



Universidad de
los Andes

FACULTAD DE
DERECHO

REVISTA JURÍDICA DIGITAL UANDES

rjd.uandes.cl

2020 | Volumen 4
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

Las disposiciones transitorias como mecanismo de reforma a la Constitución de Chile: un análisis a luz de la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional, causa rol 9797-20	1-21
Andrea Iñiguez Manso	
Probando el incumplimiento del contrato: criterios para atribuir la carga probatoria	22-56
Nicolás Ortegón Obando	
La delación compensada desde una perspectiva penal	57-74
Matías Nicolás Belmonte Parra	
Debilidades del procedimiento sancionatorio ambiental y su control jurisdiccional relativas al aseguramiento del debido proceso	75-102
Felipe Arévalo Cordero	
Infracciones a garantías fundamentales y derecho al recurso en la jurisprudencia de la Corte Suprema	103-121
Manuel E. Rodríguez Vega	
El principio del ne bis in idem y la cosa juzgada penal como elementos constitutivos del derecho de defensa del imputado	122-142
Alejandro Romero Seguel	

Comentarios de Jurisprudencia

Inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los artículos 470, inciso primero, y 473, inciso final, del Código del Trabajo (Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de la República de Chile del 7 de julio de 2020, Rol 8508-2020)	143-150
Luis Gonzalo Navarrete Villegas	
Identidad de género y sexo biológico: Una mirada desde la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia Vicky Hernández y otras vs. Honduras, de 26 de marzo de 2021	151-160
Catalina de los Angeles Sierra Campos	

**Andrea
Iñiguez
Manso****

**Universidad de los
Andes, Chile**

rosarioini@gmail.com

Recibido: 26.01.21

Aceptado: 19.03.21

Las disposiciones transitorias como mecanismo de reforma a la Constitución de Chile: un análisis a luz de la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional, causa rol 9797-20

Transitory provisions as a procedure to reform the Chilean Constitution: an analysis of the Constitutional Court's judgment on case No. 9797-20

Resumen: La Constitución de 1980 establece en el Capítulo XV un procedimiento especial para que ella pueda ser reformada. Ello no ha sido un obstáculo para que haya habido intentos de modificarla por otras vías, tales como las disposiciones transitorias, técnica que ha causado conflictos de competencia entre el Congreso y el Presidente de la República, y que culminó con el fallo del Tribunal Constitucional en la causa sobre el retiro del 10% de los fondos de AFP.

Palabras clave: Constitución de 1980; reforma constitucional; disposición transitoria; retiro del 10% de los fondos de AFP.

Abstract: In Chapter XV, the 1980 Constitution prescribes a special procedure for its reform. However, this provision has not been an obstacle to reform the constitution using other methods, such as transitory norms. Moreover, this technique caused conflicts of jurisdiction between Congress and the President, which ended with the Constitutional Court's judgment over the withdrawal of 10% of pension funds.

Keywords: 1980 Constitution; constitutional reform; transitory provisions; withdrawal of 10% of pension funds.

** La autora agradece la cooperación de José Miguel Flores Sierralta, alumno de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Chile.

La Constitución de 1980 establece un conjunto de disposiciones que intentan asegurar que se respete la supremacía de la constitución. Así, se exige que las normas deben ser dictadas en conformidad con la carta fundamental (art. 6 inc. 1°), la búsqueda del bien común y el ejercicio de la soberanía del Estado. Ellas tienen como límite los derechos fundamentales que reconoce la Constitución (art. 1° inc. 4° y 5° inc. 2°) y la exigencia de que las leyes que por mandato de la Constitución regulan y complementan derechos fundamentales no puedan afectarlas en su esencia ni su libre ejercicio (art. 19 N°26).

La Constitución establece acciones que permiten asegurar tal supremacía tales como el recurso de protección (art. 20), amparo (art. 21), inaplicabilidad (art. 93 N°6), y organismos llamados a velar por la supremacía constitucional tales como la Corte Suprema (recurso de protección y amparo), Tribunal Constitucional (capítulo VIII) y Contraloría (capítulo X).

El constituyente veló por la protección de la estabilidad de las normas constitucionales en el tiempo. Así, estableció que hay materias legales que deben ser reguladas por ley de *quorum* calificado, que para ser aprobadas, modificadas o derogadas deben tener el voto conforme de la mayoría absoluta de diputados y senadores en ejercicio¹, las leyes orgánicas constitucionales que, para su aprobación, modificación o derogación requiere los cuatro séptimos de los diputados y senadores en ejercicio². Las leyes interpretativas de la Constitución requieren tres quintos de los parlamentarios, también para su dictación, modificación y derogación.

Además, tanto las leyes orgánicas como las normas legales interpretativas tienen un control preventivo obligatorio en el Tribunal Constitucional, procedimiento

que se lleva cabo antes de la promulgación de la ley (art. 93N°1 de la Constitución).

Todo lo anterior se ve reforzado por el hecho de que la carta fundamental requiere un *quorum* más alto que las leyes simples para ser reformada. Es decir, se trata de una Constitución rígida. El procedimiento de reforma está regulado en un capítulo especial, el número XV, y exige que la modificación de ciertos capítulos de la norma fundamental debe tener el voto conforme de los tres quintos de los diputados en ejercicio y otros, por su trascendencia, *el quorum* suben a dos tercios, lo que incluye la reforma de las reglas establecidas en el mismo Capítulo XV.

Los procedimientos de reforma a la Constitución, regulados en su mismo texto, nos llevan a preguntarnos si existen formas extraconstitucionales para que ella pueda ser modificada, y la respuesta, aunque no exenta de crítica, es que sí. Las cartas fundamentales han sido modificadas por vías bastante discutibles, como la jurisprudencia de los tribunales que tienen jurisdicción constitucional, y cuya consecuencia ha sido la creación de derechos no reconocidos expresamente en el texto constitucional y los tratados internacionales sobre derechos humanos, ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, sobre todo en lo que se refiere a la jurisprudencia de los organismos de control del tratado y la aplicación del denominado *ius cogens* del derecho internacional.

A esto se debe agregar una novedad. A partir de marzo de 2020, el Congreso ha dictado un conjunto de disposiciones transitorias a la Constitución que nos lleva a preguntarnos si esta técnica legislativa se ha utilizado no por el carácter de transitoriedad de la norma, sino por ser

¹ Art. 9° que se refiere a la tipificación de delitos terroristas, art. 19 N°1 inc.3° sobre la sanción de delitos a través de pena de muerte, art. 19 N°12, sobre tipificación de delitos referidos a la libertad de expresión, art. 19 N°23 sobre leyes que restringen el derecho a la propiedad, art. 19 N° 24 sobre leyes que restringen o privan a un particular del derecho de propiedad.

² Art. 19 N°11, que regula el ejercicio de la libertad de enseñanza, las atribuciones de organismos como del Congreso, Tribunal Constitucional, el Poder Judicial, el Banco Central y la Administración y Gobierno interior del Estado.

un procedimiento para eludir la exigencia constitucional de que ciertas materias de ley son de iniciativa exclusiva del Presidente de la República (como las referidas a la seguridad social) o como una forma de evadir el control preventivo que realiza el Tribunal Constitucional en materias de leyes orgánicas o también para eludir el de reformas establecidos en el capítulo XV.

Es menester hacer presente que el texto de la Constitución de 1980 no hace mención alguna a las disposiciones transitorias, ni establece reglas para su dictación, modificación o derogación. La forma en que se ha solucionado esta cuestión ha sido por la vía de la práctica constitucional, que ha determinado que la disposición transitoria debe cumplir, para su dictación, con el mismo *quorum* que la Constitución establece para la materia que la transitoria regula. Pero los límites los ha establecido el mismo Congreso, en el ejercicio de una atribución que podríamos calificar de constituyente derivado.

La falta de claridad respecto de los límites que tiene el Poder Legislativo para dictar disposiciones transitorias a la Constitución se agudizó con la aprobación en Primer Trámite Constitucional del proyecto de reforma a la Constitución que autoriza el segundo retiro del 10% de

los fondos en la Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP) en la forma que indica el proyecto³. En opinión del Presidente de la República, el Congreso no podía aprobar dicho retiro, toda vez que se trata de materias de seguridad social, las cuales están reservadas por la Constitución a la iniciativa exclusiva del Presidente de la República, y el proyecto se había iniciado por moción parlamentaria. En consecuencia, el Ejecutivo recurrió al Tribunal Constitucional, el cual en un fallo ajustado (empate, resuelto por el voto dirimente de la presidenta del organismo) acogió el requerimiento.

El presente trabajo tiene como objetivo llevar a cabo un análisis de los mecanismos por medio de los cuales se puede reformar una carta fundamental, tanto aquellos que están regulados en la Constitución, como los extraconstitucionales. En particular, nos vamos a referir a las disposiciones transitorias, su naturaleza jurídica y si ellas efectivamente pueden ser o no utilizadas como mecanismo de reforma a la Constitución. Todo ello en relación al fallo dictado por el Tribunal Constitucional en materia del retiro del 10% de las AFP.

³ Boletines 13.756-07, 13.749-07 y 13.800-07.

1. Las reformas constitucionales

Como señala De Vega, las cartas fundamentales “necesitan adaptarse a la realidad, que se encuentran en constante evolución porque su normativa envejece con el paso del tiempo y porque la laguna es un fenómeno obligado que deriva de lo compleja e inabarcable de la realidad” (1995, p. 286)⁴. Por su parte, la Constitución de Francia de 1793, señalaba en su artículo 28 que “[u]n pueblo siempre tiene derecho de revisar, reformar y cambiar su Constitución. No puede una generación sujetar a sus leyes a las generaciones futuras”.

¿Qué entendemos por reforma a la constitución? Reforma significa modificar un texto jurídico que ya existe. Es decir, y conforme a la teoría constitucional, se trata del ejercicio de la denominada potestad constituyente derivada, que se contraponen a la facultad constituyente originaria, que establece los requisitos para que dichas reformas se puedan llevar a cabo.

La Constitución de 1980 fue dictada por la Junta de Gobierno, la cual, conforme al Decreto Ley N°1, asumió, el 11 de septiembre de 1973, el Mando Supremo de la Nación, lo que significó en la práctica, que tenía el poder ejecutivo, legislativo y constituyente originario. La Junta convocó una Comisión que estudiaría el anteproyecto de la nueva Constitución, la cual pasó a ser conocida hasta el día hoy como “Comisión Ortúzar” por el nombre de su presidente, don Enrique Ortúzar. La Comisión trabajó en dicho proyecto hasta agosto de 1978. Dos años más tarde, la Junta dicta el Decreto Ley N°3464, por medio del cual aprueba un nuevo texto constitucional, y lo sometió a referéndum de aprobación el 11 de septiembre de 1980. La Constitución entró en vigencia el 11 de marzo de 1981.

La Junta de Gobierno, entre el 11 de marzo de 1981 el 11 de marzo de 1990, ejerció la facultad constituyente derivado conforme a lo establecido en el art. 18 letra a) transitorio de la Constitución. En 1989 aprobó un conjunto de reformas constitucionales, y conforme a lo establecido en el artículo 21 letra d) transitorio, se convocó a plebiscito a la ciudadanía para consultar si ratificaba o no la reforma. Ella fue aprobada por amplia mayoría (Ley N° 18.825). El 11 de marzo de 1990, Chile retorna a la plena democracia, siendo el poder constituyente derivado ejercido por el Congreso y el Presidente de la República, conforme a lo señalado en el capítulo XV de la carta fundamental el encargado de modificar la norma fundamental de la república.

La Constitución de 1980 se caracteriza por ser una Constitución de carácter rígido, es decir, cuyo *quorum* de modificación es distinto al de un precepto legal (Pereira Menaut, 2006, p. 56). Es menester recordar que no tiene disposiciones pétreas, y, por lo tanto, toda su normativa puede ser objeto de reformas. A este respecto, cabe recordar que la Constitución alemana establece disposiciones que no pueden ser reformadas. Ello tiene como objetivo “garantizar determinados valores de la Constitución (...) La prohibición de reforma se produce a partir del ‘espíritu’ o *telos* de la constitución, sin una proclamación expresa en una proposición jurídico-constitucional (Lowenstein, 1986, p. 189). Así, el art. 79 inc. 3° de la carta fundamental germana establece que “será ilícita toda modificación de la presente ley de la cual se afecte a la división de la cooperación de los Estados en la potestad legislativa o a los principios establecidos en los artículos 1° y 20°”. Este precepto tiene como

⁴ En el mismo sentido, Carlos Peña dedica un capítulo a este tema en su libro *El Desafío Constitucional* (2020, pp. 17-26).

objetivo evitar las malas prácticas constitucionales que permitieron a los nazis obtener el poder total manipulando la Constitución de Weimar de 1919⁵.

La protección de los valores fundamentales de la Constitución en el caso de Alemania no se detienen en el texto constitucional. El Tribunal Constitucional de dicho país ha determinado en reiteradas ocasiones que en caso de que los derechos fundamentales sean protegidos de mejor manera por la Constitución alemana que los tratados internacionales, la carta magna debe prevalecer

sobre estos últimos, debido a que la soberanía y, sobre todo, la identidad constitucional, deben ser protegidas (TCF [1974]: caso 2BVL 52/71, 29 de mayo de 1974). Así, en el fallo sobre el tratado de Lisboa, resolvió que -"La ley Básica no entrega poderes a organismos actuando en representación de Alemania para abandonar la autodeterminación del pueblo (...) la transferencia de soberanía un nuevo sujeto (...) este paso está reservado a la directa declaración del pueblo Alemán" (TCF [2009]: caso 2BvE 2/08, 30 de junio de 2009).

2. Las reforma constitucional conforme a un procedimiento establecido en la misma Constitución

La Constitución de 1980, en su capítulo XV, establece los ritos a los cuales debe adscribirse el procedimiento de reforma constitucional. Dicho proceso es, en general, similar al de la tramitación de un proyecto de ley ya que solo puede originarse por medio de Mensaje del presidente de la república o por moción parlamentaria cumpliendo con el *quorum* exigido en el art. 127 inc.2°. La Cámara de origen puede ser indistintamente la de Diputados o Senadores, no existiendo alguna exigencia particular al respecto.

En cuanto al *quorum* para la reforma, se requiere el voto conforme de tres quintos de los diputados y de senadores en ejercicio, para la modificación de los capítulos relativos a la nacionalidad y ciudadanía (II), Gobierno (IV), Congreso (V), Poder Judicial (VI), Ministerio Público (VII), Servicio Electoral y Justicia Electoral (IX), Banco Central (XIII), Gobierno y Administración del Estado (XIV). Para el resto de los capítulos se eleva el *quorum* a dos tercios, a saber, las Bases de la Institucionalidad (I), Derechos

y Deberes Fundamentales (III), Tribunal Constitucional (VIII), Contraloría General de la República (X), Fuerzas Armadas de Orden y Seguridad Pública, Consejo de Seguridad Nacional (XII), Reforma de la Constitución y del Procedimiento para elaborar una Nueva Constitución (XV).

Una vez que se termina la tramitación del proyecto de reforma en el Congreso, es remitido al presidente de la república, el que, al igual que en el caso de la ley, puede promulgar o vetar el proyecto de reforma. Si ella es vetada, el Congreso puede insistir en su propio proyecto, ante lo cual el presidente debe promulgar o, a diferencia de los proyectos de ley, puede convocar a plebiscito para que sean los ciudadanos los que resuelvan la cuestión. Si se aprueba el proyecto del presidente de la república, se promulgará su reforma, en cambio, si el pueblo vota a favor de mantener el proyecto del Congreso, el presidente deberá promulgar dicho proyecto (arts. 128 y 129 de la Constitución).

⁵ Con relación a la forma por medio de la cual los nazis manipularon la Constitución de Weimar para transformar a Alemania de una democracia en una dictadura totalitaria, se recomienda revisar Brahm García, 1999, pp. 53-69.

Es menester recordar además que, durante su tramitación, los proyectos de reforma deben ser aprobados por la Cámara de origen en general por el *quorum* que exige la Constitución para el capítulo que se modifica, de lo contrario el proyecto, si se inició por moción, no podrá renovarse en un año (art. 68 de la Constitución). El Presidente de la República puede imponer o retirar urgencia en cualquier momento de su tramitación, podrán presentarse indicaciones en cuanto tengan relación con la idea matriz del proyecto (art. 74 de la Constitución). Los parlamentarios están facultados para recurrir al Tribunal Constitucional para el caso en que el presidente no promulgue el proyecto de reforma aprobado por el Congreso, o la ciudadanía por medio de plebiscito, o promulgue texto diverso (art. 93 N°8 de la Constitución).

Cabe preguntarse si una reforma a la constitución puede ser inconstitucional. Esta problemática no se genera respecto de la modificación de cualquier otra disposición jurídica, toda vez que el artículo 6° inc.1° de la ley fundamental indica que toda norma debe ser dictada en conformidad con ella. Pero, el texto constitucional no dice nada sobre la constitucionalidad de las reformas a la carta fundamental. Por lo cual se podría entender que no es posible recurrir ante el Tribunal Constitucional ni a otro organismo de control para reclamar por la inconstitucionalidad de una reforma a la misma Constitución, salvo que haya una infracción de procedimiento legislativo o de incumplimiento en el *quorum* de aprobación. Sin embargo, esto no es tan sencillo y nos parece que es menester hacer algunas precisiones.

Conforme lo señala Nogueira Alcalá existen ciertos límites de carácter formal y material impuestos por el poder constituyente originario al ejercicio del poder constituyente derivado (2009, p. 240). Dichos límites pueden estar sujetos a control y entre ellos se encuentran el respeto del parlamento como órgano deliberativo

al *quorum* de aprobación según sea el capítulo de la Constitución que se ha de reformar (2009, pp. 241-242).

Según Nogueira Alcalá existen dos tipos de límites a los procesos de reforma a la Constitución. Los explícitos, que son los que ha impuesto de forma expresa el poder constituyente originario, y los implícitos, que son “aquellos que se deducen del texto constitucional y de sus valores y principios fundamentales, que invalidan la reforma constitucional para destruir los principios básicos estructurales del sistema constitucional vigente”(2009, p. 245). También constituiría un límite a la reforma constitucional el artículo 5° inc. 2°, es decir, los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana que se encuentran en la Constitución y en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes (2010, pp. 1299 y 1330)⁶.

Díaz de Valdés también se manifiesta a favor de límites a las reformas constitucionales que van más allá de lo formal o procedimental. Estima que no se debe olvidar que el objetivo principal que tiene el establecimiento de formas de control de constitucionalidad fue “la necesidad de una defensa eficaz de los derechos fundamentales” (2006, p.119). En este sentido recuerda que el art. 5° inc. 2° establece como límite al poder soberano los derechos humanos y agrega que “[m]ás allá de las discusiones acerca del significado real de la soberanía hoy, queda claro que el texto constitucional ha dejado constancia explícita de la renuncia de su autor –el soberano– a ejercer su poder en perjuicio de los derechos fundamentales” (2006, p. 120).

En contra, nos encontramos con la postura del profesor Zúñiga Urbina quien sostiene que el único límite al poder constituyente derivado es el

procesal o adjetivo de un procedimiento especial con quórum ordinario y extraordinario estatuido en el Capítulo XV de la Constitución; ya que una

⁶ Opinión similar tiene el profesor Silva Bascañán en cuanto a que el artículo 5 inc. 2° es un límite para el poder constituyente derivado. (Silva Bascañán, 2004, p. 264).

lectura sistemático-finalista y unitaria de la Carta en relación al control de constitucionalidad de la reforma constitucional instituido en el artículo 93 N°3 y N°5 como competencia de un Tribunal Constitucional nos lleva a concluir que es un control (...) de constitucionalidad circunscrito a los vicios de forma y no de materia o de competencia (2006, p. 432).

Henríquez Viñas, en una línea similar, opina que la carta de 1980 no ha fijado límites materiales a la reforma constitucional (art. 5° inc. 2°) ni tampoco implícitos ni explícitos (2016, p. 465). En su opinión “la norma de reforma solo será válida en la medida en que en su producción se haya ajustado a lo dispuesto por las normas sobre la reforma. Sobre esto versará el control de constitucionalidad” (2016, p. 466). Es decir, el Tribunal Constitucional podrá llevar a cabo un control de la reforma, en virtud del art. 93 N°3, solo en cuanto a que “si la norma de reforma se ajustó al ámbito y procedimiento fijado por la norma de la reforma” (2016, p. 475).

Cabe tener presente que la constitución es un todo armónico. Como señala Mansilla Castro “debe existir una armonía al interior del contenido de la constitución, para evitar que reformas subsecuentes pueden menoscabar sus instituciones y el propósito con que fueron creadas” (2010, p. 170). En este sentido, pensamos que no sería ni bueno ni deseable que una modificación de su texto

introduzca contradicciones entre las mismas normas constitucionales, sobre todo porque así se salvaguarda el mandato constitucional de que toda norma que se dicta debe estar conforme a ella (art. 6° de la Constitución).

Hay otro elemento a considerar y que puede ayudar a solucionar esta cuestión. Si bien nuestra carta fundamental no tiene un preámbulo⁷, se podría considerar que el artículo 1° hace las veces de tal ya que este es el que, en nuestra opinión, refleja los valores de la civilización cristiana occidental, que es un antecedente directo del contenido de los derechos fundamentales que la norma fundamental reconoce. Además, señala el orden ontológico de relación persona, familia, agrupaciones, estado. Por lo demás, el mismo Tribunal Constitucional ha resuelto en diversas ocasiones “que el artículo 1° de la Carta Fundamental es un de un profundo y rico contenido doctrinario que refleja la filosofía que inspira nuestra Constitución y orienta al intérprete en su misión de declarar y explicar el verdadero sentido y alcance del resto de la preceptiva constitucional” (STC, rol N° 19, 27 de octubre de 1983, cons. 9°; rol N° 53, 5 de abril de 1988, cons. 12°; rol N° 740, 18 de abril de 2008, cons. 45°). Nos parece que este criterio, asentado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, debería ser tomado en cuenta por el constituyente derivado cuando se trata de introducir reformas a la carta fundamental.

3. Formas extraconstitucionales para reformar la Constitución

La Constitución chilena establece un procedimiento especial para que ella pueda ser reformada. Pero es menester reconocer que hay ciertas prácticas que pueden reformarla por una vía no establecida en la carta fundamental, es decir, extraconstitucional. Ciertamente, es discutible si el constituyente autoriza estos mecanismos, y si es deseable que sea así, pero se debe

reconocer que, se quiera o no, estas prácticas existen y tienen como consecuencia dejar sin efecto normas constitucionales o crear unas nuevas. En este trabajo haremos mención de tres mecanismos por medio de los cuales se pueden acometer estos objetivos: los fallos de los tribunales constitucionales u organismos de control constitucional, los tratados internacionales de derechos

⁷ A este respecto se debe hacer presente que, en 1978, el Anteproyecto de Constitución diseñado por la Comisión Ortúzar contenía un preámbulo que fue suprimido cuando este fue analizado por el Consejo de Estado (ver en Fernández González, 2001, p. 325).

humanos y las disposiciones transitorias.

3.1. La jurisprudencia de los tribunales que controlan la supremacía constitucional

Los tribunales, por definición, son los llamados a determinar el sentido y alcance de la norma jurídica. Es decir, deben interpretarlas. Y ellos se aplican también al intérprete de la constitución. El problema se genera cuando estos organismos ya no interpretan leyes, sino que las crean. Y ello puede tener una consecuencia muy concreta: dejar sin efecto normas constitucionales o la creación de nuevas disposiciones.

Como explica Bassa Mercado

existen dos visiones contrapuestas acerca de la interpretación constitucional; el originalismo, que atiende a rescatar la intención original manifestada en el momento histórico constituyente, y el evolucionismo, que interpreta la norma en términos extensivos, según la evolución del consenso constitucional y atendiendo al contexto cultural de aplicación de la misma. Mientras la primera busca desentrañar el verdadero sentido de las normas constitucionales, recurriendo a la intención original de quienes redactaron el texto primario, la segunda entiende que la realidad social que justificó determinadas decisiones en el proceso constituyente es evolutiva, lo que puede significar, a su vez, que el consenso político que genera la Constitución sea también evolutivo (2011, p. 22)⁸.

