Recuperado de <http://bit.ly/2PEyZTV> [fecha de consulta: 2 de septiembre de 2019].
- Benedicto XVI, (20-8-2005). *Discurso en la vigilia de oración con los jóvenes con motivo de la XX Jornada Mundial de la Juventud*. Página web del Vaticano. Recuperado de <http://bit.ly/2Zj6WwF> [fecha de consulta: 2 de septiembre de 2019].
- Benedicto XVI, (23-9-2005). *Discurso al Señor embajador de México ante la Santa Sede*. Página web del Vaticano. Recuperado de <http://bit.ly/2PI4UD1> [fecha de consulta: 3 de septiembre de 2019].
- Benedicto XVI, (15-10-2005). *Carta al Presidente del Senado italiano Marcello Pera*. Página web del Vaticano. Recuperado de <http://bit.ly/35NND0U> [fecha de consulta: 3 de septiembre de 2019].
- Benedicto XVI, (5-11-2005). *Mensaje a los miembros de las Academias Pontificias*. Página web del Vaticano. Recuperado de <http://bit.ly/36TRvNN> [fecha de consulta: 2 de septiembre de 2019].
- Benedicto XVI, (17-12-2010). *Discurso al Señor Miguel Ángel Canturri Montanya, embajador del Principado de Andorra ante la Santa Sede*. Agencia de información internacional Zenit. Recuperado de <http://bit.ly/2MewQMy> [fecha de consulta: 5 de septiembre de 2019].
- Benedicto XVI, (25-12-2005). *Deus caritas est*. AAS 98 (marzo 2006).
- Benedicto XVI, (25-9-2006). *Discurso a los diplomáticos de los países de mayoría musulmana y a los exponentes de las comunidades musulmanas en Italia*. Página web del Vaticano. Recuperado de <http://bit.ly/390z8Zi> [fecha de consulta: 2 de septiembre de 2019].
- Benedicto XVI, (9-12-2006). *Discurso al 56 Congreso Nacional de la Unión de Juristas Católicos*, Página web del Vaticano. Recuperado de <http://bit.ly/2MgzlOo> [fecha de consulta: 2 de septiembre de 2019].
- Benedicto XVI, (13-5-2007). *Discurso de la sesión inaugural de los trabajos de la V Conferencia general del episcopado latinoamericano y del Caribe, Santuario de Aparecida*. Recuperado de <http://bit.ly/2ShoHLh> [fecha de consulta: 6 de septiembre de 2019].

- Benedicto XVI, (29-2-2008). *Discurso a la Señora Mary Ann Glendon, nueva embajadora de Estados Unidos ante la Santa Sede*. Página web del Vaticano. Recuperado de <http://bit.ly/36UdN1R> [fecha de consulta: 2 de septiembre de 2019].
- Benedicto XVI, (30-4-2008). *Audiencia General*. Página web del Vaticano. Recuperado de <http://bit.ly/2s9iV3o> [fecha de consulta: 2 de septiembre de 2019].
- Benedicto XVI, (12-9-2008). *Discurso de Benedicto XVI ante las autoridades del Estado en el Palacio del Elíseo en París*. Página web del Vaticano. Recuperado de <http://bit.ly/2PP1EWy> [fecha de consulta: 2 de septiembre de 2019].
- Benedicto XVI, (12-1-2009). *Discurso a los administradores de la Región del Lacio, del Municipio y de la Provincia de Roma*. Página web del Vaticano. Recuperado de <http://bit.ly/2rZrSMV> [fecha de consulta: 5 de septiembre de 2019].
- Benedicto XVI, (29-6-2009). *Caritas in veritate*. AAS 101 (agosto 2009).
- Benedicto XVI, (11-1-2010). *Audiencia al presidente de la República italiana*. Página web del Vaticano. Recuperado de <http://bit.ly/2Qo1STF> [fecha de consulta: 3 de septiembre de 2019].
- Benedicto XVI, (11-1-2010). *Discurso al Cuerpo diplomático acreditado ante la Santa Sede*. Página web del Vaticano. Recuperado de <http://bit.ly/36YUWCT> [fecha de consulta: 2 de septiembre de 2019].
- Benedicto XVI, (24-4-2010). *Discurso al Señor Charles Ghislain, nuevo embajador de Bélgica ante la Santa Sede*. Página web del Vaticano. Recuperado de <http://bit.ly/2tHRGxv> [fecha de consulta: 2 de septiembre de 2019].
- Benedicto XVI, (17-9-2010). *Discurso en el encuentro con representantes de la sociedad británica, Westminster Hall*, <http://bit.ly/34OpLbS> [fecha de consulta: 4 de septiembre de 2019].
- Benedicto XVI, (17-12-2010). *Discurso al Señor Francisco María Greco, nuevo embajador de Italia ante la Santa Sede*. Página web del Vaticano. Recuperado de <http://bit.ly/38ZEnZj> [fecha de consulta: 2 de septiembre de 2019].
- Benedicto XVI, (10-1-2011). *Discurso al Cuerpo diplomático acreditado ante la Santa Sede*. Página web del Vaticano. Recuperado de <http://bit.ly/2MlyEU6> [fecha de consulta: 3 de septiembre de 2019].
- Benedicto XVI, (21-1-2011). *Discurso a los dirigentes y agentes de policía de Roma*. Página web del Vaticano. Recuperado de <http://bit.ly/2scJVPx> [fecha de consulta: 2 de septiembre de 2019].
- Benedicto XVI, (21-10-2011). *Discurso al Señor Joseph Weterings, nuevo embajador de los Países Bajos ante la Santa Sede*. Agencia de información internacional Zenit. Recuperado de <http://bit.ly/36YhTWU> [fecha de consulta: 2 de septiembre de 2019].
- Benedicto XVI, (31-10-2011). *Discurso al Señor Almir Franco De Sá Barbuda, embajador de Brasil ante la Santa Sede*. Página web del Vaticano. Recuperado de <http://bit.ly/34LUAOT> [fecha de consulta: 2 de septiembre de 2019].
- Benedicto XVI, (9-6-2011). *Discurso al Señor Stefan Gorda, nuevo embajador de Moldavia ante la Santa Sede*. Página web del Vaticano. Recuperado de <http://bit.ly/2Q3xBZO> [fecha de consulta: 2 de septiembre de 2019].
- Benedicto XVI, (19-11-2011). *Discurso a las autoridades de Benín*. Página web del Vaticano. Recuperado de <http://bit.ly/39206jp> [fecha de consulta: 4 de septiembre de 2019].
- Benedicto XVI, (23-3-2012). *Entrevista a los periodistas en el vuelo hacia México*. Página web del Vaticano. Recuperado de <http://bit.ly/2tDaAp3> [fecha de consulta: 6 de septiembre de 2019].
- Benedicto XVI- Seewald, P. (2010). *Luz del mundo: El Papa, la Iglesia y los signos de los tiempos*. Barcelona: Herder.
- Bertone, T. (2009). *Los Derechos humanos en el Magisterio de Benedicto XVI*. Conferencia pronunciada en la Conferencia Episcopal Española con motivo del 60º Aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Página web de la Conferencia Episcopal Española. Recuperado de <https://www.conferenciaepiscopal.es/conferencia-bertone/> [fecha de consulta: 4 de septiembre de 2019].

- Biblia de Jerusalén (2009). Bilbao: Desclée de Brouwer.
- Blanco Sarto, P. (2012). *Joseph Ratzinger-Benedicto XVI: un mapa de sus ideas*. Madrid: BAC.
- Blanco Sarto, P. (2005). *Joseph Ratzinger: razón y cristianismo*. Madrid: Rialp.
- Blanco Sarto, P. (2011). *La teología de Joseph Ratzinger*. Madrid: Palabra.
- Cardó Soria, D. (2013). *La fe en el pensamiento de Joseph Ratzinger*. Pamplona: Eunsá.
- Concilio Vaticano II. (1965). *Constitutio Pastoralis de Ecclesia in mundo huius temporis Gaudium et spes*. AAS 58 (1966).
- Congregación de la Doctrina de la Fe. (2002). *Nota doctrinal sobre algunas cuestiones relativas al compromiso y a la conducta de los católicos en la vida pública 24-11-2002*. Documenta: Documentos publicados desde el Concilio Vaticano II hasta nuestros días. Madrid: Palabra.
- Eslava, E. (2008). Libertad y anarquía: el pensamiento ético de Joseph Ratzinger. *Pensamiento y cultura*, 11(2), 313-323.
- Fazio, M. (2012). *Al César lo que es del César: Benedicto XVI y la libertad*. Madrid: Rialp.
- Forment Giralt, E. (2011). Laicismo y cristianismo en diálogo en torno al encuentro Ratzinger-Habermas. En L. Jiménez (Coord.) *Reflexiones sobre el laicismo actual: XII Curso de Antropología Filosófica* (pp.291-334). Fundación Universitaria Española.
- García Marcos, A. (2013). *Cristianismo y Estado en Joseph Ratzinger-Benedicto XVI (Tesis doctoral)*. Roma: Pontificia Universidad de la Santa Cruz.
- Gutiérrez González, M. A. (2012). El pensamiento filosófico de Joseph Ratzinger. *Sapientia Christiana*. Recuperado de <http://bit.ly/2reOFUm> [fecha de consulta: 2 de septiembre de 2019].
- López-Sidro López, A. (2008). Laicidad y laicismo en Joseph Ratzinger/Benedicto XVI. *Giennium*, 11, 607-654.
- Martínez, J. L. (2009). *Libertad religiosa y dignidad humana: claves católicas de una gran conexión*. Madrid: San Pablo.
- Mires, F. (2007). *El pensamiento de Benedicto XVI*. Santiago de Chile: LOM.
- Ratzinger, J. (1976). *Palabra en la Iglesia*. Salamanca: Sígueme.
- Ratzinger, J. (1993). *Una mirada a Europa*. Madrid: Rialp.
- Ratzinger, J. (1993). *Natura e compito della Teologia: il teólogo nella disputa contemporanea: stori e dogma*. Milano: Jaca Book.
- Ratzinger, J. (1995). *Verdad, valores, poder*. Madrid: Rialp.
- Ratzinger, J. (1996). *Situación actual de la teología y la fe. Conferencia a los presidentes de comisiones episcopales de América Latina para la doctrina de la fe, Guadalajara (México)*. Página web de Catholic.net. Recuperado de <http://bit.ly/35XRGi5> [fecha de consulta: 2 de septiembre de 2019].
- Ratzinger, J. (2000). Fe, verdad y cultura: reflexiones a propósito de la Encíclica “Fides et ratio”. *Revista Española de Teología*, 60, 141-161.
- Ratzinger, J. (2002). *Conferencia: La Unicidad y la Universalidad salvífica de Jesucristo y de la Iglesia, en Actas del Congreso Internacional de Cristología “Cristo: Camino, Verdad y Vida”*. Murcia: Universidad Católica de San Antonio.
- Ratzinger, J. (2003). *Cristianismo y religiones: fe, verdad y tolerancia*. Página web de Mercaba. Recuperado de <http://bit.ly/2PKqmHt> [fecha de consulta: 2 de septiembre de 2019].
- Ratzinger, J. (2005). *Europa, raíces, identidad y misión*. Madrid: Ciudad Nueva.
- Ratzinger, J. (2005). *Fe, verdad y tolerancia*. Salamanca: Sígueme.
- Ratzinger, J. (2005). *Mi vida*. Madrid: Encuentro.

**Raquel
Borges
Blázquez**
Universitat
de València,
España

Raquel.Borges@uv.es

Recibido: 19.04.19

Aceptado: 03.09.20

El recurso al derecho penal en el ordenamiento jurídico español para la consecución del principio de igualdad entre hombres y mujeres

The appeal to criminal law in the Spanish legislation for the attainment of the principle of equality between men and women

Resumen: Los últimos años estamos asistiendo al uso y abuso del derecho penal en la protección de derechos fundamentales. En estas líneas reflexionamos sobre el uso del derecho penal en el ordenamiento jurídico español en la búsqueda del principio de igualdad entre hombres y mujeres. Estudiamos la LO 1/2004 y los motivos del mayor desvalor del golpe del hombre sobre la mujer, que es su pareja, así como la legitimidad de discriminación en las normas penales para igualar desigualando.

Palabras clave: derecho penal; proceso penal; igualdad.

Abstract: Nowadays Criminal Law is playing a growing role in order to protect Human Rights. The aim of this paper is to carefully consider the use of Criminal Law in Spanish legislation in order to achieve equality between men and women. This paper analyzes the Organic Law 1/2004 and the reasons behind the different value of the violence of men towards their women partners as well as the validity of discrimination in criminal law in order to achieve equality through unequal treatment.

Keywords: Criminal Law; Criminal Procedure; Equality.

Las leyes son fruto de la realidad social que ha vivido un país. No existen dos países que legislen igual pues no existen dos países con la misma historia. La violencia contra las mujeres es un problema universal que afecta a todas las clases y grupos sociales con independencia de la situación económica, educación o creencia de víctima y victimario. La causa principal a nivel mundial de esta violencia es la dependencia social y económica de la mujer al hombre en el ámbito de las relaciones de familia (Bustelo, López y Platero, 2007, p. 73). Se da la paradoja de que es a la vez una violencia universal y particular. Es universal porque podemos encontrarla en cualquier punto cardinal del planeta. Y es particular porque dependiendo de la sociedad en la que se desarrolla adopta una u otra forma (Sanz Cervera, 2010, pp. 168-169).

Conocer la realidad histórico-jurídica de la sociedad española de los últimos años deviene necesario para analizar las medidas legislativas actuales. Pero antes de adentrarnos en la realidad histórico-jurídica española haremos referencia a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) a propósito del uso del derecho penal para proteger los derechos humanos (en adelante, DDHH). La necesidad de recurrir al derecho penal para la protección de derechos de carácter fundamental (la vida, la salud, la integridad, etc.) forma parte del espíritu de la Ley Orgánica de Violencia de Género (en adelante, LOVG), que decidió tratar la violencia contra la mujer en el hogar como un asunto público y castigar los diversos actos de violencia cometidos en el hogar con el desvalor penal que merecen. Eso sí, como *ultima ratio*, pues en caso contrario se estaría otorgando al derecho penal un papel de educación y concienciación social que, aunque debe ser tomado en consideración, también debe ser valorado con resistencias y no depositar en el derecho penal funciones que no le son propias. Porque “no se trata tanto de transformar la legislación, sino de transformar la realidad”. Las acciones llevadas a cabo dentro del sistema legal no pueden por sí mismas eliminar el patriarcado si no forman parte de cambios de carácter económico, cultural y social más amplios (Bergalli y Bodelón González, 1992, p. 47). Así, la hipótesis en la

que se basa este trabajo es que para avanzar en igualdad es necesario hacer uso del derecho penal para castigar los ataques más graves contra la integridad y la vida — que no pueden continuar siendo asuntos de alcoba o privados— pero también educar en igualdad y desde la infancia. Solo así evitaremos que nuestros pequeños sigan reproduciendo nuestros mismos prejuicios y estereotipos. Pero esto que parece tan obvio no lo es en realidad, y no siempre se ha utilizado el derecho penal en la lucha contra la violencia de género en sentido amplio. En una de sus primeras sentencias respecto de las obligaciones estatales positivas, el TEDH, en 1985, condenó a Países Bajos e indicó que una violación a una menor discapacitada no puede ser solventada por la vía civil. Y desde entonces ha referido en diversas sentencias la necesidad del uso del derecho penal para proteger derechos fundamentales de mujeres.

Por lo que respecta a la realidad española, el estudio de los códigos penales desde 1822 nos muestra la diferencia de trato existente entre hombres y mujeres. Para muestra, un botón: hasta 1963 el varón ostentaba el privilegio de la *cuasi* impunidad si daba muerte a su esposa sorprendida en adulterio, situación a la que no podía acogerse la mujer en el caso de que fuera ella la homicida. Esta diferencia de trato solo puede entenderse si previamente se estudia la cultura y la historia del país que, además, nos permitirá aceptar el uso de la vertiente sancionadora del principio de igualdad. Pero hoy en día, el derecho penal sigue sin atajar el problema. Castigar más al hombre que golpea a su mujer no está haciendo que dejen de morir una media de 60 mujeres al año en España. Es por ello que sin desprestigiar la decisión del legislador español de situar “primera línea de fuego” y, en el ámbito público, la desigualdad entre hombres y mujeres en las relaciones de pareja es el momento de dar un paso más y preguntarnos ¿qué está fallando? y ¿por qué se reincide? (Martínez García, 2017, p. 159).

En este artículo no vamos a entrar a plantear medidas educativo-preventivas por quedar fuera del objeto de estudio de la disciplina del derecho y proceso penal, pero sí vamos a apuntar la necesidad de que otros ámbitos

del conocimiento sigan trabajando en la prevención de la violencia de género. A lo largo de este trabajo estudiaremos el recurso al derecho penal para proteger derechos fundamentales, cómo se ha utilizado en España

el derecho penal para proteger a las víctimas de violencia de género y la vertiente sancionadora del principio de igualdad, así como su constitucionalidad.

1. El recurso al derecho penal para la protección de los derechos humanos

Por lo que respecta al recurso al derecho penal para proteger los DDHH, la jurisprudencia del TEDH ha llegado a desarrollos conceptuales muy similares a los de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Tomás-Valiente Lanuza, 2016, pp. 28-29). La jurisprudencia más reciente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha considerado el derecho penal como instrumento necesario de protección de algunos derechos reconocidos por la Convención Americana de Derechos Humanos. Si afirmamos que la obligación de los Estados de “respetar” los DDHH incluye también el “deber de proteger” estos derechos por medio de derecho penal, de forma preventiva —mediante la criminalización de conductas lesivas— o reactiva —mediante el ejercicio del *ius puniendi* contra el responsable de la agresión— esta idea supone un cambio radical de la función de los DDHH en el discurso penal. Tradicionalmente, estos han sido invocados como límites a la potestad punitiva estatal, protegiendo de este modo al acusado a través de las garantías al debido proceso y al condenado, prescribiendo estándares de humanidad en el cumplimiento de las penas. Los DDHH de las víctimas actuarían como motor de expansión, obligando al Estado a ejercer su *ius puniendi* (Viganò, 2012, pp. 311-312). Es decir, se asigna al aparato estatal un papel “protector y hasta cierto punto propulsor de los derechos humanos”. Y el TEDH participa decididamente de esta concepción (Tomás-Valiente Lanuza, 2016, p. 6).

El Tribunal de Estrasburgo afirma, de manera inequívoca, que los Estados parte del CEDH tienen la obligación de tutelar ciertos DDHH haciendo uso del derecho penal. La falta de ejercicio del *ius puniendi* trae consigo una violación de las obligaciones que incumbe a cada Estado de “respetar” los DDHH dentro de su jurisdicción. Estos “constituirían el marco de referencia tanto para la legitimación como para la deslegitimación del ejercicio del *ius puniendi*” (Mañalich, 2005, p. 245). Así las cosas, el recurso al derecho penal ha sido considerado por el propio Tribunal de Estrasburgo como “una solución necesaria a partir de la lógica de la protección de los DDHH y no en cambio como una opción abierta a la valoración discrecional de las instancias democráticas del Estado parte” (Viganò, 2012, p. 312). Se ha creado un nutrido cuerpo jurisprudencial en relación con las exigencias que la investigación punitiva estatal debe satisfacer respecto de la previsión normativa, investigación, sanción y evitación de comportamientos que son gravemente lesivos de los derechos individuales que encontramos reconocidos en el CEDH (Tomás-Valiente Lanuza, 2016, p. 3). El TEDH hizo su primera referencia a las obligaciones positivas en el asunto X e Y contra Países Bajos, de 26 de marzo de 1985¹. Denunció una laguna en la legislación holandesa en los supuestos relacionados con víctimas de abusos sexuales con una disminución psíquica y la obligación estatal de tutelar el derecho al respeto de la vida privada y familiar del artículo 8 CEDH (Viganò, 2014, pp. 444-448). Esta función protectora ha sido destacada

¹ “Although the object of Article 8 is essentially that of protecting the individual against arbitrary interference by the public authorities, it does not merely compel the State to abstain from such interference: in addition to this primarily negative undertaking, there may be positive obligations inherent in an effective respect for private or family life (...) these obligations may involve the adoption of measures designed to secure respect for private life even in the sphere of the relations of individuals between themselves” STEDH X and Y v. The Netherlands, núm. 8978/80, de 26 de marzo de 1985, párrafo 23.

frecuentemente como la propia razón del pacto social: “los ciudadanos renuncian a la autoprotección propia del estado de naturaleza a cambio precisamente de recibirla del Estado; una idea central en Hobbes pero presente también en el pensamiento ilustrado, el primer liberalismo y el constitucionalismo europeo y norteamericano” (Tomás-Valiente Lanuza, 2016, p. 3).

Apunta Viganò que estas obligaciones positivas no necesariamente implican, pero sí pueden hacerlo, el deber de tutelar penalmente el derecho fundamental en juego. En el asunto X e Y, el Tribunal concluyó que las únicas medidas adecuadas para proteger el derecho a la vida privada de las víctimas con disminuciones psíquicas, eran de naturaleza penal pues una tutela meramente civil como lo es la indemnización deviene insuficiente (Viganò, 2012, p. 314): “*effective deterrence is indispensable in this area, and it can be achieved only by criminal-law provisions*”². Este caso quedó aislado, hasta que a finales de los noventa empezaron a multiplicarse los fallos en los que el TEDH reconoció violaciones convencionales

porque el Estado no protegía penalmente el derecho de la víctima (Viganò, 2012, p. 314). En materia de derechos fundamentales de niños en el ámbito del hogar, resulta muy ilustrativo el asunto A contra Reino Unido de 1998³. Se cuestionaba la amplitud del sistema penal inglés con respecto al “*reasonable chastisement*” o “*ius corrigendi*”. Con esto se creaba un riesgo de impunidad frente a graves lesiones a la integridad física y moral de los niños en nombre de su educación (Viganò, 2012, p. 316). En este caso, el padrastro habría golpeado repetidamente a su hijastro con un bastón jardinero para castigarlo por su comportamiento, pero se benefició de la *common law reference* al “*reasonable chastisement*”. Así, el TEDH pudo establecer la responsabilidad del Estado en la ausencia de punición del hecho que condujo a la violación al derecho del artículo 3 CEDH, esto es, a no sufrir tratamientos inhumanos y degradantes (Viganò, 2012, p. 449). Y condenó a Reino Unido por la insuficiente protección de los menores maltratados.

2. Realidad histórico-social española y su plasmación en los textos legales

Aproximadamente cuarenta años después de la promulgación de la CE, nuestros dirigentes políticos presumen de que España ha ratificado la práctica totalidad de convenios de derecho internacional en el ámbito de los DDHH y, además, participa en los mecanismos encargados del control y cumplimiento de estos convenios. Las obligaciones por parte de los Estados para eliminar las barreras que impiden la participación efectiva de las mujeres en los puestos de decisión o para la erradicación de la violencia contra la mujer, se encuentran reguladas en diversos convenios internacionales. Algunos de estos convenios contienen disposiciones sobre igualdad y no discriminación entre hombres y mujeres, y otros garantizan la integridad física y psicológica de la mujer. Entre los suscritos por España podemos citar el Pacto Internacional de Derechos

Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (CEDH), entre otros. Surge la percepción generalizada de que nuestro país respeta los derechos humanos con carácter general y las violaciones de estos denunciadas —bien por las ONGs, bien los medios de comunicación— son casos aislados y puntuales. Pero cuando pasamos a analizar los derechos de la mujer en la práctica, la situación deviene distinta. La Constitución Española (en adelante, CE) y las leyes han consagrado la igualdad entre hombres y mujeres, pero la realidad dista mucho de la teoría jurídica, especialmente en derechos laborales, así como en violencia sobre las mujeres (Abril Stoffels, 2010, pp. 15-17).

² STEDH X and Y v. The Netherlands, núm. 8978/80, de 26 de marzo de 1985.

³ STEDH A. v. The United Kingdom, núm. 100/1997/884/1096, de 23 de septiembre de 1998.

3. Realidad histórico-social española

A comienzos del siglo XX, Clara Campoamor, casi en solitario, inicia una lucha por conseguir el derecho al voto femenino y es ahí cuando las mujeres españolas comienzan a cuestionarse el único modelo femenino socialmente aceptado: ser la perfecta ama de casa. La primera iniciativa sobre el derecho al voto en España llegó en 1907, pero solo nueve diputados votaron a favor. Un año después, siete diputados republicanos vuelven a proponer una enmienda muy limitada que volvió a ser rechazada. En 1910 se da un primer paso para que las mujeres se libren del rol que la sociedad les había asignado y consiguen ir a la universidad. Ocho años después, en 1918, se aprueba el Estatuto de funcionarios públicos que permite el servicio de la mujer al Estado, aunque solo en las categorías de auxiliar, siendo Clara Campoamor y María Moliner las primeras mujeres que accedieron al empleo público. En 1919, el diputado conservador Burgos Mazo intentó de nuevo dar el voto a las mujeres, pero su propuesta ni siquiera llegó a ser debatida. El golpe de Estado de Primo de Rivera el 13 de septiembre de 1923 acabó con el establecimiento de una dictadura militar. Paradójicamente, fue con la dictadura de Primo de Rivera cuando se promulgó el Estatuto municipal que otorgó el voto a las mujeres. Voto que le fue negado a las mujeres casadas, decían que con el fin de evitar discusiones en los hogares. Y las mujeres casadas eran la gran mayoría de las españolas. En la práctica, un voto que no era para todas y que no sirvió de nada porque no se pudo ejercer durante la dictadura. Así, en palabras de Clara Campoamor, “lo que la dictadura le concedió a la mujer fue la igualdad en la nada” (Varela, 2008, pp. 115-125).

Acabada la dictadura militar e instaurada la segunda república, el ministro de gobernación, Miguel Maura, dicta un decreto en el que decide para las mujeres el sufragio pasivo, es decir, no podían elegir, pero podían ser elegidas. Solo tres mujeres obtuvieron acta de diputadas en las elecciones de junio de 1931. Entre ellas, Clara Campoamor, capaz de convencer con sus discursos a la mayoría suficiente de diputados para

otorgar sufragio activo a las mujeres españolas. La guerra civil y la dictadura, tras la victoria de las fuerzas franquistas el 1 de abril de 1939, dejan en el limbo todo lo conseguido hasta entonces. Habrá que esperar durante un largo periodo de 40 años para recuperar el punto de partida que significó la conquista del voto en 1931. El instituto de la mujer se crea en diciembre de 1983 y se considera no solo el inicio del feminismo de Estado en España, también el de las propias políticas de igualdad de género. Las medidas específicas comenzaron con la primera campaña contra la violencia hacia las mujeres en 1983 y la apertura de la primera casa de acogida en 1984. El 17 de diciembre de 1997, el asesinato de Ana Orantes, rociada con un bidón de gasolina, a manos de su exmarido, transformó la violencia contra las mujeres en un verdadero problema público y consiguió despertar a los medios de comunicación, cómplices del silencio hacia la violencia contra las mujeres. Por primera vez, los periódicos no hablaron de “una mujer asesinada más”. Este conflicto que llevaba años siendo invisible, de golpe y porrazo se cuela en portadas de periódicos y pasa a ser la noticia estrella de los telediarios, la ilusión democrática de la igualdad entre hombres y mujeres se hizo añicos ante la realidad sexista y patriarcal que seguía existiendo en nuestro país (Arroyo Zapatero, 2007, pp. 1-5).

Este asesinato marcó un antes y un después en el tratamiento de los malos tratos y en la lucha contra la violencia de género, y obtuvo un verdadero estatus de problema público. El 8 de marzo de 1998 se presenta el I Plan Integral contra la violencia doméstica. Y ese mismo año, el PSOE comenzó a preparar, junto a organizaciones feministas, el primer borrador de la LOVG, ley que llevaba siendo reivindicada por el movimiento feminista desde 1993. En 2003 se aprueba la orden de protección a nivel nacional, también largamente reivindicada por movimientos feministas. En marzo de 2004, el PSOE gana las elecciones generales, y una de las primeras promesas electorales cumplidas del programa fue la LOVG, aprobada en diciembre de ese mismo año con el sorprendente apoyo de todos los grupos políticos. Es esta

una ley pionera por su carácter integral y por desarrollar el concepto de “violencia de género” (Bustelo, López y Platero, 2007, pp. 67-70). Todas estas peculiaridades son necesarias para entender el siguiente punto, esto es,

el motivo por el que los diversos legisladores han optado por un modelo de protección de la mujer diferente al de los países de nuestro entorno.

4. Su plasmación en los textos legales: del Código Penal de 1822 al Código Penal de 1995

El Código Penal de 1822, en su Capítulo V, “del adulterio, y del estupro alevoso”, artículo 683, contempla la pena de reclusión para la mujer casada que cometa adulterio durante el tiempo que su marido considere, sin que pueda exceder de 10 años. En cambio, en todo este capítulo no se contempla pena para el marido adúltero. Otro dato significativo en nuestra legislación histórica es la existencia de dos tipos de faltas dependiendo del sexo del infractor: “la del marido que maltratare a su mujer, aun cuando no le causare lesiones y la de la mujer desobediente a su marido que le provocare o injuriare”. Encontramos estas faltas en el artículo 483.1 del Código Penal de 1848, que serán mantenidas tanto en el artículo 603.2 y 3 del Código Penal de 1870 como en el Código Penal 1928. Con la promulgación del Código Penal de 1932, se produce un leve cambio y para que la mujer cometa la falta de maltrato doméstico no basta con la provocación o la injuria, sino que será necesario el maltrato de palabra, cambio que continuará supérstite tanto en el Código Penal de 1944 como en el Código Penal de 1973, hasta la reforma de 1983, que crea la falta bilateral de malos tratos. La vigencia de la tradición llega hasta antes de ayer y tendremos que esperar hasta 1963 para la derogación del privilegio que ostentaba el varón de la *cuasi* impunidad si daba muerte a su esposa sorprendida en adulterio, privilegio del que no disfrutaba la mujer en el caso contrario. En 1977, recién instaurada la democracia, se despenaliza el adulterio y se suprime la discriminación que el Código Penal hacía de la mujer, puesto que el adulterio masculino solo era considerado como adulterio en caso de que fuera realizado en público. El divorcio tendrá que esperar cuatro años más y en

1981 se legaliza. Más allá de la simple anécdota de las regulaciones de códigos penales hoy en día en desuso, la referencia histórica “sirve para poner de relieve la sabiduría de los legisladores” de los códigos del siglo XIX y principios del XX: “los maridos maltratan a las mujeres y las mujeres desobedecen y se revelan” (Arroyo Zapatero, 2007, p. 4). El sometimiento de la mujer formaba parte de la moralidad oficial, y esto hizo que fuera plasmado en la legislación vigente hasta tiempos cercanos (Acale Sánchez, 2006, pp. 26-38).

Junto a esta moral, está la concepción del mundo que tienen los aplicadores del derecho penal y la idea general, enseñada entre los principios básicos de esta rama del derecho, de la intervención mínima. La esfera de lo privado incluiría los conflictos de la vida doméstica y, con ello, “lo que no se veía se acompañaba del no querer ver”. Pero la intervención mínima del derecho penal no puede seguir sosteniéndose y el legislador se da cuenta de que debe actuar, si bien ninguna de sus actuaciones es lo suficientemente dura para atajar el problema” (Arroyo Zapatero, 2007, pp. 4-5). Se reforma el Código Penal de 1973 y el 21 de junio de 1989 se introduce en el artículo 425 la “prisión de seis meses a seis años al que habitualmente ejerza violencia física sobre los miembros del grupo familiar”. Pero el legislador olvidó la violencia psíquica, la habitualidad ahora debía concebirse de forma cuantitativa y formal, y fueron necesarios varios episodios de violencia con final trágico para que el TS pusiera de manifiesto que lo relevante era que la víctima “viva en un estado de agresión permanente”⁴. Llegó el Código Penal de 1995 y mejoró la figura que el anterior

⁴ Por todas: SSTS núm. 108/2005, de 31 enero de 2005 (TOL 648.719); núm. 105/2007, de 14 de febrero 2007 (TOL 1.050.628).

artículo 425 había dejado incompleta, incrementó la pena y precisó la compatibilidad del concurso entre el maltrato habitual con faltas y el delito de lesiones. Pero esta reforma terminó por ser papel mojado. El propio CGPJ reconoció que los jueces seguían calificando las conductas hasta en un 76% de los casos como faltas, y la legislación vigente no permitía dictar prisión provisional para las faltas, ni siquiera en los casos de mayor peligro de repetición de la agresión (Amor y Echeburúa, 2012, pp. 97-104). Este círculo vicioso terminó poniendo a la mujer en una situación de desprotección absoluta que dio pie a trágicos episodios en los que “el maltratador terminara por acabar con la vida de la mujer delante del juzgado, sumido en la culpable impotencia las más de las veces” (Arroyo Zapatero, 2007, p.7).

La muerte de Ana Orantes a manos de su exmarido y el eco de los distintos medios de comunicación fueron el detonante para que el gobierno anunciase la reforma del Código Penal (en adelante, CP) en materia de violencia doméstica e instase a las víctimas a denunciar su situación para, ahora sí, poder ayudarlas (a propósito del papel de los medios de comunicación: Grande-Marlaska Gómez, 2013, p. 123). Se optó por emprender la búsqueda de soluciones de modo más decidido que en las anteriores ocasiones mediante la creación de las penas y medidas cautelares de prohibición de aproximación y comunicación con la víctima, el reconocimiento de la violencia psíquica junto con la física en el delito del maltrato habitual y la ampliación del ilícito típico al maltrato que tiene como sujeto pasivo la expareja. Pero estas medidas parecen no ser suficientes, porque el CGPJ el año 2001 presenta un informe con el que pretende mostrar el desamparo de las víctimas y la impunidad de los agresores ante la imposibilidad legal de recurrir a la prisión provisional u otras medidas cautelares cuando lo que se juzgan son faltas. Apunta, como posible solución al problema, la posibilidad de ampliar el delito de malos tratos habituales si se renunciara a la exigencia de habitualidad, con lo que un gran número de faltas pasarían a ser delitos, e incluso llega a sugerir la eliminación de la falta de malos tratos entre parientes, dejando como única posibilidad su calificación como delito.

Con la contrarreforma del Código Penal del 2003, el legislador es consciente de que la intervención penal a

partir de los tipos de homicidios y lesiones llega tarde y que, si el problema se presenta en la fase inicial, debido a las consecuencias jurídicas de las faltas (delitos leves desde la modificación del CP por la LO 1/2015), la justicia envalentona a los maltratadores, generando en las víctimas un sentimiento de desconfianza en la justicia. El resultado se plasmará en tres leyes, siendo que de estas nos interesa destacar la Ley 27/2003 de 31 de julio relativa a la OP de las víctimas de la violencia doméstica.

La OP basada en la prohibición al agresor de comunicarse o aproximarse a la víctima es, curiosamente, un descubrimiento “joven”, inventado en Estados Unidos hace aproximadamente tres décadas. Un año después, se promulgó la LO 1/2004 de 28 de diciembre, de protección integral contra la violencia de género (LOVG) (Salas y Cazaro Johanning, 2014, p. 37). Y, once años después, esta es reformada mediante la LO 8/2015 de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia que reconoce a los menores como víctimas de violencia de género.

Debido a la gran cantidad de órdenes de protección que se quebrantan, es importante la modificación del delito de quebrantamiento de condena regulada en el artículo 40 de la LO 1/2004, que modifica el artículo 468 CP, que previamente en la versión de la LO 15/2003 también tuvo un incremento punitivo. Se vuelve a elevar, esta vez el mínimo de la pena, de 3 a 6 meses. La proporcionalidad de la medida está justificada porque los quebrantadores de la pena, además de lesionar el bien jurídico de la administración de justicia, ponen en peligro la seguridad de la víctima a la que la justicia trata de proteger, generándole el temor fundado a la continuación del maltrato, creando no un mero peligro concreto sino un daño efectivo para la mujer (a favor de la creación de unidades especializadas para la protección de las víctimas: Comas D'argemir i Cendra, 2007). Por último, la parte penal sustantiva de la ley insta a la administración penitenciaria para que incorpore programas específicos de violencia de género para los maltratadores, siendo esta una experiencia recomendada fehacientemente por expertos sanitarios, pero que resulta difícil de llevar a la práctica y que, sin la voluntad decidida de la administración penitenciaria y de los presos, cae en saco roto.

5. El estado actual de la cuestión

La LOVG solo es una de las múltiples respuestas penales que se podría haber dado al fenómeno de la violencia de género. Nuestro legislador del 2004 optó por un modelo de protección integral, por la prevención y por la creación de juzgados especiales para la violencia de género entre los aspectos más destacados de la ley. Se realizó una conceptualización del fenómeno acogiendo solo a “una pequeña parte de lo que es en realidad la violencia de género (...). Podrían haber sido muy diferentes las soluciones penales diseñadas y, probablemente, hubieran hecho mucho menos ruido” (Martínez García, 2017, p. 145).

Tras quince años de la promulgación de la LOVG, y con una media de 60 mujeres asesinadas al año, deviene necesario su estudio si queremos comprender qué está fallando. Desde su entrada en vigor los sucesivos Gobiernos han puesto su fuerza en la acción de la justicia y la función jurisdiccional situándolas como primer frente de lucha contra la violencia sexista. Martínez García indica que debemos reflexionar sobre si “ésta era o no la mejor estrategia a seguir, sin que por ello se ponga en duda o desvaloren la necesidad, importancia o adecuación de la LOVG. Simplemente, (...) ahora entramos en una nueva fase y debemos hacer más complejo —y también costoso— el abordaje del problema social y legal” (Martínez García, 2017, p. 142).

La LOVG reconoce en sus primeras líneas del motivo I aquello que las organizaciones feministas llevaban siglos de historia pidiendo. La violencia de género ya no es un “delito invisible”, esta produce un rechazo colectivo y una evidente alarma social. El texto ha optado por ofrecer una definición de violencia que sea coherente a la que fue dada por NNUU en la IV Conferencia Mundial de 1995, fijando la causa de este tipo de violencia en el hecho de ser mujer, lo que nos lleva inevitablemente a identificar su origen en las relaciones patriarcales:

La violencia de género no es un problema que afecte al ámbito privado. Al contrario, se manifiesta como el símbolo más brutal de la desigualdad existente en

nuestra sociedad. Se trata de una violencia que se dirige sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas, por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión.

Además, cifrar el origen de la violencia en las relaciones patriarcales ha permitido a la LOVG añadir protección a sujetos que, aunque no son el sujeto pasivo de este tipo de violencia, guardan cierta relación (menores o personas especialmente vulnerables que convivan con el autor). Continúa haciendo referencia al derecho de todos a la vida y a la integridad física y moral del artículo 15 CE “sin que en ningún caso puedan ser sometidos a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”, derechos que vinculan a todos los poderes públicos y solo pueden positivizarse mediante ley. De esta manera, un delito que se creó “al calor de la creciente preocupación social por la proliferación de actos de violencia extrema contra las mujeres nació (...) claramente desenfocado, apuntando al contexto dentro del cual suele manifestarse este tipo de violencia antes que a las auténticas causas que la generan” (Laurenzo Copello, 2005, p. 3).

Y en el motivo II, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 9.2 CE en relación con el 15 CE, se hace un llamamiento a los poderes públicos para que adopten las medidas de acción positiva necesarias. Y es que estos “no pueden ser ajenos a la violencia de género, que constituye uno de los ataques más flagrantes a derechos fundamentales como la libertad, la igualdad, la vida, la seguridad y la no discriminación proclamados en nuestra constitución”. La exposición de motivos reconoce los avances legislativos que han ido produciéndose los últimos años, haciendo expresa referencia a las últimas medidas adoptadas en la lucha contra la violencia de género (LO 11/2003, LO 15/2003 y Ley 27/2003). Pero no considera suficientes estos avances y opta por enfocar la violencia de género de un modo integral y multidisciplinar, donde el derecho penal sea solo uno más de los muchos ámbitos en los que va a regularse este problema social, y aboga por comenzar mediante el proceso de socialización y

educación. Y en consonancia con lo que predica, esta ley abarca “aspectos preventivos, educativos, sociales, asistenciales y de atención posterior a las víctimas, normativa civil (...) principio de subsidiariedad en las administraciones públicas” y en lo que al derecho penal respecta, “aborda con decisión la respuesta punitiva que deben recibir todas las manifestaciones de violencia que esta ley regula”.

El motivo III hace un breve resumen de los más de 70 artículos y 30 disposiciones que componen la ley. Añón Roig refiere que el hilo conductor de la LOVG es que “la violencia sobre las mujeres tiene causas socio culturales (...) y, por tanto, es posible modificarlas e incluso erradicarlas”. Es por ello que la LOVG opta por utilizar medidas de todo tipo: medidas destinadas a transformar valores sociales a través del sistema educativo, otras dirigidas a la formación y sensibilización de docentes y personal sanitario así como a prevenir situaciones de riesgo (protocolos para la detección precoz de la violencia de género), medidas contra los estereotipos sexistas que a diario vemos en la publicidad, medidas que faciliten la reinserción laboral de la mujer maltratada, medidas de carácter procesal y de organización de juzgados y, por último, el punto más discutido y objeto de diversos recursos de inconstitucionalidad, la agravación de la pena en determinados delitos con el objetivo de ofrecer una protección penal reforzada a las víctimas (Añón Roig, 2012, pp. 31-53).

Tras la LO 8/2015, este concepto es ampliado a los menores sobre la base de lo indicado en el apartado VI del prólogo:

La exposición de los menores a esta forma de violencia en el hogar, lugar en el que precisamente deberían estar más protegidos, los convierte también en víctimas de la misma. Por todo ello, resulta necesario, en primer lugar, reconocer a los menores víctimas de la violencia de género mediante su consideración en el artículo 1, con el objeto de visibilizar esta forma de violencia que se puede ejercer sobre ellos. Su reconocimiento como víctimas de la violencia de género conlleva la modificación del artículo 61, para lograr una mayor claridad y hacer hincapié en la obligación de los Jueces de pronunciarse sobre las medidas cautelares

y de aseguramiento, en particular, sobre las medidas civiles que afectan a los menores que dependen de la mujer sobre la que se ejerce violencia.

Reflexiona brillantemente Lorenzo Copello al indicar que, al incluir a mujeres y menores como sujeto pasivo de este mismo delito, se da la paradoja de que quien menos encaja en la perspectiva tuitiva en la que se centran las relaciones familiares de sujeción y vulnerabilidad, en la sociedad actual, es la mujer. En pleno siglo XXI no existen razones jurídicas ni naturales que la releguen a una situación de dependencia o dominación en el contexto doméstico. Al contrario, la legislación le reconoce plena igualdad con su pareja. La situación de las mujeres no es asimilable a la de niños y ancianos. Estos, por sus propias condiciones, ocupan una posición, de partida, subordinada en el ámbito doméstico. Así, mientras niños, ancianos e incapaces son naturalmente vulnerables, a la mujer es el agresor quién la *hace* vulnerable por medio de la violencia. La vulnerabilidad de la mujer no se debe a su posición jurídica dentro de la familia, ni a sus condiciones personales, es el “resultado de una estrategia de dominación ejercida por el varón –al amparo de las pautas culturales dominantes– para mantenerla bajo su control absoluto” (Lorenzo Copello, 2005, p. 4). Concluye la autora indicando que la causa última de la violencia de las mujeres no debe ser buscada en los vínculos familiares, esta se encuentra en la discriminación estructural que sufren las mujeres como consecuencia de la “ancestral desigualdad en la distribución de roles sociales”. Su posición de subordinación no proviene de las relaciones familiares, tiene sus orígenes en la propia estructura social que fue fundada sobre las bases del dominio patriarcal. No obstante, es cierto que, en la práctica, es en el contexto doméstico donde con mayor frecuencia encontramos este tipo de violencia al ser allí donde adquieren mayor intensidad las reacciones entre hombre y mujer. Pero esto no puede conducirnos a la conclusión de que la familia es la causa de la violencia de género porque también las agresiones sexuales o el acoso laboral son manifestaciones de este fenómeno y nada tienen que ver con el contexto familiar

De ahí lo inapropiado de identificar violencia de género con violencia doméstica. Aunque emparentados, se trata de fenómenos diferentes, debido a las causas distintas y necesitados de respuestas penales

autónomas (...) Entre las consecuencias más evidentes destaca el riesgo de que, una vez más, la violencia de género quede oculta tras otras formas de comportamiento violento, impidiendo así que la sociedad visualice (Laurenzo Copello, 2005, p. 4).

Actualmente, la violencia en el hogar⁵ ha quedado excluida del manto privado y pasa a ser tratada como

cuestión de orden público, plasmado en la consideración de los delitos en esta materia como públicos, excluyendo para su persecución la necesidad de la denuncia o querrela de la víctima (Rodríguez Carcela, 2008, pp. 171-188). Además, con la entrada en vigor del Pacto de Estado el pasado diciembre de 2017, el concepto de víctima de violencia de género está en continua transformación.

6. La vertiente sancionadora del principio de igualdad en el ordenamiento jurídico español

Resulta curioso que un principio tan importante como lo es la igualdad no tenga mucha importancia en los manuales de derecho penal, y no porque este principio no se someta a la misma legitimación democrática que el resto de principios penales, sino porque los penalistas, más preocupados en que las normas penales cumplan la legalidad vigente, en que sean proporcionadas, en el cumplimiento efectivo del principio *in dubio pro reo*, así como en que las sanciones no sean degradantes o inhumanas⁶, han pasado un poco por alto el principio de igualdad que hasta casi antes de ayer les había dado muy pocos quebraderos de cabeza. La razón de esta despreocupación podría ser que la diferenciación del castigo (Ferrajoli, 2010, pp. 73-96) en función de los sujetos se veía obvia —entre otros, el allanamiento de morada cometido por autoridad o funcionario público (artículo 204 CP) o la protección otorgada a la indemnidad sexual de los menores de trece años (artículos 183, 185, 186, 187, 188.2 y 3, 189 CP)— y en que, cuando esta diferenciación entre la sanción y los sujetos no tenía legitimidad, no cabía aceptar dicha discriminación y la norma se expulsaba del ordenamiento jurídico —véase

la norma que solo protegía penalmente del impago de pensiones a hijos matrimoniales, la cual devino inconstitucional por atacar frontalmente al principio de igualdad sin razón que justificara la diferenciación— (Lascuráin Sánchez, 2013, p. 330).

En este mismo sentido, Martínez García refiere que, con tanto ruido tras la modificación del CP por la LOVG, nada hace pensar a la ciudadanía que esta situación ya se encontraba en el CP, al regular en el artículo 311 bis el derecho de los trabajadores frente al empresario que contrata sin papeles o explota laboralmente. El legislador penal entendió que debía tener una mayor penalidad el empresario que contrate sin papeles o explote laboralmente al inmigrante porque su vulnerabilidad es mayor que la del nacional. Del mismo modo, agrava la sanción al que contrate sin papeles o explote laboralmente al menor de edad porque, de nuevo, su vulnerabilidad es mayor debido a su edad. Y en este caso “nadie se ha quejado sobre dicha posible inconstitucionalidad. Pero el género ha sido caballo de una gran batalla” (Martínez García, 2017, p. 146). Si tomamos la jurisprudencia⁷ del

⁵ Aunque el concepto adecuado para referirse a la violencia ejercida sobre mujeres y niños de acuerdo con la legislación española es “violencia de género”, usar el término “violencia en el hogar” es una forma gráfica de definir este tipo de violencia que normalmente sucede “de puertas para dentro”.

⁶ El derecho penal y sus principios limitadores surgen como una garantía para el acusado y frente al Estado. El análisis del principio de igualdad en este texto está planteando otra cuestión: la igualdad de trato en la protección.

⁷ El TS también se ha pronunciado al respecto. Con respecto al contexto de dominación ha indicado que es inequívoco en el injusto de violencia psicofísica habitual, en el que se somete a la víctima a un trato violento, mediante actos repetitivos o frecuentes, creando en ella un estado de temor permanente. Por todas: SSTs núm. 1309/2005, de 11 de noviembre de 2005 (TOL781.311); núm. 677/2007, de 20 de julio de 2007 (TOL 1.124.029); núm. 962/2008, de 17 de diciembre de 2008 (TOL 1.1448.797); núm. 755/2009, de 13 de julio de 2009 (TOL 1.577.909); núm. 1044/2009, de 3 de noviembre de 2009 (TOL 1.726.709) y núm. 33/2010, de 3 de febrero de 2010 (TOL 1.790.736).

Tribunal Constitucional (en adelante, TC) como baremo de las preocupaciones penales serias en torno a la igualdad, por ser este el único foro que tiene legitimidad para enjuiciarla, confirmaremos la poca conflictividad que tuvo el principio hasta la promulgación de la LOVG. Por lo que respecta a las normas penales que históricamente han incidido en el principio de igualdad, de acuerdo con Lascuraín Sánchez podemos dividirlos en (Lascuraín Sánchez, 2013, pp. 330-337):

Un primer tipo de normas que inciden en el principio de igualdad son las que prevén inviolabilidades⁸ que constituyen un medio proporcionado de protección de determinadas instituciones del Estado, siendo que algunas de ellas están previstas en la propia Constitución. Las diferenciaciones penales por este motivo no han resultado discutidas. Así lo afirma el FJ 3 de la STC 243/1988⁹ respecto de la inviolabilidad y la inmunidad parlamentarias:

encuentran su fundamento en el objetivo común de garantizar la libertad e independencia de la institución parlamentaria (...) es al servicio de este objetivo (...) no como derechos personales, sino como derechos reflejos de los que goza el parlamentario en su condición de miembro de la Cámara legislativa y que sólo justifican en cuanto son condición de posibilidad del funcionamiento eficaz y libre de la institución.

Un segundo tipo de normas que han sido objeto de interés constitucional son las normas penales en blanco por su posible desconformidad con el principio de legalidad y porque si la remisión no es a una norma general podrían afectar al principio de igualdad (Lascuraín Sánchez, 2009, p. 90). Siendo que el FJ 4 de la STC 120/1998¹⁰ dispuso las dudas a este respecto: esta técnica “no introduce divergencias irrazonables y desproporcionadas

al fin perseguido respecto del régimen jurídico aplicable en otras partes del territorio (...) al estar el núcleo del delito (...) contenido en la ley penal remitente”. Tampoco fue considerado, en el FJ 6 de la STC 19/1988¹¹, que la privación de libertad para quien no abonase la pena de multa atentase contra la igualdad pues el sentido de esta disposición es:

ordenar una previsión específica —no diferenciadora— para la hipótesis en la cual la regla general (impositiva de la pena de multa) se resintiese de una aplicación inevitable diversa al proyectarse el mandato abstracto de la norma sancionadora sobre realidades fácticas distintas. Ninguna diferenciación es, pues, imputable a la acción del legislador que adoptó este precepto.

Solo la STC 67/1998¹² contenía una declaración de inconstitucionalidad de una norma penal al amparo del artículo 14 CE, en el caso de que se excluyese del tipo penal de impago de prestaciones familiares a los hijos no matrimoniales, de acuerdo con la redacción del artículo 487 bis del Código Penal de 1973, tras la reforma de la LO 3/1989¹³. En el FJ 5 reconoció que, aunque el juez de lo penal en principio no tenía otra alternativa que absolver por falta de tipicidad, declaró que el legislador “no puede dejar al margen de la protección a los hijos no matrimoniales sin incidir en una discriminación por razón de nacimiento que proscribiera el artículo 14 de la Constitución”.

Pero un buen día, el legislador decide crear, por unanimidad parlamentaria, la LOVG y, con esta, cuatro tipos penales (las lesiones del art 148.4 CP, los malos tratos y las lesiones más leves del 153.1 CP, las amenazas leves del 171.4 CP y las coacciones leves del 172.2 CP) que combatan la violencia de género, y lo hacen, en principio, sancionando más a los hombres y protegiendo más a las

⁸ Normas que disponen que determinadas personas por realizar una serie de funciones públicas no quedan sometidas a la responsabilidad penal, bien con carácter general como es el caso del rey ex artículo 56.1 de la Constitución, o de los diputados y senadores *por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones*, tal y como se desprende del artículo 71.1 del mismo cuerpo legal.

⁹ STC núm. 243/1988, BOE núm. 11, de 13 de enero de 1989.

¹⁰ STC núm. 120/1998, BOE núm. 170, de 17 de julio de 1998.

¹¹ STC núm. 19/1988, BOE núm. 52, de 1 de marzo de 1988.

¹² STC núm. 67/1998, BOE núm. 96, de 22 de abril de 1998.

¹³ Este artículo solo hacía referencia a la “separación legal, divorcio o declaración de nulidad del matrimonio”.

mujeres. Apunta Sánchez Yllera que esta unanimidad no era sincera, sino estratégica pues ningún grupo político quiso asumir el coste electoral que supondría votar en contra de una ley que se proclamaba como la primera en “proporcionar una respuesta global que se ejerce sobre las mujeres” (Sánchez Yllera, 2013, p. 1). Y como

es cierto que la finalidad perseguida era loable, pero no menos cierto es que existe una prohibición constitucional de discriminación por razón de sexo en el artículo 14 CE, se abrió un debate en torno al principio de igualdad que hasta la fecha ningún penalista se había planteado (Campos Cristóbal, 2012, pp. 309-312).

7. La legitimidad de la discriminación en las normas penales: igualdad versus acción positiva

En este epígrafe nos preguntamos si es legítima la discriminación en las normas penales y, si lo fuera, en qué supuestos. Vivimos en un mundo desigual y parece que aquello que exigiría la igualdad es que las leyes discriminen para compensar, que, paradójicamente, desigualen para igualar. Y es que el legislador podrá diferenciar, desigualar o discriminar, siempre y cuando sea un mecanismo de mejora en términos de axiología constitucional. Durante mucho tiempo el discurso jurídico ha reflejado la idea de complementariedad de los sexos más que la de igualdad porque esta era la única forma de mantener la subordinación de las mujeres en un mundo regulado, al menos ideológicamente, por la igualdad. La inclusión del principio de igualdad y no discriminación por razón de sexos es relativamente reciente en los textos constitucionales y se ha configurado como el cauce para el reconocimiento de las mujeres como ciudadanas y como sujetos de derecho. Sin embargo, ni la consagración de la igualdad en las constituciones ni su desarrollo normativo ha conllevado la erradicación de la situación secular de desigualdad entre hombres y mujeres (Esquembres Valdés, 2006, pp. 35-36). Ha sido necesario hacer uso de un nuevo discurso jurídico, la desigualdad de trato, que a la larga conllevará *igualar desigualando*.

Dice Sánchez Yllera de la igualdad que esta es una idea, una construcción doctrinal, que subyace a toda la estructura constitucional, pero que resulta imposible de plasmar en un solo enunciado normativo: se debe atender al conjunto de estos para entenderla. La igualdad nace mediante un mandato al legislador indicándole que la haga efectiva. Es por ello que no cabe considerar la igualdad

como una realidad estática, ya cifrada previamente, sino que esta es un objetivo que alcanzar, y el objetivo cambiará dependiendo como cambie la sociedad. Estas últimas décadas se reclama al legislador que realice acciones de discriminación positiva, que adecue su actuación para que aquellos que se sienten más desfavorecidos o se encuentren discriminados consigan equipararse al resto de la sociedad. Lo curioso de la idea de igualdad es que parte siempre de la constatación de las diferencias existentes entre los hombres, y así afirma que el derecho debe respetar la igualdad como principio, pero que admite diferenciaciones de trato, siempre y cuando estos tratos desiguales sirvan para que la igualdad sea real y efectiva o, al menos, para recortar las diferencias (Sánchez Yllera, 2013, pp. 4-7). Así, la igualdad ha tenido diversas concepciones a lo largo de la historia, las cuales pasamos a exponer:

En sus orígenes, la igualdad fue justicia distributiva, exigiendo un reparto justo tanto de bienes como de males por parte del Estado, y es que, como decía Ulpiano, “justicia es dar a cada uno lo que es suyo”. Con la llegada de las ideas cristianas surge en nuestra cultura la idea de que “todos los hombres son iguales”, así como la prohibición de establecer diferencias de trato injustificadas entre las personas, que hoy en día continua vigente en nuestra Constitución. Y la idea de igualdad da un paso más para convertirse en igualdad de los hombres entre sí, en un mandato ético de justicia material que cristalizará con la revolución francesa. Más tarde, la igualdad pasa a ser un instrumento al servicio del gobierno, uniéndose a la idea de legitimidad. El poder es legítimo cuando todos los hombres, iguales, consienten

atribuir el poder a otro, renunciando a parte de su libertad, para que aquel elegido por todos de manera democrática les gobierne mediante las leyes que son la expresión de la voluntad general. Pero esta igualdad ante la ley acaba por ser una igualdad que olvida la sociedad, no preocupándose por salvar las diferencias que surgen entre los distintos estamentos, con lo que la igualdad queda como un sinónimo de la legalidad. Y esta definición de igualdad no acaba de convencer a una sociedad cada vez más concienciada en crear un mundo más igualitario, y es por eso que, a lo largo del siglo XIX, el derecho va intentando igualar a todos los miembros de la sociedad, va intentando corregir las desigualdades sociales puesto que estas no son naturales ni tampoco las diferencias que estas conllevan, y lo hace mediante la introducción de diferencias que corrijan las desigualdades materiales existentes. Y es así como la igualdad se convierte en un objetivo. Damos un paso más y surgen los llamados partidos de clase dirigidos a defender los intereses de aquellos más desfavorecidos, que piden al Estado que todos podamos ser iguales no solo ante la ley, sino también en la realidad social. Y, paradójicamente, la igualdad deviene desigualdad de trato, porque lo propio del derecho es establecer diferencias formales para acabar con las reales.

Es aquí donde empiezan los quebraderos de cabeza para los penalistas, porque ¿cuál es el criterio que deberá utilizar el juez para admitir o rechazar la validez de las normas diferenciadoras? La CE únicamente nos indica que “los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”, pero no nos dice cómo debe garantizarse esa igualdad, sino que deja la labor al legislador (Esquembre Valdés, 2006, pp. 35-51) y, en el caso de que este no realice bien su trabajo, al juez para que juzgue sobre la licitud o ilicitud de las diferencias de trato establecidas por el legislador, o dicho más técnicamente, para que juzgue la validez constitucional de la norma desigualitaria (Lorente Acosta, 2001, p. 12). Siguiendo a Sánchez Yllera, la problemática

del principio tradicional de igualdad se salva mediante el “principio de prioridad” donde la tutela antidiscriminatoria no busca la igualdad, sino favorecer a aquellos que están peor. Es esta la filosofía que alumbra la LOVG, expresión del derecho a la tutela antidiscriminatoria. Una ley que nace no queriendo tratar de manera igual a la mujer en comparación con el hombre, sino que busca priorizar la protección de la mujer ante una clase de violencia que, por sus características, la sitúa en peor posición que al hombre (Sánchez Yllera, 2013, pp. 4-7).

A estas alturas entra en juego el principio de proporcionalidad, de acuerdo con nuestro TC, aquel en que

las diferenciaciones normativas habrán de mostrar, en primer lugar, un fin discernible y legítimo, tendrán que articularse, además, en términos no inconsistentes con tal finalidad y deberán, por último, no incurrir en desproporciones manifiestas a la hora de atribuir a los diferentes grupos y categorías derechos, obligaciones o cualesquiera otras situaciones jurídicas subjetivas (FJ 6 de la STC 222/1992).

Solo vamos a permitirnos restringir un derecho cuando dicha restricción devenga indispensable para conseguir la ventaja que perseguimos porque el mundo mejora con normas que aportan “más bienes que males” (Lascuraín Sánchez, 2013, pp. 351-353). Para medir el desvalor de la desigualdad impuesta por la discriminación importa tanto la naturaleza del factor de discriminación como el sentido en el que esta vaya a utilizarse. Una norma discriminatoria será legítima cuando esta sirva a un fin legítimo, y esto sucederá si la lesividad del hecho es mayor en las conductas contra determinados sujetos pasivos o si estos requieren que el ordenamiento jurídico les otorgue una mayor protección. Y en la sociedad española es peor una discriminación normativa por ser mujer que por ser hombre, por el hecho de que llueve sobre mojado (Lorente Acosta, 2001, p. 23) y porque siglos y siglos de cultura han discriminado de manera sistemática a la mujer (Lascuraín Sánchez, 2013, p. 354).

8. ¿Es justificable la discriminación introducida por la Ley Orgánica 1/2004?: referencia a la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 59/2008

Sin duda, la redacción de la LO 1/2004 es una de las decisiones político-criminales que más polémica han suscitado en los últimos años. Lorenzo Capello tilda de paradigmático el informe del CGPJ al Anteproyecto de la LOVG, de 24 de junio de 2004, donde se critica que la Ley tome

como punto de partida un concepto de violencia que a menudo se confunde con el de la mera agresión y además atribuye no solo la condición de sujeto dominante al varón, y de dominación a la mujer, dejando al margen otras posibles situaciones que demandan análoga atención por la ley¹⁴.

Para contrarrestar las críticas, los defensores de la LOVG acudieron desde un principio a la idea de “acción positiva”¹⁵ avalada por el artículo 9.2 CE (Lorenzo Capello, 2005, p. 5). Nuestro Tribunal Constitucional aceptó la legitimidad de la discriminación/ acción positiva en su famosa STC 59/2008¹⁶, de 14 de mayo de ese mismo año (Larrauri Pijoan, 2009, pp. 10-14). Fue una sentencia polémica, y gran parte de la doctrina indica que suscitó más dudas que las que terminó por resolver y cuenta con hasta tres votos particulares que se oponen a la interpretación que da la sentencia del artículo 153 CP. En la academia encontramos un enfoque muy crítico a la STC 59/2008 por hacer uso del “derecho penal del enemigo” para reprimir al victimario, por parte de, entre otros, Núñez Fernández al indicar que “la reforma penal sustantiva que introduce la LOVG es, hasta cierto punto, incongruente con la finalidad que dice perseguir” (Núñez Fernández, 2010, p. 238).

En el FJ 5 nos indica que el artículo 14 CE tiene “dos contenidos diferenciados: el principio de igualdad y las prohibiciones de discriminación” y en el FJ 6 apunta el análisis constitucional del artículo 153.1 CP en relación con el artículo 14 CE,

no puede serlo de su eficacia o de su bondad, ni alcanza a calibrar el grado de desvalor de su comportamiento típico o el de severidad de su sanción. Solo nos compete enjuiciar si se han respetado los límites externos que el principio de igualdad impone desde la Constitución a la intervención legislativa (...) no constituye el del sexo de los sujetos activo y pasivo un factor exclusivo o determinante de los tratamientos diferenciados, requisito, como se ha visto, de la interdicción de discriminación del artículo 14 CE. La diferenciación normativa la sustenta el legislador en su voluntad de sancionar más unas agresiones que entiende que son más graves y más reprochables socialmente a partir del contexto relacional en que se producen y a partir también de que tales conductas no son otra cosa.

Enlaza con el FJ 7 que sentencia “el transcurso de una desigualdad en el ámbito de las relaciones de pareja de gravísimas consecuencias para quién de un modo constitucionalmente intolerable ostenta una posición subordinada”. Es por ello que procede la sentencia a aplicar el consolidado canon que la CE exige para que las discriminaciones sean constitucionales:

¹⁴ Informe del CGPJ al Anteproyecto de la LOVG, de 24 de junio de 2004, p. 15.

¹⁵ Comparecencia de Gregorio Peces Barba en: Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisiones VIII Legislatura, núm. 64, 19/07/2004, p. 24.

¹⁶ STC núm. 59/2008, BOE núm. 135, de 4 de junio de 2008.

El primer canon es el de la legitimidad de la finalidad de la diferenciación, y en este caso, de acuerdo con el FJ 8, la diferenciación está legitimada porque la integridad y la vida de las mujeres, entiende el legislador, están “insuficientemente protegidos en el ámbito de las relaciones de pareja, como en lo relativo a la lucha contra la desigualdad de la mujer en dicho ámbito, que es una lacra que se imbrica con dicha lesividad, es palmaria la legitimidad constitucional de la finalidad de la ley, y en concreto del precepto penal ahora cuestionado, y la suficiencia al respecto de las razones aportadas por el legislador.

Superado este primer canon, pasamos al segundo que es la adecuación de la diferenciación para alcanzar la finalidad perseguida. Entiende el tribunal que concurre si las agresiones del varón a la mujer “tienen una gravedad mayor que cualesquiera otras en el mismo ámbito relacional pues de ser así exigirá una mayor sanción que redunde en una mayor de las víctimas potenciales” y, siguiendo el FJ 9.a, encuentra ese mayor desvalor en “la desigualdad en el ámbito de la pareja que es manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres”.

Queda tratar la proporcionalidad, y la sentencia concluye en su FJ 10 que la mayor penalidad no conduce a consecuencias desproporcionadas pues es “significativamente limitada la diferenciación a la que procede la norma frente a la trascendencia de la finalidad de protección que pretende desplegarse con el tipo penal de pena más grave” y contiene el apartado 4 del artículo 153 como opción de adaptación judicial de la pena a las peculiaridades del caso, permitiendo rebajar en un grado la pena.

La misma lógica es aplicable a los artículos 171.4 CP para las amenazas leves de género, y al 172.2 CP, para las coacciones leves de género. Los votos particulares sostenían la inconstitucionalidad de la norma por vulneración de la prohibición de discriminación por razón de sexo (Lascuráin Sánchez, 2013, pp. 337-342), pero porque olvidaron el factor género como elemento

corrector. Lo que se debatía en la STC era si el bofetón de un hombre a una mujer es idéntico al bofetón de una mujer a un hombre. La discusión de fondo es si debería tomarse en consideración el factor género. A este respecto, es curioso que en general se acepte que el nivel de ingresos altera el significado de comportamientos “idénticos” y una multa pecuniaria de tres mil euros no implica lo mismo para un parado, un profesor de universidad o un alto cargo de una compañía eléctrica. Sin embargo, cuando es la idea del género la que debe modificar el significado de un comportamiento, aparecen las reticencias. Incorporar la variable género implica analizar cómo produce alteraciones en normas e instituciones que están redactadas de forma neutral, y supone admitir la posibilidad de que los resultados para ambos géneros no son “idénticos” (Larrauri Pijoan, 2009, p. 10).

El legislador penal capta la mayor exposición al riesgo que tienen las mujeres respecto a los varones y les concede una protección adicional. Esto no es nada nuevo en el derecho penal, pues hace años que la ley refuerza la tutela de aquellos colectivos a los que considera particularmente vulnerables frente a determinado tipo de agresiones (menores, incapaces, extranjeros o grupos discriminados en la sociedad). Y todo ello sin que a nadie se le ocurriese hablar de discriminación prohibida contra aquellos sectores que no encuentran amparo en las correspondientes figuras penales. La diferencia entre los ejemplos expuestos y la tutela reforzada de la LOVG reside en “la resistencia de amplios sectores sociales a admitir la propia categoría de la violencia de género como dato sociológico y, con ello, el postulado que sitúa al sexo de la víctima -a la condición de mujer- como fuente de un riesgo específico de ser agredida por su pareja” (Laurenzo Copello, 2005, p. 18).

Al respecto, Laurenzo Copello se posiciona en contra de utilizar como único dato distintivo la naturaleza cuantitativa y nos indica que el problema de los razonamientos basados en estadística reside en la negativa a admitir que la violencia de género es una categoría específica de violencia, sociológicamente definida, asociada a la posición de poder que, a día de hoy, todavía ocupan los varones en la estructura social

y que, precisamente por eso, no puede tener paralelo en el sexo masculino. NNUU refiere que esta violencia “constituye una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales (...) es uno de los mecanismos sociales fundamentales por los que se fuerza a la mujer a una situación de subordinación respecto del hombre”¹⁷. En este mismo sentido, el Parlamento Europeo la define como una violencia “sin duda vinculada al desequilibrio en las relaciones de poder entre los sexos en los ámbitos social, económico, religioso y político, pese a las legislaciones nacionales e internacionales a favor de la igualdad”¹⁸. Con estos y muchos otros instrumentos internacionales avalando la especificidad de la violencia contra las mujeres, apunta la autora que resulta dudoso el empeño en sostener que es este un único asunto estadístico (Laurenzo Copello, 2005, p. 15).

Así, la tutela penal reforzada hacia la mujer puede explicarse como una legítima decisión de política criminal encaminada a protegerla frente a “un tipo específico de violencia que sólo a ella le afecta porque tiene su razón de ser precisamente en el sexo de la víctima (...) que no tiene paralelo en el sexo masculino ya que no existe una violencia asociada a la condición del varón”. Continúa brillantemente Laurenzo Copello, y aquí es donde reside la legitimidad de la distinción de trato,

es verdad que hay mujeres que agreden a sus parejas masculinas. Pero esas agresiones son manifestaciones individuales e indiferenciadas de la violencia emergente de la sociedad que, como tales, encuentran suficiente respuesta en las figuras delictivas genéricas que contempla el Código penal (...). La exclusión del varón como sujeto pasivo (...) en nada afecta, pues, al art. 14 de la Constitución. Para que fuese posible discutir siquiera la posible inconstitucionalidad (...) sería precioso que la ley privara de esa tutela reforzada a algún colectivo que se encuentre en una situación fáctica semejante a la de las mujeres (Lorente Acosta, 2013), una circunstancia que sin duda no concurre en el grupo de hombres (Laurenzo Copello, 2005, pp. 16-17).

Además, este refuerzo en la tutela penal no merma la protección de los hombres por parte del ordenamiento punitivo (Lorente Acosta, 2013). No se les “quita” protección para dársela a las mujeres. Solo se parte de la suficiencia de las normas penales generales. Y tal vez sea la obviedad de estas circunstancias la que explica que los argumentos más drásticos para fundamentar la inconstitucionalidad se encuentran fijando la óptica del varón como autor de los delitos, en lugar de tener en cuenta las circunstancias asociadas únicamente a la mujer como víctima (Laurenzo Copello, 2007, pp. 16-17). También Martínez García refiere que existen mujeres que agreden y existen mujeres que hacen un mal uso de la LOVG como instrumento de venganza:

Hemos asistido por desgracia a algunos supuestos en que el sistema ha sido pervertido, en que la violencia de género ha sido alegada y usada, maltratada y manoseada por quienes no la habían sufrido, como un instrumento de venganza. Son pocos los supuestos, pero no por ello hay que negarlos (Martínez García, 2018, p. 77).

En el mismo sentido, afirma Comas D’Argemir que no podemos negar que la inmensa mayoría de violencia desarrollada en el ámbito familiar es de hombres contra mujeres fruto de las relaciones de dominio que históricamente ejercieron aquellos sobre estas. No es cuestión de legislar una vez más sobre la violencia doméstica, pues esto ya se hizo en el 2003. Con la LOVG no se quiere desproteger a menores, ancianos y hombres como parte de la doctrina (y de la ciudadanía) nos indica. La LOVG deja intactos los avances legislativos realizados en esa materia y, mediante esta reforma, lo que quiere hacerse es seguir avanzando para así reconocer que las modificaciones legales no han sido suficientes para erradicar la lacra social de la violencia contra las mujeres. Esta ley parte de la base que la violencia contra las mujeres es un problema no solo penal, sino de carácter transversal, que afecta a todos los sectores de la sociedad y precisa una respuesta global, con decisiones

¹⁷ Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer. Resolución Agencia General NNUU 8/104, de 20 de diciembre de 1993.

¹⁸ Parlamento Europeo, Resolución sobre una campaña europea sobre tolerancia cero ante la violencia contra las mujeres. Resolución A4-250/1997.

que tengan fuerza de ley en los ámbitos publicitario, sanitario y educativo entre otros (Comas D'Argemir

Cendra, 2004, pp. 43-78).

9. Breve reflexión

Desde la justicia se ha intentado abordar un problema desbordante y sin los medios suficientes. El gran acierto de la ley fue dar una protección inmediata mediante las órdenes de protección, que es lo que realmente necesitaba la mujer en ese momento. A partir de entonces, la ausencia de servicios sociales y de medios que trabajen con la víctima hacen que el sistema se tambalee, y en la actualidad estamos sufriendo sus consecuencias negativas. “No se puede cambiar la vida de una mujer en 24 horas por el juez”, además, debido a los medios limitados, los juzgados son reacios a adoptar órdenes de protección (deniegan el 40%) y tienen dudas sobre cómo deben interpretar el riesgo, con la volatilidad que ha demostrado, así como su imprevisibilidad (Martínez García, 2017, pp. 153-154).

La LOVG es una de las leyes de violencia de género más avanzadas de Europa. Y quizá fuese demasiado avanzada para su tiempo. Prueba de ello son las casi 300 cuestiones de inconstitucionalidad que tuvo una ley que, paradójicamente, nació con unanimidad parlamentaria. Pero el problema no es jurídico, es social. El ámbito penal es insuficiente para atajar el problema. Prueba de ello es la media de 60 mujeres asesinadas al año en España. Es momento de implementar los otros ámbitos de la ley, de adelantar un paso la respuesta frente a la violencia de género. Cuando entra el derecho penal ya hemos fracasado (Barona Vilar, 2017, p. 73). Debe trabajarse con una educación en valores en igualdad y desde la infancia (Barona Vilar, 2018, p. 66 y Avilés Palacios, 2018, pp. 279-318). Afrontar de forma seria un pacto por los medios de comunicación en su papel de prevención de la violencia de género porque no ha habido una implicación real de estos, que son parte del problema. La LOVG ha reconocido el marco para la autorregulación, pero ha sido un fracaso, no se ha hecho nada (Martínez

García, 2017, p. 151). También debe dejar de recortarse el presupuesto en sanidad, espacio privilegiado para la detección precoz. Compartimos con Martínez García que el principio de igualdad en nuestro CP se ha impuesto a pesar de las cuestiones de inconstitucionalidad. Hicieron falta casi 300 cuestiones de inconstitucionalidad y casi 50 sentencias para poder entender que el legislador del 2004 quiso tutelar dos bienes jurídicos en el tipo de maltrato de obra y violencia habitual: 1) la integridad física y/o moral y 2) la igualdad (Martínez García, 2017, p. 146). Sin pretender entrar en el debate sobre la discusión sistemático-trascendente del bien jurídico, en este caso la mía es una referencia sistemático-inmanente o descriptiva de aquello que el legislador tipifica. Esto es, me apoyo en la concepción formal del bien jurídico admitida mayoritariamente en la doctrina penal (sobre esta disyuntiva puede leerse: Hefendel, 2002; Appel, 1998). Aunque queda margen de mejora, hemos de reconocer los esfuerzos y avances que han hecho tanto el legislador español como los aplicadores jurídicos para entender y comprender esta realidad. Vamos en el buen camino.

Finalizamos el artículo confirmando la hipótesis de partida: el recurso al derecho penal resulta necesario para combatir determinados ataques a derechos fundamentales, pero no es suficiente. No utilizarlo implicaría que las autoridades banalizan el acto, y dicha banalización conllevaría la perpetuidad de comportamientos atentatorios contra derechos fundamentales básicos. El TEDH ya planteó este problema de manera brillante en el asunto X e Y contra Países Bajos. Además, para poder ser capaces de analizar el desvalor de un acto es necesario atender a la realidad histórico y social. Y en la sociedad española, nuestro legislador de 2004 tomó la valiente decisión de

afirmar que tiene mayor desvalor el golpe del hombre sobre la mujer que es su pareja. Decisión que, a día de hoy, sigue siendo criticada por diversos sectores de la sociedad. Esta decisión no quebranta el principio de igualdad, más bien lo resitúa en donde siempre debió encontrarse.

Solo comprendiendo y analizando la realidad social podremos comprender por qué es necesario legislar con el prisma de la igualdad y por qué determinados actos tienen que ser tratados como lo que son: delitos contra derechos fundamentales como la integridad física y/o moral. El golpe del marido sobre la mujer durante muchos años ha sido silenciado indicando que se trataba de asuntos de alcoba. Y este silencio cómplice

de la sociedad ha dado lugar a “una víctima revictimizada por la institucionalización del silencio” (Román, pp. 25-26). Pero no debemos ser ingenuos, el derecho penal no tiene el poder de cambiar las conciencias. Además, de hacerlo le estaríamos atribuyendo un papel de educación social que debe ser asumido por otros actores (Bergalli y Bodelón González, 1992, p. 47). Es por ello que, si de verdad queremos seguir avanzando en igualdad, tenemos que castigar los ilícitos con el desvalor penal que merecen, pero también educar en valores y desde la infancia. Porque solo la educación será capaz de crear una sociedad más justa y más igualitaria. Hasta entonces, pondremos parches y maquillaremos el problema. Pero, con el tiempo, el maquillaje acaba por borrarse.

Referencias

- Abril Stoffels, R. (2010). España ante los ojos de la comunidad internacional: Violencia contra las mujeres y participación política femenina. En R. Abril Stoffels & A. Uribe Otalora (coords.) *Mujer, derecho y sociedad en el siglo XXI* (pp. 15-52). Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Acale Sánchez, M. (2006). *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el código penal*. Zaragoza: Cometa S.A.
- Amor, P.J. & Echeburúa, E. (2012). Claves Psicosociales para la Permanencia de la Víctima en una Relación de Maltrato. *Clínica Contemporánea*, 1 (2), 97-104 DOI <https://doi.org/10.5093/cc2010v1n2a3>.
- Añón Roig, M.J. (2012). Violencia de género: un concepto jurídico intrincado. En E. Martínez García (dir.) & J.C. Vegas Aguilar (coord.). *La prevención y erradicación de la violencia de género: un estudio multidisciplinar y forense* (pp. 31-53). Valencia: Aranzadi.
- Appel, I. (1998) *Verfassung und Strafe. Zu den verfassungsrechtlichen Grenzen staatlichen Strafens*. Berlin: Duncker & Humboldt.
- Arroyo Zapatero, L. (2007). El derecho penal español y la violencia de género en la pareja. *Revista brasileira de ciências criminais*, (64), 99-127.
- Avilés Palacios, L. (2018). La perspectiva de género como técnica jurídica e instrumento necesario para una justicia igualitaria. En L. Avilés Palacios, S. Baraona Vilar, R. Borges Blázquez, M. Lorente, P. Gil, S. Gisbert, ... M. Paz. *Análisis de la Justicia desde la perspectiva de género* (pp. 279-318) Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Barona Vilar, S. (2017). Justicia penal líquida (desde la mirada de Bauman). *Teoría & derecho. Revista de pensamiento jurídico sobre Derecho y Verdad*, (22), 64-91.
- Barona Vilar, S. (2018). La necesaria deconstrucción del modelo patriarcal de justicia. En E. Martínez García (dir.). *Análisis de la Justicia desde la perspectiva de género* (pp. 29-70). Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Bergalli, R. & Bodelón González, E. (1992). La cuestión de las mujeres y el derecho penal simbólico. *Anuario de Filosofía del Derecho*, (9), 43-74.
- Bustelo, M. López & S. Platero, R. (2007). Capítulo 3: La representación de la violencia contra las mujeres como un asunto de género y un problema público en España. En M. Bustelo & E. Lombardo (eds.). *Políticas de igualdad en*

- España y en Europa: Afinando la mirada* (pp. 67-96). Valencia: Ediciones Cátedra PUV.
- Campos Cristóbal, R. (2012). Reflexión personal crítica sobre la aplicación de la LOM-PIVG por parte de los operadores jurídicos. En E. Martínez García, J. C. Vegas Aguilar & F.G. Boix Reig (coords.). *La prevención y erradicación de la violencia de género: un estudio multidisciplinar y forense* (pp. 285-313). Valencia: Aranzadi.
- Comas D'Argemir Cendra, M. (2004). La ley integral contra la violencia de género: una ley necesaria. *Revista jurídica de Castilla y León*, (4), 43-78.
- Comas D'Argemir Cendra, M. (2007). La aplicación de la ley orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género. Recuperado de: <http://www.ortegaygasset.edu/publicaciones/circunstancia/ano-v---numero-12---enero-2007/ensayos/la-aplicacion-de-la-ley-organica-de-medidas-de-proteccion-integral-contra-la-violencia-de-genero>. [fecha de consulta 1 de abril de 2019].
- Esquembre Valdés, Mª M. (2006). Género y ciudadanía, mujeres y constitución. *Feminismo/s*, 12 (1) 35-51. DOI: 10.14198/fem.2006.8.03.
- Ferrajoli, L. (2010). *La ley del más débil*. Madrid: Editorial Trotta.
- Grande-Marlaska Gómez, F. (2013). Violencia de Género, Justicia y Medios de Comunicación. En A. Figuerola Burrieza, A. Del Pozo Pérez & M. León Alonso (dirs.) Gallardo Rodríguez, A. (coord.). *Violencia de género e igualdad. Una cuestión de derechos humanos* (pp. 113-124). Granada: Comares.
- Hefeldehl, R. (2002) ¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (04), 1-13.
- Larrauri Pijoan, E. (2009). Igualdad y violencia de género: Comentario a la STC 59/2008. *InDret*, 1, 2-17.
- Lascuraín Sánchez, J. A. (2013). ¿Son discriminatorios los tipos penales de violencia de género? Comentario a las SSTC 59/2008, 45/2009, 127/2009 y 41/2010. *Revista española de derecho constitucional*, (99), 329-370.
- Lascuraín Sánchez, J. A. (2009). *Solo penas legales, precisas y previas: el derecho a la legalidad penal en la jurisprudencia constitucional*. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi.
- Laurenzo Copello, P. (2005) La violencia de Género en la Ley Integral: Valoración político-criminal. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, (7-8), 1-23. Recuperado de: <http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-08.pdf> [fecha de consulta 1 de abril de 2019].
- Lorente Acosta, M. (2001). *Mi marido me pega lo normal*. Barcelona: Crítica.
- Lorente Acosta, M. (2013). Hombres asesinados y mentiras resucitadas. Recuperado de: <https://blogs.elpais.com/autopsia/2013/06/index.html> [fecha de consulta 1 de abril de 2019].
- Lorente Acosta, M. (2016). ¿...Y los hombres asesinados? HUFFPOST. Recuperado de: https://www.huffingtonpost.es/miguel-lorente/y-los-hombres-asesinados_b_8953808.html [fecha de consulta 1 de abril de 2019].
- Martínez García, E. (2018). Análisis de la justicia procesal desde la perspectiva de género, Proyecto de investigación (Segundo ejercicio de cátedra inédito) Universidad de Valencia, España.
- Martínez García, E. (2017). La igualdad y la violencia de género: elementos para la reflexión en España y en Europa. En: J. Hurtado Pozo (dir.) & L. C. Silva Ticllacuri (coord.). *Género y Derecho Penal* (pp. 4-33). Lima: Instituto Pacífico.
- Mañalich Raffo, J. P. (2005). La prohibición de infra-protección como principio de fundamentación de normas punitivas: ¿protección de los derechos fundamentales mediante el Derecho Penal? *Revista Derecho y Humanidades*, (11), 245-258.
- Núñez Fernández, J. (2010). La violencia de género en el derecho penal y su constitucionalidad. En A. Rodríguez Núñez (coord.). *Violencia en la familia. Estudio multidisciplinar* (pp. 207-238). Madrid: Dykinson S.L.
- Rodríguez Carcela, R. (2008). Del crimen pasional a la violencia de género. Evolución y su tratamiento periodístico. *Ámbitos*, (17), 171-188.
- Roig Torres, M. (2012). La delimitación de la Violencia de Género: un concepto espinoso. *Estudios penales y*

crimonológicos, 32, 247-312.

Román, L. (2015). Capítulo I: Violencia de género, Unión Europea y protección de las víctimas. En T. Freixes & L. Román (dirs.). *La Orden Europea de Protección. Su aplicación a las víctimas de Violencia de Género* (pp. 71-94). Madrid: Tecnos.

Salas, L. Cazaro Johanning, A. T. (2014). El tratamiento jurídico y social de la violencia doméstica en EEUU. En M. Roig Torres (dir.). *Medidas de prevención de la reincidencia en la Violencia de Género* (pp. 15-54). Valencia: Tirant Lo Blanch.

Sánchez Yllera, I. (2013). Maltrato y dominación. Paradojas judiciales sobre una cultura incívica. *Diario La Ley*, (8159).

Sanz Cervera, S. (2010). ¿La violencia contra la mujer, una forma de tortura? El derecho internacional, llamando a las cosas por su nombre. En R. Abril Stoffels & A. Uribe Otalora (coords.). *Mujer, derecho y sociedad en el siglo XXI* (pp. 167-198). Valencia: Tirant Lo Blanch.

Tomás-Valiente Lanuza, C. (2016). Deberes positivos del Estado y Derecho penal en la jurisprudencia del TEDH. *InDret*, (3), 1-73.

Varela, N. (2008). *Feminismo para principiantes*. Barcelona: Ediciones B, S.A.

Viganò, F. (2012). Sobre las obligaciones de tutela penal de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del TEDH. En S. Mir Puig & M. Corcoy Bidasolo (dirs.) & V. Gómez Martín (coord.). *Garantías constitucionales y derecho penal europeo* (pp. 311-328). Madrid: Marcial Pons.

Viganò, F. (2014). La arbitrariedad del no punir: sobre las obligaciones de tutela penal de los derechos fundamentales. *Política criminal*, 9, (18), 428-476. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992014000200005>

**José Juan
Anzures
Gurría**

**Tecnológico
de Monterrey,
México**

anzuresgurría@tec.mx

Recibido: 13.04.20

Aceptado: 19.07.20

La libertad de empresa como derecho fundamental en México*

Freedom of business as a fundamental right in Mexico

Resumen: El reconocimiento jurídico de la empresa en México no es del todo claro. Varias normas contienen el concepto, pero no lo definen, y en la doctrina es abordado por distintas áreas del derecho. Desde el ámbito mercantil, se ha entendido que la empresa es un acto de comercio y desde siempre se le ha tratado como tal. No obstante, la empresa es consecuencia de un acto de libertad individual y en consecuencia debería considerarse como la manifestación de un derecho fundamental, el derecho a la libertad de empresa. La libertad de empresa ha sido reconocida en los textos constitucionales de varios países del mundo occidental, sobre todo después de la Segunda Guerra Mundial. No ha sido el caso de México. El reconocimiento expreso de la libertad de empresa en nuestro país redundaría en una fortaleza de la figura de la empresa, del empresario, de la libertad de mercado y, en última instancia, de la democracia misma.

Palabras clave: empresa; libertad de empresa; derecho fundamental.

Abstract: Legal recognition of companies in Mexico is not completely clear. Several provisions include the concept but do not define it, and it is addressed by secondary sources in different areas of law. In the commercial area, it has been understood that a company is a commercial activity and has always been treated as such. However, business is the consequence of an act of individual freedom and therefore should be considered as a fundamental right, the right to freedom of business. Freedom of business has been recognized in constitutional texts of several countries in the Western world, especially after the Second World War. This has not been the case in Mexico. Express recognition of this freedom in our country would result in the strengthening of companies, entrepreneurs, market freedoms and, eventually, of democracy itself.

Keywords: Business; freedom; fundamental right.

*Agradezco el apoyo para la elaboración de este trabajo de Ramón Cruz Camarillo, alumno de octavo semestre de la Licenciatura en Derecho en el Tecnológico de Monterrey Campus Puebla.

La empresa es un concepto de naturaleza económica. Desde la perspectiva jurídica, el término no es del todo claro. Es cierto que podemos encontrar la palabra empresa en distintas leyes y enunciados normativos, sin embargo, ninguna de ellas la define.

Sin duda, la palabra empresa se encuentra contenida a lo largo de la Constitución mexicana de 1917. Cuando su texto menciona a la empresa, lo hace para referirse a ella como una actividad que el hombre puede ejercer libremente, como si se tratase de una industria, trabajo o profesión; y lo hace cuando habla del régimen económico que deberá seguir nuestro país; y principalmente cuando habla de los derechos laborales en el art. 123. Pero en ninguna ocasión el texto constitucional repara en definirlo o determinar su naturaleza jurídica.

El término empresa también suele encontrarse en distintas normas infraconstitucionales, principalmente mercantiles y laborales. Pero ciertamente no es un término propio del derecho mercantil ni tampoco del ámbito laboral. En el primer caso se le considera un acto de comercio y suele confundirse con un algún tipo societario, aunque en estricto sentido, la empresa no es una sociedad mercantil, ni debe constituirse como persona jurídica para existir. En el segundo caso suele confundirse al empleador con la empresa, cuestión que tampoco es correcta del todo.

Pero cualquiera que sea el caso, la empresa es la consecuencia de la manifestación de la libertad de una o

varias personas y como tal, debe considerársele como un derecho fundamental. En efecto, después de la Segunda Guerra Mundial, muchos países han reconocido en sus respectivas constituciones el derecho a la libertad de empresa como un verdadero derecho fundamental. Pero en México, a pesar de que nuestra carta magna tiene más de 100 años y cerca de 700 reformas, el constituyente no ha reparado en reconocer el derecho fundamental a la libertad de empresa.

El presente texto pretende argumentar el reconocimiento expreso de la libertad de empresa como un verdadero derecho fundamental. Si bien se trata de un tema quizá no muy novedoso en otras latitudes como España, Italia, Chile o Perú, en México el tema no ha sido abordado desde la óptica constitucional. Para lo anterior, el trabajo incursiona en el concepto de empresa, hace una revisión normativa sobre el reconocimiento de esta figura, y procede a definir los bienes jurídicos tutelados y el contenido constitucional que debería abarcar una supuesta libertad de empresa.

Por ser un tema poco abordado en México se echa mano del avance normativo y doctrinal que al respecto ya se ha vertido en otros países. Por eso, aunque el tema se aborda desde una óptica del derecho mexicano, no debe de extrañar la referencia a autores extranjeros o a resoluciones del Tribunal Constitucional español.

1. La empresa como concepto jurídico

La empresa no es precisamente un concepto jurídico; se trata más bien de un término económico que, al constituir una actividad humana, como toda ella, se encuentra regulada por el derecho. El término se encuentra reconocido en distintas normas y ha sido abordado por distintas áreas del derecho, aunque con mayor ahínco, quizá por su naturaleza económica, desde el derecho mercantil.

Se trata, según Barrera Graf, de un concepto económico que el derecho acoge a falta de instituciones y elementos jurídicos que expliquen dicha figura; aunque sí contiene conductas jurídicas que el derecho regula, como es la actuación del empresario. Para este autor, la empresa es el conjunto de personas y cosas organizadas por el titular con el fin de realizar una actividad onerosa, generalmente

lucrativa de producción o de intercambio de bienes y servicios destinados al mercado (Barrera Graf, 1983, p. 82).

Raúl Cervantes Ahumada entiende la empresa como la universalidad de hecho, constituida por un conjunto de trabajo, elementos materiales y valores incorpóreos, coordinados para la producción o el intercambio de bienes o servicios destinados al mercado general (Cervantes Ahumada, 2007, p. 495). Roberto Mantilla Molina la define también de manera genérica, como el conjunto de cosas y derechos combinados para obtener u ofrecer al público bienes o servicios, sistemáticamente y con propósito de lucro (Mantilla Molina, 2007, 105). Joaquín Garrigues la conceptualiza como el conjunto de bienes organizados por el comerciante con fines de lucro (Garrigues, 1987, p. 172). Para Raisch se trata de una unidad económica organizada mediante la cual el empresario actúa en el mercado (Schmidt, 1997, p. 67). Julius von Gierke la define como el ámbito de actuación conformado por la actividad económica, los bienes y derechos regularmente incorporados y adquiridos, incluyendo las deudas que le corresponden (Schmidt, 1997, p. 68). Y, para Ricardo Sandoval, se trata de una unidad económica orgánica que realiza actividades de orden económico y profesional (Sandoval López, 1992, p. 143).

Normalmente se confunde a las empresas con las sociedades mercantiles, en tanto ambas son instituciones que tienen fines lucrativos. Empero, nótese que, de las definiciones anteriores, ninguna se refiere a la empresa como una persona jurídica, ni siquiera con las sociedades mercantiles. Aunque una sociedad es siempre una empresa, una empresa no es siempre una sociedad mercantil.

La empresa es un concepto más amplio que consiste en la conducta humana en torno a ciertos elementos materiales o inmateriales, que constituyen el patrimonio del negocio. Una empresa puede ser tanto una sociedad mercantil, una persona física, la herencia yacente, la masa activa de la quiebra o unidades económicas sin personalidad jurídica; pero, además, la empresa también puede constituir la organización y finalidad de ese patrimonio¹.

No obstante lo anterior, varios autores suelen coincidir al menos en que la empresa tiene dos elementos básicos indispensables e indisolubles; un elemento subjetivo, que se refiere a la actividad que realiza el sujeto organizador de la empresa (el empresario), y un elemento objetivo, que se refiere al conjunto de medios instrumentales organizados por el empresario para realizar su actividad (patrimonio de la empresa).

Por lo demás, existen diversos tipos de empresa. Según la naturaleza de su titular, pueden ser privadas o públicas; en este último caso, cabe aclarar que, si bien el titular de la empresa es el Estado, su finalidad es el lucro y se rige por el derecho mercantil. Las empresas pueden además ser societarias o corporativas si su titular es una sociedad o varias; o bien, pueden adquirir distintas denominaciones atendiendo al fin o ramo al que se dediquen, siendo estas las textiles, manufactureras, ganaderas, cerveceras, de servicios, etc.

La empresa es, además, un concepto que se ha abordado también desde la perspectiva del derecho laboral. Históricamente se le ha entendido como el espacio natural en que se desarrollan las relaciones de producción a las cuales está destinado el derecho del trabajo. Se trata del espacio en el que coinciden en tiempo y espacio el patrón, el trabajador y el proceso de producción. En este sentido, siempre se ha considerado la empresa como un concepto básico y fundamental de la disciplina laboral, pues se trata no solo de un espacio de producción, sino también de un centro de imputación de obligaciones a cargo de los patrones y derechos en beneficio de los trabajadores (Reynoso, 2004, p. 137).

En esta tónica, Ugarte señala que se trata de la concurrencia de varias personas jurídicas vinculadas por un mismo titular o propietario, que constituyen un solo empleador (Ugarte, 2013, p. 187); o sea que, para este autor, empleador y empresario son conceptos equivalentes. Por su parte, Fernández Sessarego destaca que la empresa es una organización de personas en la cual confluyen múltiples intereses, de manera que tanto

¹ Contrario a la definición que venimos dando, para Rojas, la empresa puede tener fines no solo económicos, sino también sociales, culturales o benéficos (Rojas, 2001, p. 410).

el empresario como los trabajadores forman parte del elemento subjetivo de la empresa (Fernández Sessarego, 1990, p. 349)².

Tratando de dar un concepto más claro de la empresa, resulta pertinente definirla por afirmación y por negación, es decir por lo que sí comprende y por lo que no. En el primer caso, la empresa es una unidad económica. La empresa está conformada por personas (puede ser solo una) y tiene un patrimonio (conjunto de bienes), tienen

un fin lucrativo y participa en el mercado. En el segundo supuesto, la empresa no siempre es una persona jurídica; la empresa no es una asociación con fines altruistas, quedando fuera las asociaciones y sociedades civiles, tampoco es un fideicomiso. No tiene que ser forzosamente una sociedad mercantil, y si bien muchas veces una empresa suele desempeñarse como patrón en una relación laboral, no siempre la empresa es sinónimo de empleador.

2. La empresa en el ordenamiento jurídico mexicano

En el sistema jurídico mexicano, la empresa se encuentra enunciada, mas no regulada, en distintos ordenamientos, tanto en la Constitución política, como en distintas normas infraconstitucionales.

Nuestra carta magna recoge la palabra “empresa” en varias ocasiones a lo largo de su texto. En el art. 25 se establece que el gobierno brindará apoyo a las empresas en los sectores social y privado, siempre y cuando se adapten a las necesidades de interés público como la protección al medio ambiente. El art. 27 refiere que el Estado es quien asigna a ciertas empresas para realizar actividades con relación al manejo del petróleo o hidrocarburos en cualquiera de sus tres estados (sólido, líquido y gaseoso). El art. 28 prohíbe los monopolios y establece las medidas que se le autorizan al Estado para garantizar este derecho.

El art. 93 señala que las empresas con participación estatal mayoritaria, o los organismos descentralizados, podrán ser sometidos a una investigación realizada por la comisión que designe el Congreso, siempre y cuando lo requiera una cuarta parte de los miembros de la Cámara de Diputados o la mitad de la Cámara de Senadores.

El art. 110 no habla de las empresas, pero sí de los empresarios de participación estatal mayoritaria como una de las personas que podrían ser procesadas a través de un juicio político. En el art. 117 se mencionan las actividades que no tienen permitido realizar las Entidades Federativas, dentro de las cuales se encuentra la de contraer obligaciones o empréstitos que no sean inversiones públicas. Estas actividades quedan prohibidas también para organismos descentralizados, empresas públicas y fideicomisos.

Por último, en el artículo 123, que regula las relaciones laborales y los derechos de los trabajadores, se hacen varias menciones a la empresa dentro de su Apartado A. La primera de ellas es en la fracción IX, que habla sobre el derecho de los empleados a ser acreedores de un porcentaje de las utilidades de la empresa, también se establece que se podrá exceptuar el otorgamiento de este porcentaje de utilidades a las empresas que sean de nueva creación, así mismo se habla de la forma en la que deben asignar las utilidades que les corresponden a los empresarios y se aclara que el derecho a percibir parte de las utilidades no otorga facultades de dirección o control. En la fracción XII se reconoce la obligación de toda empresa de brindar habitaciones cómodas e

² Originalmente, la forma en la que se incluyó el término empresa en la normativa laboral mexicana pareciera reflejar un planteamiento filosófico al definirlas como “la unidad que lo comprende todo, la reunión del conjunto de elementos de orden material, humano y espiritual, esto es, el capital, el trabajo y la voluntad y el genio del empresario” (De la Cueva, 1980, p. 169).

higiénicas cuando esta se dedique al sector agrícola, industrial, minero o de cualquier otra clase de empleo. En la fracción XIII se estipula el deber de las empresas de capacitar y adiestrar a sus empleados. La fracción XIV determina que los accidentes de trabajo, que se ocasionen en el espacio de la empresa, serán responsabilidad del empresario. En la fracción XVI se establece que, tanto los obreros como los empresarios, contarán con el derecho a la libre asociación. La fracción XXVI refiere que todo contrato celebrado entre un mexicano y un empresario extranjero deberá ser validado por la autoridad municipal competente y visado por el cónsul de la nación, también especifica que los gastos de repatriación quedarán a cargo del empresario. Dentro de la fracción XXXI inciso B) se determina que serán de competencia federal los asuntos en donde las empresas sean 1) administradas en forma directa, o descentralizada, por el gobierno federal, 2) las empresas que actúen en virtud de un contrato o concesión federal y a las industrias que les sean conexas, y 3) aquellas que ejecuten trabajos en zonas federales o que se encuentren bajo jurisdicción federal, en aguas territoriales o en las comprendidas en la zona económica exclusiva de la nación.

De lo anterior, puede advertirse que, si bien la Constitución mexicana contempla el término empresa a lo largo de su texto, parece darlo por supuesto, pues no lo define o determina en ningún momento. En segundo lugar, pareciera que cuando se habla de una empresa se está refiriendo únicamente a una persona jurídica. Además, inferimos que existen empresas privadas (nacidas de la libertad individual de las personas) y empresas públicas (aquellas creadas o conformadas en su totalidad o en su mayoría por el gobierno); pero en ambos casos, se advierte que la finalidad sigue siendo el lucro. Asimismo, se entiende que el art. 123, siempre que habla del concepto de empresa lo hace para referirse al patrón en una relación laboral, pero no así del empleado, o sea, que una empresa no puede estar constituida por empleados, por lo menos no como dueños de la misma. Y, por último, se observa el papel preponderante que tiene la empresa en el modelo económico y político de nuestro país.

En realidad, la palabra empresa no tiene una connotación legal en el ordenamiento jurídico mexicano. Si bien es cierto que el término es recogido en varios ordenamientos, incluso en la misma Constitución, no se trata de una figura jurídica, o dicho de manera más clara, no se trata de una institución regulada por el derecho. La propia ley civil no reconoce su personalidad jurídica y, por esa misma razón, no podemos decir que la empresa sea un ente jurídico, sino más bien “una realidad”, “una unidad económica”, “un ente de derechos y obligaciones”, “un ente comercial”, etc.

En varias normas infraconstitucionales también se menciona la palabra empresa, pero tampoco encontramos una definición contundente de la misma. Por ejemplo, el artículo 16 de la Ley Federal del Trabajo se refiere a la empresa como la unidad económica de producción o distribución de bienes o servicios. Por otro lado, el mismo numeral entiende por establecimiento la unidad técnica que como sucursal, agencia u otra forma semejante, sea parte integrante y contribuya a la realización de los fines de la empresa. Se trata, como dice Reynoso Castillo (2004, p. 138), de una definición orgánica que trata de distinguir el todo, la empresa, de sus partes, establecimientos o sucursales como parte de aquella.

En el artículo 16 del Código Fiscal de la Federación, se reputa que una empresa puede ser una persona física o moral que realiza las actividades a que se refiere dicho artículo, y acto seguido se hace un listado de lo que se entiende por actividades empresariales, siendo estas las comerciales, las industriales, las agrícolas, las ganaderas, las de pesca y las silvícolas³. Por esto, no es de extrañar que un régimen de tributación en nuestro país sea el de persona física con actividad empresarial.

Recurriendo a legislaciones de otros países, la empresa se define en el Código del Trabajo de Chile como toda organización de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección, para el logro de fines económicos, sociales, culturales o benéficos, dotada de una individualidad legal determinada.

³ Art. 16 Código Fiscal de la Federación.

En Colombia, el Decreto 756 de 1956 señalaba que empresa es “toda actividad organizada que tiende a satisfacer necesidades de interés general en forma regular y continua, de acuerdo con el régimen jurídico especial, que se realice por el Estado, directa o indirectamente, o por personas privadas”. Años

después, en el Decreto 2351 de 1965, se redefine la empresa como “la unidad de explotación económica o las varias unidades independientes económicamente de una misma persona natural o jurídica que corresponden a actividades similares, conexas o complementarias y que tengan trabajadores a sus servicios”.

3. La libertad de empresa como derecho fundamental

La empresa, como toda actividad humana, es el fruto de la realización de una conducta de libertad por parte de una o varias personas. Esto significa que el titular de una empresa (el empresario) está manifestando el libre ejercicio de su personalidad. En consecuencia, parece lógico advertir que, como muchas otras manifestaciones de la libertad personal, esta debería considerarse como un derecho fundamental con identidad y naturaleza propia.

Hoy en día, son varios los países que reconocen a la libertad de empresa como un verdadero derecho fundamental, sin embargo, no siempre fue reconocido como tal. De hecho, no se trata de un derecho que haya sido reconocido por el primer constitucionalismo ni por las declaraciones liberales del periodo decimonónico; por el contrario, se trata de un derecho recogido en diversos textos constitucionales después de la Segunda Guerra Mundial.

La libertad de empresa hunde sus raíces en lo que se conoció antaño como la libertad de comercio; y si bien esta sigue existiendo, libertad de comercio y de empresa son hoy día conceptos divergentes. La libertad de comercio fue consecuencia natural del liberalismo económico y político del Estado liberal (valga la redundancia) y nace como respuesta al modelo económico mercantilista

propio de los siglos XVI, XVII y XVIII⁴, que dio lugar al fortalecimiento de la actividad del comerciante como una de las manifestaciones propias de la libertad del individuo y de su facultad para realizar actos de comercio. Sus primeros reconocimientos tuvieron lugar en el artículo 17 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1791 y en la *Loi Royes* del 17 de marzo de 1791.

En un primer momento, el derecho comercial se refería al creado por y para los comerciantes agrupados en corporaciones al regular sus relaciones de comercio recíprocas. Posteriormente, pasa a ser el derecho de los actos de comercio, que trae consigo la dificultad histórica y práctica de definir qué es el acto de comercio. Finalmente, ha pasado a ser el derecho que regula a la empresa, no solo en lo relativo a los actos y contratos necesarios para su establecimiento, sino también a su funcionamiento interno y su interacción en el tráfico jurídico.

En efecto, el complicado e indeterminado concepto de *acto de comercio* evolucionó, en algunos países, para adoptar el nombre de actividad empresarial, considerada como la actividad económica que se realiza en masa y con ciertos criterios de organización y destinación hacia el mercado.

⁴ La corriente mercantilista buscaba la expansión a través del comercio internacional y procurar una política interna restrictiva con respecto a las importaciones, generando un mayor crecimiento en la economía del Estado. De hecho, la excesiva reglamentación administrativa, las servidumbres y el poder real, restringieron severamente el desarrollo del comercio y de la industria, hasta impedir la concurrencia de los particulares y la competencia de los comerciantes (Cortés, 2007, pp. 191-192). La literatura inglesa del siglo XVII pudiera considerarse como la más representativa (Thomas Mun publica *England's Treasure by Foreign Trade* en 1664), pero otros autores importantes fueron J.B. Colbert (Francia) y A. Serra (Italia).

En el México independiente, la libertad de comercio fue reconocida, quizá por primera vez, en el artículo 7 del Plan de Ayutla de 1854 al prohibir el impuesto de capitación y permitir, con ello, el libre mercado. La Constitución de 1857 consagró este derecho al reconocer la libertad de todo hombre para “abrazar la profesión, industria o trabajo que le acomode”. Este artículo fue reproducido de manera casi idéntica en el numeral 4º. de la CPEUM de 1917, pero añadiendo de manera expresa el término “comercio”, y quedó, entonces, de la siguiente manera: “(a) ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos...”.

Este reconocimiento pasó luego al art. 5 de la CPEUM⁵, que además prohíbe cualquier acto de renuncia para ejercer una actividad profesional o comercial, al tiempo que establece los límites intrínsecos a dichas libertades, tales como la licitud de la conducta, el respeto a los derechos de terceros y los agravios a la sociedad.

Derivado del numeral anterior, se ha entendido a lo largo de muchos años, que toda persona es libre de ejercer la libertad de comercio. Y como si siguiéramos en el siglo XIX se ha entendido que al que ejerce la libertad de comercio se le denomina comerciante, que

por definición es aquel que ejerce actos de comercio. Y por acto de comercio entendemos a todo acto mercantil objetivo que, a su vez, el legislador, consideró y enlistó en el art. 75 del Código de Comercio de 1889⁶. Dentro de los actos de comercio se enlistan precisamente distintas empresas, por lo que podríamos concluir, después de esta enredada explicación, que el acto de comercio es el género y la creación de una empresa es una especie de acto comercial (Magaña & Figueroa, 2013, p. 521), o sea, que en pocas palabras, para efectos de nuestro ordenamiento jurídico, un empresario es un comerciante y una empresa un acto de comercio.

Como puede ya advertirse, el reconocimiento que se hace a la libertad de comercio en nuestro ordenamiento jurídico, tanto en la Constitución como en el Código de Comercio, son propios de la ideología política y económica liberal del siglo XIX. En nuestra normativa actual, no logra observarse aún la evolución natural que ha ocurrido en otros países de deslindar los actos de comercio de la actividad empresarial y, en consecuencia, en reconocer a esta última como un derecho fundamental autónomo.

Es cierto que, del ya citado art. 5 de la CPEUM, podemos deducir que la actividad empresarial puede ser

⁵ “Art. 5 CPEUM. A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos. El ejercicio de esta libertad sólo podrá vedarse por determinación judicial, cuando se ataquen los derechos de tercero, o por resolución gubernativa, dictada en los términos que marque la ley, cuando se ofendan los derechos de la sociedad. Nadie puede ser privado del producto de su trabajo, sino por resolución judicial. La ley determinará en cada entidad federativa, cuáles son las profesiones que necesitan título para su ejercicio, las condiciones que deban llenarse para obtenerlo y las autoridades que han de expedirlo.— Nadie podrá ser obligado a prestar trabajos personales sin la justa retribución y sin su pleno consentimiento, salvo el trabajo impuesto como pena por la autoridad judicial, el cual se ajustará a lo dispuesto en las fracciones I y II del artículo 123.— En cuanto a los servicios públicos, sólo podrán ser obligatorios, en los términos que establezcan las leyes respectivas, el de las armas y los jurados, así como el desempeño de los cargos concejiles y los de elección popular, directa o indirecta. Las funciones electorales y censales tendrán carácter obligatorio y gratuito, pero serán retribuidas aquéllas que se realicen profesionalmente en los términos de esta Constitución y las leyes correspondientes. Los servicios profesionales de índole social serán obligatorios y retribuidos en los términos de la ley y con las excepciones que esta señale.— El Estado no puede permitir que se lleve a efecto ningún contrato, pacto o convenio que tenga por objeto el menoscabo, la pérdida o el irrevocable sacrificio de la libertad de la persona por cualquier causa.— Tampoco puede admitirse convenio en que la persona pacte su proscripción o destierro, o en que renuncie temporal o permanentemente a ejercer determinada profesión, industria o comercio.— El contrato de trabajo sólo obligará a prestar el servicio convenido por el tiempo que fije la ley, sin poder exceder de un año en perjuicio del trabajador, y no podrá extenderse, en ningún caso, a la renuncia, pérdida o menoscabo de cualquiera de los derechos políticos o civiles.— La falta de cumplimiento de dicho contrato, por lo que respecta al trabajador, sólo obligará a este a la correspondiente responsabilidad civil, sin que en ningún caso pueda hacerse coacción sobre su persona”.

⁶ Así se lee en dicho artículo: “La ley reputa actos de comercio: ... V. Las empresas de abastecimientos y suministros; VI. Las empresas de construcciones, y trabajos públicos y privados; VII. Las empresas de fábricas y manufacturas; VIII. Las empresas de transportes de personas y cosas, por tierra o por agua, y las empresas de turismo; IX. Las librerías, y las empresas editoriales y tipográficas; X. Las empresas de comisiones, de agencias, de oficinas de negocios comerciales, casas de empeño y establecimientos de venta en pública almoneda; XI. Las empresas de espectáculos públicos ...”.

entendida como una actividad laboral o profesional que cualquier persona puede ejercer. Así, si bien el art. 5 no reconoce de manera expresa que toda persona puede ejercer la libertad de empresa, esta es una actividad concreta que se enmarca en el ejercicio de la libertad de comercio⁷. No obstante, resulta cierto también que la Constitución mexicana no reconoce de manera expresa la libertad de empresa y parecería necesario, entonces, un reconocimiento patente y diferenciado de la misma, toda vez que comprende un ámbito de protección distinto que no se identifica en el precepto antes mencionado.

La libertad de empresa, por su parte, es un derecho propio de un Estado constitucional y democrático de derecho que, en términos generales, puede definirse como la facultad de toda persona para constituir una empresa y decidir sobre distintas opciones relacionadas con la actividad económica que desempeña (Martín-Retortillo, 1987, p. 245). Se trata de la proyección sobre las decisiones económicas primarias que expresan los términos de libertad de inversión, libertad de organización y libertad de contratación (también llamada libertad negocial).

3.1. Bienes jurídicos tutelados

Si se acepta, en principio, que la libertad de empresa es un derecho fundamental con autonomía e identidad

propia, resulta pertinente tratar de dilucidar, al menos, cuáles son los bienes jurídicos tutelados y las conductas constitucionalmente protegidas.

En primer lugar, la libertad de empresa protege la dignidad de la persona pues en tanto esta es “...un *prius* de los valores políticos y jurídicos” (Peces-Barba, 2002, p. 12)⁸ del Estado, y cimiento de los derechos fundamentales, la libertad de empresa no hace otra cosa más que materializar la naturaleza digna de la persona humana. De hecho, el art. 25 de la Constitución mexicana señala que “mediante la competitividad, el fomento del crecimiento económico y el empleo y una más justa distribución del ingreso y la riqueza, (se permite) el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales, cuya seguridad protege esta Constitución”.

De este mismo artículo, se extrae que la libertad de empresa es una concreción del *libre desarrollo de la personalidad*⁹. Este concepto se refiere al derecho del individuo a decidir libremente su proyecto de vida, así como a cambiarlo cuantas veces quiera e, incluso, a no tenerlo propiamente¹⁰. Este derecho de la persona a ser como quiere ser, depende muchas veces del desarrollo interpersonal de cada uno¹¹, es decir, de la relación con

⁷ Así lo reconoció el Primer Tribunal Colegiado de Circuito en Materia Administrativa Especializado en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones, al señalar que la libertad de empresa está implícita en la libertad de trabajo, contenido en el art. 5 constitucional y que consiste básicamente, “en la posibilidad de acceder y operar en el mercado o, si se prefiere, de iniciar y desarrollar actividades productivas o dejar de hacerlo”. Plan Técnico Fundamental de Interconexión e Interoperabilidad, Publicado en El Diario Oficial de la Federación el 10 de febrero de 2009. No viola los derechos fundamentales de libertad de trabajo y de empresa, previstos en el Artículo 5o. de la Constitución federal. [TA]; T.C.C., S.J.F. y su Gaceta; Décima Época, Tomo IV, mayo de 2016; Pág. 2827. Y la jurisprudencia de Rubro Dignidad humana. Su naturaleza y concepto. [J]; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; 10a. Época; octubre de 2011, Tomo 3; Pág. 1529.

⁸ Asís (2001); Campoy (2005); Peces-Barba (2012). En México la SCJN ha reconocido a la dignidad humana como condición y base de los derechos fundamentales. Se puede ver la Tesis de Rubro Dignidad Humana. El Orden Jurídico Mexicano la Reconoce como Condición y Base de los demás Derechos Fundamentales. [TA]; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; 9a. Época, Tomo XXX, Diciembre de 2009; p. 8; y la jurisprudencia de Rubro Dignidad Humana. Su Naturaleza y Concepto. [J]; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; 10a. Época, octubre de 2011, Tomo 3; p. 1529.

⁹ En este sentido, un sector de la doctrina italiana considera que la libertad de empresa es uno de los modos a través de los cuales el individuo desarrolla su personalidad (Galgano, 1990, p. 206).

¹⁰ Si bien es cierto que el libre desarrollo de la personalidad no se encuentra reconocido en nuestro texto constitucional, nuestra SCJN ha reconocido este en la Tesis Derecho al Libre Desarrollo de la Personalidad. Aspectos que Comprende, en la que define dicho derecho como “el reconocimiento del Estado sobre la facultad natural de toda persona a ser individualmente como quiere ser, sin coacción ni controles injustificados, con el fin de cumplir las metas u objetivos que se ha fijado, de acuerdo con sus valores, ideas, expectativas, gustos, etcétera”. [TA]; Pleno, S.J.F. y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXX, diciembre de 2009, p. 7. Sobre el libre desarrollo de la personalidad véase también la Tesis. P. LXIX/2009 y 1a. LIX/2015 (10a.). Una síntesis jurisprudencial puede encontrarse en la Resolución del 4 de noviembre de 2014 sobre el Amparo en revisión 237/2014, sobre el uso lúdico de la marihuana.

¹¹ BVerfGE 4, 7, 15; BVerfGE 45, 187, 227; BVerfGE 50, 290, 355.

los otros. En este sentido la libertad de empresa concede a su titular la posibilidad de dedicarse a la actividad empresarial, y a ejercerla plenamente, a fin de materializar un plan de vida según sus intereses. Además, al satisfacer las distintas demandas que la sociedad reclama, la empresa posibilita la satisfacción del libre desarrollo de la personalidad de cada una de las personas que, mediante el consumo de los bienes y servicios que las empresas ofrecen, satisfacen sus necesidades.

La libertad de empresa protege también la *sociabilidad* de la persona humana, pues al constituir y garantizar el funcionamiento de una empresa, se protege la posibilidad de toda persona de interactuar con otros (Solozábal, 1995, p. 2491). Si al fundar una empresa se crea también una asociación mercantil, se está concretando la sociabilidad de la persona al hacer concurrir las voluntades de al menos dos personas. Pero, aunque no se constituya una persona jurídica como tal, el solo hecho de fundar una empresa, ya sea personal o colectiva, y tener que operar en el mercado e interactuar con otras personas, materializa por sí mismo la sociabilidad propia de todo ser humano.

La libertad de empresa es también un derecho de ejercicio (*Ausübungsrecht*)¹² pues a través de él se ejercen otros derechos fundamentales como la libertad de trabajo o profesión, la libertad para operar en el mercado y la libertad de perseguir un fin lucrativo.

Por último, debe reconocerse que la libertad de empresa es un derecho que, como decíamos anteriormente, consolida el sistema democrático, y es que su existencia hace posible la libertad individual, la subsistencia y desarrollo integral de todas y cada una de las personas que integran la sociedad. Debe reconocerse que, en términos generales, la empresa no hace otra cosa que procurar el bien común. Por último, la libertad de empresa constituye un instrumento indispensable en la economía de cualquier país, pues desempeña un papel activo en la estabilidad y el crecimiento económico de todo país. Mientras haya libertad de empresa, habrá crecimiento económico, y

mientras mayor sea la libertad económica, mayor será el crecimiento económico del país.

3.2. Ámbito constitucionalmente protegido

En términos generales, podemos afirmar que la libertad de empresa se refiere a la facultad de toda persona de realizar una actividad económica. Pero profundizando un poco más sobre el ámbito protegido por la libertad de empresa, suele coincidir en que esta comprende el derecho a crear la empresa, pero también a dirigirla, lo que implica incidir directamente en su capital, en las pérdidas y en los beneficios que se pueden generar, además del derecho a la libre o autónoma organización (Coscolluela, 2000, p. 428).

Según M. Aragón Reyes, el ejercicio de la libertad de empresa comprende tres subgarantías, a saber: “la libertad de acceso al mercado, la libertad de ejercicio de la empresa y la libertad de cesación de este ejercicio”¹³. En este sentido, también el Tribunal Constitucional español, en su STC 83/1984, indicó que la libertad de empresa comprende el derecho de iniciar y sostener una actividad empresarial; esto comprende dos derechos, el de iniciar una actividad empresarial y el derecho a sostener en libertad las actividades empresariales, y podría decirse, que el derecho a sostener la actividad empresarial también comprende el derecho a cesar la actividad empresarial.

3.2.1. La libertad de interactuar en el mercado

La libertad de acceso al mercado implica la facultad para crear una empresa, que conlleva a su vez la libertad de elegir el nombre, domicilio y objeto que tendrá la misma. Aunque una de las características esenciales de la empresa es su fin de lucro, se tiene la facultad para decidir en qué sector económico se va a actuar, cuáles serán los objetivos económicos y cuál será el tipo de sociedad que se constituirá. Esta libertad se encuentra limitada por las exigencias sociales de la economía general y por las restricciones propias de la regulación de las sociedades empresariales según el tipo, de tal forma

¹² Merten, 2009, pp. 160-161.

¹³ Este esquema es seguido también por Aragón (2004, p. 23) y Cidoncha (2006), entre otros.

que cada tipo empresarial deberá organizarse según lo que disponga la ley y el sector de la economía en el que se desea participar.

La capacidad para interactuar en el mercado, implica que la libertad de empresa se encuentra restringida por los principios económicos determinados en la misma Constitución mexicana. Si bien, nuestra carta magna no contiene como tal un capítulo económico, los principios rectores del régimen económico mexicano se encuentran consagrados en los artículos 25, 26, 27 y 28, donde se define un concepto de economía mixta en el cual intervienen el sector privado, público y social; todo ello, dentro del respeto de los derechos individuales y sociales.

El art. 26 CPEUM vincula de manera insoluble el régimen económico con la democracia. Parece inferirse de su texto, que mientras haya crecimiento económico, la democracia se fortalece. El enunciado normativo programático de este numeral 26 manda al Estado a organizar un sistema de planeación democrática de desarrollo nacional que esté acompasado con el cambio social, la permanencia en el tiempo y el equilibrio entre los distintos sectores de la población, las distintas ramas de la actividad económica y las regiones del país; y presupone el crecimiento económico como medio para la independencia y democratización de México.

El art. 28 ratifica que la economía mexicana se sustenta en los principios del liberalismo económico, con un importante énfasis en la protección del interés social. De este artículo se entiende que la libertad de empresa tiene un doble contenido, uno subjetivo y otro objetivo. Por el primero, se refiere a la facultad individual de toda persona para dedicarse a la actividad empresarial, pero para que ello sea posible, segundo, la empresa debe funcionar con plena libertad en el mercado; y para ello, el Estado debe de garantizar las condiciones necesarias para actuar en igualdad de condiciones regulando al mercado y prohibiendo la existencia de monopolios.

Garantizar la libre competencia no debe entenderse como una conducta negativa del Estado, sino como un mandato que consiste en regular y a veces nivelar las fuerzas del mercado, como lo hace en muchos otros sectores para garantizar una igualdad real en el desarrollo de las libertades.

3.2.2. La libertad de autoorganización

En segundo lugar, el libre ejercicio de la empresa se refiere a la facultad de organizarse internamente de la forma que considere mejor para alcanzar sus fines. Esto implica la libertad para adoptar sus propios estatutos y con base en ellos tomar las decisiones propias de su administración.

Dentro de la facultad organizativa de toda empresa, uno de los ámbitos constitucionalmente protegidos es el poder de dirección y control del empresario sobre las conductas de sus trabajadores. El poder de dirección implica la facultad del empresario para organizar diariamente la empresa, es decir, poder cambiar, siguiendo unos procedimientos establecidos, las condiciones de trabajo y poder sancionar el incumplimiento por parte de los trabajadores.

En este sentido, nos referimos a la empresa desde su concepción laboralista, en la que se trata de manera indistinta al patrón y al empresario. Así, la facultad de control y dirección por parte de este se encuentra reconocida en el art. 123 CPEUM y diversos artículos de la Ley Federal del Trabajo¹⁴. El art. 11 de la Ley Federal de Trabajo reconoce que algunas facultades de control y dirección pueden ser ejercidas por personas representantes del patrón. El art. 47 establece los supuestos normativos en los que el patrón podría rescindir una relación laboral por causas imputables al trabajador, mismas, que no le atribuyen responsabilidad alguna. El art. 161 faculta al patrón para imponer medidas disciplinarias sobre el trabajador que haya incumplido con algún supuesto, siempre y cuando este haya tenido una antigüedad mayor a 20 años. En concreto, el art. 729 estipula las acciones que podrán ser consideradas como sanciones contra los empleados, las

¹⁴ En este sentido la SCJN ha reconocido en su Tesis de Rubro Principio de la Autonomía de la Voluntad e Incidencia de los Derechos Fundamentales en las Relaciones Laborales que "las facultades de dirección del patrón o empresario no se limitan al mero establecimiento de la contraprestación salarial, sino que se extienden desde la selección del personal, pasando por la distribución del tiempo de trabajo y las modalidades de contratación, y llegando hasta la fijación de medios de control y a la instauración de normas de conducta y disciplina laborales". [TA]; Primera Sala, S.J.F. y su Gaceta, Décima Época, Tomo I, diciembre de 2014, p. 242.

cuales son: amonestaciones, multas de hasta 100 días de salario mínimo, o expulsión del local de la junta de manera voluntaria o a través de la fuerza pública.

También el contrato de trabajo materializa la relación laboral y establece mutuas pretensiones, derechos y obligaciones. Entre ellas, la facultad de dirección del patrón al trabajador y, desde luego, los derechos de comprobación y verificación del cumplimiento de las obligaciones del trabajador, todo ello como consecuencia de la subordinación debida del trabajador al empresario durante la jornada de trabajo.

El poder de dirección del empresario no es ilimitado. El empresario se ve obligado a advertir a sus trabajadores la existencia de mecanismos de control y vigilancia en el lugar de trabajo. Si bien el patrón no puede establecer la ubicación y hora de control, sí puede señalar la existencia misma del procedimiento para garantizar la dignidad del trabajador y revestir de legitimidad estos mecanismos al ser del conocimiento del trabajador. La Organización Internacional del Trabajo (OIT) ha señalado que cuando el trabajador sea objeto de medidas de vigilancia, este deberá ser informado de las razones que lo motivan, de las horas en que se aplican, de los métodos y técnicas utilizadas, y de los datos que serán acopiados.

Las acciones de vigilancia y control deben ser previamente informadas al trabajador sujeto de ellas, y este deberá manifestar su conformidad. Si el empleado no fue avisado y las medidas son puestas en práctica por el patrón, este último deberá asumir la responsabilidad civil y penal por la violación de los derechos fundamentales de intimidad y privacidad del trabajador.

Se debe respetar el derecho a la intimidad del trabajador en las zonas del centro de trabajo donde no se desempeñen las conductas propias de la actividad profesional y, también, en los lugares donde puede quedar expuesta, con mayor razón, la intimidad como es el caso de vestuarios y baños (Rodríguez-Piñero & Bravo-Ferrer, 2004, p. 1826). El derecho a la intimidad es una prerrogativa que tiene que ser respetada por todas

las personas en las relaciones particulares y, con especial ahínco, por los empresarios respecto de sus trabajadores. Por lo demás, resulta necesario aclarar que el derecho a la intimidad no puede entenderse desde una concepción clásica. El derecho a la intimidad, en su concepción original, se entendía como el derecho de toda persona a no ser molestado en sus derechos, bienes o posesiones. Pero, hoy en día, el derecho a la intimidad comprende también la protección de esta en los ámbitos del internet, el uso del correo electrónico, las redes sociales y la video vigilancia.

El poder de control y vigilancia va dirigido a la prestación del servicio, es decir, la actividad o tarea que realiza el trabajador y a comprobar si se está haciendo la labor de la manera estipulada en el contrato de trabajo. El derecho a la intimidad se refiere a la no injerencia por parte de terceros en aspectos privados de la vida de cada uno. Cuestiones propias del pensamiento, creencia y conocimientos de las personas que están reservados a ella misma y que no es del conocimiento de los demás, a no ser que la persona quiera hacerlos de conocimiento. El derecho a la intimidad comprende a su vez muchos otros derechos, como lo son: la dignidad humana, el derecho al honor, la libertad de expresión, el derecho a la propia imagen, la confidencialidad y la petición.

3.2.3. La libertad de cesación en el mercado

La tercera subgarantía de la libertad de empresa se refiere a la libertad de cesación en el mercado, lo que significa que el empresario puede cesar la actividad empresarial y en consecuencia perder su posición en el mercado. Se trata de una concreción en sentido negativo del ejercicio de la libertad empresarial y que consiste en aceptar que, así como cualquier persona tiene el derecho a ejercer la libertad empresarial, también tiene la facultad para no ejercerla o dejar de ejercer la libertad empresarial¹⁵. En palabras más llanas, cualquier empresario tiene la facultad de “cerrar” su empresa, de dejar de existir en el mercado y de dejar de ser considerado como empresario. Dicho aun en términos más claros, nadie puede estar obligado a participar en contra de su voluntad en el ámbito del mercado.

¹⁵ Ver por todos, Rojo (1983, p. 329).

Es cierto que el proceso de cesación empresarial, el concurso mercantil y la clausura del negocio en sí mismo, estará constreñido a las disposiciones establecidas en las normas infraconstitucionales, pero cumpliendo estas formalidades legales, el empresario tiene plena libertad para concluir la actividad empresarial.

Así, la libertad de empresa consistiría en la facultad de toda persona de dedicarse a una actividad económica (entiéndase lucrativa), actuando libremente en el mercado.

La consecuencia de esta actividad es la creación de una empresa, que puede ser o no una persona jurídica y su ejercicio se materializa en la facultad para determinar las cuestiones propias de su nacimiento, como la elección del nombre, el ramo del negocio, etc.; comprende también el desarrollo de la empresa en el mercado y su organización interna, y naturalmente la capacidad del empresario para dejar de ejercer su derecho y en consecuencia dar por finiquitada la empresa.

4. Conclusión

Aunque el término empresa se encuentra contenido en varios enunciados normativos del sistema jurídico mexicano, se trata no tanto de un concepto jurídico indeterminado sino más bien vacío de contenido. Ninguna norma repara en su definición y las explicaciones doctrinales son ambiguas.

La empresa es una institución que puede constituirse como persona jurídica de carácter mercantil o bien una persona física que realiza actos de comercio. Según el Código de comercio, una empresa es un acto de comercio, por lo que podría argumentarse que, al realizarlo, el empresario es un comerciante. No obstante, la empresa tiene una característica que la diferencia de un acto de comercio y es su interacción en el mercado.

La facultad de crear una empresa para interactuar en el mercado es lo que se le ha denominado en otras latitudes como libertad de empresa. Es cierto que podría interpretarse que esta se desprende del art. 5 CPEUM, al reconocer la libertad de profesión, industria, comercio o trabajo. Pero la libertad de empresa comprende una serie de conductas que la diferencian de la libertad de trabajo o de la libertad de comercio. Si bien es cierto que la libertad de empresa es la evolución de la libertad de comercio, el primero comprende la capacidad de actuar

en el mercado y, por tanto, en el desarrollo económico del país, mientras que el segundo se limita a la facultad de la persona para ejercer actos de comercio.

Las conductas constitucionalmente protegidas por la libertad de empresa son, en concreto, tres: la libertad de interactuar en el mercado, su libre autoorganización y la capacidad para dejar de existir. Estas facultades implican naturalmente conductas de omisión por parte de las autoridades estatales, pero en el caso de la autoorganización, ella nunca puede implicar la violación de derechos de terceros, principalmente la violación del derecho a la intimidad o la privacidad de los miembros de la empresa.

El reconocimiento expreso de la libertad de empresa como derecho fundamental en nuestro texto constitucional, vendría a reforzar la actividad empresarial en nuestro país, vendría a fortalecer a la empresa como institución indispensable en la economía de mercado, vendría a proteger al empresario contra acciones arbitrarias por parte del Estado, vendría a fortalecer los principios económicos reconocidos en nuestra Constitución y vendría a garantizar en última instancia, la consolidación del régimen democrático.

Referencias

- Aragón, M. (2004). El contenido esencial del derecho constitucional a la libertad de empresa. *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, (4), 1-34.
- Arteaga, I. (2002). En busca del Concepto Jurídico de Empresa. *Revista Chilena de Derecho*, 29 (3), 603-620.
- Asís, R. (2001). *Sobre el concepto y fundamento de los Derechos: Una aproximación dualista*. Madrid: Dykinson.
- Barrera Graf, J. (1983). *Temas de derecho mercantil*. Ciudad de México: UNAM.
- Bonilla, E. (1998). La Empresa y el Empresario. *Revista de Derecho Privado*, (3), 105-126.
- Campoy, I. (2005). Una revisión de la idea de dignidad humana y de los valores de libertad, igualdad y solidaridad en relación con la fundamentación de los derechos. *Anuario de Filosofía de Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid*, 143-166.
- Cañas, M. (2000). *La empresa mercantil: monografía*. San Salvador: Escuela de Ciencias Jurídicas de la Universidad Francisco Gavidia.
- Carrizosa, E. (2004). El Principio de Proporcionalidad como mecanismo de control de las injerencias en el Derecho de Huelga. *Temas Laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, (77), 83-124.
- Cervantes Ahumada, R. (2007). *Derecho mercantil* (4ª ed). Ciudad de México: Porrúa.
- Cidoncha, A. (2006). *La libertad de empresa*. Madrid: Civitas.
- Cortés, M. (2008). Reseña a Martínez, M, del P. y Ludlow, L. (coords.) (2007). Historia del pensamiento económico: del mercantilismo al liberalismo. Ciudad de México: IIH-UNAM/Instituto Mora. *América Latina en la historia económica. Revista de Investigación*, (30), 191-202.
- Coscolluela, L. (2000). *Manual de derecho administrativo* (11ª ed.). Navarra: Civitas.
- Dávalos, M. (2010). *Manual de Introducción al Derecho Mercantil* (pp. 99-107). Ciudad de México: Nostra Ediciones.
- De la Cueva, M. (1980). *El nuevo derecho mexicano del trabajo* (6ª ed.) Vol. I. Ciudad de México: Porrúa.
- Espinoza, A. (2010). Pasado, presente y futuro del Derecho Comercial (pp. 1-18). En A. Espinoza. *Introducción al Derecho Comercial*. Alajuela: Ius Mercatorum.
- Fernández Sessarego, C. (1990). *Nuevas tendencias en el Derecho de las personas*. Lima: Universidad de Lima.
- Galgano, F. (1990). *Las instituciones de la economía capitalista: sociedad anónima, Estado y clases sociales*. Barcelona: Ariel.
- Garrigues, J. (1987). *Curso de Derecho Mercantil: Tomo I*. Bogotá: Temis.
- Hesse, K. (1999). *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Heidelberg: C.F. Müller.
- Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (1982). *Diccionario Jurídico Mexicano, Tomo IV, E-H*. Ciudad de México.
- Magaña, D. y Figueroa, L. (2013). Reflexiones en torno al fenómeno del mercado. *Revista Alegatos de la Universidad Autónoma Metropolitana*, (84), 515-538.
- Mantilla Molina, R. L. (2007). *Derecho mercantil* (24ª reimpr.). Ciudad de México: Porrúa.
- Martín-Retortillo, S. (1987). La libertad económica como derecho a la libertad de la empresa: su ordenación constitucional. En S. Martín-Retortillo y A. Martínez. *Homenaje a César Albiñana García Quintana* (pp. 241-272). Madrid: Ministerio de Economía y Hacienda.
- Merten, D. (2009). „Vereinsfreiheit“. En J. Isenstie y P. Kirchhof, *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland: Band VII Freiheitsrechte* (pp. 160-161). Heidelberg: C.F. Müller Verlag, Heidelberg.
- Peces-Barba, G. (2002). *La Dignidad de la Persona desde la Filosofía del Derecho*. Madrid: Dykinson.
- Peces-Barba, G. (2012). Dignidad Humana. En J. Tamayo. *10 palabras clave sobre derechos humanos* (pp. 55-77). Navarra: Verbo Divino.