La discusión sobre esta problemática no es nueva y es sumamente actual. Quizá el caso más conocido es el de la doctrina jurídica constitucional de Estados Unidos. Por una parte, están los denominados federalistas u

originalistas, que entienden que la Constitución debe ser interpretada conforme a su texto y el contenido expreso que le dieron los padres fundadores y, por lo tanto, a la Corte Suprema no le corresponde crear nuevas normas y, sobre todo, derechos que no están en la Constitución (por lo tanto, esa misma normativa queda dentro de las competencias de los estados miembros de la Unión). Por otra parte, están aquellos que consideran que la Constitución es un instrumento vivo y, por lo tanto, no hay obstáculos en que su interpretación pueda conducir al reconocimiento de derechos que no están en la Constitución federal. Durante décadas, cada una de estas posturas tuvo sus líderes en la Corte Suprema. La primera, personificada en el juez Antonin Scalia⁹, la segunda, en Ruth Bader Ginsburg¹⁰. Ambos fallecieron cuando ejercían sus cargos en el máximo tribunal.

Quizá el fallo judicial que más ha causado polémica y debates entre originalistas y evolucionistas ha sido la sentencia *Roe v. Wade*, dictada por la Corte Suprema en 1973 (410 US 113, 22 de enero de 1973). Ella determinó que el aborto era un derecho asegurado en la constitución federal, y, por lo tanto, los estados de la Unión no podían prohibirlo, ni restringirlo sino en los términos que señala dicho fallo judicial. El voto de mayoría de la Corte Suprema estableció que el aborto es una manifestación del derecho a la privacidad derivado de las Novena y Décima Cuarta enmiendas. Además, dividió en trimestres la regulación que el aborto podía tener por los estados miembros de la Unión. Las consecuencias de *Roe v. Wade* están plenamente vigentes hasta el día de hoy, y ellas se manifiestan con gran fuerza cada vez que se producen vacancias en la Corte Suprema. Basta ver las ácidas polémicas que se suscitaron a propósito del nombramiento de la jueza conservadora Amy Coney Barret en reemplazo de la fallecida jueza liberal Ruth Bader Ginsburg.

⁸ El debate entre los originalistas y evolucionistas también nos deriva a otra cuestión: cuál es el rol del juez, sobre todo aquel que debe interpretar la Constitución. En nuestra opinión, el juez no es la boca de la ley, como decía Montesquieu, pero tampoco es un agente de cambio social. Su función es interpretar preceptos, determinar el sentido y el alcance de la norma. Al respecto, se recomienda las siguientes obras: *Del Espíritu de las Leyes* (Montesquieu, 1996, p.120) y *Neoconstitucionalismo y control de constitucionalidad de ley: ¿El constitucionalismo del derecho libre?* (Núñez Leiva, 2013).

⁹ Sobre el juez Scalia, Michael Ramsey señala que “él ha sido también, junto con el juez Clarence Thomas, el líder de la práctica judicial del originalismo de su era”(Ramsey, 2007, p. 1945).

¹⁰ “La jueza Ginsburg cree que la Constitución es un documento dinámico en vez de un texto congelado” (Slobogin, 2009, p. 868).

3.2 Los tratados internacionales como una manera de reforma a la Constitución

Mucho se ha discutido en Chile sobre la jerarquía de los tratados internacionales frente a la Constitución, en particular de aquellos que se refieren a derechos humanos. Dicha polémica se remonta a 1989, cuando se aprueba la ley N°18.825 sobre reforma constitucional, que estableció, como límite a la soberanía, no solo los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana y que están reconocidos en la Constitución, sino también en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes.

Una parte importante de la doctrina en Chile se ha inclinado por sostener que los tratados internacionales no pueden estar por sobre la Constitución. Ello porque se trataría, *de facto*, de una manera de reforma por vías no establecidas en ella, toda vez que la única forma de modificarla está regulada en el capítulo XV. Ríos Álvarez señala que la pretensión de que la reforma de 1989 haya querido modificar el “rango de los tratados sobre DD HH” es “desmesurada y contradictoria con el sistema de control de constitucionalidad de la ley, con la rigidez constitucional y con el delicado mecanismo de reforma, no puede sostenerse ni en el texto de la norma en que pretende fundarse ni en el contexto armónico de nuestro sistema constitucional” (1997, pp. 141-142). En contra, el profesor Nogueira señala que el Estado, cuando aprueba un tratado internacional conforme a los procedimientos establecidos por la carta fundamental, ella “admite un procedimiento secundario de revisión o reforma de la Constitución más sencillo que lo estipula el capítulo XV, pero no es menos cierto que los artículos 32 N°7 y 50 N°1 y 5° inciso 2° son igualmente constitucionales” (1998, p. 244).

Cabe tener presente, además, que la modificación de la carta fundamental no solo puede llevarse a cabo a través de un tratado internacional, sino también a través del *ius cogens* (en lo que se refiere al Derecho Internacional Humanitario) y de la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos,

como es, en el caso chileno, los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En este sentido, vale la pena mencionar el fallo Almonacid Arellano y otros v. Chile, en el cual se ordenó al Estado chileno no aplicar en el futuro el Decreto Ley 2.191, Ley de Amnistía de 1978, por ser contraria a la Convención Americana de Derechos Humanos (Corte IADH, caso 12.057, 26 de septiembre de 2006, cons. 123° a 129°). En Maldonado Vargas y otros v. Chile, la Corte ordenó al Estado adoptar “medidas legislativas, administrativas o de cualquier otra índole que sean adecuadas para poner a disposición de las personas condenadas por los Consejos de Guerra durante la dictadura militar chilena un mecanismo que sea efectivo para revisar y anular las sentencias de condena” (Corte IADH, caso 12.500, 2 de septiembre de 2015, cons. 170°).

Todo lo anterior ha tenido como consecuencia que la Corte Suprema haya cambiado la jurisprudencia de los años 90 y haya dejado de aplicar la Ley de Amnistía. Así, en el caso Molco, la Corte Suprema dictaminó “que el Derecho Internacional Humanitario constituye un conjunto de normas que, por razones humanitarias, trata de limitar los efectos de los conflictos armados”. Y agrega que “la jurisprudencia y doctrinas nacionales desde muy antiguo, han reconocido la prevalencia del Derecho Internacional, en el supuesto de contradecir éste el derecho interno” (C. Sup. 13 de diciembre de 2006, rol 509-2004, cons. 5°). En el caso Episodio Rudy Cárcamo, la Corte Suprema declaró que las normas de derecho internacional tienen como efecto que no se puede aplicar la ley de amnistía, ya que los hechos sobre los que versa el litigio son imprescriptibles, desde que es obligatoria para el derecho chileno la normativa del Derecho Internacional Penal de los Derechos Humanos para el cual es inadmisibles la prescripción y la sanción, en su caso, de los responsables (C. Sup. 18 de junio de 2012, rol 12.556, cons. 13°).

Como se puede apreciar, con estos criterios, la Corte Suprema pone el derecho internacional en una situación jerárquica superior a la Constitución lo que lleva a preguntarnos si, *de facto*, los fallos de la Corte

Interamericana de Derechos Humanos no estarían modificando nuestra carta fundamental. Ello porque nuestra Constitución establece la facultad del Congreso para dictar leyes de amnistía (art. 63 n°16) y que, además, la cámara de origen donde se debe discutir en Primer Trámite Constitucional, es el Senado (art. 65 inc.1°). Las leyes en Chile deben ser derogadas para dejar de tener vigencia. Y el Decreto Ley de Amnistía no ha sido

derogado por el Congreso conforme a los procedimientos que establece la carta fundamental. Pero los fallos de la Corte Interamericana han ordenado su no aplicación. ¿Cuál es el resultado práctico de esto? Podríamos decir que se trata de una ley que se ha derogado a causa de una forma particular de aplicación del derecho internacional, pero no por medio de un proceso ajustado a la Constitución.

4. Disposiciones transitorias

4.1 Aspectos generales

En 1980 se aprobó la nueva carta fundamental y entró en vigencia el 11 de marzo de 1981. Sin embargo, no todas las disposiciones de su texto se podrían aplicar este mismo año, empezando por el capítulo V sobre el Congreso Nacional. La pregunta entonces era ¿cómo sería suplido este en lo que se refiere a la formación de la ley y los nombramientos que requieren una ratificación del Senado?

Para poder solucionar esta situación y para poder establecer un itinerario de pleno retorno a la democracia (y, por lo tanto, la entrada en vigencia del ciento por ciento del texto de la Constitución) (García Pino, 2014, p. 399) es que se establecieron, junto al texto de la carta fundamental, 29 disposiciones transitorias, las cuales quedaron casi todas sin efecto el 11 de marzo de 1990, cuando asumió el presidente Patricio Aylwin, año en que, además, entró en pleno funcionamiento la Cámara de Diputados y el Senado.

Es menester preguntarnos entonces qué es una disposición transitoria y cuáles son sus objetivos. Según Hakansson, ellas son la manifestación de la idea kelseniana de Constitución, en cuanto a que ella es “la norma fundamental del ordenamiento jurídico. Una nueva Constitución, o su reforma total, implica que

los parlamentarios tengan que aprobar las leyes que desarrollan sus instituciones” (2017, p. 1257). García Pino señala que son “normas constitucionales, integrantes de un sistema jurídico diacrónico de reglas, cuyo objeto es determinar el modo de aplicación de otras disposiciones constitucionales, así como permitir la vigencia de normas fundamentalmente derogadas” (2014, p. 399).

Visto esto, podemos inferir que las disposiciones transitorias son normas que están llamadas a tener un efecto acotado en el tiempo o para regular materias constitucionales muy específicas. Además, ellas deberían tener conexión con preceptos que están en el texto de la Constitución. Se podría agregar que debe existir una armonía entre las normas del texto de la carta fundamental y su norma transitoria.

El texto de la Constitución de 1980 no dice nada sobre las disposiciones transitorias. Por lo tanto, no se refiere al *quorum* de aprobación, modificación o derogación, ni a los procedimientos que se deben seguir. En nuestra opinión, esto no representaría un problema para el caso que sean dictadas en el ejercicio del poder constituyente originario, pero ¿qué pasa cuando ellas emanan del poder constituyente derivado, cuyo ejercicio en Chile está en manos del Congreso, del Presidente y de forma muy excepcional, de los electores?¹¹ Como bien decíamos, la Constitución no ha dicho nada sobre esta materia.

¹¹ Nos referimos a los artículos 128 y 129 de la Constitución, procedimiento que no se ha utilizado desde la vigencia de la Constitución.

La práctica jurídica muestra que se ha entendido que las disposiciones transitorias deben ser aprobadas con el mismo *quorum* (STC, rol 9797, 22 de diciembre de 2020, cons. 30º) que la Constitución exige para dictar las normas constitucionales que versan sobre las mismas materias, pero, insistimos, sin existir norma expresa que las regule. Esto tiene una particular importancia en el caso de la Constitución de 1980, toda vez que los capítulos II, IV, V, VII, IX, XII y XIII exigen un *quorum* de tres quintos de los diputados y senadores en ejercicio para su dictación, modificación o derogación. En cambio, los capítulos I, III, VIII, X, XI, XIV y XV requieren dos tercios.

La solución anterior, práctica y lógica, presenta problemas porque hay diversas disposiciones transitorias en las cuales no queda claro a qué materias o Capítulos se refieren y, por lo tanto, se produce una especie de miscelánea de diversos cuórum. Piénsese en el caso del denominado retiro del 10% de las AFP. Podría entenderse que requiere un *quorum* de dos tercios para aprobarla por afectar materias de la seguridad social, reguladas en el art. 19 N°18, que forma parte del capítulo III de la Constitución, pero, por otra parte, visto solo desde el punto de vista formal, era una mera cuestión de procedimientos de formación de la ley, que requiere un *quorum* de tres quintos. Volveremos sobre este punto cuando comentemos el fallo del Tribunal Constitucional sobre el retiro del 10%.

4.2 Las disposiciones transitorias en la Constitución de 1980

Una vez que Chile volvió a la democracia en 1990, la mayoría de las disposiciones transitorias incluidas en la carta fundamental por el constituyente originario de 1980 quedaron *de facto* derogadas. Piénsese en disposiciones como el art. 26 transitorio, que cesa en sus funciones al Consejo de Estado, las disposiciones referidas a las atribuciones de la Junta de Gobierno en el ejercicio del poder legislativo o constituyente (arts. 18, 19, 21 letra d), la celebración de las elecciones que llevarían a Chile a la

plena democracia (arts. 27, 28, 29). Con posterioridad a 1990 quedaron vigentes, incluso hasta el día de hoy, aquellas referidas a la minería (2º y 3ª transitoria), a materias de ley (4º y 5º) y normas tributarias (6º).

Además de quedar vigentes algunas disposiciones transitorias dictadas en 1980, después de 1990, el constituyente derivado no cesó de introducir en la carta fundamental disposiciones transitorias, teniendo particular importancia aquellas que hicieron posible llevar a su plenitud las reformas introducidas a la Constitución en el año 2005¹² (disposiciones transitorias desde la 13 a la 20). Las materias que regulan estas normas tienen directa relación con las normas del texto de la Constitución, como, por ejemplo, la integración del Tribunal Constitucional (14ª transitoria), los tratados internacionales y la inaplicabilidad (15ª), reclamaciones sobre conducta ética profesional (20ª).

Especial mención merece, en nuestra opinión, el reconocimiento de la competencia de la Corte Penal Internacional en 2009, la cual se llevó a cabo por medio de una disposición transitoria (24ª)¹³. Cabe recordar que en 2002, el Tribunal Constitucional declaró, a requerimiento de un grupo de parlamentarios, que la aprobación del tratado de Roma que creaba dicha Corte, requería una reforma constitucional que reconociera su jurisdicción (STC, rol 346, 8 de abril de 2002, cons. 92). En 2009, previamente a la promulgación de la disposición transitoria, el Tribunal Constitucional llevó a cabo un control preventivo del tratado en virtud de lo establecido en el artículo 93 N°1, y declaró que el “Poder Constituyente Derivado” (STC, rol 1415, 24 de junio de 2009, cons. 5º) ha llevado a cabo el mandato de esa Magistratura ordenado en fallo de 2002 y, en consecuencia, se declara constitucional la disposición transitoria.

La aprobación de la Corte Penal Internacional, vía disposición transitoria, tiene, en nuestra opinión, varias particularidades. No se trata de una norma transitoria,

¹² Ley N° 20.050, de fecha 26 de agosto de 2005.

¹³ Ley N° 20.352, de fecha 30 de mayo de 2009.

en el sentido de que tenga una duración acotada en el tiempo, sino que es un reconocimiento permanente de la competencia de la Corte. Además, se lleva a cabo un control preventivo obligatorio por parte del Tribunal Constitucional, conforme al artículo 93 N°1 de la Constitución, toda vez que conforme al artículo 54 N°1, por tratarse de materias sobre organización y atribución de tribunales que, por mandato constitucional, son reguladas por leyes orgánicas constitucionales, los tratados internacionales que versen sobre esas materias también deben cumplir con dicho trámite. Sin embargo, no deja de llamar la atención que esta norma transitoria no tiene relación directa con alguna disposición constitucional en particular, y ello nos lleva a preguntarnos si quizá la competencia de esta Corte no debería haber sido incorporada en el texto principal de la Constitución.

4.3 Las disposiciones transitorias dictadas con posterioridad a la reforma del año 2005

El texto de la Constitución de 1980 entró en vigencia en 1981, junto con 29 disposiciones transitorias. La mayoría quedaron sin efecto en 1990, y con posterioridad a la reforma constitucional de 2005 fueron retiradas del texto constitucional y, como se ha señalado, quedaron aquellas que aún tienen vigencia. Entre 2005 y 2020 se dictaron ocho disposiciones transitorias, siendo, en nuestra opinión, la más interesante aquella que se refiere a la Corte Penal Internacional, ya que el resto están, de alguna manera, directamente relacionadas con reformas al cuerpo principal de la carta fundamental.

Durante el año 2020, el Congreso ha aprobado 19 disposiciones transitorias. Este es un fenómeno inédito

en la historia constitucional de nuestro país, por lo menos desde la vuelta a la democracia. ¿Qué es lo que explica esto? Es difícil establecer una sola respuesta. Varias de ellas son políticas y que escapan a la competencia de un análisis jurídico. Uno de los motivos podría ser la premura con la que debió actuar el Poder Legislativo ante las emergencias generadas por el COVID-19 y que requerían cuerpos legislativos dictados con prontitud. Algunas de esas medidas legales eran de iniciativa exclusiva del Presidente de la República, y el Congreso, ante la urgencia, habría tratado de solucionar esta cuestión por la vía de las disposiciones transitorias de la Constitución¹⁴.

Como se puede apreciar, gran parte de los temas mencionados anteriormente que han sido regulados vía disposición transitoria son, en nuestra opinión, materia de ley orgánica constitucional por las materias que tratan. Por ejemplo, la paridad y los cupos asignados a pueblos originarios tienen relación con el sistema electoral, y conforme al artículo 18 de la Constitución, deberían haber sido regulados por la Ley N°18.700 de Votaciones Populares y Escrutinios. Aquellas que se refieren a las atribuciones del Consejo del Servicio Electoral a través de la Ley N°18.556 sobre el Servicio Electoral, también son materia de ley orgánica. Pero es que, incluso, aunque estas reformas se hayan regulado por la vía de la disposición transitoria (y no la legal), si se toma en cuenta el procedimiento de tramitación de la Corte Penal Internacional, de todas maneras, debería haberse llevado a cabo un control preventivo ante el Tribunal Constitucional, conforme al art. 93 N°1 de nuestra Constitución, por tratarse de materias de ley orgánica constitucional. Pero ello no fue así.

¹⁴ Los temas regulados en 2020 vía disposición transitoria han sido de los más diversos: postergación de las elecciones de gobernadores regionales (disposición transitoria 28ª, Ley N° 21221), candidaturas de independientes en la Convención Constitucional o Mixta (29ª, Ley N° 21216 y Ley N° 21296), paridad de género en la elección de convencionales (30ª y 31ª, Ley N° 21221), regulación de reunión telemática del Congreso (32ª, Ley N° 21219), se pospone el plebiscito constitucional (33ª, Ley N° 21221), se pospone elección municipal (34ª, Ley N° 21221), primarias municipales y para gobernadores (35ª, Ley N° 21221), renuncia a partidos políticos para participar en elecciones (36ª, Ley N° 21221), inscripciones electorales (37ª, Ley N° 21221), fijación de remuneraciones por parte de la Alta Dirección Pública (38ª, Ley N° 21233), primer retiro del 10% de los fondos de AFP (39ª, Ley N° 21248), vigencia de la reforma a las atribuciones del Banco Central (40ª, Ley N° 21253), atribuciones especiales para el Consejo Directivo del Servicio Electoral (41ª, Ley N° 21257), propaganda y publicidad para el plebiscito constitucional (42ª, Ley N° 21261), cupos reservados para pueblos indígenas en la Convención Constitucional (43ª, 44ª, 45ª y 46ª, Ley N° 21298), participación de las personas en situación de discapacidad en la Convención Constitucional (47ª, Ley N° 21298).

Mención aparte merece la Ley N°21.248 que autorizó el primer retiro del 10% de los fondos de AFP. No es que ello sea materia de ley orgánica, pero conforme lo señala el artículo 65 inc. 2° N°6 de la Constitución, las leyes sobre seguridad social son de iniciativa exclusiva del presidente de la república. Sin embargo, la regulación se hizo vía disposición transitoria (no de ley) y no fue de iniciativa del Ejecutivo. Una vez aprobada en el Congreso, el presidente no ejerció el derecho a veto ni tampoco

recurrió ante el Tribunal Constitucional. Sin embargo, cuando, por vía de moción parlamentaria, se presenta un proyecto que autoriza un segundo retiro de los fondos de las AFP, también vía disposición transitoria¹⁵, y una vez aprobado en Primer Trámite Constitucional, el Gobierno presenta un requerimiento ante el Tribunal Constitucional, el cual fue acogido con fecha 22 de diciembre de 2020 (STC, rol 9797, 22 de diciembre de 2020).

5. Fallo del Tribunal Constitucional, causa rol 9797, requerimiento presentado por el Presidente de la República contra proyecto de reforma a la Constitución para establecer y regular un mecanismo especial de retiro de fondos previsionales en la forma que indica (Boletines 13.736-07, 13.749-07, 13.800-07 refundidos)

5.1 El requirente

Con fecha 22 de noviembre de 2020, y una vez que termina la discusión del proyecto en primer trámite constitucional, el presidente de la república, haciendo uso de las facultades señaladas en el artículo 93 N°3 de la Constitución, presenta requerimiento de inconstitucionalidad contra el proyecto de reforma constitucional que permite el segundo retiro del 10% de los fondos de AFP. Los fundamentos principales de la solicitud son los siguientes:

5.1.1. Que la reforma propuesta por el Congreso “no modifica, deroga ni aprueba ninguna disposición constitucional expresa ni permanente de la Carta Fundamental, dejándolas todas intactas”. En consecuencia, el proyecto propone utilizar los fondos de seguridad social para objetivos diferentes de su fin fundamental, con lo cual se ha infringido el proceso

de reforma constitucional, la iniciativa exclusiva del presidente de la república en esta materia y el art. 19 N° 18 (STC, rol 9797, 22 de diciembre de 2020, fs. 38).

5.1.2. Se afecta la supremacía constitucional, porque la regulación de la seguridad social, por mandato de la Constitución, debe llevarse a cabo a través de una ley (STC, rol 9797, 22 de diciembre de 2020, fs. 38).

5.1.3. La Constitución regula los procedimientos por medio de los cuales ella debe ser modificada (Ibid, fs. 42). Dichas reglas están establecidas en el Capítulo XV de la Carta Fundamental (STC, rol 9797, 22 de diciembre de 2020, fs. 43), reglas que son expresas y no “implícitas” (STC, rol 9797, 22 de diciembre de 2020, fs. 45).

5.1.4. Que el artículo 127, cuando utiliza en la reforma a la Constitución que “recayera” quiere decir que debe ser “sobre los capítulos que indica, debe ser aprobada

¹⁵ Boletines 13.736-07, 13.749-07, 13.800-07 refundidos.

con un quorum y si recayera en los otros capítulos, debe cumplir con un quorum inferior. No puede «recaer», si no modifica, deroga o agrega al texto, expresamente” (STC, rol 9797, 22 de diciembre de 2020, fs. 46). En consecuencia, la reforma que propone el proyecto “crea una verdadera ‘Constitución Paralela’, implícita, inconexa, contradictoria, pretendiendo desconocer lo dispuestos en la Carta Fundamental vigente” (STC, rol 9797, 22 de diciembre de 2020, fs. 46).

5.1.5. Las disposiciones transitorias tienen como objetivo ayudar a poner en práctica modificaciones a la carta fundamental, de alguna manera están al “servicio” de ellas. No tienen, en consecuencia, autonomía respecto de las reglas permanentes, para cuya aplicación y vigencia son creadas”. No tienen como objetivo modificar la Constitución (STC, rol 9797, 22 de diciembre de 2020, fs. 48).

5.1.6. El proyecto de reforma a la Constitución infringe el art. 19 N°18 de la carta fundamental. El Estado, a través del legislador/constituyente vulnera los mandatos que la Constitución establece para las leyes de seguridad social (STC, rol 9797, 22 de diciembre de 2020, fs. 81).

5.1.7. Por el hecho de ser las materias de seguridad social de iniciativa exclusiva del presidente de la república, el proyecto impugnado requiere una reforma expresa del artículo 65 inc.4° N°6 de la carta fundamental (STC, rol 9797, 22 de diciembre de 2020, fs. 107).

5.1.8. Las reformas constitucionales no solo tienen límites procesales sino también de fondo o materiales. En este sentido tiene relevancia el art. 5° inciso.2° de la Constitución, en cuanto a que el ejercicio de la soberanía está limitado por los derechos que emanan de la naturaleza humana (STC, rol 9797, 22 de diciembre de 2020, fs. 110).