- Peguera, M. (2004). Presentación. En M. Peguera, *Derecho y Nuevas Tecnologías* (pp. 19-21). Barcelona: UOC.
- Reynoso, C. (2004). Las transformaciones del concepto de empresa. *Revista latinoamericana de Derecho Social*, (18), 133-158.
- Rodríguez-Piñero, M. y Bravo-Ferrer, M. (2004). Derecho a la intimidad del trabajador y contrato de trabajo. *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, (3), 1824-1830.
- Rojas, I. (2001). El peculiar concepto de Empresa para Efecto Jurídico-Laborales: Implicancias para la Negociación Colectiva. *Revista Ius et Praxis*, 7(2), 409-422.
- Rojo, A. (1983). Actividad económica pública y actividad económica privada en la Constitución española. *Revista de Derecho Mercantil*, (169-170), 309-344.
- Sandoval López, R. (1992). *Manual de Derecho Comercial: Tomo 1*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Schmidt, K. (1997). *Derecho Comercial* (F. Werner, trad.). Buenos Aires: Astrea.
- Solozábal, J. (1995). Dignidad humana. En J. Solozábal, *Enciclopedia Jurídica Básica* (2491). Madrid: Civitas.
- Ugarte, J. (2013). El concepto legal de empresa y el derecho laboral: Cómo salir del laberinto. *Revista Chilena de Derecho Privado*, (20), 185-213.
- Vigil, E. (2016). Evolución Jurídica de la Empresa. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón*, 12, 45-58.

Legislación y jurisprudencia

- Código Fiscal de la Federación.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Ley Federal del Trabajo.
- Derecho al Libre Desarrollo de la Personalidad. Aspectos que Comprende, [TA]; Pleno, *S.J.F. y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXX, diciembre de 2009, p. 7.
- Dignidad Humana. El Orden Jurídico Mexicano la Reconoce como Condición y Base de los demás Derechos Fundamentales. [TA]; 9a. Época; Pleno; *S.J.F. y su Gaceta*; Tomo XXX, diciembre de 2009; p. 8.
- Dignidad Humana. Su Naturaleza y Concepto. [J]; T.C.C.; *S.J.F. y su Gaceta*; 10a. Época; octubre de 2011, Tomo 3; p. 1529.
- Principio de la Autonomía de la Voluntad e Incidencia de los Derechos Fundamentales en las Relaciones Laborales. [TA]; Primera Sala, *S.J.F. y su Gaceta*, Décima Época, Tomo I, diciembre de 2014, p. 242.
- Plan Técnico Fundamental de Interconexión e Interoperabilidad, Publicado en el Diario Oficial de la Federación El 10 de febrero de 2009. No Viola los Derechos Fundamentales de Libertad de Trabajo y de Empresa, previstos en el Artículo 5o. de la Constitución Federal. [TA]; T.C.C., *S.J.F. y su Gaceta*; Décima Época, Tomo IV, mayo de 2016; p. 2827.

Pablo Scheihing Cuevas

pischeih@uc.cl

Katerin López Cartagena

knlopez@uc.cl

Recibido: 26.05.20

Aceptado: 18.08.20

Análisis de la Ley N° 20.760 sobre declaración de un solo empleador: revisión jurisprudencial a cinco años de su entrada en vigencia*

Analysis of Statute Law N° 20.760 on single employer declaration. Case law review five years after its enactment

Resumen: El presente trabajo tiene por objeto practicar un análisis teórico y práctico sobre la aplicación jurisprudencial que han hecho los jueces de la instancia a los preceptos de la Ley N° 20.760 sobre declaración de un solo empleador, denominada coloquialmente “Multirut”. En primer lugar se revisarán las razones que llevaron a la dictación de la ley, así como su contenido y efectos lo que permitirá entender la necesidad de su existencia. En segundo lugar se desarrolla un análisis en profundidad de las sentencias dictadas sobre la materia en estos 5 años por los Juzgados de Letras del Trabajo, para verificar cómo los sentenciadores han tratado la declaración de único empleador, cómo se ha entendido el concepto de dirección laboral común y cuáles son los indicios que se han considerado. En tercer lugar, y sobre la base del mismo análisis jurisprudencial, se tratan otros aspectos accesorios pero relevantes: quiénes tienen legitimación activa para demandar, quiénes tienen legitimación pasiva, en qué momento puede solicitarse dicha declaración, y la aplicación de sanciones asociadas como el subterfugio, entre otras. Por último, se presentan algunas reflexiones prácticas y se enuncian algunas propuestas de mejora en la aplicación de esta ley.

Palabras clave: declaración de un solo empleador; unidad económica; dirección laboral común.

Abstract: The purpose of this work is to carry out a theoretical and practical analysis of the case law on Statute Law No. 20,760, regarding the single employer declaration commonly referred to as “Multirut”. First, it addresses the reasons that led to the enactment of the Statute Law, as well as its content and legal effects. These allow us to understand the need for that regulation. Secondly, an in-depth analysis of the case law on the subject over the past five years is made in order to verify the way in which the judges have dealt with the declaration of the sole employer, how the concept of common labor management has been understood, and what type of evidence has been considered. Thirdly, and based on the same analysis, other accessory but relevant aspects are dealt with, such as who has standing to sue, who can be sued, the time at which such declaration may be requested, and the application of associated sanctions such as subterfuge, among others. Finally, some practical reflections and proposals are made to improve the practical application of this Statute Law.

Keywords: single employer declaration; economic unit; common work postal address.

* Pablo Scheihing Cuevas es abogado de la Pontificia Universidad Católica de Chile y magíster en Derecho del Trabajo de la Universidad de Los Andes, Chile. Katerin López Cartagena es abogada de la Pontificia Universidad Católica de Chile y magíster en Derecho del Trabajo de la Universidad de Los Andes, Chile.

La Ley N° 20.760 conocida popularmente como ley sobre el “Multirut”, vino a modificar nuestro Código del Trabajo, ampliando el concepto de empleador para dar solución normativa al fenómeno de los grupos de empresas, lo que no se encontraba regulado en materia laboral, y que generaba, en muchos casos, una vulneración de derechos laborales y previsionales de sus trabajadores, y cuyos efectos se subsanaban o atenuaban por la jurisprudencia a través de la figura de la unidad económica.

A priori, podría estimarse que la aplicación de esta ley, luego de haber transcurrido cinco años desde su entrada en vigencia, proporciona un acertado tratamiento a la protección de los derechos laborales y previsionales de los trabajadores que prestan labores para una empresa parte de un grupo. Sin embargo, el ejercicio profesional nos ha llevado a constatar que existe una serie de dificultades prácticas: acreditar la dirección laboral común, la larga espera asociada al informe de la Dirección del Trabajo y un

profundo desconocimiento de muchos de los diferentes operadores respecto de la ley, su contenido y alcances.

La presente investigación que surge de la constatación de esta problemática, está orientada, en un primer análisis, a comprender las razones que llevaron a la dictación de la ley para posteriormente conocer su contenido y efectos jurídicos; y una vez comprendida su génesis, analizar profundamente las sentencias dictadas en la materia en estos cinco años por los Juzgados de Letras del Trabajo, para verificar cómo nuestros sentenciadores han tratado la declaración de único empleador, cómo se ha entendido el concepto de dirección laboral común, cuáles son los indicios que se han considerado, y otros aspectos accesorios pero relevantes: quiénes tienen legitimación activa para demandar, quiénes tienen legitimación pasiva, en qué momento puede solicitarse dicha declaración, y la aplicación de sanciones asociadas como el subterfugio, entre otras.

1. Status previo a la Ley N° 20.760: problemática entre grupos de empresas y la protección de derechos laborales y previsionales

Históricamente, el rol de la empresa dentro del derecho laboral ha sido un tema complejo donde convergen diversas posiciones doctrinales, tanto sobre su naturaleza jurídica¹, como sobre su regulación. Esta diferencia doctrinal, quizás, se produce porque la propia realidad de la empresa ha ido mutando con el tiempo, observándose en las últimas décadas un proceso adaptativo que ha llevado a su descentralización productiva. Cabe dejar en claro que la descentralización productiva se genera ante la necesidad de las empresas de ajustarse a las exigencias del mercado², lo que se condice con el hecho de que, ante dicha necesidad, las empresas tienen la facultad legal, y en

nuestro ordenamiento también constitucional (art. 19 N° 21 CPR), para organizar su actividad y objetivos, de “acuerdo a los recursos con que se dispone y las necesidades del mercado” (Irueta, 2013, p. 379). Ahora bien, el ejercicio de esta actividad no puede ir en detrimento del derecho de terceros, en especial de los trabajadores, lo que ha obligado a los diversos sistemas jurídicos a reaccionar para controlar los efectos y distorsiones de este fenómeno³. La situación recién descrita constituye la premisa de la problemática que surge a raíz de la formación de grupos de empresas, en lo que atañe a los efectos laborales y previsionales que se siguen de eso.

¹ La naturaleza jurídica de la empresa bajo un prisma laboral, según indica Thayer y Novoa, admite una concepción “jurídico-institucional” y una concepción “patrimonialista” (Thayer y Novoa, 2017, p. 106).

² Exigencias como “la reducción de costes fijos, la flexibilidad y la capacidad de adaptación de las empresas a los cambios en el mercado y a las nuevas necesidades de negocio se convierten en elementos clave” (Rodrigo, 2018, p. 118).

³ Rodrigo Sanbartolomé identifica dos premisas jurídicas ante la descentralización productiva: por un lado, “la licitud, en principio, de organización empresarial”, y por otra, “la preocupación del sistema jurídico-laboral por proteger a los trabajadores afectados frente a los peligros generados por estas fórmulas descentralizadoras” (2018, p. 21).

Para entender la problemática, debemos definir “grupo de empresas”, que consiste en la agrupación de personas jurídicas y naturales: “que, siendo formalmente independientes, actúan sin embargo bajo una dirección unitaria, lo que les proporciona, más allá de aquella pluralidad, una cierta unidad económica, originando una separación entre la realidad material y las formas jurídicas” (Rojas y Aylwin, 2005). Este tipo de agrupaciones obedece en su mayoría a razones económicas, fiscales o tributarias, tecnológicas y también laborales. Sin embargo, sin importar las razones y la finalidad por la que se forma el grupo, este no debería poner en riesgo el respeto a derechos laborales y previsionales. Así, la doctrina reconoce que estas organizaciones y otras manifestaciones de la descentralización productiva, pueden tener un carácter natural o inocuo, esto es, que no afecta derechos laborales y previsionales; patológico, vale decir, preordenadas a infringir derechos y fisiológico como un género intermedio —*tertium genus*—⁴ de las anteriores, en que, si bien podrían infringirse derechos, no existe un ánimo fraudulento de afectarlos. En este último tipo se encuentran los grupos de empresas, que no acarrearán per se un carácter patológico, pero podrían llegar a tenerlo, como ocurre en el caso del Multirut⁵.

A través del tiempo, el tratamiento laboral que ha entregado nuestro sistema jurídico a los grupos de empresas, ha variado, reconociendo la doctrina tres etapas (Rojas, 2016, p. 137): la primera, de *irrelevancia de estos grupos ante el sistema jurídico* (Rojas, 2016, p. 137), en que, si bien se constata la existencia de empresas relacionadas, no se reconocen efectos laborales a ello; una

segunda etapa, en que existe un reconocimiento al grupo de empresas a través de la aplicación jurisprudencial, mediante la figura de la *unidad económica* en que se reconoce, a través de indicios, la existencia de un *holding* o de co-empleadores, que extiende la responsabilidad a todos ellos; finalmente, una tercera etapa se “inicia a partir del año 2014, con ocasión de la entrada en vigencia de la Ley N° 20.760” (Rojas, 2016, p. 140), cuyos alcances serán abordados a partir del siguiente acápite.

Como se indicó, con anterioridad a la publicación de la Ley N° 20.760, nuestro sistema jurídico laboral no contemplaba preceptos legales para controlar y/o resguardar derechos laborales y previsionales ante la formación de grupos de empresas. Dicho razonamiento se fundaba en la redacción del inc. 3° del art. 3° CT⁶, en concreto en la expresión *individualidad legal determinada*, que se identificaba con la forma jurídica de la empresa, de manera tal que, en la primera etapa, se descartaba la posibilidad de extender obligaciones laborales a empresas partes de un mismo grupo, por tratarse de personas jurídicas diferentes. Sin perjuicio de lo anterior, otras ramas del derecho ya habían establecido normas positivas para regular la actividad de los grupos de empresas, pero con fines ajenos a lo laboral. Así, el derecho mercantil, mediante las leyes N° 18.045 sobre Mercado de Valores y 18.046 sobre Sociedades Anónimas, se hacía cargo de esta realidad con la finalidad de asegurar la transparencia de estas operaciones ante el mercado, en tanto, el derecho tributario, a través de la Ley sobre Impuesto a la Renta (D.L. N° 825, Min. Hacienda de 1974, art.1) preveía operaciones entre empresas relacionadas con el *objetivo de evitar la evasión tributaria*⁷.

⁴ Véase, Sentencia del Tribunal Supremo Español, de fecha 19 de mayo de 2015 (r. 286/2014), citado en García-Perrote (2017), p. 722.

⁵ Multirut, como expresión patológica de organización “plantea la existencia de una sola empresa que se presenta a todos o algunos efectos, entre ellos los laborales, como una multiplicidad de personas jurídicas, generando la imagen de que cada persona jurídica corresponde a una empresa” (Rojas, 2015, p. 113).

⁶ Texto del Artículo 3° CT vigente hasta la publicación de la Ley N° 20.760. Biblioteca del Congreso Nacional, Recuperado de: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=207436&idParte=0> [fecha de consulta: 24 de enero de 2020].

⁷ Sobre el particular, véase Rojas y Aylwin, 2005, p. 23.

El reconocimiento positivo de estas otras materias ayudó a que la jurisprudencia laboral comenzara a reconocer la existencia de estos grupos y tomara resguardo ante posibles afectaciones de derechos laborales y previsionales, así, v. gr. cobró relevancia el concepto de “grupo empresarial”⁸, también llamado *holding*, del art. 96 de la Ley N° 18.045 y demás preceptos del Título XV de dicha ley.

Dicha remisión a normas mercantiles no solo ocurre en nuestro ordenamiento jurídico nacional, sino también se puede apreciar en otros como el español⁹. Este reconocimiento jurisprudencial tiene como fundamento el principio de primacía de la realidad, el que hizo mutar la aplicación del elemento *individualidad legal determinada*, desde una perspectiva formal asociada a la existencia de una personalidad jurídica, a un concepto más amplio¹⁰. Como indica la doctrina, esto “tiene como resultado el empleo de la técnica judicial del levantamiento del velo y ello independientemente de la licitud o ilicitud del grupo de empresas” (Rojas, 2016, p. 3), por lo que parafraseando a Rojas M. y Aylwin C. (2005, p. 4), esta aplicación jurisprudencial se compone de tres elementos

esenciales: la organización de las empresas bajo una sola dirección con objetivos comunes; el reconocimiento de que las empresas que integran el grupo deben responder de las obligaciones laborales; y, por último, que dicha responsabilidad de cada empresa parte del grupo es de carácter solidario. De este modo, los tribunales de justicia como operadores jurídicos, se sirvieron del sistema de comprobación de indicios para determinar la existencia de este grupo de empresas denominado generalmente como “Unidad Económica”¹¹, cuyo análisis casuístico, atiende a diversos elementos fácticos, por nombrar algunos: contar con un mismo dueño¹², mismo domicilio comercial¹³, representante legal común¹⁴, misma dirección y objetivos comunes¹⁵, controlador común¹⁶, proceso productivo similar o complementario¹⁷, identificación corporativa¹⁸, existencia de una matriz¹⁹, utilización de recursos en común²⁰, entre otros. Cabe destacar que la modificación introducida por la Ley N° 20.760 no desatendió la práctica jurisprudencial anterior descrita en este apartado, sino que la tuvo en consideración como base e introdujo variaciones que analizaremos en el acápite siguiente.

⁸ El inc. 1° del art. 96 de la ley N° 18.045, establece “Grupo empresarial es el conjunto de entidades que presentan vínculos de tal naturaleza en su propiedad, administración o responsabilidad crediticia, que hacen presumir que la actuación económica y financiera de sus integrantes está guiada por los intereses comunes del grupo o subordinada a éstos, o que existen riesgos financieros comunes en los créditos que se les otorgan o en la adquisición de valores que emiten”.

⁹ En España: “No existe una precisa y completa definición legal de grupo de empresas a efectos laborales, lo que no es de extrañar porque el grupo es una forma societaria mercantil, lo que lleva a que, en efecto, las normas laborales remitan, aun con modulaciones, a la noción de grupo de empresas (‘sociedades’) del artículo 42.1 del Código de Comercio” (García-Perrote, 2017, p. 248).

¹⁰ Según constatan Rojas y Aylwin (2005, p. 12) la jurisprudencia judicial superó esa postura, y comenzó a plantear que la exigencia del elemento individualidad legal determinada no debe entenderse únicamente referida al atributo de la personalidad jurídica, sino que basta para su concurrencia, un ser jurídico.

¹¹ Expresión semejante a la empleada por el inciso 1° del art. 153 CT al hablar de “unidades económicas”.

¹² Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso, sentencia en causa Rit O-50-2009 de 08.06.2009. Considerando séptimo.

¹³ Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso, sentencia en causa Rit O-50-2009 de 08.06.2009. Considerando séptimo.

¹⁴ Corte de Apelaciones de Talca, sentencia causa Rol 2-2011 de 18.03.2011. Considerando segundo.

¹⁵ Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia causa Rol 1814-2013 de 05.05.2014. Considerando sexto.

¹⁶ Corte de Apelaciones de Concepción, sentencia Rol 335-10 de 14.03.2011. Considerando Cuarto.

¹⁷ Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, sentencia en causa Rit O-2446-2010 de 03.12.2010. Considerando octavo.

¹⁸ Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, sentencia causa Rit O-1601-2011 de fecha 28.12.2011. Considerando décimo primero.

¹⁹ Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, sentencia causa Rit O-1601-2011 de fecha 28.12.2011. Considerando décimo primero.

²⁰ Juzgado de Letras del Trabajo de Osorno, sentencia en causa Rit O-4-2013 de fecha 22.03.2013. Considerando Vigésimo.

2. Entrada en vigencia de la Ley N° 20.760: consecuencias generadas con el reconocimiento de los grupos de empresas

Con fecha 9 de julio de 2014, se publicó la Ley N° 20.760 que “Establece supuesto de multiplicidad de razones sociales consideradas un solo empleador, y sus efectos”. Esta norma cuyo texto corresponde a una indicación del Ejecutivo al proyecto de Ley Boletín N° 4456-13²¹, vino a marcar un reconocimiento legal a la protección de derechos laborales y previsionales frente a los grupos de empresas. Comúnmente se designa esta norma como ley de “multirut”²², lo que puede llevar a equívocos, ya que la aplicación de la norma es más amplia, comprendiendo principalmente las manifestaciones *fisiológicas* (Rojas, 2016, p. 151), reemplazando así a la institución jurisprudencial de la unidad económica.

La publicación de la ley en comento, con vigencia inmediata, introdujo las siguientes reformas al Código del Trabajo. Modificó el art. 3° en su inc. 3° y sustituyó su inc. final por los nuevos incs. 4°, 5°, 6°, 7° y 8°. Además, sustituyó el texto del art. 507.

Respecto de las modificaciones al art. 3° CT, en su inciso tercero se cambió la expresión “bajo una dirección” por “ordenados bajo la dirección de un empleador”, a nuestro entender, intentando superar la anterior confusión entre la figura del empleador y la empresa. Luego se incorporan los incs. 4° y 5°, que se citan de forma textual, atendida la relevancia que revisten para el presente trabajo: [inc. 4°] “Dos o más empresas serán consideradas como un solo empleador para efectos laborales y previsionales, cuando tengan una dirección laboral común, y concurren a su

respecto condiciones tales como la similitud o necesaria complementariedad de los productos o servicios que elaboren o presten, o la existencia entre ellas de un controlador común”... [inc. 5°] “La mera circunstancia de participación en la propiedad de las empresas no configura por sí sola alguno de los elementos o condiciones señalados en el inciso anterior”.

La premisa fundante de este nuevo tratamiento es que la ley se aparta del término “unidad económica” para hablar de “un solo empleador para efectos laborales y previsionales”, exigiendo para dicha declaración, la existencia de una “dirección laboral común”, concepto que no es definido, por lo que la determinación de este elemento ha generado controversia, y motiva la presente investigación, principalmente desde la aplicación efectuada por la jurisprudencia laboral.

En tanto, se incorporó el inc. 6° que establece que las empresas declaradas como un solo empleador serán solidariamente responsables de las obligaciones laborales y previsionales, dotando de fuerza y eficacia a lo que ya venía declarando la jurisprudencia mayoritaria. Además, se incorpora el inc. 7° que introduce un cambio respecto a la determinación de la existencia de un único empleador, la cual corresponderá al juez del trabajo, a través del *procedimiento de aplicación general* (art. 446 y ss. CT) y no a la constatación que efectuaba la Dirección del Trabajo²³ como ocurría con anterioridad a la ley, pero exige al sentenciador resolver previo informe del órgano

²¹ La tramitación de este proyecto se inició a través de una moción parlamentaria, de fecha 05.09.2006, cuyo objeto era formular un concepto de empresa por uno más amplio que pudiera incluir una o más sociedades. Véase tramitación en: http://www.senado.cl/appenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=4456-13.

²² Como advierte Rojas Miño, I. (2016, p. 151), el “objetivo original de la última indicación del Ejecutivo era ‘combatir el multirut’, en su dimensión de manifestación patológica de la descentralización productiva, y así se plantea en el título de la indicación enviada, el que se mantiene como nombre de la Ley”.

²³ En virtud de las facultades conferidas en su Ley Orgánica, D.F.L. N° 2, Min. del Trabajo de 1967, en especial los art. 23 y ss. los inspectores del trabajo en virtud de proceso de fiscalización determinaban la existencia de una unidad económica, a lo que la empresa podía reclamar judicialmente y en ese momento los tribunales tomaban conocimiento.

administrativo, cambio que fue objeto de diversas críticas (Rojas, 2014) y complejidades que se mantienen aún en la actualidad, las cuales serán revisadas posteriormente al analizar la forma de prueba de la declaración de único empleador. Finalmente, el inc. 8° establece específicamente efectos en derecho colectivo ante la concurrencia de un solo empleador, reconociendo que los trabajadores pueden constituir sindicatos o mantener los existentes, además de negociar colectivamente *con todas las empresas que han sido consideradas como un empleador*. Cabe hacer presente que este inciso fue modificado posteriormente²⁴.

Igualmente, se modificó el art. 507 CT que en su inc. 1° expresa que tienen legitimación activa para ejercer la acción de declaración de único empleador “las organizaciones sindicales o trabajadores de las respectivas empresas”. En cuanto a la oportunidad para ejercer la acción, el Inc. 2° señala que puede ser en cualquier momento a excepción de estar en proceso de negociación colectiva. El inc. 3° establece ciertas menciones especiales que debe contener la parte resolutive de la sentencia que acoja esta acción, siendo especialmente relevante aquella del numeral 3 de este inciso, que hace referencia a la definición, determinación y consecuencias de prácticas patológicas, en concreto simulación, (por la contratación de trabajadores a través de terceros), y subterfugio como consecuencia de la alteración de la individualidad del empleador, conductas respecto de las que haremos algunas breves puntualizaciones en el apartado siguiente. Los incisos 5° y 6° de este precepto alteran el efecto relativo de la sentencia (inc. 2° art. 3° CC) y la hacen aplicable a todos los trabajadores de las empresas que son consideradas como único empleador.

En cuanto a la interpretación administrativa relacionada con esta ley, es necesario indicar que la posición de la

Dirección del Trabajo sobre el sentido y el alcance general de la Ley N° 20.760 y, en especial, sobre el elemento de la “dirección laboral común” se encuentra contenida en el Dictamen N° 3406/054 de fecha 3 de septiembre de 2014²⁵, sin perjuicio de haber emitido otros sobre aspectos más específicos de la ley²⁶. Este ordinario general se incorporará dentro del análisis jurisprudencial desarrollado en el siguiente capítulo.

2.1. Situación de la simulación y el subterfugio

Si bien hemos hecho referencia al proceso que ha culminado en el reconocimiento legal de los grupos de empresas en la Ley N° 20.760, es necesario formular algunas puntualizaciones respecto de las figuras de simulación y subterfugio, las que, si bien existían previamente, fueron modificadas con la ley, lo que generó una serie de dificultades relacionadas con diversos aspectos que van desde su naturaleza jurídica hasta su aplicabilidad. La redacción previa del artículo 507 del Código del Trabajo, (anteriormente 478, cuya numeración fue cambiada por la Ley N° 20.087) fue fijada por el Artículo Único N° 100 de la Ley N° 19.759, publicada en el D.O. de fecha 05.10.2001, y por la Ley N° 20.123, publicada con fecha 16.10.2006, que modificó el inciso primero del precepto. Este texto anterior a nuestro actual artículo 507, ya contaba con diversas posiciones doctrinales respecto de la naturaleza jurídica, requisitos y alcances de las figuras de simulación y subterfugio. Solo por citar algunas posiciones, José Luis Ugarte, ante la simulación del inciso primero del artículo 478 CT, señalaba que esta correspondía no a una hipótesis de simulación civil, sino a una de fraude a la ley laboral, expresando que lo que se buscaba sancionar era la “elusión del vínculo laboral y, la aplicación de las normas imperativas del Derecho del Trabajo” (Ugarte, 2003). Por su parte, Palavecino expresaba que ambas

²⁴ Véase, art. 1° numeral 2), de la Ley N° 20.940 que “Moderniza el Sistema de Relaciones Laborales”, publicada en el Diario Oficial de fecha 08.09.2016.

²⁵ Ordinario N° 3406/054 de 03.09.2014, que “Fija sentido y alcance del artículo 3°, incisos 3°, 4°, 5°, 6°, 7° y 8°, y artículo 507, ambos del Código del Trabajo, modificados por la Ley N° 20.760 de 09.07.2014, que establece supuesto de multiplicidad de razones sociales consideradas un solo empleador, y sus efectos”. Disponible en <https://www.dt.gob.cl/legislacion/1624/w3-article-103870.html> [fecha de consulta: 21 de diciembre de 2019].

²⁶ V Gr. Ord N° 609/13 de fecha 31.01.2018, sobre “Efectos en el pago gratificación; Utilidad líquida; Capital propio”, de empresas declaradas como único empleador. Disponible en <https://www.dt.gob.cl/legislacion/1624/w3-article-114457.html> [fecha de consulta: 21 de diciembre de 2019]. Otro caso es el Ord N° 3952 de fecha 27.07.2018, que complementa lo anterior en relación a único empleador y determinación de renta líquida para efectos de los art. 48 y 49 CT. Recuperado de: <https://www.dt.gob.cl/legislacion/1624/w3-article-115684.html> [fecha de consulta: 26 de enero de 2020].

figuras del (antiguo) artículo 507 CT corresponden a una manifestación del derecho administrativo sancionador, cuyo bien jurídico protegido es el crédito laboral y el crédito de seguridad social. Respecto de la simulación, señalaba que consistía en un ilícito de mera actividad y que en caso del subterfugio se requería la concurrencia de un resultado típico consistente en la disminución de derechos laborales y previsionales. Añade, además, que, al tratarse de una manifestación punitiva contravencional, es necesaria la procedencia de un elemento subjetivo del tipo, aun cuando la norma no lo exige expresamente, lo que identifica con la existencia de dolo penal. A nuestro parecer, esta sería la posición acertada respecto de la naturaleza de ambos ilícitos. Resulta igualmente interesante hacer mención que ya en esa época, este autor observaba que estos ilícitos tenían poca aplicación de parte de la judicatura²⁷, circunstancia que, sin perjuicio de las conclusiones de la revisión jurisprudencial que se desarrollará más adelante, parece no haber experimentado mayor cambio.

Con las modificaciones introducidas por la Ley N° 20.760, se exige expresamente la “mala fe” en caso de subterfugio, sin embargo, consideramos que esta exigencia de un elemento subjetivo procede para ambas conductas, por cuanto son manifestaciones del derecho administrativo sancionador, como ya se indicó. Ahora bien, cobra especial relevancia con la modificación legal, que ambas figuras se vieron alteradas sustancialmente al quedar subordinadas

en su procedencia a la declaración judicial de un solo empleador, vale decir, estos ilícitos perdieron su autonomía y pasaron a convertirse en figuras accesorias. Parafraseando al autor Francisco Ruay, debemos destacar una serie de ideas relevantes de su análisis: estas figuras pasan a ser secundarias, la sanción aplicable únicamente será de multa, la ley excluye la procedencia de simulación y subterfugio que no derive de la declaración de un solo empleador, no se dispone de una acción autónoma que otorgue legitimación activa a trabajadores, sindicatos ni al órgano administrativo para denunciar estas prácticas, puede concederse la acción de declaración de un solo empleador sin que sea procedente la aplicación de ninguna sanción por subterfugio ni simulación laboral, y no se dispone una acción autónoma de simulación o subterfugio laboral²⁸. Este autor, además, advierte que hay conductas lesivas que, pese a su relevancia, no son abordadas por la ley laboral actual, como es el caso de la simulación absoluta²⁹ y una hipótesis general de fraude a la ley laboral³⁰.

Formuladas estas breves puntualizaciones, abordaremos la aplicación jurisprudencial de las instituciones reconocidas o modificadas por la Ley N° 20.760, en las cuales podremos evidenciar las dificultades que ya vislumbramos en este análisis teórico, con una aplicación dispar, y donde se observa, en muchos casos, desconocimiento o falta de interés de los operadores jurídicos, en especial de los litigantes.

3. Revisión jurisprudencial

Luego de haber revisado el marco teórico y normativo de la problemática que generó en materia laboral la proliferación de grupos de empresas, su reacción jurisprudencial y, finalmente, la publicación de la Ley N° 20.760 y sus cambios normativos, corresponde centrar el análisis en la aplicación efectuada por los Tribunales

del Trabajo como operadores jurídicos, siendo necesario para esto formular algunas puntualizaciones previas sobre la metodología empleada en esta investigación. En primer término, hay que indicar que el estudio se centró en sentencias judiciales de tribunales de la instancia, quienes directamente se imponen de los antecedentes

²⁷ Palavecino Cáceres (2013, p. 22) da cuenta de que: “los jueces del trabajo han sido excesivamente reacios a dotar de eficacia a estas figuras, sorteando resolver situaciones que serían perfectamente utilizables sobre la base del principio de la primacía de la realidad”.

²⁸ Ruay Suárez, 2018, p. 203.

²⁹ Ruay Suárez, 2018, p. 205.

³⁰ Ruay Suárez, 2018, p. 206.

de hecho para conceder o desechar la acción sobre declaración de único empleador, mediante el sistema de comprobación por indicios. En segundo lugar, se trabajó con las sentencias de este tipo abarcando el período que se extiende desde la fecha de publicación de la Ley N° 20.760, vale decir, el día 9 de julio de 2014, hasta el día 31 de diciembre de 2019. Tercero, se tomó como fuente de información la base de datos del Poder Judicial de Chile, de carácter oficial y de libre acceso a los usuarios³¹, con lo que se obtuvo un volumen total de 580 sentencias sobre la materia, a nivel nacional. Cuarto, considerando los alcances y extensión de la presente investigación, se resolvió efectuar el análisis sobre resoluciones adoptadas por Juzgados de Letras del Trabajo correspondientes a la Región Metropolitana, abarcando el Primer y Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, el Juzgado de Letras del Trabajo de San Miguel, el Juzgado de Letras del Trabajo de Puente Alto y el Juzgado de Letras del Trabajo de San Bernardo. Consecuencia de lo anterior, se elaboró un fondo documental en el que se revisaron y catalogaron 276 sentencias judiciales de los tribunales antes indicados, que corresponde a un 48% de las sentencias a nivel nacional.

De la labor previamente descrita, es posible compartir algunos números interesantes:

- a) Al clasificar las sentencias por año de dictación, se observa un aumento creciente. En 2014 se dictaron 13 sentencias, en 2015 fueron 23, en 2016 se dictaron 24, mientras que en 2017 se aumentó a 54, en 2018, 51, y en 2019, llegaron a ser 115, representando el último año un 42% del total.
- b) De las sentencias revisadas, en 260 casos de 276, se resolvieron demandas de declaración de único empleador deducida una vez terminada la relación laboral, lo que corresponde a un 94%.

c) De las demandas presentadas, 267 (97%) fueron deducidas por trabajadores o grupos de ellos, y las 9 restantes (3%) fueron presentadas por organizaciones sindicales.

d) Del total de sentencias, 109, que corresponde al 39%, acogieron la demanda declarando la existencia de único empleador para efectos laborales y previsionales, mientras que solo en 25 casos, es decir en un 9%, se dio lugar a la pretensión de subterfugio.

e) De las 109 sentencias acogidas, solo en 22 oportunidades (20%), la declaración de único empleador incorpora a personas naturales como empresas dentro del grupo.

En los siguientes acápite analizaremos diversos elementos relevantes de la práctica jurisprudencial, siendo el principal enfoque los presupuestos procedentes para la declaración de único empleador, la forma en que los tribunales han entendido el concepto de dirección laboral común y los indicios que han sido considerados para la declaración de esta. En un enfoque secundario, analizaremos otros aspectos relacionados con la declaración de único empleador, que evidencian las dificultades prácticas de su tramitación para los distintos actores del proceso, como legitimación activa y pasiva, oportunidad para interponer la acción y otras acciones accesorias como el subterfugio.

3.1. Existencia de un solo empleador, concepto de Dirección Laboral Común, requisitos para declarar la existencia de un único empleador e indicios

3.1.1. Concepto de Dirección Laboral Común

La Ley N° 20.760 para hacer procedente la declaración de un solo empleador para efectos laborales y previsionales, requiere que dichas empresas tengan una *dirección laboral común*, y concurran a su

³¹ Se hace referencia a la base de datos dispuesta por el Poder Judicial de Chile de libre acceso al público, disponible en su sitio web institucional, en la sección: <http://basejurisprudencial.poderjudicial.cl>, la que fue revisada por última vez para efectuar esta investigación, el día 10 de enero de 2020, considerando para el análisis las sentencias allí disponibles y dictaminadas desde el 9 de julio de 2014 al 31 de diciembre de 2019. Cabe precisar respecto de esta fuente que, pese al hecho de que la Ley N° 20.760 se publicó hace más de 5 años, no existe en esta base de datos la materia de clasificación “declaración de único empleador”, pero sí existe el “subterfugio”(utilizado para esta investigación) pese a que la procedencia de esta acción se encuentra subordinada a la declaración de la primera, por lo que a la consulta inicial se fueron incorporando algunas sentencias de otras fuentes. Por lo anterior, se hace presente que podrían existir sentencias que no fueron incorporadas en el análisis, por no estar disponibles a causa de la ausencia del término propio necesario para su catalogación.

respecto “condiciones tales como la similitud o necesaria complementariedad de los productos o servicios que elaboren o presten, o la existencia entre ellas de un controlador común” (inc. 4° art. 3° CT). Con relación a estas exigencias, cabe hacer presente, como se indicó anteriormente, que el concepto de “dirección laboral común” no se encuentra definido en la ley. Sin embargo, a nuestro entender, la primordial característica de este elemento es la acción e intención de ordenar todas las operaciones de las empresas a un mismo fin, lo cual trae aparejado el ejercicio del poder de dirección de alguna(s) en beneficio de todas las empresas organizadas, como uno de los medios para conseguir dicho fin. Debemos recordar que un elemento fundamental para entender la figura del empleador se encuentra dada por ser quien recibe los servicios prestados por el trabajador, para lo cual lo es relevante la afirmación en torno a que “la nota distintiva para conceptualizar al empleador es su condición de contraparte del trabajador y su capacidad para recibir o utilizar la prestación subordinada de servicios fundado en el título del contrato de trabajo” (Irueta, 2014, p. 278), ya que en la hipótesis de único empleador, cualquiera de las empresas podrá recibir los frutos del trabajo sin haber ejercido el poder de dirección. Por lo anterior, entendemos que el concepto de dirección laboral común es más amplio que el de subordinación y dependencia, posición consistente con la interpretación administrativa³² y diversas opiniones de la doctrina³³. Comprender este elemento de la forma descrita permite superar situaciones que llevarían a una aplicación errada y limitada de la norma, como sería considerar que únicamente las empresas que cuentan con trabajadores pueden ser

parte de la declaración de único empleador, error que se ha manifestado a inicios de la entrada en vigor de la ley³⁴. Respecto al aprovechamiento de los servicios personales, la jurisprudencia ha razonado en el mismo sentido, como puede apreciarse en varias de las sentencias revisadas: “para ser considerado empleador, es esencial utilizar los servicios intelectuales, materiales de una persona, además del contrato de trabajo y, en consecuencia, para que dos o más empresas sean consideradas como un sólo empleador, resulta esencial, a juicio del suscrito, que utilicen los servicios intelectuales o materiales de una o más personas, en virtud de un contrato de trabajo”³⁵. Además, la jurisprudencia ha analizado la coordinación de las empresas en relación al aprovechamiento de los servicios personales: “la noción de empleador ...quién utiliza los servicios personales remunerados, intelectuales o materiales, de una o más personas, bajo su dependencia y subordinación, administrando, dirigiendo y beneficiándose de dichos servicios. Luego, para determinar la existencia de la llamada Unidad Económica empresarial para efectos laborales o empleador común, se debe analizar la existencia organizacional de cada una de las empresas involucradas, de tal modo, que se pueda establecer que las decisiones laborales de cada una de ellas reflejan un contexto de coordinación y trabajo conjunto entre todas”³⁶.

3.1.2. Requisitos para declarar la existencia de único empleador

Otro aspecto especialmente relevante fue la discusión producida a inicios de la publicación de la ley sobre el rol que cumplen los elementos a que hace referencia el inc. 4° art. 3° CT, en concreto, para determinar si

³² “La dirección laboral común”: “este nuevo concepto no se limita a la búsqueda del vínculo de subordinación y dependencia sino se abre a otros elementos que caracterizan la realidad organizacional y que revelan una unidad de propósitos entre las distintas entidades empresariales”. Dirección del Trabajo. Ordinario N° 3406/054 de 03.09.2014.

³³ Véanse opiniones de Ugarte, Rojas y López Fernández, respectivamente. Ugarte observa que la “dirección laboral” supone el ejercicio de un poder, fundamentalmente fáctico, que no se trata de subordinación laboral (Ugarte, 2014, p. 82). Por su parte, Rojas Miño observa que la noción de dirección laboral común lleva a concluir que involucra la dirección empresarial (Rojas, 2014). En tanto, para López Fernández, la dirección laboral común denota que las empresas funcionan con una coordinación común que revela la existencia de un propósito conjunto, y su determinación no permite la búsqueda mecánica de los indicios de subordinación y dependencia (López, 2015).

³⁴ Se plantea que: “no puede hablarse de dirección laboral común en varias empresas cuando algunas de ellas no tienen trabajadores dependientes, que es el presupuesto esencial para establecer si existe dirección laboral común... Si no tienen trabajadores dependientes, basta esa sola circunstancia para rechazar la acción de empleador común” (Fernández, 2015, p. 200).

³⁵ Primer Juzgado del Trabajo de Santiago. Sentencia causa Rit O-1132-2017 de fecha 09.01.2018. Considerando 13°. Véase también del mismo tribunal, Sentencias causas Rit O-3272-2017, O-8052-2017, O-3898-2018 y O-1297-2017.

³⁶ Primer Juzgado del Trabajo de Santiago. Sentencia causa Rit O-3216-2017 de fecha 28.09.2018. Considerando 13°. Véase también del mismo tribunal, Sentencia causa Rit O-3405-2017.

deben concurrir todos o algunos de ellos para que proceda la declaración de un solo empleador. En términos mayoritarios, la doctrina³⁷ y la interpretación administrativa³⁸ entienden que el elemento que debe concurrir como condición *sine qua non* es la “dirección laboral común” teniendo los otros elementos: “similitud o necesaria complementariedad de productos o servicios” y “controlador común”, el carácter de indicios no taxativos. Sin embargo, existieron posiciones minoritarias que afirmaban que los requisitos establecidos en la ley eran copulativos³⁹. Por nuestra parte, compartimos la posición de la doctrina mayoritaria, en el sentido de que el elemento normativo requerido para declarar dos o más empresas corresponde a la “dirección laboral común” y que la conjunción “y” al señalar que “concurran a su respecto condiciones tales como”, está haciendo referencia a que la dirección laboral debe acreditarse, ¿de qué forma?, a través del sistema de comprobación por indicios. Sin perjuicio del análisis realizado respecto de la concurrencia de los requisitos, debemos hacer presente que ella no es relevante en la práctica jurisprudencial, ya que en las sentencias analizadas solo consta la dirección laboral común a través de sus indicios, sin hacer referencia a esta discusión.

3.1.3. Indicios sobre existencia de un solo empleador

Aclarado el punto anterior, corresponde centrar el análisis sobre los indicios que permitirían acreditar la dirección laboral común. Para estos efectos, es útil lo expresado por Ugarte respecto a que existen indicios reconocidos en la ley (a título ejemplar) y otros que llamaremos “innominados” que corresponden principalmente a la aplicación jurisprudencial sobre “unidad económica”⁴⁰.

En primer lugar, al analizar los indicios reconocidos en la ley, haremos referencia a los señalados en el inciso 4° del art. 3° CT, vale decir: la “similitud o necesaria complementariedad de los productos o servicios que elaboren o presten”, y la “existencia de un controlador común”. Estos indicios se consideran a título ejemplar, lo que se demuestra al utilizar la expresión “tales como”, y creemos que la ley hace referencia a ellos por ser altamente determinantes de la existencia de una dirección laboral común. Estos ya se aplicaban en la determinación de la unidad económica⁴¹, pero ahora deben acreditar la existencia de dirección laboral común.

³⁷ Por citar algunos, Rojas Miño (2016), estima que “lo taxativo es la dirección laboral común, a lo cual se agregan otros factores. Los dispuestos en la norma son a título indiciario y podrían ser algunos diferentes” (p. 153). Para López Fernández (2015), “La nueva ley señala claramente que la “dirección laboral común” es el elemento esencial que debe ser considerado por los jueces para declarar que dos o más sociedades conforman en los hechos un mismo empleador”. Pinto Sarmiento (2017) sostiene que “el legislador mantuvo en lo esencial el concepto de empresa, pero consideró la hipótesis de que varias empresas podrán ser consideradas como un solo empleador, cuando exista una dirección laboral común, aportando a modo ejemplar indicios que permitirán al juez resolver el asunto sometido a su competencia, previo informe de la Dirección del Trabajo”.

³⁸ “La ‘dirección laboral común’ constituye el elemento obligatorio e imprescindible para determinar que dos o más empresas constituyen un solo empleador... [los demás elementos] tienen el carácter de elementos indiciarios o meramente indicativos y no taxativos, por ello se utilizan las palabras ‘tales como’, ya que el juez podría tener a la vista éstos u otros para generar la convicción” Dirección del Trabajo. Ordinario N° 3406/054 de 03.09.2014.

³⁹ Para Fernández Toledo, “junto al requisito de la dirección laboral común necesariamente deben concurrir algunas otras de las condiciones enumeradas en el Artículo 3 inciso 4° luego de la conjunción copulativa ‘y’ u otras condiciones similares, no bastando solamente con la concurrencia de la dirección laboral común” (2015, p. 199).

⁴⁰ “¿Cuáles son los indicios o elementos que deben tenerse para determinar la existencia de ese poder de dirección laboral común entre las empresas relacionadas? Por de pronto, los previstos expresamente por el legislador”. “Y fuera del texto legal, aquellos que la misma jurisprudencia laboral chilena viene utilizando para la “unidad económica”, figura precursora de la nueva norma: que las empresas utilicen el mismo domicilio, mandos o jefes comunes, apariencia externa común, etc. Se trata, como es obvio, de la utilización de una técnica de indicios” (Ugarte, 2014).

⁴¹ “La similitud o necesaria complementariedad de los productos o servicios que elaboren o presten las sociedades que han sido demandadas como un mismo empleador o la circunstancia que comparten un mismo controlador, no son pues hechos nuevos para los jueces que han conocido casos de “unidad económica de empresa” (Fernández, 2015).

Respecto de la “similitud necesaria complementariedad”, la ley se refiere a ellas de forma disyuntiva, por tratarse de términos distintos⁴², bastando que concorra solo uno de ellos, aun cuando podrían concurrir perfectamente ambos elementos. Como la determinación de este elemento se da caso a caso, las posibilidades son muy variadas. En general, las situaciones de similitud de productos o servicios se dan en organizaciones más pequeñas⁴³, y las de complementariedad, en rubros o grupos de mayor entidad^{44 45}, sirviendo una en favor de las otras, a través del suministro de productos o servicios, por ejemplo, el arriendo del inmueble en que se desarrolla la actividad.

En cuanto a la “existencia de un controlador común”, si bien entendemos que el contenido de este indicio

laboral no es idéntico al concepto empleado para efectos mercantiles, es interesante recurrir a la definición que entrega el art. 97 de la Ley N° 18.045 sobre Mercado de Valores, de la que puede advertirse que el control puede ser ejercido por una “persona o grupo de personas con acuerdo de actuación conjunta”, situación que es posible asimilar a lo que encontramos en algunas sentencias⁴⁶. En materia laboral, podemos ver que las sentencias identifican al controlador común⁴⁷ como aquel que ejerce facultades de administración en las diferentes empresas del grupo⁴⁸ y considera como elemento relevante, además, el tener propiedad de la empresa o parte de ella^{49 50}.

Debemos hacer presente que el inc. 5° del art. 3° CT,

⁴² El diccionario de la RAE define “complementariedad” como “cualidad de complementario”, es aquello que sirve para completar algo, mientras que completar es “dar término o conclusión a una cosa o a un proceso”. En tanto, “similitud” dice relación con semejanza, vale decir, “que semeja o se parece a alguien o algo”. Diccionario de la Real Academia de la Lengua española. 23° edición. Recuperado de: <https://dle.rae.es/> [fecha de consulta: 7 de enero de 2020].

⁴³ “[D]e los contratos de trabajo incorporados en esta causa consta que ambas empresas son representadas por doña P.R.Y. y ambas tienen giros afines, ya que respecto de ambas el demandante prestó servicios en calidad de maestro de cocina”. Juzgado de Letras del Trabajo de San Miguel, sentencia Rit O-708-2018, Considerando 11°.

⁴⁴ “[F]luye la similitud o necesaria complementariedad de los servicios que presta, pues en la descripción del objeto de trece de las quince sociedades demandadas figura de manera prácticamente idéntica que su actividad, entre otras- es la explotación de gimnasios... Constando que en las otras dos sociedades demandadas, específicamente en el caso de Sociedad S.P. Limitada su objeto es complementario, a saber la producción e implementación de eventos de carácter publicitarios, al efecto debemos tener presente que la misma demandada acompaña cartas de amonestación del actor precisamente por no llenar el sistema centinela con la información necesaria para para solicitar al departamento de marketing la publicidad de esa nueva sucursal ubicada en la comuna de La Reina. Lo mismo en relación a la Inmobiliaria S.P.S.A, cuyo objeto está relacionado con la inversión mobiliaria e inmobiliaria, que requieren de un inmueble y mobiliario para su instalación y funcionamiento con la marca de xxxx. Lo que en ambos casos guarda relación directa con la actividad comercial de la demandada, que en efecto requiere de publicidad y promoción de sus establecimientos comerciales que prestan servicios básicamente en el área deportiva, y de la locación física e implementos para su adecuado funcionamiento”. Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, Sentencia Rit O-6046-2015 Considerando 15 letra h). Véase también, Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, Sentencia Rit O-1328-2018.

⁴⁵ “Comparten un giro similar y complementario, consistente en venta o compraventa al por menor de vehículos automotores nuevos o usados, mantenimiento y reparación de vehículos automotores, venta de partes, piezas y accesorios de vehículos automotores”. Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, Sentencia Rit O-1077-2018, Considerando 7°.

⁴⁶ “Ha quedado suficientemente acreditado en estos antecedentes que todas [las demandadas] son administradas o se encuentran bajo el manejo de las tres personas ya individualizadas y, en ese orden, tiene una sola dirección laboral común...”. Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, Sentencia Rit O-5894-2017 Considerando 25°.

⁴⁷ Para Rojas “adquiere relevancia la referencia al «controlador común», expresión que está definida por la ley comercial, y que se refiere expresamente a sus facultades de administración general” (2016, p.115). Véase también, López Fernández (2015).

⁴⁸ “De acuerdo a las escrituras societarias tenidas a la vista es posible establecer que respecto de todas las sociedades demandas, quien ejerce la dirección por representación de las mismas, y quien es el socio mayoritario de las mismas es don C.C.V. Quien tiene la facultad de representación de ellas... [S]e han analizado cada una de las escrituras societarias para establecer la condición de estructura societaria de las mismas, y la existencia del controlador común”. Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago. Sentencia Causa Rit O-3737-2016. Considerandos 5° y 11°.

⁴⁹ “Por cuanto ambas tienen un controlador común, que es el Sr. J.R.F., que tiene facultades de representación en ambas y participa, directa o indirectamente, en su propiedad y además es visualizado por los trabajadores como la persona que dirige las labores”. Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago. Sentencia Causa Rit O-2239-2017. Considerando 13°.

⁵⁰ Existe “un controlador común que es don L.G.L., quien es socio de la empresa F.A. y como representante legal de dicho negocio firmó el contrato de trabajo con el actor y es dueño de la propiedad en donde ocurrió el siniestro que afectó al trabajador demandante”. Juzgado de Letras del Trabajo de San Miguel, Sentencia Rit O-553-2016, Considerando 17°. Véase también, Juzgado de Letras del Trabajo de San Bernardo, Sentencia O-115-2016. Considerando 15°.

establece que “La mera circunstancia de participación en la propiedad de las empresas no configura por sí sola alguno de los elementos o condiciones señalados en el inciso anterior”. De esta manera, vemos que la ley lo considera como un indicio, pero que este no puede por sí solo bastar para la declaración de único empleador, sino que debe concurrir junto a otros que permitan acreditar la dirección laboral común. La jurisprudencia ha sido conteste en sus fallos en la aplicación del citado precepto, afirmando que la mera propiedad no basta⁵¹, ya que el solo factor económico pierde relevancia en pro de la dirección laboral común⁵². Del total de sentencias revisadas, puede advertirse que en todas aquellas en que se solicitó declaración de único empleador el sentenciador hizo referencia a los indicios señalados en la ley, generalmente, citando la norma respectiva. Ahora bien, cuando se efectúa el análisis de alguno de dichos indicios, se realiza de manera conjunta con otros no mencionados por la ley.

Además de los indicios señalados en la ley, de las sentencias revisadas puede constatar que se utilizan de forma general, una serie de indicios adicionales, provenientes principalmente de la aplicación jurisprudencial de la institución de la “unidad económica”, como es el caso, v. gr., del domicilio comercial común, la existencia de una empresa matriz, identificación corporativa, utilización de recursos en común, el hecho que más de una empresa declare y pague cotizaciones previsionales de un mismo trabajador, etc.

3.1.4. Propuesta sobre sistematización de indicios

Sin perjuicio de ello, y del hecho de que el análisis sobre la fundamentación de una sentencia en concreto escapa a los objetivos de la presente investigación, es necesario

advertir que notamos una falta de sistematización de estos indicios, los que simplemente concurren como una constatación de hechos que, a veces, van en refuerzo o justificación de la concurrencia de indicios señalados por la ley. Ante esta situación, nos planteamos la posibilidad de encontrar alguna forma de sistematizar estos indicios innominados, empleados por la jurisprudencia nacional.

Al revisar el derecho comparado, concretamente España, encontramos un sistema de reconocimiento a los grupos de empresas de fuente jurisprudencial, con referencia normativa a estos grupos, únicamente en el derecho comercial. Básicamente, esta práctica hace que los jueces frente a grupos de empresas, ya sean organizaciones fisiológicas o patológicas, que comprometan derechos laborales y previsionales, extiendan la responsabilidad laboral sobre algunas o todas *las empresas del grupo* (García-Perrote, 2017, p. 249), mediante una declaración de responsabilidad *solidaria* (Molero *et al.*, 2017, p. 190). Para que proceda tal declaración, no basta la existencia de un grupo económico, sino que deben concurrir ciertos *indicios* complejos o supuestos más o menos uniformes, constatados bajo el sistema de comprobación de indicios. Siguiendo a Molero Manglano (Molero *et al.*, 2017, p. 190), tratándose de organizaciones fisiológicas, es posible encontrar los siguientes supuestos⁵³: “prestación indiferenciada de servicios”, “unidad de caja”, “dirección común” y “actuación unitaria frente a terceros”.

Además de la equivalencia que advertimos entre nuestra “dirección laboral común” y “la dirección unitaria de varias entidades empresariales” (García-Perrote, 2017, p. 250) de este sistema comparado, reconocemos una ineludible similitud entre los otros indicios enunciados y muchos razonamientos vertidos en las sentencias

⁵¹ “Aparece que los elementos fácticos del proceso son insuficientes para concluir que se presenta la figura aludida. En efecto, se aprecian vinculaciones aisladas entre unas y otras compañías, pero que no logran configurar un todo, principalmente, la dirección laboral común”. Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, sentencia Rit O-6745-2017, Considerando 9°. Véase además, del mismo tribunal sentencia Rit O-5708-2017 y Juzgado de Letras de San Miguel, sentencia Rit O-488-2017.

⁵² “El legislador ha entendido que varias empresas pueden ser consideradas como un solo empleador, pero ha restringido el factor que conecta a todas ellas. Ya no basta un propósito económico, sino que es una dirección laboral conjunta. ... “existen una serie de indicios que durante la vigencia de la anterior legislación habrían dado pie para debatir la existencia de un grupo de empresas: relaciones familiares, giros afines o complementarios y eventualmente domicilios comunes”. Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, sentencia Rit O-4574-2016. Considerandos 11° y 12°.

⁵³ Véase también, los supuestos enunciados por García-Perrote Escartín que son coincidentes, aunque incluye los aplicables a organizaciones patológicas (García-Perrote, 2017, p. 250).

nacionales revisadas, de manera tal, que concluimos que estos supuestos no solo son aplicables en nuestro derecho, sino que ya están siendo aplicados por nuestros sentenciadores, sin hacer referencia a ellos y sin darles una sistematización. Consecuencia de esta afirmación, es que profundizaremos en estos indicios, a excepción de “dirección común”, entendiendo que estos supuestos ayudan a acreditar este elemento que es el requerido por el legislador.

La “prestación indiferenciada de servicios”, llamada también como “comunicación de plantillas” (García-Perrote, 2017, p. 249) o “plantilla única” (García-Perrote, 2017), dice relación con que los trabajadores que prestan servicios personales para dos o más empresas del grupo ya sea de manera simultánea o sucesiva, lo realizan de manera tal que no puede determinarse con claridad cuál de ellas se beneficia con dichos servicios. Este indicio es plenamente concordante con lo ya dicho al hablar sobre dirección laboral común, en cuanto a que el elemento que permite identificar al empleador es su capacidad de recibir la prestación subordinada de servicios en virtud del contrato de trabajo. En el caso del único empleador, cualquiera de las empresas podrá recibir los frutos del trabajo sin haber ejercido necesariamente el poder de dirección. En el caso comparado atiende también a la confusión, la que sería, a lo menos, aceptada o tolerada por el grupo, por lo nos parece que es otra perspectiva del mismo planteamiento. Este supuesto ya se ha aplicado de forma muy similar por nuestros tribunales⁵⁴. En suma, se refiere a atender a quién usa o se beneficia con los servicios personales, lo que debiera comprender las situaciones de confusión, ya que es el empleador es

el obligado a la escrituración del contrato de trabajo y sus modificaciones, de acuerdo al inc. 1° art. 9° e inc. 1° art. 11 CT.

La “unidad de caja”, denominada también “confusión patrimonial”, es un supuesto que dice relación con que el pago obligaciones pecuniarias de la empresa y, consecuentemente, las correspondientes a remuneraciones y cotizaciones previsionales y de salud, se realicen con cargo a cuentas de otras empresas distintas de la que suscribió el contrato de trabajo, sin que exista razón para ello. Sobre esta última condición, de confusión patrimonial, la doctrina comparada habla también de “promiscuidad en la gestión económica” (García-Perrote, 2017, p. 249). A nivel nacional, de acuerdo con lo analizado, se advierte que los jueces dan cuenta en la sentencia de este presupuesto, como una circunstancia relevante para considerar, pero no la desarrollan mayormente⁵⁵, y se emplea como fundamentación o contexto de los indicios señalados en la ley.

Con respecto a la “actuación unitaria frente a terceros”, concurre esta circunstancia cuando el grupo de empresas se presenta ante terceros, ya sea el mercado u otras instituciones como una sola entidad, buscando ofrecer “una imagen de *unitariedad o unicidad*” (Molero, 2017, p.191) de manera que estos terceros no puedan advertir que se trata de empresas independientes. Esta premisa se relaciona con la identificación corporativa y pertenencia a la organización como indicio de laboralidad, pero en este caso referida a que los terceros así la identifiquen. Este presupuesto puede darse de muchas formas, la identificación buscada puede manifestarse con la identificación de una marca, un *holding*,

⁵⁴ Sentencia ya citada del Primer Juzgado del Trabajo de Santiago, causa Rit O-1132-2017: “para que dos o más empresas sean consideradas como un sólo empleador, resulta esencial, a juicio del suscrito, que utilicen los servicios intelectuales o materiales de una o más personas, en virtud de un contrato de trabajo”. Otras sentencias en el mismo sentido, Rit O-3272-2017, O-8052-2017, O-3898-2018 y O-1297-2017.

⁵⁵ Por nombrar algunas sentencias: “Las cotizaciones de AFP, como las del seguro de cesantía, aparecen cotizaciones declaradas y no pagadas, de ambas demandadas, además, se puede constatar, que ambas demandadas, comparten la actividad en el giro de educación extraescolar”. Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, Sentencias Rit O-3216-2017. Considerando 5°. En otro caso, se constata que “el certificado de Afp Capital, da cuenta del pago de cotizaciones o solo su declaración, con Rut pagador: xxxxx, correspondiente a don H.H.B., como persona natural, entre enero de 2014 y diciembre de 2014 y que, desde febrero de 2015, el Rut pagador es XXXXX, correspondiente a Okc. Spa”. Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago. Sentencia Rit O-1817-2017 Considerando 6°. Otro constata: “de la prueba aportada por la demandante aparece, de un lado, que las cotizaciones previsionales fueron declaradas por la empleadora C.Y.S. LTDA. (EX C.C.M.Y.F LTDA.), cuyo RUT es XXXX, desde el inicio de la relación laboral y hasta abril de 2016; y que a contar de mayo las declara I.T. SPA, RUT XXXXX, sin que se hubiese suscrito contrato o anexo alguno con dicha demanda”. Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, sentencia Rit O-4655-2016.

etc. Ahora bien, para obtener dicha identificación, el grupo de empresas podrá emplear diversos medios que dan cuenta de dicha voluntad, v. gr., uso de logos institucionales, vestimenta corporativa, correos electrónicos centralizados, información en páginas web institucionales, publicidad, por nombrar algunas. Es posible encontrar diversas sentencias que analizan este presupuesto, conectándola con el concepto de dirección laboral común⁵⁶.

3.2. Consideraciones prácticas sobre la existencia de un solo empleador

3.2.1. Problemática probatoria

Como analizamos previamente, la sola determinación de la dirección laboral común constituye una dificultad relevante por su falta de especificación, tanto para determinar su concepto como desde el punto de vista probatorio, lo que analizaremos a continuación.

En primer lugar, comentaremos el rol del informe de la Dirección del Trabajo, el cual constituye una exigencia obligatoria para el juez y representa una de las mayores dificultades en la tramitación de estas causas, ya que el plazo en que se evacua dicho informe se ha incrementado considerablemente con el aumento de las solicitudes sobre la materia. Sin perjuicio de lo expuesto, el informe constituye uno de los principales elementos utilizados por los sentenciadores para la declaración de un solo empleador.

En segundo lugar, respecto de los medios probatorios validados por los sentenciadores, el más utilizado es la prueba confesional⁵⁷, respecto de la cual se aplican los apercibimientos legales del art. 454 N° 3 CT, por la incomparecencia de los representantes legales de las empresas demandadas. Esto resulta relevante, ya que, en varios casos, el apercibimiento se aplica sin mayor análisis, acogiendo la acción más como una sanción ante la rebeldía de las demandadas que por un estricto análisis de la situación jurídico-fáctica. Lo mismo ocurre con la exhibición de documentos, en que suelen aplicarse los apercibimientos por su falta de presentación. De igual manera es relevante la prueba testimonial, especialmente, para probar la existencia de un controlador común y la incorporación de personas naturales como parte del grupo de empresas. Por último, puede observarse un número interesante de causas, 20 casos, en que las empresas demandadas, o algunas de ellas, fueron declaradas previamente como un solo empleador, constatación, que sirvió de base para la nueva sentencia que da lugar a la acción⁵⁸.

3.2.2. Legitimación activa

El inciso 1° del art. 507 CT establece que podrán ejercer estas acciones las organizaciones sindicales o trabajadores de las respectivas empresas. En cuanto a las causas iniciadas por sujetos de derecho individual (un trabajador o grupos de ellos), estas corresponden a

⁵⁶ Por citar algunos casos “existe una página web única para las tres empresas, y se constata que forman parte de un holding denominado XXXX, acrónimo con el cual se identifican las tres empresas demandadas, lo que las hace aparecer ante el público como un mismo y único grupo de empresas”. Primer Juzgado del Trabajo de Santiago. Sentencia Rit O-3225-2016. Considerando 11°. En otro se constató: “las razones sociales presentan una apariencia común la cual entre otras se encuentra reflejada en la página web corporativa bajo las diversas sucursales de los Gimnasios XXXXX, en la que se vislumbra un logotipo común, además de aparecer las sucursales en que prestó servicios la demandante a saber XXXX, números X, X y X, como sucursales en de la referida cadena de gimnasios”. Primer Juzgado del Trabajo de Santiago. Sentencia Rit O-1328-2018. Considerando 5°. En referencia a una marca comercial, se observa: “del contenido de la Copia de Ordinario N° XXX enviado por el Instituto Nacional de Propiedad Industrial, puede apreciarse que D.I.C. es la propietaria de las marcas inscritas ‘Delta’, ‘Delta Constructora’, ‘D’, ‘Delta’, ‘Delta Inmobiliaria’, todas en clases relacionadas a la construcción y servicios anexos”. Sentencia Rit O-2614-2018, Segundo Juzgado de Letras del Trabajo. Considerando 9°.

⁵⁷ Véase, por ejemplo: Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago. Sentencias Rit: O-7373-2017, O-3243-2017, O-3225-2016, O-4965-2013, O-2062-2014. Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, Sentencias Rit: O-3539-2018, O-405-2016, T-526-2016. Juzgado de Letras del Trabajo de San Miguel, sentencia Rit. O-755-2016.

⁵⁸ Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, Sentencias Rit: O-1328-2018, O-5950-2018, O-6130-2017, O-6755-2018, O-6766-2017, O-1297-2017, O-146-2017, O-1236-2017, O-2935-2014. Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, Sentencias Rit: O-1897-2017, O-4223-2016, O-1018-2018, O-7885-2017, O-4948-2016, O-7149-2016, O-4950-2016, O-6404-2016, O-4884-2015, O-3748-2014 y O-1413-2015.

la mayoría de las sentencias analizadas, 267 de ellas, lo que representa un 97%.

Respecto de la legitimación activa de sujetos de derecho colectivo, debemos enfatizar que son un escaso número, solo 9 sentencias fueron iniciadas por sindicatos u organizaciones sindicales, lo que representa un 3% del total de las sentencias. El objetivo de dicha declaración busca que al sindicato se le reconozca la capacidad de afiliarse a cualquier trabajador de las empresas declaradas como único empleador⁵⁹. Ahora bien, tratándose de la legitimación de los sindicatos u organizaciones sindicales, se produce una dificultad adicional, dado que se exige que sus derechos laborales o previsionales deben haber sido afectados realmente, por lo que, en el caso de no acreditarse tal afectación, no es procedente la acción⁶⁰. Esta circunstancia refuerza la desmejorada situación y facultades con que cuentan los sindicatos y organizaciones sindicales, lo que se arrastra desde la aplicación de la unidad económica (Rojas y Aylwin, 2005).

3.2.3. Legitimación pasiva

Respecto de quienes pueden ser declarados como único empleador, en términos generales no existe mayor discusión jurisprudencial, siendo tanto personas naturales como jurídicas⁶¹. Sin embargo, es relevante dejar en claro que las personas naturales solo forman parte de la declaración de único empleador, en cuanto puedan ser consideradas como una empresa que

participa del grupo. Por tanto, no pueden ser arrastradas solo por tener la propiedad, ser socios o por administrar, toda vez que eso escapa al espíritu de la ley, y así ha sido reconocido por los tribunales de justicia y algunas publicaciones⁶².

Debemos mencionar que constatamos una dificultad en cuanto a la legitimación pasiva de las empresas en proceso de liquidación, ya que, si bien la mayoría de las sentencias considera estas empresas dentro de la declaración de único empleador, existen algunas de ellas en las que vemos que si la declaración de liquidación es anterior a la solicitud de único empleador, no se cumpliría un supuesto requisito de procesabilidad⁶³. En otras, tampoco se consideran estas empresas dentro de la declaración de único empleador atendido que, una vez declarada la insolvencia, la administración y dirección de esta corresponde al liquidador, careciendo de dirección laboral común.

3.2.4. Oportunidad para ejercer la acción

Con relación al momento para ejercer la acción, el artículo 507 CT establece expresamente que las acciones podrán interponerse en cualquier momento, salvo durante el período de negociación colectiva a que se refiere el Capítulo I del Título II del Libro IV del CT. Del análisis jurisprudencial podemos expresar que existen entonces dos momentos de interposición de la acción, la primera durante la relación laboral, que es un número minoritario,

⁵⁹ "Las organizaciones sindicales recurrentes se encuentran facultadas para afiliarse a cualquier trabajador que presten servicios actualmente o en un futuro en cualquiera de las demandadas". Segundo Juzgado de Letras del Trabajo. Sentencia Rit O-1413-2015, Considerando 11°.

⁶⁰ "Se desestima por falta de legitimación del sindicato, fallo exige ciertos requisitos a este dentro de ellos la afectación concreta de un derecho colectivo, y en el caso de la hipótesis alegada 'no descuento de cuotas sindicales' de una de las empresas demandadas que no tiene sindicato, no hay afectación real". Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, Sentencia Rit O-3126-2018. Considerando 6°.

⁶¹ "Si el empleador es definido por la misma norma como una persona natural o jurídica (artículo 3 letra a) del Código del Trabajo), no existe razón para alejar a esa persona natural de la figura del empleador común, no se ve que pierda tal capacidad de un inciso a otro de la norma". Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago. Sentencia, Rit O-4948-2016. Cons. 11.

⁶² "Si esas personas naturales se han limitado a participar de la propiedad de una persona jurídica o si se trata de quienes han ejercido su representación legal, no pueden ser considerados como parte de este empleador único, sencillamente, porque no existe, a su respecto, una empresa distinta" (Fuenzalida, 2018, p. 165).

⁶³ "[E] artículo 507 N° 3 inc. 4° establece un requisito de procesabilidad de este tipo de acciones al disponer que: las acciones a que se refieren los incisos precedentes podrán ejercerse mientras perdure la situación descrita en el inciso cuarto del artículo 3° de este Código, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso segundo del presente artículo... consta en autos que [la acción] fue ejercida por el actor ingresando a tramitación la causa el día 10 de enero de 2018, con lo que constituye una actuación efectuada con posterioridad a la declaración de liquidación concursal de la demandada T.E.C. S.A... se estima que la hipotética situación de único empleador ya no perdura a la fecha de la interposición de la demanda, de haber existido un único empleador en los términos del artículo 3° referido, ello a la fecha de la interposición de la demanda no acontecía, por lo que dicho requisito de procesabilidad establecido en la norma citada, no se verifica en la especie". Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago. Sentencia, Rit O-192-2018.

solo 6% de las sentencias analizadas; y una vez terminada la relación laboral, un 94% de las sentencias. En este último punto tenemos que la mayoría de las causas se presentan con ocasión del despido, para exigir las indemnizaciones y prestaciones del término de la relación laboral, pero también pudimos ver un creciente aumento de procesos iniciados con posterioridad al despido, en la mayoría de los casos ante la imposibilidad de obtener el pago de sentencias judiciales en los tribunales de cobranza laboral y previsional. Respecto de la excepción que plantea la norma, debemos hacer presente que no encontramos ninguna sentencia en que existiera una alegación a la admisibilidad de la acción por un proceso de negociación colectiva vigente.

3.2.5. Subterfugio

Dentro de las menciones o requisitos de la sentencia de declaración de único empleador, se consigna en el numeral 3) inc. 3° del artículo 507 CT la obligación de determinar si existe simulación o subterfugio, por lo que se aplican multas de 20 a 300 unidades tributarias mensuales. Respecto de la primera, en el análisis realizado, ninguna de las sentencias contenía la declaración de existencia de simulación, por lo que no se analizará en esta ocasión, pero sí de subterfugio, el cual fue verificado en algunas sentencias, aunque en un limitado número de casos, solo 25, que representan un 9% de las sentencias acogidas.

Para aplicar multas por subterfugio, la ley exige concurrencia de dos elementos: primero, la ocultación, disfraz o alteración de la individualización o patrimonio, realizada de mala fe, y segundo, un resultado que implique eludir el cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales. Debemos ser enfáticos en que estamos frente a una figura accesorio y subordinada a la declaración de único empleador, situación relevante, y en

la que analizamos gran desconocimiento de los distintos operadores, ya que, aún en la actualidad, los abogados interponen el subterfugio como acción principal, sin solicitar la declaración de único empleador⁶⁴, y de los sentenciadores, quienes la analizan, no descartándola de plano, aunque finalmente no la acogen o buscan formas distintas para dejar sin efecto los actos respecto de los cuales se reputa el subterfugio⁶⁵. Además, logramos determinar que los magistrados son reacios a declarar la existencia de subterfugio y multas al empleador, lo cual puede deberse a diversos factores, como la dificultad de probar la mala fe y la falta de elementos de prueba, ya que, por la configuración de la sanción, solo establece multas al empleador, sin beneficio o utilidad alguna para el trabajador, lo que produce un desincentivo para probar dichas circunstancias. Sin embargo, aunque escasas, existen sentencias en que sí se declaró el subterfugio y aplicaron las multas, v. gr., por la transferencia de bienes a una empresa posteriormente constituida, con el objeto de incumplir una conciliación laboral o evitar el embargo de los bienes y, así, eludir la obligación de pago⁶⁶.

3.2.6. Efectos de la sentencia que acoge la demanda de declaración de un solo empleador

Respecto del efecto de las sentencias, hay dos aspectos que nos parece relevante comentar. El primero, relacionado con el inc. 3° N° 2 del art. 507 CT que establece la obligación para el sentenciador de indicar las medidas concretas que debe aplicar el empleador *dirigidas a materializar su calidad de tal*, respecto de lo cual constatamos que, prácticamente, ninguna de las sentencias se hace cargo de este imperativo y solo se establece la obligación de cumplir las prestaciones de la sentencia, que en su mayoría corresponden a indemnizaciones por término de la relación laboral y solo en pocos casos, se aplica, además, el apercibimiento de multa frente al incumplimiento. En definitiva, la declaración

⁶⁴ Por citar algunos ejemplos, véase Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, Sentencia Rit: T-1949-2018, T-1939-2018, T-1935-2018, O-7369-2018. Juzgado de Letras del Trabajo de Puente de Alto, Sentencia Rit: T-29-2019, T-23-2019, T-19-2019, T-65-2018. Juzgado de Letras del Trabajo de San Miguel, Sentencia Rit: T-227-2018, T-44-2019, T-7-2019, T-13-2019, T-1-2019, T-10-2019, T-3-2019, T-2-2019.

⁶⁵ Un caso aislado comentado por la doctrina corresponde a un fallo recurrido de nulidad en que el sentenciador del grado constató la existencia de los elementos del subterfugio, pero al no haberse demandado la declaración de un solo empleador, no aplicó la multa del Art. 507 CT, pero sí declaró la nulidad de los actos jurídicos de ocultamiento y simulación. Véase Jofré (2018).

⁶⁶ Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago. Sentencia Rit: O-8052-2017. En el mismo sentido, Sentencia Rit: O-1018-2018.

de único empleador solo aumenta el patrimonio de afectación respecto del cual el demandante puede hacer cumplir la sentencia, y no incluye ninguna otra medida que signifique un real resguardo de los derechos de los trabajadores.

El segundo aspecto corresponde al efecto de las sentencias, que por expresa disposición legal, art. 507 inc. 6° CT extiende su aplicación no solo a las partes del juicio —efecto relativo de las sentencias—, sino “respecto de todos los trabajadores de las empresas que son consideradas como un solo empleador”, presentes y futuros. Sin embargo, ni la ley ni la jurisprudencia se han hecho cargo claramente de sus efectos, por lo que, en la práctica, cada nuevo trabajador que se vea afectado debe volver a entablar la acción respecto de cada una de las empresas que conforman el grupo, por lo que, en la práctica, en caso de existir una sentencia previa, esta solo servirá como un elemento probatorio adicional. Además, debemos hacer presente que no existe doctrinalmente unanimidad respecto a la naturaleza jurídica de la sentencia que declara un solo empleador, estableciendo una parte de la doctrina un efecto *erga omnes*⁶⁷, y otra parte, que se trataría de un efecto *ultra partes*⁶⁸, discusión que por su extensión no incluimos aquí, pero que esperamos analizar en un futuro próximo.

Respecto a este acápite, nos parece fundamental plantear propuestas de solución de las dificultades indicadas, que en nuestra opinión, podrían pasar por dos ejes, el primero, un registro público y oficial de las empresas que han sido declaradas como un solo empleador, lo que permitiría el conocimiento de los trabajadores y organizaciones sindicales, con el objeto de poder exigir sus derechos laborales, y en segundo lugar, que los sentenciadores establezcan medidas concretas para evitar la vulneración, a modo ejemplar, que de la declaración de unidad económica se pueden derivar consecuencias que están claramente establecidas en la ley y que dependen del tamaño de la empresa, como son la obligación de contar con sala cuna, contar con un comité paritario, reglamento interno, etc. Sin embargo, creemos también que el análisis no puede quedarse solo en ello, sino que resulta necesario avanzar en los efectos que podrían derivarse, por ejemplo, el sistema de gratificaciones, beneficios convencionales establecidos en favor de solo algunas de las empresas, aplicación de cláusulas tácitas, entre muchas otras que podrían surgir de la práctica jurisprudencial. Obviamente esas medidas deberían ser comunicadas a la Dirección del Trabajo para verificar su cumplimiento y sancionar en caso contrario.

Conclusiones

Al finalizar el presente trabajo, consideramos necesario compartir las siguientes conclusiones:

1. La publicación de la Ley N° 20.760 constituye un reconocimiento legal en materia laboral a los grupos de empresas, que significó una variación de la anterior aplicación jurisprudencial sobre unidad económica, no

solo a aspectos tales como la acción de subterfugio, sino respecto del elemento central para determinar la existencia de un solo empleador para efectos laborales y previsionales, como es la “dirección laboral común”.

2. Desde la práctica, la acción de un solo empleador, como instrumento jurídico, ha sido ejercida principalmente

⁶⁷ “Lo más destacable del efecto *erga omnes* de la sentencia judicial que declare que dos o más sociedades constituyen un solo empleador, es que abre las puertas para que todos los trabajadores de esas sociedades puedan ejercer sus derechos colectivos respecto de todas ellas” (López, 2015).

⁶⁸ “Lo correcto es sostener que los efectos de la sentencia definitiva que declara la unidad económica son ‘ultra partes’ y no ‘erga omnes’” (Hernández, 2016).

por sujetos de derecho individual, vale decir, trabajadores o grupos de ellos, una vez concluida la relación laboral, siendo muy excepcional su ejercicio por sindicatos u organizaciones sindicales, o las entabladas mientras la relación laboral se encontraba vigente. Del mismo modo, se pudo constatar un aumento creciente de esta acción en los últimos años.

3. En cuanto a la determinación de la existencia de dirección laboral común en las sentencias, se observa mayoritariamente que los juzgadores recurren a los indicios establecidos en la ley para determinar su concurrencia, efectuando razonamientos generales, apoyados de otros indicios y constataciones sin mayor desarrollo. Consideramos necesario comenzar a construir una sistematización de indicios aplicables a la Ley N° 20.760, a partir de presupuestos utilizados en otros ordenamientos, como son la “prestación indiferenciada de servicios”, la “unidad de caja”, la “dirección común” y la “actuación unitaria frente a terceros”, cuyos

razonamientos ya se utilizan por nuestra jurisprudencia de forma fragmentada.

4. Constatamos que, en la práctica, la declaración de único empleador solo aumenta el patrimonio de afectación respecto del cual el demandante puede hacer cumplir la sentencia, y no incluye ninguna otra medida que signifique un real resguardo de los derechos de los trabajadores.

5. Resulta imperioso que los sentenciadores establezcan medidas concretas para evitar la vulneración de los derechos de los trabajadores de las empresas que forman parte de la declaración de único empleador, y que vayan más allá de la sola reparación del afectado, avanzando en aspectos como por ejemplo, la revisión del sistema de gratificaciones, de beneficios convencionales establecidos en favor de solo algunas de las empresas, la determinación de la cláusulas tácitas, entre muchas otras que podrían surgir de la práctica jurisprudencial.

Referencias

- Diccionario de la Real Academia Española (23a ed.). Recuperado de: <https://dle.rae.es/> [fecha de consulta: 7 de enero de 2020].
- Fernández Toledo, R. (2015). Empleador único (unidad económica): requisitos de configuración, alcance de la exigencia de dirección laboral común y procedencia de la acción de subterfugio: Comentario a una sentencia de nulidad de la Corte de Apelaciones de Concepción. *Revista Chilena De Derecho Del Trabajo y de La Seguridad Social*, 6 (11), 195-202.
- Fuenzalida Martínez, P. (2018). La persona natural como integrante del empleador único en la Ley 20.760. *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 9 (17), 155-167.
- García-Perrote Escartín, I. (2017). *Manual de Derecho del Trabajo* (7ª ed.). Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Hernández Jara, P.E. (2016). Aspectos procesales de la Ley N° 20.760 y efectos en la negociación colectiva. *Estudios Laborales de Sociedad Chilena del Derecho del Trabajo*, 12 (165). Recuperado de: <http://www.legalpublishing.cl/>; cita online: cl/doc/1744/2016 [fecha de consulta: el 21 de enero de 2020].
- Irureta Uriarte, P. (2014). La noción jurídica de empleador ante el derecho del trabajo. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 42 (1), 251-282.
- Jofré, Bustos, M.S. (2018). Subterfugio laboral: Declaración de la existencia de subterfugio y no aplicación de las multas correspondientes. Inexistencia de multa multirrut, comentario de jurisprudencia. *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social*, 4 (2). Recuperado de: <http://www.legalpublishing.cl/>; cita online: cl/doc/1116/2018 [fecha de consulta: 21 de enero de 2020].

- López Fernández, D. (2015). *La empresa como unidad económica (2ª ed.)*. Santiago, Chile: La Ley, Thomson Reuters. Recuperado de: <https://proview.thomsonreuters.com/> [fecha de consulta: 13 de febrero de 2020].
- Molero Manglano, C., Sánchez Cervera, J. M., López Álvarez, M.J. y Matorras Díaz, A. (2017). *Manual de Derecho del Trabajo* (15ª ed.) (pp. 188-198). Valencia, España: Tirant Lo Blanch.
- Palavecino Cáceres, C. (2013). La Simulación y el Subterfugio Laborales. *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 4 (7), 13-23.
- Pinto Sarmiento, Y. (2017). Declaración de unidad económica laboral. *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social*, 5 (1) 305. Recuperado de: <http://www.legalpublishing.cl> cita online: cl/doc/1330/2017 [fecha de consulta: 21 de enero de 2020].
- Rodrigo Sanbartolomé, F.A. (2018). *Descentralización Productiva y Estabilidad en el Empleo*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Rojas Miño, I. (2014). Por qué la Ley del «Multirut» constituye un retroceso en los derechos de los trabajadores. Artículo de opinión recuperado de: <https://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/2014/07/19/por-que-la-ley-del-multirut-constituye-un-retroceso-en-los-derechos-de-los-trabajadores/> [fecha de consulta: 18 de noviembre de 2019].
- Rojas Miño, I. (2015). *Derecho del Trabajo: Derecho Individual del Trabajo*. Santiago de Chile: Legal Publishing.
- Rojas Miño, I. (2016). La evolución de los grupos de empresas en el derecho del trabajo en Chile: Desde su irrelevancia hasta la Ley N° 20.760 de 2014. *Revista Chilena de Derecho*, 43 (1), 137-164.
- Rojas Miño, I. y Aylwin Chiorrini, A. (2005). Los Grupos de Empresas y sus efectos jurídico laborales en el Derecho Comparado. *Ius et Praxis*, 11(2), 197-225. Recuperado de: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122005000200006> [fecha de consulta: 12 de enero de 2020].
- Ruay Suárez, F. (2018). Simulación y subterfugio laboral: a propósito del alcance del actual artículo 507 del Código del Trabajo chileno. *Revista latinoamericana de Derecho Social*. México, (26), 155-216.
- Thayer Arteaga, W. y Novoa Fuenzalida, P. (2017). *Manual de Derecho del Trabajo Tomo I* (6ª ed.). Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Ugarte Cataldo, J.L. (2003). La simulación laboral del artículo 478: un caso de fraude a la ley. *Boletín Oficial de la Dirección del Trabajo*, (173).
- Ugarte Cataldo, J.L. (2014). El grupo de empresas en el derecho chileno: la empresa unitaria en material laboral. *Revista Laboral y de la Seguridad Social*, 2 (3), 79-88.

Normas legales

Código del Trabajo.

Ley N° 18.045 sobre “Mercado de Valores”.

Ley N° 18.046 sobre “Sociedades Anónimas”.

Ley N° 19.759, que “Modifica el Código del Trabajo en lo relativo a las nuevas modalidades de contratación, al derecho de sindicación, a los derechos fundamentales del trabajador y a otras materias que indica”.

Ley N° 20.087 que “Sustituye el procedimiento laboral contemplado en el Libro V del Código del Trabajo”.

Ley N° 20.123, que “Regula trabajo en régimen de subcontratación, el funcionamiento de las empresas de servicios transitorios y el contrato de trabajo de servicios transitorios”.

Ley N° 20.760, que “Establece supuesto de multiplicidad de razones sociales consideradas un solo empleador, y sus efectos”.

Ley N° 20.940, que “Moderniza el Sistema de Relaciones Laborales”.

D.F.L. N° 2, del Ministerio del Trabajo, de 1967 que “Dispone la reestructuración y fija las funciones de la dirección del trabajo” (Ley Orgánica de la Dirección del Trabajo).

Proyecto de Ley, Boletín N° 4456-13 que “Establece un nuevo concepto de empresa”.

Jurisprudencia administrativa de la Dirección del Trabajo

Ordinario N° 3406/054 de 03.09.2014, que “Fija sentido y alcance del artículo 3°, incisos 3°, 4°, 5°, 6°, 7° y 8°, y artículo 507, ambos del Código del Trabajo, modificados por la Ley N° 20.760 de 09.07.2014, que establece supuesto de multiplicidad de razones sociales consideradas un solo empleador, y sus efectos”.

Ordinario N° 609/13 de fecha 31.01.2018, sobre “Efectos en el pago gratificación; Utilidad líquida; Capital propio”, de empresas declaradas como único empleador”.

Ordinario N° 3952 de fecha 27.07.2018, sobre determinación de renta líquida para efectos de los art. 48 y 49 CT.

**Lucía
Debesa
Arregui**

**Universidad de
los Andes, Chile**

lmdebesa1@miuandes.cl

La prueba del hecho contrario en la presunción legal contemplada en el artículo 23 de la Ley Orgánica de la Dirección del Trabajo (Comentario a la sentencia de la Corte Suprema Rol 18865-2018)

The proof contrary fact regarding the legal presumption contemplated in the article 23 of the Organic Law on the Directorate of Labour (Commentary on the sentence of the Supreme Court, Court N° 18865-2018)

Sumario: El presente comentario evalúa, críticamente, la sentencia dictada el 9 de julio de 2019 por la Excelentísima Corte Suprema con ocasión del conocimiento de un recurso de unificación de jurisprudencia. Este tuvo como objetivo determinar el valor probatorio que revisten las constataciones de los informes de la Inspección del Trabajo. Para ello, y luego de resumir sucintamente la historia procesal del caso, expondremos los argumentos esbozados por la Corte y los analizaremos críticamente, otorgando especial relevancia al concepto de presunción legal. Con ello pretendemos lograr una adecuada comprensión de las consecuencias jurídicas que conlleva la presunción contemplada en el artículo 23 de la Ley Orgánica de la Dirección del Trabajo: su valor probatorio y la posibilidad de prueba en contrario a la luz del requisito de proporcionalidad consagrado en el artículo 493 del Código del Trabajo.

Palabras clave: presunción legal; carga probatoria; prueba del hecho contrario; proporcionalidad.

Abstract: The present commentary critically assesses the judgement delivered on 9 July 2019 by the Supreme Court on the occasion of the knowledge of a Unification of Jurisprudence Appeal. The purpose of the latter was to determine the probative value of the findings of the Labour Inspectorate reports. To this end, and after summarizing the procedural history of the case, we will set out the arguments outlined by the Court and analyze them critically, giving special relevance to the concept of legal presumption. In doing so, we aim to achieve an adequate understanding of the legal consequences of the presumption referred to in article 23 of the Organic Law on the Directorate of Labour: its probative value and the possibility of proof contrary to the requirement proportionality enshrined in article 493 of the Labour Code.

Keywords: legal presumption; burden of proof; proof of the opposite fact; proportionality.

1. Hechos del caso y relevancia jurídica

1.1. Referencia a la historia procesal

En una reciente sentencia (9 de julio de 2019) a propósito de un recurso de unificación de jurisprudencia (en adelante, RUJ), correspondió a la Excelentísima Corte Suprema pronunciarse acerca de los efectos de la presunción legal que contempla el artículo 23 de la Ley Orgánica de la Dirección del Trabajo (en adelante, LODT), norma que confiere a los inspectores del trabajo la calidad de ministros de fe y otorga a sus constataciones el valor de presunción legal de veracidad¹. El RUJ fue deducido por la empresa Jumbo Supermercados Administradora Limitada en contra de una sentencia que fue dictada por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Temuco, la cual rechazó el recurso de nulidad deducido por la empresa. La recurrente habría fundado su requerimiento en la infracción de un fallo emitido por el Juzgado de Letras del Trabajo de Temuco a la causal principal contemplada en el artículo 478 letra e) del Código del Trabajo (en adelante, CT) y, en subsidio, a la contemplada en el artículo 477 en relación con los artículos 493 y 211 del CT. Ello debido a que el tribunal de instancia no habría considerado el carácter de presunción legal del informe evacuado por la Inspección del Trabajo que constataba la existencia de conductas de acoso sexual por parte del trabajador despedido². La Corte de Apelaciones rechazó el recurso y la empresa dedujo el RUJ en contra de la sentencia, el cual fue acogido por la Corte Suprema. El Tribunal Supremo estimó que la sentencia de base, al no haber considerado el carácter de presunción legal que ostentaba el informe de la Inspección del Trabajo, incurrió en la causal de nulidad del artículo 477 del CT, en relación con los artículos 211 A y 493 de dicho estatuto.

1.2. Cuestión relevante sometida a unificación

En el RUJ interpuesto, Jumbo pidió la consolidación jurisprudencial respecto de la siguiente cuestión: ¿es posible considerar como carente de fundamento y proporcionalidad, conforme al artículo 493 del CT, el despido de un trabajador por la causal de acoso sexual, si dicho despido es efectuado “en cumplimiento de un ordinario de la Inspección del Trabajo que concluyó la verificación de dichas conductas”? (véase recurso interpuesto y considerando primero de la sentencia dictada por el Tribunal Supremo). En otras palabras, ¿cuál es el valor que debe otorgársele a un informe emitido por la Inspección del Trabajo que constata una conducta de acoso sexual?

La parte recurrente contrastó la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Temuco en el presente caso (ROL 163-2018, de fecha 6 de julio de 2018) que desestimó el recurso de nulidad interpuesto, con una sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Talca (ROL 95-2012, de fecha 29 de agosto de 2012) que acogió un recurso similar. En esta última, y en contraposición con la primera, la Corte estimó que el despido de un trabajador por la causal “conductas de acoso sexual” basado en el cumplimiento de una orden del ente fiscalizador del trabajo, es una medida que sí se encuentra debidamente fundamentada y que es proporcional a la conducta. Ello porque al tener los inspectores del trabajo el carácter de “ministros de fe, los hechos constatados en sus informes constituyen “presunción legal de veracidad” (véase considerando quinto de la sentencia de la Corte Suprema).

¹ Señala el precepto legal: “los Inspectores del Trabajo tendrán el carácter de ministros de fe respecto de todas las actuaciones que realicen en el ejercicio de sus funciones, dentro de las cuales podrán tomar declaraciones bajo juramento. En consecuencia, los hechos constatados por los Inspectores del Trabajo y de los cuales deban informar de oficio o a requerimiento, constituirán presunción legal de veracidad para todos los efectos legales, incluso para los efectos de la prueba judicial”.

² El Tribunal de instancia, en sentencia definitiva de fecha 8 de abril de 2018, acogió una demanda de Tutela Laboral interpuesta por uno de los trabajadores de la empresa que fue despedido por la causal contemplada en el artículo 160 N° 1 letra b) del Código del Trabajo, esto es, por la causal “conductas de acoso sexual”.

2. Decisión de la Excelentísima Corte Suprema

2.1. Fallo de la Corte Suprema

Con fecha 9 de julio de 2019, la ECS acogió el RUJ interpuesto por Jumbo y declaró nula la sentencia de base por haber esta incurrido en la causal de nulidad del artículo 477 del CT en relación con los artículos 211 A y 493 del mismo estatuto. Acto seguido, dictó sentencia de reemplazo, rechazando las acciones deducidas por la demandante en contra de Jumbo Supermercados Administradora Limitada.

2.2. Fundamentos de la decisión

La Corte Suprema esgrimió como principales argumentos los siguientes:

El informe de la Inspección del Trabajo (en adelante, IT) que constata la existencia de conductas de acoso sexual sí ostenta el carácter de *presunción legal* y, por lo mismo, su calificación se presume veraz. “[E]s palmario

que el informe de la Inspección del Trabajo, que constata la existencia de conductas constitutivas de acoso sexual, ostenta el carácter de presunción legal, lo que implica que la calificación efectuada por el referido órgano se presume como veraz” (considerando noveno). Esto debido a que el artículo 23 de la LOTD señala que los inspectores del trabajo tienen el carácter de ministros de fe. Luego, las constataciones que deriven de sus actuaciones revisten, necesariamente, el carácter de presunción legal de veracidad, incluso para efectos de la prueba judicial (véase considerando séptimo).

La presunción legal de veracidad del informe implica una *inversión de la carga de la prueba*, ya que “frente a la constatación referida, le corresponde al actor acreditar que no incurrió en las conductas presumidas” (considerando noveno).

3. Comentarios y evaluación crítica de la sentencia

La presente sentencia ha de analizarse a la luz del deber que, en el ámbito de la Tutela Laboral, tiene el empleador de explicar el fundamento de las medidas adoptadas y su proporcionalidad. Ello debido a que todo el razonamiento jurídico que elabora la Corte Suprema gira en torno a la prueba aportada por la empresa demandada.

El artículo 493 del CT expresa: “Cuando de los antecedentes aportados por la parte denunciante resulten indicios suficientes de que se ha producido la vulneración de derechos fundamentales, *corresponderá al denunciado explicar los fundamentos de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad*”. Tal como expresa la norma, al empleador *no* le corresponde probar la no vulneración del derecho fundamental (prueba del hecho contrario), sino que debe explicar los fundamentos de las medidas adoptadas y su proporcionalidad (Melis, 2010, pp. 74-77).

En el presente caso, en el cual la medida se tradujo en un despido, el empleador debía probar:

Por un lado, que la decisión adoptada obedeció a un motivo real y razonable, de tal entidad, que justificó completamente la medida adoptada (Cavas, 2004, pp. 355-356).

Por otro, que la medida (esto es, el despido) fue proporcional a la conducta llevada a cabo por el trabajador.

La Corte Suprema estimó que la valoración realizada por el sentenciador de instancia respecto de los medios de prueba aportados por el empleador contravino la ley, específicamente el artículo 23 de la LOTD y los artículos 211 A y 493 del CT. Esto es así porque no consideró el carácter de *presunción legal* que revestía el informe emitido por la IT, carácter que conllevaba procesalmente una

inversión de la carga de la prueba (véase considerandos noveno y décimo).

Por razones de espacio, en este comentario, nos limitaremos a analizar el tratamiento que dio la Corte Suprema a la presunción legal contemplada en el artículo 23 de la LOTD en lo referido al valor probatorio de las constataciones del informe de la IT y a la posibilidad de prueba en contrario. No entraremos, en cambio, en la discusión sobre si dicha presunción implica, efectivamente, una inversión de la carga probatoria en sentido estricto. Esta cuestión merece ser tratada con mayor exhaustividad en un espacio más amplio, del cual actualmente no disponemos.

Consideramos que a la Corte Suprema le faltó exactitud a la hora de tratar la presunción consagrada en el artículo 23 de la LOTD. Se limitó, en gran parte, a reproducir lo dicho por la Corte de Apelaciones de Talca, sin precisar frente a qué tipo de presunción legal se enfrentaba. Es menester recordar que las presunciones legales pueden ser de dos tipos: presunciones simplemente legales (presunciones *iuris tantum*) o presunciones de derecho (presunciones *iuris et de iure*). La diferencia estriba en que las primeras no constituyen una conclusión definitiva o absoluta, a diferencia de las segundas. Luego, las primeras admiten prueba en contrario, mientras que las segundas, no (Álvarez, 2007, pp. 34-39)

El artículo 23 de la LOTD consagra una presunción *iuris tantum* o simplemente legal. En dicho precepto, el legislador opta por darle el carácter de presunción a toda constatación hecha por los inspectores del trabajo. Es así porque entiende que los razonamientos elaborados por el órgano administrativo a través de procedimientos legales y adecuados son de tal fidelidad que llevan irremediablemente a concluir la existencia de los hechos desconocidos (en este caso, la existencia de conductas de acoso sexual). No obstante, al ser simplemente legal, dicha presunción admite prueba en contrario. Esto significa que puede ser destruida mediante prueba que acredite lo contrario a lo que constata el informe.

Así pues, el hecho de que se considere un informe de la IT como una presunción *iuris tantum* reviste relevancia jurídica por dos razones: por el valor probatorio de las

constataciones que en ella se hagan y por la posibilidad de prueba en contrario.

En el presente caso, la empresa recibió un informe que, dado el carácter de presunción legal (simple) de sus constataciones, permitió al empleador tener por acreditada la conducta de acoso sexual llevada a cabo por el trabajador. Ante dicha prueba resultaba del todo pertinente despedir al trabajador en virtud de la causal del artículo 160 N° 1 letra b) del CT, ya que no quedaba duda alguna acerca de la existencia del acoso, y la ley, en estos casos, contempla el despido como “la” medida que debe aplicarse. Así lo señala el artículo 160 N° 1 letra b) del CT: “El contrato de trabajo termina sin derecho a indemnización alguna cuando el empleador le ponga término invocando una o más de las siguientes causales: 1.- alguna de las conductas indebidas de carácter grave, debidamente comprobadas, que a continuación se señalan: ... b) Conductas de acoso sexual”.

Lo anterior no quitaba la posibilidad de que el trabajador pudiese probar lo contrario. ¿Qué sería, en este caso, lo contrario? En estricto rigor, sería la “no realización de las conductas de acoso sexual”. Ya en la primera parte del segundo párrafo del considerando noveno de la sentencia, la Corte Suprema señaló que al actor le correspondía “acreditar que no incurrió en las conductas presumidas”. Sin embargo, en la parte final del mismo considerando expresó que, frente al informe que justificaba la medida del empleador, al trabajador le correspondía “demostrar la falta de sustento o de proporcionalidad de la medida”. ¿Son equivalentes ambas cuestiones? Consideramos que no. Aquí la ECS incurrió en un error que, no obstante no haber influido en lo dispositivo del fallo, resulta necesario enmendar.

La proporcionalidad que consagra el artículo 493 del CT ha sido objeto de gran controversia en la doctrina, discusión que, por ahora, no corresponde abordar (respecto a este tema, es posible consultar con provecho a Covarrubias-Cuevas, 2017). A grandes rasgos, ella apunta a que la medida adoptada por el empleador debe guardar cierto equilibrio con la conducta del trabajador. Esto es, que la medida del empleador no solo debe ser justificada, sino también, equilibrada y adecuada a la gravedad y circunstancias del comportamiento del trabajador. Así pues, “toda medida empresarial restrictiva

de un derecho fundamental del trabajador deberá superar el correspondiente juicio de proporcionalidad” (Ugarte, 2013, p. 121. En el mismo sentido, Parra, 2013, pp. 71 y ss.) En los casos del despido como sanción, la proporcionalidad conlleva advertir que no toda conducta indebida del trabajador podrá ser sancionada con esta medida. Solo deberá serlo si el despido es proporcional a la conducta indebida.

No obstante lo anterior, en los casos de conductas de acoso sexual el CT establece que la sola constatación

de estas exige al empleador que aplique el despido al trabajador. Por tanto, el trabajador que incurre en estas conductas no tiene derecho a que “no lo despidan”, ya que incurrió en un comportamiento debidamente probado que, en virtud del artículo 160 N° 1 letra b) del CT, conlleva como medida el despido. En este caso, la justificación de la medida y su proporcionalidad van unidas. Un despido justificado en un comportamiento de acoso sexual que se encuentra fehacientemente comprobado es siempre proporcional, ya que la ley no contempla en este caso medidas menos lesivas que este.

Conclusiones

Así pues, en virtud de la presunción legal contemplada en el artículo 23 de la LOTD, cuando un empleador recibe un informe de la IT que constata la existencia de una o más conductas de acoso sexual, puede descansar en su certidumbre y aplicar al trabajador la medida que corresponde en ese caso. El artículo 160 N° 1 letra b) del CT consagra expresamente la medida que debe ser aplicada en este caso: el despido del trabajador sin derecho a indemnización alguna. Luego, en caso de que un trabajador incurra en una conducta de acoso sexual y esta se encuentre debidamente acreditada, resulta del todo justificado y proporcional que el empleador lo despidan. La única forma que tendrá el trabajador para que el juez acoja su demanda, será probar el hecho contrario, cual es que no cometió dicha conducta de carácter sexual. Y es que, si no prueba el hecho contrario, no se podrá afirmar que el empleador ha aplicado una medida no proporcional a la conducta de acoso sexual.

Es correcto, entonces, aseverar que el trabajador despedido por acoso sexual debe probar que no incurrió en dicha conducta para que el juez pueda acoger su demanda. Por el contrario, es incorrecto afirmar que deba probar la falta de proporcionalidad. Ello implicaría aceptar la posibilidad de que, frente a conductas de tal calibre, pudieran aplicarse otras medidas distintas al despido y menos lesivas, posibilidad que no aparece en la ley. No creemos que la ECS haya querido afirmar

esto. Pero consideramos que erró al darle la posibilidad al trabajador de derribar el despido del empleador por la vía de la proporcionalidad, cuando su conducta había sido fehacientemente probada por la IT. Considerar la proporcionalidad como posibilidad del trabajador para derruir el despido, no parece haber sido lo más certero en este caso. Ello, porque un despido justificado en una conducta de acoso sexual que se encuentra fehacientemente probada por la IT, es siempre proporcional. En estos casos, la ley no contempla medidas menos lesivas para el trabajador que el despido.

La proporcionalidad en el artículo 493 del CT apunta a la necesaria existencia de un equilibrio entre la medida adoptada por el empleador y la conducta llevada a cabo por el trabajador que sirve de fundamento de dicha medida. Con ella, se busca aplicar aquella que resulte menos gravosa para el trabajador. En el caso de los despidos por conductas indebidas, la proporcionalidad implica que el empleador solo podrá aplicarlos si no existen medidas menos lesivas para el trabajador que se adecúen a su comportamiento. No obstante, en el caso de los despidos por conductas sexuales que se encuentren debidamente acreditadas, el despido por parte del empleador siempre será proporcional, ya que el artículo 160 N° 1 letra b) del CT contempla expresamente para estos casos el despido como sanción. En estos supuestos, no existe medida más ajustada que este.

El artículo 23 de la LOTD consagra la presunción legal de veracidad de las constataciones que realice la IT en sus informes. Luego, en el presente caso, la constatación de la existencia de conductas sexuales que realizó la IT sirvió de suficiente fundamento a la empresa para despedir al trabajador que incurrió en dichas conductas. Como el CT contempla expresamente el despido como sanción en estos supuestos (los cuales revisten especial gravedad),

la medida adoptada por el empleador resultó ser del todo proporcional al comportamiento del trabajador. Luego, la única forma que tenía el trabajador de derruirla era probando el hecho contrario, cual era, que no incurrió en dichas conductas. Nada podría haber dicho sobre la proporcionalidad del despido, ya que, en virtud de la norma, no existe en estos casos, una sanción menos lesiva que este.

Referencias

- Álvarez, P. (2007). *La prueba por presunciones: particular referencia a su aplicación judicial en supuestos de responsabilidad extracontractual*. Granada: Comares.
- Cavas, F. (2004). *El proceso laboral de tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales*. Navarra: Aranzadi.
- Covarrubias-Cuevas, I. (2017). La problemática aplicación del test de proporcionalidad en la tutela laboral de derechos fundamentales. *Revista chilena de derecho*. Pontificia Universidad Católica de Chile. Vol. 44, N° 3, pp. 677-701. Recuperado de: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372017000300677 [Fecha de consulta: 28 de agosto de 2019].
- Melis, C (2010). *Los derechos fundamentales de los trabajadores como límites a los poderes empresariales* (2ª ed.). Santiago, Chile: Abeledo Perrot. Legal Publishing.
- Parra, W. (2013). *El concepto de Derechos Fundamentales Inespecíficos en el ámbito laboral chileno y la tutela jurídica de su eficacia horizontal*. Santiago, Chile: Thomson Reuters.
- Ugarte, J. (2013). *Derechos Fundamentales en el Contrato de Trabajo*. Santiago, Chile: Thomson Reuters.

**Luis
Alfonso
Herrera
Orellana**
Universidad de
los Andes, Chile
lherrea2@miuandes.cl

Naturaleza de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH): ¿tribunal de casos concretos o tribunal suprarregional convencional?

Nature of the Inter-American Court of Human Rights (I / A Court HR): court of specific cases or conventional supra-regional court?

Sumario: El trabajo describe el uso dado por la Corte IDH al control de convencionalidad como mecanismo para definir el tipo de políticas públicas que los Estados parte deben adoptar para garantizar derechos sociales tutelados por aquélla, y a partir de ello se pregunta sobre la naturaleza actual de la Corte IDH, si sigue siendo un tribunal de casos o se convirtió por propia decisión en un tribunal suprarregional convencional.

Palabras clave: convencionalidad, derechos sociales, iusmoralismo.

Abstract: This paper describes the use given by the Inter-American Court to the control of conventionality as a mechanism to define the type of public policies that the State parties must adopt to guarantee social rights protected by it. From that point on, we wonder about the current nature of the Inter-American Court, if it remains a court of cases or if it has become, by its own decision, a conventional supra-regional court.

Keywords: conventionality, social rights, iusmoralism.

Razones históricas, políticas y estrictamente jurídicas permiten suponer que en el acuerdo de los Estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) de crear un tribunal regional para que garantizara el cumplimiento del Tratado, estaba la idea de constituir una instancia jurisdiccional subsidiaria de las vías internas de cada Estado, encargada en estricto sentido de evaluar y resolver casos concretos aplicando la CADH.

Es decir, un tribunal que, una vez agotadas las vías internas y la posibilidad de un acuerdo ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión IDH), se limitara a declarar, cuando procediera según las pruebas aportadas, la responsabilidad internacional del Estado que incurriera en violación de derechos humanos, y a ordenar las medidas de reparación directas a las víctimas de dichas violaciones. Nada más.

Esta idea original de los Estados parte acerca de qué debe ser y hacer la Corte IDH no parece haber sufrido ningún cambio en las últimas décadas, prueba de lo cual es que el también llamado Pacto de San José de Costa Rica no ha sufrido ninguna reforma en su articulado, ni en lo relativo a los derechos justiciables ni tampoco en lo concerniente a las competencias de la Corte IDH.

Sin embargo, el cambio en las circunstancias históricas de la región —democratización de los países latinoamericanos—, unido al cambio en las ideas jurídicas predominantes en torno a temas tales como la relación entre el derecho internacional y el derecho interno en materia de derechos humanos, la naturaleza y los principios rectores del derecho internacional de los derechos humanos, el concepto de Constitución y el rol de los tribunales constitucionales, así como las relaciones y similitudes entre estos últimos y los tribunales regionales encargados de conocer de denuncias por violaciones de los derechos humanos, sí ha generado un cambio en el entendimiento que muchos juristas, esto es, académicos dedicados a esta área del derecho y abogados litigantes ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), tienen respecto de la naturaleza y finalidad de la Corte IDH.

Ese cambio ha consistido en dejar de concebir la Corte IDH solo como un tribunal competente para conocer y decidir casos concretos de violaciones de derechos humanos por Estados parte de la CADH, en que los efectos vinculantes de sus sentencias se limitan a las partes de cada caso, para pasar a reconocerla como una instancia jurisdiccional que, además de lo anterior, es también competente para, a través de mecanismos como el control de convencionalidad —creación jurisprudencial de la propia Corte IDH (Sagües, 2013, pp. 423-424)— y el “diálogo jurisprudencial” (Silva, 2016, p. 120), establecer interpretaciones vinculantes para todos los órganos de los Estados parte.

Interpretaciones vinculantes, valga indicar, no solo del texto de la CADH, sino en general del *Corpus Iuris* Interamericano —incluyendo tanto fuentes normativas como el *soft law*— e, incluso, de las fuentes normativas internas de esos Estados, al menos en lo que se refiere al contenido básico de los derechos humanos y los mecanismos procesales para garantizarlos en cada derecho interno.

Al respecto se ha señalado que:

...la rica evolución jurisprudencial que ha venido desarrollándose a nivel nacional e internacional sobre la base del diálogo jurisprudencial expuesto, ha permitido a su vez que, cada vez más, los tratados sobre derechos humanos y su interpretación judicial internacional se conviertan en parámetro obligatorio de base mínima, para la aplicación e interpretación de los derechos por parte de los Estados. Las obligaciones internacionales derivadas de los instrumentos internacionales en materia de derechos obligan a los Estados a su implementación en el ámbito interno, a cuyo efecto no basta con atender tan sólo al Derecho positivo internacional, sino que se hace necesario tener presente la interpretación que de tales instrumentos vienen llevando a cabo los tribunales internacionales regionales (Fernández, 2013, p. 675).

Solo que esa “base mínima”, como se mostrará, corresponde en no pocos casos a “visiones máximas” del contenido de los derechos humanos.

En esta nueva forma de comprender la naturaleza y finalidad de la Corte IDH, se considera que no solo los jueces internos están subordinados a las interpretaciones reiteradas hechas por aquella respecto de los derechos protegidos por el *Corpus Iuris* Interamericano y los mecanismos para su mejor tutela, sino todos los demás poderes y órganos de los Estados parte, de modo que, tanto el Congreso al legislar, como el Gobierno al diseñar y ejecutar políticas públicas vinculadas con derechos humanos, estarían subordinados a lo prescrito en su jurisprudencia por la Corte IDH, sin posibilidad de apartarse de ella bajo riesgo de incurrir en eventual responsabilidad internacional (Nogueira, 2017, pp. 172 y 173).

La perspectiva antes descrita del rol de la Corte IDH ante los Estados parte de la CADH, acogida e impulsada desde ella misma tal y como se aprecia en su más reciente jurisprudencia y los votos razonados que acompañan a varios de sus fallos, resulta debatible en diferentes materias, tales como la legitimidad del “pretoriano” control de convencionalidad, el creciente desconocimiento de la autonomía política del legislador democrático para determinar contenido esencial y límites de los derechos humanos, el debilitamiento de los principios que disciplinan la relación entre el derecho internacional público y los derechos internos, en particular el de subsidiariedad, y la eficacia que pueda tener en lo concerniente a una mejor y más efectiva prevención y reparación de las violaciones de derechos humanos en la región.

Existen, en todo caso, dos temáticas más en que esa perspectiva más activista de la Corte IDH provocará debates importantes entre actores políticos y juristas, relativos a: primero, la determinación de los medios más adecuados o específicos que los Estados deben adoptar para “respetar y garantizar” los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA) en sus territorios, según las interpretaciones que de esos derechos vaya haciendo la Corte IDH al interpretar el artículo 26 de la CADH; y, segundo, la posible pérdida de su autoridad institucional y capacidad jurisdiccional de ser la última esperanza de justicia real para las víctimas de violaciones de derechos humanos, y sus familiares, como consecuencia de asumir un rol de fiscalización y determinación de las políticas que los gobiernos democráticos deben seguir en cada caso.

Una muestra de la postura actual de la Corte IDH ante la primera temática, la podemos observar en el texto de la sentencia dictada en el caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala (Interpretación de la Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de mayo de 2019. Serie C No. 378), así como en el voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot a la sentencia de 23 de agosto de 2018, (*Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones Y Costas*), también suscrito por los jueces Elizabeth Odio Benito y Patricio Pazmiño Freire.

En el texto de la sentencia referida se lee:

146. Sin perjuicio de lo anterior, el Tribunal reitera que las obligaciones de realización progresiva de los DESCAs requieren la continua realización de acciones para la consecución del pleno goce de estos derechos. De esta forma, la dimensión progresiva de protección de los DESCAs, si bien reconoce una cierta gradualidad para su realización, también incluye un sentido de progreso, que requiere la mejora efectiva de las condiciones de goce y ejercicio de estos derechos, de forma tal que se corrijan las desigualdades sociales y se facilite la inclusión de grupos vulnerables. En esta lógica, la obligación de realización progresiva prohíbe la inactividad del Estado en su tarea de implementar acciones para lograr la protección integral de los derechos, sobre todo en aquellas materias donde la ausencia total de protección estatal coloca a las personas ante la inminencia de sufrir un daño a su vida o su integridad personal. Este riesgo ocurre en relación con personas que viven con el VIH que no reciben atención médica adecuada.

En tanto que, en el voto razonado, se completa la imagen de a qué apunta la Corte IDH al hacer estos razonamientos:

“8. Ahora bien, el criterio de la Sentencia... abre una importante puerta para que en el futuro la Comisión o los representantes de las víctimas formulen alegatos ante el Tribunal Interamericano relacionados ya sea con la inactividad estatal en materia de protección de los DESCAs, o con la existencia de medidas regresivas en su protección y que sean atribuibles al Estado. Esta

labor, sin embargo, deberá ser realizada atendiendo a los retos metodológicos que implica la evaluación de la política estatal en materia de protección a los derechos sociales en una sociedad democrática. Para la Comisión y los representantes de las víctimas, el reto estará en poder demostrar que el Estado efectivamente adoptó medidas regresivas que afecten la realización de uno o varios DESCAs protegidos por el artículo 26 de la Convención Americana”.

Sobre este primer asunto, cabe señalar que si en los derechos internos de los Estados parte se debate y considera improcedente que los tribunales, incluido el tribunal constitucional, determinen en sus sentencias las políticas a través de los cuales los Congresos y Gobiernos deben asegurar los llamados “derechos sociales”, por considerar que ello implicaría una usurpación de funciones, además de una acción inútil en la medida que los jueces desconocen los recursos, dificultades y medios con que cuentan y a los que se enfrentan las autoridades competentes para cumplir con esa obligación, con mayor razón cabe argumentar lo mismo respecto de tribunales regionales como la Corte IDH, ya que ella no tiene atribuida ni la competencia ni dispone del conocimiento adecuado para, respecto de cada Estado parte de la CADH, determinar a través de qué políticas deben asegurarse los DESCAs.

Constituye un evidente exceso o extralimitación de la Corte IDH el siquiera proponerse una meta semejante, alegando que con ello estaría logrando eficazmente disminuir el número y gravedad de las violaciones a estos derechos humanos. Es confundir el plano del deber ser con el del ser. Los costos, mecanismos, amplitud, eficiencia, eficacia y estabilidad con que en cada país se pueden respetar y garantizar estos derechos, cuya naturaleza es en sí misma debatible, es tan variable como incierta, no obstante existir la obligación internacional de adoptar medidas progresivas para asegurar, a cada vez más personas, su disfrute.

En algunos Estados será a través de la acción de particulares, más que de la propia acción estatal, que se logrará un mejor aseguramiento de estos derechos; en otros tal vez ocurra a la inversa; mientras que, en otros tantos, acaso por seguir la tesis del monopolio estatal del

deber de atender y satisfacer estas necesidades humanas llamadas “derechos sociales”, será el incumplimiento de esta obligación internacional la regla que se observará, por más condenas y medidas de reparación preventivas que dicte la Corte IDH a los que estén en esa situación.

Pero si para la Corte IDH, por ejemplo, el otorgamiento de convenios, subsidios, concesiones, la desregulación o apertura a la libre iniciativa de actividades vinculadas con “derechos sociales”, para que particulares las realicen, puede constituir una “medida regresiva”, los Estados que las apliquen se expondrán entonces a condenas por incumplir obligaciones internacionales en materia de derechos humanos.

Desde luego, tal proceder no está siendo acogido pacíficamente por los Estados, muestra de lo cual es la carta razonada remitida por cinco Estados parte de la CADH, que reconocen la competencia contenciosa de la Corte IDH, a la Comisión IDH, a la Comisión IDH, manifestando su preocupación ante la “mutación” en la naturaleza y orientación del SIDH a raíz de la jurisprudencia reciente de la Corte IDH (ver contenido de dicha carta en: <https://bit.ly/2kAkLa3>).

Los Estados parte, por “positivistas” que puedan lucir, tienen argumentos de derecho estricto a su favor: el alejamiento y, en casos, hasta desconocimiento abierto por parte de la Corte IDH —apelando a principios como el *pro homine* o ‘favor persona’, la progresividad, la proporcionalidad y el “carácter vivo” de los instrumentos de derechos humanos— de las fronteras razonables entre el derecho internacional público y los derechos internos, derivadas de los principios generales del primero —sin necesidad de apelar al dogma de la soberanía estatal—; la inexistencia de normas atributivas de competencia expresa a dicha instancia jurisdiccional para interpretar de forma vinculante la CADH; la indebida ampliación vía interpretación del marco normativo y contenido de las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos (González, 2017, p. 71); y la exigencia sin base normativa, so pena de incurrir en nueva responsabilidad internacional por “desacato”, de cumplimiento de esas interpretaciones, no solo a través del ejercicio de la función jurisdiccional, sino también al ejercer las funciones gubernativa, administrativa y legislativa, entre otras.

La situación descrita, resultado de la vía seguida por la Corte IDH para avanzar en su conversión en un tribunal supraconvencional, que utiliza técnicas procesales similares al control de constitucionalidad aplicado en los derechos internos en su versión “difusa” (Hernández-Mendible, 2015, p. 155), pero sin la efectividad de estas, sin duda es causa de inseguridad jurídica, de desconocimiento del alcance de las obligaciones internacionales del Estado y del contenido propio de los derechos protegidos, lo que puede causar en las personas expectativas no susceptibles de igual satisfacción en todos los Estados, no precisamente por motivos dolosos o negligentes de las autoridades internas.

Evidencia de lo anterior es la definición, más que amplia, que con base en el artículo 26 de la CADH y otros instrumentos del derecho interamericano, adoptó la Corte IDH respecto del contenido del derecho a la salud, en el caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala, de 14 de mayo de 2019:

107. ...derecho a la salud se refiere al derecho de toda persona a gozar del más alto nivel de bienestar físico, mental y social. Este derecho abarca la atención de salud oportuna y apropiada conforme a los principios de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad. El cumplimiento de la obligación del Estado de respetar y garantizar este derecho deberá dar especial cuidado a los grupos vulnerables y marginados, y deberá realizarse de conformidad con los recursos disponibles de manera progresiva y de la legislación nacional aplicable.

Tales definiciones maximalistas de los derechos sociales, cabe suponer, tenderán a mostrar cada vez mayor divorcio entre lo factible y lo aspirado por la Corte, en la medida en que dicha institución emplea en sus análisis de los casos y sus argumentaciones criterios cercanos al enfoque iusmoralista contemporáneo -primacía de la moral sobre el derecho- (García, 2013, p. 15), sin dialogar o considerar los criterios, más realistas, seguidos por enfoques como el análisis económico del derecho, la teoría utilitaria, la teoría de la elección pública o la tradición clásica de la ley natural, ninguna de las cuales, es relevante destacar, asigna siempre al Estado la responsabilidad u obligación primaria de asegurar bienes

públicos o necesidades públicas, ya que en no pocos supuestos son acciones de los particulares las que mejor pueden proveerlos o atenderlas, de forma sostenida, eficiente y no discriminatoria.

Conviene observar que lo anterior socava la credibilidad, autoridad y capacidad de la Corte IDH como instancia jurisdiccional última de justicia para las víctimas de violaciones a derechos humanos en las Américas. En efecto, mientras más intervencionista y activista tienda a ser, sin que ello implique necesariamente mayor porcentaje de cumplimiento y ejecución de sus decisiones, mayor recelo irá generando en los Estados, quienes podrían, en ejercicio de sus competencias, denunciar la CADH o al menos retirar el reconocimiento de la competencia contenciosa a aquella.

En cualquiera de estos casos, son las víctimas de violaciones a los derechos humanos —que puede ser cualquier persona en la región— las que mayor perjuicio sufrirán con el debilitamiento de la autoridad institucional de la Corte IDH, ya que, al margen de los desafíos que —aun limitándose a su rol original de tribunal competente para determinar en casos concretos responsabilidad internacional de los Estados y reparaciones a las víctimas— tiene para cumplir su misión, la Corte IDH es la última posibilidad para esas personas que sufren violaciones en sus derechos humanos de obtener justicia frente a sus victimarios, de que se sepa la verdad de lo ocurrido, de que la sociedad pueda actuar para que no ocurra de nuevo, y para que, en lo posible, haya una restitución lo más adecuada y cercana posible a la situación patrimonial y moral previa a la violación.

Hacer justicia en casos concretos, dar respuesta al dolor de seres humanos aquí y ahora, como lo demandan hechos probados en casos como el de Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala, entre tantos otros, parece una opción más urgente y racional, que intentar, contra toda evidencia, prevenir desde un tribunal futuras violaciones de ciertos derechos humanos, por un lado, ampliando cada vez más y más el número y contenido “esencial” de los derechos, y por otro, planificando abstractamente cómo es que se deben garantizar los DESCA, de manera estándar y obligatoria, en toda la región, al margen de los derechos internos, los recursos y las ideas políticas

representadas democráticamente en cada uno de los Estados parte.

Para finalizar, luce oportuno, para contrastarla con lo señalado en el caso Cuscul Piraval y otros Vs. Guatemala, recordar la razonable doctrina expuesta por la Corte IDH en el caso Chocrón Chocrón Vs. Venezuela, en la oportunidad de determinar si a ella competía o no el establecer el tipo de política de organización judicial que debía seguir el Estado venezolano para asegurar la carrera judicial y la independencia e imparcialidad de los jueces en ese país: “95. La Corte estima oportuno hacer algunas precisiones respecto a ciertos alegatos del Estado... En tercer lugar, el Tribunal resalta que no es competente para establecer específicamente cuál es el mejor diseño institucional para garantizar la independencia judicial.

La competencia contenciosa de la Corte se restringe a analizar si, en un caso concreto en que se ha aplicado un diseño institucional específico, se ha violado la Convención Americana y, en su caso, determinar las reparaciones pertinentes”.

He allí la correcta doctrina que, por el bien institucional de la Corte IDH y la protección de las víctimas de derechos humanos en la región, estimamos debería, como regla general, seguir el tribunal con sede en San José de Costa Rica, abriéndose, también a partir de ello, a considerar el uso de otras técnicas de supervisión del cumplimiento por los Estados parte de las obligaciones de la CADH, como puede ser el margen de apreciación, especialmente en casos de DESCA (Bertelsen, 2016).

Referencias

- Bertelsen, S. (2016). El margen de apreciación nacional en el sistema interamericano de derechos humanos. Ponencia presentada en Congreso Internacional de Derechos Humanos, Universidad Católica Silva Henríquez, consultada en original.
- Fernández Segado, F. (2013). Carlos Ayala Corao: Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, (17). Recuperado de: <https://bit.ly/2uYwxQI> [Fecha de consulta: 4 de marzo de 2020].
- García Amado, J. (2013). Sobre formalismos y antiformalismos en la teoría del derecho. *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*, (3), 13-43. Recuperado de: <https://bit.ly/2kkTulu> [Fecha de consulta: 4 de marzo de 2020].
- González, P. (2017). La doctrina del control de convencionalidad a la luz del principio de subsidiariedad. *Estudios Constitucionales*, 15(1) 55-98.
- Hernández-Mendible; V. (2015). El control de convencionalidad como expresión del control de constitucionalidad: originalidad y desaciertos. *Revista de Investigações Constitucionais*, 2(3), 137-168.
- Nogueira, H. (2017). El control de convencionalidad por los Estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y tribunales chilenos. *Revista de Derecho UCUDAL*, 13(15), 143-200.
- Sagües, N. (2013). El “control de convencionalidad” en el sistema interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales concordancias y diferencias con el sistema europeo. En E. Ferrer Mac Gregor y A. Herrera García (Coords.). *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales: in memoriam Jorge Carpizo, generador incansable de diálogos* (pp. 993-1030). Madrid: Tirant Lo Blanc.
- Silva, M. (2016). Control de convencionalidad interno y jueces locales: un planteamiento defectuoso. *Estudios Constitucionales*, 14 (2), 101-141.

Jurisprudencia

Corte IDH. Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala. Interpretación de la Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de mayo de 2019. Serie C No. 378.

Corte IDH. Caso Chocrón Chocrón Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2011. Serie C No. 227.

Voto razonado del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, Caso Cuscul Pivaral y Otros Vs. Guatemala, sentencia de 23 de agosto de 2018, (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones Y Costas).

**Daniela
Sarrás
Jadue**

**Universidad de los
Andes, Chile**

dsarras@gmail.com

**Lily Pérez
Oltramari**

lilyperezoltra@yahoo.com

La motivación de los actos administrativos discrecionales en la jurisprudencia de la Corte Suprema (comentario a la sentencia de la Corte Suprema del 19 de junio de 2017, rol N° 3598-2017)

Resumen: El presente comentario tiene como objeto establecer, mediante el análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema, los criterios por los cuales la Administración debe regir sus actos, especialmente cuando se otorga una facultad discrecional, tomando mayor relevancia la motivación y la fundamentación de los actos, para que estos no sean objeto de desviación de poder.

Palabras clave: motivación; potestad discrecional; desviación del fin.

Abstract: The purpose of this commentary is to establish, by analyzing the jurisprudence of the Supreme Court, the criteria by which the Administration must govern its acts. It particularly focuses on the occasion when a discretionary power is granted, taking greater relevance the motivation and the fundament of the acts, so that these are not subject to deviation of power.

Keywords: motivation; discretionary power; Deviation from the legal purpose.

La motivación de los actos administrativos ha ido evolucionado a través del tiempo, tanto en la jurisprudencia como en la doctrina nacional, y hoy ya es tema indiscutido que es un elemento esencial de todo acto administrativo. Dicho lo anterior, la Corte Suprema ha establecido de forma homogénea y continua ciertos criterios a través de los cuales se hace realidad la imperiosa necesidad de que la Administración del Estado motive y fundamente sus actos.

La razón de dicha necesidad radica, entre otras cosas, en el principio de publicidad o transparencia de los actos administrativos; además, porque la motivación da la posibilidad al afectado de reclamar en contra el acto administrativo desfavorable, especialmente respecto de

las potestades discrecionales de la Administración, y, finalmente, porque permite determinar el ajuste del acto administrativo a la norma.

La concreción del principio de motivación se palpa en diversas normas de nuestro ordenamiento jurídico, particularmente en los artículos 7.º, 8.º y 19 N°3 de la Constitución, y los artículos 8.º, 11, 16 y 41 de la Ley de Bases del Procedimiento Administrativo (LBPA). Creemos que uno de los mejores ejemplos de los criterios de motivación que ha establecido la Corte Suprema, es la sentencia de 19 de junio de 2017 rol N° 3598-17 “Pey Tumanoff Roxana contra Mario Fernández Baeza vicepresidente de la República y otro”, que pasaremos a detallar a continuación.

1. Antecedentes

La expresidenta de la república, Michelle Bachelet, en el año 2014, decidió como política de desarrollo social y económico para las regiones de O’Higgins y Aysén, que se crearan dos nuevas universidades estatales, siendo una de ellas la Universidad de Aysén, firmándose el proyecto de ley respectivo con fecha 17 de junio de 2014 en la ciudad de Coyhaique. Así las cosas, el 7 de agosto de 2015 se publica la Ley N° 20.842 que crea las Universidades Estatales de la Región de O’Higgins y de la Región de Aysén. Dicha ley fijó los principios, normas e itinerario para el establecimiento de esas universidades. Tales universidades nacen como persona jurídica de derecho público autónomas, descentralizadas funcionalmente, con personalidad jurídica y patrimonio propio.

La Ley N° 20.842 también estableció que el rector de la Universidad de Aysén debía ser nombrado por el Presidente de la República, dentro de los treinta días siguientes a la entrada en vigor de la ley, durar cuatro años en el cargo, y debiendo recaer dicho nombramiento en una persona con una reconocida trayectoria académica y con conocimiento de la región. Así fue como mediante Decreto Supremo 367 de 2015 del Ministerio de Educación fue nombrada rectora de la Universidad la señora Roxana Pey Tumanoff.

La mencionada rectora, en su calidad de miembro del Consejo de Rectores de Universidades Chilenas (CRUCH), emitió diversas opiniones críticas respecto al proyecto de ley presentado por el gobierno de turno, referente a modificaciones al sistema de Educación Superior.

En ese contexto, la ministra de Educación de la época, Adriana del Piano, cita a la rectora a una reunión en donde se le hace entrega de una misiva, solicitándole formalmente la renuncia, argumentando que durante el desempeño de su cargo habría incurrido en una serie de acciones que no respondían adecuadamente a las exigencias que le son impuestas para la instalación de una Universidad Estatal, hecho que fue negado por la rectora.

Con fecha 13 de agosto de 2016, fue publicado en el Diario Oficial el Decreto Supremo N° 229 de 2016 del Ministerio de Educación, de fecha 28 de julio de mismo año, suscrito por don Mario Fernández en su calidad de vicepresidente de la república y doña Valentina Quiroga Canahuate, como ministra subrogante de Educación, en el cual se oficializó la remoción de la señora Roxana Pey Tumanoff del cargo de rectora de la Universidad de Aysén.

Como consecuencia de lo anterior, la señora Roxana Pey Tumanoff interpuso un recurso de protección en contra de don Mario Fernández Baeza, en su calidad de vicepresidente, y contra doña Valentina Quiroga Canahuate, por el acto arbitrario e ilegal de haber suscrito el referido Decreto Supremo, porque supuestamente dicho acto priva, perturba o amenaza las garantías constitucionales de libertad de emitir opinión, de igualdad ante la ley, de libertad de enseñanza, el respeto a su honra, la integridad psíquica y el derecho de propiedad en

sus diversas especies, consagrados en la Constitución.

La sentencia que nos importa en el presente trabajo es de interés, particularmente por el razonamiento de la Corte Suprema en autos Rol N° 3598-17, específicamente respecto de principios y elementos esenciales del acto administrativo. Es el recurso de protección la vía a la cual recurren la mayoría de los ciudadanos cuando tienen un conflicto con la Administración, por la falta de tribunales que resuelvan los asuntos contenciosos administrativos.

2. Sentencia de Corte de Apelaciones de Santiago (Rol N° 10.3327-2016)

Antes de revisar la sentencia de la Corte Suprema, haremos una breve síntesis de los fundamentos de la Corte de Apelaciones de Santiago que rechazó sin costas el recurso de protección presentado por la rectora de la Universidad de Aysén.

Dicha sentencia señala que el decreto supremo no resultaba ser ni arbitrario ni ilegal, porque es la propia Ley N° 20.842 la que establece en sus artículos transitorios los

mecanismos de nombramiento y remoción de la máxima autoridad de la Universidad Estatal y que, por tanto, dicho decreto cumplió con ser dictado por autoridad competente, dentro del ámbito de sus atribuciones y haciendo uso de una facultad discrecional, como señala el artículo 3 transitorio de la referida ley (Corte de Apelaciones de Santiago, causa Rol N° 10.3327-2016, considerando octavo).

3. Sentencia de Corte Suprema (Rol N° 3598-17)

La Corte Suprema conoció del recurso de protección interpuesto por la rectora Pey, revocando en definitiva la sentencia de fecha 11 de enero de 2017 y acogiendo el recurso de protección presentado en favor de Roxana Pey Tumanoff, solo en cuanto se dejó sin efecto el Decreto Supremo reclamado, y se ordenó disponer el pago íntegro de seis meses de remuneraciones de la actora, porque llegó a la conclusión de que dicho decreto supremo no cumplía con los estándares de motivación exigidos en cualquier acto administrativo emitido por la Administración. ¿A continuación revisaremos los fundamentos de la Corte Suprema con relación con la institución de la motivación del acto administrativo.

3.1. El deber de motivación de la Administración

La Constitución Política de la República de Chile, como lo señala el profesor Eduardo Soto Kloss, permite construir una noción sustancial de acto administrativo, que tenga en cuenta su contenido y finalidad y, especialmente, el hecho de ser un medio de concretar justicia, que es la finalidad misma del derecho (Soto Kloss, 2016). De lo anterior se desprende que el fin resulta del “para qué”, es decir del objetivo por el cual la potestad es asignada al órgano administrativo, que habrá de ser necesariamente cumplido y reflejado por el acto administrativo que se ha dictado en el ejercicio de aquella facultad; y tiene como

punto de partida el principio de bien común que se ha establecido en la Constitución en su artículo 1.º y en el artículo 3.º de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales (LOCBGAE), por lo que toda la gestión pública y administrativa debe estar orientada necesariamente a un fin público (Jara, 2013).

La mencionada gestión pública, cuya misión es promover el bien común, se traduce en un acto jurídico que, emanado de un órgano del Estado, se convierte en acto administrativo, el que, según el concepto de Eduardo Soto Kloss, es: “Una ordenación racional unilateral dictada por un órgano estatal en ejercicio de su función administrativa, que destinada a satisfacer una necesidad pública concreta, produce efectos jurídicos directos” (Soto Kloss, 2016, p. 85).

Por otro lado, el profesor argentino Agustín Gordillo, señala la existencia de cuatro elementos esenciales del acto administrativo: competencia, voluntad, objeto y forma. Siendo la causa (motivo) y el fin subsumidos en la voluntad del acto administrativo (Gordillo, 1984).

Por lo que, de lo señalado en los párrafos anteriores, se desprende que la motivación o causa y fin del acto constituyen un elemento esencial del acto administrativo, por lo que su falta se traduce en la denominada “desviación de poder”, lo que lo convierte, por tanto, en una ilegalidad.

Debido a lo anterior, el Decreto Supremo N° 229 que oficializa la destitución de la rectora corresponde a un acto administrativo emitido por un órgano estatal, y como tal, también debió haber cumplido con los requisitos mínimos de validez como lo es la motivación en que toda expresión de voluntad de la Administración debe fundarse. Esto significa que para que un acto administrativo se produzca regularmente y no incurra en causa de invalidez, es necesario que el órgano competente exprese los motivos en que se basa la decisión, de manera que se acredite por esa vía su relación con los hechos que han servido de antecedentes a la actuación de la Administración (Cordero, 2017).