5.2. El requerido

Una vez que el requerimiento fue declarado admisible,

se hacen parte en el requerimiento tanto la Cámara de Diputados y Diputadas como el Senado. Para efectos prácticos, y facilitar el estudio de este caso, hemos decidido refundir los argumentos alegados por ambas corporaciones ante las alegaciones hechas por el Ejecutivo.

5.2.1. Que producto de la emergencia generada por el Covid se han dictado una serie de disposiciones transitorias en diversos temas, por ejemplo, el funcionamiento telemático del Congreso, primer retiro del 10%, atribuciones especiales para el consejo del Servel. La reforma impugnada en autos es una de muchas de las disposiciones transitorias que se han dictado este año (STC, rol 9797, 22 de diciembre de 2020, fs. 930).

5.2.2. Si se sigue la línea argumentativa del Ejecutivo, habría que concluir que la trigésima novena disposición transitoria, que reguló el primer retiro del 10%, también adolecería de inconstitucionalidad, por ser ambos proyectos similares (STC, rol 9797, 22 de diciembre de 2020, fs. 950).

5.2.3. En cuanto a la naturaleza de las disposiciones transitorias, rechazan la hipótesis del Ejecutivo y señalan que “son verdaderas normas autónomas que sí forman parte de la Constitución Política de la República, y no solo han regulado cuestión relativas a la temporalidad o vigencia de normas constitucionales” (STC, rol 9797, 22 de diciembre de 2020, fs. 965).

5.2.4. Citan al profesor Tomás Jordán, el cual distingue entre dos tipos de disposiciones transitorias, las “transitorias propiamente tales” y las ‘transitorias regulatorias’. Sólo las primeras se ajustan a la descripción que realiza el requirente, en tanto se refieren a normas cuyo objetivo es regular el paso de una situación jurídica a otra. Sin embargo, el requirente omite que existe un segundo tipo de disposiciones constitucionales transitorias, las transitorias regulatorias, compuesto por aquellas normas que desarrollan diversas materias más allá de la mera aplicación de normas en el tiempo o el

espacio” (STC, rol 9797, 22 de diciembre de 2020, fs. 1007).

5.2.5. Según la requerida, el Ejecutivo estará dando a entender que las disposiciones transitorias no son parte de la Constitución. Pero si no forman parte de ella, entonces ¿qué serían? Según la requerida, la respuesta es que sí son parte de la carta fundamental (STC, rol 9797, 22 de diciembre de 2020, fs. 966). De lo contrario la norma que regula la Minería del Cobre o la Corte Penal Internacional no tendría rango constitucional, si se aceptara la tesis del Ejecutivo (STC, rol 9797, 22 de diciembre de 2020, fs. 976). Por lo demás, son normas permanentes, por lo tanto, no hay Constitución paralela (STC, rol 9797, 22 de diciembre de 2020, fs. 978).

5.2.6. No se ha vulnerado el art. 19 N°18 toda vez que la carta fundamental “no se pronuncia sobre el destino o uso de las cotizaciones obligatorias —ni siquiera establece que éstas deban acumularse en una cuenta de capitalización individual—, pues remite tales precisiones a una ley de quórum calificado” (STC, rol 9797, 22 de diciembre de 2020, fs. 980).

5.2.7. Se trata de una medida excepcional por la situación económica causada por el Covid y no de una norma relativa a la seguridad social (STC, rol 9797, 22 de diciembre de 2020, 984).

5.2.8. El requerimiento confunde las atribuciones del Congreso, en cuanto a que, por una parte, es legislador (facultad que se encuentra limitada por la iniciativa exclusiva del presidente de la república) y sus atribuciones como Poder Constituyente derivado, que solo tienen limitaciones procedimentales (STC, rol 9797, 22 de diciembre de 2020, fs. 987 y 988).

5.2.9. La iniciativa exclusiva del presidente de la república se refiere solo a materias legales, pero no es aplicable a las reformas constitucionales (STC, rol 9797, 22 de diciembre de 2020, fs. 994), ya que las reglas para dicho procedimiento están en el Capítulo XV (STC, rol

9797, 22 de diciembre de 2020, fs. 996).

5.3. La sentencia del Tribunal Constitucional

Con fecha 22 de diciembre se dicta el fallo, por medio del cual se acoge el requerimiento. Los principales fundamentos de la sentencia son los siguientes:

5.3.1. Que el capítulo XV no establece límites materiales o implícitos para llevar a cabo una reforma a la carta fundamental, pero no por ello estos no existen. Se debe tener presente “que las normas de la Constitución deben aplicarse como un solo todo y que, a menos que algunas de ellas consagren excepciones expresas o casos especiales donde no cabe su concordancia íntegra, están llamadas a producir efectos directos e inmediatos de manera armónica, sin que la aplicación de una pueda conducir a la ineficacia de otra” (STC, rol 9797, 22 de diciembre de 2020, cons. 7°).

5.3.2. Que uno de los límites de dichas reformas se encuentra en el hecho de que “la imposibilidad de que el legislador se valga de una reforma constitucional para alterar sus elementos nucleares, estatuidos en el capítulo I sobre las ‘Bases de la Institucionalidad’ y en el capítulo III sobre los ‘Derechos y deberes constitucionales’” (STC, rol 9797, 22 de diciembre de 2020, cons. 9°).

5.3.3. Que el constituyente originario dejó clarísimo que las normas relativas a seguridad social son de iniciativa exclusiva del presidente de la república (STC, rol 9797, 22 de diciembre de 2020, cons. 18).

5.3.4. En relación al art. 19 N°18, sobre el derecho a la seguridad social, señala que “(P)uede concederse entonces que el Proyecto de Ley examinado no ‘modifica’ formalmente las normas de seguridad social imperantes, como han puesto de resalto las defensas de órganos legislativos en estos autos. Pero no puede desconocerse que éste obviamente ‘incide’ en el sistema vigente de seguridad social” (STC, rol 9797, 22 de diciembre de 2020, cons. 19°).

5.3.5. “Que interesa señalar finalmente que el ejercicio de la labor parlamentaria de reforma, desarrollada como constituyente derivado, implica asumir una de las funciones más altas y delicadas que reconoce la Democracia constitucional, por lo que debe llevarse a cabo con sumo celo y cuidadoso apego a la Carta Fundamental, evitando crear normativas que, bajo la forma de enmiendas, terminan desnaturalizando o tergiversando el texto supremo vigente, al no poseer la debida consonancia con sus principios y mandatos” (STC, rol 9797, 22 de diciembre de 2020, cons. 33°).

5.4 Voto disidente de la ministra Silva y de los ministros Pica, García y Pozo

5.4.1. Que los procedimientos para las reformas constitucionales son distintos a las modificaciones legales (STC, rol 9797, 22 de diciembre de 2020, N°62).

5.4.2. Que el poder constituyente derivado goza de autonomía para llevar a cabo las reformas a la carta fundamental, salvo los límites que impone el Capítulo XV de la Constitución (STC, rol 9797, 22 de diciembre de 2020, N°63).

5.4.3. ¿Cuál sería el límite para las reformas que lleva a cabo el constituyente derivado? “la respuesta no puede ser técnica, sino exclusivamente política: serán las materias que el ejercicio del derecho de autodeterminación de los pueblos (originario o derivado) precise, por ser relevantes o ‘fundamentales’ para el devenir de esa sociedad en ese momento histórico” (STC, rol 9797, 22 de diciembre de 2020, N°68).

5.4.4. El requerimiento no explica cuáles son los límites materiales para ejercer el poder constituyente derivado, conforme a lo señala la Constitución (STC, rol 9797, 22 de diciembre de 2020, N°82).

5.4.5. La reforma constitucional impugnada no afecta el derecho a la seguridad social (N°91) porque, en relación

a los fondos de AFP, su “destinación de afectación se encuentra determinada y regulada en normas con rango de ley y no en la Constitución” (STC, rol 9797, 22 de diciembre de 2020, N°170).

5.4.6. El requerimiento está impugnando la constitucionalidad de las disposiciones transitorias de la Constitución. Esto no es posible, porque ellas son parte de la carta fundamental. Y si bien reciben el nombre de “transitorias” ello es poco exacto, porque hay muchas de ellas que son permanentes como es aquella que se refiere a la Gran Minería del Cobre (STC, rol 9797, 22 de diciembre de 2020, N°112).

5.4.7. En relación a la iniciativa exclusiva del presidente de la república, se debe tener presente que este proyecto de reforma no busca torcer las facultades presidenciales, ya que se trata de una reforma a la Constitución, es decir, el ejercicio de una facultad constituyente del Congreso (STC, rol 9797, 22 de diciembre de 2020, N°154).

5.5. Voto disidente del ministro Juan José Romero

5.5.1. Las atribuciones exclusivas del presidente de la república en materia legislativa son importantes, sin embargo “esto no significa, como explicaremos, que nuestro ordenamiento constitucional no prevea la posibilidad de su superación a través de procedimiento de reforma constitucional” (STC, rol 9797, 22 de diciembre de 2020, N°5).

5.5.2. “En el caso de la reforma constitucional sometida al examen de este Tribunal, nos parece claro, como ya lo hemos dicho, que no se está realizando una modificación al articulado permanente de la Constitución. El sistema previsional chileno se mantiene igual: lo único que se altera es la posibilidad excepcional de un retiro de fondos del sistema previsional. No hay incompatibilidad entre la regla del artículo transitorio con la regla permanente de la Constitución” (STC, rol 9797, 22 de diciembre de 2020, N°33).

6. Análisis crítico del fallo del Tribunal Constitucional

6.1 Estamos de acuerdo con el fallo en cuanto a que la única forma de llevar a cabo una reforma a la Constitución es cumpliendo con los requisitos del capítulo XV y que tal como señala el fallo dichas reglas “no pueden ser tergiversadas” (STC, rol 9797, 22 de diciembre de 2020, cons.33).

6.2. Las normas establecidas en el capítulo XV para llevar a cabo una reforma a la Constitución si bien son, en apariencia, solo procedimentales, el resultado de dichas modificaciones no puede ser que eventualmente generen contradicciones entre las mismas normas constitucionales. Y en nuestra opinión, la aprobación de este proyecto de reforma ha generado una contradicción con las iniciativas exclusivas del presidente de la república.

6.3. La Constitución de 1980, al contrario de la Constitución del 25, no es una carta neutra, sino que descansa sobre determinados valores, en un “ideal de derecho” (Cuevas Farren, 2003, p. 40), el cual no puede ser destruido por medio de una reforma a la carta fundamental, sino por medio de un cambio total de ella, es decir a través de una nueva constitución. Esos principios y valores, según lo señalado en el fallo, estarían contenidos en los capítulos I y III de la Constitución.

6.4 En relación a los votos disidentes, estamos de acuerdo en cuanto a que la reforma impugnada no afecta el derecho a la seguridad social. Ello se ve confirmado por el hecho de que el Gobierno logró que el Congreso tramitara, con discusión inmediata, un proyecto de ley similar a la reforma impugnada, que culminó con la publicación de la Ley N° 21.295. Pero la gran diferencia

es que con esa ley se respetó los procedimientos constitucionales: que la regulación del retiro del 10% se debe llevar a cabo por medio de una ley de iniciativa exclusiva del Presidente de la República.

6.5 Las disposiciones transitorias efectivamente son parte de la Constitución. Pero no son autónomas de ella. Deben ser precisas y, en nuestra opinión, deben tener el carácter de temporales, es decir, transitorias. Es verdad, como señalan los disidentes, que la Corte Penal Internacional es una norma permanente introducida a la Constitución por medio de una disposición transitoria, y la cual tuvo el visto conforme del Tribunal Constitucional. Pero en nuestra opinión, aquello constituyó un error desde el punto de vista de la técnica legislativa. La Corte Penal Internacional, en nuestra opinión, debió de haber sido incorporada a la Constitución, por ejemplo, en el Capítulo VI, que establece las bases constitucionales del Poder Judicial.

En ese mismo sentido, pensamos que durante el año 2020 se han dictado un número de disposiciones transitorias que no guarda proporción con el número anual que se han expedido desde 1990, situación que ha sido justificada por la emergencia del Covid. En nuestra opinión, tal coyuntura no puede ser una excusa para justificar la falta de rigor con la cual se ha legislado. Muchas de esas materias, como, por ejemplo, la paridad y cupos para pueblos originarios, eran materias de ley, específicamente, la Orgánica de Populares y Escrutinios, y no debieron haberse regulado vía reforma constitucional transitoria. Y en el caso de la disposición transitoria que autorizó el primer retiro del 10% en nuestra opinión, fue un error jurídico que el Ejecutivo no haya recurrido ante el Tribunal Constitucional.

7. Conclusiones

Las regulaciones de las reformas constitucionales en la carta fundamental son importantes, ya que permiten amparar la supremacía constitucional y la estabilidad de la Constitución. Dichos procedimientos deben ser cumplidos de forma leal y rigurosa por el poder constituyente derivado. Por lo mismo, las regulaciones de reforma que establecen las constituciones son la única forma de modificarlas, y por eso es necesario que se eviten estrategias extraconstitucionales, como son la jurisprudencia de la jurisdicción constitucional o sentencias de tribunales internacionales o principios de *ius cogens*, que a veces son poco precisos.

En relación con las disposiciones transitorias, se debe tener presente que cuando la Constitución de 1980 entró en vigencia lo hizo junto con un conjunto de disposiciones transitorias que regularon el itinerario constitucional entre 1981 y 1990. La mayoría quedó en desuso con la vuelta a la democracia y fueron derogadas en 2005.

Estamos de acuerdo con lo fallado por el Tribunal Constitucional con respecto a las disposiciones transitorias del segundo retiro del diez por ciento de los fondos de AFP, pero, en nuestra opinión, el eje del problema jurídico de autos no es que se trate de una reforma inconstitucional a la constitución. El dilema es que la norma constitucional impugnada no revestiría la calidad de norma transitoria, sino que se trataría de un precepto legal que no ha cumplido con el requisito de emanar de un mensaje presidencial.

¿Cómo se podría justificar tal planteamiento? De la siguiente forma: hay un aforismo legal que señala que las cosas en derecho son lo que son y no lo que dicen ser. Es decir, ante todo se debe juzgar las normas jurídicas conforme al principio de realidad. Si se analiza el contenido de la reforma aprobada por el Congreso nos encontramos con que no estamos ante una disposición transitoria de la

Constitución, sino que por sus características se trata de una norma de orden general y obligatorio que establece bases esenciales del ordenamiento jurídico. Es decir, estamos ante una ley (art. 63 N°20 de la Constitución). De hecho, en el mismo requerimiento, el Ejecutivo atisba esta propuesta cuando hace referencia a un “legislador/constituyente” (STC, rol 9797, 22 de diciembre de 2020, fs 106 y 107).

En nuestra opinión, trata de una materia de ley disfrazada de disposición transitoria, probablemente, para soslayar el hecho de que, por la materia que trata—seguridad social—era de iniciativa exclusiva del Presidente de la República. Por lo tanto, lo que podría haber hecho el Tribunal Constitucional era haber cambiado la naturaleza jurídica de la norma (haberla declarado ley) y, a continuación, haberla declarado inconstitucional por infringir la iniciativa exclusiva de ley. Entendemos que esta propuesta puede ser provocadora, pero existe jurisprudencia del Tribunal Constitucional con la cual podemos justificar esta hipótesis.

Así, podemos señalar que el Tribunal Constitucional, en la causa rol 591, conocida como Píldora I, declaró que la norma impugnada no revestía las características de una Resolución Exenta, sino de un Reglamento, y que infringía la Constitución por no llevar la firma de la presidenta de la república y por haber quedado exento de control por parte de la Contraloría General de la República (STC, rol 591, 11 de enero de 2007, cons. 13°). Una situación similar se suscitó cuando, de nuevo, aplicando el principio de realidad, el Tribunal Constitucional, llevando a cabo el control preventivo del proyecto de ley que modificaba las atribuciones del Servicio Nacional del Consumidor, declaró que un conjunto de disposiciones que habían sido excluidas del control preventivo de dicha Magistratura, en realidad revestían la naturaleza de orgánica constitucional (STC, rol 4012, 18 de enero de 2018, cons. 22°)¹⁶. No solo

¹⁶ El fallo declara como normas materia de ley orgánica constitucional e inconstitucionales dentro del proyecto de ley: el artículo 1° N° 1; N° 8; N° 11, letra d); N° 15, letra d) y e); N° 18; N° 19; N° 20; N°22; N° 26; N° 28; N° 31; N° 32; N° 33; N° 34; N° 36; N° 47; N° 48; N° 50; N° 52 letra a), letra b) y letra e).

les dio tal categoría, sino que a continuación las declaró inconstitucionales al convertir el SERNAC, un organismo de carácter administrativo, en un poder jurisdiccional (STC, rol 4012, 18 de enero de 2018, cons. 36°).

Entendemos que la materia puesta a conocimiento del Tribunal Constitucional no es de fácil solución, sobre todo, porque se refiere a una materia, las disposiciones transitorias, que no están reguladas expresamente en la carta fundamental. Nos preocupa que, bajo la excusa de la emergencia causada por el Covid, tanto el Congreso como el Presidente de la República se han visto en la premura de dictar una serie de normas que ayuden a solucionar los múltiples problemas prácticos que ha causado la emergencia sanitaria. Pero esta

situación extraordinaria, conforme a lo señalado por la Constitución en su artículo 7°, no es excusa para que puedan ser omitidos los procedimientos que exige la carta fundamental para dictar leyes y reformas constitucionales.

En este sentido, esperamos que el fallo del Tribunal Constitucional en materia del retiro del 10% de los fondos de AFP estimule al Congreso y al Presidente de la República, como organismo colegislador, a ser más rigurosos en la forma en que regulan las materias de ley y de reforma a la carta fundamental, sobre todo, respetando los procedimientos que la misma Constitución establece para llevar a cabo dichas modificaciones, como es propio en una democracia constitucional.

Referencias

- Bassa Mercado, J. (2011). Elementos teóricos para la interpretación constitucional. *Revista de Derechos Fundamentales*, Universidad de Viña del Mar, (11), 15-42.
- Brahm García, E. (1999). *Hitler y la Segunda Guerra Mundial*. Santiago de Chile: Editorial Universitaria.
- De Vega, P. (1995). La reforma constitucional. *Revista Jurídica de la Universidad Interamericana de Puerto Rico*, 29(2), 275-296.
- Cuevas Farren, G. (2003). *Lecciones de Derecho Constitucional, Tomo I*. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Mayor.
- Díaz de Valdés, J. M. (2006). *Algunas preguntas pendientes acerca del control de constitucionalidad de los proyectos de ley, Sentencias Destacadas*. Santiago: LyD.
- Fernández González, M. A. (2001). Origen, Legitimidad y Consolidación de la Constitución. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, 0 (22), 321-340.
- García Pino, G. y Contreras Vásquez P. (2014). *Diccionario Constitucional Chileno, Cuadernos Tribunal Constitucional* (55). Santiago de Chile: Cuadernos Tribunal Constitucional.
- Hakansson, C. (2017). Una aproximación al constitucionalismo latinoamericano: características principales y nuevas tendencias. *UNED, Revista de Derecho Político*, (100), 1239-1270.
- Henríquez Viñas, M. (2016). El control de constitucionalidad de la reforma en el ordenamiento constitucional chileno. En *Anuario de Derecho Público* 2016/08 (pp.461-477). Santiago: UDP.
- Lowenstein, K. (1986). *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel Derecho.
- Mansilla Castro, G. (2010). Congruencia constitucional y control intraconstitucional. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, (22), 157-187.
- Montesquieu, J. J. (1996). *Del Espíritu de las leyes*. Barcelona: Altaya.
- Nogueira Alcalá, H. (2009). Consideraciones sobre poder constituyente y reforma de la Constitución en la teoría y la práctica constitucional. *Ius et Praxis*, 15(1), 229-262.

- Nogueira Alcalá, H. (2010). La reforma constitucional en el constitucionalismo latinoamericano vigente. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado nueva serie*, (129), 1261-1321
- Nogueira Alcalá, H. (1998). Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno. *Revista de Derecho Político*, (43), 341-380.
- Núñez Leiva, J. I. (2013). *Neoconstitucionalismo y control de constitucionalidad de ley: ¿El constitucionalismo del derecho libre?* México D.F.: Porrúa.
- Pereira Menaut, C. A. (2006). *Teoría Constitucional*. Santiago: Lexis Nexis.
- Peña, C. (2020). *El Desafío Constitucional*. Santiago: Taurus.
- Ramsey, M. D. (2017). Beyond the text: Justice Scalia's originalism in practice. *Notre Dame Review*, 92(5), 1945-1976.
- Ríos Álvarez, L. (1997). Jerarquía Normativa de los tratados internacionales sobre derechos humanos. *Ius et Praxis*, 2(2), 101-112.
- Slobogin, C. (2009). Justice Ginsburg's gradualism in criminal procedure. *Ohio State Journal*, 70(4), 867-887.
- Silva Bascuñán, A. (2004). *Tratado de Derecho Constitucional*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica.
- Zúñiga Urbina, F. (2006). Control de constitucionalidad de la reforma constitucional. *Estudios Constitucionales*, 4(2), 415-434.

Normas

- Constitución Política de Chile.
- Constitución de Francia de 1793.
- Ley Fundamental de la República Federal Alemana de 1949.
- Ley N°18.825, 17 de agosto de 1989.
- Ley N° 20.050, 26 de agosto de 2005.
- Ley N° 20.352, 30 de mayo de 2009.
- Ley N° 21221, 26 de marzo de 2020.
- Ley N° 21216, 24 de marzo de 2020.
- Ley N° 21296, 10 de diciembre de 2020.
- Ley N° 21219, 26 de marzo de 2020.
- Ley N° 21237, 30 de mayo de 2020.
- Ley N° 21233, 28 de mayo de 2020.
- Ley N° 21248, 30 de julio de 2020.
- Ley N° 21253, 20 de agosto de 2020.
- Ley N° 21257, 27 de agosto de 2020.
- Ley N° 21261, 26 de agosto de 2020.
- Ley N° 21298, 23 de diciembre de 2020.

Jurisprudencia

410 US 113, 22 de enero de 1973.

TCF [1974]: caso 2BVL 52/71. Sentencia 29 de mayo de 1974.

TCF [2009]: caso 2BvE 2/08. Sentencia de 30 de junio de 2009.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso 12.057 ("Almonacid Arellano y otros vs. Chile), sentencia de fecha 26 de septiembre de 2006.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso 12.500 ("Omar Maldonado y otros vs. Chile"), sentencia de fecha 2 de septiembre de 2015.

Corte Suprema, sentencia de 13 de diciembre de 2006, rol n° 509-2004.

Corte Suprema de Chile, sentencia de 18 junio de 2012, rol n° 12.556-2012.

Tribunal Constitucional de Chile. STC, rol 19, 27 de octubre de 1983.

Tribunal Constitucional de Chile. STC, rol 53, 5 de abril de 1988.

Tribunal Constitucional de Chile. STC, rol 346, 8 de abril de 2002.

Tribunal Constitucional de Chile. STC, rol 740, 18 de abril de 2008.

Tribunal Constitucional de Chile. STC, rol 740, 18 de abril de 2008.

Tribunal Constitucional de Chile. STC, rol 740, 18 de abril de 2008.

Tribunal Constitucional de Chile. STC, rol 740, 18 de abril de 2008.

Tribunal Constitucional de Chile. STC, rol 740, 18 de abril de 2008.

Tribunal Constitucional de Chile. STC, rol 1415, 24 de junio de 2009.

Tribunal Constitucional de Chile. STC, rol 9797, 22 de diciembre de 2020.