Esta obligación de motivación que deben contener los actos de la Administración se desprende de diversas

normas tanto de la Constitución como de la LBPA, como de otras leyes especiales. El artículo 11 inciso segundo de la Ley N° 19.880 que recoge el principio de imparcialidad, preceptúa que “[l]os hechos y fundamentos de derecho deberán siempre expresarse en aquellos actos que afectaren los derechos de los particulares”, norma que es concordante con lo previsto en el inciso primero del artículo 16, donde se especifica el principio de transparencia, que dispone que “[e]l procedimiento administrativo se realizará con transparencia, de manera que permita y promueva el conocimiento, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en él”, y con el inciso cuarto del artículo 41 del mismo texto legal, que establece que “[l]as resoluciones contendrán la decisión, que será fundada” (Helfmann, 2016). Existen otras disposiciones que regulan el actuar de la Administración, en las cuales se sanciona la falta de fundamentación de sus actos, como lo es el artículo 10 inciso final del Reglamento Ley 19.886, de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios. Todas las normas anteriores, por cierto, también van en completa armonía con el principio de legalidad establecido en el artículo 7.º de la Constitución, en tanto que dictar un acto motivado implica actuar “en la forma que prescriba la ley”. En consecuencia, de la simple lectura de la normativa antes mencionada podemos derivar que la motivación es un requisito de validez en particular si dichos actos son la decisión final de la Administración.

Además, podemos mencionar la Ley 18.575 LOCBGAE, la cual en sus artículos 2 y 3, además de someter la acción de los órganos del Estado a la Constitución Política de la República, manifiesta que el abuso o exceso en el ejercicio de sus potestades, da lugar a recursos y acciones correspondientes. Y otorga, a través del artículo 3 de la mencionada Ley, el carácter de servicial al Estado, señalando que el ejercicio de sus potestades debe promover el bien común, el cual es su fin último. Estas normas, sin ser de rango constitucional, son de por sí intrínsecamente normas fundamentales y mandantes al momento de ejecutar las actuaciones de los órganos del Estado.

Por otro lado, la Contraloría General de la República (CGR) ha señalado en numerosos dictámenes, para diferentes tipos de actos de la Administración, que

la fundamentación del acto no se cumple con la sola anunciación de los motivos, sino que el fundamento debe comprobarse y demostrarse¹. Siendo el dictamen N°23.518 de fecha 29 de marzo de 2016 el que más nos parece interesante transcribir:

Así, los actos administrativos que afecten los derechos de los particulares, tanto los de contenido negativo o gravamen como los de contenido favorable, deberán ser fundados, debiendo, por tanto, la autoridad que los dicta, expresar los motivos —esto es, las condiciones que posibilitan y justifican su emisión—, los razonamientos y los antecedentes de hecho y de derecho que le sirven de sustento y conforme a los cuales ha adoptado su decisión, pues de lo contrario implicaría confundir la discrecionalidad que le concede el ordenamiento jurídico con la arbitrariedad, sin que sea suficiente la mera referencia formal, de manera que su sola lectura permita conocer cuál fue el raciocinio para la adopción de su decisión (Contraloría General de la República N°23.518, 2016).

En este mismo orden de ideas, los dictámenes N°s 499 de 2012, y 4.567 de 2015 de la CGR, han precisado que la exigencia de fundamentación de los actos administrativos se vincula con el recto ejercicio de las potestades otorgadas a la Administración activa, toda vez que permite cautelar que estas se ejerzan de acuerdo a los principios de juridicidad —el que lleva implícito el de racionalidad—, evitando todo abuso o exceso, de acuerdo con los artículos 6.º y 7.º de la Constitución Política de la República, en relación con el artículo 2.º de la ley N° 18.575 —Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado—, y de igualdad y no discriminación arbitraria —contenido en el artículo 19, N° 2, de la carta fundamental— como, asimismo, velar porque tales facultades se ejerzan en concordancia con el objetivo considerado por el ordenamiento jurídico al conferir las².

También la Corte Suprema en diversos fallos ha ido esbozando las mismas ideas que venimos explicando. En la causa Rol N° 27.476-2014, la Corte señala en su considerando segundo: “...que, si el acto aparece desmotivado o con razones justificativas vagas, imprecisas y que no se avienen al caso concreto, se debe concluir que el acto carece de uno de sus elementos esenciales” (Corte Suprema Rol N° 27.476-2014). Con lo anterior la Corte Suprema fija el nivel de argumentación que es necesaria expresar en la dictación del acto administrativo. En el mismo sentido, en la causa Rol N° 58.971-2016, considerando duodécimo, la Corte Suprema establece que: “al dictar un acto administrativo debe fundarlo debidamente en todos los antecedentes y circunstancias que el caso de marras exigía”.

También en la doctrina, el principio de la motivación de los actos de la Administración ha tenido un papel importante. El profesor Soto Kloss ha dicho que la motivación es:

la justificación normativa, fáctica y racional de la decisión que la autoridad administrativa adopta para satisfacer una necesidad pública concreta, es decir, es la expresión escrita en el documento en que se traduce esa decisión administrativa (por lo general, decreto o resolución, pero también cualquiera sea otra) de la justificación de adoptarla, hechos, derecho y raciocinio seguido para ello (2018).

En la sentencia en estudio, la Corte Suprema ha venido a consolidar y unificar los criterios exigidos para la motivación de los actos administrativos. El Decreto Supremo impugnado con el recurso de protección, conforme lo señala el fallo de la Corte, es un acto de la Administración dictado sin fundamento o con un motivo diferente al presentado en el decreto de remoción, lo que la doctrina y jurisprudencia han denominado la “desviación de poder”.

¹ Mismo sentido, dictámenes N°s 48.050 de 2004 058769 de 2016, 3.837 de 2001, 21.964 y 72.596, ambos de 2010, y 19.807 de 2011.

² Aplica dictámenes N°s. 91.219 de 2014 y 1.342 de 2015.

Conceptualizando el término “desviación de poder”, la Corte Suprema, en la causa Rol N° 24.615-2014, de fecha 29 de diciembre de 2014 ha dicho que:

el fin del acto, que es uno de sus elementos constitutivos, es distinto del fin general de interés público que debe ser el de toda actividad pública, o el fin particular establecido para determinados actos por la norma respectiva; fin que puede ser de interés particular de la autoridad, como político, religioso o personal, y que también puede ser de interés general, pero distinto de aquel específico que según la norma permitía la dictación del acto. Así, la desviación de poder es un vicio que provoca la invalidación del acto administrativo y que se configura cuando la decisión contenida en aquél ha sido dictada por la autoridad teniendo en vista un fin diverso de aquel que lo faculta para dictarlo. En este aspecto es imperioso recordar que los actos de la Administración persiguen un interés público, por lo que siempre su fin último debe ser la protección del interés general de la comunidad... (Corte Suprema Rol N° 24.615-2014).

El artículo 3 inciso final de la LBPA refuerza y recalca la presunción de legalidad de los actos administrativos señalando que:

Los actos administrativos gozan de una presunción de legalidad, de imperio y exigibilidad frente a sus destinatarios, desde su entrada en vigencia, autorizando su ejecución de oficio por la autoridad administrativa, salvo que mediere una orden de suspensión dispuesta por la autoridad administrativa dentro del procedimiento impugnatorio o por el juez, conociendo por la vía jurisdiccional (Ley de Bases del Procedimiento Administrativo, artículo 3).

Dado que los actos administrativos gozan de la presunción de legalidad, la motivación y la fundamentación de los actos, especialmente cuando se otorga una facultad discrecional, toman mayor relevancia, y existe una mayor posibilidad de que sean objeto de desviación

de poder. Lo anterior queda claramente reflejado en el recurso de protección referido.

Para la Corte Suprema la decisión tomada por la Administración debe tener un control de razonabilidad:

el acto administrativo en que se funda debe basarse en motivos que deben explicitarse (más allá de una mera cita de normas y hechos) mediante una relación circunstanciada de los fundamentos de la decisión de manera que se acredite la racionalidad intrínseca, es decir, coherencia con los hechos determinantes y con el fin público que ha de perseguirse (Corte Suprema causa Rol N° 3598-17, considerando séptimo).

En relación con lo anteriormente explicado, ahora toma importancia realizar un análisis de la facultad discrecional que tiene la Administración respecto de la posibilidad de remoción del rector.

3.2. La potestad discrecional otorgada por la Ley 20.842

El Decreto Supremo de remoción tiene su fundamento formal en el inciso final del artículo tercero transitorio de la Ley 20.842, que crea las Universidades Estatales de la Región de Aysén y de O'Higgins, que señala:

Desde su nombramiento y hasta la publicación de los estatutos de la universidad, el Presidente de la República podrá, por motivos fundados, remover al rector. En tal caso, nombrará un nuevo rector por el plazo que le hubiera restado al removido (inciso final, artículo 3, Ley 20.842).

Del párrafo del artículo se desprende que el legislador otorga al presidente de la república una potestad discrecional para remover al rector en el periodo comprendido entre su nombramiento y la publicación de los estatutos de la universidad. Dicha potestad tiene la limitación de que el presidente de la república debe entregar el fundamento o la motivación en la dictación del acto.

El Decreto señala que fue imposible lograr un acuerdo con la rectora Pey en torno al texto del futuro estatuto de la Universidad, ya que las observaciones planteadas de manera reiterada por el Ministerio de Educación no fueron adecuadamente atendidas, y puesto que las propuestas efectuadas por la rectora respecto al ingreso especial de los estudiantes a la Universidad no se condecían con los requisitos legales que prescribe la Ley N° 20.129, que establece un sistema nacional de aseguramiento de la calidad de la educación superior, y la Ley N° 20.903 que crea el sistema de desarrollo profesional docente. Adicionalmente, dicho Decreto señala que habrían “otras razones”, las cuales no quedan explicitadas (en su texto se utiliza la frase “entre otras”), y toma solo como ejemplo las descritas, presumiendo que existen otros motivos que no están señalados ni fundamentados.

Lo anterior fue ratificado por la Corte Suprema en su fallo, indicando:

Que, la exposición del acto deja en evidencia los problemas de motivación que lo afectan, toda vez que se establece que se hace uso de la facultad entregada por el artículo tercero transitorio de la Ley N° 20.842, “entre otras razones”, por dos que se exteriorizan. Es decir, no se señala, en concreto, cuáles son todas las razones que determinan el ejercicio de la potestad, incorporando incertidumbre respecto de los motivos que llevaron a remover a la rectora Pey, cuestión que no se condice con las exigencias previstas para un acto de tal naturaleza, pues la fundamentación del acto administrativo es un elemento de su esencia, cuya existencia siempre está bajo el control de la judicatura. Así, la fórmula, “entre otras razones”, vulnera gravemente los principios de publicidad y transparencia que debe regir la actuación de la Administración, que hacen exigible la exposición clara y concreta de los motivos del acto administrativo (Corte Suprema causa Rol N° 3598-17, considerando noveno).

Nos parece que el fallo es asertivo y claro, en cuanto a determinar que la expresión del Decreto “entre otras razones” deja abierta la puerta para que existan otras

razones no explicitadas que motivan la remoción y que claramente vulneran los principios de transparencia y publicidad, solo por mencionar algunos.

A su vez, el fallo también se hace cargo de analizar las razones esgrimidas por el presidente de la república para la remoción:

Décimo: Que, sin perjuicio de las falencias del acto administrativo en cuanto esgrime “otras razones”, que son desconocidas no sólo para la recurrente, sino que, atendido los términos del informe, también lo son para esta Corte, se debe proceder a analizar si aquellas dos razones esgrimidas expresamente para remover a la rectora Pey, son verdaderas, toda vez que, al contrario de lo esgrimido por los recurridos, no es suficiente que las razones sean formalmente expresadas, sino que deben existir (Corte Suprema causa Rol N° 3598-17).

Conforme señala la sentencia, la primera razón se relaciona con la imposibilidad de lograr un acuerdo en torno al texto del futuro estatuto de la Universidad, en cuanto las observaciones planteadas de manera reiterada por el Ministerio no fueron adecuadamente atendidas. Dicha razón es rechazada rotundamente por la Corte, por ser una “dicotomía que produce una incongruencia insalvable toda vez que el mencionado estatuto debe ser dictado por la Presidenta de la República”. Y respecto del segundo argumento de la Administración, la Corte señala que la circunstancia de haber propuesto la actora al Consejo de Rectores (en adelante CRUCH) un sistema especial de ingreso a la Universidad de Aysén, para estudiantes que provengan de la región, incluyéndose en tal propuesta todas las carreras que a futuro se impartirían en la casa de estudios, según consta en el documento titulado “Solicitud de flexibilización de Ponderación de Instrumentos”, estaba precisamente cumpliendo con el objetivo de la ley que crea a la Universidad.

Del Mensaje presidencial de la Ley N° 20.842 se destaca lo siguiente en lo referente al párrafo anterior:

En el Estado recae la responsabilidad principal de asegurar que la educación superior —tanto técnica y

profesional como universitaria— se constituya en un derecho social de la población, asegurando calidad, acceso, permanencia y egreso sin discriminación de ningún tipo, con la sola excepción de las capacidades del estudiante (Bachelet, 2014).

Esto reviste vital importancia, por cuanto la finalidad de la ley que crea estas universidades es el de asegurar la educación superior como derecho social de la población, no tiene como fin establecer parámetros de políticas de educación. Por lo tanto, la propuesta de la rectora concuerda plenamente con el fin y misión de la creación de las Universidades de Aysén y O'Higgins. Como bien señala el artículo 4.º de la Ley N° 20.842, la Universidad de O'Higgins y la Universidad de Aysén, tienen como misión, además de contribuir al desarrollo cultural, material y social de la Región del Libertador General Bernardo O'Higgins y de la Región de Aysén del General Carlos Ibáñez del Campo, respectivamente, la de propender a la incorporación de estudiantes provenientes de las regiones respectivas, considerando las necesidades específicas de cada zona, a través, por ejemplo, de programas de ingreso especial, lo que podrá establecerse en la reglamentación interna de la universidad.

Los argumentos señalados en el Decreto recurrido, en relación con lo estipulado en el artículo tercero de la Ley 20.842 señala, en su inciso segundo, las obligaciones del rector, entre las cuales se establece que “deberá considerar la participación de la comunidad regional en la elaboración del proyecto de estatutos, para lo cual podrá crear consejos integrados por personalidades destacadas de diversos ámbitos a nivel regional, nacional e internacional”.

Por lo que, en un orden de ideas, primeramente, el rector de la Universidad debe avocarse a la confección del estatuto respectivo, considerando la participación de la comunidad regional, el que debe ser presentado ante la máxima autoridad del país, esto es, el Presidente de la República, quien se encuentra facultado para realizar todas las modificaciones que estime pertinentes.

Así, el fallo en análisis identifica las únicas obligaciones que deben cumplir el rector y que son:

a) Confeccionar estatutos permitiendo la participación regional, a través de creación de concejos consultivos, requisito que fue cumplido; b) Contar con el acuerdo de la Universidad tutora, que en el caso concreto es la Universidad de Chile, entidad que informó que trabajó en conjunto con la Universidad de Aysén en la confección de los estatutos que fueron presentados a la Presidenta de la República y que fueron aprobados en su calidad de universidad tutora, cuestión que además está acreditada con el ordinario N° 123, de 3 de marzo de 2016, emanado del rector de la casa de Bello, guardado en custodia; c) Entrega de la propuesta de estatutos dentro del plazo establecido en el referido artículo segundo transitorio y contemplar las trece materias exigidas. Requisitos, que la Corte Suprema demuestra que la rectora Roxana Pey cumplió, toda vez que consta en los antecedentes acompañados que el proyecto de estatutos fue enviado al Ministerio de Educación el 3 de marzo de 2016, según da cuenta el Ordinario N° 7, remitido con idéntica fecha (Corte Suprema causa Rol N° 3598-17, considerando décimo tercero).

Debido a lo anterior, los argumentos o fundamentaciones esgrimidas por la Administración para la remoción de la rectora Pey fueron desechados por la sentencia, por cuanto se acreditó que ambos argumentos eran contradictorios, ya a que la rectora cumplió con el cometido prescrito por ley. Y así lo señala en su considerando décimo quinto:

Que, descartadas las dos circunstancias de hecho que fueron esgrimidas por la Administración, solo cabe establecer que el acto impugnado, esto es el Decreto Supremo N° 229, es ilegal, pues no se cumplieron todas las exigencias previstas en el artículo tercero transitorio de la Ley N° 20.842, como tampoco en los artículos 11 y 42 de la Ley N° 19.880, toda vez que no existen los “motivos fundados” esgrimidos por la autoridad (Corte Suprema causa Rol N° 3598-17, considerando Décimo quinto).

Conclusiones

Creemos que la sentencia dictada por la Corte Suprema en este caso cobra especial relevancia porque viene a sistematizar y consolidar el principio de motivación de los actos de la Administración y los requisitos exigidos a la autoridad en el ejercicio de sus funciones, particularmente, en los actos finales o decisorios (García, 2017). En primer lugar, establece que los actos administrativos, por dictamen constitucional y legal, requieren de una exposición clara y detallada de los fundamentos que los motivan, y no de la simple enunciación de la facultad legal otorgada a la Administración. Siendo el Decreto Supremo impugnado un acto administrativo al que los fundamentos que lo motivan no son los que en él se señalan, carecen de motivación, como lo sostiene la sentencia de la Corte Suprema, en lo relativo a que el Decreto de remoción se funda en “entre otras causas”, y esas otras causas no se encuentran determinadas, por lo que se desprende del lenguaje utilizado que los fundamentos señalados son meramente ejemplares, existiendo otros que no identifica ni fundamenta.

En segundo lugar, el análisis de las razones entregadas por la Administración debe ser mirado para el caso concreto, entendiéndose lo anterior como “resoluciones fundadas”.

En tercer lugar, la Corte Suprema deja sin efecto un decreto supremo dictado por la presidenta de la república, en el ejercicio de una facultad discrecional, lo que demuestra que incluso las facultades discrecionales del presidente de la república pueden ser sujetas a revisión, siendo eventualmente incluso declaradas ilegales, como se ve en el caso en análisis, y que por tanto deben ser fundadas adecuadamente.

En cuarto lugar, podemos establecer que la finalidad de la potestad ejercida se contraviene, cuando la potestad es ejercida para un fin diferente del previsto por el legislador. Incurriéndose en un vicio que se conoce como desviación de fin. En el acto administrativo impugnado, la remoción de la rectora no se funda, ciertamente, en el incumplimiento de sus obligaciones, pues siendo estas corroboradamente cumplidas, se desprende que el acto y, por ende, el actuar de la Administración, se aleja totalmente del fin para el cual el acto fue dictado, desviándose por lo demás del fundamento por el cual dichas potestades discrecionales fueron otorgadas por ley.

Referencias

- Bachelet, M. (2014). Mensaje De S.E. La Presidenta De La República Con El Que Inicia Un Proyecto De Ley Que Crea La Universidad Estatal De La Región Del Libertador General Bernardo O'Higgins Y La Universidad Estatal De La Región De Aysén Del General Carlos Ibáñez Del Campo, Mensaje en Sesión 36. Legislatura 362, junio, 2014.
- Cordero, L. (2017). La motivación del acto administrativo en la jurisprudencia de la Corte Suprema. *Revista de Estudios Judiciales*, (4), 231-250.
- García, J.F. (10 de octubre de 2017). Corte Suprema y motivación del acto administrativo (a propósito de la sentencia rectora Universidad de Aysén). *El Mercurio Legal*. Recuperado de <http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/AnalisisJuridico/2017/10/10/Corte-Suprema-y-motivacion-del-acto-administrativo-a-proposito-de-la-sentencia-iRectora-Universidad-de-Aysen.aspx?disp=1> Consultado 9 de junio de 2019
- Gordillo, A. (1984). *Teoría General del Derecho Administrativo*. Instituto de Estudios de Administración Local.
- Helfmann, C. (22 de julio de 2016). La motivación como elemento esencial de los actos administrativos y su relación con el Principio de Razonabilidad. *El Mercurio Legal*. Recuperado de <http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Opinion/2016/07/22/La-motivacion-como-elemento-esencial-de-los-actos-administrativos-y-su-relacion-con-el-Principio-de-Razonabilidad.aspx> Consultado 9 de junio de 2019
- Jara, J. (2008). *Apuntes Acto y Procedimiento Administrativo. Magister de Derecho Constitucional*. Santiago: Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile.
- Pierry, P. (2007). Concepto de acto administrativo en la Ley de Procedimiento Administrativo. El reglamento. Dictámenes de la Contraloría General de la República. En *Acto y Procedimiento Administrativo. Actas de las segundas jornadas de derecho administrativo* (pp. 71-80). Valparaíso, Chile: Ediciones Universitarias de Valparaíso.
- Silva Cimma, E. (1995). *Derecho administrativo chileno y comparado: actos, contratos, bienes*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Soto Kloss, E. (2016). La noción de acto administrativo en el derecho chileno: una perspectiva sustancial. *Revista de Derecho Público*, (60), 85-97.
- Soto Kloss, E. (2018). La fundamentación del acto administrativo en la jurisprudencia de los tribunales ordinarios de justicia. *Derecho Público Iberoamericano*, (13), 225-236.

Jurisprudencia judicial y administrativa citada

- Contraloría General de la República de Chile, Dictamen N° 499 de 2012.
- Contraloría General de la República de Chile, Dictamen N° 91.219 de 2014.
- Contraloría General de la República de Chile, Dictamen N° 1.342 de 2015.
- Contraloría General de la República de Chile, Dictamen 4.567 de 2015.
- Corte de Apelaciones de Santiago, causa Rol N° 10.3327-2016, de fecha 11 de enero de 2017.
- Corte Suprema, causa Rol N° 24.615-2014, de fecha 29 de diciembre de 2014.
- Corte Suprema causa Rol N° 3958-17, de fecha 19 de junio de 2017.

Pablo Cornejo

Universidad de los Andes, Chile

pacornejo@miuandes.cl

La problemática calificación e interpretación de los contratos complejos y su control mediante la casación en el fondo (comentario a la sentencia de la Corte Suprema del 14 de Diciembre de 2017, rol N° 67394-2016)

Resumen: El presente comentario tiene por objeto analizar críticamente la relevancia y alcance de la interpretación contractual en nuestro derecho mediante la revisión de un pronunciamiento de nuestra Excma. Corte Suprema, el cual no solo permite dar cuenta de una línea jurisprudencial que se superpone —al menos parcialmente—, a lo que fue la aproximación tradicional sostenida por la doctrina chilena, sino que también lleva a cuestionar los elementos que posibilitan una correcta interpretación de la voluntad de las partes al momento de celebrar una convención compleja.

Abstract: This comment presents a critical analysis about the relevance and scope of application of contractual interpretation rules in Chilean law. To do so, it reviews a Supreme Court's decision, which not only expresses a jurisprudential line that overlaps —at least in some part— to the traditional approach sustained by Chilean doctrine, but also leads to question the elements that allow a correct interpretation of the willingness of the parties to celebrate a complex contract.

Keywords: Leasing; contractual interpretation; cassation.

Palabras clave: *Leasing*; interpretación contractual; recurso de casación

En el contexto general de evolución que ha tenido la lectura sostenida por la doctrina nacional de nuestra legislación civil en materia de contratos, uno de los primeros ámbitos en que se destacó una aproximación más objetiva de la forma en que entiende el vínculo contractual y sus efectos, fue en materia de interpretación de los contratos. En efecto, la primera orientación desarrollada por los autores nacionales, que sostenía que las reglas de interpretación de los contratos son meros consejos dados por el legislador a los jueces y no verdaderos mandatos legales —de lo cual se seguía que los jueces contarán con un poder amplísimo para fijar el contenido del contrato, por lo que quedaba entregado a su exclusivo criterio, como si se tratara de una cuestión de hecho—¹ (López, 2010, p. 407), progresivamente cedió espacio a nuevas lecturas, que buscaron destacar el carácter de regla de derecho que tienen los artículos 1560 a 1566 del Código Civil, con el propósito de fundamentar el control de la interpretación efectuado por los jueces de instancia a través del recurso de casación en el fondo —como ocurre en la obra de don Luis Claro Solar (pp. 14-16)—; para luego abrirse derechamente a una comprensión de la labor interpretativa que marque las diferencias que existen entre el Código Civil francés —que fue históricamente el paradigma del modelo subjetivo de interpretación— y nuestra normativa civil, a los efectos de desarrollar una lectura en clave objetiva de la segunda, que responda de mejor manera a las necesidades de protección de las legítimas expectativas de las partes contratantes, acorde con los usos del tráfico y la finalidad práctica del contrato, como ocurre en la obra del profesor López (2010, 363 y ss.)².

En este sentido, un buen reflejo de esta nueva aproximación se expresa en la lectura que efectúa el profesor Baraona de la principal regla que forma parte de nuestro sistema de interpretación de los contratos, como es el artículo 1560 del Código Civil. Según señala el autor, en la materia, Andrés Bello introdujo una importante modificación a la regla proveniente del *Code*, desde el momento en que, mientras este último se limitaba a expresar que la labor del intérprete consiste en buscar la “intención común de los contratantes”, en los términos del antiguo artículo 1156³, el Código Civil chileno establece una importante limitación a dicha búsqueda, pues la intención común solo puede ser preferida por el juez cuando “ella sea claramente conocida”, lo que implica que debe ser determinada con toda evidencia y sin oscuridad (Baraona, 2016, pp. 440-441). *A contrario sensu*, de no existir esos elementos que permitan definir de manera clara la intención común de los contratantes, el juez deberá atenerse a elementos de carácter más objetivo, como lo literal de las palabras.

Para efectos de dimensionar la relevancia que este sutil cambio tiene en la comprensión de la interpretación contractual en nuestro derecho, baste con considerar que esta lectura en clave objetiva cuestiona un elemento central de la doctrina tradicional, como es el hecho de que las normas de interpretación sean simples guías o pautas para seguir por el juez en el contexto de una labor relacionada con la determinación de los elementos de hecho de la controversia, como el establecimiento de la intención común de los contratantes. Por el contrario, desde el momento en que se centra la labor interpretativa

¹ Sin perjuicio de ello, debe tenerse en consideración que, dentro de la jurisprudencia desarrollada por la Corte de Casación, siempre estuvo presente un elemento que conducía a la interpretación objetiva, como es la doctrina de las *clauses claires et précises*, conforme con la cual la interpretación no tenía cabida si la cláusula era “clara” o “inequívoca”. Como señala el antiguo brocardico, *in claris non fit interpretatio*. En este sentido, según señalan Zweigert y Kötz (2002, pp. 425-426) si bien normalmente la interpretación de los contratos era considerada como una cuestión de hecho cuya revisión no correspondía en sede de casación, dicha exclusión no alcanzaba a aquellos casos en que existía una *clause claire et précise*, supuesto en el cual no se vacilará en casar la decisión si el juez interpreta una de las condiciones de manera diferente al significado objetivo, aun cuando lo haya hecho invocando una supuesta intención común entre las partes.

² Sobre este punto, debe tenerse especialmente en cuenta que la investigación del profesor López sobre la interpretación de los contratos y su posible control a través del recurso de casación en el fondo se remonta al año 1965, fecha en que publicó la primera edición de su obra *Interpretación y calificación de los contratos frente al recurso de casación en el fondo en materia civil*.

³ Con todo, debe tenerse en consideración que el derecho francés actual presenta una importante orientación hacia lo objetivo en materia de interpretación, sobre todo a partir de la reforma introducida en el año 2016, conforme con la cual en todos aquellos casos en que esa intención común no pueda ser establecida, el contrato debe ser interpretado en el sentido que le daría una persona razonable en la misma situación (actual art. 1188 inc. 2.º *Code*).

en la delimitación del correcto contenido y alcance de la declaración de voluntad, el elemento normativo que está presente en la misma pasa a ocupar un lugar preponderante, cuestión que obliga a revisar el carácter de verdaderas reglas de derecho que tienen las normas de interpretación, sobre todo para efectos de definir la procedencia del recurso de casación en el fondo.

En el contexto descrito, la sentencia objeto del presente comentario reviste interés, al menos por dos razones. La primera, porque permite dar cuenta de una línea jurisprudencial que se superpone, al menos parcialmente, a lo que fue la aproximación tradicional sostenida por la doctrina chilena, en orden a que la interpretación del juez de instancia no puede ser controlada por vía de la casación

(Romero, Aguirrezabal y Baraona, 2008, p. 252), y admite la invalidación de la sentencia cuando la interpretación sostenida por el juez implique una desnaturalización de la convención celebrada por las partes. La segunda, porque en este caso resulta dudoso que efectivamente nos encontremos ante una errónea interpretación del derecho que haya influido sustancialmente en lo dispositivo de la sentencia —en los términos del artículo 767 del Código de Procedimiento Civil—, precisamente porque ciertos elementos objetivos y relacionados con la finalidad perseguida por las partes al momento de celebrar una convención compleja, permitían sustentar una interpretación como la sostenida por los jueces de instancia. Cada uno de estos elementos será analizado a continuación.

1. Los hechos

Los hechos que motivan el caso conocido por la Excm. Corte inician con el otorgamiento por las partes de una escritura pública con fecha 18 de junio de 2013, en la cual consta la celebración de dos contratos respecto del inmueble de propiedad de una de las partes, ubicado en la comuna de Teno. El primero de ellos fue un contrato de arrendamiento, en el que don Luis Moreno se comprometió a ceder temporalmente el uso y goce de la propiedad a la Sociedad Comercial e Industrial San Sebastián Limitada, la que debía pagar como contraprestación la suma única de \$2.400.000, por los doce meses de duración del contrato. El segundo, un contrato de promesa, en cuya virtud las partes se obligaron a celebrar en el futuro un contrato de compraventa respecto del inmueble, disponiendo en el mismo acto que el precio de esta sería la suma total y única de \$40.000.000, que se pagaría a más tardar el día 3 de junio de 2014. Ese mismo día vencería también el término pactado por las partes para la celebración del contrato prometido. Como se puede apreciar, el referido contrato de arrendamiento parecía más bien destinado a regular la situación del bien en el tiempo que media entre la entrega material del mismo y la celebración del contrato de compraventa prometido, cuestión que se

aprecia particularmente en el hecho de que la renta de arrendamiento pagada debía ser imputada al precio de la compraventa, junto con la suma de \$4.404.160, previamente pagada como anticipo.

En la misma convención, las partes establecieron como una condición para la celebración del contrato prometido el alzamiento de una hipoteca que gravaba la propiedad y de una prohibición inscrita a favor de la sociedad Coprac S.A.; circunstancia a que se obligaba el promitente vendedor-arrendador, quien en caso de incumplimiento, debía pagar al promitente comprador-arrendatario una multa ascendente a \$5.000.000 —por concepto de evaluación anticipada de perjuicios—, además de restituir todos aquellos dineros recibidos por concepto de cumplimiento del acuerdo hasta la fecha en que se haya producido el incumplimiento, y aquellos que sean consecuencia de las mejoras que se hubieren realizado en el inmueble. Para el evento de que quien se negare a celebrar el contrato fuera la promitente compradora-arrendataria, o que en el intertanto hubiere incumplido su obligación de pagar las rentas de arrendamiento, las partes pactaron una multa ascendente a la suma de \$5.000.000, que se vería

complementada con la obligación de pagar la suma de \$2.400.000, correspondiente a la renta de arrendamiento. Finalmente, de conformidad con la cláusula decimocuarta del contrato, las partes pactaron que en caso de que la compraventa prometida no fuere celebrada en el día prometido, el contrato de arrendamiento debía seguir plenamente vigente hasta el día en que se dé por pagado todo lo entregado en efectivo, así como las mejoras que se hubieren realizado en el inmueble.

Luego de celebrado el contrato y pese a que se le hizo entrega material de la propiedad, la promitente compradora-arrendataria no efectuó el pago de la renta de arrendamiento por aquellos periodos posteriores a la fecha en que debió celebrarse el contrato de compraventa prometido. Por esta razón, su contraparte interpuso una demanda civil ante el Primer Juzgado Civil de Curicó (rol C-1.523-2015) y solicitó al tribunal que se declare terminado el contrato de arrendamiento celebrado entre las partes, ordenar la restitución del inmueble y condenar a la demandada a pagar la suma de \$12.300.000, correspondiente a la suma de las rentas del año 2014 (\$2.400.000) y 2015 (\$2.400.000), y a la multa por no pago (\$7.400.000), más reajustes legales y costas. En subsidio de lo anterior, se interpuso demanda de desahucio. La demandada en su contestación solicitó el rechazo de la demanda, defensa fundada no en controvertir el incumplimiento de la obligación de pagar la renta —que efectivamente se había dejado de pagar el 3 de junio de 2014—, sino en la alegación de que la demandante incumplió por su parte las obligaciones establecidas en el contrato de promesa —en particular aquellas relativas al alzamiento de la hipoteca y prohibición que gravaban el inmueble—, que resultaban igualmente vinculantes.

Pues bien, pese a que en los hechos de la causa se acreditó que la demandada no pagó las rentas de arrendamiento correspondientes a los años 2014 y 2015, la sentencia de primera instancia rechazó la demanda de terminación de contrato de arrendamiento y la demanda subsidiaria de desahucio, con fecha 15 de diciembre de 2015. Esta decisión fue confirmada por la Corte de Apelaciones de Talca, con fecha 19 de julio de 2016. En ambos casos, la decisión estuvo fundada en la apreciación sostenida por los jueces del grado, en orden a que el contrato de arrendamiento no podía ser calificado como una convención independiente, desde el momento que el mismo se encontraba estrechamente vinculado al contrato de promesa celebrado en el mismo acto, hasta el punto de que no resultaba posible dar lugar a las pretensiones sostenidas por la actora y que se encontraban fundadas en el incumplimiento de las obligaciones que nacen del contrato de arrendamiento, si a su vez el demandante no había dado cumplimiento a las obligaciones que le imponía el contrato de promesa de compraventa.

En contra de esta última decisión, la actora interpuso recurso de casación en el fondo, donde sostuvo que la decisión de los jueces de la instancia infringió lo dispuesto en los artículos 1545, 1698, 1915 y 1942 inciso 1.º del Código Civil. En lo que a este comentario interesa, el recurrente alegó la infracción de lo dispuesto en el artículo 1545 del Código Civil, pues a su juicio los tribunales de la instancia desatendieron el claro tenor literal del contrato de arrendamiento, dejando de aplicar sus disposiciones. Con ocasión de esta infracción, la Excm. Corte recurre al artículo 1560 del Código Civil, con miras a precisar el verdadero alcance de la convención.

2. La decisión de la Excma. Corte Suprema

Sometido el asunto a su conocimiento por vía de la casación, la Excma. Corte constató la falta de concordancia que existía en la sentencia impugnada, pues las pretensiones interpuestas por la actora habían sido rechazadas pese a haberse acreditado en autos que la promitente compradora-arrendataria había dejado de cumplir con su obligación de pagar la renta de arrendamiento, por todos aquellos periodos que siguen a la fecha en que debió celebrarse el contrato prometido. En el análisis efectuado en primera y segunda instancia, dicha contradicción se salvaba por el incumplimiento en que correlativamente había incurrido la actora, en relación con las obligaciones que le imponía el contrato de promesa. Pues bien, en ese contexto, para efectos de poder casar la sentencia por infracción a lo dispuesto en el artículo 1545 del Código Civil, la Excma. Corte previamente tenía que delimitar cuál era el correcto sentido y alcance de los contratos celebrados por las partes, y definir la procedencia del recurso frente a la infracción denunciada. Con ese propósito, se recurre en la sentencia de casación a la doctrina de la desnaturalización del contrato desarrollada por don Luis Claro Solar, en los siguientes términos:

Quinto: Que acerca del referido reproche, es preciso considerar que esta Corte ha manifestado que la interpretación de los contratos queda dentro de las facultades propias de los magistrados de la instancia, y solamente procede que sean revisados por este tribunal de casación en cuanto se desnaturalice su contenido y alcance, pues se incurriría en una transgresión a la ley del contrato prevista en el citado artículo 1545 del Código Civil, como a las normas pertinentes de interpretación de los mismos contempladas en los artículos 1560 y siguientes del mencionado cuerpo legal. Ello ocurrirá, ciertamente, cuando se alteran las consecuencias

de las cláusulas pactadas respecto de las que no existe controversia en la forma en que se consintieron, desnaturalizándolas, puesto que en tales circunstancias se producirá como efecto que: “el poder soberano de los jueces del pleito para establecer los hechos de la causa, no puede extenderse a su apreciación jurídica y a la determinación de la ley que les sea aplicable; y por consiguiente la ilegal apreciación de las cláusulas del contrato y las erróneas consecuencias que de esta ilegal apreciación deduzcan los jueces del pleito deben ser sometidas a la censura de la Corte Suprema por medio del recurso de casación por violación del artículo 1545, o sea por violación de la ley del contrato” (Luis Claro Solar, *Derecho Civil Chileno y Comparado*, p. 474)⁴.

Como bien se puede apreciar, en el razonamiento de la Excma. Corte, la cuestión controvertida quedó delimitada al sentido y la extensión de las obligaciones que nacen de cada uno de los contratos. De esa forma, entendió el máximo tribunal que la decisión de los jueces de instancia excede aquel margen de apreciación que les confiere la labor interpretativa dentro del establecimiento de los hechos de la causa, para afectar una cuestión normativa: al haber alterado la sentencia definitiva de segunda instancia las consecuencias de las cláusulas pactadas en el contrato de arrendamiento, se ha desnaturalizado la convención, vicio que hace procedente de manera excepcional la casación en el fondo. Como se puede advertir, la diferencia de criterios que subyace al razonamiento de la Excma. Corte frente al sostenido por los jueces de instancia radica propiamente en una cuestión de calificación contractual, que es precisamente uno de aquellos casos identificados por la doctrina en que se estima que la errónea calificación del contrato importa una violación de la ley de este, la cual es obligatoria para las partes y para el juez (López, 2010, pp. 458-459).

⁴ Para una crítica a la doctrina sostenida por Claro Solar, por la supuesta inconsistencia que implica afirmar, por una parte, que la interpretación es una cuestión de hecho, y por otra, que es procedente el recurso si se desnaturaliza cualquier contrato (claro u oscuro), por sus graves consecuencias en la seguridad jurídica, ver López (2010, pp. 469-471).

Así, donde la Corte de Apelaciones consideró que existía una única convención de carácter complejo, que perseguía una única finalidad y cuyas obligaciones se encontraban entrelazadas —como ocurre en el *leasing*—, la Corte Suprema calificó la existencia de dos contratos principales —arrendamiento y promesa—, celebrados en un mismo acto, en que debe atenderse a lo acordado por las partes en las cláusulas dispuestas al efecto para cada uno de ellos. Una vez efectuada la separación entre ambas convenciones, la Excm. Corte arriba a su principal conclusión: los jueces de instancia yerran al rechazar la demanda de terminación por no pago de rentas en circunstancias de que se trata de un hecho que se encontraba acreditado —sin que sea admisible

excusar ese incumplimiento, en el incumplimiento en que se incurrió del contrato de promesa—, de una manera que infringe lo dispuesto en el artículo 1545 del Código Civil.

Sobre esa base, se dictó sentencia de reemplazo, en que se acogió la demanda de terminación del contrato y se dispuso que la demandada debe pagar las rentas devengadas los años 2014 y 2015, además de la suma de \$2.400.000 establecida a título de evaluación anticipada y convencional de los perjuicios, con la deducción de la suma de \$4.704.170, pagada previamente por la demandada en virtud del contrato de promesa de compraventa.

3. Análisis crítico

Según se viene exponiendo, la sentencia dictada por la Excm. Corte es relevante por cuanto viene a confirmar la procedencia del control en sede de casación del razonamiento que llevó a los jueces de instancia a conferir un determinado sentido a las disposiciones contractuales, si bien dicho control continúa limitado a aquellos casos en que, con el pretexto de interpretar el contrato, se desnaturaliza su contenido⁵. Con ello, la Corte parece avanzar hacia una respuesta afirmativa a la interrogante realizada por Romero *et al.* (2008, p. 249), en orden a que el control judicial de la decisión recaída en un conflicto contractual debe considerar que en la misma no existe una actuación en la que el juzgador se limita a dar por establecidos ciertos hechos, sino que también involucra un acto de aplicación de normas jurídicas.

Sin embargo, en este caso, la base sobre la cual se llega a esa conclusión es problemática. Para ello basta considerar los efectos que tiene la interpretación sostenida por la Excm. Corte, que supone en la práctica

una fragmentación de la convención celebrada entre las partes, por vía de separar las obligaciones nacidas del contrato de arrendamiento, de aquellas impuestas por la promesa, sin que exista un desarrollo acerca de por qué se debe preferir dicha opción interpretativa. En efecto, de conformidad con las principales cláusulas contenidas en el contrato, no resulta pacífico que el entendimiento de las partes haya sido estar celebrando dos convenciones autónomas. Lo anterior queda especialmente reflejado en el hecho de que, si bien por una parte se regula la obligación de pagar la renta de arrendamiento por parte de la arrendataria para el caso de que la compraventa prometida no sea celebrada —lo que parece indicar una separación entre ambas convenciones—; por otra, se reafirma el carácter eminentemente transitorio del arrendamiento y su vinculación con la compraventa, al momento de estipularse que las rentas pagadas serán imputadas al precio final, elemento característico del contrato de *leasing*.

⁵ En el mismo sentido, la Excm. Corte Suprema resolvió en su sentencia de 20 de septiembre de 2012 (rol N°4.053-2010): “Que establecido que la interpretación del contrato no ha importado la alteración de la naturaleza jurídica de sus estipulaciones, han de ser tenidas como definitivas, puesto que en su revisión no se ha dado por establecido un error de derecho”.

Enfrentados a esta disyuntiva, resulta necesario determinar qué criterios deben prevalecer. Como señala Alcalde (2007, pp. 550-551) esta situación, en que las partes no coinciden sobre el verdadero contenido del contrato y el alcance de sus efectos, obliga a recurrir al derecho, a fin de que sea este quien otorgue las herramientas que permitan determinar la regla contractual. Pues bien, según el mismo autor, dentro de esas herramientas debemos considerar la declaración de voluntad, encuadrada en el marco de aquellas circunstancias que le confieren un significado y un valor, debiendo destacarse especialmente la causa.

Según la doctrina italiana, la causa es un elemento común a ambas partes, "...en el sentido de que es interés de ambas partes que el contrato tenga efecto y les permita conseguir el fin, y el sentido también de que las partes se proponen conjuntamente conseguir el fin propio del contrato (determinado)" (Messineo, 1948, p. 135). Como agrega el mismo autor, lo anterior resulta especialmente relevante cuando se trata de un contrato complejo, caso en que estaremos en presencia de una causa que permite explicar la unidad de un contrato que implica una pluralidad de prestaciones, persiguiendo las partes una pluralidad de fines (p. 136), siempre contando con una causa objetiva y constante, de manera que sus prestaciones son interdependientes (p. 351)⁶. Esta aproximación ha sido recogida por nuestra doctrina para explicar las complejidades que involucra el contrato de *leasing*, como bien se puede apreciar en el Informe en derecho preparado por los profesores Varela y Palma (Pablo, 2015, p. 1105), en el cual los autores concluyen que:

El objeto de un contrato es esencialmente la operación que las partes pretenden realizar y que determina la naturaleza de la relación contractual... Por eso, una relación constituida por dos o más actos

jurídicos conexos que se integran recíprocamente en su contenido, cooperando a un mismo resultado económico, debe ser considerada como un negocio unitario, sin que esa unidad se vea comprometida por el hecho de que las singulares declaraciones reunidas produzcan consecuencias jurídicas autónomas.

Lo expuesto anteriormente nos permite sostener una primera aproximación a nuestro problema: si las partes han establecido obligaciones interdependientes al momento de celebrar en un mismo acto dos negocios jurídicos, debemos en principio entender que ambos contratos responden a una única realidad negocial, por cuanto se encuentran destinados a desarrollar conjuntamente el interés perseguido por las partes. Lo anterior se ve confirmado si consideramos —como señala Messineo (1948, p. 66) —, que el contrato entendido como totalidad resulta del conjunto de sus cláusulas, teniendo estas por función integrarse recíprocamente, pues el contrato es siempre algo orgánico. De esta forma, pareciera que la calificación efectuada por la Excm. Corte en orden a que nos encontramos en presencia de dos convenciones autónomas es errada, , al menos en la medida que no considera la interrelación que las propias partes establecen entre sus obligaciones.

Nos parece que esta primera conclusión, vista desde la perspectiva de la causa del negocio jurídico, puede ser confirmada a la luz de las reglas sobre interpretación de los contratos, dispuestas en el Código Civil.

En primer lugar, consideramos que lo dispuesto en el artículo 1560 del Código Civil permite sustentar nuestra crítica, desde el momento en que la vinculación establecida por las propias partes entre las principales obligaciones que nacen de cada una de las convenciones —como son el pagar la renta de arrendamiento y pagar el precio de la compraventa prometida—, no solo permite

⁶ En similar sentido, agrega el profesor Lyon (2017, p. 103) refiriéndose a los contratos innominados que "...se debe agregar que ellos no existen en la realidad jurídica como una entidad que pueda en la práctica contraponerse a los nominados. Lo que existe en la práctica son combinaciones de derechos y obligaciones que no son las que se encuentran agrupadas en los contratos que la ley reglamenta y, por ende, es necesario determinar cuál es la causa precisa del contrato innominado convenido por las partes para poder aplicar los elementos de la naturaleza integrados por la ley a los contratos nominados que se invoquen para integrar tales elementos, siempre que se demuestre que la causa de unos y otros es la misma, esto es, cosas que se entienden pertenecerle sin necesidad de cláusulas expresas o, mejor dicho, con derechos y obligaciones que la ley integre al contrato atendida su naturaleza".

entender ambos negocios jurídicos dentro del contexto de un contrato complejo, sino que además constituye una cuestión objetiva expresada en el contrato, que permite conocer “claramente” la intención de los contratantes.

En este sentido, como señala el profesor Baraona (2016, p. 441), debemos tener presente que el artículo 1560 del Código Civil contiene dos proposiciones: una implícita, que ordena que los contratos se interpreten conforme con el sentido literal de las palabras empleadas, y otra explícita, que permite ir más allá de dichas palabras, cuando la voluntad común de los contratantes, difiera de la literalidad de lo expresado, en la medida que sea “conocida claramente”, sin dudas y con toda evidencia, como puede ser mediante signos, gestos, comportamientos inequívocos, símbolos, u otros. En este sentido, concluye el autor (p. 443) que “...el paso de la literalidad a la intención claramente conocida por otras vías es un paso que en Chile es exigente, porque el apartamiento de la literalidad impone una evidencia clara”.

Pues bien, en ese contexto, creemos que las particulares condiciones que forman parte del contrato permiten a una persona razonable concluir que la intención de los contratantes fue celebrar un único contrato complejo, cuyas prestaciones se encuentren interrelacionadas, como de hecho lo estaban en el contexto de la convención celebrada. De esa forma, es el mismo contrato el que, pese a que literalmente parece regular dos convenciones separadas, nos proporciona los elementos para su correcta inteligencia, de una manera que nos permite concluir que en este caso “claramente” la intención de las partes fue celebrar un contrato complejo y no dos contratos autónomos, como erróneamente subyace al razonamiento de la sentencia de casación.

En segundo término y para efectos de confirmar lo anterior, creemos, además, relevante considerar cuál es la práctica contractual en la materia, la cual se caracteriza por presentar un tratamiento conjunto de ambos

contratos, en una unidad cuya justificación en último término descansa en la causa de dicha convención, caracterizada como el fin económico práctico que las partes persiguen de su celebración. Esta situación es relevante para los fines de la interpretación contractual, toda vez que, además de servir como un antecedente adicional para efectos de confirmar cuál es la intención de los contratantes —en la medida en que nos entrega el contexto en que las partes efectúan sus declaraciones—, puede motivar la aplicación de la regla dispuesta en el artículo 1563 del Código Civil, disposición que permite determinar el correcto sentido y alcance de una estipulación contractual según cual sea la naturaleza del negocio celebrado.

Finalmente, creemos que esta conclusión es también acorde con lo dispuesto en el artículo 1564 del Código, en la medida en que una interpretación conjunta de las cláusulas contractuales, considerando la existencia de un solo acuerdo complejo, no solo resulta más concordante con la finalidad perseguida por las partes al momento de celebrar el contrato, sino que también permite una mejor comprensión integral del acuerdo, y de esa forma resguardar el propio sentido de las voluntades cuyo encuentro permitió el perfeccionamiento del contrato.

Por estas razones, creemos que la Excm. Corte incurrió en un error al momento de casar la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Talca, imponiendo una interpretación que en último término implica fraccionar el acuerdo, haciendo desaparecer su causa común y desconociendo las razonables expectativas que pudieron tener los contratantes al momento de celebrar su acuerdo. Si bien esta solución podría llegar a ser entendida desde una perspectiva de justicia material, toda vez que favorece la restitución de la propiedad al arrendador frente al incumplimiento de la obligación de pagar la renta en que incurre la arrendataria en el periodo posterior a aquel en que debió celebrarse la compraventa prometida —sobre todo en un contexto en que existen dudas acerca de si esta llegará efectivamente a ser celebrada—, no deja de ser problemática.

Lo anterior, por cuanto una vez efectuado el fraccionamiento y efectuada la separación entre ambas convenciones, quedará pendiente la discusión concerniente a las pretensiones que puede tener el promitente-comprador arrendatario en contra del

promitente-vendedor arrendador como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones nacidas de la promesa, las cuales necesariamente deberán sustanciarse en un juicio diverso.

Conclusiones

La sentencia en comento trasunta un importante punto de reflexión, toda vez que la misma permite dar cuenta de un aparente cambio en nuestra jurisprudencia en materia de calificación contractual y sus efectos, especialmente en supuestos de contratación compleja. Así, para nuestra Excm. Corte Suprema será procedente –mediante casación en el fondo– el control del razonamiento realizado por los jueces de instancia al determinar el sentido de las disposiciones contractuales, en aquellos casos en que tal proceso de calificación haya tenido como consecuencia la desnaturalización del acto; cuestión, como se dijo, contraria a la máxima tradicional sostenida por nuestra doctrina, para quien la interpretación del juez de instancia no puede ser controlada por esta vía.

Dicho giro jurisprudencial no es menor, ya que el razonamiento de fondo que lo inspira tendería a ampliar las facultades del juzgador al momento de calificar el acto o contrato, las que no se limitarían solo a dar por establecidos ciertos hechos, sino que también implicarían un acto de aplicación de normas jurídicas.

Al respecto, estimamos que tal extensión del alcance de la calificación contractual no deja de presentar un

peligro, toda vez que la solución dada por la Excm. Corte ante supuestos de contratación compleja supone en la práctica una fragmentación –sin fundamento– de la convención celebrada entre las partes, mediante la separación, en el caso concreto, de las obligaciones nacidas del contrato de arrendamiento, de aquellas impuestas por la promesa.

Siendo el acto interpretativo un ejercicio que tiene por finalidad la determinación del correcto sentido y alcance de la voluntad de las partes manifestada en el contrato, la posición adoptada por la Excm. Corte puede implicar, en último término, un verdadero desconocimiento de las razonables expectativas que pudieron tener los contratantes al momento de celebrar su acuerdo.

Aun cuando dicha postura podría llegar a ser entendida desde una perspectiva de justicia material, creemos prudente considerar, por aplicación de las normas dadas por nuestro Código Civil en materia de interpretación contractual, la declaración de voluntad de las partes encuadrada en el marco de aquellas circunstancias que le confieren un significado y un valor, tales como su causa, objeto y la práctica contractual.

Referencias

- Alcalde, J. (2007). Una nueva lectura de las normas de interpretación de los contratos. En H. Corral, y M. S. Rodríguez (coord.). *Estudios de Derecho Civil II* (pp. 549-570). Santiago, Chile: AbeledoPerrot/LegalPublishing.
- Baraona, J. (2016). La interpretación contractual: una insistencia en su giro objetivo. En M. Barria (coord.). *Estudios de Derecho Civil XI* (pp. 439-449). Santiago, Chile: Legal Publishing-Thomson Reuters.
- Claro Solar, L. (1939). *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado: tomo XII*. Santiago, Chile: Editorial Nascimento.
- López, J. (1965). *Interpretación y calificación de los contratos frente al recurso de casación en el fondo en materia civil*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- López, J. (2010). *Los contratos: parte general* (5ª ed.). Santiago, Chile: Thomson Reuters.
- Lyon, A. (2017). *Integración, interpretación y cumplimiento de contratos*. Santiago: Ediciones Pontificia Universidad Católica de Chile.
- Messineo, F. (1948). *Doctrina general del contrato* (3ª ed.). Lima: Editorial Ara.
- Pablo, R. (2015). Interés máximo convencional en los contratos de leasing y otras figuras afines: comentario a la sentencia del tribunal arbitral de segunda instancia compuesto por los árbitros Enrique Barros Bouri [sic], Miguel Luis Amunátegui Mönckeberg y Antonio Bascuñán Valdés, en la causa de autos caratulados: Inmobiliaria S.W. Deportes S.A. con Penta Vida Compañía de Seguros de Vida S.A. *Revista Chilena de Derecho*, 42(3), 1097-1116.
- Romero, A. Aguirrezabal, M. y Baraona J. (2008). Revisión crítica de la causa fundante del recurso de casación en el fondo en materia civil. *Ius et Praxis*. Año 14, (1), 225-259.
- Zweigert, K. y Kötz, H. (2002). *Introducción al derecho comparado*. (Trad. A. Aparicio). Ciudad de México: Oxford University Press.

**José
Fernando
Núñez**
Universidad de
los Andes, Chile

El principio de culpabilidad: ente rector de la imputación subjetiva por dolo o por imprudencia

The guilt principle: governing body of the subjective imputation for fraud or for imprudence

Sumario: En el trabajo se resalta la importancia del principio culpabilístico como ente determinador de la imputación subjetiva por dolo o por imprudencia, así como también se pone de relieve la trascendencia que corresponde a dicho principio en su relación con los principios de legalidad y de la dignidad humana, institutos estos de amplio espectro y sólido anclaje en el estudio y elaboración de la disciplina constitucional de la actualidad. De igual manera, se destacan las circunstancias de orden legal y los pronunciamientos jurisprudenciales que conceden al principio de culpabilidad innegable relevancia constitucional en las repúblicas de Venezuela y Chile, no obstante no estar consagrado expresamente en las constituciones de dichos países.

Palabras clave: Principio de culpabilidad; imprudencia; principio de la dignidad humana.

Abstract: This paper focuses on the importance of the guilt principle as a determining agent of subjective imputation due to fraud or imprudence. It also pays attention to the principle's importance in its relationship with the principles of legality and human dignity, both institutes of wide spectrum and solid anchoring in the study and elaboration of the constitutional discipline nowadays. Finally, it highlights the circumstances of legal nature and the jurisprudential pronouncements that grant the guilt principle with constitutional relevance in Venezuela and Chile, even though these are not expressly enshrined in the constitutions of the aforementioned countries.

Keywords: Guilt principle; imprudence; principle of human dignity.

Para los efectos de la determinación de la responsabilidad penal rige en la actualidad en el mundo civilizado, el principio de culpabilidad, cuya concreción escrita se verifica en la expresión latina *nulla poena sine culpa*. Conforme a este no podrá penarse a ninguna persona sin que se hubiere demostrado previamente su culpabilidad. Dicho principio tiene en la dogmática penal la extraordinaria importancia que le deviene de ser el instrumento que racionaliza y legitima la pena al establecer los límites que corresponden al Estado para determinar la responsabilidad de las personas por los delitos que cometan culpablemente, i.e., en forma dolosa o en forma imprudente; y para aplicarle las sanciones establecidas en la ley. Igualmente, la vigencia y la aplicación del principio de culpabilidad evitan, también, que el Estado, atendiendo lineamientos de política criminal, o por una irrestricta observancia del *ius puniendi*, castigue hechos que habrían resultado inevitables para el autor y por los cuales no se debe entablar ningún reproche personal, amparando también dicho principio al justiciable ante la imputación de resultados accidentales no previsibles, es decir, los que se originan como consecuencia de la ocurrencia de casos fortuitos, y aquellos en los que el autor no habría podido conocer la conminación o en los que habría actuado conforme a derecho.

La doctrina que apoya el principio de culpabilidad es abundante, llegando algunos autores a expresar que dicho principio constituye un soporte fundamental del derecho penal y de la teoría del delito. Así, Arteaga (1981, p. 14), lo caracteriza como “elemento central de la disciplina penalística, que irradia y penetra los fundamentos de la teoría jurídica del delito”.

Mir Puig (2016, p. 134), que concibe al principio culpabilístico como un elemento moderador del poder punitivo del Estado, concede una amplia cobertura

a la noción del principio de culpabilidad y cobija en la misma diferentes límites del *ius puniendi* que tienen como propósito común exigir como presupuesto de la pena “el que pueda “culpase” a quien la sufra del hecho que la motiva”.

Un amplio sector de la doctrina relaciona dicho principio con otros importantes principios consagradorios de derechos y garantías constitucionales, entre ellos, Kunsemuller (2012, p. 259), que señala que “el principio de culpabilidad es considerado un postulado fundamental inherente a la noción del Estado de Derecho social y democrático”.

Roxin (1997, p. 100), asevera que “el principio de culpabilidad es el medio más liberal y el psicológico social más propicio para la restricción de la coerción penal estatal que hasta ahora se ha encontrado”.

Hassemer, afirma que la máxima “*nula poena sine culpa* —no hay pena sin culpabilidad— es uno de los grandes lemas del moderno Derecho Penal ilustrado” (1984, p. 270).

Todas esas afirmaciones conceden una especialísima trascendencia al principio de culpabilidad. Y, por ello, para atribuírsele a una persona culpabilidad por la comisión de un hecho típico, en palabras de Feijóo (2002, p. 13), “para imputarle a alguien ese hecho como obra suya”, no basta la subsunción de tal hecho en el tipo objetivo, sino que se requiere que la materialización de ese tipo comporte una actuación voluntaria de la persona; y si la voluntad delictual solo se puede expresar dolosa o culposamente, surge de aquella aseveración una primera particularidad caracterizante del principio de culpabilidad, cual es que el injusto típico que lo active debe ser doloso o culposos.

1. El principio de culpabilidad y la dignidad humana

En su estudio sobre los principios del derecho penal, Yacobucci (2002, pp. 93-94) sostiene que los principios configuradores y materiales que permiten la creación y aplicación del derecho penal son el bien político común y la dignidad humana, que son “reflejo del más amplio marco social y político”. Con respecto al bien político común, en parecido sentido se pronuncia Marcano Salazar (2018, p. 61), para quien la convivencia social “se debe fundamentar en un consenso jurídico producto de una realidad política”. No hay que ser muy perspicaz para saber hacia dónde se enfocan las afirmaciones citadas. El bien político común, comprensivo de la convivencia social, está constituido por el conjunto de condiciones de carácter social, económico y político que coadyuvan para el logro de un mejor sistema de vida para los diversos estamentos y actores sociales, y lógico resulta suponer y admitir que, en aquellos países y sociedades que han alcanzado mayores estándares de mejora y perfeccionamiento de tales condiciones, se ha obtenido también, paralelamente, un mejor y más completo desarrollo de las disciplinas del derecho, incluida por supuesto la rama penal.

Un claro ejemplo sustentatorio de lo que pretendemos inferir de las trascritas reflexiones de los dos últimos autores citados, sea acaso la experiencia de Venezuela, que durante los cuarenta años de gobierno civil comprendidos entre 1958 y 1998, avanzó paulatina y sostenidamente en la construcción de un bien acabado sistema legal. Precisamente, el año 1998 se promulgaron, en Venezuela, el Código Orgánico Procesal Penal y la Ley Orgánica de Protección de Niños y Adolescentes; y antes, en 1982 y 1986 respectivamente, se habían reformado el Código Civil y el Código de Procedimiento Civil. El Código Orgánico Procesal Penal, informado del sistema acusatorio de enjuiciamiento penal y proveído de un moderno entramado de derechos y garantías, tanto para el imputado, acusado o condenado, como para la víctima, y el propio Estado, sustituyó el anacrónico y abusivo sistema inquisitivo, en el que destacaba un

juez que llegaba a tener amplísimos poderes sobre las vidas de los enjuiciados. En general, en el indicado período, se promulgaron diversas leyes y se derogaron muchas otras, incluso por la vía de la acción popular, con el propósito de modernizar el sistema legal. La dictadura que des gobierna actualmente en Venezuela ha desnaturalizado por completo el sistema de justicia, al punto de que en materia procesal penal, hay quien habla de un retorno al sistema inquisitivo de enjuiciamiento criminal desmontado a partir de 1998.

En lo que guarda relación con el otro ítem invocado por Yacobucci, el de la dignidad humana, no resulta fortuito que el principio de culpabilidad aparezca incorporado en los textos constitucionales más avanzados de la actualidad, o que se derive o pueda deducirse de normas previstas en ellos, y que muchos autores hagan referencia a la noción de la dignidad humana, un verdadero paradigma de la más moderna doctrina constitucional, como configuradora o inspiradora del principio de culpabilidad.

Mir Puig (2011, p. 125), que finca su afirmación en la carta política española, asevera que “[e]l principio de culpabilidad constituye una exigencia absoluta que debe encontrar su base constitucional en un principio también absoluto”, cual es el principio de la dignidad humana consagrado en el artículo 10 de la Constitución.

Por su parte, Bacigalupo (2004, p. 159), refiriéndose también a la Constitución española, señala que “[l]os fundamentos del principio de culpabilidad son el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la dignidad de la persona (art. 10.1 CE). Su jerarquía constitucional deriva de esta vinculación con las bases del orden jurídico español”.

Para Jakobs (1997, p. 365), es la jurisprudencia la que se ha ocupado de consolidar el respeto a la dignidad de la persona humana. “Por ello, el Tribunal Constitucional

Federal deriva el principio de culpabilidad no solo de los principios generales del Estado de Derecho material, sino además específicamente de la obligación de respetar la dignidad humana”, a la vez que afirma que “sin respetar el principio de culpabilidad, la pena es ilegítima... si no está limitada por el principio de culpabilidad, trata como cosa a la persona que va a ser sometida a ella”.

Parma (Parma, 1997, 70) afirma que

[l]a vigencia de un derecho penal basado en la culpabilidad por el hecho cometido, comporta el respeto a la dignidad humana y asegura a los ciudadanos que sólo serán penados por sus acciones o por sus omisiones, y nunca por razón de sus ideas, creencias, personalidad o supuesta peligrosidad, circunstancias que han sido el fundamento de los sistemas represivos y punitivos impuestos por sistemas políticos totalitarios.

Zaffaroni, Alagia y Slokar (2011, p. 139), afirman:

el principio de culpabilidad es el más importante de los que derivan en forma directa del estado de derecho, porque su violación importa el desconocimiento de la esencia del concepto de persona. Imputar un daño o un peligro para un bien jurídico, sin la previa constatación del vínculo subjetivo con el autor (o imponer una pena solo fundada en la causación) equivale a degradar al autor a una cosa causante.

La Constitución Política de la República de Chile, prácticamente en su frontis, vale decir, en su artículo primero, estatuye a la dignidad como base de la institucionalidad al considerarla conjuntamente con los derechos, en general, como los atributos para el reconocimiento de la igualdad de las personas desde su propio nacimiento, mientras que la venezolana establece el principio del respeto a la dignidad humana en el artículo 3: “el Estado venezolano tiene entre sus fines esenciales la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad”.

Noción fundamental del principio de culpabilidad, emanada precisamente de la idea del respeto a la dignidad humana, es que la pena señalada para el delito cometido esté limitada por dicho principio. Lo contrario, esto es, que la pena se impusiera en atención a propósitos de política criminal o con fines preventivos, especiales o generales, determinaría, por ejemplo, que la persona resultaría tratada como una cosa, al establecerse la pena no en concordancia con la culpabilidad, sino de acuerdo con parámetros derivados de circunstancias ajenas a ella. En palabras de Bacigalupo (2004, p. 159), “el principio de culpabilidad se propone evitar que una persona pueda ser tenida por un medio para la realización de algún fin, es decir, se propone evitar la vulneración de la dignidad de la persona”.

Además de los principios configuradores y materiales, Yacobucci distingue entre principios fundamentales y derivados (2002, p. 94), ubicando entre los primeros el de legalidad y el de culpabilidad, y entre los derivados, los de proporcionalidad, última *ratio* y ofensividad, afirmando que “los principios penales pueden identificarse también como el conjunto o sistema de valores-fines, reales o ideológicos que sirven de fundamento a un ordenamiento jurídico penal” (pp. 107-108).

El tratadista argentino, equiparando el principio de culpabilidad con el de legalidad, afirma que, si no se le reconociere, no resultaría posible en nuestros días legitimar la legislación penal, aseverando de manera general que “[l]os principios son parte fundamental del ámbito jurídico, a tal punto que sin estos no podría explicarse su funcionamiento” (Yacobucci, 2002, pp. 112-113).

Así, puede afirmarse que el principio de culpabilidad constituye, hoy día, un elemento fundamental de la disciplina penal, por cuanto constituye un instrumento legitimador de la pena, conforme al cual, con absoluto respeto de la noción de la dignidad humana, y dando

cumplimiento a todas las garantías que ofrece el Estado de derecho, luego del juzgamiento de una persona, por el hecho típico y antijurídico que dolosa o imprudentemente hubiere cometido, se le impone una pena que no puede trascender de dicha persona, y que debe guardar proporcionalidad con la gravedad del hecho por ella cometido.

No obstante esa extraordinaria importancia que ostenta, en muy pocos ordenamientos constitucionales se encuentra incorporado de manera expresa el principio de culpabilidad, aun cuando en muchos de aquellos Estados, que no lo han consagrado en sus

constituciones, constituye una garantía individual que se encuentra añadida en el catálogo de aquellos enunciados fundamentales del Estado de derecho que configuran y concretan el debido proceso y que son constitutivos de mecanismos reguladores del *ius puniendi*.

Al respecto, nos luce antonomástica la frase, citada por Jescheck (2003, p.2), del Tribunal Constitucional Federal Alemán, expuesta en sentencia de fecha 25 de octubre de 1966, en la que afirma que al principio de culpabilidad “le corresponde un rango constitucional. Su fundamento está en el mismo principio del Estado de Derecho”.

2. Origen del principio de culpabilidad

El principio de culpabilidad fue elaborado por la doctrina europea hacia finales del siglo XIX, cuando aparece como instituto proscriptor de la responsabilidad objetiva en su doble vertiente de generadora de responsabilidad colectiva y por el resultado; a la vez que como ente rector de la imputación subjetiva que va a estar informada por las especies dolo e imprudencia, que en lo sucesivo, uno u otra, serán requeridos para legitimar la adscripción de la pena, en forma personal y proporcional al daño ocasionado, en forma exclusiva y excluyente, al agente productor de ese daño, lo que va a contribuir determinadamente a la consolidación de las bases de la moderna teoría del hecho punible.

La mejor evolución del principio de culpabilidad quizás haya sido perturbada por los efectos del uso multívoco que desde tiempos antiguos se hizo del vocablo culpabilidad en el derecho penal y en muchas otras disciplinas. A este respecto, Velásquez (2009, p. 168), afirma que “es necesario separar dos conceptos que suelen ser confundidos: de un lado, se habla del *principio*

de culpabilidad o de la responsabilidad subjetiva, y, del otro, de la idea de culpabilidad como elemento dogmático integrante de la conducta punible”.

Desde el punto de vista de la disciplina penal, al vocablo culpabilidad se le pueden atribuir principalmente entonces esas dos acepciones, la primera que la instituye como componente del principio culpabilístico que, en la actualidad, constituye el dispositivo legitimador de la pena, racionalizador y, acaso, humanizador del *ius puniendi*, y determinador de la subjetivación de la imputación del hecho punible, acepción esta que es la que se desarrolla en este trabajo; y una segunda interpretación, que no será analizada aquí, que la constituye como uno de los elementos integrantes de la estructura del delito.

El principio de culpabilidad se inscribe en el marco general del pensamiento liberal ilustrado, que lo deriva del principio de legalidad con la finalidad de excluir las responsabilidades objetiva, colectiva y por el resultado.

3. Principios de derecho penal material relacionados con el principio de culpabilidad

El principio de culpabilidad está penetrado por varios principios o condiciones del derecho penal sustantivo que viabilizan o niegan la posibilidad de penalizar a alguien por la comisión de un hecho determinado, es decir, patentizan o descartan la presencia de la culpabilidad; e igualmente mantiene cercanas relaciones con los derechos constitucional y procesal penal.

De seguidas, se explica la relación del principio culpabilístico con algunos otros principios del derecho penal.

3.1 Principio de realización del hecho con dolo o con culpa

Una exigencia fundamental del principio de culpabilidad para que se pueda imponer una pena es que el hecho se pueda imputar subjetivamente a la persona que lo ha cometido, es decir, que el hecho típico y antijurídico realizado por esa persona, haya sido cometido con dolo o por imprudencia. A decir de Mir Puig (1995, p. 106), “[n]o basta requerir que el hecho sea materialmente causado por el sujeto para que pueda hacérsele responsable de él; es preciso además que el hecho haya sido querido (doloso) o se haya debido a imprudencia”. El artículo 5 del Código Penal español establece expresamente que no se pueden aplicar penas si no hay dolo o imprudencia en el hecho que las motiva, dispositivo legal este que es uno de los que vivifica el principio de culpabilidad en la legislación española ante su ausencia de previsión expresa en el texto constitucional.

Ortiz y Arévalo (2013, p. 64), aseveran que

[c]onforme al Principio de Culpabilidad, entonces, quedan excluidas del campo de la punición las conductas que, no obstante satisfacer las exigencias objetivas de un tipo penal y ser antijurídicas, son cometidas sin dolo o culpa, esto es, sin una vinculación subjetiva entre el autor y el hecho. En otras palabras, el Principio de Culpabilidad se opone frontalmente con la noción de responsabilidad objetiva.

Al respecto de la imputación subjetiva, Ferrajoli (1998, p. 490) señala que:

es oportuno precisar, aunque sea sumariamente, el significado jurídico del concepto de culpabilidad, tal como ha sido elaborado por la moderna dogmática penal. Sin adentrarnos en la discusión de las innumerables opiniones y construcciones sobre la materia, me parece que esta noción —que corresponde a la alemana de *Schuld* y a la anglosajona de *mens rea*— puede descomponerse en tres elementos, que constituyen otras tantas condiciones subjetivas de responsabilidad en el modelo penal garantista: (*omissis*)...c) la intencionalidad o culpabilidad en sentido estricto, que designa la consciencia y voluntad del concreto delito y que, a su vez, puede asumir la forma de dolo o de culpa, según la intención vaya referida a la acción o resultado o sólo a la acción y no al resultado, no querido ni previsto aunque sí previsible.

Kunsemuller (2012, p. 268) afirma que

[a] partir de la definición del delito como acción humana, dotada de ciertas cualidades o características, es opinión dominante en nuestro medio doctrinario que la culpabilidad y, por ende, la responsabilidad criminal solo pueden vincularse a un acto concreto, típico y antijurídico, realizado culpablemente.

Es decir, realizado con dolo o con imprudencia.

Son diversos los motivos justificantes de la utilización de la imputación subjetiva como entidad insoslayable en la apreciación de los hechos punibles. Básico es el que atiende a la consideración de las razones orientadoras de la conducta del agente, si bien en determinadas situaciones estas pueden constituir circunstancias eximentes o justificantes de la acción que ha concretado un hecho típico y antijurídico.

Otra razón importante es la que se refiere a la correlación existente entre la pena y el hecho punible,

entendiendo que la primera, según el criterio de Van Weezel (2011, p. 23), “es portadora y a la vez realizadora de un *sentido* que conecta con la *expresión de sentido* que, por su parte, constituye el delito”.

Por aplicación del principio de culpabilidad, la imputación subjetiva, conformada por el dolo o por la imprudencia, es uno de los fundamentales elementos que, necesariamente, debe concurrir en el *iter* que conduce al establecimiento de la pena, y consecuentemente a su aplicación. Es tal la importancia de la imputación subjetiva que solo cuando ella pueda adosarse integralmente a un hecho típicamente antijurídico podrá juzgarse y condenarse a alguien por la realización de ese hecho, es decir, que la imposibilidad de imputación subjetiva, vale decir, la ausencia de dolo o culpa en la comisión del hecho, ocasionará que se concrete y declare la no punibilidad de un hecho típico y antijurídico, lo que permite afirmar que el principio de culpabilidad, *nullum poena, sine culpa*, es el ente rector de la imputación subjetiva por dolo o por imprudencia.

3.2 Principio de proporcionalidad

La pena aplicable al individuo comisor del hecho que la motiva, debe ser proporcional a ese hecho, lo que supone que la culpabilidad no podrá en ningún caso ser excedida por conclusiones o normativas fundadas en lineamientos de política criminal o en razonamientos o leyes de prevención, general o especial, o en general por cualesquiera otros propósitos o fines que puedan tender a cosificar al ser humano.

Ortiz y Arévalo (2013, p. 65), señalan que “[e]l Principio de Culpabilidad lleva implícito otro elemento que es la *proporcionalidad*, que importa que toda pena deba fundarse en la culpabilidad del autor sin poder excederla, caso en el cual nos encontramos frente a un problema de legitimidad”.

Según Cury Urzúa (2009, pp. 390-391), además de ser el fundamento de la imposición de la pena, la culpabilidad contiene también el criterio determinante de su magnitud y así, “[l]a culpabilidad es la medida de la pena”. Este autor formula una interesante exposición respecto de las circunstancias de índole objetiva, y otros factores que inciden en la situación específica,

que conforme al Código Penal chileno se constituyen en atenuantes o agravantes de la responsabilidad y concluye manifestando que “la medida de la pena es determinada por la de la culpabilidad, que, parcialmente, depende de la del injusto, pero es, además, derivada de otros factores, cuya mayor o menor incidencia es muy variable según las circunstancias”.

Bacigalupo (2004, p. 160) atribuye una doble incidencia al principio de culpabilidad en el sistema de responsabilidad penal, afirmando que, así como determina la procedencia de la pena, es decir, el sí de la pena, determina también la cantidad de la pena aplicable, es decir, el *cuánto* de la misma. Dicho con sus palabras: “solo es punible el autor, si ha obrado culpablemente; la gravedad de la pena que se le aplique debe ser equivalente a su culpabilidad”.

Por su parte, Roxín (1997, p. 99), cuando analiza las teorías de la pena, expresa que “a pesar de la renuncia a toda retribución, un elemento decisivo en la teoría de la retribución que debe pasar a formar parte también de la teoría preventiva mixta: el principio de culpabilidad como medio de limitación de la pena”, esto es, que lo que se pretende es que la gravedad de la pena que deba imponerse por un delito nunca supere la gravedad de la culpabilidad desplegada en la comisión de ese delito, aun cuando necesidades de carácter preventivo, generales o especiales pudieran justificar que ello ocurriera.

Así, la culpabilidad deviene un instrumento no solo legitimador de la aplicación de la pena, sino también de su cuantificación, independientemente de que políticas de prevención, generales o especiales, o planes de política criminal, pretendieran sugerir la ampliación de la punibilidad.

La medida de la culpabilidad de la persona autora de un delito determinará, en consecuencia, la magnitud de la pena que le sería aplicable, y esa correspondencia entre la culpabilidad y la pena, como afirma Parma (1997, p. 20), “constituye el límite infranqueable de la potestad punitiva del Estado”.

Vargas y Guerra (2014) cuando explican las razones por las que procede aplicar una pena por la comisión de

un delito conceden lugar prioritario a la proporcionalidad, al establecer que “[l]a primera explicación para la imposición de una sanción tan grave como la pena está justamente en la misma gravedad del delito, la lesividad de la conducta lleva a la aplicación de una sanción igualmente dura” (pp. 12-13), y advierten que, entonces, la relación entre delito y pena aparece en términos de proporcionalidad:

[e]l merecimiento de pena surge con la comisión de un delito y obedece a la idea de retribución que rescata la proporcionalidad en sentido estricto, es decir: pena relacionada con la magnitud de la conducta injusta y la culpabilidad del agente (pp. 12-13).

La gravedad de la culpabilidad determina el máximo de la pena, pero esta situación es susceptible de invertirse cuando, con fundamento en políticas preventivas, la pena se impone por debajo del límite que se hubiese establecido a partir de la valoración de la culpabilidad.

Al respecto, Roxin (1997, p. 100), afirma que:

no hay objeción alguna contra una pena cuya cuantía se quede por debajo de la medida de la culpabilidad. Ciertamente la pena no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad, pero puede no alcanzarla siempre que eso lo permita su fin preventivo.

De parecida manera, Bacigalupo (1999, P. 163), luego también de examinar las diferentes teorías sobre la pena, expone:

[l]a gravedad de la culpabilidad determina el límite máximo de la pena, pero no obliga —como en la concepción de Kant— a la aplicación de la pena adecuada a la culpabilidad. Por debajo de este límite, es posible observar exigencias preventivas que inclusive pueden determinar una reducción de la pena adecuada a la culpabilidad. Dicho de otra manera, la retribución de la culpabilidad, que proviene de las teorías absolutas, solo determina el límite máximo de la pena aplicable al autor, sin excluir la posibilidad de dar cabida a las necesidades preventivas hasta el límite fijado por la culpabilidad.

De lo expuesto se deduce que si bien por razones de naturaleza preventiva nunca se podrá imponer una pena superior a la culpabilidad por el hecho, sí pueden, contrariamente, razones de tal índole determinar la suspensión de la pena y la sustitución de penas privativas de libertad por otras con un contenido aflictivo de menor entidad.

Es la consagración de los llamados equivalentes funcionales, es decir, instituciones penales materiales o procesales que posibilitan la morigeración del *ius puniendi* cuando se hacen presentes circunstancias que desvirtúan la necesidad de la pena, en cuyo caso el conflicto se soluciona sin pena o con una pena más benigna que la que realmente correspondería.

El principio culpabilístico está íntimamente ligado con las nociones de justicia y de dignidad de la persona humana y, con fundamento en esa relación, el Estado decide si pena o no, según que la pena resulte o no necesaria para los efectos de los cánones normativos sociales.

De este modo, también la pena se orienta al valor justicia, toda vez que una pena innecesaria, una pena que no cumpla función alguna, deviene en una pena injusta. De acuerdo con todo lo anterior, de existir equivalentes funcionales para la solución del conflicto, la pena no será necesaria.

Ortiz y Arévalo (2013, p. 80), citan una acertada expresión de Mapelli Caffarena y Terradillos Basoco, que ahora nos permitimos asentar aquí: “la pena más cruel no es la más grave, sino la más inútil” y, conforme a lo expuesto en párrafos anteriores, también podríamos considerar como una pena cruel aquella que se impone innecesariamente, por existir instituciones sustitutivas de ella que podrían válidamente cumplir su misma función con respeto de los requerimientos legales y sociales.

Lo expuesto determina la injustificabilidad de la posibilidad del aumento de la pena en relación con la gravedad de la culpabilidad del autor por el injusto realizado, pero no su consideración y aplicación en menor medida, cuando ello derive de razones de naturaleza

preventiva, o de planes de política criminal, que pudieran recomendar hasta la inaplicación de la pena. Al respecto, en materia procesal, considérense las Alternativas a la Prosecución del Proceso, establecidas en el Libro Primero, Capítulo III del Código Orgánico Procesal Penal venezolano, y el principio de oportunidad consagrado en el artículo 170 del Código Procesal Penal chileno.

Al respecto de la proporcionalidad, el Tribunal Constitucional chileno, en sentencia N° rol 2983-16 de 13 de diciembre de 2016, estableció:

Sin embargo, en el marco del principio de proporcionalidad, la disposición que suspende la aplicación de las penas sustitutivas de privación de libertad por un año —contenida en el artículo 196 ter respecto de la cual se declaró la inaplicabilidad por inconstitucionalidad— resulta, que constituye una medida punitiva desproporcionada e inequitativa respecto a los condenados, incluso en delitos de mayor gravedad. También es contraria al principio de proporcionalidad, la suspensión de la aplicación de penas sustitutivas de penas privativas de libertad, pues resulta inidónea para cumplir los fines de reinserción social que tiene toda pena. Bajo la impronta de los principios informadores del sistema de penas en nuestro ordenamiento jurídico, cuatro principios lo conforman: el de legalidad, el de proporcionalidad, el de resocialización y el de humanización. Desde luego el de proporcionalidad, que se vincula con la exigencia de que la dignidad de la persona humana y los derechos que le son inherentes constituyan el fundamento del orden político y social de la nación, la cual nos lleva a sostener que la pena que se imponga deba ser la más idónea para cumplir con los fines de la prevención del delito. La idoneidad no sólo nos obliga a elegir dentro del catálogo de penas aquella que resulte la más adecuada, sino que también debe resolver la conveniencia de que intervengan otros órdenes sancionatorios menos gravosos que el penalizador. Es por eso que el Derecho Penal se rige por los de subsidiariedad y fragmentariedad, en virtud de los cuales éste es desplazado a favor de otros medios de control social, reservándose su intervención como

“ultima ratio”. Además, la proporcionalidad se rige por el subprincipio de necesidad: una vez convencido el sentenciador de que la pena es la más idónea, debe imponerla con criterio de estricta necesidad para alcanzar fines preventivos. Y, por último, el principio de proporcionalidad en sentido estricto, procura que las consecuencias jurídicas del delito guarden equivalencia con la gravedad y dañosidad del injusto cometido.

3.3 Principio de imputación personal o principio de culpabilidad en sentido estricto

Para que pueda considerársele culpable de la comisión del hecho típico y antijurídico, cometido en forma dolosa o culposa, el comisor ha debido realizarlo en forma libre y normal: afirma Mir Puig (1995, p. 106), “como producto de una motivación racional normal”, lo que no se verifica cuando el hecho es cometido por un inimputable, v.gr., un menor de edad o un enfermo mental, circunstancialidad que Ferrajoli (1998, p. 490) a su vez califica como “una condición psico-física del reo, consistente en su capacidad, en abstracto, de entender y querer”.

A este respecto, Kunsemuller (2012, p. 261) afirma que “[e]l sujeto debe ser imputable, esto es, tener capacidad para comprender y querer la acción antijurídica”.

De manera general, se afirma que la imputabilidad configura la capacidad de culpabilidad. Y, si esta, la culpabilidad, es el conjunto de condiciones que posibilitan y fundamentan la reprochabilidad personal y, además, debe ser libre, y en el sentido que afirma Mir, realizada por un ser racional normal, necesariamente debemos concluir, entonces, que para poder reprochar un hecho a una persona, esta deberá encontrarse habilitada para desenvolverse conforme a los lineamientos que el Estado ha establecido con el propósito de lograr que la convivencia social fluya de forma racional y civilizada. Esto es, que en esa persona deben concurrir un conjunto de condiciones legales y psíquicas que la capaciten para comprender lo que hace y para que actúe conforme a los lineamientos sociales o, lo que es lo mismo, que

esa persona esté en plena libertad de sus facultades y capacidades legales y mentales, de forma tal que pueda comprender y responsabilizarse por sus actuaciones.

Las personas en quienes no concurren las condiciones señaladas en el párrafo anterior son los inimputables, es decir, aquellos que no han alcanzado la mayoría o sufren de alguna enfermedad mental.

La persona que es inimputable podría incurrir en la comisión de algún hecho penalizado por la ley y, al no depender la realización de ese hecho de su voluntad, por virtud de su incapacidad legal o mental, no le puede ser imputado.

3.4 Principio de la responsabilidad por el hecho

La culpabilidad no puede fundarse en algún defecto de carácter ni puede determinarse por la conducción de vida, por la forma de ser o por la personalidad, sino que debe encontrarse vinculada a un hecho, esto es, que debe determinarse por el hecho cometido, negándose así la realización de un juicio sobre la vida del autor, quien solo podrá ser juzgado por el hecho que ha cometido, que es lo que interesa para los efectos de la determinación de la culpabilidad. Al respecto, expresa Bacigalupo (1999, p. 160):

[l]a *esencia de la culpabilidad* no reside en el carácter del autor, ni en la conducta de su vida, sino en la posibilidad de haber actuado de otra manera en el caso concreto (culpabilidad por el hecho). En este sentido dice la STC 150/91 que “la CE (Constitución española) consagra sin duda un principio estructural básico del Derecho penal de manera que no sería legítimo un Derecho penal de autor, que determinara las penas en atención a la personalidad del reo y no según la culpabilidad de éste en la comisión de los hechos”. De estas consideraciones de la STC 150/91 se deduce que si la culpabilidad tiene estos efectos en relación a la determinación de la pena, es porque, implícitamente, se la reconoce también como un presupuesto de la pena, es decir, como una condición de responsabilidad penal.

La culpabilidad se fundamenta en el hecho del autor. La conducta humana es la que determina la concreción del delito, rigiendo, en consecuencia, la culpabilidad del hecho sobre la culpabilidad del autor, pues según Balmaceda (2016, p. 214), esta última “resulta ser incompatible con la serie de garantías y principios que rigen al Derecho penal dentro de un contexto de un Estado de Derecho”, por cuanto resulta contraria de elementales principios constitucionales concebidos para la mejor protección del justiciable ante el inmenso poder que comporta la potestad punitiva del Estado.

Jescheck (1978, p. 17) afirma que “[e]l principio de culpabilidad significa que la pena criminal solo puede fundamentarse en la comprobación de que el hecho puede serle reprochado al autor”.

Kunsemuller (2012), por su parte, explica que:

[a] partir de la definición del delito como acción humana, dotada de ciertas cualidades o características, es opinión dominante en nuestro medio doctrinario que la culpabilidad, y por ende, la responsabilidad criminal solo pueden vincularse a un acto concreto, típico y antijurídico, realizado culpablemente... La reacción penal solo puede responder a lo que el sujeto ha hecho, no a como es (p. 268).

Para Velásquez (2009, p. 138),

el suceso acriminable no está constituido por un acto interno de la psique sino por un acontecimiento en el mundo de la naturaleza referido a un actuar del hombre; el comportamiento punible, gracias a esta conquista de la especie humana, se traduce en una *exterioridad*, lo que permite al derecho represivo castigar a los hombres solo por lo verdaderamente realizado y no por lo pensado, deseado o propuesto.

Esto es, que la vigencia de un derecho penal de culpabilidad por el hecho comporta el desaparecimiento de la posibilidad de castigo a los seres humanos por sus ideas o por su peligrosidad, descarta la culpabilidad

por la personalidad o por el autor, y funda la posibilidad de punición solo en la comisión delictual por acción u omisión, garantizando respeto pleno a la dignidad humana y a otros postulados fundamentales del Estado constitucional de derecho y de justicia.

Kunsemuller (2012, p. 268), respecto de este tema, afirma: “[l]a única fuente generadora de la responsabilidad penal y de la pena es la acción u omisión del hombre, el comportamiento específico tipificado como hecho punible. En otras palabras, el Derecho Penal es *de acto, no de autor...*”.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, en sentencia No. 1744 de fecha 9 de agosto de 2007, estableció:

En el caso *sub lite*, el mencionado principio se ve afectado en una de sus específicas manifestaciones, a saber, en el principio de responsabilidad por el hecho, en virtud del cual sólo se puede responder por hechos y no por caracteres personales o por formas de ser supuestamente peligrosas.

En conclusión, la culpabilidad se determina por el hecho realizado por una persona, y no por las características de personalidad o peligrosidad, conducta, ideas o creencias de esa persona.

3.5. Principio de la personalidad de la pena

La Convención Americana de Derechos Humanos, o Pacto de San José, en su artículo 5, que denomina Derecho a la Integridad Personal, en el número 3, establece: “[l]a pena no puede trascender de la persona del delincuente”. Esta importante norma de la legislación americana, es copiada casi a la letra por la Constitución venezolana, que en el artículo 44.3, establece que “[l]a pena no puede trascender de la persona condenada”. Así garantizan las citadas normas que ninguna persona podrá ser condenada por la comisión de un hecho punible en el que no hubiere participado de alguna de las formas que establece la ley, es decir, como autor, cómplice o encubridor o, en general, a través de alguna otra figura que la ley prevea como punible. Esta regla proscribía la responsabilidad colectiva o tribal que rigió en

algunos pueblos antiguos, conforme a la cual, la víctima o sus familiares, con ánimo vindicante, podían escoger, entre el propio autor del hecho o entre algunos de sus familiares o allegados, para resarcirse del daño que se les había infligido.

Ortiz y Arévalo (2013) afirman que el principio de personalidad de las penas,

no es sino una emanación del Principio de Culpabilidad que ilumina los diversos ordenamientos jurídicos: la ley penal no sanciona solo un injusto típico sino que lo hace una vez acreditada la culpabilidad personal de quien ha ejecutado la conducta punible. Solo a esta persona podrá reprochársele por el delito... Dentro de nuestro ordenamiento jurídico existen algunas disposiciones que dejan en claro la aplicación de este principio. Desde luego, los arts. 14 y siguientes del CP declaran quienes son penalmente responsables, haciendo referencia a los autores (art. 15), cómplices (art. 16) y encubridores (art. 17), sin que exista la posibilidad de sancionar penalmente a una persona que no haya intervenido en alguna de estas calidades en la ejecución de un delito (p. 88).

En las legislaciones modernas, la responsabilidad colectiva no tiene cabida. Ninguna persona puede ser responsabilizada por un hecho ajeno, no puede culpabilizarse a nadie por un hecho que hubiere sido cometido por otra persona. Zaffaroni, Alagia y Slokar sostienen que:

no es verdad que los datos subjetivos permitan medir el grado de evolución de un derecho penal ni que la imputación por el resultado se asocie a sociedades tribales, pues si bien en ellas la gravedad del conflicto se medía por las consecuencias, ello se debía a que la sanción tenía carácter reparador, privilegiaba la satisfacción de la víctima por sobre la idea de castigo de la voluntad o la negligencia del autor (2011, p.140).

Es decir, que independientemente de que en otras épocas hubiese tenido lugar dicha práctica, es lo cierto que la misma no tiene aceptación en el derecho penal moderno.

4. Proscripción de la responsabilidad objetiva

El derecho penal moderno no admite la responsabilidad penal por el resultado o responsabilidad objetiva. El criterio para seguir es, entonces, que la responsabilidad penal solo puede atribuirse, en forma exclusiva, a quien realiza una conducta típica y antijurídica, dolosa o imprudentemente. La responsabilidad objetiva se sostuvo durante mucho tiempo al amparo del *versari in re illicita*, que Zaffaroni, Alagia y Slokar (2011, P. 141), enuncian como que “quien quiso la causa quiso el efecto”, y que ellos mismos afirman que “es la manifestación en sede jurídico penal de la responsabilidad objetiva que, si bien debe ser rechazada en cualquier rama del saber jurídico, con mayor razón deber serlo en la del derecho penal”.

Conforme al *versari in re illicita*, la persona que en cualquier circunstancia cometía un determinado hecho era considerada responsable de todas las consecuencias derivadas de ese hecho queridas o no por el comisor. La doctrina derivada del *versari* solo tiene aplicación en la actualidad en la conformación de los llamados delitos calificados, o cualificados, por el resultado. Ortiz y Arévalo (2013, p. 68) ponen el ejemplo del individuo que roba un vehículo y durante la fuga atropella a un peatón, afirmando que, si este muere, el conductor debería ser sancionado a título de homicidio doloso, sin necesidad de que se entre a analizar la presencia de dolo o culpa en su actuar. La doctrina mayoritaria se manifiesta por la eliminación de este tipo de delitos en razón de la afectación que hacen del principio de culpabilidad.

5. Fundamentos constitucionales y legales del principio de culpabilidad en Chile

Constituciones como las de España, Alemania y Argentina no prevén expresamente el principio de culpabilidad, “razón por la cual ha sido un esfuerzo, principalmente de los tribunales de justicia, encontrar su fuente en las normas fundamentales” (Ferrer, 2015, p. 25). El Tribunal Constitucional español¹ lo ha consagrado “como principio estructural básico del Derecho penal... por derivación de la dignidad de la persona”. Lo mismo ocurre en la República Argentina (Parma, 1997, p. 70), donde la doctrina y la jurisprudencia consideran también

al principio de culpabilidad como un elemento estructural del sistema de derecho penal argentino.

Las interpretaciones española y argentina que concretan el principio de culpabilidad se ajustan a la idea básica actual de dicho principio, la cual se manifiesta en las exigencias de que ante la comisión de un hecho típico y antijurídico, solo su autor pueda ser responsabilizado, siempre que lo hubiere cometido con dolo o con imprudencia.

¹ STC 59/2008, de 14 de mayo de 2008. Fundamento jurídico 11.B

Cierto es que “la Constitución española consagra sin duda el principio de culpabilidad como principio estructural básico del Derecho penal” (STC 150/1991, de 4 de julio, FJ 4 a); también SSTC 44/1987, de 9 de abril, FJ 2; 150/1989, de 25 de septiembre, FJ 3; 246/1991, de 19 de diciembre, FJ 2) como derivación de la dignidad de la persona (STC 150/1991, FJ 4 b)), y que ello comporta que la responsabilidad penal es personal, por los hechos y subjetiva: que sólo cabe imponer una pena al autor del delito por la comisión del mismo en el uso de su autonomía personal. La pena solo puede “imponerse al sujeto responsable del ilícito penal” (STC 92/1997, de 8 de mayo, FJ 3; también, STC 146/1994, de 12 de mayo, FJ 4 b)); “no sería constitucionalmente legítimo un derecho penal “de autor” que determinara las penas en atención a la personalidad del reo y no según la culpabilidad de éste en la comisión de los hechos” (STC 150/1991, FJ 4 a)); y no cabe “la imposición de sanciones por el mero resultado y sin atender a la conducta diligente” del sujeto sancionado, a si concurría “dolo, culpa o negligencia grave y culpa o negligencia leve o simple negligencia” (SSTC 76/1990, de 26 de abril, FJ 4 a); 164/2005, de 20 de junio, FJ 6), al “elemento subjetivo de la culpa” (STC 246/1991, de 19 de diciembre, FJ

La Constitución Política de Chile, tampoco consagra de forma expresa el principio de culpabilidad, pero la jurisprudencia es diáfana en el reconocimiento de su existencia y, al respecto, la Sala Segunda de la excelentísima Corte Suprema de Chile, en la Causa N° 3613/2000 (Casación), dictó en fecha 12 de julio de 2001, la Resolución N° 10567, en la que dejó establecido:

El principio de culpabilidad se encuentra consagrado en nuestra Carta Fundamental, pues al señalar en el artículo 19 N° 3 inciso 6 que “la ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal”, permite sustentar, al menos parcialmente, el antedicho principio de culpabilidad, pues ésta se inserta en aquella. Cuando la C.P.R. de 1980 prohíbe presumir de derecho la responsabilidad penal, indirectamente está afirmando el principio de culpabilidad contenido en el concepto de responsabilidad penal. Para que haya responsabilidad penal, debe hallarse plenamente establecida la culpabilidad, uno de sus constituyentes básicos.

Por su parte, el Tribunal Constitucional de la República de Chile, en Sentencia N° Rol 3185-16 de 27 de marzo de 2017, dejó sentado:

Que, asimismo, sobre la culpabilidad éste órgano se ha pronunciado de manera reiterada en orden a qué significa, al expresar: “DECIMOQUINTO: Que, siendo el principio de culpabilidad uno de los principios fundamentales del Derecho Penal y constituyendo una exigencia absoluta que debe encontrar su correspondiente base constitucional, en el artículo 19, N° 3.o, de la Carta Fundamental, al decir que “la ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal”, está consolidando el principio de “dignidad humana”, en la medida que, en un sentido amplio, bajo la expresión “Principio de Culpabilidad” pueden incluirse diferentes límites del ius puniendi, que tienen de común exigir, como presupuestos de la pena, que pueda “culpase” a quien la sufra del hecho que la motiva.

Ortiz y Arévalo (2013) (pp. 64-65) encuentran en la Constitución Política de Chile y en los Códigos Penal y Procesal Penal chilenos, diversas normas que señalan como relacionadas con el principio de culpabilidad. Así, destacan lo establecido en el encabezamiento del artículo 1.º constitucional, que consagra que “[l]as personas nacen libres e iguales en dignidad y derecho”, rescatando que la inclusión del principio de dignidad

corresponde a una clara alusión a la culpabilidad, si se considera que ésta importa un trato respetuoso por la dignidad humana, en el sentido de excluir toda posibilidad de castigo punitivo sin que concurren los elementos en que la culpabilidad se funda.

Aluden también los autores citados al artículo 19, N° 3, inciso 6, que prohíbe que la responsabilidad penal pueda ser presumida de derecho, afirmando que dicha norma se encuentra referida a la culpabilidad, por cuanto “la responsabilidad criminal solo podrá imponerse respecto de la persona que habiendo ejecutado un injusto típico sea culpable del mismo, en el entendido de que la culpabilidad, como categoría dogmática, se traduce en la exigencia de dolo o culpa”, elementos estos últimos, el dolo y la culpa, que conforme a la división que hace el artículo 2 del Código Penal chileno, constituyen las formas de aparición del delito en esta legislación.

Kunsemuller (2003) destaca la ausencia del principio culpabilístico en el Código Penal, pero coincide con los planteamientos formulados en párrafos anteriores en cuanto a su presencia en el texto constitucional, al afirmar que

[l]a mayoría de los comentaristas no reconoce un compromiso expreso del Código Punitivo con el principio culpabilístico y se lamenta, precisamente, de las regulaciones anormales que contienen su vulneración. No obstante, la apreciación varía al analizar la cuestión desde el prisma que brinda la Carta Fundamental de 1980, de cuyos principios y garantías, un sector importante de la doctrina concibe en el más alto rango la consagración del “nulla poena sine culpa” (p. 1084).

Por su parte, el texto expuesto en el artículo 19, N° 3, inciso 8, si bien constituye el enunciado universal del principio de legalidad de los delitos y de las penas, individualiza la aplicación de la pena en la forma que exige el principio culpabilístico para que la pena no trascienda de la persona que resulte condenada, lo que significa que ningún familiar o allegado de la persona condenada podrá ser castigada por virtud de la señalada relación de parentesco o de amistad, circunstancia respecto de la cual Zaffaroni, Alagia y Slokar (2011, p. 140) afirman:

no es cierto que su violación se limite a ordenamientos penales primitivos, pues se lo ha violado en todas las épocas, particularmente en totalitarismos y autoritarismos, al vincular automáticamente un mal social con la sola pertenencia a un grupo, organización, religión, etnia, ideología, etc., y se lo sigue violando en la actualidad de diversas maneras.

Por ello, no resulta temerario advertir en el enunciado universal del principio de legalidad de los delitos y de las penas, la función de individualización de la pena que conlleva el principio de culpabilidad. Por supuesto, la apreciación expuesta reivindica la íntima relación de los principios de legalidad y de culpabilidad, este último adosado al primero, y a las nociones de dignidad y respeto a la persona humana, en aquellos ordenamientos constitucionales en los que no tiene previsión expresa.

En materia legal, el Código Penal, en su artículo 1, establece la presunción *iuris tantum* de la voluntariedad

del hecho constitutivo de delito, mientras que del artículo 2 se puede inferir apropiadamente que los delitos pueden ser dolosos y culposos, lo que guarda estricta relación con la exigencia dogmática de que la culpabilidad solo pueda ser declarada respecto de una persona que ha cometido un hecho punible culpablemente, esto es, en forma dolosa o en forma imprudente.

De igual manera debe ser considerada directamente relacionada con el principio de culpabilidad la norma prevista en el artículo 4 del Código Procesal Penal consagratoria de la presunción de inocencia, así como la previsión contenida en el artículo 340 *eiusdem*, que exige que el tribunal que debiere pronunciarse sobre la responsabilidad penal de una persona acusada de delito, más allá de toda duda razonable, hubiere adquirido la plena convicción, así de la comisión del hecho perseguido como de la participación culpable del acusado.

Otro rasgo que patentiza la presencia del principio de culpabilidad en la legislación chilena, es el que concreta la proscripción de la responsabilidad colectiva fácilmente colegible de las disposiciones previstas en los artículos 14 al 17 del Código Penal, en el primero de los cuales se establece quiénes son responsables criminalmente de los delitos, señalándose en los artículos siguientes las formas de participación que recaen en los autores, en los cómplices y en los encubridores, descartándose por supuesto la penalidad para quienes no participen de esas formas en el hecho.

6. Fundamentos constitucionales y legales del principio de culpabilidad en Venezuela

Como quedó establecido, la más moderna concepción del principio de culpabilidad se manifiesta en la expresión de que ninguna persona puede ser condenada por un hecho cometido por otra persona o por un hecho cometido sin dolo o sin imprudencia, además también del descarte que hace dicho principio de la responsabilidad objetiva o por el resultado.

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, sí consagra el principio de culpabilidad en forma expresa en relación a la prohibición de juzgar y penar a una persona por un hecho cometido por otro individuo. En efecto, el artículo 44.3 del texto fundamental venezolano, establece en su Artículo 44.3: “La pena no puede trascender de la persona condenada”.

Lo expuesto patentiza la proscripción absoluta en Venezuela de la responsabilidad colectiva, es decir, que solo el comisor del hecho resultará condenado, y nunca lo serán sus familiares o allegados, por virtud de la relación parental o amistosa que los unieren con aquel, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiera corresponder a otras personas con motivo de su participación en el hecho.

En lo que respecta a la ausencia de reconocimiento expreso del segundo supuesto que conforma lo que nos hemos permitido denominar como la idea básica actual del principio de culpabilidad, i.e., que ninguna persona pueda resultar condenada por un hecho cometido sin dolo o sin imprudencia, y a la falta también de reconocimiento expreso del propio principio de culpabilidad, el mismo, como acertadamente concluye el autor español Jaén Vallejo (1999, pp. 42-43), tras analizar la jurisprudencia española, “debe extraerse de la jurisprudencia y de otras normas constitucionales que valen al efecto”. Y continúa:

[E]ntre las diversas fuentes de la formulación legal del principio de culpabilidad, concurren los fallos del Tribunal Constitucional alemán a partir de los años cincuenta, las decisiones del Tribunal Constitucional español y también del Supremo, y los conceptos de dignidad humana, justicia y libre desarrollo de la personalidad que se integran en la noción de Estado de Derecho.

De igual manera se expresa Bacigalupo (2002), quien afirma que:

es evidente que existen tres puntos de apoyo indudables en la Constitución española que fundamentan el rango constitucional del principio de culpabilidad: en primer lugar, la Justicia, considerada como valor superior del orden jurídico; en segundo lugar, la dignidad de la persona, considerada como fundamento del orden político; y en tercer lugar, el libre desarrollo de la personalidad, considerado también como fundamento del orden político (p. 99).

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, en la sentencia No. 1744 de fecha 9 de agosto de 2007, estableció:

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela recoge en su texto sin duda alguna el principio de culpabilidad, pero no se trata de una recepción expresa, sino inferida de otros valores, principios y derechos. Para ello, hay que atender fundamentalmente al carácter democrático del modelo de Estado venezolano delineado en el artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, cuyos fundamentos filosóficos radican en la dignidad del ser humano, la igualdad real de los hombres y la facultad de éstos de participar en la vida social. El sustrato de dicho principio también puede deducirse del contenido del artículo 21 en sus numerales 1 y 2, del artículo 44.3, del artículo 46 en sus numerales 1 y 2, y del artículo 49.2 del Texto Constitucional. De igual forma, cabe señalar que el principio de culpabilidad se encuentra consustancialmente vinculado con el principio de legalidad, el cual también se desprende del modelo de Estado delineado en la mencionada norma constitucional.

Posteriormente, la misma Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en la sentencia No. 490, de fecha 12 de abril de 2011, haciendo referencia a la sentencia citada en el párrafo anterior, dejó establecido:

Así pues, la Sala reconoció en esa decisión el rango constitucional del principio de culpabilidad, el cual abarca, entre otros, el principio de responsabilidad por dolo o culpa exclusivamente, así como también su estrecha vinculación con el principio de legalidad.

Los conceptos de justicia, dignidad de la persona humana y libre desarrollo de la personalidad se hallan también presentes en diferentes disposiciones de la carta magna venezolana, y tal como expresan Jaén y Bacigalupo, tales conceptos vivifican el principio de culpabilidad.

En efecto, el artículo 2 de la carta fundamental venezolana, consagra que Venezuela, como Estado democrático y social de derecho y de justicia, propugna entre otros valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la justicia y la preeminencia de los derechos humanos, valores estos que resultan inescindibles de la más justa interpretación y aplicación

de la ley para la determinación de la pena, y resulta estrictamente necesario, sobre la base de tales valores que, en el caso específico de la adecuación de la actuación de un ser humano a un supuesto fáctico legalmente punibilizado, se requiera además que tal hecho pueda ser atribuido subjetivamente a quien lo realizó.

Por su parte, el artículo 3 de la Constitución venezolana, refiere que el Estado venezolano tiene entre sus fines esenciales la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad, lo que conlleva que sea tratada como tal persona y no como cosa o como un medio para la realización de fines ajenos a ella.

El principio de culpabilidad tiene también una importante base de sustentación en el artículo 19 constitucional consagratorio de la obligación para el Estado de garantizar a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos. De ello resulta obligatorio su respeto y garantía por los órganos del Poder Público, en atención a la Constitución, a los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la república, y a las leyes que los desarrollen, norma que conjuntamente con los artículos 23 –consagratorio de la validez supra constitucional de los Acuerdos, Convenios y Tratados sobre Derechos Humanos suscritos y ratificados por la república– y 26, que establece la tutela judicial efectiva que se brinda a los habitantes de la república en los juicios en los que se dilucidan su responsabilidad penal o la determinación de sus derechos, todas esas normas blindadas con la coraza protectora del artículo 257, que estatuye el proceso como un instrumento fundamental para la realización de la justicia.

El principio de culpabilidad guarda una estrechísima relación con las indicadas normas constitucionales, consagratorias todas del respeto a la dignidad de la persona humana, y se encuentra también íntimamente relacionado con el Estado de derecho y de justicia. Pero no cabe duda en cuanto a que la norma constitucional venezolana que de mejor manera contiene y define el principio de culpabilidad, es el principio de legalidad previsto en el artículo 49.6 constitucional, que establece:

“[n]inguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes”.

Al requisito de la preexistencia, que debe cumplir la ley para que pueda ser la base a partir de la cual se condene a una persona, la doctrina y la jurisprudencia se han encargado de añadir otros requerimientos que deben ser de obligatorios cumplimiento y presencia para la mejor interpretación de dicha ley; y así tenemos, entre otros, que esta debe ser también cierta, escrita y estricta. Hassemer (1984, pp. 313-314) señala que:

en su actual configuración, el principio de legalidad mantiene diversas exigencias, tanto frente al legislador penal como frente al juez. Del legislador se exige que formule las descripciones del delito del modo más exacto posible (*nullum crimen sine lege certa*) y que las leyes no tengan efecto retroactivo (*nullum crimen sine lege praevia*). Del juez se exige que sus condenaciones estén fundamentadas en la ley escrita y no en el derecho consuetudinario (*nullum crimen sine lege scripta*) y que no amplíe la ley escrita en perjuicio del acusado (*nullum crimen sine lege stricta*): la llamada prohibición de la analogía. Ferrer (2015) afirma que esos requerimientos y exigencias tienen diversos propósitos, a saber: “que sus destinatarios válidos puedan conocer su existencia, que se encuentra dirigida a ellos y qué es aquello que deben hacer para evitar su incumplimiento” (p. 27).

El Código Orgánico Procesal Penal venezolano contiene las mismas o parecidas exigencias de su par chileno, al establecer en su artículo 8 la presunción de inocencia y en sus artículos 1; 345 y 346, los requisitos para la emisión de la sentencia y para la determinación de la culpabilidad del acusado.

Consecuencia lógica de lo expuesto es que el principio de culpabilidad contiene una serie de requisitos de carácter objetivo relacionados con la ley y otros, de carácter subjetivo, que atañen al agente comisor del hecho para que este se encuentre en condiciones de decidir si realiza o no el hecho que lo haría susceptible de juzgamiento y, eventualmente, de condena.

Referencias

- Arteaga Sánchez, A. (1981). *La culpabilidad en la Teoría General del Hecho Punible*. Caracas: Universidad Central de Venezuela. Consejo de desarrollo Científico y Humanístico.
- Bacigalupo, E. (1999). *Principios Constitucionales del Derecho Penal*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi.
- Bacigalupo, E. (2002). *Justicia penal y derechos fundamentales*. Madrid: Marcial Pons.
- Bacigalupo, E. (2004). *Derecho Penal. Parte General*. Lima: Ara Editores E.I.R.L.
- Balmaceda Hoyos, G. (2016). *Manual de Derecho Penal*. (2da ed.). Santiago de Chile: Editorial Librotecnia.
- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. 1999
- Constitución Política de la República de Chile.
- Cury Urzúa, E. (2009). *Derecho Penal: parte General*. (9na ed.). Santiago de Chile: Ediciones Universidad Católica.
- Feijóo Sánchez, B. (2002). *El dolo eventual*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Ferrajoli, L. (1998). *Derecho y Razón: teoría del garantismo penal*. (3ra ed.). Madrid: Editorial Trotta.
- Ferrer, E. A. (2015). *Consideraciones críticas sobre el concepto de dolo*. Santiago de Chile: Olejnik.
- Hassemer, W. (1984). *Fundamentos del Derecho Penal*. Barcelona: Bosch Casa Editorial S.A.
- Jaén Vallejo, M. (1999). *Los Principios Superiores del Derecho Penal*. Madrid: Dykinson.
- Jakobs, G. (1997). *Estudios de Derecho Penal*. Madrid: Editorial Civitas S.A.
- Jescheck, H-H. (1978). *Lehrbuch des Strafrechts*. (3ra ed.). Berlin: Allgemeiner Teil.
- Jescheck, H-H. (2003). Evolución del Concepto Jurídico Penal de Culpabilidad en Alemania y Austria. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (05-01), 1-18.
- Künsemüller, C. (2000). Principio de culpabilidad -culpabilidad. Notas sobre su evolución y "crisis". *Revista de Derecho, Criminología y Ciencias Penales* N° 2, 169-182.
- Künsemüller, C. (2012). *Derecho penal y política criminal*. Santiago de Chile: LegalPublishing Thomson Reuters.
- Marcano Salazar, L. M. (2018). *Metodología de la Investigación Jurídica. Técnicas de Investigación Documental para la realización de Trabajos de Monografías, Trabajos de Grado de especialización, Maestría y Tesis Doctorales*. Santiago de Chile: Universidad San Sebastián.
- Mir Puig, S. (1995). *Derecho Penal: Parte General* (3ª ed. reimpresa). Barcelona: PPU S.A.
- Mir Puig, S. (2011). *Bases Constitucionales del Derecho Penal*. Madrid: lustel.
- Mir Puig, S. (2016). *Derecho Penal. Parte General* (10ª ed.). Barcelona: Editorial Reppertor. 2016.
- Ortiz Quiroga, L. y Arévalo Cunich, J. (2013). *Las consecuencias Jurídicas del delito*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Parma, C. (1997) *Culpabilidad: lineamientos para su estudio*. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo.
- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal. Parte General Tomo I. Fundamentos: la estructura de la teoría del delito*. Madrid: Civitas.
- Tribunal Constitucional de Chile, Sentencia 59/2008, de 14 de mayo de 2008. Fundamento jurídico 11.B.
- Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, Sala Constitucional. Sentencia No. 490 de fecha 12 de abril de 2011.
- Van Wezeel de la Cruz, A. (2011). El dolo eventual como espacio de discrecionalidad. *Doctrina y Jurisprudencia Penal, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes*. Pp. 23-52.
- Vargas Pinto, T. y Guerra Espinosa, R. (2014). *Manual práctico de aplicación de la pena: la pena con preguntas y respuestas*. Santiago de Chile: Legal publishing Chile.
- Velásquez, F. (2009). *Derecho Penal. Parte General Tomo I*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Yacobucci, G. J. (2002). *El sentido de los principios penales*. Buenos Aires: Editorial Abaco de Rodolfo Depalma.
- Zaffaroni, E. R., Alagia, A. y Slokar, A. (2011). *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Ediar.

**Santiago
Legarre**
Universidad
Católica
Argentina/
CONICET,
Argentina

santiagolegarre@uca.edu.ar

John Finnis, el profesor

Se ha escrito bastante sobre “el profesor Finnis”. Esta contribución, en cambio, se enfocará en “Finnis, el profesor”. Esta inversión de los factores alterará el producto. Pues saldrá a la luz, no directamente la obra del profesor Finnis, sino su persona, en dos dimensiones íntimamente relacionadas (y relacionadas con su ser profesor): la docencia y la investigación. Otros aspectos de su persona, incluida su personalidad — aspectos que bien podrían llamarse “biográficos” — no serán objeto de este estudio, aunque, inevitablemente la persona y la personalidad aflorarán a través de la docencia y la investigación del profesor.

Una aclaración metodológica, que es simultáneamente un acto de defensa propia. Mucho de lo recogido en estas

páginas se basa en la interacción de su autor con el profesor Finnis. *Ergo*, hay aquí un toque de autorreferencia inevitable. No pediré perdón por ella, pero sí aclararé que mi intención es ponerla al servicio del descubrimiento de la estatura monumental del homenajeado, para lo cual el objetivo que guiará estas autorreferencias siempre comandará la máxima fidelidad posible a la realidad de lo relatado. El homenajeado se parece a uno de esos felinos casi invisibles en la naturaleza. Sacarles una foto que merezca la pena puede justificar el uso de una cámara con un lente especial. Pero el objetivo siempre estará centrado en la fiera; la cámara es como el sobre de una carta, que se tira una vez leída.

1. A título informativo

Conviene, en primer lugar, desplegar el arco geográfico y temporal de la docencia del profesor. John Finnis dio clases en muchas partes del mundo. Principalmente, y en este orden, en Estados Unidos (1965-1966), Oxford (1966-1976), Australia (1966 y 1971), Malawi (en África) (1976-1978), para finalmente radicarse en Oxford definitivamente a fines de los setenta, con intervalos periódicos en Estados Unidos, a partir de mediados de los noventa (Legarre, 2012b). Más concretamente, la Universidad de Oxford (en Inglaterra) y la Universidad de Notre Dame (en South Bend, Estado de Indiana) fueron los epicentros de su actividad docente. Y más precisamente todavía, a pesar de los señalados intervalos, desde el momento en que Finnis se sumó a la Universidad de Oxford, nunca dejó de ser parte de ella hasta su retiro en 2010, pues su período africano constituyó lo que se llama un *secondment* respecto de su cargo original (Legarre, 2017): si bien Oxford no pagó su sueldo durante los veintidós meses en que el profesor se desempeñó en Malawi, autorizó el viaje y permitió que el salario le fuera depositado en su cuenta oxoniense y se computara a los fines jubilatorios.

En Oxford, el profesor comenzó su actividad a fines de los sesenta. Se constituyó en una ciudad muy importante para Finnis, pues allí fue recibido en la Iglesia católica y también en Oxford contrajo matrimonio (Legarre, 2012a). En la Universidad de Oxford, como es usual, tuvo dos cargos, uno en la Facultad de Derecho; otro en University College (o simplemente “Univ”)¹, el colegio universitario

afiliado a la Universidad de Oxford con el cual Finnis se había vinculado, ya en 1962, como estudiante de doctorado. En la Facultad, fue sucesivamente “Lecturer in Law”, de 1967 a 1972; “Rhodes Reader in Laws of British Commonwealth and United States”², de 1972 a 1989; y “Professor of Law and Legal Philosophy” (*ad hominem*)³, de 1989 a 2010. En su *College*, fue *Fellow and Tutor in Law* desde 1966 a 2010, y durante ese largo lapso integró el cuerpo gobernante de Univ. Finnis se jubiló de su cátedra en la Universidad de Oxford, en 2010, al cumplir 70 años de edad, momento en el cual pasó a ser *Emeritus Professor* de la Facultad y *Emeritus Fellow*⁴ de Univ; y, aunque dejó de tener una oficina en el *College*, igual lo visita ocasionalmente. Aun cuando en Oxford la edad mandada de jubilación eran los 67 años, el profesor fue el primero en postularse a un esquema ofrecido por la universidad en respuesta a una directiva de la Unión Europea tendiente a evitar la discriminación por edad. Según este esquema, si la Facultad da su parecer acorde, la universidad puede prorrogar por tres años el nombramiento de un profesor. La “aplicación” (como se llama en Argentina a la “postulación”) de Finnis fue exitosa y siguió, por tanto, hasta los 70. Sin embargo, luego de su retiro nunca dejó de dar algunas clases por año en la Facultad de Derecho (como profesor invitado), y lo sigue haciendo actualmente⁵.

En Notre Dame, Finnis pudo dar clases merced a una autorización especial de la Universidad de Oxford⁶. Fue, así, parte de la Universidad de Notre Dame durante

¹ Finnis fue parte de University College de 1966 a 2010 y de la Universidad de Oxford, de 1967 a 2010. Volveré más adelante sobre la distinción entre *College* y Universidad, en Oxford (y en Cambridge). Cabe aclarar ya que la Facultad de Derecho es parte de la Universidad (no del *College*).

² Fue el profesor Tony Honoré quien le sugirió a John Finnis postularse a esta *readership* que, según me explicó, alivió mucho el trabajo administrativo que, de otro modo, habría tenido en su *College* (J. Finnis, comunicación personal, 27 de junio de 2020).

³ Las cátedras *ad hominem* se diferencian de las ordinarias en que aquellas se extinguen con la jubilación, renuncia o muerte del titular. Por ello, cuando Finnis se jubiló de Oxford, en 2010, no hubo un reemplazante. En cambio, la “Biolchini Family” *chair* (su cátedra en Notre Dame hasta 2020) no fue prevista como *ad hominem*. Por lo tanto, teóricamente, se designará a un sucesor.

⁴ Para una explicación de las *Emeritus Fellowships* (categoría relacionada con la jubilación) véase <https://www.univ.ox.ac.uk/about/college-fellowships/> [fecha de consulta: 18 de junio de 2020].

⁵ Véase <https://www.law.ox.ac.uk/people/john-finnis> [fecha de consulta: 1° de julio de 2020].

⁶ Antes de Finnis, su colega Ronald Dworkin había, de hecho, dado clases periódicamente en NYU, en Estados Unidos. Y después de Finnis, también lo hizo su colega Joseph Raz, en Columbia, también en Estados Unidos.

veinticinco años, como “Biolchini Family Professor of Law”, de 1995 a 2020. Siempre tuve la impresión, con fundamento en varias cosas que he escuchado aquí y allá, de que fue el profesor Gerard V. Bradley (gran amigo de Finnis en Notre Dame) el artífice crucial en la gestión que hizo posible la contratación de Finnis en esta importante universidad católica del *Midwest* de Estados Unidos. En el *Fall Semester* (de fin de agosto hasta fin de noviembre), Finnis enseñaba allí el curso “Social, Political, and Legal Thought of Thomas Aquinas”⁷, en lo que constituía su estancia anual larga en Norteamérica. En el *Spring Semester* (de mediados de enero a mediados de mayo), viajaba tan solo un mes a Indiana, para enseñar el curso titulado “Social, Political and Legal Thought of Shakespeare”⁸ —aunque, cabe aclarar, el resto de ese

semestre también daba clases (de Filosofía del Derecho⁹) para Notre Dame, pero en la sede que esta Universidad tiene en Londres¹⁰—.

En la Universidad de Notre Dame, su nombramiento como catedrático seguía en vigor cuando comencé a escribir estas líneas a comienzos de 2020 y Finnis tenía 79 años, al no haber en Estados Unidos edad de jubilación académica (o, para ser más exacto, al haber sido dicho límite declarado inconstitucional, hace años, por la Corte Suprema). Pero unos meses más tarde, en la última semana de junio de 2020 (y en plena composición de este trabajo), el profesor decidió jubilarse de su cátedra de Notre Dame y cesará así sus cruces periódicos del Atlántico.

2. Docencia

Los recuerdos en torno a los cuales girará esta parte de mi trabajo, referida a la docencia del profesor Finnis, operan principalmente en relación a una visita mía a Oxford, casualmente el mismo año, 1995, en el cual el profesor comenzó a viajar en la segunda mitad del año a Notre Dame. Y la cuenta de esa visita comienza con una referencia a Carlos Ignacio Massini-Correas. No recuerdo exactamente cómo lo conocí. Pero alguien (tampoco recuerdo quién fue) me sugirió que le pidiera a Massini-Correas una carta de presentación de mi persona, para entregarle a John Finnis, cuando fuera a la Universidad de Oxford, como “recognised student”¹¹, aquel verano argentino de mediados de los noventa. Ya había leído *Natural Law and Natural Rights* y una de las finalidades

de la visita a Oxford era conocer a su autor, de modo que una carta de presentación me venía como anillo al dedo (y deduzco de este suceso que algo debía conocerme Massini-Correas, pues si no la presentación habría sido imposible).

Durante esa estancia de dos meses (el Hilary Term¹² de la Universidad de Oxford), tendría el derecho de asistir a las clases de Finnis y de ser supervisado académicamente por él, lo cual incluiría cuatro reuniones del tipo de las llamadas tutorías. Tanto lo uno como lo otro será la base y fuente de inspiración principal de esta sección sobre la docencia del profesor, aunque aquellas clases y tutorías de 1995 serán solo un botón de muestra, ya que asistí

⁷ El curso es LAW 73809: <https://law.nd.edu/directory/john-finnis/> [fecha de consulta: 18 de junio de 2020].

⁸ El curso es LAW 73807: <https://law.nd.edu/directory/john-finnis/> [fecha de consulta: 18 de junio de 2020].

⁹ Esta materia (llamada en inglés “Jurisprudence”) es la única obligatoria que Finnis enseñó para Notre Dame. Las otras dos aquí aludidas (aquellas sobre Aquino y sobre Shakespeare) eran materias optativas, al igual que la gran mayoría de las materias que toma un estudiante de Derecho en Estados Unidos. En la mayoría de las facultades de derecho estadounidenses, “Jurisprudence” o es optativa o no existe. Pero en Notre Dame, es una materia obligatoria del segundo año.

¹⁰ En la página web de Notre Dame Law School se llama a esta materia “London Program: Jurisprudence”. Recuperado de: <https://law.nd.edu/directory/john-finnis/> [fecha de consulta: 25 de julio de 2020].

¹¹ *Recognised student* es una categoría reconocida oficialmente por la Universidad de Oxford, parecida a la llamada en otras universidades *visiting scholar*.

¹² En Oxford el año académico está dividido en tres períodos de ocho semanas: Michaelmas, Hilary y Trinity Terms.

a muchas más clases con él y participé de numerosas nuevas tutorías en años sucesivos. Por caso, en 1997 tomé, como un alumno más, el ya mencionado curso de Finnis sobre el pensamiento moral y jurídico de Tomás de Aquino, de un semestre de duración, en la Universidad de Notre Dame. En 1999, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Oxford, asistí a una serie de *lectures* de Finnis (titulada “Topics in Jurisprudence”), destinada a estudiantes de grado (aunque participábamos también un puñado de estudiantes de posgrado). Ese mismo año, en el mismo lugar, fui parte de un seminario impartido conjuntamente por Finnis y el profesor Joseph Raz (titulado “Jurisprudence and Political Theory”), destinado a estudiantes de posgrado como yo (aunque participaban también algunos estudiantes de grado)¹³. Estos ejemplos de 1997 y 1999 son los más significativos, pero también participé de otras clases y seminarios de Finnis en años posteriores¹⁴.

De regreso a 1995, una tarde invernal y gris, subí las escaleras del Goodhart Seminar Room¹⁵, en University College. Allí asistí por primera vez a una clase de Finnis, el profesor. Sería la primera de cuatro clases, una serie que estaba anunciada en el catálogo de cursos de la Facultad de Derecho de ese Hilary Term de 1995, con el título “Difficult Moral Questions”. En el listado, el seminario aparecía a cargo de los profesores John Finnis y Germain Grisez. Los lectores de este artículo seguramente sabrán que Grisez (quien murió en 2016¹⁶) fue la única persona a la que en alguna ocasión Finnis se refirió como “maestro”.

Grisez solo se sumaría a las clases, la segunda de las cuatro semanas que el seminario duraría. Por ello, para mi sorpresa (e imagino, la de todos), solo Finnis entró al aula, solo, a la hora señalada o incluso unos minutos tarde, a la

primera sesión: en Oxford las clases no suelen empezar en punto sino apenas algún minuto después, según una antigua costumbre; y, aprovecho para consignarlo, contrariamente a lo que yo habría pensado, Finnis no es de las personas que interpretan muy estrictamente la puntualidad ni de las que llegan unos minutos antes a una clase o a una cita: más de una vez me tocó tener que esperarlo un poco, y me parece estar viéndolo pedir disculpas: esto sí era algo que sistemáticamente hacía, decir “sorry” por llegar (apenas) tarde.

Recuerdo que aquella, mi primera de muchas clases con el profesor, fue sobre el asunto de los “cuatro órdenes” identificados por Aristóteles y luego por Tomás de Aquino¹⁷—un tema acerca del cual lo escuché exponer infinidad de veces en lo sucesivo: esta indicación de la repetición es sintomática de un rasgo característico del Finnis docente: siempre vuelve a los mismos temas (temas importantes), como todo buen profesor—.

Mi primera impresión de John Finnis como docente fue esta y, dado que no ha cambiado con el paso del tiempo, la consigno en tiempo presente: no es un orador espectacular; tiene un tono de voz monótono; y, aunque habitualmente no lee, quien lo escuchase sin verlo podría pensar que está leyendo. Hace poco contacto visual con sus oyentes; mira el infinito o, en ocasión, una ventana. Incluso cuando responde una pregunta, su vista viaja, hasta que cuando por fin está por redondear la respuesta posa su mirada brevemente (esos ojos claros, pero no tanto, de un color verdoso indescifrable e inusual) en el interlocutor. Y, al mejor estilo oxoniense, el profesor no hace preguntas a los estudiantes: se trata de clases, en ese sentido, poco participativas. Quizás por esta circunstancia, cuando muchos años después (mientras

¹³ La enseñanza en el aula se divide, en la Universidad de Oxford, en dos: *lectures* o clases magistrales, generalmente, en grandes salones y con poca participación de los asistentes, y seminarios, generalmente, en torno a una mesa y muy participativos. Además de la enseñanza en el aula, están las tutorías, en Oxford, mucho más importantes que clases y seminarios (y, de modo parejo, en la Universidad de Cambridge).

¹⁴ En 2002 y en 2004, participé de seminarios de Filosofía del Derecho en Oxford, impartidos por Finnis con el profesor Timothy Endicott. En la Universidad de Notre Dame, participé, en 2012, del seminario de Finnis titulado “Social, Political and Legal Thought of Shakespeare”.

¹⁵ El Goodhart Seminar Room y el Goodhart Building, que lo contiene, llevan ese nombre en homenaje a Arthur L. Goodhart, quien fuera tanto *Master* de University College como profesor de “Jurisprudence” en la cátedra en la cual lo sucedería H.L.A Hart, el director de tesis doctoral de John Finnis.

¹⁶ Sobre Germain Grisez (y su relación con Finnis) véase este completo resumen, recuperado de: http://www.twotlj.org/grisez_collaborators.html [fecha de consulta: 3 de julio de 2020].

¹⁷ En *Ley natural y derechos naturales* se aborda el tema de los “cuatro órdenes” en el capítulo VI.2.

se escribían estas líneas), Finnis tuvo que dar clase por vía remota, en razón de la pandemia del llamado “corona virus”, no le resultó difícil adaptarse. Si bien ello es admirable, si se tiene en cuenta que el profesor tenía entonces 79 años, al mismo tiempo es entendible, dado que su método unilateral se ajusta bastante fácilmente a la enseñanza por medio de una cámara.

De la mano de lo anterior, hay un punto para mí muy positivo: sus silencios y su ritmo: no se apura; escucha; sobre todo, se escucha a sí mismo y de ese modo se corrige a sí mismo, para llegar a una precisión casi perfecta, casi total. Lo describió bien uno de sus alumnos: “lo que siempre caracterizó a Finnis de un modo sobresaliente como profesor fue su precisión, su capacidad de análisis crítico, su respeto por la libertad y su sano perfeccionismo” (Gleeson, 2013, p. 105). No hay una gran diferencia entre escuchar hablar a Finnis y leer sus escritos. El estudiante que no requiere fuegos artificiales para aprender, ve en esto una bendición; el que va a sus clases solamente a buscar contenido nunca saldrá defraudado. Las clases están previamente pensadas, aun cuando no hayan sido planeadas en detalle y dejen espacio para la improvisación; y lo dicho en ellas rebosa cosas útiles y ricas sobre la materia en cuestión. Es cierto que el envase deja que desear, sobre todo para cierto tipo de personas que solo pueden aprender en un contexto algo circense (a veces personas jóvenes, aunque esto es menos cierto en una universidad de elite, como Oxford, donde hay muchos jóvenes fuera de serie). Este docente no nació para payaso, aunque dio clases en un mundo académico poblado de *clowns* profesionales. No es de sorprender que en ese mundo sea a menudo tildado de aburrido por muchos *millennials*.

De regreso a aquella tarde en el Goodhart Building de Univ, reitero que las impresiones de aquella ocasión no cambiaron en lo sucesivo, cuando tuve a Finnis de docente en numerosas ocasiones, tanto en Oxford como en la Universidad de Notre Dame. Por eso insisto en que, con las limitaciones de la subjetividad, lo que estampé y estamparé aquí tiene un valor que trasciende lo anecdótico.

El contraste con el “Grisez docente”, que se sumó a partir de la semana siguiente, sirvió más todavía para

delinear en mi memoria la figura de Finnis tal como aquí la recuerdo. Grisez y Finnis se sentaron uno al lado del otro durante las sesiones que condujeron juntos en el Goodhart Seminar Room, con un formato que era habitual en Oxford.

El contraste entre Germain Grisez y John Finnis comenzaba por el atuendo. Mientras que Grisez portaba una polera blanca con cuello alzado y, colgando de una cadena sobre su pecho, una imagen que parecía un crucifijo (pero, Finnis me aclaró una vez, era en realidad una representación de la Sagrada Familia), el oxoniense, visiblemente más laical, llevaba un saco marrón, tirando a verdoso, y una corbata de colores inocuos, destinados al olvido, al igual que sus pantalones grises oscuros. Nuevamente, esta manera de vestirse que describo respecto de nuestro primer encuentro en un aula, en 1995, es representativa de lo que observé en los veinticinco años siguientes. En alguna ocasión, en Estados Unidos, vi una mancha de tinta en ese saco verdusco y cuando esa aparente dejadez salió a relucir en una conversación nuestra, Finnis me hizo una referencia a que su esposa (entonces en Inglaterra) nunca habría tolerado la subsistencia de la mancha intrusa.

Sentarse al lado de Grisez, resaltaba asimismo la mayor formalidad, por lejos, de Finnis (a pesar de que, comparado con otras personas muy formales, no puede decirse que nuestro profesor fuera o sea muy formal). Esta mayor formalidad del “Finnis comparado” no se ceñía solo al hábito. Grisez parecía ser el prototipo personal de la americanidad, del estadounidense; y al lado de ese prototipo, palidecía el oxoniense: un australiano más inglés que los ingleses, en parte por haber vivido en Oxford casi toda su vida; en parte por su temperamento marcadamente flemático y, en este sentido, inglés. La efusividad de Grisez dejaba al nuestro en un cono de ligera sombra, quizás facilitada por el hecho de que el seminario tenía por evidente finalidad que el profesor norteamericano recibiera una devolución de parte de los participantes, con vistas a un libro que estaba escribiendo. *Ergo*, Grisez era necesariamente el centro de la atención, y Finnis mismo se ocupaba de ocultarse para que así fuera, a pesar de que a esa altura del partido, mediados de los noventa, ya había superado ampliamente a Grisez en fama mundial; y

a pesar de que su diferencia de edad (de unos diez años, a favor de este último) solo era advertible marginalmente (más que nada por el pelo blanco de Grisez quien, más allá de esa circunstancia, aparecía como un hombre jovial).

El seminario que tomé con Finnis en Estados Unidos dos años más tarde me sirvió para apreciar mejor sus fortalezas como docente. Si bien su oratoria permanecía inalterada, este seminario de 1997 le permitía al profesor desplegar una de sus más grandes virtudes docentes: la diligencia y meticulosidad en la lectura de lo ajeno. Pues cada dos o tres semanas, durante los tres meses que duró el seminario¹⁸, los dieciséis participantes debíamos presentar un trabajo escrito de no más de una página sobre la base de una consigna que nos asignaba Finnis. Luego esa página nos era devuelta, junto con una sonrisa y pocas palabras, con jugosas anotaciones en rojo. (Sobre esto, véase Etcheverry, 2013).

También salió a relucir esta virtud docente en los años en que le mandé capítulos de mi tesis doctoral para corregir. Durante los últimos tramos de la confección de mi tesis, los envíos ya eran desde Argentina y en documentos digitales. De la mano de Finnis, aprendí a usar mejor el procesador de textos y, en especial, la herramienta llamada “control de cambios”, que hacía que el rojo de sus marcadores se hubiera apenas trocado por el rojo de los marcadores electrónicos. En el primer documento electrónico que le mandé, además de realizar cambios en rojo, Finnis insertó varios “comentarios”. Ha de haber sido una de las primeras personas a las que vi usar esa función del procesador: un verdadero pionero, allá a comienzos del nuevo milenio.