Nicolás Ortegón Obando

nicoortegon@gmail.com

Recibido: 18.11.20

Aceptado: 07.04.21

Probando el incumplimiento del contrato: criterios para atribuir la carga probatoria

Proving a breach of contract: burden of proof assigning criteria

Resumen: La prueba del incumplimiento del contrato resulta un asunto medular de las controversias que a diario se suscitan en los distintos escenarios tanto extrajudiciales (contractuales) como litigiosos, especialmente en los procesos en que se pretende la declaración del cumplimiento de un contrato. El presente artículo propone algunos criterios de utilidad para los administradores de justicia al momento de abordar las controversias que se derivan del incumplimiento de un contrato. Así, partiendo de una aproximación a las instituciones centrales del derecho de los contratos, como la tipicidad contractual, la calidad de los sujetos contractuales y pasando por los principios tutelares de la buena fe y la equidad, se llega a proponer la insuficiencia de la norma contenida en el artículo 1757 del Código Civil, y se termina resaltando la relevancia de la disposición novedosa adoptada en el artículo 167 del Código General del Proceso, que adopta la carga dinámica de la prueba, no sin antes resaltar algunos problemas prácticos que puede generar la norma ya en el escenario del proceso.

Palabras clave: carga de la prueba; incumplimiento contractual; integración del contrato; tipo contractual; buena fe; equidad.

Abstract: Proving a breach of contract is a core issue in daily controversies arising in both extrajudicial (contractual) and litigious scenarios, especially in those processes contending to fulfill a contract. This article proposes some valuable criteria for justice administrators when dealing with disputes arising from breach of contract by looking into the central institutions in contract law, such as contractual typicity, contractual subjects, and the protective principles of good faith and equity. Furthermore, it states the inefficacy of article 1757 of the Civil Code. It ends by highlighting the relevance of the emotional burden of proof indicated in article 167 of the General Process Code, although highlighting some practical and procedural problems caused by this disposition.

Keywords: burden of proof; breach of contract; contract integration; contractual type; good faith; equity.

El principio de la *carga de la prueba*, también conocido como *carga probatoria*, del que se trata el presente artículo, reviste dos facetas que permiten comprenderlo tanto (i) desde el rol de los sujetos procesales con su intervención dinámica en el pleito, como (ii) desde la atribución o facultad del administrador de justicia. En primer lugar, la carga de la prueba les atribuye a las partes la acreditación de los enunciados fácticos que fundamentan su pretensión o su excepción en un

proceso, de tal forma que propicia el papel dinámico de cada uno de los sujetos en controversia, en la medida en que de su dinamismo dependerá el éxito de la posición que plantee, bien a través de la demanda o mediante la formulación de excepciones en su contestación. En suma, la parte se vuelve responsable del éxito de su propio caso, en la medida que sepa imprimir diligencia en la actividad probatoria.

1. Premisa “análisis de la carga probatoria desde el incumplimiento contractual”

Sobre el primer aspecto se han pronunciado las tres altas cortes y la doctrina. La Corte Suprema de Justicia (1938) ha resaltado que, en virtud de este principio:

Todo demandante que intente una acción debe acreditar el fundamento en que se apoya; y todo demandado que, sin negar el hecho mismo alegado contra él, invoque otro hecho que destruya el efecto del primero, debe aducir la prueba correspondiente (Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 29 de abril de 1938).

Asimismo, esa Corporación expone que al demandante también le corresponde probar la existencia de un vínculo jurídico con el demandado, del cual se origina la prestación que reclama, pues, mientras no lo haga, “el demandado está libre por la presunción de que no es deudor”. Es así como, cuando el demandado se limita a negar los hechos, no debe presentar prueba al respecto; mientras que, mientras que cuando opone medios de prueba para hacer valer hechos distintos a los acreditados por el extremo activo, a él corresponde aducir las pruebas correspondientes. Todo lo anterior, conforme con las consignas *de actori incumbit probatio; incumbit probatio qui dicit, non qui negata; y reus excipiendo fit actor* (Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 29 de abril de 1938).

Para el Consejo de Estado (2016), la *carga probatoria* reposa sobre tres aristas del derecho civil clásico (art. 1757 del C.C.), a saber:

a) *Onus probandi incumbit actori*: El actor tiene el deber de probar el hecho que invoca como soporte de su pretensión, b) *Reus, in excipiendo, fit actor*: el demandado que contradice la pretensión del actor, a su vez, se hace demandante, ante la urgencia de probar el hecho que le sirve de excusa, c) *Actore non portante, reus absolvitur*: El demandado queda exonerado de la obligación cuando, propuesta su excepción a la pretensión del actor, éste se muestra incapaz de contradecirlo, probando la vigencia de su causa” (Consejo de Estado. Sentencia del 1 de agosto de 2016).

Por su parte, la Corte Constitucional considera que “corresponde a cada parte acreditar los hechos que invoca, tanto los que sirven de base para la demanda como los que sustentan las excepciones, de tal manera que deben asumir las consecuencias negativas en caso de no hacerlo” (Corte Constitucional. Sentencia C-086 de 2016).

A nivel doctrinario, se ha indicado que tal noción procesal puede entenderse como una regla que “indica a las partes la autorresponsabilidad que tienen para que los hechos que

sirven de sustento a las normas jurídicas cuya aplicación reclaman aparezcan demostrados y que, además, le indica al juez cómo debe fallar cuando no aparezcan probados” (Parra, 2002, p. 194). Otro sector señala que según este principio sobre las partes “gravita fundamentalmente el deber de procurar que las pruebas se practiquen o aporten y es por eso que a su iniciativa para solicitarlas e interés para llevarlas a efecto se atiende de manera primordial” (López, 2017, p. 45). Por su parte, el maestro Devis Echandía (2012) considera que se trata de una “regla de conducta para las partes, porque indirectamente les señala cuáles son los hechos que a cada una le interesa probar, para que sean considerados como ciertos por el juez y sirvan de fundamento a sus pretensiones o excepciones” (Devis, 2012, p. 405).

Ahora bien, sobre el segundo aspecto, es decir desde la óptica del administrador de justicia, la carga de la prueba constituye una herramienta que le sirve para atribuir efectos procesales en casos de incertidumbre, lo que le resulta de utilidad en aquellos eventos en los que exista oscuridad sobre determinado hecho, o se advierta que uno de los sujetos puede contribuir al proceso, aportando conocimiento de una situación fáctica o una circunstancia técnica que ilumine el caso y permita resolver la controversia de forma justa.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia (2017) se ha pronunciado señalando que se trata de una regla de conformación de la decisión judicial referida a la demostración de los presupuestos fácticos previstos en una norma jurídica general, impersonal y abstracta aplicable al caso concreto, que cercena la posibilidad creativa del juez, impidiendo que incurra en una aplicación indebida o en una interpretación errónea de la ley sustancial

De ahí que siendo la carga de la prueba una regla de conformación sintáctica de la decisión judicial, los detalles de su distribución únicamente pueden estar prestablecidos por la norma sustancial que rige la controversia, o bien por una presunción de tipo legal, pero jamás por una invención de estirpe judicial (Corte Suprema de Justicia, 2017).

A su turno, desde la doctrina se ha indicado también que esta regla, le señala al juzgador “cómo debe fallar cuando no encuentre la prueba de los hechos sobre los cuales debe basar su decisión, permitiéndole hacerlo en el fondo y evitándole el proferir un *non liquet*, esto es, una sentencia inhibitoria por falta de pruebas” (Devis, 2012, p. 405). Asimismo, le “permite en cualquier caso tomar una decisión en el supuesto de incertidumbre sobre el hecho, subjetivizando las consecuencias de esa incertidumbre” (Taruffo, 2011, p. 247).

En la legislación colombiana, el principio de la carga de la prueba aparece en el artículo 1757 del Código Civil (González de Cancino, 2007, p. 360), el cual dispone que “[i]ncumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta”. También aparece dispuesto en el artículo 167 del Código General del Proceso, que introdujo el principio de la carga dinámica de la prueba, en los siguientes términos:

Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. No obstante, según las particularidades del caso, el juez *podrá*, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares.

A pesar de la extensión de las acepciones referidas, *la carga probatoria* como concepto resulta insuficiente de cara a las nuevas realidades y tendencias del derecho contractual, caracterizado —entre otros aspectos— por la complejidad tanto de las relaciones negociales, como de las obligaciones asumidas y de las consecuentes prestaciones que se arrojan las partes. Esta limitación del concepto de

carga probatoria implica que no puede erigirse una única forma de atribuir la carga de la prueba, debido a que surgirían inequidades tanto en el plano contractual como en el escenario procesal.

En todo caso, tal y como lo señala la doctrina, (López, 2017, p. 90) la norma bajo estudio no puede entenderse como una licencia para que la parte débil dentro del contrato y en el marco del proceso, se exima de la actividad probatoria que sigue teniendo para demostrar ciertos hechos. El desplazamiento de la carga de la prueba debe ser parcial y responder a presupuestos debidamente justificados y sustentados, bien por la parte que solicita la aplicación de la norma, ora por el juez, quien también tiene la posibilidad de atribuirle a uno de los sujetos procesales la carga de probar un hecho.

Sin desconocer la importancia de la carga dinámica de la prueba, consagrada en el estatuto procesal referido, la norma se antoja confusa y los límites y los supuestos para dinamizar la carga de la prueba no son claros ni para el juez ni tampoco para las partes, lo que lleva a cuestionarse cuáles pueden ser las bases de derecho sustancial que puedan justificar y servir de herramienta para la atribución de la carga probatoria. Más allá de la cercanía con el material probatorio, el tener en su poder el objeto de la prueba, las circunstancias técnicas especiales, la intervención en los hechos que dieron lugar al proceso o el estado de indefensión o incapacidad de la contraparte, este trabajo busca ofrecer otros criterios que, estudiados desde la relación negocial, puedan ser utilizados por el juez y por las partes.

Con todo, la problemática enunciada con la insuficiencia de la carga de la prueba se acentúa por la dificultad de acreditar ciertas conductas o determinados hechos, como ocurre por ejemplo en el caso de las obligaciones complejas, derivadas de contratos en los que la ejecución de las prestaciones requiere de un conocimiento especial. Así ocurriría en el caso hipotético del usuario de un servicio de tecnología que sufre una falla con su equipo, y se ve entonces abocado a demostrar que el servicio prestado por la empresa de tecnología tenía fallas. ¿Resulta acertado

y justo exigirle al particular que pruebe el incumplimiento en este caso? Consideramos que no, y que atribuirle a la parte débil de la relación contractual este tipo de cargas, exigen lo que la Corte Suprema de Justicia (1936, p. 339) ha denominado pruebas diabólicas por considerarlas intolerables, injustas, imposibles de cumplir.

En similar sentido, ha reiterado la figura posteriormente (1971, p. 170) al describir cómo en los juicios reivindicatorios contra un poseedor no inscrito, el demandante solo debe exhibir un título anterior de dominio debidamente registrado para que su acción prospere, pudiendo exhibir otros títulos anteriores a la posesión material del demandado. Advierte que esta potestad, no implica que el demandado “pueda exigir al actor, como comprobante de su dominio, una serie indefinida y ascendente de títulos, o sea lo que los tratadistas franceses denominan la “cadena infernal”, constitutiva de la *probatio diabólica*, que no es eficaz en estos juicios”. Y concluye que se trata de la exigencia de acreditar un determinado hecho, que resultaría gravosa en exceso, desproporcionada e injusta, que en últimas implicaría un menoscabo al derecho a la prueba.

Los retos en esta materia pueden expresarse a través de los siguientes cuestionamientos: ¿cuándo debe probarse el cumplimiento del contrato?, ¿cuándo y cómo debe probarse el incumplimiento?, ¿qué criterios existen para distribuir entre las partes la carga de acreditar el incumplimiento?

En materia negocial la atribución de la carga de la prueba se determina por diferentes aspectos: el tipo contractual, la integración del contenido negocial y la equidad, entre otros.

En este artículo se abordan las dificultades enunciadas, con base en las hipótesis que pueden presentarse en aquellos procesos declarativos en los que se disputa el incumplimiento de una obligación de fuente contractual, es decir, los procesos cuya pretensión es el cumplimiento del contrato civil o mercantil. Para ello, se iniciará con una exposición acerca de las presunciones como herramientas del sistema normativo con las que cuenta el juez para prescindir de la atribución de la carga probatoria. Seguidamente, se analizarán los presupuestos para

distribuir la carga de la prueba del incumplimiento del contrato, y finalmente, se explicará cuáles son los criterios de atribución.

Para comenzar, es preciso aclarar que las presunciones son reseñadas en el artículo 66 de nuestro Código Civil como aquellos hechos que se pueden deducir de determinados antecedentes conocidos. Se trata de una presunción legal cuando esas circunstancias son determinadas por la ley y vale decir que es posible probar la inexistencia del hecho presumido, a no ser que la misma ley lo prohíba, caso en el cual se trataría de una presunción de derecho.

En armonía con esa disposición, el artículo 166 del Código General del Proceso señala a su vez que “[l]as presunciones establecidas por la ley serán procedentes, siempre que los hechos en que se funden estén debidamente probados. El hecho legalmente presumido se tendrá por cierto, pero admitirá prueba en contrario cuando la ley lo autorice”.

Para Devis Echandía (2012, p. 677) la presunción termina siendo un juicio lógico del juez o del legislador, así, al tratarse de presunciones de hombre, “son principios lógicos basados en las reglas de la experiencia, que permiten una correcta valoración de las pruebas; por consiguiente, no son en realidad presunciones sino reglas para el criterio del juez”. Para este autor, el rasgo más relevante de las presunciones es permitirle al juez prescindir de atribuir la prueba en determinadas circunstancias, por ello añade que, al regular situaciones jurídicas sustanciales

(...) razón tienen Micheli y Liebman, cuando dicen que al suprimir el hecho presumido del presupuesto fáctico para que tales efectos se produzcan, lo simplifican y delimitan; pero también es cierto que, como lo observa Rosenberg, hacen superflua o innecesaria la prueba de ese hecho e indudablemente lo anterior se traduce en una liberación, dispensa o exención de prueba, como afirman Hedemann, Alsina y Rocha. Por este motivo, la prueba que se pida para demostrar el hecho presumido es redundante e inútil y debe permitirse que el juez la rechace” (Devis, 2012, p. 685).

De lo anterior resulta claro que la presunción racionaliza la actividad probatoria, en la medida que, acreditado un primer hecho, *prima facie*, se puede omitir la comprobación de otro, toda vez que la ley se encarga de señalar la consecuencia que se deriva de la demostración del primero de los hechos. Vale señalar que, en varios casos, la ley presume el segundo hecho, pues las reglas científicas o de la experiencia enseñan la consecuencia lógica que se deriva del primero.

En todo caso, se han distinguido varios tipos de presunciones, unas que admiten prueba en contrario y otras que no, motivo por el cual la función primigenia del juez será determinar ante qué tipo de presunción se está, pues de esa forma podrá realmente racionalizar la actividad probatoria durante el proceso, negando por ejemplo las pruebas que sean aportadas con el fin de desvirtuar una presunción de derecho.

Sobre los tipos de presunciones, la Corte Suprema de Justicia resalta por ejemplo *tres grupos de presunciones*: (i) las presunciones simples o de hombre; (ii) las presunciones *juris tantum* o legales en ocasiones admiten cualquier prueba en contrario y a veces solo una terminadas y especiales y (iii) las presunciones *juris et de iure* no admite pruebas en contrario porque están basadas en principios científicos incuestionables. Lo que la caracteriza a todas, es que logran relevar de la carga de la prueba a uno de los sujetos procesales (1939, p. 312).

Devis Echandía (2012) refiere que, en las presunciones creadas por el legislador, “sea *juris tantum* o *juris et de iure*, se considera definitivamente cierto el hecho (en las últimas) o provisionalmente mientras no se suministre prueba en contrario (en las primeras)”; mientras que cuando es simple presunción judicial o de hombre, se considera ese hecho simplemente como probable, a menos que por leyes físicas o lógicas haya certeza sobre el hecho (2012, p. 678).

Para este autor, cada una de las presunciones tiene una función procesal. En las presunciones de hombre, por ejemplo, el juez infiere de acuerdo a las circunstancias “una

presunción judicial a favor o en contra de la verosimilitud de los hechos que son objeto de esas pruebas y de la sinceridad del sujeto que se los hace conocer". Frente a las presunciones legales indica que tienen una función sustancial, extraprocesal adicional a la probatoria: "darle seguridad a ciertas situaciones de orden social, político, familiar y patrimonial, como a la legitimidad de los hijos nacidos dentro del matrimonio, a la posesión de las tierras, al ejercicio de los derechos políticos (...)" (Devis. 2012, p. 678).

Desde el punto de vista contractual, se ha discutido sobre si la legislación colombiana consagra un régimen de culpa presunta en el artículo 1604 del Código Civil. Un interesante debate al respecto se suscita entre dos reputados autores de la doctrina nacional. Mientras que Tamayo Jaramillo (2010, p. 477) considera que el inciso tercero del artículo 1604 del Código Civil no consagra una presunción de culpa contractual, Suescún Melo estima que sí hay una presunción de culpa en esa norma (Suescún, 1996. p. 415).

En criterio de Tamayo Jaramillo (2010), la norma determina cuándo incumbe acreditar determinado acto, "[u]na cosa es decir a quién le corresponde probar la diligencia y cuidado (...) y otra cosa muy distinta es establecer que el deudor deberá siempre probar la diligencia y cuidado a que estaba obligado" y añade que el legislador establece que cuando se alega el caso fortuito, le incumbe al deudor probarlo, aceptando así la teoría de que el artículo 1604 consagra una presunción de culpa del deudor contractual, los dos conceptos que sirven de soporte a la hipótesis se excluirían

entre sí, puesto que si basta la diligencia y cuidado, sobra lo del caso fortuito; y si se exige el caso fortuito, sobra lo de la prueba de la diligencia y cuidado ya que ésta última sería insuficiente para exonerar de responsabilidad al deudor (Tamayo, 2010. p. 477).

Aunado a ese debate, pareciera que la jurisprudencia se ha decantado por la presunción de culpa, atendiendo al tipo de obligación contenido en cada contrato. Así lo ha definido la Corte Suprema de Justicia (1992) al prever que el deudor de obligaciones de resultado

se encuentra de pleno derecho en falta cuando no las ejecuta y no puede demostrar que esa inexecución no le incumbe, lo cual de hecho significa destruir una presunción de culpa (...), presunción que no es absoluta puesto que el deudor puede destruirla probando que su incumplimiento obedeció a fuerza mayor o caso fortuito que sobrevino sin culpa y antes de estar constituido en mora (art. 1604 CC).

En ese sentido, el juez debería primero calificar las obligaciones que se señalan como incumplidas por las partes y deberá desentrañar si alguna presunción ampara el caso que pretende resolver, determinando a qué tipo pertenece, pues de esa forma podrá restringir válidamente la actividad probatoria dentro del proceso, en la medida que ya no será una parte la que deba acreditar un hecho constitutivo de incumplimiento pues la misma ley se encarga de cobijarla con la presunción, que la otra parte podrá o no desvirtuar.

2. Presupuestos para la atribución de la carga de la prueba en el incumplimiento contractual

En el presente acápite se identificarán cuáles son los supuestos que se deben acreditar para atribuir la carga de la prueba dentro de un proceso en el que se pretenda declarar el incumplimiento del contrato. Con este propósito, se presentarán sucintamente los postulados que deben cumplirse para ese ejercicio, iniciando por el procedimiento de integración del contrato a partir del principio de la buena fe, tutelar de la contratación contemporánea, lo que conducirá al estudio del programa contractual en su totalidad para presentar a continuación la valoración integral del cumplimiento del negocio jurídico.

Seguidamente, se hará referencia a la colaboración como elemento estructural de la obligación, de la cual emanan a su vez conductas especiales para el interés de la *contraparte* en el contrato, y que incluso se mantienen cuando fenece el vínculo negocial. Este aspecto resulta nuclear para entender, interpretar y abordar las relaciones obligatorias y sus vicisitudes.

Por último, se abordará un tópico medular pero que al margen de su relevancia puede pasar inadvertido y es la inobservancia del programa contractual. Al estudiar a quién se le atribuye la carga de la prueba del incumplimiento, se puede discutir si hubo o no cumplimiento del contrato, es decir, nos ubicamos en el estudio de una patología contractual, que puede terminar con la conclusión de esa inobservancia del programa contractual.

2.1. La integración del contrato, derivada del principio de buena fe, se erige como presupuesto de la distribución de la carga de la prueba

En la doctrina del derecho privado, se ha dicho que:

la integración del contenido contractual que emana de la buena fe supone, de un lado, la creación de

obligaciones adicionales a cargo de las partes, y a su vez, de otro, la restricción o modificación de las obligaciones previstas por los contratantes (Neme, 2016. p. 377).

De esta manera, se reconoce de un lado que el contrato puede ser incompleto, pues las partes no pueden prever todas las posibles obligaciones que se desprenden de un negocio, y de otra parte también se admite la posibilidad de que las partes en ejercicio de la autonomía negocial, se obliguen a desplegar conductas que puedan ir en contra de la naturaleza misma del contrato, desvirtuándolo, o en contravía con la ley, las normas imperativas, las buenas costumbres y la moral.

Sobre la integración del contrato, cierto sector de la doctrina opina que se trata de una forma de intervención del Estado en los contratos. En palabras de Diego Franco, la integración

implica una intervención del Estado sobre la actividad de los particulares, como consecuencia de la cual se presenta una coexistencia de fuentes, la estatal y la privada o convencional, donde la primera está en grado de imponerse en parte o totalmente a la otra (Franco, 2019, p. 210).

Otro sector, considera que el procedimiento de integración del contenido del negocio jurídico parte del supuesto de que “la norma negocial en parte no puede (y, en parte, puede no querer) regular todos los aspectos de una relación jurídica [y, por tanto], se hace necesario determinar la total norma reguladora de esa relación, mediante la integración de la *Lex negotii* con las demás fuerzas normativas” (Solarte, 2004, p. 292.)

Al respecto también señala Carlos Ignacio Jaramillo que ésta se da cuando se pretende llenar los vacíos

que los contratantes “pudiendo nominalmente hacerlo, no colmaron en su oportunidad, en cuyo caso le corresponderá al ‘intérprete’ —o actor calificado— proceder de conformidad, por cuanto las partes, por más que lo quisieran, no lo pueden prever todo (...)” (Jaramillo, 2014, p. 58).

Por su parte, Hineyrosa resalta los deberes de lealtad, buena fe, corrección y colaboración entre los sujetos de la relación crediticia, en el marco de una cultura jurídica política contemporánea que promueve un enfoque solidarista de las relaciones obligatorias, como lo dispone el artículo 1175 del Código Civil; y afirma que:

de ese modo, dichos deberes (entre ellos los “deberes de protección”, *Schutzpflichten*) pasan a ser parte fundamental, común del contenido de toda obligación, por fuerza de la cláusula general *ex lege*, cuyo alcance preciso se singulariza en cada circunstancia, al tiempo que constituyen un límite, y de suyo un temperamento, a la pretensión del acreedor (exigibilidad, alcances, magnitud), al imponer el equilibrio de su interés legítimo con la exposición del deudor, y un talante más consonante con la función de la colaboración intersubjetiva (2007. pp. 113-114).

Ahora bien, a nivel normativo, el Código Civil colombiano introdujo en su artículo 1603 el principio de buena fe contractual, en virtud del cual los contratos “deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella”. Una norma similar se presenta en el artículo 871 del Código de Comercio que establece que:

Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe, y en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural.

Este artículo 1603 es considerado como la fuente normativa de integración del contenido negocial, en

virtud del cual, la buena fe no solo inserta obligaciones en ese contenido negocial, sino que además depura las disposiciones particulares que vayan en contravía del mismo principio.

En efecto, las obligaciones que no fueran pactadas expresamente por las partes, pero que emanan de la naturaleza del contrato, están llamadas a integrar el programa contractual y por ello, su cumplimiento es objeto de valoración para determinar si las prestaciones debidas fueron satisfechas o no.