La referencia al doctorado me servirá de transición al asunto de las tutorías (la otra cara de la moneda de la

docencia de Finnis en Inglaterra)¹⁹, pues las reuniones de supervisión de tesis que mantuve con mi director en su oficina en University College tenían un formato similar al de una tutoría²⁰. (Sobre las tutorías y la oficina de Finnis, véase Horrigan, 2013, p. 92). Un rasgo interesante de estas reuniones eran los silencios, y parece ser que esta observación goza de cierta universalidad (Legarre, 2016). Me llevó tiempo descubrir el momento en que podía interrumpir cada silencio, después de una pregunta o comentario míos. Hasta que esto ocurrió (y aunque nunca dominé del todo esta ciencia), en varias ocasiones me encontré con que mientras yo interrumpía el silencio con una nueva pregunta, Finnis parecía no escucharme. Estaba, al parecer, sumergido en la relectura de mi propio trabajo, con la finalidad de entender mejor algún punto (acaso un punto al cual me había referido antes). Cuando yo terminaba con lo que terminaba siendo una ignorante digresión, él seguía con su discurso en el punto exacto donde lo había dejado mi pregunta inicial, antes de la interrupción del silencio por mi nueva pregunta, como si a esta no la hubiera escuchado. Cuando más o menos le encontré la vuelta a este problema, el resultado fueron largas pausas en las que ninguno de los dos emitía palabra, mientras yo, por adentro, pensaba: “Santiago, callado. Hay que esperar, aunque sea una eternidad, antes de salir de este tema, pues puede ser que el profesor te sorprenda con algo impensado”. Esta actitud de Finnis me hizo pensar, dicho sea de paso, “de cuántas cosas nos perdemos en esta vida por interrumpir al otro antes de tiempo”; pues es muy cierto que lo no dicho ya, como consecuencia de una interrupción en un diálogo, luego, dados los derroteros renovados de ese mismo diálogo, quizás ya no sea dicho nunca.

Con los estudiantes de grado, Finnis era famoso por dos cosas. En primer lugar, porque hacía leer los ensayos

¹⁸ El seminario en cuestión, titulado, “Social, Political, and Legal Thought of Thomas Aquinas”, duró todo el *Fall Semester* de 1997 en la Universidad de Notre Dame. Pero ya es conocida la definición universal de semestre: un cuatrimestre que dura tres meses.

¹⁹ Según relató, Finnis enseñaba entre seis y ocho horas semanales en University College mediante el sistema tutorial, típico de Oxford y Cambridge. La materia a la que más horas dedicaba era “Jurisprudence”, aun cuando también enseñaba allí otras materias, como *Roman Law*, entre otras (Legarre, 2012b).

²⁰ Como ya adelanté, Oxford y Cambridge son universidades conocidas, entre otras cosas, por el sistema tutorial: un método de aprendizaje personalizado de acuerdo con el cual casi toda la enseñanza se da por medio de la lectura individual y de pequeñas reuniones semanales (tutorías) en las cuales se analiza lo escrito durante la semana por el estudiante. En este sistema, las clases tienen poca importancia y son optativas.

en voz alta a los alumnos en las tutorías. Esto podía resultar tedioso, pero era de una gran utilidad, tanto para el que leía (que aprendía a leer mejor), como para el profesor, que escuchaba y tal vez recién entonces veía por primera vez, con claridad, un determinado argumento. En segundo lugar, era sabido que Finnis tenía un trato distante con los estudiantes de grado y no se inmiscuía en cuestiones personales. Con los de posgrado (incluidos los de doctorado), esto no era muy distinto. Una vez lo resumió con esta expresión: “I have a policy of not going further afield with those whom I am academically responsible for” (Legarre, 2012a, nota al pie 26) y explicó que esta manera de trato la había aprendido y copiado de su director, el profesor Hart (Lacey, 2004, p. 160). La razón subyacente, según explicó en una ocasión, era que “una relativa distancia respecto de los estudiantes a quienes se dirige un trabajo, permite ejercer la función crítica con mayor independencia e imparcialidad” (Legarre, 2012a, nota al pie 27). Aunque, agregó, entendía que no existía un único modelo de relación docente-estudiante y que conocía en Oxford otros tutores que se integraban más con los estudiantes, también en el plano social (Legarre, 2012a, nota al pie 27, donde Finnis da el ejemplo del recientemente fallecido George Cawkwell, colega de Finnis en University College²¹). Por otra parte (y esto lo agrego yo), lo dicho es compatible con el hecho de que Finnis se hizo amigo de un puñado de sus alumnos, *después* de que dejaron de estar bajo su responsabilidad. Tal vez el mejor ejemplo sea Joseph Santamaria, alumno suyo en los setenta, procedente de Australia, uno de cuyos hijos es ahijado de Finnis (Santamaria, 2013, pp. 16-18).

Finalmente, haré una referencia a Finnis como conferencista. Asistí a decenas de conferencias del profesor Finnis, en ambos lados del Atlántico. Lo escuché exponer en Inglaterra, Estados Unidos, Alemania, China y Argentina²². En esos casos, siempre Finnis leía, con corrección y sin apenas alterarse, por una hora

exacta. A menos que uno tuviera una gran capacidad de concentración, era fácil perderse durante sus largas exposiciones. Eso sí, cuando llegaba el turno de las preguntas y respuestas, aparecía el león, siempre con el traje y la corrección de un cordero, aunque muchas veces con filo e ironía, en especial cuando tenía que defender las posturas más controvertidas y consideradas extremas por la cultura dominante. El nivel de los ataques que recibía era en ocasiones fenomenal y, en algunos de los foros a los que lo convocaban, su presencia era garantía de que se gestaría una pequeña gresca intelectual después de su conferencia. Pero lo más llamativo eran el coraje, la perseverancia y la calma con las que mi querido profesor respondía, sin ceder un centímetro jamás.

Quisiera concluir esta sección con una referencia al que para mí constituye el rasgo más sobresaliente de Finnis como docente: su generosidad. Lo introduciré con una anécdota. En 2014 di la materia Derecho Constitucional Comparado en la Universidad de Notre Dame. Durante un almuerzo en South Bend (la ciudad estadounidense donde queda Notre Dame), le conté a John (entonces colega en esa universidad, en la que yo era y soy profesor visitante en los veranos argentinos) que a mis alumnos les hacía ilusión conocerlo y lo invité a venir a una de mis clases. Le sugerí que, si quería, podía exponer sobre algún tema relacionado con la materia a mi cargo. Enseguida, sin hesitar, sacó su agenda y, con su mansa y leve sonrisa, preguntó: “¿Qué día te viene bien que vaya?”. Y vino. Y fue un éxito tan grande su clase, por la admiración que generó su presencia, que mis alumnos me pidieron que Finnis volviera la semana siguiente. Y él sacó su agenda y nuevamente preguntó: “¿Qué día de la semana siguiente te vendría bien que volviera a ir? ...”.

Este ejemplo de generosidad (de un hombre ya entrado entonces en los setenta años, que tenía su propia materia a cargo) es una ilustración que acaso permita avizorar

²¹ Sobre George Cawkwell, véase <https://www.univ.ox.ac.uk/news/obituary-george-cawkwell/> [fecha de consulta: 18 de junio de 2020].

²² El profesor Finnis visitó tres veces Argentina: en 2001, 2007 y 2011. Los profesores Massini-Correas y Vigo fueron parte importante de la organización de esas tres visitas. La primera tuvo su anclaje institucional en la Universidad Austral, mientras que la segunda y la tercera fueron proyectos conjuntos de la Pontificia Universidad Católica Argentina y la Universidad Austral. Finnis brindó numerosas conferencias en todas estas ocasiones.

una realidad virtuosa que trasciende el ejemplo mismo. El Finnis docente es obviamente humano (debería sacar lo de “obviamente”, pues a veces, como fruto de la admiración, puede olvidarse o evaporarse la humanidad del sujeto²³) y, de consiguiente, tiene defectos, tal como

quedó patentado en esta sección, a veces de modo explícito y otras en voz baja. Pues bien, cierro esta parte subrayando que por encima de todo posible defecto brilla en el horizonte de la vida del profesor Finnis su desinteresada generosidad sin reservas.

3. Investigación

Aunque habría preferido inscribirse en la carrera de Historia²⁴, John Finnis estudió Derecho en su Adelaida natal, en el suroeste de Australia, de 1958 a 1961, en la University of Adelaide. Ya en casa, tenía en su padre un modelo académico, modelo que a la postre el hijo decidió preferir por sobre la profesión liberal de abogado, una vez que terminó sus estudios jurídicos de grado. Tanto el padre como la madre de Finnis habían ido a la Universidad de Oxford a realizar estudios de posgrado: él en filosofía y ella en literatura inglesa²⁵. Ya de regreso en Australia, en 1940 y con sus estudios interrumpidos por la Segunda Guerra Mundial, el padre tomó en su país el puesto de *tenured lecturer* (profesor *full-time*) en Filosofía (Etcheverry, 2012, p. 859). Ese mismo año nació su hijo mayor, John, quien a partir de 1962 seguiría el sendero académico del padre (se iría a Oxford a estudiar), con la diferencia de que ya nunca volvería a radicarse en Australia.

A fines de los años cincuenta, Finnis *senior* había navegado nuevamente de Australia a Inglaterra, para pasar un año sabático en Oxford. Al regresar a Adelaida, el padre le transmitió al hijo que en Oxford los actores principales del escenario filosófico de entonces eran Elizabeth

Anscombe y H.L.A. Hart (Legarre, 2017, nota al pie 5; véase también Legarre y Orrego, 2003). A fines de 1961, apenas concluidos sus estudios de grado de Derecho, Finnis *junior* ganó una prestigiosa beca para realizar un doctorado en la Universidad de Oxford: la famosa “Rhodes Scholarship”, prevista para los graduados más brillantes de los países del *British Commonwealth* y de los Estados Unidos (Legarre, 1998). El profesor Hart, quien desde 1952 tenía a su cargo la cátedra de Filosofía del Derecho (cuyo equivalente en Oxford es “Jurisprudence”; véase Orrego, 2000), le dirigió su tesis doctoral, que Finnis realizó en Oxford entre 1962 y 1965²⁶.

A mediados de los sesenta, cuando John Finnis escribió su tesis doctoral (en buena medida a mano, según contó una vez: Legarre, 2012b), comenzaba a acentuarse una tendencia que poco después se cristalizó del todo: la realización del doctorado como requisito inicial *sine qua non* de una carrera académica en Derecho. Todavía no era algo inexorable en Inglaterra en esa época: su director, Hart, no había hecho una tesis doctoral, algo impensable según los cánones investigativos de hoy. El sucesor de su director en la cátedra de Filosofía del Derecho, Ronald

²³ Nunca olvidaré que en la cena de bienvenida para los estudiantes de posgrado en el Alington Room de University College, en septiembre de 1998, el profesor Bob Thomas, un *Fellow del College* dedicado a la Química, que había coincidido con Finnis en Univ por más de treinta años, cuando me preguntó con quién estaba trabajando, y le respondí, me dijo seriamente: “You are up against the absolute”, expresión difícilmente traducible que más o menos quiere decir: ¡No sabés lo que te espera!

²⁴ El profesor me aclaró en una carta electrónica que al seguir la carrera de grado de derecho (en vez de estudiar historia) hizo caso a un consejo de sus padres: “they thought I should do something “hard” rather than “soft” first, and then get back to history if I wanted to (as I did, from about 2000)” (J. Finnis, comunicación personal, 8 de julio de 2020).

²⁵ Con ocasión de la escritura de estas líneas, Finnis me comentó, con orgullo filial, que en Oxford en 1939-1940, su madre había tenido de tutor a C.S. Lewis (entre otros), y que el padre de su madre era el único catedrático de filosofía en el Departamento de Filosofía al cual se integraría (con el grado más bajo: *tenured lecturer*) el padre de Finnis en 1940.

²⁶ Nótese que Finnis nunca realizó una maestría en derecho. Este grado académico ordinariamente no está asociado con la profesión académica sino con la especialización con vistas al ejercicio de la profesión. Aunque hay excepciones, pues unas pocas maestrías constituyen una preparación (y a veces también un requisito) de camino al doctorado.

Dworkin (acaso el iusfilósofo más famoso de la era moderna), tampoco fue doctor. Pero para la época en la que Finnis, y poco después Joseph Raz (también bajo la dirección de Hart), hicieron sus estudios doctorales, la tendencia iba en camino de ser irreversible: el primer paso del académico sería, en adelante, su tesis doctoral y sin el título de doctor una persona no podría, de ordinario, supervisar a otros futuros académicos²⁷. Así, el sucesor de Dworkin en la cátedra, John Gardner, fue doctor²⁸; y Timothy Endicott, seguramente el iusfilósofo oxoniense más importante de la actualidad, también lo es²⁹.

Aunque no todo académico era doctor en los sesenta, todo aquel que se sumergía en un doctorado parecía lanzado en esa dirección. Podría suponerse, por lo tanto, que, al aceptar una beca para realizar un doctorado en Oxford, John Finnis ya sabía que iba camino de convertirse en un profesor profesional, como su padre (y su abuelo materno)³⁰. Sin embargo, la cosa no estuvo clara por un buen tiempo, ya que Finnis cumplió todos los requisitos que le permitirían ser un abogado profesional: participó de las necesarias cuarenta cenas requeridas para ser *barrister* en Gray's Inn y dio las dos partes de los "Bar Exams", de modo que en 1970 fue llamado a la "barra" (equivalente al "colegio de abogados")³¹. De este modo, y según me explicó con ocasión de la confección

de este trabajo, se aseguró dejar abierta la puerta que le permitiera optar entre la docencia profesional y la abogacía profesional. Lo que sí tuvo claro desde el mismo momento en que se quedó en Oxford a partir de 1966 era que si se quedaba en la universidad era para escribir³². Y, aunque se quedó, y a ella dedicó casi todo su tiempo, Finnis fue durante muchos años, y en simultáneo con su profesión académica, *barrister*.³³

La tesis doctoral constituiría su primera investigación extensa, aunque, de acuerdo con las costumbres de la época en muchas partes del mundo (incluida Oxford), dicha tesis nunca se publicaría³⁴. Esto ha cambiado: hoy no hay tesis doctoral que no se convierta en libro, incluso en Oxford, donde hasta existen editoriales que tienen una serie especial dedicada a publicar tesis prometedoras³⁵. La razón de ser del cambio tiene que ver, sin duda, con la presión que experimentan los jóvenes académicos hoy en día, resumida en la infausta, pero cierta, sentencia "To publish or to perish".

Este es un buen lugar para aclarar que la palabra investigación (en inglés, *research*³⁶) solo recientemente se ha usado para describir algo como lo que hacía Finnis: el estudio de temas jurídicos y filosóficos, y la escritura de libros y artículos en consecuencia. Todavía en el siglo

²⁷ El propio Finnis supervisó, entre muchos otros destacados académicos, al profesor de Princeton, Robert P. George (George, 2013). De relevancia especial para los hispanohablantes, Finnis también dirigió la tesis doctoral de Carlos S. Nino (sobre filosofía del derecho penal), hasta que partió a África, desde donde mantuvo correspondencia con Nino (cuyos originales me regaló Finnis en una ocasión, y yo puse un tiempo después en manos de Roberto Gargarella, uno de los discípulos directos de Nino).

²⁸ Joseph Raz dirigió la tesis de John Gardner (recuperado de: <https://www.law.ox.ac.uk/content/john-gardner-1965-2019>, fecha de consulta: 24 de junio de 2020).

²⁹ Raz también dirigió la tesis de Timothy Endicott (recuperado de: <https://www.law.ox.ac.uk/people/timothy-endicott> y https://en.wikipedia.org/wiki/Joseph_Raz, fecha de consulta: 24 de junio de 2020).

³⁰ Véase la nota 28.

³¹ Sin embargo, el *pupillage* (otra parte necesaria para ejercer de *barrister*) recién lo realizó varios años después, al volver de Malawi.

³² Frente a mi pregunta "puntual" (como se dice ahora), y sin ser del todo asertivo, Finnis me declaró en una carta: "I'm not sure when, if ever, I decided to become an academic. I was invited to apply for the job at Univ, and thought it would be a good opportunity. But you might say that when I accepted Hart's invitation to write NLNR in 1966, I was casting the die" (J. Finnis, comunicación personal, 8 de julio de 2020).

³³ La de *barrister* es una de las dos funciones que los abogados desarrollan en el sistema judicial inglés; la otra es *solicitor*. Según le escuché contar en una tertulia en 1997, esto le significó trabajar largas horas durante la noche cuando un determinado juicio ante los tribunales así lo exigía, para no desatender su profesión académica, que siempre fue la principal (Legarre, 1998, p.1204).

³⁴ La tesis de Finnis se encuentra archivada en la Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oxford y está accesible al público. En una ocasión, y luego de haberla leído entera, le insinué a mi profesor la conveniencia de publicarla. No quiso saber nada (Legarre, 2006b). El título completo de la tesis es "The Idea of Judicial Power, with Special Reference to Australian Federal Constitutional Law".

³⁵ Por ejemplo, nada menos que Oxford University Press; pero también Hart Publishing.

³⁶ La palabra *research* se pronuncia en Inglaterra con acento en la 'ea' (es decir, como si fuera aguda), mientras que en Estados Unidos se pronuncia con acento en la primera 'e' (es decir, como si fuera grave).

veintiuno, en el que el uso de la palabra investigación se ha extendido harto, de modo que su alcance también cubre esos campos, parece más exacto hablar en inglés de *scholarship*³⁷ para describir la investigación en las humanidades y en la mayoría de las ciencias sociales; pues investigación siempre lleva consigo un natural tinte de experimento y laboratorio, ausente en nuestras disciplinas.

Durante los años de sus estudios de posgrado, Finnis se concentró en la redacción de su tesis y siguió así el consejo entonces prevaleciente de no publicar en ese período. Si bien ya en 1962 le habían publicado en Adelaida un ensayo sobre el moralismo judicial³⁸, su siguiente publicación data recién de 1967 (dos años después de defendida su tesis), año en el que aparecieron sus dos primeros artículos, ambos en Estados Unidos: uno en Pennsylvania³⁹ y otro en el *Natural Law Forum*⁴⁰, prestigiosa revista de la cual años después, Finnis se convertiría en codirector⁴¹, cuando esa publicación ya había variado su nombre por el de *American Journal of Jurisprudence*.

Entre 1967 y 2020 John Finnis escribió cinco libros⁴². La historia de su primer libro, *Natural Law and Natural Rights*, ya ha sido contada (Orrego, 2000; Legarre, 2017)⁴³. Baste decir aquí que, paulatinamente, esa obra publicada en 1980 revolucionó silenciosamente el estudio del derecho natural en el mundo angloparlante. Fue reimpressa diecisiete veces y, en 2011, Finnis se encargó de una segunda edición, que incluye un extenso e importante *postscriptum*. Existen traducciones al castellano, italiano, polaco, portugués, ruso, eslovaco y mandarín. En lo que hace a esta última, me permito estampar una anécdota reciente. En noviembre de 2019 tuve el gusto de participar junto con Finnis en un evento académico en su honor, celebrado en Pekín⁴⁴. Varios de los asistentes tenían en

sus manos copia de la traducción de *Natural Law and Natural Rights* al chino común (o mandarín⁴⁵). Pero, además, entre los disertantes en el evento había uno que había viajado más de mil kilómetros hasta la capital, para encontrarse con el autor de *Ley natural y derechos naturales*, con la finalidad de conversar acerca de una nueva (y mejor) traducción del mismo libro al mandarín⁴⁶.

Durante ese mismo período (desde que defendió su tesis doctoral hasta la actualidad), Finnis escribió más de doscientos artículos sobre temas variadísimos. Cincuenta de esos artículos fueron publicados después de 2010, lo cual muestra la vigencia (y la salud) del profesor. Es de por sí indicativo que en su *curriculum vitae*⁴⁷ el propio protagonista agrupó sus artículos en distintas áreas temáticas: “philosophical and jurisprudential papers”, “legal papers”, “theological papers” y “historical papers”⁴⁸. El primer grupo (el de los trabajos filosóficos), vale consignarlo, contiene más trabajos que los otros tres juntos (que contienen respectivamente trabajos jurídicos, teológicos e históricos).

En 2011, Oxford University Press (que es, en Derecho, la editorial reconocidamente más importante del mundo) publicó una colección de ciento seis artículos selectos de John Finnis, en cinco volúmenes: *The Collected Essays of John Finnis*. Pocos autores gozan de este privilegio, que ya de por sí indica mucho. Y, por si fuera poco, en China, y como parte del esfuerzo de traducción ya referido, se ha encarado la publicación en mandarín de estos cinco volúmenes, en un orden distinto al original, según me explicó Finnis en Pekín, ocasión en la cual le entregó a quienes están detrás de la iniciativa una introducción en inglés para el primer volumen, que ya se encuentra terminado⁴⁹.

⁴⁴ La versión escrita de la disertación de Finnis en Pekín (en lo que fue su primer viaje a China) puede encontrarse en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3482096 [fecha de consulta: 25 de junio de 2020].

⁴⁵ El mandarín es el llamado en China *Putonghua*: literalmente, la “lengua vernácula común”, una *lingua franca* en partes de Asia, a esta altura del partido.

⁴⁶ Recuperado de: <https://law.nd.edu/directory/john-finnis/> [fecha de consulta: 26 de junio de 2020].

⁴⁷ El *curriculum vitae* de Finnis puede encontrarse en: <https://law.nd.edu/directory/john-finnis/> [fecha de consulta: 25 de junio de 2020].

⁴⁸ Muchos de los trabajos históricos fueron escritos en coautoría con el profesor de Louisiana State University, Patrick H. Martin, y tratan sobre Shakespeare y asuntos afines a él.

⁴⁹ Tuve ocasión de leer esta “Introducción”, de la cual surge que el proyectado volumen 1 de los ensayos de Finnis que se publicarán en China agrupa aquellos que tratan acerca del “positivismo”.

¿Qué tienen en común, trabajos sobre asuntos tan variados? Unas palabras de Finnis, pronunciadas en 2011 en la Pontificia Universidad Católica Argentina, aportan luz. Por un lado, afirmó el profesor, entonces, que “siempre le dediqué mucha atención a la revisión de las cuestiones lingüísticas —erratas, falencias de estilo, de gramática—”; por otro lado, y en línea afín, sostuvo que “acribia, precisión, rigurosidad...; en mi caso, todas estas cosas son esenciales” (Legarre, 2012b). Más allá de eso, la variedad de los tópicos visitados por Finnis muestra que nunca le gustó encajonarse y siempre corrió por libre, por donde lo llevasen sus intereses en cada momento y, sobre todo, por donde lo requiriese el descubrimiento de la verdad. Seguramente por eso, cuando en la década de 2000 se interesó en algunos promisorios aspectos históricos de la obra de William Shakespeare, no dudó en salir de lo que hoy llamaríamos su “zona de confort” y embarcarse en un ambicioso proyecto académico en coautoría con un colega de otra universidad⁵⁰.

Parte de la *scholarship* de Finnis fue, desde el comienzo, una “lucha académica”: una lucha pacífica que tuvo un jalón especial con la fundación del movimiento provida de Oxford, junto con su esposa Marie C. McNally, unos pocos años después de haberse establecido en Oxford (Legarre y Orrego, 2006; Legarre, 2006a) y que siguió, en el plano académico, con una presencia destacada y vocal en los debates morales y jurídicos más importantes del tiempo que le tocó vivir, sin sacarles nunca el cuerpo y afrontándolos siempre desde la perspectiva de los principios morales relevantes de la Iglesia católica. Sin perjuicio de ello, conviene destacar que la mayor parte de la obra de Finnis es “analítica”, muy técnica y, en cierto sentido, aburrida (véase Rodríguez-Toubes Muñoz, 2003). También, por lo mismo, la mayor parte de su obra es *muy* difícil de entender. Finnis no es un autor catequético o de divulgación, a lo cual se suma, especialmente para quienes el inglés no es su lengua nativa, un estilo y un vocabulario que reservan sus escritos solo para los más aptos y versados.

A modo de cierre de esta sección (y de este trabajo), diré que, de las dos caras del profesor, la investigación es su punto fuerte, por encima de la docencia, en mi respetuosa opinión. Finnis ha dedicado muchísimas horas de su vida a leer y a escribir. Muchas veces me he preguntado cómo logró escribir tanto, tan bueno y tan profundo. No creo que sea una persona especialmente ordenada o eficiente. Una vez me confesó que los vencimientos (*deadlines*) eran fundamentales para él, pues lo ayudaban mucho a llegar a tiempo a los objetivos. Pienso que, más allá de ello, el secreto de su productividad descomunal (a unos niveles de calidad altísima, reconocida por admiradores y detractores de sus ideas, por igual) pasa más por la enorme entrega a su labor. Y esta entrega la veo como una dimensión más de la generosidad que resalté al concluir la sección anterior.

Tantas veces al volver tarde, en la noche, de una comida o fiesta, en la Universidad de Notre Dame, vi luz en la oficina de mi profesor. Me costaba creer que hubiera estado ahí todo el día y también estuviera ahí de noche. Así que una vez, cerca de la medianoche, entré al edificio de la Facultad de Derecho y subí raudamente las escaleras para verificar el fenómeno. Y allí estaba Finnis, con la radio prendida, leyendo la última sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos...

Cierro con una última anécdota, de tenor humoroso. No siempre Finnis estaba en su oficina, en horas en que los normales que poblamos esta tierra nos encontrábamos socializando. En una ocasión, en 1997, en South Bend, un compañero de estudios chino invitó al profesor Finnis a cenar a su departamento, y nos participó también a tres o cuatro más, para hacer número. A la hora señalada, estábamos todos... menos el profesor. Luego de media hora, el anfitrión dijo: “El profesor Finnis vive acá al lado; le voy a golpear la puerta, por las dudas”. Pero volvió con las manos vacías: nadie respondió el llamado, así que nos deleitamos nosotros con los manjares orientales. Al día siguiente, mi amigo chino se cruzó con Finnis en

⁵⁰ Como ya dije, se trata del profesor (ahora jubilado) Patrick H. Martin, residente en Clinton, un pequeño poblado en el estado de Louisiana, adonde Finnis se trasladó desde South Bend en numerosas ocasiones con la finalidad de facilitar el trabajo en coautoría. Cuando fui yo mismo a Clinton, invitado por el profesor Martin y su familia, me alojaron en la que llaman la “Finnis suite”.

un pasillo de la Facultad de Derecho de Notre Dame. Apenas le insinuó al profesor el asunto, este puso cara de consternación y dijo: “¡Perdón! ¡Estaba en la Biblioteca, enfrascado en un texto, y me olvidé por completo!”. Cosas de Finnis, el *scholar*...

Referencias

- Etcheverry, J. B. (2012). Entrevista a John Finnis. *Doxa* (35), 859-867. DOI: <https://doi.org/10.14198/DOXA2012.35.36> [fecha de consulta: 27 de agosto de 2020]
- Etcheverry, J. B. (Ed.). (2013). *Ley, moral y razón: estudios sobre el pensamiento de John Finnis a propósito de la segunda edición de Ley natural y derechos naturales*. México: UNAM.
- George, R. P. (2013). Introduction. En J. Keown & R. P. George. *Reason, Morality and Law: The Philosophy of John Finnis*. Oxford: Oxford University Press.
- Gleeson, J. (2013). Religion and Public Reason. En M. Sayers & A. Rahemtula (Eds.). *Jurisprudence as Practical Reason: A Celebration of the Collected Essays of John Finnis* (pp. 96-110). Queensland, Brisbane: Supreme Court Library.
- Horrigan, B. (2013). Global and Jurisprudential Dimensions of Natural Law, Human Rights, and the Common Good. En M. Sayers & A. Rahemtula (Eds.). *Jurisprudence as Practical Reason: A Celebration of the Collected Essays of John Finnis* (pp. 48-94). Queensland, Brisbane: Supreme Court Library.
- Lacey, N. (2004). *A Life of H.L.A. Hart: The Nightmare and the Noble Dream*. Oxford: Oxford University Press.
- Legarre, S. (1998). El iusnaturalismo positivista de John Finnis. *El Derecho*, 179, 1202-1214.
- Legarre, S. (2006a). John Finnis: la lucha por el verdadero derecho natural. *El Derecho*, 218, 859-889.
- Legarre, S. (2006b). John Finnis. En V. Melchiorre (Dir.), *Enciclopedia Filosofica*. (Vol. 5, pp. 4308 ss.). Milano: Bompiani.
- Legarre, S. (2012a). Apuntes para una biografía intelectual de John Finnis. *El Derecho*, 249, 730-747.
- Legarre, S. (2012b). Un diálogo con John Finnis: tesis doctorales, escritura académica, clases y más. *El Derecho*, 249, 720-729.
- Legarre, S. (2016). Reseña de *Jurisprudence as Practical Reason: A Celebration of the Collected Essays of John Finnis*. *Revista Jurídica de la Universidad de San Andrés*, 3, 110-114.
- Legarre, S. (2017). HLA Hart and the Making of the New Natural Law Theory. *Jurisprudence*, 8(1), 82-98. DOI: <https://doi.org/10.1080/20403313.2016.1148432> [fecha de consulta: 27 de agosto de 2020].
- Legarre, S. y Orrego, C. (2003). Teoría analítica y ley natural. Entrevista a John Finnis. *El Derecho*, 208, 1118-1122.
- Legarre, S. y Orrego, C. (2006). Presentación. En S. Legarre, A. Miranda y C. Orrego (Eds.). *La lucha por el derecho natural* (pp. 82-93). Santiago de Chile: Universidad de los Andes.
- Orrego, C. (2000). Estudio preliminar. En J. Finnis. *Ley natural y derechos naturales* (pp. 9-32). Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Rodríguez-Toubes Muñoz, J. (1993). El iusnaturalismo de John Finnis. *Anuario de Filosofía del Derecho*, (10), 375-408.
- Santamaria, J. G. (2013). Biographical Note. En M. Sayers & A. Rahemtula (Eds.). *Jurisprudence as Practical Reason: A Celebration of the Collected Essays of John Finnis* (pp. 1-49). Queensland, Brisbane: Supreme Court Library.

**Sebastián
Parga
Moraga**

sparga@cpabogados.cl

**Pablo
Vasseur
Gallo**

pvasseur@cpabogados.cl

Análisis y comentarios a la ley N° 21.220 que modifica el Código del Trabajo en materia de trabajo a distancia*

Resumen: Con motivo de la reciente dictación de la ley N° 21.220 que “modifica el Código del Trabajo en materia de trabajo a distancia”, se incorporó un nuevo Capítulo IX al Título II del Libro I del Código del Trabajo, denominado “Del Trabajo a Distancia y Teletrabajo”, que entre los artículos 152 quáter G a O, introdujo una serie de modificaciones e innovaciones en la materia. El objetivo de este artículo es dar cuenta de las principales innovaciones de la ley, poniendo énfasis

en los aspectos más problemáticos o que mayores dudas han generado en los operadores jurídicos, utilizando como marco normativo la propia ley N° 21.220 publicada el 26 de marzo de 2020, el dictamen ordinario N° 1389/007 de la Dirección del Trabajo del 26 de marzo de 2020, la Ley N° 16.744 que establece normas sobre accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, y demás normativa aplicable.

* Sebastián Parga Moraga es socio en Canales Parga, Abogados Laborales. Magíster en Derecho del Trabajo Universidad de los Andes, Chile. Pablo Vasseur Gallo, es abogado en Canales Parga, Abogados Laborales. Magíster en Derecho del Trabajo Universidad Adolfo Ibáñez.

1. Definición legal de teletrabajo, trabajo a distancia y sus diferencias

La ley N° 21.220 distinguió entre dos figuras o modalidades distintas, por un lado, el trabajo a distancia que define el artículo 152 quáter G como “aquel en que el trabajador presta sus servicios, total o parcialmente, desde su domicilio u otro lugar o lugares distintos de los establecimientos, instalaciones o faenas de la empresa” y, por otro, el teletrabajo que será aquel donde “los servicios son prestados mediante la utilización de medios tecnológicos, informáticos o de telecomunicaciones o si tales servicios deben reportarse mediante estos medios”¹.

A partir de la propia definición legal, es posible concluir que ambos conceptos suponen la prestación de los servicios, total o parcialmente, desde el domicilio del trabajador u otro lugar o lugares distintos del establecimiento o faena del empleador, por lo que el elemento central para diferenciar trabajo a distancia

de teletrabajo, radica en determinar si la prestación de los servicios a distancia involucra o no la utilización o el reporte de la actividad del trabajador por medios tecnológicos, informáticos o de telecomunicaciones ².

Aun cuando la definición legal parece clara, en la práctica es usual que se presenten situaciones grises donde será difícil determinar si existe propiamente trabajo a distancia o teletrabajo, sobre todo considerando que en la actualidad existe una alta conectividad y distintos medios de comunicación disponibles a partir del uso masificado de internet, por lo que normalmente existirá algún grado de uso o reporte del trabajador por medios tecnológicos, informáticos o de telecomunicaciones³. En ese sentido, no cabe duda de que en el teletrabajo a diferencia del trabajo a distancia, predomina la utilización de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC)⁴, así se desprende del

¹ Hasta antes de la dictación de la ley N° 21.220 no existía en nuestra legislación laboral, un tratamiento sistemático del trabajo a distancia o teletrabajo. Las únicas referencias se encontraba en el inciso cuarto del artículo 22 del Código del Trabajo, modificado por la ley N° 19.759 de octubre del año 2001, que en lo relativo a los trabajadores excluidos de la limitación de jornada dispuso: “Asimismo quedan excluidos de la limitación de jornada, los trabajadores contratados para que presten sus servicios preferentemente fuera del lugar o sitio de funcionamiento de la empresa, mediante la utilización de medios informáticos o de las telecomunicaciones”, otro antecedente se encuentra en los pactos para trabajadores con responsabilidades familiares incorporados en el artículo 376 del Código del Trabajo por la ley N° 20.940 de septiembre del año 2016, que en lo pertinente permitía bajo ciertas condiciones acceder a “sistemas de jornada que combinen tiempos de trabajo presencial en la empresa y fuera de ella”. Es decir, no se contemplaban definiciones, requisitos o condiciones para pactar el trabajo a distancia o teletrabajo, falencia que se acentuó con la opinión reiterada de la Dirección del Trabajo que, al ser consultada, concluyó que no se encontraba habilitada legalmente para emitir un pronunciamiento sobre este tipo de pactos (v. gr. dictamen ordinario N° 6483 de fecha 10 de diciembre de 2015). La escueta regulación introducida por el legislador en el año 2001 y su inclusión a propósito de las hipótesis de exclusión de la limitación de jornada, a juicio de algunos autores más que beneficiar a los trabajadores que se desempeñan en alguna de estas modalidades terminó “precarizando aún más la situación laboral de los teletrabajadores, ya que al no hacerles aplicables el límite de la duración máxima de la jornada de trabajo, los excluye también del control de asistencia o de la posibilidad de pactar jornada extraordinaria” (Caamaño, 2010, p. 91).

² No obstante, no se trata de la única opción, existiendo en la experiencia comparada algunas legislaciones que no han hecho la distinción entre trabajo a distancia y teletrabajo, incluyéndolos ambos dentro de la misma noción o concepto. Como ejemplos a esta última alternativa, se ha señalado el caso de España donde “el Estatuto de Trabajadores de España, (art. 13) Trabajo a Distancia, se establece sólo como requisito para la aplicación del contrato especial que la actividad se realice de manera preponderante en el domicilio del trabajo o en el lugar libremente escogido por este” o el de Colombia en que la ley 1221 de 2008 “ha definido un ámbito de aplicación exclusivo a la figura del teletrabajo propiamente tal, es decir, conceptualizándolo como una forma de organización laboral ligada directamente al uso de tecnologías de la información y telecomunicaciones (TIC)” (Rodríguez, 2015, p. 71).

³ Sobre las dificultades de definir el concepto de teletrabajo, véase: Las dificultades y oportunidades del teletrabajo para los trabajadores y empleadores en los sectores de servicios de tecnología de la información y las comunicaciones (TIC) y financieros: Documento Temático para el Foro de diálogo mundial sobre las dificultades y oportunidades del teletrabajo para los trabajadores y empleadores en los sectores de servicios de TIC y financieros, 2016.

⁴ Existen distintas definiciones del concepto de tecnologías de la información y la comunicación, a modo ejemplar, se ha señalado que hace referencia “al conjunto de tecnologías que permiten la adquisición, producción, almacenamiento, tratamiento, comunicación, registro y presentación de información en forma de voz, imágenes y datos contenidos en señales de naturaleza acústica, óptica o electromagnética” (Oficina Internacional del Trabajo, Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, 2011).

nuevo artículo 152 quáter del Código del Trabajo⁵, más una interpretación extensiva podría llevarnos a considerar que toda labor ejecutada fuera del recinto de la empresa es teletrabajo, limitando excesivamente las hipótesis de trabajo a distancia.

Si bien se trata de un aspecto que deberá determinarse caso a caso, pareciera que lo relevante es calificar si la utilización o el reporte por medios tecnológicos constituye o no una característica principal o necesaria para la prestación de los servicios⁶, en ese sentido, como se ha señalado “la particularidad que represente el teletrabajo, se refiere a la necesidad que las actividades deban realizarse con la utilización de medios telemáticos o tecnologías que permitan la comunicación a distancia, siendo el internet la herramienta más trascendente en cuanto engloba, teléfono, correo, videoconferencias y mensajería instantánea” (Rodríguez, 2015, p. 71). Así, por ejemplo, un trabajador que presta servicios en terreno (fuera de las instalaciones, establecimiento o faena de la empresa) reportando diariamente su actividad vía correo electrónico, no se convierte necesariamente en teletrabajador, por el contrario, si el mismo trabajador para desempeñar sus labores durante su jornada debe contactarse remotamente a un servidor de la empresa, lo lógico sería entender que la utilización de medios tecnológicos es una característica principal o necesaria para el desempeño de sus labores y, por lo tanto,

fácilmente calificable como teletrabajo. En cualquier caso, la línea entre ambas modalidades no parece del todo clara y, eventualmente, deberá existir un trabajo interpretativo de los propios empleadores y trabajadores, la Dirección del Trabajo o inclusive los tribunales de justicia, sin perjuicio que, como veremos, su efecto es menor debido a que normativamente no existen mayores diferencias en la regulación del teletrabajo y el trabajo a distancia.

Por último, a todo lo dicho debe sumarse otra distinción que realiza la propia ley 21.220 a partir de la cual es posible distinguir el trabajo a distancia o teletrabajo de otras situaciones donde, si bien la ejecución de los servicios se realiza fuera de los establecimientos, instalaciones o faenas de la empresa, no existe propiamente ninguna de estas modalidades. Al efecto, más adelante, el nuevo artículo 152 quáter H que regula el lugar de prestación de los servicios en estas modalidades establece en su inciso segundo que “no se considerará trabajo a distancia o teletrabajo si el trabajador presta servicios en lugares designados y habilitados por el empleador, aun cuando se encuentren ubicados fuera de las dependencias de la empresa”⁷.

En consecuencia, no solo se requiere para que se configure el trabajo a distancia o teletrabajo que los servicios sean prestados, total o parcialmente, desde el domicilio del trabajador u otro lugar o lugares distintos

⁵ En la experiencia comparada, el caso de Colombia es especialmente ilustrativo; en efecto, la ley 1221 del año 2008 incorporó dentro de la definición de teletrabajo el uso de las tecnologías de la información y comunicación en los siguientes términos: “Una forma de de organización laboral, que consiste en el desempeño de actividades remuneradas o prestación de servicios a terceros utilizando como soporte las tecnologías de la información y comunicación —TIC— para el contacto entre el trabajador y la empresa, sin requerirse la presencia física del trabajador en un sitio específico de trabajo” (Academia Internacional de Transformación del Trabajo, Capítulo América Latina y el Caribe, 2017). Otro ejemplo lo encontramos en el Acuerdo Marco Europeo de Teletrabajo (AMET) del año 2002, que define teletrabajo como “una forma de organización y/o de realización del trabajo, utilizando las tecnologías de la información en el marco de un contrato o de una relación de trabajo, en la cual un trabajo que podría ser realizado igualmente en los locales de la empresa se efectúa fuera de estos locales de forma regular” (recuperado de: <https://www.uned.ac.cr/viplan/images/acuerdo-marco-europeo-sobre-teletrabajo.pdf> [Fecha de consulta: 26 de junio de 2020]).

⁶ Sobre el particular, dentro de los elementos distintivos del teletrabajo, se ha incluido el denominado “elemento tecnológico o cualitativo”, según el cual “además del trabajo a distancia, el teletrabajo requiere como uno de sus elementos definitorios la utilización intensiva de una determinada tecnología que permita precisamente el desarrollo de una tarea productiva fuera del centro de funcionamiento de la empresa. Estas tecnologías son básicamente las informáticas y las de telecomunicaciones (ejemplo: redes computacionales, correo electrónico, teléfono, videoconferencia, etc.) y posibilitan en la práctica que la prestación de los servicios del trabajador se canalice por estos medios hacia el empleador” (Caamaño, 2010, p. 183).

⁷ Esta referencia se incluía en el inciso final del artículo 152 quáter del proyecto de ley original despachado por el Ejecutivo, en los siguientes términos: “Las normas del presente Capítulo no se aplicarán cuando el trabajador deba prestar servicios en lugares designados y habilitados por el empleador, aun cuando se encuentren ubicados fuera de las dependencias de la empresa o establecimiento” y durante la tramitación de la ley no se realizaron mayores aclaraciones o referencias (Mensaje del Presidente de la República en sesión 57, Legislatura 366 de fecha 8 de agosto de 2018).

de los establecimientos, instalaciones o faenas de la empresa, sino que la propia ley N° 21.220 establece

como condición adicional que este “otro lugar o lugares” no sean designados y habilitados por el empleador.

2. Aspectos contractuales del trabajo a distancia o teletrabajo

En rigor, el trabajo a distancia o teletrabajo no constituye una tipología contractual autónoma, sino que es propiamente un pacto que se celebra dentro del marco del contrato de trabajo, siendo su foco regular ciertos aspectos relevantes para la ejecución de servicios a distancia y no comprender todas las menciones o aspectos que de acuerdo con el artículo 10 del Código debe contener el contrato de trabajo.

En tal sentido, una de las innovaciones más relevantes de la ley N° 21.220 es que otorga un marco normativo específico para la prestación de servicios bajo las modalidades de trabajo remoto, que hasta antes de su dictación, estaba limitada a la posibilidad de excluir de la limitación de jornada a aquellos trabajadores contratados para que presten sus servicios preferentemente fuera del lugar o sitio de funcionamiento de la empresa, mediante la utilización de medios informáticos o de las telecomunicaciones, en los términos del inciso cuarto del artículo 22° del Código del Trabajo, introducido por la ley N° 19.759 del año 2001, que omitió cualquier referencia respecto a los requisitos de este tipo de contratos, condiciones de ejecución u otros elementos esenciales para su aplicación práctica.

En consecuencia, con su dictación, se pone fin a la

discusión en torno a la procedencia, características y alcance de estas modalidades en nuestra legislación⁸, entregando lineamientos concretos respecto a ciertos aspectos mínimos que debe contener todo acuerdo o pacto de trabajo a distancia o teletrabajo y otorgando certezas a empleadores y trabajadores, en línea con la experiencia comparada de otros países que han propendido al mismo objetivo⁹. A continuación, nos referiremos brevemente a aquellos aspectos más relevantes que, en materia contractual, incorpora la ley N° 21.220 en la regulación del trabajo a distancia o teletrabajo.

2.1. Plazos para dar cumplimiento a la ley N° 21.220

La ley N° 21.220 fue publicada el 16 de marzo de 2020, entrando en vigencia a contar del primer día del mes siguientes, es decir, el 1 de abril de 2020, previéndose dos situaciones respecto a su exigibilidad para los empleadores:

a) Contratos o anexos de trabajo a distancia o teletrabajo suscritos con posterioridad al 1 de abril de 2020 (fecha de entrada en vigencia) ya deberían estar ajustados a la nueva normativa.

⁸ Previamente a la dictación de la ley N° 21.220, la discusión radicaba, principalmente, en determinar si en los trabajados desarrollados en forma habitual en el propio hogar o en lugares libremente escogidos por ellos, sin vigilancia ni dirección inmediata del que contrata, daban o no lugar a una relación laboral y, por ende, se encontraban dichas situaciones de hecho reguladas por el Estatuto Laboral o, en su defecto, debía recurrirse a las normas generales del contrato de arrendamiento de servicios inmateriales, regulado en los artículos 2006 a 2012 del Código Civil. Luego, la dictación de la ley 19.759 de 2001 llevó a parte de la doctrina a estimar que el teletrabajo “contaría con una suerte de régimen laboral específico que despejaría la duda de laboralidad que persiste en otras comunidades jurídicas respecto del ejercicio de dicha modalidad”; no obstante, persistía la crítica debido a lo insuficiente de su tratamiento en nuestra legislación. Sobre la evolución de esta figura las discusiones que se suscitaron, véase Rodríguez (2015).

⁹ En Latinoamérica, a modo ejemplar, destaca el caso de Colombia donde el teletrabajo está regulado desde el año 2008 en la ley 1221. Lo mismo Costa Rica que en el mismo año emitió el decreto N° 34704 con el propósito de generalizar la práctica del teletrabajo a todo el sector público. En el caso de México la última reforma a la Ley Federal del Trabajo del año 2015, incluyó aspectos regulatorios vinculados al teletrabajo, y así los ejemplos son variados (Academia Internacional de Transformación del Trabajo, Capítulo América Latina y el Caribe, 2017, p. 37).

b) Contratos o anexos de trabajo a distancia o teletrabajo suscritos con anterioridad al 1 de abril de 2020, la ley prevé un plazo de 3 meses desde su entrada en vigencia, para ajustarse a los términos de la ley N° 21.220. Es decir, el plazo se extiende hasta el 1 de julio de 2020.

De esta forma, tal y como se sugiere, desde el 1 de julio de este año, todos los contratos o anexos de trabajo a distancia o teletrabajo suscritos con anterioridad o durante la vigencia de la ley N° 21.220, deben ajustarse a dicha normativa.

Adicionalmente, debe señalarse que la propia ley prevé, también, que dentro de los quince días siguientes al que las partes acuerden sujetarse a la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo, el empleador deberá registrar electrónicamente el pacto respectivo ante la Dirección del Trabajo, la que remitirá copia al registro de la Superintendencia de Seguridad Social y a los organismos administradores de la Ley N° 16.744.

2.2. Carácter voluntario: reversibilidad de la modalidad

El artículo 152 quáter I incorporado al Código del Trabajo por la ley N° 21.220 contempla la posibilidad de que las partes retomen la modalidad de trabajo presencial, distinguiendo para ello si el trabajo a distancia o teletrabajo se pactó al inicio o en forma posterior. En caso de haberse convenido desde el inicio de la relación laboral, para adoptar la modalidad de trabajo presencial se requiere el acuerdo de empleador y trabajador. En cambio, se prevé que, si el trabajo a distancia o teletrabajo se pactó en forma posterior al inicio de la relación laboral, cualquiera de las partes de manera unilateral, podrá volver a la modalidad de trabajo presencial, dando aviso por escrito a la otra parte con treinta días de anticipación.

El reconocimiento de la posibilidad de dejar sin efecto alguna de estas modalidades está estrechamente

vinculado con el carácter voluntario del trabajo a distancia o teletrabajo¹⁰. En tal sentido, por ejemplo, dentro de las recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo se contempla como un principio fundamental que el teletrabajo tiene que ser una elección voluntaria y no un paso forzado, por lo cual necesariamente es voluntario para la persona y para la empresa en la cual trabaja, pudiendo formar parte de la descripción inicial del puesto de trabajo o incorporarse de forma voluntaria más tarde, reconociéndose expresamente que el teletrabajador tiene derecho a volver al trabajo presencial en los establecimientos de la empresa (OIT, 2011, pp. 17-18). De igual forma, el Acuerdo Marco Europeo de Teletrabajo (AMET) del año 2002 precisa que “si el teletrabajo no forma parte de la descripción inicial del puesto, la decisión de pasar a teletrabajo es reversible por acuerdo individual o colectivo. La reversibilidad puede implicar una vuelta al trabajo en los locales de la empresa a demanda del trabajador o del empresario. Las modalidades de esta reversibilidad se establecerán por acuerdo individual o colectivo”.

La ley N° 21.220, en consecuencia, reconoce la posibilidad de adoptar el trabajo a distancia como algo permanente y desde el inicio del vínculo laboral, como, asimismo, contempla una hipótesis de transición, en la cual se garantiza a las partes que hubieren pactado dichas modalidades durante la vigencia del contrato de trabajo, a volver a condiciones anteriores, bastando para ello, únicamente la notificación con una antelación mínima de 30 días.

2.3. Detalle y contenido de los anexos de contrato y/o regulación del contrato original en caso de no existir una relación previa

En razón del principio de autonomía de la voluntad de las partes y el carácter consensual del contrato de trabajo, el propio artículo 152 quáter G reconoce que las

¹⁰ En la experiencia comparada, los tribunales de justicia se han pronunciado sobre el carácter esencialmente voluntario del teletrabajo, por ejemplo, el Tribunal Supremo de España, en sentencia de fecha 11 de abril de 2005, concluyó que: “la implantación de un sistema de trabajo a domicilio (en este caso de teletrabajo), pasando el trabajador a desarrollar parte de su actividad en su domicilio, en lugar de las oficinas de la empresa, exige la aceptación voluntaria del trabajador, no pudiendo establecerse por acuerdo o convenio colectivo, ni tampoco por modificación de las condiciones de trabajo” (Belzunegui, 2008, p. 141).

modalidades de trabajo a distancia o teletrabajo pueden acordarse tanto al inicio como durante la relación laboral, sea en el contrato de trabajo o en un documento anexo al mismo. El límite que impone es que estos pactos no podrán implicar un menoscabo de los derechos del trabajador, en especial, en su remuneración¹¹.

En rigor, en ambos casos deben incluirse los elementos y condiciones que incorpora la ley N° 21.220, independientemente de si esto se realiza al inicio de la relación laboral o durante su vigencia mediante un anexo contractual¹². La diferencia práctica, en el caso de pactarse el trabajo a distancia o teletrabajo durante la relación laboral, será que muchos aspectos generales del contrato de trabajo, por ejemplo, remuneraciones, funciones, cargo u otros ya estarán regulados, por lo que en algunos casos no será necesario hacer modificaciones.

Pues bien, en cuanto a su contenido, la propia ley N° 21.220 establece que además de las estipulaciones previstas en el artículo 10 del Código del Trabajo, el contrato de trabajo (o anexos posteriores) en que se pacten modalidades de trabajo a distancia o teletrabajo, debe incluir necesariamente los siguientes elementos:

a) La indicación expresa de que las partes han acordado la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo, si es total o parcial y, en este último caso, la fórmula de combinación respectiva.

b) El lugar o los lugares donde se prestarán los servicios o el acuerdo de que el trabajador elegirá libremente

dónde ejercerá sus funciones.

c) El período de duración del acuerdo de trabajo a distancia o teletrabajo.

d) Los mecanismos de supervisión o control que utilizará el empleador.

e) El acuerdo de distribución de jornada o exclusión de la limitación de jornada de trabajo, si corresponde.

f) El tiempo de desconexión.

De estos elementos, revisaremos por separado lo que se refiere a los mecanismos de supervisión y control, el acuerdo de distribución de jornada y el tiempo de desconexión, motivo por el cual, en este punto, únicamente haremos referencia a los restantes: indicación expresa de que las partes han acordado la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo, si es total o parcial y, en este último caso, la fórmula de combinación respectiva; el lugar o los lugares donde se prestarán los servicios o el acuerdo de que el trabajador elegirá libremente dónde ejercerá sus funciones; y, el período de duración del acuerdo de trabajo a distancia o teletrabajo.

2.3.1. La indicación expresa de que las partes han acordado la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo, si es total o parcial y, en este último caso, la fórmula de combinación respectiva

Aun cuando podría parecer evidente que el pacto debe contener el acuerdo de la modalidad escogida, sea trabajo

¹¹ Si bien esta restricción y la alusión expresa que se hace a las remuneraciones, podría llevar a plantear que no es posible pactar una reducción de las remuneraciones al acordar alguna de las modalidades de la ley N° 21.220, creemos que el sentido de la ley es —en una situación de normalidad— evitar que el trabajo a distancia o teletrabajo signifique un menoscabo para el trabajador, lo que no sería extensible a situaciones de anormalidad (por ejemplo la crisis sanitaria) o incluso a otras donde exista una justificación o motivo plausible (por ejemplo pactar una reducción en la jornada o que se distribuya en menos días a la semana).

¹² Es relevante hacer presente que, en atención a las circunstancias actuales derivadas de la crisis sanitaria por el Covid-19, muchos empleadores han simplificado o flexibilizado los criterios para la suscripción de contratos de trabajo y anexos en general. En efecto, entendiendo que solicitar que el trabajador se traslade hasta las instalaciones o establecimiento de la empresa para suscribir la documentación laboral, no se condice con las recomendaciones de la autoridad y que, además, el uso de firmas electrónicas para documentación laboral se encuentra poco masificado, se han buscado otras alternativas. Referido lo anterior, la Dirección del Trabajo mediante el dictamen de trabajo a distancia o teletrabajo precisó en la materia que: “Al respecto, la doctrina de este Servicio contenida, entre otros, en Dictámenes Ord. N° 3161/064, de 29 de julio de 2008 y Ord. N° 789/15 de 16 de febrero de 2015, ha resuelto que en caso de que el empleador tenga implementado un sistema de documentación electrónica, resulta jurídicamente procedente suscribir los señalados documentos haciendo uso de los medios de firma electrónica establecidos en la Ley N° 19.799, entendiéndose por tales cualquier sonido, símbolo o proceso electrónico (correo electrónico), que permita a quien reciba un documento electrónico identificar al menos formalmente a su autor, en tanto su implementación no impida las labores fiscalizadoras de este Servicio y se garantice que el sistema utilizado resguarde que la voluntad manifestada por las partes a través de medios electrónicos corresponda a las mismas, asegurando además que el trabajador guarde constancia física del documento electrónico”.

a distancia o teletrabajo, el objetivo de esta indicación fue establecer expresamente, que las situaciones mixtas, es decir, que combinan trabajo a distancia o teletrabajo con labores presenciales, deben quedar consignadas en el contrato o anexo respectivo.

Referido lo anterior, conviene tener presente que el artículo 152 quáter J de la ley N° 21.220 menciona que “la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo podrá abarcar todo o parte de la jornada laboral, combinando tiempos de trabajo de forma presencial en establecimientos, instalaciones o faenas de la empresa con tiempos de trabajo fuera de ella”.

En cuanto a las fórmulas de combinación, el inciso quinto del artículo apenas citado agrega que “en aquellos casos en que se pacte la combinación de tiempos de trabajo de forma presencial en establecimientos, instalaciones o faenas de la empresa con tiempos de trabajo fuera de ella, podrán acordarse alternativas de combinación de dichos tiempos por los que podrá optar el trabajador, quien deberá comunicar la alternativa escogida con a lo menos una semana de anticipación”.

Como se observa, la ley N° 21.220 prevé distintas situaciones respecto al establecimiento de modalidades de trabajo a distancia o teletrabajo mixtas, es decir, donde éstas se combinan con la prestación de servicios en el establecimiento de la Empresa. Las alternativas, en consecuencia, pueden ser —entre otras— las siguientes:

a) Pactar derechamente que el trabajo a distancia o teletrabajo se ejecutará en ciertos días previamente acordados. Normalmente, en caso de escogerse alguna alternativa mixta (presencial y trabajo a distancia o teletrabajo) se preferirán este tipo de opciones y, en general, es la situación que menos dudas genera para trabajadores y empleadores. A modo de ejemplo, este sería el caso de un trabajador que de lunes a miércoles se desempeña en el establecimiento de la empresa, jueves y viernes en modalidad de teletrabajo desde su domicilio.

b) Pactar que el trabajador podrá optar entre distintas alternativas de distribución. En efecto, según comentamos, la propia ley N° 21.220 permite “acordarse alternativas de

combinación de dichos tiempos por los que podrá optar el trabajador, quien deberá comunicar la alternativa escogida con a lo menos una semana de anticipación”.

Sobre este punto la Dirección del Trabajo ha señalado: “Debemos puntualizar que en el caso en que se acuerde combinar dichos tiempos, las partes podrán acordar alternativas entre las que podrá optar el trabajador, debiendo constar dicha circunstancia en el contrato de trabajo o en el anexo respectivo. El dependiente deberá comunicar a su empleador con, al menos, una semana de anticipación, la alternativa de combinación que ha escogido” (Dictamen ordinario N° 1389/007 de fecha 8 de abril de 2020).

Lo anterior implica la dificultad de tener que establecer previamente las alternativas que podrá escoger el trabajador, lo que no es una tarea sencilla y supone determinar previamente cuáles serán las opciones que podrá escoger el trabajador, sea en el mismo anexo, el Reglamento Interno de Orden, Higiene o Seguridad o cualquier otro documento destinado al efecto.

En síntesis, independientemente de si se acuerda el trabajo a distancia o teletrabajo total o alguna alternativa parcial, dicha circunstancia por disposición expresa de la ley N° 21.220 debe quedar expresamente establecida en el contrato de trabajo o anexo correspondiente.

2.3.2. El lugar o los lugares donde se prestarán los servicios o el acuerdo de que el trabajador elegirá libremente dónde ejercerá sus funciones

Según previene el artículo 152 quáter G del Código del Trabajo, al convenir alguna de estas modalidades las partes deben determinar el lugar donde el trabajador prestará los servicios, que podrá ser el domicilio del trabajador u otro sitio determinado, agregando que, en aquellos casos que la naturaleza de los servicios admita que estos sean ejecutados en distintos lugares, podrán acordar que el trabajador elija libremente dónde ejercerá sus funciones.

Es relevante tener presente lo anterior debido a que, como señalamos, no será trabajo a distancia si los servicios son prestados en lugares designados y habilitados por el empleador, sean al interior de la empresa o fuera de ésta.

Nuevamente las alternativas son variadas, permitiéndose que el lugar donde se prestarán los servicios sea: el domicilio del trabajador u otro sitio determinado¹³ o en ciertos casos que éste sea elegido libremente por el trabajador. La elección no es indiferente, ya que como veremos en materia de seguridad y riesgos, existen distinciones entre aquellas hipótesis donde el trabajador desarrolla sus labores en su domicilio, de aquellas donde lo hace en un lugar que puede elegir libremente¹⁴, debido a que la identificación y prevención de los riesgos será distinta en cada caso.

2.3.3. El período de duración del acuerdo de trabajo a distancia o teletrabajo

Cabe señalar que el propósito de la ley N° 21.220 no era regular el trabajo a distancia o teletrabajo únicamente debido a la crisis sanitaria que vive el país producto de la pandemia por el virus Covid-19, si bien esta circunstancia fue determinante para destrabar el trámite legislativo de la ley; en rigor, se trata de una materia que se ha venido discutiendo largamente¹⁵ e incluso el proyecto finalmente aprobado fue presentado en agosto del año 2018¹⁶. De este modo, lo que se buscó fue adecuar la legislación laboral al uso de los avances tecnológicos y nuevas formas de comunicación, fomentando el máximo desarrollo profesional y personal de los trabajadores.

Con todo, si bien la intención del legislador es que el trabajo a distancia o teletrabajo sean modalidades que se adopten con un cierto grado de permanencia, se reconoce expresamente la posibilidad de limitar su vigencia a un tiempo determinado, debiendo tal circunstancia quedar plasmada en el documento contractual que se suscriba para dicho fin. En efecto, tal y como ha sostenido la Dirección del Trabajo “a propósito de los contenidos mínimos de estos contratos de trabajo, el trabajo a distancia o teletrabajo puede acordarse por un tiempo determinado o de forma indefinida, aspecto que deberá consignarse

al momento de alcanzar el acuerdo respectivo” (Dictamen ordinario N° 1389/007 de fecha 8 de abril de 2020).

Ahora bien, debemos aclarar que tanto la norma como la Dirección del Trabajo omiten precisar de qué forma o qué requisitos debe cumplir el plazo o período de duración que se acuerde, siendo aplicables las normas generales, es decir, lo óptimo será que de su redacción sea posible determinar claramente para ambas partes tanto su inicio como su término.

Por último, en lo relativo a plazos o consecuencias de no escriturar este tipo de pactos, debemos distinguir dos situaciones:

a) El trabajo a distancia o teletrabajo se pacta al inicio de la relación laboral: se aplican las reglas generales relativas a los plazos de escrituración del artículo 9 del Código del Trabajo, es decir, dentro del plazo de 15 días de incorporado el trabajador o de cinco días si se trata de contratos por obra, trabajo o servicios determinados o de una duración inferior a treinta días. En este caso, como ha precisado la Dirección del Trabajo “la no escrituración del contrato de trabajo dentro del plazo fijado por el legislador para estos efectos, implicará que el empleador pueda ser sancionado con una multa a beneficio fiscal de una a cinco unidades tributarias mensuales y, adicionalmente, se presumirá legalmente que son estipulaciones del contrato las que declare el trabajador. Ello en caso de que el empleador no haga uso del derecho que le confiere el inciso 3° del artículo 9 del Código del ramo” (Dictamen ordinario N° 1389/007 del 8 de abril de 2020).

b) El trabajo a distancia o teletrabajo se pacta durante la vigencia de la relación laboral: no aplican los plazos de escrituración señalados anteriormente que solo están previstos para el caso de trabajadores nuevos,

¹³ La referencia de “otro sitio determinado” debe entenderse como cualquier espacio físico en que el trabajador decida ejecutar sus servicios, distinto del domicilio y siempre que no se trate de un lugar designado y habilitado por el empleador, en cuyo caso no se trataría de trabajo a distancia o teletrabajo. A modo ejemplar, el caso de un trabajador que decide trabajar en otra sucursal o establecimiento de la Empresa, por cercanía a su domicilio, no es trabajo a distancia o teletrabajo.

¹⁴ En el contexto de la crisis sanitaria, lo normal será que el lugar donde se presten los servicios en modalidad teletrabajo sea el domicilio del trabajador, para evitar la exposición a factores de riesgo y eliminar contingencias vinculadas al contagio del virus Covid-19.

¹⁵ Por ejemplo, existe un proyecto que buscaba modificar el Código del Trabajo, regulando el contrato de teletrabajo que data del año 2006 (Boletín N°4712-13).

¹⁶ Mensaje de S.E. el presidente de la República N° 071-366 de fecha 8 de agosto de 2018.

sin embargo, conforme al artículo 11° del Código del Trabajo las “modificaciones del contrato de trabajo se consignarán por escrito y serán firmadas por las partes al dorso de los ejemplares del mismo o en documento anexo”, por lo que, de no ocurrir, podría “acarrear multas al empleador conforme a las reglas generales asociadas a este incumplimiento de la normativa laboral” (Dictamen ordinario N° 1389/007 del 8 de abril de 2020).

En lo sucesivo efectuaremos una revisión pormenorizada respecto de los últimos tres elementos que, de conformidad al artículo 152 quáter K del Código del Trabajo, necesariamente debe contener el contrato o anexo de trabajo, a saber: mecanismos de supervisión o control que utilizará el empleador; el acuerdo de distribución de jornada o exclusión de la limitación de jornada de trabajo; y, el derecho a desconexión.

2.4. Supervisión y métodos de control

Sin duda este es uno de los aspectos que mayor preocupación genera en los empleadores, existiendo una aprehensión a adoptar medidas de trabajo a distancia o teletrabajo, en el entendimiento que constituye un debilitamiento de las potestades de dirección, supervisión y fiscalización de las labores que desarrolla el trabajador¹⁷. No es difícil identificar que las modalidades de trabajo fuera del establecimiento, instalaciones o faena de la empresa, implican un quiebre en los modelos de supervisión o

control tradicionales¹⁸, alterando los límites del concepto de subordinación laboral, es decir, “el sometimiento del trabajador a una organización jerarquizadas en la cual el empleador aparece como titular que satisface sus propios intereses y mantiene la decisión última sobre el trabajo” (Irueta, 2014, p. 268) lo que explicaría en parte que, a diferencia de otros países, Chile ha avanzado “paso a paso en la incorporación de esta modalidad laboral, si bien es cierto la sociedad está consciente que las TIC’s y las nuevas generaciones de trabajadores exigen transformaciones en la forma de trabajar, existen barreras culturales y estilos de dirección que han dificultado la incorporación del trabajo a distancia en las organizaciones” (Academia Internacional de Transformación del Trabajo, 2017, p. 36).

A esto se suma que, como es lógico, no es la intención de la ley N° 21.220, ni lo hace, establecer mecanismos o modalidades específicas vinculadas a la supervisión o el control que pueda ejercer el empleador. Por el contrario, la norma destaca que, en general, los trabajadores que se desempeñen en estas modalidades “gozarán de todos los derechos individuales y colectivos contenidos en este Código, cuyas normas les serán aplicables en tanto no sean incompatibles con las contenidas en el presente Capítulo”¹⁹, motivo por el cual, es posible advertir que cualquier medida que se adopte debe ser proporcional, respetando siempre los derechos o garantías constitucionales de los trabajadores y, además, ser conocidas por estos²⁰.

¹⁷ Como se ha señalado: “En el caso del teletrabajo, los mecanismos y espacios de supervisión por parte del empleador no ocurriría en el marco de una relación de subordinación laboral, sino en el marco de una relación de cooperación laboral, donde la coordinación entre trabajador y empleador, así como el autocontrol por parte del trabajador parecieran constituir los pilares centrales de dicha relación. En este sentido, el empleador dejaría de ser aquella parte de la relación laboral que estaría determinando unilateralmente las directivas concernientes al trabajo y controlando su cumplimiento por parte del trabajador, siendo crecientemente el teletrabajador quien determinaría los momentos de reporte acerca de los avances en el servicio requerido. Estos reportes serían, a su vez, complementados por las demandas específicas que el empleador o el contacto vayan estableciendo a lo largo del desarrollo del servicio requerido, las cuales parecieran ser intercambiadas con el trabajador, a la luz de sus propias capacidades y conocimientos” (Departamento de Estudios Dirección del Trabajo, 2005, p. 51).