Sobre la buena fe como creadora de obligaciones, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, ha señalado que

Aludir a la buena fe en materia de la formación y ejecución de las obligaciones, apareja ajustar el comportamiento a un arquetipo o modelo de conducta general que define los patrones socialmente exigibles relacionados con el correcto y diligente proceder, la lealtad en los tratos, la observancia de la palabra empeñada, el afianzamiento de la confianza suscitada frente a los demás; en síntesis, comportarse conforme se espera de quienes actúan en el tráfico jurídico con rectitud, corrección y lealtad. Y cabalmente, a tan amplio espectro de actuación se refiere el citado artículo 863 del Código de Comercio, de manera, pues, que el proceso de creación de las relaciones obligatorias debe sujetarse a ciertas normas sociales concretas que subyacen en la conciencia ético-jurídica de las comunidades, o sectores de las mismas y que imponen a las personas guardar fidelidad a la palabra dada, no traicionar la confianza despertada en los demás, no interrumpir abrupta e injustificadamente las negociaciones, entre otras (Corte Suprema de Justicia. 2000).

En una providencia más reciente, el alto tribunal sostuvo que la buena fe es pilar de toda negociación y que de él se desprenden otros derechos y deberes como una especie de

referente inamovible de un debido comportamiento

contractual. La buena fe contribuye a que en la proyección, celebración, desarrollo y terminación de uno cualquiera de los negocios que los interesados puedan llegar a celebrar, concurren valores que lleven a uno u otro a comportarse a tono con lo previsto y ajustado (Corte Suprema de Justicia. 2016).

En palabras de la profesora Neme Villareal, la buena fe obliga

no solo a lo fijado en la convención y a los cuidados generales usuales entre personas honorables, sino a todas aquellas prestaciones accesorias que las circunstancias que rodean el negocio en cada momento vayan poniendo de manifiesto, con independencia de que hayan o no sido pactadas expresamente (2006, p. 90).

En consecuencia, parece que, al momento de calificar el cumplimiento del contrato, el intérprete debe haberlo integrado con aquellas obligaciones que, aun cuando no hubieran sido pactadas, debían ser cumplidas por los contratantes, al punto de que su inobservancia deriva en un inobjetable incumplimiento del contrato. En suma, el procedimiento de integración del contenido del contrato, como paso indispensable de la labor de interpretación, permite responder íntegramente la pregunta acerca de ¿qué debe el deudor?

Desde hace más de 80 años (1935), la Corte Suprema de Justicia se encargó de precisar que “Ocurre la integración cuando el texto adolece de defectos, de oscuridad o ambigüedad, o es incompleto o equivocado, o cuando las expresiones y aun las mismas ideas de las partes carecen de claridad o de exactitud (...)” (Corte Suprema de Justicia, 1935). Posteriormente, en sentencia de 20 de junio de 1977, añadiría implícitamente que existen otros aspectos que integran el contrato, aunque no hayan sido pactadas, por su naturaleza misma. Así lo dejó expresado al analizar el contenido del artículo 1603 del Código Civil, en un controvertido caso en el que había un vacío en el contrato:

la manipulación de la tapa del tanque de la aeronave

es asunto que naturalmente concierne al propietario o usuario de ésta, por tratarse de un implemento de la misma, en mayor razón si se tiene en cuenta que su colocación defectuosa puede ser fatal (Corte Suprema de Justicia, 1977)

Con lo anterior, se señala la importancia de integrar el contenido del contrato con aquellas obligaciones que, por una u otra razón, las partes no tuvieron en cuenta al momento de celebrarlo, pero que le pertenecen en la medida en que se tornan necesarias para lograr la finalidad que las partes quieren satisfacer con su celebración y que se erigen como parámetro de valoración para determinar el cumplimiento o el incumplimiento del contrato.

Así, la integración se encarga de definir los contornos reales del negocio jurídico, no solo por añadir obligaciones, sino también al depurar aquellas que no se adecúan con la operación celebrada por las partes, por resultar abiertamente contrarias al contrato. Será pues el juez o el árbitro quien, al aproximarse al negocio jurídico en su labor de intérprete, deba estudiar con rigor el contrato cuyo cumplimiento se debate, escudriñando la intención de las partes, de tal forma que las obligaciones que dejaron de tenerse en cuenta hagan parte del contrato.

Resulta entonces obvio que el incumplimiento de dichas obligaciones deberá ser objeto de prueba en el escenario litigioso, de acuerdo con los criterios de atribución que se señalarán en el capítulo tercero del presente trabajo.

2.2. El deber de colaboración como elemento estructural de la prestación se edifica en un presupuesto para poder atribuir la carga de la prueba del incumplimiento

La extraordinaria complejidad de las relaciones obligatorias actuales impone que este tipo de vínculos sean siempre abordados en clave de cooperación y colaboración recíprocas. Esta reciprocidad ha sido entendida por cierto sector de la doctrina (San Martín, 2011, pp. 273-325) en el sentido en que el acreedor también se vuelve, si se quiere, deudor del deudor, particularmente, de los perjuicios que este último sufra

por estar obligado más de lo previamente establecido y por los beneficios que el deudor hubiera obtenido con la ejecución de la prestación.

En este último caso, por tratarse de un deber secundario de conducta, el acreedor podrá quedar exonerado de responsabilidad en base a la misma buena fe que le impone el deber de cooperar, es decir, siempre que la ejecución efectiva de la prestación por parte del deudor conlleve un “apreciable sacrificio” para los intereses del deudor (San Martín, 2011, pp. 273-325).

Siguiendo su detallado estudio sobre la materia, la doctora Lilian San Martín advierte más adelante que la cooperación entre las partes puede ser dividida en tres aspectos. En primer lugar, la cooperación en sentido genérico, respecto de la tendencia de todos los individuos de satisfacer sus intereses dignos de protección jurídica y la realización del programa obligatorio de la obligación. En segundo término, el deber de cooperación, que consiste en los deberes secundarios de conducta impuestos por la buena fe para que la ejecución de la obligación sea lo más ventajosa posible para deudor y acreedor, colaborando entre sí, para superar las dificultades que puedan surgir, llevando a cabo comportamientos positivos que no impliquen un sacrificio de sus intereses propios mayor al beneficio a percibir. Finalmente, la cooperación en sentido técnico se presenta cuando se requiere el concurso del acreedor para efectuar el pago debido.

Por su parte, Valencia Zea y Ortiz Monsalve (2015, p. 365), al estudiar los artículos 1739 y 1883 del Código Civil, encuentran fundamento para hablar de la mora del acreedor, y planean hipótesis en las que esta sea negligente o no tenga interés en recibir la prestación¹.

Sin embargo, Hinestrosa (2007, p. 115) describe la necesidad de la colaboración recíproca con tal profundidad que vale la pena exponerla:

El derecho de obligaciones es el reglamento de la colaboración intersubjetiva y la obligación es deber de cooperación. Su razón de ser estriba en la imposibilidad de concebir, cada día menos, una economía natural, dada la especialización y el refinamiento en la oferta de bienes y servicios, que paulatinamente se ha ido extremando, y teniendo en cuenta la posibilidad de que cada cual se desenvuelva más amplia e intensamente en su propio campo, con una mayor riqueza de posibilidades de realización personal y de mejor calidad de vida (...) lo que el acreedor prevé es un determinado comportamiento del deudor, útil para él: una actividad considerada en sí o en su resultado, una dación o una entrega, o una inactividad: abstención, y que por lo mismo, en cuanto subsista en él ese interés (específico en el sentido de su singularidad), todo mueve a respaldar su aspiración a satisfacerlo (prestación real). En fin de cuentas, para eso está la obligación y es una relación jurídica.

Es así como se puede afirmar que en las relaciones patrimoniales que se desprenden de la contraprestación, como objeto de la obligación, subyacen relaciones humanas permeadas por la honestidad, la rectitud y el decoro. Esto implicaría afirmar que la consideración del interés ajeno siempre debe ser una máxima en este tipo de vínculos. Por ende, el logro de la satisfacción de la prestación al que aspira la contraparte necesariamente debe ser un móvil del contratante. La cooperación resulta ser, entonces, un elemento fundamental de la relación obligatoria, sin el cual resultaría imposible explicar la pulcritud, el decoro, el pundonor que se debe tener para con el otro.

¹ “El deudor puede ofrecer a su acreedor el pago de la suma de dinero que le debe exigiendo que previamente se le cancele la hipoteca que la garantiza, pero el acreedor puede no tener interés en recibir la prestación o ser negligente en asistir a la notaría a cancelar la hipoteca. Del mismo modo el arrendatario, una vez vencido el contrato, ofrece la cosa arrendada al arrendador, pero este en forma negligente no la recibe. Otro caso lo tendríamos cuando el trabajador ofrece oportunamente al empleador ejecutar el trabajo convenido, y este no coopera en la ejecución de la obligación, motivo por el cual el cumplimiento en otro tiempo distinto perjudica al trabajador. En todos estos casos existe mora en el acreedor, y en todos se pueden causar perjuicios al deudor”.

Ahora bien, ya en un campo adversarial, ese deber de colaboración se mantiene incólume por dos motivos principales. En primer lugar, porque en virtud de la actitud recta que se deben las partes, las obligaciones se mantienen incluso después del contrato, como ocurre por ejemplo con las obligaciones de saneamiento que surgen con ocasión de la compraventa. ¿Podría acaso el vendedor desprenderse de estas, sin propender porque el comprador pueda utilizar el bien comprado para lo que lo adquirió? O ¿cómo explicar las obligaciones de confidencialidad que surgen de un contrato pero que persisten aun cuando aquel se ha extinguido?

En segunda instancia, el deber de colaboración se mantiene vigente, porque la autorregulación de intereses que se instrumentaliza a través del contrato implica reconocer que muchas situaciones que las partes previeron en su programa contractual pueden tener efectos que tiendan a extenderse en el tiempo, sin que puedan desprenderse de ellos simplemente por el fenecimiento del vínculo. Así lo entiende Bianca (2007, p. 29) cuando define el contrato como una regla autónoma que “deriva del consentimiento de las partes (autorregulación) y no de poder autoritario externo (regla heterónoma)”.

En efecto, la buena fe no se extingue con el fenecimiento del vínculo, sino que irradia también con sus efectos, obligaciones y deberes todas las etapas del contrato. En esa línea expositiva, Martha Lucía Neme (2006) ha señalado que:

La buena fe debe estar presente en todo el *iter* contractual y sin solución de continuidad, desde las negociaciones que preceden la formación del contrato, incluida su celebración o concreción, hasta el periodo post-contractual, pasando por supuesto por la ejecución del mismo, por lo que, como ha sostenido la jurisprudencia, dicho principio está presente in extenso, además de que dicha presencia se caracteriza por su marcada “intensidad”, durante todas las etapas en comento, razón por la cual cuando haya de juzgarse si el comportamiento de las partes se ajustó o no a los postulados de la buena fe, ello debe

evaluarse de manera integral, revisando las posturas de las mismas en todos y cada uno de los momentos del negocio *sub examine*.

Es así como puede afirmarse que efectivamente ese deber de colaboración integra la contraprestación durante toda la relación negocial y, en ese sentido, hace parte de la obligación misma, y se convierte en parámetro para determinar el cumplimiento de la prestación debida, en la medida en que su infracción puede ser demandada como desconocimiento del reglamento contractual pactado por las partes, cuando el interés del otro se vio degradado por una conducta que discrepa y se aleja de esa probidad que se espera en el negocio.

2.3. La existencia de una situación de incumplimiento o de insatisfacción de la prestación como presupuesto para la atribución de la carga de la prueba del incumplimiento

Las legislaciones decimonónicas no consagran una definición del incumplimiento contractual, ni mucho menos una disciplina general sobre el mismo. La discrepancia entre esas codificaciones y los instrumentos del derecho moderno de los contratos generan una dispersión normativa que reta a jueces y abogados, provocando incertidumbre. La doctrina se ha pronunciado sobre este fenómeno indicando que ello se refleja en la existencia de varios niveles de protección para el acreedor respecto de una obligación infringida y evidencia que el modelo del codificador no se ajusta al derecho moderno de los contratos, que ha dejado de ser visto como un conjunto de obligaciones unidireccionales, para convertirse en una en “una garantía de satisfacción del interés del acreedor y que impone al deudor la realización del contrato, de lo pactado” (De la Maza y Vidal, 2019, p. 132).

El Código Civil colombiano tampoco contiene una disposición que defina expresamente el incumplimiento, solo puede hacerse relación a él a través de las tipologías reconocidas a través de los artículos 1613 y 1614, esto es, el no haberse cumplido la obligación, el estar ante un cumplimiento imperfecto o que se presente un retardo en el cumplimiento, como pasará a exponerse.

El artículo 1613 del Código Civil señala que:

La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento. Exceptúanse los casos en que la ley la limita expresamente al daño emergente.

Por su parte, el artículo 1614 del mismo Estatuto indica que por daño emergente se entiende el perjuicio o la pérdida

que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido imperfectamente, o retardado su cumplimiento.

Las definiciones sobre el incumplimiento en la doctrina son varias. Por ejemplo, para Carlos Pizarro Wilson:

el incumplimiento contractual asume tres formas típicas: el incumplimiento total de alguna obligación contractual, el cumplimiento imperfecto, por satisfacción parcial en la ejecución de una o más de las obligaciones y, por último, el cumplimiento tardío, del cual se derivan los daños moratorios (2008, p. 257).

Para este autor, es necesario que se cumplan cuatro condiciones para verificar la responsabilidad contractual, a saber: (i) un incumplimiento; (ii) que ese incumplimiento sea culpable; (iii) un daño y (iv) la respectiva relación de causalidad entre ellos.

Para Hinestrosa (2015b, Vol II. p. 871), por su parte, “[i]ncumplimiento del contrato quiere decir inexecución de obligación emanada de él, imputable al deudor y, en términos generales, atribuible a culpa suya”.

A su turno, Chinchilla (2018, p. 336) señala que el

incumplimiento contractual aparece cuando

no existe un justo equilibrio entre el interés del deudor, pues de la articulación entre lo que quiere el acreedor y el deber del deudor, trae como conclusión que la conducta del deudor no se ajustó al contenido de la relación obligatoria, generando la insatisfacción del acreedor. Con el incumplimiento las partes no logran la satisfacción del interés común que los llevó a celebrar el contrato.

A su vez, Ramírez Baquero (2013, p. 388) define el incumplimiento contractual como “el hecho jurídico consistente en que el deudor, siendo exigible la prestación debida al acreedor, no la ejecuta oportuna y cabalmente, desatendiendo con este comportamiento el imperativo jurídico de obligación a su cargo”. Mientras que Tapias Rocha, delinea el concepto indicando que incumplir es equiparable a violar una determinada obligación al no dar, no hacer; hacer incompleto o defectuosamente, o retardar el cumplimiento y que “por el contrario, cuando se trate de obligaciones negativas, el incumplimiento de éstas consiste en hacer el deudor lo que se comprometió a no realizar” (Tapias, 2008, p. 232).

Finalmente, Orsini propone abordar la comprensión del incumplimiento desde tres ópticas: (i) el incumplimiento en sentido estricto, que se presenta cuando el deudor se abstiene de cumplir con la conducta como había sido pactada, aun cuando sea satisfecho el interés del acreedor (quien obtiene el resultado por un medio lejano al comportamiento del deudor o por un cumplimiento forzoso en especie); (ii) el incumplimiento en sentido objetivo, que sucede cuando el deudor incumple con la obligación y el interés del acreedor no se satisface por ninguna otra vía; y (iii) el incumplimiento en sentido subjetivo, que ocurre cuando, frente a la situación anteriormente descrita, al deudor se le puede imputar por no acreditarse un hecho extraño a su voluntad que le hubiere impedido realizar la conducta prometida en el contrato (imposibilidad objetiva sobreviniente o causa extraña) (Orsini, 2003, p. 164).

A pesar de la diversidad de definiciones, en líneas generales se identifican dos elementos nucleares que permiten perfilar los contornos de la figura del incumplimiento: la imputabilidad al deudor (Pizarro, 2008, p. 257) y la separación entre la conducta del deudor y el contenido del contrato, estos dos elementos generan el fracaso en el programa negocial, frustrando a las partes en la satisfacción de los intereses que los motivaron a celebrar el contrato.

Ahora bien, así como no es unívoca la definición del incumplimiento, tampoco hay consenso sobre los distintos tipos de incumplimiento que se pueden presentar como anomalías en el desarrollo del contrato. Algunos los clasifican desde el plano de los sujetos negociales como incumplimiento en *sentido estricto, objetivo o subjetivo* (Orsini, 2003 p. 164), mientras otros se enfocan en el impacto que pueda generar en el negocio y en la posibilidad de solventarlo, clasificándolo en: incumplimiento *definitivo, parcial, defectuoso, grave, simple retardo, remediable o irremediable* (Chinchilla, 2018, p. 338).

Lo expuesto hasta aquí, permite sostener que el incumplimiento contractual es una vicisitud que surge en vigencia del contrato, cuando el deudor se separa del programa contractual, desatendiendo las obligaciones que le son exigibles, o atendíendolas tardíamente o de manera deficiente, de acuerdo con lo esperado por el acreedor, y que deviene en un juicio de responsabilidad en contra del deudor.

Por ese motivo, para poder atribuir la carga de la prueba del incumplimiento es necesario ubicarse en un escenario de discusión sobre la satisfacción de la prestación debida, es decir, un escenario en el que se debate si hubo o no una infracción al reglamento contractual, en el que se discuta si el programa contractual fue debidamente

observado o si, por el contrario, hubo una insatisfacción de las obligaciones que conformaban el negocio jurídico.

Será justamente en el debate ante la justicia que las dos partes puedan acreditar si el reglamento contractual sí fue ejecutado en la forma debida o, *a contrario sensu*, hubo responsabilidad contractual derivada de la inobservancia de las obligaciones asumidas y de aquellas que integran el contenido del contrato, por ser esenciales al tipo de operación celebrada, o que por lo dispuesto en la ley le correspondan al negocio, bien sea por equidad o por costumbre.

En el ordenamiento jurídico colombiano, por ejemplo, se le da un tratamiento específico a la figura del incumplimiento, en el artículo 1603 del Código Civil, que introduce el principio de la buena fe, advirtiendo que los contratos “deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella”. Se trata de un tratamiento similar, pero diferente al contenido en el artículo 871 del Código de Comercio que establece que los contratos

deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe, y en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural.

Como puede advertirse, en materia mercantil, además de la naturaleza del contrato y la ley, también la costumbre y la equidad natural sirven como fuente de la integración (y depuración) del contenido del contrato.

3. Criterios de atribución de la carga de la prueba del incumplimiento

Una vez revisados los presupuestos para atribuir la carga de la prueba del incumplimiento del contrato, en el presente apartado se revisará cuáles son los criterios de atribución de la carga para la acreditación del incumplimiento. Para ello, se debe partir de una premisa fundamental y es que no necesariamente corresponderá probar al que afirma, en los términos del artículo 167 del Código General del Proceso, sino que por la complejidad de la controversia y de la misma relación comercial que se esté examinando, la carga podrá ser asumida por la contraparte.

No obstante, se debe advertir que antes de demostrar el incumplimiento de una obligación, es necesario acreditar su existencia. En palabras del reconocido autor Fernando Vélez al comentar el artículo 1757 del Código Civil,

la carga de la prueba incumbe a quien afirma un hecho que tiende a cambiar el statu quo de las cosas, no al que niega tal hecho. (...) la parte que alega que la otra ha contraído una obligación para con ella, debe probar la existencia de la obligación. La parte que alega que la que se impuso a favor de la otra parte, se extinguió, debe probar la extinción de la obligación. Luego, si en el primer caso no se prueba la existencia de la obligación, se absuelve a la parte a quien se atribuye ésta, y si en el segundo no se prueba la extinción de la obligación, se declara existente ésta para los efectos legales (Vélez, 1926, p. 426).

Se trata de una realidad que, aunque es incontrovertible, por su evidencia puede resultar inadvertida por las partes del contrato o bien, en un escenario litigioso, por los sujetos procesales. De ahí que en los contratos que consten por escrito, será más fácil probar la presencia de una obligación, bastando con ello aportar el contrato al proceso, mientras que en el caso de contratos que

no se encuentren plasmados en un documento, se deberá acudir a otros medios de prueba, tales como los testimonios o la confesión.

En todo caso, vale recalcar lo importante de entrar probando la existencia de las obligaciones cuyo incumplimiento se debate, como presupuesto fundamental para el estudio de fondo de las pretensiones dentro del proceso. Se trata, entonces, de un paso previo, indispensable, y que por su obviedad puede ser olvidado por las partes, lo que llevaría al fracaso de las pretensiones.

3.1. El tipo contractual y la función del contrato: una relación estrecha que permite atribuir la carga de la prueba de acuerdo con el merecimiento de tutela de cada negocio particular

El primero de los criterios de atribución de la carga de la prueba del incumplimiento es el tipo contractual. Para Cardilli, el tipo contractual se corresponde con un momento histórico, adecuándose “al ‘factor tiempo’, en los límites en que logre mediar entre sustancia del tipo contractual y su respuesta a nuevas exigencias sociales y económicas, (lo que) le permite resistir en el tiempo” (Cardilli, 2008, p. 171).

En ese sentido, puede afirmarse que la tipicidad se encuentra ligada a la autonomía de las partes, sin que se le limite a los esquemas negociales normativos o a los reconocidos jurisprudencialmente, por el contrario, esa tipicidad faculta a las partes para idear sus propias figuras. Al respecto, la doctrina ha sostenido que se trata de un aspecto referido a la autonomía privada y que responde

a las crecientes demandas de instrumentos de intercambio y de asociación, como corresponde al

desarrollo cultural y económico, y a la imaginación creadora de individuos y comunidades. La tipicidad no es un límite a la autonomía, sino un modo de ser de ella y de la mentalidad humana (Hinestrosa, 2015a, p. 311).

Ciertamente, las partes en el ejercicio de la autonomía negocial que se les reconoce gozan, entre otras facultades, de la libertad de contratar, de actuar por conducto de intermediario y de escogerlo, de escoger la contraparte o el destinatario de la asignación, escoger la figura, seleccionar el medio de expresión y de la libertad para determinar el contenido del negocio (Hinestrosa, 2015a, pp. 297-321). Esta libertad implica la de escoger el tipo negocial más adecuado para atender o resolver sus necesidades, pudiendo escoger incluso aquellos que carecen de toda disciplina dentro del ordenamiento jurídico, en procura de regular sus intereses, autogobernando así sus relaciones privadas. Por consiguiente, es innegable, entonces, que la tipicidad se encuentra siempre enfocada a la función del contrato celebrado.

Sin embargo, la forma de tutelar los derechos en los contratos atípicos no es un tema pacífico. En Roma, por ejemplo, los contornos de los distintos tipos contractuales fueron delineados con la praxis y sobre todo a partir de las opiniones de los juristas, quienes, al estudiar los casos sometidos a su conocimiento, en donde las partes incluían obligaciones que muchas veces no consultaban la esencia del pacto celebrado, fueron perfilando los tipos negociales.

Así lo expone Cardilli, al analizar el papel de los juristas romanos que, en su parecer,

(...) les imponía traducir en la trama de las estructuras jurídicas las exigencias sociales, negando relevancia a la ocasional y simple reiteración de las cláusulas contractuales verificadas en la praxis negocial, imponiéndoles —no obstante—, al mismo tiempo, el deber de aventurarse en una labor de ‘filtro’ y ‘limpieza’ conceptual de las reglas que son incluidas en el tipo y luego vehiculadas por el mismo. La obra de afinación

y adecuación que con esfuerzo denodado emerge en todas las fuentes, muestra con mayor nitidez el estrato más profundo de la estructura del contrato típico, aquel que lo caracteriza por el reconocimiento y la resistencia en el tiempo. Se trata de un complejo mecanismo de sedimentación de los contenidos típicos del contrato; un incansable trabajo que ha diseñado el tipo hasta convertirlo en un valor *per se* (Cardilli, 2008, p. 218).

Al margen de la labor edificadora de la estructura propia de cada tipo, el problema frente a lo que se denominan contratos atípicos en Roma, es que había un déficit de protección de aquellos pactos ajenos al tipo negocial. Ciertos negocios merecían toda la protección, mientras otros no generaban ni siquiera acciones. El problema gira, entonces, en torno a la posibilidad de tutelar los intereses de los contratantes en este tipo de negocios. Para caracterizar brevemente el sistema contractual romano, vale la pena tener en cuenta el relato de Chinchilla (2015) quien expone que, en el sistema romano, el pacto era entendido como una convención entre dos o más sujetos, carente de forma, y era utilizado por la jurisprudencia como un acuerdo no formal para determinar los efectos jurídicos de sus relaciones negociales, bajo el respeto de los tipos contractuales. En ese sentido, el pacto no era dado en una *stipulatio*, no entregaba un supuesto de hecho típico de un contrato en el plano del *ius civile*, no daba lugar a que el pretor concediera una *actio honoraria*, no producía obligación por no encontrarse dentro de los tipos contractuales preestablecidos en el ordenamiento y “su tutela se producía mediante una excepción concedida por el pretor con el fin de paralizar la acción contractual”. Algunos tipos de pacto eran los *pacta ex intervallo*, para adicionar cláusulas con posterioridad o de forma separada al contrato, y los *pacta in contenti*, los cuales se dirigían a modelar los efectos del contrato y se incluían como cláusulas anexas al contrato al momento de su celebración.

Al respecto, el mentado autor precisa que,

La tutela del pacto y sus efectos respecto al contrato dependían también del ámbito de actuación. Así, un pacto *in contenti* inherente a un contrato protegido

por los *iudicium bonae fidei* o que fijara el contenido contractual al cual accedía sin desnaturalizar el tipo contractual, era tutelado por vía de la acción del contrato del cual hacía parte. Por el contrario, si era un pacto *in continenti* que se refería a un contrato protegido por los *iudicium stricti iuris*, la tutela era por vía de *exceptio pacti*, puesto que la acción que nacía del contrato ya estaba completamente determinada por el *oportere* entre las partes y no podía ser modificada por una convención posterior. Por su parte, el pacto *ex intervallo* solo tenía efecto sobre el contenido del contrato, y su tutela era por vía de excepción en aquellos casos en los que aliviaba la posición del obligado, es decir, aquellos *pacta pro reo* y no *pacta pro actore*.

Esta diferencia de tratamiento se debe a que cuando se hacía referencia a los pactos cuya eficacia reposaba en la inherencia de la *exceptio pacti* a los *bonae fidei iudicium* se afirmaba, por un lado, la valoración del *oportere ex fide bona* en el que se exigía a las partes obrar conforme a lo convenido y excluir cualquier forma de dolo; y por el otro, que los pactos contribuían a conformar el contenido de la obligación, de manera que determinaban lo que realmente querían las partes, es decir, servían para considerar la relación contractual según la voluntad efectiva de los contratantes, la cual resultaba de los pactos celebrados, con respeto al tipo contractual (Chinchilla, 2015, pp. 94-95).

Seguidamente, los juristas encuentran que, con fundamento en la cláusula general de buena fe, esos negocios que no asumen el nombre de un contrato típico o no tienen una causa y que en principio carecen de acción, ahora sí pueden ser protegidos (Cardilli, 2008, p. 202).

Como puede observarse, la discusión en Roma pasaba por la identificación del núcleo fundamental de cada tipo contractual, depurando el contenido auténtico y esencial del negocio, al tiempo que se establecía qué era lo que identificaba a cada contrato, que lo hacía único y, en últimas, aquello que servía de fundamento para garantizar la tutela del negocio a través de las acciones.

Posteriormente, al incorporarse la cláusula general de buena fe, esa protección se fue extendiendo a pactos que no hacían parte del catálogo de los contratos típicos.

Bajo ese antecedente histórico, entendiendo la importancia de la función del contrato en la tipicidad y la relevancia de la tipicidad contractual para acceder a la tutela efectiva vía acción a los derechos derivados del contrato, se llega al estado actual del tema.

La existencia de un contrato típico genera inmediatamente un merecimiento de tutela por parte del ordenamiento jurídico, en tanto es reconocido, promovido y disciplinado por el mismo ordenamiento, que se ha ido decantando en cuanto a su estructura, su funcionalidad y su núcleo esencial. Esto implica que no existe necesidad de probar lo que se busca a través del contrato, no es necesario demostrar que el pacto cumple con una función social ni que tiene una funcionalidad práctica ni que obedece a una operación económica relevante, porque su reconocimiento dentro del catálogo contractual del ordenamiento vigente hace presumir que merece la protección referida. De suerte que la carga de acreditar el incumplimiento en este tipo de negocios solo se limitaría a eso: demostrar que el contratante no adecuó su comportamiento al reglamento contractual.

Sin embargo, en lo atinente a los contratos totalmente atípicos, existe una doble carga de la prueba que le corresponderá al que afirma el incumplimiento, en los términos contenidos en la regla general dispuesta por el artículo 167 del Código General del Proceso. En primera medida, deberá probarse el merecimiento de tutela del contrato, esto es que aquel cumple con una función práctica o socio económica. La acreditación de este aspecto es fundamental, pues de no hacerlo, se estaría privando el contratista que crea que su contraparte ha incumplido, de un elemento estructural de toda vida negocial, y es la posibilidad de que se protejan sus intereses. Y solo después de esto, se debería acreditar la insatisfacción de las obligaciones asumidas en virtud del contrato. Sobre la prueba del merecimiento de la protección del contrato, Hinestrosa manifiesta que

(...) en tanto que la inclusión de la figura en la ley es garantía preventiva de legitimidad, en el evento de simple tipicidad social y, mucho más, en el caso de novedad (¿hibridación?) no existe esa seguridad, y a veces, ni siquiera una presunción de merecimiento de la tutela, y la jurisdicción posiblemente adoptará una postura de indiferencia mientras no se demuestre la utilidad social (o sociabilidad) de la disposición, o esta aparezca evidente (Hinestrosa 2015a, p.127).

No basta sin embargo con este criterio de atribución de la carga de la prueba del incumplimiento del contrato en razón a la tipicidad o atipicidad del negocio. A continuación, se pasará a analizar un segundo criterio relacionado con la integración del contenido negocial.

3.2. La integración del contenido negocial como criterio de atribución de la carga de la prueba, previo ejercicio hermenéutico y argumentativo del demandante para estructurar el contrato con todas las obligaciones que de su naturaleza se desprenden

La integración del contenido negocial resulta un paso obligatorio al momento de interpretar el contrato, en la medida en que solo una vez que se realice la integración del negocio, se podrán conocer con certeza todas las obligaciones que le eran exigibles a las partes y trascenderá lo que los contratantes pactaron y que por cualquier motivo dejaron de tener en cuenta al momento de celebrar el negocio (Jaramillo, 2014. p. 113).

Se trata de un robustecimiento del contrato, en virtud del principio de la buena fe contractual, conforme al cual las partes no solo se obligan a lo expresamente pactado “sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella” (Código Civil Colombiano. Artículo 1603).

Sobre los elementos naturales del contrato, Fernando Vélez sostuvo, al estudiar el artículo 1501 del Código Civil, que:

Las cosas naturales de un contrato, son las que la ley subentiende pactadas en él a pesar del silencio

de las partes acerca de ellas, *quae in contractu tacite veniunt*, pero que no siendo de la esencia del contrato, pueden suprimirlas expresamente las partes sin que por esto el contrato deje de existir o degenerar en otro. Es de la naturaleza del contrato de compraventa que el vendedor responda del saneamiento (art. 1893). De modo que, si al vender nada se dice de éste, quedará obligado a él el vendedor. Sin embargo, a éste puede eximirse expresamente de sanear la evicción (art. 1909), y no porque se le exima de dejar de existir el contrato o degenerar en otro (arts. 1603 y 1621, inc. 2º) (Vélez, 1926, p. 14).

Así las cosas, puede afirmarse que, como consecuencia de esa integración del contenido negocial, la buena fe se erige como fuente de obligaciones adicionales de las partes. Este carácter genitivo de obligaciones adicionales de las partes ha sido reconocido por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, expediente 7125, en sentencia del 8 de mayo de 2003, con ponencia de Jorge Santos Ballesteros, se refirió a los deberes de lealtad, probidad y buena fe que las partes se deben recíprocamente en el marco de un contrato de seguro, resaltando la coherencia que debe caracterizar el comportamiento contractual desde la etapa de preparación hasta la de ejecución del contrato, bajo la óptica de la cooperación.

Para Neme Villareal, la buena fe es la fuente misma de la integración. En ese sentido, sostiene que Andrés Bello, autor del Código Civil, como un visionario, dispuso expresamente en el artículo 1603 del Código Civil, que

los contratos deben ejecutarse de buena fe” y evidenció, además, que “la integración del contrato con todos aquellos deberes que emanan de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella, es consecuencia directa del principio de buena fe (Neme, 2006, p. 79).

Como se dejó enunciado en el acápite anterior de este artículo, el Código Civil colombiano establece como fuentes de la integración en virtud del principio de la buena fe, no solo las relacionadas con la naturaleza

de la obligación contraída, sino también *las que por ley pertenecen a ella* (Artículo 1501, Código Civil), mientras que el Código de Comercio dispone que en virtud de la buena fe, los contratos “obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural” (art. 871, Código de Comercio).

Con estos elementos conceptuales presentes, vale la pena preguntar ¿de qué manera puede convertirse la integración del contrato en un criterio para la atribución de la prueba del incumplimiento? En primera medida, en el marco del ordenamiento civil, sería indispensable que la parte que considere que el otro ha incumplido interprete el contrato, previa integración de su contenido, enriqueciendo el programa contractual con las obligaciones que emanan de la naturaleza del vínculo, es decir, de la operación económica celebrada.

Una vez realizado este ejercicio de integración e interpretación, la parte tiene la carga no solo probatoria, sino sobre todo argumentativa de evidenciar aquellos elementos que pertenecen al programa negocial, que, por la naturaleza de las obligaciones, por la función del negocio, le son propios, o que la misma ley ha reconocido que hacen parte de un determinado tipo contractual. En otros términos, la parte interesada debe demostrar que sin un aspecto específico que no fue pactado, la operación celebrada carecería de sentido, perdería sus notas distintivas, incluso, si se quiere, el contrato no habría sido celebrado si no se tuviera esas obligaciones adicionales como contenido del negocio jurídico (Neme, 2019, p. 250-285.)

Ahora, si la relación contractual está gobernada por el Código de Comercio, de conformidad con su Artículo 871, las fuentes de la integración en virtud de la buena fe comprenden además de las que disponga la ley, las que sugiere la costumbre y la equidad como parte de la génesis de la función integradora. En ese caso, la parte accionante deberá acreditar la existencia de la costumbre que sirve de germen de las obligaciones que pretende hacer valer como incumplidas (Código General del Proceso, art. 179).

Como puede observarse, la relevancia de la integración del contenido contractual estriba en la existencia de elementos que, aunque las partes no contemplen al momento de la celebración del contrato, sí forman parte de las obligaciones que son exigibles a cada uno de los contratantes y que por ello resultan relevantes al momento de atribuir responsabilidad por el incumplimiento de aquellas.

En suma, es posible señalar que se trata de una superación de la autonomía de la voluntad a ultranza, para el rescate de valores que permean las relaciones contractuales y que imponen de un lado la corrección del contenido del negocio y de otro lado la inclusión de nuevas obligaciones.

Así lo reconoce Zimmermann (2010, p. 205) al afirmar que

encontramos un énfasis cada vez mayor en la lealtad de las partes, la protección de la confianza, la cooperación, la preocupación también por los intereses de la otra parte y en la justicia sustancial. Es un sendero que nos conduce lejos de las exageraciones del positivismo (...).

3.3. La equidad como herramienta del juez para alcanzar la justicia contractual en cada caso concreto se convierte en criterio de atribución de la carga de la prueba del incumplimiento

El papel de la equidad en el ordenamiento jurídico colombiano resulta innegable. Sobre este concepto vale reseñar lo expuesto por la doctora María Cecilia M'Causland Sánchez, quien en su trabajo *Equidad judicial y responsabilidad extracontractual* realiza una aproximación a la equidad, de acuerdo con las funciones que le atribuye el ordenamiento jurídico, para proponer que esta es un criterio auxiliar del juez, un principio extrasistemático por no estar contenido en la Constitución y un concepto jurídico indeterminado cuya concreción material corresponde al juez, con miras a la realización de la igualdad material. Se trata, pues, de una herramienta de interpretación de toda clase de normas (las que

contienen principios y reglas, así como las que son claras o aquellas contradictorias), cuando no sea suficiente acudir a la analogía *legis*, la doctrina constitucional, las reglas generales del derecho y la costumbre. Asimismo, el juez está habilitado para emplear este criterio no solamente cuando el legislador defiera expresamente la decisión a la equidad, sino también cuando se requiera para que la aplicación de la ley al caso concreto se ajuste a la justicia (M'Causland, 2019, pp. 259-260).

Asimismo, resulta interesante revisar la noción expuesta por Chamie en un importante recuento histórico sobre la noción de la equidad, indicando que, en el ámbito de la filosofía, la noción más antigua se remite a la fórmula de la justicia en el caso concreto, en tensión con el carácter universal de la ley. Una concepción más aceptada es aquella según la cual, se trata de “un conjunto de preceptos que regulan las relaciones humanas por encima de las disposiciones jurídicas y que el legislador debe considerar al momento de la elaboración de las normas”. A partir de lo anterior, surgió la idea de que la equidad es la fuente del derecho aplicable a los casos de lagunas, junto con los principios generales del derecho. En la Italia del siglo XX, se hizo alusión a la equidad general y a la equidad como justicia entendida en un sentido amplio. Fue así como en la doctrina surgió una tercera acepción de equidad como

la justa reglamentación del caso individual, de adaptación de la norma a la situación de hecho, vale decir, una equidad particular que, relacionada con el remedio en estudio, no será otra cosa que un criterio para juzgar la reglamentación de un caso concreto y que corresponde a la conciencia subjetiva del juez (Chamie, 2013, pp. 221-222), lo cual comporta la modificación del rol de juez.

Ahora bien, en el caso colombiano, el Código Civil adoptó la equidad como criterio interpretativo, al exponer en su artículo 32 que “En los casos a que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación anteriores, se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural”. En la misma línea,

se fijó la equidad como un límite para la interpretación del pensamiento del legislador y en todo caso para aclarar las leyes oscuras o incongruentes, en el artículo 5° de la Ley 153 de 1887 cuyo tenor indica que “Dentro de la equidad natural y la doctrina constitucional, la crítica y la hermenéutica servirán para fijar el pensamiento del legislador y aclarar o armonizar disposiciones legales oscuras o incongruentes”.

Sin embargo, a pesar de las referencias precitadas, no se advierten mayores referencias literales a ese principio. A lo sumo, se puede colegir su existencia en algunas normas, especialmente para corregir injusticias que puedan derivarse en ciertas relaciones contractuales.

Considérese por ejemplo la solución prevista para la ocurrencia de la *lesión enorme* (Código Civil Colombiano. Artículo 1948). En virtud de esta figura, el comprador podrá o consentir la rescisión o completar el justo precio con deducción de la décima parte, y el vendedor a su vez podrá consentir en la rescisión o restituir el exceso del precio recibido sobre el justo precio aumentado en una décima parte. Tales soluciones resultan una aplicación directa de la equidad en materia contractual, así como en el caso de la acción contenida en el artículo 1925 del Código Civil.

Sin embargo, es solo con la expedición del Código de Comercio, influenciado por el Código Civil Italiano de 1942, que la equidad vuelve a adquirir un rol protagónico. Así se explicita en el artículo 868 del Estatuto Mercantil en lo que refiere a la revisión del contrato, en escenarios de excesiva onerosidad sobrevinida, cuando le atribuye al juez la posibilidad de ordenar reajustes en equidad.

Además de esta disposición, resulta relevante recordar que a voces del artículo 871 del señalado Estatuto Mercantil, se incluyó la equidad natural como fuente de integración de obligaciones en los contratos. Como puede verse, la equidad citada pocas veces en el Código Civil, cobra un rol preponderante en el escenario comercial.

Y siguiendo en esa línea, el constituyente de 1991

quiso que la misma fuera un criterio auxiliar de los administradores de justicia. Así lo dispuso el artículo 230 inciso 2 que dispone que los jueces: “en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”. Esa función de la equidad como criterio auxiliar al momento de proferir las sentencias, encontró también respaldo legal en el artículo 7 del Código General del Proceso así:

Los jueces, en sus providencias, están sometidos al imperio de la ley. Deberán tener en cuenta además, la equidad, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina. Cuando el juez se aparte de la doctrina probable, estará obligado a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión. De la misma manera procederá cuando cambie de criterio en relación con sus decisiones en casos análogos. El proceso deberá adelantarse en la forma establecida en la ley.

Es así como la equidad funge no solo como criterio integrador de obligaciones no pactadas en el ordenamiento jurídico colombiano, sino también como principio corrector del contenido del contrato, o si se quiere, de situaciones anómalas que puedan afectar la justicia contractual, y a partir de la Constitución de 1991 se fincó con mayor fuerza como criterio auxiliar de los jueces al momento de administrar justicia.

En todas las facetas que se desprenden de las normas referidas, es posible advertir la equidad como un criterio del juez para distribuir la carga de la prueba en el incumplimiento contractual. Será, entonces, el administrador de justicia quien acuda a ella en cada caso concreto, para poder solventar las dificultades probatorias en materia obligacional que se susciten en cada evento, cuando la regla general contenida en el artículo 1757 del Código Civil y la cláusula prevista en el artículo 167 del Código General del Proceso sean insuficientes.

La evaluación de la situación concreta sometida a

conocimiento del juez, irradiada por las normas referidas y de manera muy particular por el precepto constitucional contenido en el artículo 230.2, permiten al operador judicial tomar la determinación, ante la incertidumbre de caer en una injusticia, de atribuir la prueba del cumplimiento de una determinada obligación a una de las partes, estimando que sea esa la mejor forma de arribar a una decisión justa y en todo caso de garantizar a cada uno de los sujetos procesales la igualdad y el equilibrio en el escenario adversarial.

La equidad se convierte entonces en una herramienta para el juez, quien en cada caso particular podrá atribuir a una de las partes la carga de probar un hecho determinado y relevante para concretar un escenario de incumplimiento, propiciando un contexto de justicia no solo contractual, sino también procesal, reduciendo la existencia de situaciones desequilibradas.

3.4. La calidad de las partes en la relación negocial permite la atribución de obligaciones y cargas específicas, como la del incumplimiento del contrato, valorando en cada caso los conocimientos específicos de cada sujeto que reduzcan la asimetría contractual y procesal

Una revisión de las normas generales sobre contratos en los códigos decimonónicos permite sostener que estos partían de relaciones obligacionales en donde las partes eran iguales, sin que hubiera asimetría de ningún tipo. No había una necesidad especial de proteger a una parte sobre la otra y, por lo mismo, no había especiales deberes distintos a los que emanaban de la buena fe.

Posteriormente, con la diversificación de los bienes y servicios ofertados en el mercado y la masificación de la contratación, las relaciones negociales se tornaron más complejas. El consumidor entra en el escenario jurídico y la relación negocial que nace entre aquel y el productor o proveedor se caracteriza por la asimetría.

Sobre esta figura de la asimetría, Javier Rodríguez Olmos señala que se trata de un desequilibrio estructural en la relación negocial:

(...) por una lado, el empresario, comerciante, productor o prestador de bienes y servicios, quien en virtud del ejercicio de su actividad profesional está en capacidad de hacer un análisis global y racional de la relación costo-beneficio, sirviéndose normalmente de un contenido contractual predispuesto; por el otro, el consumidor, para quien, en vista del volumen y el monto de las transacciones que realiza —por lo regular, por medio de contenidos estandarizados— resulta completamente irracional y desmesurado hacer un cálculo teniendo en cuenta todos los aspectos posibles más allá del precio y de ciertos factores relacionados con la prestación principal que contrata (Rodríguez, 2013, p. 154).

Es esta asimetría contractual la que resulta a su vez génesis del cambio en el paradigma del modelo de contrato. Ya no se habla entonces de un contrato entre iguales, como el arquetipo establecido en los códigos decimonónicos, sino que, ante la constatación de una desigualdad entre los contratantes, se impone una nueva forma de entender las relaciones obligatorias.

Roppo propone al respecto algunas diferencias entre el contrato tradicional y el contrato del consumidor, en lo que se refiere puntualmente a los remedios contractuales: en el segundo la invalidez tiene una forma más intensa, en atención a la vulnerabilidad del contrato y de la gran cantidad de vínculos impuestos a la autonomía privada, de la forma que, a pesar de conllevar especiales causales de invalidez, más invasivas que en el derecho común, usualmente son menos destructivas del vínculo contractual y perjudicando más su contenido que su supervivencia (Roppo, 2005, pp. 37-38).

Otros sectores de la doctrina afirman incluso que hay un tercer arquetipo contractual, que trasciende a los contratos del consumidor, conservando sus propias características, un contrato:

(...) cuya “fuerza de ley” resulta notoriamente atenuada (por la profusa creación de rescisiones por

arrepentimiento, y por la difusión de las causales de invalidez provenientes de la multiplicación de los vínculos de forma, de contenido, de transparencia/totalidad); un contrato en el que la impugnación más grave es equilibrada con una contención forzosa de sus consecuencias destructivas (nulidades elativas, nulidades sólo parciales); un contrato cada vez más sujeto a controles sobre el equilibrio de las prestaciones, en sentido no sólo normativo sino también genuinamente económico, mucho más allá de los limitados casos en que la tradición lo aceptaba; un contrato cuyo régimen sufre la creciente mezcla entre órdenes de reglas tradicionalmente separadas, como las reglas de validez y las reglas de comportamiento/responsabilidad (Roppo, 2005, pp. 61-62).

Además, desprende el nuevo arquetipo contractual de los contratos de consumo, aunque señala que su génesis sí se encuentra en ese tipo de relaciones:

El nuevo paradigma contractual, aunque edificado originariamente con base en el régimen del contrato con el consumidor (entendido como contrato entre un consumidor y un profesional), se nutre en realidad inclusive de los regímenes contractuales que no tienen esta connotación subjetiva, desde que prescinden de la mencionada calidad socio-económica de las partes, o desde que aceptan dichas cualidades distintas en las partes. O, nacido en el campo del contrato con el consumidor, el nuevo paradigma contractual muestra una fuerza expansiva que lo proyecta más allá de dicho campo (Roppo, 2005, pp. 61-62).

En todo caso, es la especificidad y diversidad de los bienes y servicios ofertados en el mercado, aunada a la existencia de grandes empresas y al conocimiento especializado que tiene el ofertante de los bienes y servicios, la que justifica la protección de la parte que carece de esos conocimientos. Esa tutela se refleja en la atribución de deberes específicos en cabeza de la parte fuerte de la relación contractual, por ejemplo, el deber de información que contempla el artículo 19 de la Ley 1480 de 2011 (Chinchilla y Neme, 2018).

Se puede afirmar, entonces, que la fuente de este tipo de obligaciones adicionales que surgen en atención, por ejemplo, al carácter profesional de uno de los sujetos se encuentra justamente en la buena fe, contenida, como se ha indicado en algunos apartes de este trabajo, en los artículos 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio. Esta buena fe enriquece el contenido obligacional del contrato escrito con obligaciones novedosas que se desprenden de la naturaleza del negocio, de manera que su desconocimiento implicaría hacer a un lado la función misma del pacto.

Esta atribución de deberes que son exigibles y se vuelven parámetros para determinar el cumplimiento del contrato se ha ido extendiendo a toda relación en la que pueda verificarse la existencia de una asimetría contractual, en razón no solo a las calidades profesionales del deudor de la obligación o al especial conocimiento que aquel tenga, sino también, por razones socioeconómicas que evidencien la especial protección que requiere una de las partes en la relación negocial. Así, la imposición de estas nuevas obligaciones funge también como tutela a favor de esa parte que merece especial protección, reduciendo la desigualdad preexistente en el contrato.