¹⁸ En un estudio realizado en el año 2006, se identificó que: “El desconocimiento de esta modalidad, la cultura organizacional y el estilo de control y supervisión basada en la desconfianza, influyen en la adopción de esta modalidad en nuestro país. El Teletrabajo en Chile, aún está en su génesis, existen experiencias aisladas en muchas actividades económicas, también existen teletrabajadores independientes que prestan servicios desde sus hogares a empresas, y al no existir una red de teletrabajadores en Chile es difícil conocer cómo realizan su trabajo. Aunque la supervisión de los trabajadores en Chile parece ser paternalista, directa y autoritaria, sería importante evolucionar a una cultura organizacional que permita una supervisión basada en la responsabilidad y confianza para que el teletrabajo pueda ser utilizado en mayor cantidad de empresas, certificando a los teletrabajadores en políticas de confidencialidad y ética” (Salazar Concha y Pacheco Caro, 2006, p. 11).

¹⁹ Artículo 152 quáter G incorporado al Código del Trabajo por la ley N° 21.220.

²⁰ No hay dudas que cualquier medida de control o supervisión para ser lícita, debe ser comunicada al trabajador y ser proporcional, en el sentido de resguardar tanto su derecho a la intimidad como su esfera privada, en atención a las especiales condiciones en que se prestan los servicios bajo estas modalidades (Dictamen ordinario N° 1389/007 de fecha 8 de abril de 2020).

En la práctica, se pueden establecer una serie de mecanismos de control y supervisión, para garantizar la obtención de los resultados esperados por la Empresa. La forma concreta que estos adopten dependerá de la realidad interna y las labores específicas que desarrolle el trabajador en la estructura organizacional, pudiendo identificarse algunas medidas tales como: detallar las funciones, asignar responsabilidades o tareas específicas, horarios formales de trabajo, sistema de reporte diario y designar coordinadores o encargados de solucionar temas críticos que puedan surgir.

Básicamente, a lo que se debe propender es a que el trabajador tenga certeza de sus labores y los plazos en que debe cumplirlas, lo que supone una tarea importante de las jefaturas y recursos humanos para determinar estos criterios, de acuerdo con la naturaleza y características de los servicios prestados. En cualquier caso, actualmente están disponibles herramientas para el control y trabajo colaborativo a distancia, con las que es posible supervisar el teletrabajo y, al mismo tiempo, fomentar el trabajo en equipo, la calidad y el cumplimiento de las metas u objetivos propuestos.

A modo ejemplar, dependiendo de las funciones que desempeñe el trabajador, algunas medidas que se pueden implementar para la supervisión o control son las siguientes:

a) Medidas de organización al interior de la empresa: medir el nivel de responsabilidades o gestiones a realizar por áreas, siendo relevante establecer protocolos, procedimientos o directamente encargados de velar porque no exista una sobrecarga de trabajo en un área específica, equilibrando adecuadamente la carga de trabajo.

b) Implementación de *software*, aplicaciones o medios tecnológicos: en la actualidad existen herramientas tecnológicas que permiten supervisar la labor del trabajador, desde lo más básico que podrían ser reportes diarios o semanales vía correo electrónico, hasta *software*

más avanzados mediante los cuales se puede cuantificar el tiempo dedicado a realizar una tarea determinada. En este caso, su aplicación dependerá finalmente de las labores desarrolladas por el trabajador y, en nuestra experiencia, más que el *software* o medio que se utilice, lo relevante es que exista una buena organización y distribución de las tareas al interior de la empresa.

c) Medidas que aseguren la comunicación y disponibilidad del trabajador dentro de su jornada: en efecto, existen herramientas tecnológicas que actualmente permiten el contacto con los miembros de trabajo de forma virtual, por ejemplo, mediante reuniones por videoconferencia, lo que permite junto con controlar y supervisar el trabajo evitar que se pierda el contacto entre los trabajadores.

d) Medidas para gestionar las tareas: otro método que puede ser fácilmente implementado, es un sistema mediante el cual cada trabajador mantenga un formato para efectos de planificar su agenda y el tiempo que dedica a las diferentes actividades, el cual sea de conocimiento del empleador.

e) Medidas específicas para trabajadores en terreno: en el caso de los trabajadores que se desempeñen bajo la modalidad de trabajo a distancia, existen mecanismos para verificar el cumplimiento de las labores que pueden consistir, por ejemplo: en el envío diario, semanal o mensual del detalle de atenciones/visitas o trabajos realizados; requerir que el cliente o a quién se le preste el servicio deje constancia del trabajo ejecutado; constancias por medios tecnológicos de la labor realizada (planillas, correo electrónico, etc.)²¹.

Con todo, según se esbozó anteriormente, cualquier medida que se adopte para controlar o supervisar la labor de los trabajadores a distancia o teletrabajadores deberá “tomar los resguardos necesarios para no afectar los derechos fundamentales de los trabajadores, esto especialmente considerando que la utilización

²¹ En lo que respecta al sistema georreferenciación a través de GPS, la Dirección del Trabajo ha sido muy restrictiva con su aplicación, estimando que únicamente sería procedente en la medida en que exista una justificación o razón técnica, por ejemplo, como registro de asistencia, pero en ningún caso puede suponer una herramienta de vigilancia del trabajador, por considerar que no sería compatible con el derecho a la intimidad, vida privada y honra de los trabajadores (véase Dirección del Trabajo, dictamen ordinario N° 569 del 30 de enero de 2018). Por lo tanto, cualquier medida de esta naturaleza debe ser revisada previamente y determinar si se ajusta a los criterios establecidos por la autoridad administrativa.

indiscriminada o un ejercicio intensivo de sus facultades bajo un escenario tecnológico podría afectar los límites del espacio personal del trabajador” (Dictamen ordinario N° 1389/007 del 8 de abril de 2020).

Estos límites o restricciones al ejercicio de supervisión o control funcional del empleador sobre la forma y oportunidad en que el trabajador presta sus servicios, pueden derivarse de la protección a sus derechos fundamentales o, incluso, indirectamente a través de otros aspectos contenidos expresamente en la ley N° 21.220 que regula el trabajo a distancia o teletrabajo.

En lo referido al límite derivado de los derechos o garantías de los trabajadores, tales como su intimidad, privacidad, etc., la propia Dirección del Trabajo ha detallado, por ejemplo, que no se ajustaría a derecho instalar dispositivos de control audiovisual como forma de control o vigilancia permanente y continuada, debido a que, a juicio de la Dirección del Trabajo, por su intensidad no sería compatible con la dignidad humana (Dictamen ordinario N° 1389/007 del 8 de abril de 2020 en relación con dictamen ordinario N° 2856/162 del 30 de agosto de 2002). Cabe señalar que no es el caso de las reuniones o videoconferencias, sino que está aludiendo a un control permanente: por ejemplo, que al trabajador se le exigiera mantener su cámara activada durante toda la jornada.

De tal forma, la ley N° 21.220 incorpora otros aspectos que indirectamente constituyen un límite a la actividad de supervisión o control que puede ejercer el empleador sobre las labores del trabajador, siendo las más importantes las siguientes:

a) Extensión y duración de la jornada de trabajo: como veremos, el artículo 152 quáter J de la ley N° 21.220 establece que el trabajo a distancia estará sujeto a las reglas generales de jornada de trabajo contenidas en el Capítulo IV del Libro I, con las excepciones y modalidades establecidas en dicha normativa. Con esto se genera el efecto de que cualquier medida de supervisión o control no podría implicar exigir al trabajador superar los límites y

condiciones establecidas por el Código del Trabajo en lo referente a jornada.

b) Exclusión de la limitación de jornada respecto de los teletrabajadores (art. 22 inc. cuarto del Código del Trabajo): la propia ley dispone que tratándose de teletrabajadores con los cuales se hubiere acordado que estos se encuentran excluidos de la limitación de jornada de trabajo, de conformidad al artículo 152 quáter J del Código del Trabajo, se presumirá que el trabajador está afecto a la jornada ordinaria cuando el empleador ejerciere una supervisión o control funcional sobre la forma y oportunidad en que se desarrollen las labores.

c) Derecho a desconexión: este aspecto novedoso en nuestra legislación, que introdujo la ley N° 21.220, según veremos, asegura un tiempo o período de desconexión de al menos doce horas continuas, y funciona, asimismo, como un límite a la actividad de control o supervisión del empleador, no permitiendo que ésta sea continua o permanente.

Por último, surge la duda atendido el tenor de la ley N° 21.220 que incluye dentro de las estipulaciones mínimas de los pactos de trabajo a distancia o teletrabajo los mecanismos de supervisión o control que utilizará el empleador, qué ocurre con aquellos que se hubieren implementado o ya existieran, pero no se encuentren contenidos en dichos pactos. Se trata de un tema abierto que, probablemente, se vaya resolviendo con los casos concretos que se vayan planteando y lo que eventualmente pueda sostener la Dirección del Trabajo o los tribunales laborales. Misma interrogante sobre su validez se puede plantear respecto de remisiones del propio pacto a otros instrumentos como el Reglamento Interno. Si bien será un aspecto que se irá aclarando, al menos, en una primera aproximación, es posible sostener que, si se trata de un mecanismo de supervisión o control especial, es decir, directamente vinculado con los servicios prestados bajo estas modalidades y, sobre todo, de cierta envergadura, para su implementación y validez debería estar contenido en el pacto correspondiente.

3. De la sujeción a jornada, exclusión de jornada y derecho a desconexión

Esta materia está extensamente tratada en la ley N° 21.220, siendo uno de los elementos centrales a determinar y sobre el que mayores dificultades se generan. A propósito, el artículo 152 quáter J del Código del Trabajo comienza señalando que el trabajo a distancia o teletrabajo, podrá abarcar todo o parte de la jornada laboral, combinando tiempos de trabajo presencial en establecimientos, instalaciones o faenas de la empresa con tiempos fuera de ella, aspecto ya revisado en los acápite anteriores.

Luego, agrega un elemento que es sumamente relevante, al disponer que el trabajo a distancia estará sujeto a las reglas generales de la jornada que están contenidas en el Código del Trabajo. Con esto, está precisando el legislador que el trabajador quedará afecto a las normas sobre duración y distribución de la jornada previstas en los artículos 22 y 28 del Código del Trabajo, como, asimismo, a las que regulan el descanso semanal que se establecen en los artículos 35 y 38 del mismo cuerpo legal.

A continuación, la norma realiza una serie de distinciones, que pueden agruparse de la siguiente forma:

a) Libre distribución de la jornada en los horarios que mejor se adapten a las necesidades del trabajador a distancia. Al efecto, el inciso tercero del artículo 152 quáter J del Código del Trabajo dispone que: “Si la naturaleza de las funciones del trabajador a distancia lo permite, las partes podrán pactar que el trabajador distribuya libremente su jornada en los horarios que mejor se adapten a sus

necesidades, respetando siempre los límites máximos de la jornada diaria y semanal, sujetándose a las normas sobre duración de la jornada de los artículos 22 y 28 y las relativas al descanso semanal del Párrafo 4° del Capítulo IV del Libro Primero”. Lo primero es señalar que esta posibilidad se admite únicamente respecto del trabajador a distancia y no incluye al teletrabajador. Asimismo, se hace mención a la “naturaleza de las funciones” como criterio diferenciador para aplicar o no esta modalidad específica de distribución de la jornada.

b) Exclusión de la limitación de jornada de conformidad al artículo 22 inciso cuarto del Código del Trabajo respecto del teletrabajador²². Sobre el particular, la norma señala: “Con todo, en el caso del teletrabajo las partes podrán acordar que el trabajador quede excluido de la limitación de jornada de trabajo de conformidad con lo señalado en el inciso cuarto del artículo 22. Sin embargo, se presumirá que el trabajador está afecto a la jornada ordinaria cuando el empleador ejerciere una supervisión o control funcional sobre la forma y oportunidad en que se desarrollen las labores”. Nuevamente, debe hacerse la prevención que la norma delimita su ámbito de aplicación, en este caso haciendo alusión sólo al teletrabajador y no al trabajador a distancia. Esto se debe a que efectúa una remisión directa al artículo 22 inciso cuarto del Código del Trabajo, el cual señala que estarán excluidos de la limitación de jornada “los trabajadores contratados para que presten sus servicios preferentemente fuera del lugar o sitio de funcionamiento de la empresa, mediante la utilización de medios informáticos o de telecomunicaciones”.

²² Cabe señalar que al respecto, para que sea procedente la exclusión de jornada del artículo 22 inciso cuarto es necesario que no exista “fiscalización superior inmediata” en la prestación de los servicios, lo que conforme a la doctrina uniforme y sostenida de la Dirección del Trabajo, implica la concurrencia de los siguientes elementos: a) Crítica o enjuiciamiento de la labor desarrollada, lo que significa, en otros términos, una supervisión o control de los servicios prestados; b) Que esta supervisión o control sea efectuada por personas de mayor rango o jerarquía dentro de la empresa o establecimiento; y c) Que la misma sea ejercida en forma contigua o cercana, requisito que debe entenderse en el sentido de proximidad funcional entre quien supervisa o fiscaliza y quien ejecuta la labor (véase, por ejemplo, dictamen ordinario N° 576/8 de 17 de enero de 1991 y N° 594/75 de 7 de septiembre de 2007).

Cabe preguntarse, entonces, si lo anterior significa que no podrá excluirse de la limitación de jornada al trabajador a distancia. Si bien la Dirección del Trabajo nada dice al respecto, creemos que no hay impedimento alguno para ello, al menos por dos razones: (i) la propia norma hace aplicable a los trabajadores a distancia las normas generales sobre distribución de jornada, entre ellas, el artículo 22 inciso segundo del Código del Trabajo, motivo por el cual, estimamos que procederá siempre que se cumplan sus requisitos; (ii) la ley N° 21.220 cuando se remite a lo dispuesto en el artículo 22 inciso cuarto respecto de los teletrabajadores, no incluye a los trabajadores a distancia, debido a que dicha norma sólo se refiere al teletrabajo al incorporar en su parte final “la utilización de medios informáticos o de telecomunicaciones”.

Otro efecto de la ley N° 21.220 al hacer aplicables expresamente las disposiciones generales de la jornada de trabajo contenidas en el Código del Trabajo, es la obligación del empleador de establecer, cuando corresponda, un mecanismo fidedigno de registro de cumplimiento de jornada de trabajo a distancia conforme a lo prescrito en el artículo 33° del mismo Código²³.

Lo anterior ha generado algunas confusiones en los empleadores, debido a que según ha dictaminado la propia Dirección del Trabajo el mecanismo que se implemente debe ser “fidedigno”, por lo que debe tratarse de un sistema previamente autorizado por dicho Servicio, de conformidad a una serie de características técnicas contenidas entre otros en los dictámenes ordinarios N° 1140/27 de 24 de febrero de 2016 y N° 5849/133 de 4 de diciembre de 2017. En consecuencia, no puede el empleador establecer cualquier mecanismo para el registro de asistencia, sino que debe ser uno previamente certificado y aprobado por la Dirección del Trabajo²⁴.

El problema es que muchas empresas no han estimado necesario adquirir un sistema de registro de asistencia

remoto autorizado, con los costos que ello implica y han optado derechamente por modificar la jornada, excluyendo a estos trabajadores de la limitación de jornada y, por lo tanto, de la obligación de registro de asistencia. Si bien esto es algo que hemos observado en la práctica y, en rigor, no existe un impedimento legal para ello, siempre que exista consentimiento de ambas partes, debe tenerse presente que existen dos contingencias: la primera, es que probablemente en estos casos existirá fiscalización superior inmediata, lo que implica que más allá de lo que indique el contrato o anexo en los hechos el trabajador estará sujeto a jornada, lo que podría ser eventualmente fiscalizado por la Inspección del Trabajo; y, la segunda, que un trabajador podría estimar que al estar excluido de la limitación de jornada no está obligado a cumplir ciertos horarios que se esperan de él y estaría justificado para ello. Como se aprecia, se trata de un aspecto que debe evaluarse de acuerdo con la realidad de la empresa y la naturaleza de las funciones que desempeñan los trabajadores a distancia o teletrabajadores.

3.1. Derecho a desconexión

Dentro de los elementos que todo pacto de trabajo a distancia o teletrabajo debe contener, se encuentra, como vimos, el tiempo de desconexión que en la ley N° 21.220 se encuentra regulado en el artículo 152 quáter J que dispone: “Tratándose de trabajadores a distancia que distribuyan libremente su horario o de teletrabajadores excluidos de la limitación de jornada de trabajo, el empleador deberá respetar su derecho a desconexión, garantizando el tiempo en el cual ellos no estarán obligados a responder sus comunicaciones, órdenes u otros requerimientos. El tiempo de desconexión deberá ser de, al menos, doce horas continuas en un periodo de veinticuatro horas. Igualmente, en ningún caso el empleador podrá establecer comunicaciones ni formular órdenes u otros requerimientos en días de descanso, permisos o feriado anual de los trabajadores”.

²³ El artículo 33° del Código del Trabajo señala: “Para los efectos de controlar la asistencia y determinar las horas de trabajo, sean ordinarias o extraordinarias, el empleador llevará un registro que consistirá en un libro de asistencia del personal o en un reloj control con tarjetas de registro”.

²⁴ En la actualidad muchas empresas ofrecen este servicio, las cuales han previamente solicitado la autorización a la Dirección del Trabajo y, por lo tanto, cumplen con los requisitos técnicos exigidos por la autoridad.

Esta figura del derecho a desconexión representa una innovación en nuestra legislación, que fue extraída del derecho comparado, teniendo muchísimo desarrollo en ciertos países, por ejemplo, Francia²⁵. En el caso de Chile, la forma en que fue incluido el derecho a desconexión en la ley N° 21.220 implica un derecho o garantía para el trabajador y un deber u obligación para el empleador, que puede resumirse de la siguiente forma:

a) Los trabajadores a distancia que distribuyan libremente su horario o los teletrabajadores excluidos de la limitación de jornada, no se encuentran obligados (o tienen el derecho) a responder comunicaciones, órdenes u otros requerimientos de parte del empleador durante un período de al menos 12 horas continuas en un lapso de 24 horas.

b) El empleador no puede (o tiene la obligación) establecer comunicaciones o formularles órdenes u otros requerimientos durante el período de desconexión, los días de descanso, permisos o feriado anual de los trabajadores.

Lo que pretende la norma, es que mediante el trabajo a distancia o teletrabajo no se imponga al trabajador la obligación de estar continuamente disponible o que ejecute sus labores en jornadas extenuantes, por sobre los límites legales. En ese sentido, se ha señalado que “como mínimo, las modalidades de pleno ejercicio del derecho a la desconexión deben definir los tiempos de descanso y garantizar su respeto, salvo urgencia que sería por lo tanto deseable definir”, esto permitiría “descartar e impedir cualquier sanción o reproche al trabajador

por no contestar a una solicitud durante el ejercicio de su derecho a descanso” (Cialti, 2017, p. 178) ambos extremos incluidos por la ley 21.220.

Cabe precisar que, si bien la norma hace alusión únicamente al derecho a desconexión de los trabajadores a distancia que distribuyan libremente su horario o teletrabajadores excluidos de la limitación de jornada, esto se justifica debido a que son las únicas hipótesis donde el trabajador no debería tener un horario definido y registrar asistencia. Sin embargo, nada impide que, como medida adicional de prevención, se establezca como política general y aplicable a todos los trabajadores de la Empresa.

En cuanto a su implementación, la ley es sumamente escueta y el dictamen de la Dirección del Trabajo tampoco aclara cómo debe materializarse este derecho a desconexión. Sin perjuicio de la falta de claridad, existen multas concretas y específicas vinculadas a no respetar el derecho a desconexión²⁶. En la práctica será necesario estipular expresamente que se asegurará al trabajador al menos 12 horas de desconexión entre cada jornada de trabajo y establecer medidas, protocolos, procedimientos o instrucciones que permitan asegurar que no se vulnerará el derecho a desconexión de los trabajadores²⁷. En la experiencia comparada existen innumerables ejemplos de medidas que pueden adoptarse en tal sentido, por ejemplo, “establecer una desconexión total y automática, bloquear el acceso a herramientas digitales, dejar las TIC en el lugar de trabajo, recurrir a herramientas tecnológicas de gestión de flujo de los correos electrónicos (envío diferido,

²⁵ La ley francesa N° 2016-1088 de 8 de agosto de 2016 relativa al trabajo, a la modernización del diálogo social y a la protección de las trayectorias profesionales se propone tomar en consideración esta mutación y los problemas que pueden derivarse de ella y reconoce a los trabajadores, a partir del 1 de enero de 2017, un derecho a la desconexión. Sobre la evolución del derecho a desconexión en el derecho francés, véase: Naranjo, 2017, pp. 49-57.

²⁶ Según el tipificador de infracciones de la Dirección del Trabajo que contiene el catálogo de multas y las sanciones asociadas, el no respetar el derecho a desconexión es considerado una falta gravísima que expone a la empresa a multas entre 10 y 60 UTM dependiendo del número de trabajadores de la empresa (documento recuperado en: https://www.dt.gob.cl/portal/1626/articles-108710_recurso_1.pdf).

²⁷ En el caso francés, el derecho a desconexión es abordado como una materia de interés y regulación colectiva, por lo que su regulación concreta dependerá de los acuerdos adoptados en dicho contexto. En este sentido, resulta ilustrativo revisar algunos ejemplos de mecanismos implementados para hacer efectivo el derecho a desconexión: “Por una parte, en el acuerdo Thalès, se opta por poner en marcha acciones de acompañamiento, de formación y de sensibilización, así como la distribución al conjunto de los trabajadores de notas relativas al uso de las TIC. El ANI que pone el acento sobre la importancia del diagnóstico, contempla la posibilidad de realizar una auditoría sobre el uso de las TIC. Por otra parte, de manera más pragmática, en el acuerdo Orange, el derecho a la desconexión reconoce la ausencia de obligación de contestar a correos electrónicos y promueve la función del envío diferido. La empresa Areva se propone establecer ‘un seguimiento específico y regular de los correos electrónicos, así como de su reparto temporal’. Más contundente, el acuerdo Michelin se propone detectar situaciones de riesgos, operando un control remoto de las conexiones fuera del tiempo de trabajo” (Cialti, 2017, p. 170).

redireccionamiento hacia otras personas disponibles y borrar los correos, invitar a volver a escribir, distinguir entre la urgencia del correo, etc.) tomar en cuenta el significativo tiempo de respuesta a los correos electrónicos como carga de trabajo, determinar las relaciones entre ruptura del derecho a la desconexión y el reconocimiento de horas extraordinarias” (Cialti, 2017, p. 179). No cabe duda de que, por el momento, este tipo de medidas o herramientas no son necesariamente exigibles o su ausencia sancionable a partir de la dictación de la ley 21.220, sino que se trata de aspectos que irán evolucionando de acuerdo con

la realidad de cada empresa y al uso masificado que eventualmente podría existir de estas figuras en el futuro.

Asimismo, se recomienda también capacitar o instruir a trabajadores, directivos, jefaturas y mandos medios sobre las implicancias de esta figura, estableciendo nuevas dinámicas dentro de la estructura organizacional que permitan cumplir con los objetivos del derecho a desconexión y de esa forma equilibrar adecuadamente la vida personal y familiar con el trabajo²⁸.

4. Asignaciones o bonos que podrían ser aplicables bajo la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo

En principio, todo lo relativo a bonos, comisiones, tratos o cualquier otra remuneración variable, no debería sufrir mayores modificaciones, principalmente, aquellos vinculados a la productividad del trabajo o ciertos aspectos propios de la prestación de los servicios como la puntualidad, especialidad, esfuerzo, etc., todos los cuales, de permitirlo la naturaleza de los servicios prestados por el trabajador en dichas modalidades, deberían mantenerse. El principio rector de la ley 21.220 en la materia, según se detalla en el artículo 152 quáter G es que “en ningún caso dichos pactos podrán implicar un menoscabo de los derechos que este Código reconoce al trabajador, en especial, su remuneración”.

Teniendo presente lo anterior, buscaremos determinar si producto de la dictación de la ley N° 21.220, deberán contemplarse asignaciones o bonos especiales atendido el trabajo a distancia o teletrabajo convenido. La respuesta es afirmativa y tiene estricta relación con quién asume los costos de los equipos, herramientas y materiales, incluyendo aquellos derivados de su funcionamiento, mantenimiento y reparación, bajo estas modalidades.

Como contexto, debe indicarse que, con la dictación de la ley antedicha se introdujo en el Código del Trabajo un nuevo artículo 152 quáter L, el cual establece expresamente que: “Los equipos, las herramientas y los materiales para el trabajo a distancia o para el teletrabajo, incluidos los elementos de protección personal, deberán ser proporcionados por el empleador al trabajador, y este último no podrá ser obligado a utilizar elementos de su propiedad. Igualmente, los costos de operación, funcionamiento, mantenimiento y reparación de equipos serán siempre de cargo del empleador”.

Como consecuencia de lo anterior, actualmente no existe discusión que es el empleador quien debe asumir tales obligaciones, lo que se extrae del tenor literal de la ley y, por lo demás, es lo que ha concluido la propia Dirección del Trabajo, al precisar que “el responsable de adoptar las medidas que garanticen el normal desempeño de las funciones es el empleador, consecuentemente, de ello se extrae el deber de proporcionar al trabajador los equipos, herramientas y materiales para el trabajo a distancia o teletrabajo, lo que incluirá los elementos de

²⁸ En cuanto a la importancia de las acciones de formación y sensibilización se ha señalado que estas “permiten contemplar la necesidad de pedagogía en cuanto al uso razonable y adecuado de las TIC. Destinadas a trabajadores y directivos, pueden permitir ofrecer soluciones y pautas de comportamiento individuales, comunes y homogéneas a la colectividad de trabajo” (Cialti, 2017, p. 180).

protección personal” (Dirección del Trabajo, Dictamen Ordinario N° 1389/7 de fecha 8 de abril de 2020).

Para dar cuenta de lo anterior, es necesario revisar brevemente en qué consiste la obligación de entrega de herramientas y los costos asociados a su funcionamiento, operación y mantención en la ley N° 21.220, para luego, exponer las eventuales asignaciones o bonos que podrían derivarse de ello.

4.1. Cumplimiento de la obligación de entregar herramientas, equipos y materiales de trabajo y los costos de funcionamiento, operación y mantención en el marco de la ley 21.220

En rigor, si se analiza en detalle, la ley N° 21.220 le impuso al empleador una doble obligación: por un lado, proporcionar a sus trabajadores los equipos, herramientas y materiales necesarios para la ejecución de los servicios en la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo; y, por otro, asumir los costos de funcionamiento, mantenimiento y reparación de equipos. Lo anterior es importante, ya que -como veremos- ambas obligaciones tienen formas distintas de cumplimiento. A continuación, repasaremos cada una de ellas.

4.1.1. Obligación del empleador de proporcionar al trabajador herramientas, equipos o materiales de trabajo

La primera de estas obligaciones tiene como finalidad no imponer al trabajador la carga de conseguir y costear los implementos necesarios para la ejecución de los servicios. En los hechos, esta obligación puede traducirse en distintos elementos, herramientas o equipos dependiendo de la naturaleza de las labores que desempeñe el trabajador.

Cabe aclarar, además, aunque pudiera parecer evidente, que la obligación del empleador es de medios y no de resultados. Es decir, el empleador debe poner a disposición del trabajador los equipos, herramientas y materiales necesarios para ejecutar los servicios convenidos, pero nada impide que el trabajador decida utilizar voluntariamente sus propios medios. Basta a nuestro juicio con acreditar que existió un ofrecimiento,

más no puede obligarse al trabajador a utilizar los medios dispuestos por la Empresa por sobre los personales, salvo que por las exigencias de su trabajo o función sea necesario o recomendable exigirlo.

Respecto a otros elementos que pueda requerir el trabajador, por ejemplo, silla, escritorio, teclado, pantalla, etc., si bien pueden entenderse incluidos dentro de la obligación del empleador de proporcionar herramientas, implementos o equipos de trabajo, su importancia radica, además, en la necesidad de asegurar ciertas condiciones laborales básicas para el trabajador a distancia o teletrabajador, lo que va de la mano con la mitigación de los riesgos y accidentes laborales, lo que será abordado en detalle al tratar el tema.

En consecuencia, creemos necesario definir adecuadamente cuáles serán, más allá de los elementos directamente relacionados a la ejecución de los servicios (*notebooks* o computadores), los implementos que se pondrán a disposición de los trabajadores no sólo para cumplir la obligación del artículo 152 quáter L, sino que, además, para asegurar las condiciones de seguridad y salud durante el trabajo a distancia o teletrabajo.

En concreto, consideramos que esta obligación podría cumplirse entregando directamente al trabajador los equipos, herramientas o materiales de trabajo, o en su defecto, otorgándole una asignación o bono para cubrir dichos gastos o compensar el uso de sus propios implementos de teletrabajo, cuestión que expondremos más adelante.

4.1.2. Obligación del empleador de asumir los costos de operación, funcionamiento, mantenimiento y reparación de equipos

A partir de la distinción que efectuamos, esta obligación se refiere a la exigencia de la ley 21.220 que sea el empleador y no el trabajador quien asuma los costos asociados a la operación, funcionamiento, mantenimiento y reparación de los equipos de teletrabajo.

Precisamente, tratándose de esta obligación es donde se generan las mayores dudas, debido a que

se trata de un tema que –como reconoce la propia Dirección del Trabajo– debe evaluarse caso a caso. Básicamente, a juicio de la autoridad laboral, se deberían incluir los gastos vinculados al “uso de internet, energía eléctrica, alimentación y otros gastos necesarios para el desempeño de las funciones encomendadas por el empleador” (Dirección del Trabajo, Dictamen Ordinario N° 1389/7 del 8 de abril de 2020). Como se observa, se trata de aspectos difícilmente cuantificables y que, finalmente, quedan entregados al arbitrio y acuerdo de las partes.

En tal sentido, estimamos que siempre que la suma sea razonable, no existen riesgos o contingencias asociadas a determinar de común acuerdo, un monto equivalente o cercano a los costos que le significan al trabajador el mantenimiento, reparación o funcionamiento de los equipos, sobre todo si estos fueron entregados por el empleador.

Lo anterior, debido a que el hecho infraccional previsto por el Dirección del Trabajo es el no pago de estos costos de operación sin cuestionar el monto acordado libremente por las partes, en el entendido que respecto de ciertos gastos como, por ejemplo, el internet o la energía eléctrica, es imposible determinar qué porcentaje es destinado al uso directo de los equipos, herramientas o implementos de teletrabajo.

4.2. El pago de un bono o una asignación para cubrir los costos de las herramientas, equipos o materiales de trabajo y su funcionamiento, reparación o mantención

De lo dicho, se puede concluir, que las modificaciones introducidas por la nueva ley, específicamente, en lo referido [a las obligaciones que debe asumir el empleador respecto a las herramientas o equipos de trabajo, implicará la necesidad de establecer una asignación o bono para cubrir dichos sobre costos para el trabajador. De este modo, lo que viene es determinar de qué forma se pueden asumir esas obligaciones y cuáles son las opciones de que dispone el empleador, para ajustarse a la nueva normativa.

4.2.1. *¿Es posible pactar el pago de un bono o asignación que cubra estos costos?*

Evidentemente la forma correcta de cumplir con la obligación de entregar los equipos, herramientas o materiales de teletrabajo, incluyendo sus costos asociados es a través de un bono o asignación.

Así, por lo demás, lo ha señalado la propia Dirección del Trabajo al disponer que: “los costos de operación, funcionamiento, mantenimiento y reparación de equipos serán siempre de cargo del empleador, debiendo destacar que, como ocurre con los costos de operación y funcionamiento, las partes podrán acordar el establecimiento de asignaciones a propósito del uso de internet, de energía eléctrica, alimentación y otros gastos necesarios para el desempeño de las funciones encomendadas por el empleador (...)” (Dirección del Trabajo, Dictamen Ordinario N° 1389/7 del 8 de abril de 2020).

4.2.2. *¿Bono o asignación?*

En la práctica, hemos visto que algunos empleadores asumen el costo de dichos gastos mediante el pago de un bono especial al trabajador, en otros casos, se ha recurrido a la entrega de una asignación de desgaste de herramientas de teletrabajo, en el entendido que lo que se paga es una suma de dinero determinada al trabajador que labora con herramientas de su dominio en compensación del desgaste que éstas puedan experimentar a causa de su uso, que es precisamente la naturaleza que tanto el artículo 41 inciso 2° del Código del Trabajo como la propia autoridad laboral le han otorgado a este tipo de asignaciones.

La ventaja de establecerse como una asignación de desgaste de herramientas y no como un bono o una asignación de otra naturaleza, radica en que ésta no constituye remuneración por disposición expresa del artículo 41 inciso segundo del Código del Trabajo y, en consecuencia, no es imponible. Esto significa que no está gravada con el impuesto de segunda categoría, recibiendo el trabajador su importe íntegro sin deducciones o descuentos.

4.2.3. *¿Qué conceptos debería cubrir e incluir esta asignación?*

En este punto, creemos que es necesario distinguir entre ambas obligaciones.

En efecto, tratándose de la obligación de entregar los equipos, herramientas o materiales de trabajo, no existe impedimento para que la asignación cubra su costo de adquisición, lo que, en todo caso, implicaría que la suma debería ser mayor que en caso de no incluirse. De todas formas, hacemos presente que, esto no será necesario en la medida que el empleador sea el que entrega estos equipos, en cuyo caso será recomendable agregar en el pacto una cláusula que haga referencia a la entrega y a la responsabilidad de cuidado y conservación que recae en el trabajador²⁹.

Por otra parte, en lo referido a la obligación de cubrir los gastos asociados al funcionamiento, operación o mantención de los equipos, en principio, la asignación debería incluir como indica la propia Dirección del Trabajo todos los gastos asociados como internet, luz, fotocopias o impresiones, entre otros. Asimismo, recomendamos regular que ocurrirá con gastos extraordinarios en los que deba incurrir el trabajador vinculados al mantenimiento o reparación, por ejemplo, ante un desperfecto en el equipo entregado por la empresa o la compra de una licencia o *software* requerido para la ejecución de los servicios.

4.2.4. *¿Cuál debe ser el valor o el monto de esta asignación?*

Como adelantamos, la determinación de la suma a pagar por este concepto quedó entregada a la voluntad de las partes, siendo imposible definir una suma exactamente equivalente al gasto de electricidad, internet u otros elementos asociados al trabajo a distancia o teletrabajo.

En la materia, lo único que ha exigido la Dirección del Trabajo en general respecto de las asignaciones de desgaste de herramientas, es que su monto sea razonable y prudente en atención a la finalidad para la que ha sido establecida³⁰, es decir, que guardan relación con el costo real o aproximado de reemplazo o reparación de las herramientas o implementos de trabajo (en este caso teletrabajo)³¹.

Finalmente, nos parece que debe prevalecer un criterio de razonabilidad. En tal sentido, si la suma es muy baja podría estimarse que no alcanza a cubrir los gastos en los que presumiblemente incurriría el teletrabajador y podría ser cuestionada en el futuro.

²⁹ Del mismo modo existe la posibilidad de implementar entregas en leasing o asignar directamente el equipo y descontar mensualmente un valor determinado al trabajador. Todas medidas que deben evaluarse caso a caso y requieren un análisis más detallado de la realidad de la empresa y deben cumplir ciertas condiciones particulares.

³⁰ La legítima preocupación de la Dirección del Trabajo es que mediante este tipo de asignaciones no imponibles se abulten ficticiamente las remuneraciones del trabajador, por ejemplo, estableciendo una asignación de desgaste de herramientas muy alta y que no tenga un correlato en la realidad.

³¹ Si bien la Dirección del Trabajo, por lo reciente de la ley 21.220 no se ha pronunciado sobre las asignaciones de desgaste de herramientas propias del teletrabajo, si lo ha hecho en otras oportunidades sobre otros implementos. Véase, por ejemplo, dictamen ordinario N° 1367 de fecha 30 de marzo de 1998.

5. Aplicabilidad de la Ley N° 16.744 del seguro de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales

5.1. Marco general: el deber de protección del empleador en la ley N° 21.220

La ley N° 21.220 contempla una serie de normas vinculadas con los riesgos y la seguridad en las modalidades de trabajo a distancia o teletrabajo, las que de conformidad a lo dispuesto en los artículos 152 quáter M y N del Código del Trabajo, imponen al empleador un conjunto de obligaciones concretas vinculadas con su deber general de protección establecido en el artículo 184 del Código del Trabajo, estas son —entre otras— las siguientes:

a) En primer lugar, el empleador está obligado a hacer entrega al trabajador de los elementos de protección personal para el desempeño del trabajo a distancia y el teletrabajo, los que deben ser específicos para el tipo de riesgo y el trabajador se encuentra obligado a utilizarlos, conforme a lo dispuesto por el artículo 53 del D.S. N° 594 de 1999 del Ministerio de Salud.

b) Si los servicios se prestan desde el domicilio del trabajador u otro lugar previamente determinado, el empleador debe comunicar al trabajador las condiciones de seguridad y salud que el puesto de trabajo debe cumplir, debiendo velar por el cumplimiento de dichas condiciones. No obstante, se requiere autorización del trabajador para que el empleador ingrese a su domicilio. El empleador podrá requerir al organismo administrador del seguro social contra accidentes del trabajo y enfermedades profesionales al que esté adherido que, previa autorización del trabajador, ingrese al domicilio de éste e informe si el puesto de trabajo cumple con las condiciones de seguridad y salud señaladas en las normas vigentes sobre la materia.

c) El empleador debe informar por escrito al trabajador, acerca de los riesgos que entrañan sus labores, las medidas preventivas y los métodos de trabajo correctos, aplicables en cada caso en particular.

d) En forma previa al inicio de las labores a distancia o teletrabajo, el empleador deberá efectuar una capacitación al trabajador acerca de las principales medidas de seguridad y salud para el desempeño de sus labores. Esta capacitación también puede ser encargada por el empleador al organismo administrador del seguro de la ley N° 16.744.

Como se observa, se trata de obligaciones específicas vinculadas con la prevención de accidentes y enfermedades de origen laboral, que pudieran producirse durante la vigencia del trabajo a distancia o teletrabajo. Si bien podría estimarse que se trata de cuestiones generales con poca aplicación práctica, agrega la ley N° 21.220 que, en todo lo demás, deberá remitirse al Reglamento que se dictará al efecto y que determinará las condiciones específicas de seguridad y salud a que deberán sujetarse los trabajadores que se desempeñen bajo las modalidades descritas en este nuevo cuerpo legal, que debe dictarse dentro del plazo de 30 días siguientes su publicación en el Diario Oficial.

5.2. Accidentes del trabajo o enfermedades profesionales en el marco del trabajo a distancia o teletrabajo

En la materia, la ley N° 21.220 y demás normativa complementaria, no significó mayores innovaciones, debido a que se mantiene el criterio general, por el cual, se considerará accidente del trabajo³² toda lesión que

³² En lo que respecta a los accidentes de trayecto, esto es, los ocurridos en el trayecto directo entre el lugar de trabajo y la habitación y viceversa, además de aquellos producidos en el desplazamiento entre dos lugares de trabajo de empleadores distintos, no haremos mayores distinciones, sin perjuicio de lo cual, por razones obvias normalmente no tendrán lugar en aquellos casos en que se pacte el teletrabajo desde el domicilio del trabajador. Es importante tener presente que, en general, la distinción entre accidentes de trabajo o de trayecto, cobra relevancia porque estos últimos no afectan la tasa de la siniestralidad de la empresa, por lo que no se gravará su cotización adicional para el seguro de accidentes del trabajo.

sufra un trabajador a causa o con ocasión del trabajo, y que le produzca la incapacidad o muerte, teniendo la cobertura del Seguro de la Ley N° 16.744 en la medida que éstas se produzcan con ocasión de las labores que se ejecuten bajo la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo.

Por el contrario no serán accidentes del trabajo, los que no ocurran de forma directa, o bien, indirecta o mediata, pero en todo caso indubitable, como, por ejemplo, aquellos siniestros que ocurran mientras el trabajador realiza labores de limpieza del hogar, cocina, reparaciones u otros de similar naturaleza, en cuyo caso no gozarán de la cobertura del Seguro de la Ley N° 16.744.

Misma conclusión se sigue respecto de las enfermedades profesionales, que son aquellas causadas de manera directa por el ejercicio de la profesión o del trabajo que realiza el trabajador y que le produzca incapacidad o muerte. En todo caso, será necesario que exista, como ocurre en la generalidad de los casos, una relación causal entre el quehacer laboral y la patología que provoca la invalidez o causa la muerte, de acuerdo con lo prevenido en el D.S. N° 109 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social del año 1968.

Ahora bien, en ambos casos, será una cuestión que deberá evaluarse caso a caso, manteniéndose el

mismo criterio entorno a que la atribución de calificar los accidentes y enfermedades que podrían tener alguna relación con el trabajo compete exclusivamente a los Organismos Administradores del seguro social contra accidentes del trabajo y enfermedades profesionales de la Ley N° 16.744, lo anterior, sin perjuicio de las facultades de la Superintendencia de Seguridad Social en última instancia, de acuerdo al procedimiento de reclamación contenido en el artículo 77 del mismo cuerpo legal. En efecto, en este tipo de modalidades, sobre todo los accidentes del trabajo, estarán usualmente vinculados a situaciones domésticas que serán de difícil acreditación, sin que tenga mayor injerencia el empleador.

Lo que si será muy importante, es lo relativo a la eventual responsabilidad que se le pretenda atribuir al empleador en la ocurrencia del accidente del trabajo o la enfermedad profesional, en cuyo caso será esencial poder acreditar el cumplimiento de las medidas de seguridad y prevención, tanto respecto al lugar de trabajo como de entrega de elementos de protección personal, matrices de riesgo, evaluación de riesgos y, en general, todos los aspectos que contempla la ley N° 21.220 y eventualmente el Reglamento antedicho, normativa sumamente exigentes en lo referido al deber de cuidado que pesa sobre el empleador, en los casos que se pacte alguna de estas modalidades.

6. Los sindicatos en la ley N° 21.220

Como ha precisado la Dirección del Trabajo los trabajadores en estas modalidades gozan de todos los derechos individuales que les reconoce el Código del Trabajo, en la medida que no sean incompatibles con la regulación del contrato a distancia y el teletrabajo, motivo por el cual, el legislador habría incluido en el artículo 152 quáter Ñ “el deber del empleador informar por escrito al trabajador la existencia o no de sindicatos legalmente constituidos en la empresa al momento del inicio de las labores, agregando que en caso que se constituya una o

más de tales organizaciones con posterioridad al inicio de la prestación de servicios bajo las modalidades indicadas, tal información deberá ser proporcionada dentro de los diez días siguientes de recibida la comunicación establecida en el artículo 225 del Código del Trabajo” (Dirección del Trabajo, Dictamen Ordinario N° 1389/7 del 8 de abril de 2020).

En concreto, la única obligación que agrega la ley N° 21.220 respecto a los sindicatos es el deber de informar

básicamente dos circunstancias: informar al momento del inicio de las labores la existencia o no de sindicatos legalmente constituidos y en el caso que se constituyan con posterioridad, dar aviso al trabajador dentro de los 10 días siguientes de recibida la comunicación establecida en el artículo 225 del Código del Trabajo.

Nada dice la ley o aclaró la Dirección del Trabajo, respecto al ejercicio de la labor sindical y las restricciones que

impone la prestación de servicios bajo estas modalidades, lo que evidentemente supondrá establecer mecanismos idóneos para que exista una adecuada comunicación entre los Sindicatos y sus afiliados, cuestión que no le incumbe implementar al empleador y será probablemente revisada por la autoridad administrativa a medida que vayan surgiendo consultas y casos problemáticos en la materia.

7. Teletrabajo en contingencia

No cabe duda de que la crisis sanitaria producida por la pandemia por Covid-19 desde inicios del año 2020 ha precipitado en Chile y en el mundo la adopción de modalidades de trabajo a distancia, sobre todo, teletrabajo, atendidos los impedimentos impuestos por la autoridad para el libre desplazamiento de bienes y personas, además de la prohibición de funcionamiento de ciertos sectores productivos que no se consideran esenciales.

En cualquier caso, debe aclararse que la ley N° 21.220 está pensada para condiciones de normalidad y naturalmente todas sus disposiciones tienen la intención de permanencia, buscando regular el trabajo a distancia o teletrabajo que se acuerda en tiempos de normalidad. Por lo tanto, no se incluyen normas de excepción o que maten sus efectos debido a la crisis sanitaria, debiendo cumplir íntegramente el empleador con sus obligaciones, independientemente de las circunstancias actuales.

En otras palabras, el estado de excepción no implica que el empleador pueda desatender las obligaciones derivadas de la ley N° 21.220 o incluso estimar que, al ser el trabajo a distancia o teletrabajo una medida temporal, no es necesario regular expresamente esta situación. En ese sentido, el riesgo de la imposición de multas es una realidad, debido a que es el propio legislador quien, en la ley antedicha, le entrega la facultad de fiscalización del cumplimiento de los acuerdos de trabajo a distancia

o teletrabajo a la Dirección del Trabajo, sin perjuicio de aquellas conferidas a otros servicios del Estado.

En este contexto, existe una contingencia cierta de fiscalización e imposición de multas de parte de la Inspección del Trabajo, a instancia de algún reclamo formulado por un trabajador o directamente por la visita inspectiva de la autoridad laboral, considerando —como se expuso— que todos estos acuerdos deben registrarse electrónicamente. Es más, desde la Dirección del Trabajo han adelantado que esta materia va a ser fuertemente fiscalizada, incluyéndose dentro del tipificador de infracciones una serie de sanciones vinculadas al trabajo a distancia o teletrabajo.

En efecto la versión actualizada al 1 de junio de 2020 del tipificador de infracciones incluye un nuevo capítulo 44 “del trabajo a distancia y teletrabajo” vigente desde el 1 de abril y sancionable desde el 1 de junio de 2020, incorporándose al catálogo una serie de hechos infraccionales vinculados con la ley N° 21.220, que abarcan la mayoría de sus materia, por ejemplo, no constar el pacto por escrito, no indicar el lugar de prestación de los servicios, no entregar herramientas de trabajo, no regular el derecho a desconexión, entre otras.

Por último, hay que recalcar que la importancia de regular el trabajo a distancia o teletrabajo, aún en el contexto actual, radica en la necesidad de establecer

reglas claras respecto a la ejecución de los servicios, la forma en que éstos serán prestados, lo que se espera de cada trabajador y evitar problemas en el futuro. Del mismo modo, debe propenderse a que estas modalidades, aún de implementarse temporalmente, permitan al trabajador conciliar adecuadamente su vida personal con el trabajo, estableciendo límites y respetando ciertas garantías

básicas de ambas partes. Ligado a lo anterior, no existe ninguna razón que permita eliminar o mitigar el deber de cuidado del empleador, incluso durante la pandemia, por lo que se vuelve esencial informar a los trabajadores sobre los riesgos laborales y adoptar todas las medidas de seguridad y prevención que exige la autoridad.

Referencias

- Academia Internacional de Transformación del Trabajo, Capítulo América Latina y el Caribe (2017). Recuperado de: <https://www.ita-lac.org/wp-content/uploads/2019/ITALAC-INFORME-ESTADO-DEL-TELETRABAJO-EN-LATINO-AMER%C3%8DCA-2017.pdf> [Fecha de consulta: 29 de junio de 2020]
- Acuerdo Marco Europeo de Teletrabajo (AMET). (2002). Recuperado de: <https://www.uned.ac.cr/viplan/images/acuerdo-marco-europeo-sobre-teletrabajo.pdf> [Fecha de consulta: 26 de junio de 2020].
- Belzunegui Eraso, A. (2008). Teletrabajo en España, acuerdo marco y administración pública. *Revista Internacional de Organizaciones (RIO)*, (1), 129-148.
- Caamaño Rojo, E. (2010) El Teletrabajo como una alternativa para promover y facilitar la conciliación de responsabilidades laborales y familiares. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 33, 79-105.
- Cialti, P.-H. (2017). El derecho a desconexión en Francia: ¿Más de lo que parece? *Temas laborales. Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 137, 163-181.
- Departamento de Estudios Dirección del Trabajo (2005). *Trabajo a domicilio en el siglo XXI Tres miradas sobre el teletrabajo*. Cuaderno de investigación N° 26. Santiago de Chile: Gobierno de Chile.
- Irureta Uriarte, P. (2014). La noción jurídica de empleador ante el derecho del trabajo. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 42, 251-282.
- Naranjo Colorado, L. (2017). Vicisitudes del nuevo derecho a la desconexión digital: Un análisis desde la base del derecho laboral. *Saber, Ciencia y Libertad*, 12 (2), 49-57.
- Organización Internacional del Trabajo. (2011). *Manual de buenas prácticas en teletrabajo*. Buenos Aires: Oficina Internacional del Trabajo, Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, Unión Industrial Argentina. Recuperado de: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-buenos_aires/documents/publication/wcms_bai_pub_143.pdf [Fecha de consulta: 26 de junio de 2020].
- Organización Internacional del Trabajo. (2016). *Las dificultades y oportunidades del teletrabajo para los trabajadores y empleadores en los sectores de servicios de tecnología de la información y las comunicaciones (TIC) y financieros: Documento Temático para el Foro de diálogo mundial sobre las dificultades y oportunidades del teletrabajo para los trabajadores y empleadores en los sectores de servicios de TIC y financieros*. Ginebra: Departamento de Políticas Sectoriales.
- Rodríguez Reyes, I. (2015). Análisis jurídico a la figura del trabajo a distancia. *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 6 (11), 62-92.
- Salazar Concha, C. y Pacheco Caro, L. (2006). Teletrabajo en Chile: el caso de la asociación chilena de empresas de tecnología de la información, ACTI. *Revista de Ingeniería Informática*, 13. Recuperado de: <http://inf.udec.cl/~revista/ediciones/edicion13/articulo%2013-1.pdf> [Fecha de consulta: 30 de junio de 2020].

**Pablo
Manterola
D.***

**Universidad
Católica del
Norte, Chile**

pablo.manterola@ucn.cl

**Fernández del Pozo, Luis (2018):
*La paralización de los órganos sociales en las
sociedades de capital*. Madrid, Marcial Pons.
272 páginas**

En derecho societario, con frecuencia se estudian los abusos de la mayoría sobre la minoría; ocasionalmente, el abuso que la minoría puede ejercer en ciertos casos; pero rara vez reciben atención los conflictos en las sociedades de control paritario, en que no hay mayoría ni minoría, y que son el objeto de *La paralización de los órganos sociales en las sociedades de capital*. Luis Fernández del Pozo suma así una monografía más a sus numerosas publicaciones en derecho societario, fruto del estudio y de su experiencia como titular del Registro Mercantil XIV de Barcelona.

Como indica su nombre, en las sociedades de control paritario ningún accionista controla la sociedad sino junto a otro accionista. El ejemplo más obvio es la sociedad con dos accionistas que poseen el 50% del capital cada uno, pero hay control paritario en cualquier sociedad en que cada accionista tiene un poder de veto. En estos casos hay una propensión al bloqueo de los órganos, especialmente de la junta de accionistas, lo que en la Ley española de Sociedades de Capital es causal de disolución. El lector chileno puede acercarse a este trabajo sin temor a encontrarse con algo ajeno a nuestro medio, porque, si bien la Ley de Sociedades Anónimas chilena no considera una causal de disolución semejante a la española, los problemas que plantea el control paritario son los mismos.

El control paritario es el hilo conductor que guía al autor a través de una variedad de temas, que se refleja en el plan de la obra. El Capítulo I, que sirve de introducción, describe los conflictos en la sociedad de control paritario y los contextualiza en el sistema de tipos societarios. Los conflictos que se suscitan en las sociedades de personas, si bien son distintos, se hallan en continuidad con los que se producen en las sociedades de capital, para las cuales se encuentra prevista la causal de disolución por paralización. Se ofrece además una perspectiva comparada, indicando las diferencias y semejanzas que existen entre los distintos ordenamientos tanto de derecho continental como de derecho anglosajón.

El Capítulo II emprende un estudio crítico de la paralización de los órganos societarios como causal de disolución. El autor describe varias falencias de la regulación de la ley española, que da lugar a una propuesta de reforma legal que se ofrece en el Capítulo VI: un insuficiente reconocimiento de la autonomía de la voluntad, la ausencia de mecanismos que prevengan la disolución tales como un trámite de conciliación obligatoria, y —más de fondo— el que no se reconozca que la disolución debiera considerarse una medida de *ultima ratio*, punto que amerita un comentario.

* El trabajo fue preparado durante los estudios de doctorado del autor, financiados por CONICYT (CONICYT-PCHA/Doctorado Nacional/2016-21160198).

El conflicto entre accionistas, que se hace tan nítido en una sociedad de control paritario, es a veces un problema de dirección de la empresa no susceptible de un juicio valorativo. Sin embargo, con más frecuencia obedece a un incumplimiento contractual de uno de los accionistas, y en todo caso es un clima propicio para el surgimiento de incumplimientos, y, desde este punto de vista, debe tratarse la disolución (o la solución que cada ordenamiento provea). El autor reconoce la conveniencia de esta perspectiva (por ejemplo, pp. 23-25), pero algunos pasajes se prestan a duda. Así, considera la paralización es una situación objetiva (pp. 40-43), y omite referirse a que puede no ser fruto del azar sino de una específica previsión contractual, como el ejercicio de un veto. Del mismo modo, fundado en un “principio de conservación de la empresa” (p. 57), defiende la prioridad de la venta como unidad económica o la separación o exclusión del socio, cuando la cuestión debiera quedar confiada a la regla contractual manifestada o, en su defecto, integrada. La disolución de la sociedad no es de *ultima ratio*, sino un remedio más —con sus propios presupuestos de ejercicio— a disposición de los accionistas.

Ante la paralización de los órganos, la ley española solo reconoce la disolución, pero con frecuencia las partes prevén otros remedios. El autor ofrece en los Capítulos III y IV una exposición de cláusulas, consagradas en los estatutos o en pactos de accionistas, a través de las cuales se adoptan mecanismos de salida y se solucionan preventivamente las situaciones de bloqueo. Existe una amplia variedad, que va desde los pactos de voto dirimente hasta la de duelo, pasando por las causales convencionales de separación o exclusión de accionistas.

El autor incluye los pactos de venta conjunta: la cláusula de acompañamiento o *tag along*, que otorga a un accionista el derecho de adherirse a la venta que efectúe otro accionista a un tercero, y la de arrastre o *drag along*, que impone a un accionista la obligación de adherir a la venta de sus acciones a un tercero, a su requerimiento. Estos pactos evitan, respectivamente, el riesgo de expropiación a que se ve expuesto el minoritario, por una salida anticipada e ineficiente del mayoritario; y el riesgo

de extorsión que corre el mayoritario, cuando el minoritario obstruye una liquidación eficiente de la empresa. Estos conflictos caen fuera del objeto de estudio que se ha propuesto el autor, pues suponen una relación asimétrica, y, típicamente, la presencia de un controlador, de forma que, a mi juicio, su inclusión en el libro pudo omitirse. Además, en el medio español ya existen estudios sobre estas complejas cláusulas —y sobre su más compleja aplicación—. Lamentablemente, entre estos no aparece citado el de Nuria Bermejo y Maribel Sáez, que describe sintéticamente la función que cumplen estas cláusulas en las relaciones entre accionistas: “Inversiones específicas, oportunismo y contrato de sociedad. A vueltas con los pactos de *tag* y de *drag-along*”, en Indret, 1/2007.

La cláusula de duelo, abordada en el Capítulo IV, constituye en cambio una solución adecuada a los conflictos de accionistas en la sociedad de control paritario, especialmente cuando es participada por mitades. En virtud de este pacto (también llamado de ruleta rusa), ante el bloqueo de los órganos, un accionista deberá hacer al otro una oferta alternativa de venta de su participación, o de compra de la otra, ambas a un mismo precio. El otro accionista podrá aceptar la oferta de compra o la de venta, de modo que el oferente tenderá a fijar el precio en que realmente valora la participación, y se logra que conserve la empresa aquel inversionista que más la valora. El autor analiza en detalle esta cláusula, sin ignorar una abundante bibliografía económica e incluso matemática, pues la cláusula de duelo —y, en general, las distintas formas de subasta— ha sido fecundamente tratada desde esas disciplinas.

El Capítulo V aborda la arbitrabilidad de los conflictos en la sociedad de control paritario: desde la posibilidad de remitir a un tercero la decisión de los órganos paralizados, pasando por la declaración de la disolución, hasta llegar al nombramiento del liquidador y a la liquidación misma. El tema de este capítulo parecerá inútil al lector chileno, pues el arbitraje forzoso de los conflictos societarios hace superfluas las preguntas que plantea. Sin embargo, no carece de cierto interés, y no solo teórico.

El ordenamiento español trata la disolución por la paralización de los órganos societarios como un procedimiento no contencioso, lo que resulta llamativo, porque el bloqueo supone un conflicto societario. Sin embargo, ¿existe una controversia de trascendencia jurídica cuya resolución exija un proceso, cuando en una sociedad de control paritario no se logra acordar las decisiones necesarias para la dirección de la empresa? Fernández del Pozo así lo afirma, pues se trata de un auténtico conflicto jurídico, aunque —como indica en un pasaje— “de baja intensidad-contenciosa” (p. 209). Se relativiza así la distinción entre arbitraje (heterocomposición de conflictos de trascendencia jurídica) y arbitrio de tercero (heterointegración de negocios jurídicos incompletos). Ya Díez-Picazo, en su clásica monografía *El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos* (1957, Bosch), había afirmado que en ambas instituciones existe un *juicio*, entendido este concepto en forma amplia (pp. 118-122), pero Fernández del Pozo va más lejos, pues una cosa es situar estos fenómenos en continuidad, y otra es prescindir de una bien fundada distinción (en ambos casos hay juicio, pero no una controversia). El problema, que no puede ser resuelto aquí, se traduce, por ejemplo, en un distinto régimen de impugnación de la decisión del tercero. Si el conflicto que suscita la adopción de decisiones en los órganos de la sociedad de control

paritario se considera una controversia jurídica, la decisión del tercero quedará sujeta al régimen de impugnación de los laudos; si, en cambio, es una mera divergencia sobre la adecuada dirección de la sociedad, entonces la decisión del tercero será generalmente impugnabile ante el (verdadero) árbitro societario, por inequidad manifiesta.

El trabajo contiene además varios anexos intercalados entre los capítulos, en que se tratan cuestiones más específicas, se reseña alguna sentencia de interés o se ofrece una redacción de las cláusulas de prevención del bloqueo. Esta disposición de capítulos y anexos e agradece, pues permite al lector interesado distinguir el núcleo del trabajo de lo que, siendo relevante, es accesorio.

Las puntuales críticas que en esta recensión han quedado esbozadas, junto a otras que podrían sumarse, nada dicen contra el valor del libro, y mucho a favor de su interés. Es un estudio útil para entender los conflictos entre accionistas, quizás el tema central —junto a los deberes del directorio— del derecho de las sociedades de capital.

**María
Ignacia Vial
Undurraga**
Universidad de los
Andes, Chile
mivial@uandes.cl

Zuloaga, Isabel (2019). *Reliance in the Breaking-Off of Contractual Negotiations: Trust and Expectation in a Comparative Perspective*. Cambridge, R. Unido: Intersentia, 254 pp.

Isabel Zuloaga es profesora investigadora de Derecho Civil en la Universidad de los Andes (Chile), ha sido profesora de Derecho Comercial en la Pontificia Universidad Católica de Chile e investigadora visitante en el Instituto Max Planck de Hamburgo. Tiene un *MJur* y un *DPhil* de la Universidad de Oxford, Reino Unido. Es además miembro del *British Institute of International and Comparative Law* (BIICL) y de la *International Bar Association* (IBA). Isabel Zuloaga ha dedicado su investigación a la responsabilidad precontractual en el derecho civil chileno y comparado; en esta área, ha publicado el libro *Teoría de la Responsabilidad Precontractual. Aplicaciones en la formación del Consentimiento en los Contratos* (3ª Ed., Legal Publishing, 2008) y la presente obra, que recoge su investigación doctoral.

Reliance in the Breaking-Off of Contractual Negotiations analiza, desde una perspectiva comparada, las bases teóricas que han permitido el desarrollo de la responsabilidad precontractual en el derecho privado. Para ello selecciona una causal específica, la de ruptura unilateral de negociaciones preliminares, acotada a un caso paradigmático. Esto permite a la autora profundizar adecuadamente en el estudio de

“la confianza” (*reliance*) como el elemento base y justificante de la responsabilidad precontractual en los tres sistemas jurídicos de derecho codificado que analiza —el sistema alemán, chileno y francés—, y contrastar sus resultados con las soluciones legales del sistema jurídico inglés, tradicionalmente reacio a aceptar la responsabilidad precontractual, por privilegiar la libertad de las partes para desistirse de sus negociaciones contractuales en todo momento y por cualquier causa.

El caso paradigmático, elegido por la autora, que sí origina derecho a indemnización en los tres sistemas de derecho codificado investigados, pero no en el sistema inglés, consiste en un caso de negociaciones preliminares en las que no se ha celebrado aún ningún contrato o documento preliminar vinculante para las partes, pero en el que la parte afectada ha incurrido en gastos, confiando en la expectativa de celebrar el futuro contrato, alimentada por las afirmaciones y actuaciones de la contraparte, quien termina las negociaciones unilateralmente, comunicando a la parte afectada su intención de no celebrar el contrato negociado; todo ello, sin intención de dañarla.

La investigación de la autora pretende probar la hipótesis de que si se adopta la obligación de respeto de la confianza recíproca entre las partes negociadoras de un contrato, como base de su responsabilidad precontractual, dejando de lado su obligación de actuar de buena fe, que no está reconocida como principio general en el derecho inglés, es posible otorgar indemnización también en este derecho por los daños precontractuales causados en el caso paradigmático, en términos equivalentes a los otorgados en los otros tres sistemas jurídicos de derecho codificado comparados.

Para probar su hipótesis, la autora profundiza en el concepto de la confianza mutua que se da entre las partes en una negociación contractual y que puede verse violada por el quiebre unilateral de esa negociación. Ella estima necesario distinguir entre dos tipos o dimensiones de esta confianza: la confianza basada en la credibilidad en general, que debe existir entre las partes negociadoras de un contrato (*trust-based reliance*) y la confianza basada en las expectativas específicas de celebración del contrato prometido, creadas por la parte que quiebra la negociación precontractual (*expectation-based reliance*). Concluye, entonces, que en los sistemas jurídicos alemán, chileno y francés, el primer tipo de confianza, basada en la credibilidad de las partes, se fusiona con el principio general de la buena fe contractual, y que el segundo tipo de confianza, basada en las expectativas específicas creadas por la parte que rompe la negociación, deriva de este principio. La autora continúa su análisis mostrando que, si en el sistema inglés se adopta como fundamento de la responsabilidad precontractual el concepto de confianza y, muy concretamente, el de *expectation-based reliance*, podrían desarrollarse soluciones jurídicas específicas, menos fragmentarias que las que existen actualmente, para resarcir daños precontractuales actualmente desprovistos de indemnización; todo ello, respetando la tradición jurídica del *Common law* y sin necesidad de establecer un principio general de responsabilidad precontractual. En la parte final del libro, explicita cómo pueden desarrollarse estas soluciones, haciendo hincapié en que esta confianza en las expectativas generadas por la contraparte debe ser razonable y distinguirse del

mero deseo de celebrar el contrato negociado, de quien reclama indemnización por el daño precontractual.

La obra está dividida en siete capítulos, los cinco primeros dedicados al estudio del desarrollo de la responsabilidad precontractual en los sistemas jurídicos alemán, chileno y francés. Se analizan en ellos los principios jurídicos fundamentales en los que se basa esta responsabilidad y, pormenorizadamente, sus figuras jurídicas y normativa vigente para compensar el daño precontractual, junto con su jurisprudencia relevante. El capítulo 6 profundiza en el análisis de la confianza y concluye que la confianza en las expectativas de celebración del contrato es un elemento esencial en la generación de la responsabilidad precontractual, de quien quiebra unilateralmente la negociación en el sistema alemán, chileno y francés. El capítulo 7 analiza las consecuencias posibles de la aplicación de esta confianza en el sistema inglés y sugiere algunas posibles interpretaciones y modificaciones legales para sancionar la responsabilidad precontractual en el caso paradigmático. Para hacer esta propuesta se analiza también la evolución jurisprudencial de otros sistemas jurídicos del *Common law* relativa a la indemnización de daños precontractuales.

Reliance in the Breaking-Off of Contractual Negotiations es una obra especialmente útil para juristas e investigadores de los cuatro sistemas jurídicos estudiados porque otorga una visión amplia, y a la vez detallada, del tratamiento jurídico de la responsabilidad precontractual en Alemania, Chile, Francia e Inglaterra; incluyendo además el análisis de jurisprudencia relevante de otros sistemas jurídicos y de instrumentos de armonización legislativa de alcance internacional. Utiliza un estilo de escritura preciso y claro que da cuenta de un análisis jurídico riguroso del tema investigado, realizado con gran riqueza argumentativa y amplio uso de fuentes legales. Este análisis arroja como resultado una propuesta de solución creativa, original y factible para el desarrollo de la responsabilidad precontractual en el sistema inglés. Asimismo, muestra una nueva y más profunda perspectiva de estudio de esta responsabilidad en los sistemas alemán, chileno y francés.

La obra profundiza en un problema jurídico relevante, en constante evolución y, en consecuencia, de creciente importancia para contratantes y juristas. El daño precontractual causado a la contraparte en una negociación contractual merece ser resarcido en justicia; sin embargo, este derecho a indemnización debe equilibrarse con el derecho a la libertad contractual y la esencial aleatoriedad de los resultados de una negociación contractual. Por ello, deben buscarse soluciones justas y equilibradas para determinar cuándo deben indemnizarse a la parte afectada los gastos o daños causados por el quiebre de una negociación contractual y cuándo estos no deben indemnizarse, por constituir un riesgo habitual y razonable que debe asumir como parte negociadora de un contrato. El libro de la profesora Zuloaga da pautas para alcanzar este justo equilibrio y analiza la evolución de los distintos mecanismos o remedios legales que se han ido desarrollando para lograr este objetivo en cuatro importantes sistemas legales; mecanismos que pueden

también aplicarse en muchos otros sistemas jurídicos de derecho codificado y del *Common law*. Por esta razón, este libro debiera ser considerado como una fuente necesaria para ulteriores investigaciones relativas a la responsabilidad precontractual en el derecho privado.

Cabe hacer presente que la obra analiza el derecho privado sustantivo de los sistemas legales seleccionados y centra su estudio principalmente en la negociación de contratos nacionales o contratos regidos por el derecho privado nacional. En consecuencia, la obra no estudia los problemas de derecho internacional privado que pueden surgir en la determinación de la responsabilidad precontractual por el quiebre unilateral de la negociación de contratos internacionales y, específicamente, los mecanismos o regulaciones para determinar la ley sustantiva nacional que gobierna esa responsabilidad.