Como ejemplo de lo anterior se encuentran las relaciones que surgen entre la banca y sus clientes. En ellas se da un robustecimiento del contenido obligacional del contrato en cabeza del empresario, a quien se le atribuyen los denominados deberes secundarios de comportamiento, que buscan asegurar las prestaciones principales del respectivo producto, servicio o bien, como, por ejemplo:

...-(...) el deber de informar acerca del uso de una cosa que se adquiere, el deber de publicar y hacer conocer los reglamentos en la prestación de servicios públicos, el compromiso de suministrar información sobre los potenciales riesgos que trae el consumo de determinados productos alimenticios, o la ingestión de drogas, el deber de indicar la fecha de fenecimiento de los mismos, todos estos son, por supuesto, deberes de fidelidad y de cooperación que integran un extenso catálogo de deberes a cargo del empresario y cuya

omisión puede dar origen a una indemnización de perjuicios de fuente claramente contractual si, por ejemplo, por falta de una debida información, se genera un daño a la vida o a la integridad de los consumidores o adquirentes del bien o de quien, en general, recibe el servicio (Santos, 2008, p. 917).

En este tipo de relaciones se pueden encontrar obligaciones profesionales, entendidas como un *conjunto de cargas, obligaciones y conductas esperadas que se predica hoy en forma prácticamente indefinida del profesional* (Rodríguez, 2013, p. 167). Algunas de estas obligaciones son la lealtad que, a juicio del autor, se expresa con mayor entidad en contratos de confianza, *intuitu personae* “por cuanto en el manejo del crédito las partes se otorgan recíprocamente una confianza excepcional, que no sólo las vincula a ellas sino también a la comunidad”. Así, en aplicación de esa obligación, no “podría el fiduciario tomar la decisión que lo favoreciera o beneficiara al tercero en detrimento de los intereses de su cliente” (p. 169 y 275), la obligación de información, en virtud de la cual

el profesional debe hacer conocer al potencial contratante de manera clara y comprensible no sólo las condiciones y calidades del bien o servicio que ofrece o se le demanda, sino los riesgos o precauciones que han de tenerse en cuenta en relación con ellos (p. 170).

La eficacia conforme con la cual “en virtud de la competencia particular que posee [el profesional], el cliente tenga fundadas razones para “sentirse en las mejores manos”. De acuerdo a esa obligación “el profesional debe conocer las regulaciones y requisitos que su actividad y su clientela deben satisfacer”, así como los riesgos normales o extraordinarios que puedan presentarse, y la forma adecuada de mitigarlos, además de contar con una organización robusta que permita adoptar las mejores decisiones en casos oscuros (p. 173). Y finalmente la prudencia, de acuerdo con la cual el profesional debe “realizar en forma cauta y diligente los actos necesarios para la debida consecución de la finalidad del contrato y la satisfacción de sus obligaciones” (Rodríguez, 2013, p. 173)”.

Esta asimetría también es posible encontrarla en las relaciones que emanan del consumidor y el productor de un bien tecnológico especializado o en las relaciones que surgen en los proyectos de infraestructura. Se trata de relaciones en las que una parte es “titular” de un conocimiento especializado del que carece en todo o en parte su co-contratante. En efecto, es solo el profesional quien debido a su calidad conoce los aspectos técnicos de la construcción², tecnología, inversiones, divisas, etc., aspectos que la parte débil desconoce o no maneja a la perfección, por lo que dejarle la prueba de tales hechos constitutivos de cumplimiento o incumplimiento a la parte débil, sería entregarle el cumplimiento de una carga probatoria imposible o altamente gravosa.

La necesidad de solucionar el problema de asimetría en estas relaciones, a la luz de la cooperación como eje transversal de la relación obligatoria y de la lealtad procesal como principio estructural de las relaciones jurídicas procesales, impone, ya en el plano litigioso, que si la controversia se suscita en torno al cumplimiento o incumplimiento de un tema concreto cuyo conocimiento solo lo tiene la parte fuerte, será esta quien deba probarla en el proceso.

Piénsese, por ejemplo, en el caso de un inversionista que tiene dudas fundadas sobre si su comisionista le aconsejó la inversión que mejor se adecuaba a sus posibilidades y su realidad. Difícilmente podría el inversionista demostrar que hubo negligencia en el actuar del comisionista. En materia de fiducia, la Circular Básica Jurídica 029 de 2014 rescata la existencia del deber de asesoría, en virtud del cual “el fiduciario debe dar consejos u opiniones para que los clientes tengan conocimiento de los factores a favor y en contra del negocio y así puedan expresar su consentimiento con suficientes elementos de juicio” (Circular Básica Jurídica 029 de 2014. Parte II. Título II. Artículo 2.2.1.2.2).

Otro caso de análisis se da cuando la duda estriba en el cumplimiento o incumplimiento del suministro de energía

eléctrica. ¿No estará en mejor capacidad de acreditar el cumplimiento de la obligación la empresa encargada de suministrar la energía? Incluso se podría sostener la misma línea reflexiva en cuanto a las obligaciones del médico, pues ¿acaso el paciente puede demostrar fácilmente que el profesional de la salud desconoció los procedimientos que eran necesarios en una intervención quirúrgica que era objeto de un contrato?

Podríamos encontrar aun más escenarios en donde la prueba de un determinado hecho se encuentre en cabeza de uno de los sujetos, en razón a su especial conocimiento sobre un tema puntual. Por ejemplo, en los contratos de obras o en las grandes concesiones viales, es claro que el contratante o el concesionario cuentan con experticia en la rama de la infraestructura, lo que presupone conocimientos específicos, por ejemplo, en las características y uso de ciertos materiales, en el conocimiento de las propiedades del suelo, en estrategias de financiamiento de proyectos, entre otros múltiples aspectos, por lo que en un escenario procesal es entendible que el juez, de oficio, o la contraparte, pidan que sea esa parte la que acredite ciertos hechos.

En efecto, la existencia de esas obligaciones adicionales de los empresarios, o de los profesionales en determinados ramos, son exigibles aun después de terminado el contrato y se hacen exigibles incluso en el escenario litigioso, en donde el juez puede solicitar su cumplimiento para fines procesales, de manera que el empresario sigue siendo deudor de esas obligaciones v. gr. de información, y el operador de justicia, a través de los poderes que le confiere la ley procesal, puede hacerlas exigibles.

El razonamiento que antecede encuentra respaldo en lo dispuesto en el artículo 167 del Código General del Proceso, norma que acoge la carga dinámica de la prueba, en especial cuando la norma señala que uno de los criterios para determinar cuándo una parte se

² Por ejemplo, que se cumplieron las especificaciones técnicas contenidas en los términos de condiciones para la construcción de una vía, o que los materiales eran de buena calidad.

encuentra en una situación más favorable para probar un hecho es la existencia de circunstancias técnicas especiales.

Sobre la citada carga dinámica de la prueba, la Corte Constitucional señaló en Sentencia C-086 de 2016 que

(...) halla su origen directo en la asimetría entre las partes y la necesidad de la intervención judicial para restablecer la igualdad en el proceso judicial. (...) la noción de carga dinámica de la prueba, “que no desconoce las reglas clásicas de la carga de la prueba, sino que trata de complementarla o perfeccionarla”, supone reasignar dicha responsabilidad, ya no en función de quien invoca un hecho sino del sujeto que, de acuerdo con las circunstancias de cada caso, se encuentra en mejores condiciones técnicas, profesionales o fácticas de acreditarlo (Corte Constitucional. Sentencia C-086 de 2016. M.P. Dr. Jorge Iván Palacio Palacio.)

Ahora bien, la calidad de las partes en la relación contractual tiene implicaciones sustanciales concretadas en el surgimiento de obligaciones adicionales que se desprenden de su conocimiento especializado en una materia; al profesional se le exigirá ir un poco más allá del contenido del programa contractual, en aras de materializar las aspiraciones de su contraparte, que en últimas lo llevaron a celebrar el contrato.

Al respecto, resulta ilustrativo lo propuesto por Chinchilla, quien, al estudiar el deber de información en los contratos, expone que la calidad de las partes es importante para determinar el alcance de este deber, pues no están en la misma situación un profesional o sujeto cualificado y una persona con una presunción de ignorancia legítima, debido a las condiciones cognoscitivas, sociales y las circunstancias fácticas en las que ella se encuentra con relación a su contraparte, esto sin desmedro de la obligación de colaboración y diligencia que generan los contratos por aplicación del principio general de buena fe (Chinchilla, 2011, p. 337).

Por otra parte, en el campo procesal, la expectativa

en el comportamiento del profesional se materializa en cargas especiales desde el punto de vista probatorio, pues con la finalidad de establecer la veracidad de las pretensiones o de las excepciones, es válido, sin romper la igualdad procesal, atribuirle la acreditación de determinados hechos en razón justamente a esa calidad personal que ostenta, de la cual se deriva un conocimiento especializado del que carece tanto su contraparte como el administrador de justicia.

3.5. El tipo de obligación. Las obligaciones de medio y de resultado y la regla de la prueba de la diligencia como criterio para atribuir la carga de la prueba del incumplimiento. La prueba en las obligaciones de no hacer y sus particularidades

Un último criterio relevante para la atribución de la carga de probar el incumplimiento es el relacionado con el tipo de obligación, de manera particular en las obligaciones de medio y de resultado.

Esta distinción entre obligaciones de medio y de resultado se le atribuye a René Demogue, al salvar una aparente contradicción entre los artículos 1137 y 1147 del Código civil francés, de la siguiente manera:

mientras que el primero introdujo un principio general en la regla de prueba dentro de la responsabilidad contractual, según el cual el deudor es responsable si el acreedor prueba que aquél no se comportó como era debido, esto es, como un buen padre de familia, el 1147 parecía decir lo contrario. Según este artículo, el deudor sólo podría quedar exonerado de responsabilidad mediante la prueba de una causa extraña. (...) Frente a esta contradicción entre aquéllos dos textos, la solución de René Demogue pareció simple y adecuada: mientras la obligación sea de medios, la regla que se aplicaría es la del artículo 1137 del Código civil francés; si la obligación fuere de resultado, la regla aplicable sería la del artículo 1147 del mismo Código (Martínez Cárdenas, 2008, p. 900).

La distinción entre obligaciones de medio y de

resultado no ha sido del todo aceptada por la doctrina. Varias críticas se han enfocado en contra de esa diferenciación. Por ejemplo, para Neme Villareal “no refleja verdaderamente la realidad, ya que muchas obligaciones no son irreductibles a esta distinción y además resulta de dudosa aplicación a las obligaciones extracontractuales” (Neme, 2018, p. 30). La dificultad de categorizar cada relación obligatoria como de medio o de resultado, ha derivado en varias clasificaciones que a la postre han terminado por desnaturalizar la diferenciación. Así, por ejemplo, estarían aquellas que

“(…) se distinguirían no solo por la intensidad del compromiso adquirido, sino también por la carga y el objeto de la prueba de la inejecución; estas variantes van desde las obligaciones “de resultado” propiamente dichas hasta las obligaciones estrictamente “de medios”, pasando por las “obligaciones de garantía”, las obligaciones de “resultado atenuadas” o también denominada “de medios reforzada” (Neme, 2018, p. 32).

A la Corte Suprema de Justicia se le debe la adopción de esta teoría en el ordenamiento jurídico colombiano, a través de la providencia del 5 de noviembre de 1935, con ponencia del Dr. Juan Francisco Mujica, en la que señaló con claridad que incurrir en culpa es sinónimo de faltar a los deberes de un buen padre de familia o de un hombre prudente, ya sea por faltar a la prudencia o por no ejecutar las obligaciones contraídas. Asimismo, expone que para analizar la culpabilidad no son de utilidad la clasificación de las obligaciones en dar, hacer o no hacer, así como tampoco las obligaciones positivas o negativas; por lo cual debe acudir a la clasificación de obligaciones de medio y de resultado, que se pueden describir de la siguiente manera:

El contenido de cualquiera obligación consiste en la prestación que el acreedor puede reclamar al deudor y que este debe suministrar. La prestación pues, o bien es una conducta del deudor en provecho del acreedor, o bien es un resultado externo que con su actividad debe producir el deudor a favor del acreedor. Dicho en otras palabras, la obligación puede tener por objeto un hecho o un resultado determinado y entonces obliga al

deudor a realizar ese hecho o a obtener ese resultado deseado por el acreedor. El hecho prometido por el deudor o la abstención a que él se ha comprometido, tienen las características de ser claros, precisos y de contornos definidos. Es deber del deudor obtener con su actividad ese hecho, tal resultado. En cambio, en las obligaciones de medio, el deudor únicamente consiente en aportar toda la diligencia posible a fin de procurar obtener el resultado que pretende el acreedor. El deudor solo promete consagrar al logro de un resultado determinado su actividad, sus esfuerzos y su diligencia, pero no a que este se alcance (Corte Suprema de Justicia. Cas. Civil. Mayo 31 de 1938. G.J. XLVI pág. 571.)

Así, a pesar de no tener un respaldo normativo, y de la resistencia de algunos sectores de la doctrina a aceptarlas como adecuadas para el ordenamiento jurídico patrio, sí se puede hablar de una regla tutelar en lo concerniente a la carga de la prueba, y es la contenida en el inciso tercero del artículo 1604 del Código Civil que resulta aplicable a esta clase de obligaciones.

La norma citada señala que “la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega”.

Antes de algunas reflexiones sobre dicha norma, es necesario aclarar que la primera actividad probatoria del demandante o del demandado en el caso de las obligaciones de medio y de resultado se debe dirigir a la prueba del tipo de obligación. En otras palabras, si a lo que se había obligado era a alcanzar un resultado determinado o si, por el contrario, lo que le era exigible era el desplegar un explícito grado de diligencia. Sobre el particular, Tamayo concluye que, aunque en algunos contratos las obligaciones se pueden considerar a priori como de medio o de resultado, en otros “sobre todo los de prestación de servicios médicos, el deudor se puede comprometer a una mayor o menor diligencia y, por tanto, el juez en cada caso concreto deberá determinar si la obligación era de medio o de resultado” (Tamayo, 2010, p. 537).

En ese sentido, la prueba del tipo de obligación, siguiendo los lineamientos de la regla general contenida en el artículo 167 del Código General del Proceso, corresponderá al que afirma.

Acreditado lo anterior y ya bajo el imperio de lo normado en el inciso tercero del artículo 1604 del Código Civil, es posible establecer que el deudor de una obligación de medio será quien tenga la carga de demostrar que ha actuado de manera diligente y prudente, siguiendo los estándares que la actividad desarrollada imponga, evidenciando que cumplió con la *lex artis* que gobernaba su actuación. El deudor en la obligación de medio tiene entonces el imperativo de actuar, en desarrollo del contrato, de manera recta y acuciosa, desplegando las mejores prácticas en pro de alcanzar la prestación de su contraparte. Y será él quien debe desplegar la diligencia, quien deba probarla. Lo anterior en estricta aplicación de lo dispuesto en la norma bajo estudio del Código Civil.

Por otro lado, el deudor de la obligación de resultado, a fin de acreditar su posición, deberá demostrar la ocurrencia del caso fortuito o la fuerza mayor que impidió ejecutar el programa contractual como había sido pactado, pues solo probando esa causa extraña será eximido de responsabilidad por no haber cumplido con las obligaciones que le eran exigibles. En efecto, el deudor de la obligación de resultado, independientemente del grado de diligencia que imprima en su actuación, solo se librárá si ocurriere una causa extraña que haya imposibilitado el cumplimiento del contrato. En palabras de Koteich:

En las obligaciones de medios, el deudor se obliga a poner todos los medios, precisamente, y toda su diligencia en la consecución del objetivo último que persigue el acreedor con el contrato; ese es, pues, el contenido de su obligación, un comportamiento, no un hecho, y por eso se les llama también obligaciones de prudencia y diligencia. El deudor cumple aunque el acreedor no consiga su objetivo final, pero, se insiste, se exige un “mínimo de resultado”, consistente en llevar a cabo, precisamente, los actos tendientes a lograr la finalidad que persigue el acreedor con el

contrato (...) En las obligaciones de resultado, en cambio, el deudor se obliga a un resultado preciso y determinado, no basta pues con “emplear todos los medios necesarios (...) la prueba exoneratoria en este tipo de obligaciones está constituida por la causa extraña, aunque en casos extremos ni siquiera ella exonera (Koteich, 2014, p. 662).

Las reglas de la prueba del incumplimiento en el caso de las obligaciones con prestaciones de *no hacer* tienen unas notas diferenciadoras que se apartan de otro tipo de obligaciones, como las de medio, las de resultado, o las que tienen con prestaciones de dar o de hacer, debido a las características propias de dicho tipo de vínculos obligatorios.

En este tipo de vínculos el deudor “debe una abstención: dejar de hacer, durante un tiempo determinado, un comportamiento determinado que, de no constituir el objeto o prestación, podría realizar libre y lícitamente” (Hinestrosa, 2019, p. 11). Esto supone que el incumplimiento se estructura de una forma diversa a las de los otros tipos de obligaciones. Para la obligación de no hacer el incumplimiento consiste “lisa y llanamente en la ejecución del acto prohibido, y de suyo tiene significación, independientemente de si cabe la reincidencia o la posibilidad de incumplimiento se agota en una sola acción” (Hinestrosa, 2019, p. 11). Como consecuencia, cuando se alegue ese incumplimiento, el deudor se defenderá negando categóricamente que ha realizado el acto prohibido.

Sobre la manera de probar el hecho negativo, Taruffo precisa que debe hacerse mediante la coartada, es decir, probando la ocurrencia de un hecho distinto incompatible con el que se niega; sin embargo, esa técnica no funciona cuando las circunstancias de espacio y tiempo son vagas e indeterminadas, caso en el cual, la única posibilidad probatoria es el empleo de declaraciones del sujeto al que los hechos son atribuidos (Taruffo, 2011, p. 140).

Este tipo de obligaciones aparecen, por ejemplo, en la normativa que gobierna el contrato de agencia comercial. De un lado, el artículo 1318 del Código de

Comercio dispone la exclusividad en favor del agente, que se entiende pactada, salvo que las partes dispongan lo contrario, y dicta que el empresario no podrá disponer de varios agentes en una misma zona y para el mismo ramo de actividades o productos. Por su parte, el artículo 1319 del mismo Estatuto establece que la exclusividad en favor del agenciado se puede pactar, prohibiéndole al agente la promoción o explotación, en la misma zona y en el mismo ramo, de los negocios de dos o más empresarios competidores. Como puede observarse se trata de dos conductas que el obligado debe abstenerse de realizar, so pena de infringir el contrato.

Se está entonces ante una negación indefinida, que como se verá más adelante no debe ser probada, al tenor del artículo 167 del Código General del Proceso que preceptúa que “los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren pruebas”. La prueba, en este caso, le corresponde al *acreedor/demandante*, quien puede acreditar la infracción al reglamento contractual, demostrando el acto positivo desplegado por el deudor, que será a su vez el que fundamente el incumplimiento del negocio, puntualmente, de la obligación que le imponía abstenerse de hacer algo. Para Hernán Fabio López esta excepción en la carga probatoria se justifica por la dificultad práctica tan alta de demostrar o acreditar

hechos que se caracterizan por su indefinición en el tiempo, la que no siempre es absoluta sino, las más de las veces relativa, es decir que depende de la existencia de la negación o afirmación indefinida del transcurso de un lapso que racionalmente evidencia la imposibilidad o por lo menos gran dificultad, de probar la circunstancia respectiva, pero no necesariamente de una indefinición temporal absoluta como exegéticamente se le toma en ocasiones (López, 2019, p. 82).

Lo señalado hasta aquí permite afirmar que la regla del artículo 1757 del Código Civil, que afirma que *aquel que afirma es quien debe probar*, en este caso, tiene ciertos matices derivados de la exoneración que la misma ley procesal le concede al que niegue indefinidamente un hecho, alterando la carga de la prueba. Será pues el acreedor/demandante quien tenga que desplegar su actividad probatoria para demostrar la infracción que le atribuye al deudor.

Así lo reitera Hinestroza afirmando de manera clara que, respecto de las obligaciones de no hacer, por razones de lógica y practicidad, es al acreedor a quien concierne demostrar el incumplimiento del deudor, poniendo en evidencia la infracción en que incurrió el deudor (Hinestroza, 2007, p. 232).

4. Aspectos problemáticos de la carga dinámica de la prueba contenida en el artículo 167 del Código General del Proceso

No se puede poner en duda la importancia de la figura de la carga dinámica de la prueba, ya no como construcción doctrinaria o jurisprudencial, sino contenida en la ley procesal colombiana, fungiendo como una herramienta para la administración de justicia, en el marco de un proceso judicial, y en particular en un proceso declarativo en el cual se busca determinar si una parte cumplió o no un contrato.

Sin embargo, la norma no está desprovista de algunas problemáticas que vale la pena resaltar, partiendo de la oportunidad con la que cuenta el juez para distribuir la carga de la prueba en el proceso.

El inciso segundo del artículo 167 del CGP dispone que podrá distribuirse la carga *en cualquier momento del proceso antes de fallar*. ¿Qué ocurre si se hace después de terminada la etapa probatoria, justo antes de alegar de conclusión y de dictar sentencia? La decisión del juez, materializada en un auto, sería susceptible de recurso de reposición (Artículo 318 del CGP), que en ese momento procesal resultaría extraño, cuando ya las partes dirigen sus esfuerzos a precisar los aspectos más fuertes de su posición en los alegatos de conclusión. Habría que suspender la audiencia para resolver el recurso, pero peor aún, habría que reabrir una etapa probatoria que ya se encontraba cerrada, pues lo justo es que, si el juez redistribuye la carga de probar un hecho determinado, se dé un tiempo para poder aportar la prueba del hecho que se debe acreditar.

Y si bien el Código General del Proceso no estableció un proceso rígido, como si era el previsto en el Código de Procedimiento Civil, no creemos que la ductilidad de la cuerda procesal declarativa dé para reabrir etapas ya fenecidas, pues contrariaría el propósito de garantizar procesos de duración razonable (Artículo 2 del CGP).

Aún más, supongamos que esa reapertura de etapa probatoria, para demostrar un hecho que el juez estima relevante para solucionar la controversia, propicie que el proceso se prolongue superando el término consagrado en el artículo 121 del CGP, con lo que perdería competencia el juez que adelanta el proceso y que se encargó de proferir la providencia que asignó la carga de probar. Esto desnaturalizaría los procesos y los alargaría indefinidamente.

Incluso, en un escenario aún más dramático, como la norma habilita que la distribución de la carga de la prueba se pueda hacer hasta antes del fallo, pensemos en las dificultades que se generarían si el juez toma esa decisión después de los alegatos de conclusión, antes de proferir la sentencia. Nuevamente habría que suspender la audiencia mientras la parte recurre el auto, y en todo caso volver a suspender mientras se allegan al proceso los medios probatorios para acreditar el hecho. A mi juicio, una vez se tengan en el acervo probatorio las nuevas pruebas, el juez debería volver a correr traslado para nuevamente alegar de conclusión, pues en los primeros alegatos las partes no pudieron tener en cuenta esas nuevas circunstancias.

¿No sería más acertado que las partes sepan anticipadamente quién debe probar cada hecho? Si bien la norma señala que en todo caso debe darse la contradicción de la prueba, ¿el posibilitar que el juez distribuya la carga en cualquier momento no desnaturaliza la estructura del proceso? Considero que es el momento en el cual se fija el litigio —Artículo 372 del CGP— el ideal para que se atribuya la carga de probar un hecho determinado a la parte, teniendo en cuenta los criterios de derecho sustancial que se han señalado en este trabajo, y a los demás que consagra el artículo 167 del CGP. Abrir la posibilidad de que el juez distribuya la carga

de la prueba en cualquier momento hasta antes del fallo puede desconocer la economía procesal, además de abrir escenarios que ya se encontraban cerrados en el trámite adversarial.

Finalmente, otro aspecto que puede resultar controversial al revisar la norma es que pareciera que el juez no tiene límite al dinamizar la carga de la prueba dentro del proceso. La discrecionalidad con la que cuenta el operador judicial puede desembocar en que se atribuya a una de las partes la prueba de todos los hechos, bajo el argumento de que tiene un conocimiento técnico especial o que cuenta con información que la contraparte carece.

A mi juicio, la norma debió ser enfática en que, a pesar de la posibilidad de dinamizar la carga de la prueba, esta figura no puede tolerar la desidia probatoria y la pobreza argumentativa de la parte débil y la exagerada intervención del juez que pueda comprometer su imparcialidad durante el proceso.

Así las cosas, es necesario que al momento de distribuir la carga de la prueba, el juez no solo analice el caso bajo la óptica del negocio jurídico celebrado, tal como ya se ha expuesto en el presente trabajo, sino que también estudie la controversia bajo el prisma de la economía procesal y la celeridad del proceso, sin que, además, comprometa su imparcialidad en el proceso y sin que pueda eximir a la parte débil de cumplir con

ciertas cargas necesarias para la prosperidad de su posición dentro del litigio. Una lectura distinta fomentaría el desequilibrio de las partes en el proceso, aún bajo el loable propósito de equilibrar a los sujetos procesales.

La carga dinámica de la prueba como aparece prevista en el estatuto procesal impone retos no solo a las partes, quienes deben entrar probando al proceso, aportando todos los medios de prueba que tengan o que puedan conseguir, sin esperar que sea el juez quien les marque la senda de lo que deban probar y cómo lo deban hacer, y de otro lado, a los jueces, quienes tienen que ser particularmente críticos, estrictos y rigurosos en la lectura de la controversia, no solo desde el punto de vista procesal evitando tomar partido y recargar a la parte fuerte del litigio y del negocio, evitando dilaciones injustificadas y reaperturas de fases ya fenecidas dentro del proceso, y también desde un punto de vista sustancial, buscando desentrañar los límites del contrato cuyo cumplimiento se debate, extrayendo la totalidad de las obligaciones que lo integran.

Como puede verse, varios reparos se pueden formular a la norma procesal, que juzgamos insuficiente y confusa y que puede revestir dificultades procesales con implicaciones sustanciales serias, en donde se comprometan los derechos de las partes, y que en suma puedan desenfocar el debate sobre la prueba del cumplimiento del contrato, aspecto medular de las controversias que se estudian en este trabajo.

5. Conclusiones

Culminado este recorrido, es posible presentar algunas conclusiones respecto de la figura del incumplimiento, así como de la carga probatoria en el ordenamiento jurídico colombiano.

La existencia de presunciones en el ordenamiento jurídico funge como una útil herramienta para el administrador de justicia, en la medida que permite hacer uso de lo normado en el artículo 1604 del Código Civil y de la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, que definen modelos de culpa presunta para cierto tipo de obligaciones, bien sean de medio o de resultado. Así, al acudir a las presunciones reconocidas en el ordenamiento jurídico patrio, el juez puede racionalizar la actividad probatoria dentro del proceso y resulta ante todo un paso previo a la atribución de la carga de la prueba, en la medida que la presunción exime a quien cobija, de la acreditación de un determinado hecho.

La prueba del incumplimiento contractual, en el contexto de los procesos declarativos, tiene una estrecha relación con el modelo de contrato. La regla probatoria se encuentra permeada por la sustancialidad del negocio jurídico y por sus notas diferenciadoras. De esa forma, acreditar el incumplimiento en los contratos entre iguales, en aquellos negocios cuyo objeto material no reviste mayores dificultades, permite, en principio, la aplicación de la regla general contenida en el artículo 1757 del Código Civil, en virtud de la cual quien alega la existencia de una obligación o su extinción deberá probar.

Sin embargo, en los contratos que involucran bienes o servicios de especiales características técnicas o en aquellos negocios en donde una parte tiene un conocimiento del cual la otra carece o en pactos donde se verifica una asimetría en atención a factores sociales, económicos o de otra índole, la efectividad de la regla general contenida en el mencionado artículo 1757 se

pone en entredicho y se vuelve insuficiente.

Ante las dificultades de la norma para responder a la complejidad de algunas relaciones contractuales contemporáneas, la existencia de criterios de atribución de la carga de la prueba que se desprenden del tipo contractual, de la integración del contenido negocial, como la equidad, la calidad de las partes o del tipo de obligación, permite que se propicien auténticos escenarios de justicia contractual, en los cuales se le pueda exigir a cada parte la acreditación de determinadas circunstancias relacionadas con las obligaciones cuyo incumplimiento se discute dentro del proceso.

De cara a esos criterios de atribución de la prueba del incumplimiento, aparecen dos tipos de exigencias: de un lado, las partes requieren una diligencia en la actividad probatoria y una actuación leal (artículo 78, Código General del Proceso) y por otra parte, el operador judicial debe desentrañar la sustancia del negocio jurídico, examinando plenamente su contenido, determinando la operación que se buscaba realizar con el contrato, indagando puntualmente la función del tipo celebrado e interpretando el negocio para integrarlo con la totalidad de obligaciones que conformaban el programa contractual. En suma, se requiere del operador judicial una activa participación para poder revelar el verdadero rostro del contrato celebrado, más allá de las formas que las partes hayan empleado (Código General del Proceso. Artículo 42, numeral 3).

La inclusión de la carga dinámica de la prueba, adoptada en el artículo 167 del Código General del Proceso, se encargó de adaptar el derecho probatorio a las nuevas realidades que generan retos para alcanzar la justicia material en los distintos escenarios litigiosos que se presentan en el derecho contractual contemporáneo. La introducción de elementos tales como la facilidad de una parte para poder aportar una

prueba, las circunstancias técnicas especiales o el estado de indefensión de una de las partes le conceden al administrador de justicia herramientas que garantizan la instrumentalidad del derecho procesal para la realización del derecho sustancial en los conflictos que se deriven de las relaciones negociales.

La carga de la prueba del incumplimiento en el derecho moderno de los contratos se encuentra permeada por la noción de cooperación, elemento transversal del instituto obligatorio. El resurgimiento de esa noción de cooperación en la actualidad nos remite a conceptos estructurales del derecho colombiano como la solidaridad (artículo 1º de la Constitución Política) y la buena fe. El entender que las relaciones privadas se encuentran permeadas por la consideración del interés ajeno, aun en el campo litigioso, permite comprender el alcance de la carga dinámica de la prueba, no como una forma de arbitrariedad judicial, sino como una herramienta para lograr la justicia material.

De igual manera, la carga dinámica también materializa el principio de igualdad de las partes, conforme lo establecido en los artículos 13 de la Constitución Política y 4 del Código General del Proceso, pues resulta una herramienta idónea para disminuir las brechas que puede haber entre los otrora sujetos negociales y ahora partes del proceso, en la medida en que el juez puede solicitarle a una de las partes la prueba de un hecho determinado que posiblemente la contraparte no está en la posibilidad o facilidad de acreditar.

Ahora bien, a pesar de la importancia de haber incluido la figura en nuestro ordenamiento jurídico, es fundamental tener presente que la existencia de la carga dinámica de la prueba no puede volverse una excusa para que el sujeto procesal que se encuentre en dificultad de probar un hecho se exima de desplegar toda la actividad probatoria que le corresponde a toda persona que, en el marco de una contienda litigiosa, aspire al reconocimiento de sus pretensiones o al triunfo de sus excepciones.

La confusa redacción del artículo 167 del Código General del Proceso requiere que en la práctica los jueces

que estudien las solicitudes de las partes para dinamizar la carga de la prueba de un hecho determinado analicen rigurosamente el caso, y que en todo caso no se exima y se propicie la desidia procesal de la parte débil para dejar en cabeza de la parte fuerte de la relación negocial (y procesal) la acreditación de todos los hechos, pues ello implicaría desequilibrar la igualdad material de los sujetos procesales. Un erróneo análisis del caso y un equivocado uso de la atribución de la carga dinámica por parte del juez le llevaría a desconocer uno de los propósitos de la norma, equilibrar e igualar la posición de las partes en el proceso, además de ir en contravía con una nueva forma de entender el proceso, en donde los sujetos procesales cuentan con amplios poderes para llevar el conocimiento al juez para resolver la controversia.

Es necesario que el juez que pretenda dinamizar la carga de la prueba en un proceso lo haga de manera oportuna. Si bien la norma procesal señala que puede hacerse en cualquier momento antes de dictar sentencia, consideramos que el escenario justo para proceder de conformidad es durante el decreto de las pruebas, de manera tal que las partes sepan con anterioridad qué hechos deberán acreditar, y no se vean sorprendidas por una providencia que atribuya la prueba de un hecho cuando ya ha transcurrido casi todo el proceso. Lo anterior impone que el administrador de justicia, una vez avoque el conocimiento de un proceso, estudie juiciosamente la demanda y la contestación de la demanda, de manera que sepa cuáles son los hechos que no se encuentran acreditados con las pruebas aportadas por las partes en esa instancia del proceso, y rápidamente profiera un auto para solicitarle a las partes la demostración de un hecho.

De igual forma, los sujetos procesales deben entender con precisión los contornos de la carga dinámica, asumiendo responsable y diligentemente las tareas probatorias y argumentativas que les exige el escenario procesal, sin pretender que la facultad conferida en el artículo 167 del Código General del Proceso les exima de ir al litigio con las pruebas que tengan en su poder, o que puedan obtener.

La incertidumbre que se podía suscitar a nivel probatorio en lo que podemos llamar relaciones jurídico-negociales complejas (por oposición a los contratos en condiciones de igualdad) se puede sortear retornando a nociones que se encuentran en el derecho contractual pero que a veces, en el fragor del litigio, parecen olvidarse, tales como la buena fe, la equidad, la cooperación y la igualdad material. Estos institutos marcan la senda para la realización de la verdadera justicia contractual, brindándole al juez herramientas durante el proceso, y a las partes recordándoles la importancia de que aun cuando sus intereses estén en discusión ante la

jurisdicción, no puede perderse de vista la lealtad y la consideración del interés ajeno.

En todo caso, la existencia de los criterios de atribución que ha sido expuesta en el presente trabajo no pretende ser una limitante para desentrañar nuevos razonamientos que, siempre con la justicia material como horizonte y con las instituciones del derecho contractual como guía, busquen desatar los problemas que puedan presentarse al auscultar la incertidumbre sobre el cumplimiento en las relaciones negociales complejas.

Referencias

- Betti, E. (1969). *Teoría General de las Obligaciones*. Tomo I. (J. L. de los Mozos, trad.). Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
- Bianca, M. (2007). *Derecho Civil. El Contrato* (F. Hinestrosa y E. Cortes, trads.) Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Cardilli, R. (2008). El problema de la resistencia del tipo contractual en el Derecho Romano: entre *natura contractus* y *forma iuris*. *Revista Roma e America, Diritto Comune*, (26), 161-220.
- Chamie Gandur, J. F. (2012). El principio general de *reductio ad aequitatem* por desequilibrio contractual. *Revista de Derecho Privado*, (22), 219-275.
- Chamie Gandur, J. F. (2013). *La adaptación del contrato por eventos sobrevenidos: De la vis cui resisti non potest a las cláusulas de hardship*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Chinchilla Imbett, C. A. (2011). El deber de información contractual y sus límites. *Revista de Derecho Privado*, (21), 327-350.
- Chinchilla Imbett, C. A. (2015). "Contrarius consensus": terminación del contrato por mutuo acuerdo en la experiencia jurídica romana. *Revista de Derecho Privado*, (28), 79-126.
- Chinchilla Imbett, C. A. (2018). *La excepción de incumplimiento contractual: Estructura, función y límites*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Chinchilla Imbett, C. A. y Neme Villareal, M. L. (2018). *El consentimiento informado del consumidor: Del sinalagma a las exigencias de información*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- De la Maza Gazmuri, I. y Vidal Olivares Á. (2019). *La Modernización del Derecho de los Contratos*. Bogotá: Ibáñez y Centro de Estudios de Derecho Comparado.
- Devis Echandía, H. (2012). *Teoría General de la Prueba Judicial* (6ª ed.) Tomo I. Bogotá: Ed. Temis – Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas.
- Diez-Picazo, L. (1996). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II: Las relaciones obligatorias*. Madrid: Editorial Civitas.
- Franco Victoria, D. (2019). *Interpretación de los contratos civiles y estatales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- González de Cancino, E. (2007). *Obligaciones: Derecho Romano y Código Civil Colombiano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Hinestrosa Forero, F. (2007). *Tratado de las obligaciones. Concepto. Estructura. Vicisitudes* (3ª ed.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

- Hinestrosa Forero, F. (2015a). *Tratado de las Obligaciones II. De las fuentes de las obligaciones: El Negocio Jurídico*. Volumen I. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Hinestrosa Forero, F. (2015b). *Tratado de las Obligaciones II. De las fuentes de las obligaciones: El Negocio Jurídico*. Volumen II. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Hinestrosa Forero, F. (2019). Notas sobre la responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones. *Revista de Derecho Privado. Universidad Externado de Colombia*, (36), 5-25.
- Jaramillo Canción, C. I. (2014). *Interpretación, calificación e integración del contrato*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana – Ibáñez.
- Koteich Khatib, M. (2014). Los criterios de imputación de la responsabilidad contractual: una mirada a los códigos y sus fuentes romanas. En E. González de Cancino, E. Cortés Moncayo y F. Navia Arroyo (Eds.). *Estudios de Derecho Civil en memoria de Fernando Hinestrosa*. Tomo I (pp. 643-671). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- López Blanco, H. F. (2017). *Código General del Proceso. Pruebas*. Bogotá: Dupré Editores.
- López Blanco, H. F. (2019). *Código General del Proceso. Parte General (2ª ed.)*. Bogotá: Dupré Editores.
- M'Causland Sánchez, M. C. (2019). *Equidad Judicial y responsabilidad extracontractual*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Martínez Cárdenas, B. M. (2008). La adaptación de la teoría de las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado en el derecho colombiano. En F. Mantilla Espinosa (Dir.) y F. Ternera Barrios. *Los contratos en el Derecho Privado (1ª reimpresión)* (pp. 899-914). Bogotá: Universidad del Rosario – Ed. Legis.
- Neme Villareal, M. L. (2006). El principio de buena fe en materia contractual en el sistema jurídico colombiano. *Revista de Derecho Privado*, (11), 79-126.
- Neme Villareal, M. L. (2016). *La buena fe en el derecho romano: extensión del deber de actuar conforme a la buena fe en materia contractual*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Neme Villareal, M. L. (2018). *Obligaciones de garantía en el derecho contemporáneo. Análisis desde la tradición del derecho civil*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Neme Villareal, M. L. (2019). La buena fe como eje del proceso de integración e interpretación del contrato en el Código de Bello: consonancia con la función social del contrato y con la tutela de los derechos fundamentales. En C.A. Chinchilla Imbett y F. Navia Arroyo. *La vigencia del Código Civil de Andrés Bello. Análisis y Prospectivas en la Sociedad Contemporánea*. (pp. 235-293). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Orsini, J. M. (2003). *La Resolución del Contrato por Incumplimiento*. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Estudios.
- Parra Quijano, J. (2002). *Manual de Derecho Probatorio (12ª ed.)*. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional.
- Pizarro Wilson, C. (2008). La culpa como elemento constitutivo del incumplimiento en las obligaciones de medio o de diligencia. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 31, 255-265.
- Ramírez Baquero, E. A. (2013). *Obligaciones y Contratos. Ensayos: El incumplimiento obligacional y sus aspectos probatorios*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Rodríguez Azuero, S. (2009). *Contratos Bancarios: Su significación en América Latina (6ª ed.)*. Bogotá: Ed. Legis.
- Rodríguez Azuero, S. (2017). *Negocios Fiduciarios. Su significación en América Latina (2ª ed.)*. Bogotá: Ed. Legis.
- Rodríguez Olmos, J. (2013). La interpretación de los contratos con el consumidor: elementos para la contextualización de la problemática. (Primera Parte). *Revista de Derecho Privado*, (24), 151-188.
- Roppo, V. (2005). *El contrato del dos mil* (M. Koteich, trad.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Salgado Ramírez, C. Consideraciones sobre el deber precontractual de información y su particularidad en la relación de consumo. En C. L. Valderrama Rojas (Dir.). *Perspectivas del derecho del consumo* (pp. 305-354). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- San Martín Neira, L. C. (2011). Sobre la naturaleza jurídica de la 'cooperación' del acreedor al cumplimiento de la obligación. *Revista de Derecho Privado*, (21), 273-325.

- Santos Ballesteros, J. (2008). La responsabilidad civil contractual aplicada a la actividad del empresario. En F. Mantilla Espinosa y F. Ternera Barrios (Dir.). *Los contratos en el Derecho Privado* (1ª reimpresión) (pp. 915-936). Bogotá: Universidad del Rosario – Ed. Legis.
- Solarte Rodríguez, A. (2004). La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta. *Vniversitas*, 53(108), 281-315.
- Tamayo Jaramillo, J. (2010). *Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo I* (5ª reimpresión). Bogotá: Editorial Legis.
- Tapias Rocha, H. (2008). La acción de responsabilidad contractual. En F. Mantilla Espinosa y F. Ternera Barrios (Dir.). *Los contratos en el Derecho Privado* (1ª reimpresión) (pp. 225-246). Bogotá: Universidad del Rosario – Ed. Legis.
- Taruffo, M. (2011). *La prueba de los hechos* (J. Ferrer Beltrán, trad.). Madrid: Editorial Trotta.
- Valencia Zea, A. y Ortiz Monsalve, Á. (2015). *Derecho Civil. Tomo III: De las obligaciones* (reimpresión de la 10ª ed.). Bogotá: Editorial Temis.
- Vélez, F. (1926). *Estudio sobre el Derecho Civil Colombiano*. Tomo VI (2ª ed.). París: Imprenta Paris-América.
- Zimmermann, R. (2010). *Derecho romano, derecho contemporáneo, derecho europeo: La tradición del derecho civil en la actualidad* (J. Rodríguez Olmos, trad.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Jurisprudencia

- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil
CSJ. Cas. Civil. Sentencia del 19 de junio de 1935.
- CSJ. Cas. Civil. Sentencia del 5 de noviembre de 1935. GJ XLIII No. 1904. Pág. 407.
- CSJ. Cas. Civil. Sentencia de 26 de febrero de 1936. GJ. XLIII. No. 1907-1908. M.P. Dr. Miguel Moreno Jaramillo. Pág. 339.
- CSJ. Cas Civil. Sentencia del 29 de abril de 1938.
- CSJ. Cas. Civil. Sentencia del 31 de mayo de 1938. G.J. XLVI. Pág. 571.
- CSJ. SC. Sentencia de 30 de junio de 1939. GJ XLVIII Pág. 312. M.P. Dr. Fulgencio Lequerica Vélez.
- CSJ. Cas Civil. Sentencia de 2 de abril de 1941. GJ LI. No.1971-1972. M.P. Dr. Hernán Salamanca. Pág.170.
- CSJ. Cas Civil. Sentencia de 20 de junio de 1977. M.P. Dr. Ricardo Uribe Holguín.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. M.P. Dr. Carlos Esteban Jaramillo Schloss. Sentencia de 8 de octubre de 1992.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Expediente 5372. M.P. Dr. Jorge Antonio Castillo Rugeles. Sentencia del 9 de agosto de 2000.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. M.P. Dr. Jorge Antonio Castillo Rugeles. Sentencia del 17 de marzo de 2003.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Expediente 7125. M.P. Jorge Santos Ballesteros. Sentencia del 8 de mayo de 2003.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Expediente 1996-13623-01. M.P. Dra. Margarita Cabello Blanco. Sentencia del 16 de noviembre de 2016.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Expediente 2011-00108-01. M.P. Dr. Ariel Salazar Ramírez. Sentencia del 28 de junio de 2017.
- Corte Constitucional. Sentencia C-400 de 1999. Magistrado Ponente Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.
- Corte Constitucional. Sentencia C-086 de 2016. Magistrado Ponente Dr. Jorge Iván Palacio Palacio.

Normas

Constitución Política de Colombia.

Código Civil Colombiano.

Código de Comercio Colombiano.

Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Código General del Proceso.

Circular Básica Jurídica 029 de 2014. Superintendencia Financiera de Colombia.

**Matías
Nicolás
Belmonte
Parra****

**Universidad
Pompeu Fabra,
España**

matiasbelmonteparra@gmail.com

Recibido: 05.07.21

Aceptado: 24.07.21

La delación compensada desde una perspectiva penal

Leniency policy from a criminal perspective

Resumen: La criminalización de la colusión implica que la delación compensada, como herramienta de *enforcement* del derecho de libre competencia, debe encontrar también una justificación en el ámbito penal. Acá se sostiene que esa justificación se vincula con los fines del derecho penal, asunción que tiene diversas consecuencias prácticas, algunas de las cuales se desarrollan en este trabajo.

Palabras clave: colusión; delación compensada; fines de la pena.

Abstract: The criminalization of cartels implies that leniency policy, as an Antitrust Law's enforcement tool, must also find a justification in the criminal sphere. Here it is argued that this justification is linked to the purposes of Criminal Law, an assumption that has various practical consequences, some of which are developed in this work.

Keywords: cartels; leniency; justification of punishment.

** Agradezco a mi Director de Tesis doctoral, Dr. Ramon Ragués i Vallès por la lectura de este trabajo y sus sugerentes comentarios y observaciones, todos los cuales me fueron de mucha utilidad tanto para la reflexión como para la ejecución de este artículo. Cualquier error o defecto es, sin embargo, de mi exclusiva responsabilidad.

Mediante la Ley N° 20.945 de 2016 se decidió incorporar a nuestro ordenamiento jurídico el delito de colusión, y se estableció un sistema de protección conjunta de la libre competencia en los mercados. En efecto, si bien el conocimiento de todos los ilícitos anticompetitivos sigue correspondiendo, según sus atribuciones, a la Fiscalía Nacional Económica (en adelante, FNE) y al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, TDLC) en el marco de un régimen administrativo y jurisdiccional-contencioso, respecto de cierto tipo de colusión (el *hardcore cartel* o cartel duro), su persecución y sanción se ve reforzada por la aplicación de normas penales y la intervención de las autoridades que ejercen sus facultades en sede criminal.

Con el objeto de evitar las ineficiencias y entorpecimientos que podría provocar la existencia de procesos paralelos seguidos contra un determinado cartel por parte de las autoridades de Libre Competencia y las penales, se reguló que estas últimas solo intervendrían una vez que se hubiera establecido la existencia del acuerdo por medio de sentencia definitiva ejecutoriada del TDLC y que la FNE hubiese interpuesto querrela en contra de los responsables, todo lo cual está regulado en el art. 64° del actual texto refundido del Decreto Ley N° 211 de 1973 (en adelante, DL 211)¹.

Esta regulación de las competencias institucionales es solamente una expresión de una idea más general subyacente a la decisión legislativa de criminalizar la colusión: sin perjuicio de buscar reprochar, mediante el establecimiento de sanciones privativas de libertad, de manera adecuada el ilícito más grave en contra de la libre competencia y disuadir de incurrir en este, no se podía perder nada de lo que se había ganado en el

camino, consistente en un régimen de derecho de libre competencia vigoroso y eficaz que ha logrado detectar y desbaratar diversos acuerdos colusorios.

Este régimen jurídico ha logrado transmitir a todos los agentes económicos la necesidad de comportarse correctamente o, en el peor de los casos, de asumir el riesgo de ser detectados y sancionados firmemente. Y es que mientras la FNE cuenta con herramientas de investigación en materia de carteles tan intrusivas como la entrada y registro de recintos públicos y privados, la incautación de documentos y la interceptación de comunicaciones, entre otras, el TDLC puede no solamente imponer multas a personas naturales y jurídicas, sino que, además, puede ordenar la disolución de sociedades y corporaciones y prohibir la contratación con órganos de la Administración del Estado².

La mayor evidencia de la cautela del legislador al momento de proteger una orgánica administrativa que funciona correctamente se aprecia de forma muy concreta en relación con el tratamiento de la delación compensada (institución conocida como *leniency policy* o *amnesty policy* en EE. UU. —jurisdicción de la cual es originaria— y demás países angloparlantes, y como “programas de clemencia” en la mayoría de los países de habla hispana) introducida al DL 211 en el año 2009 mediante la Ley N° 20.361.

El objetivo de la delación compensada es incentivar la colaboración de los agentes económicos responsables de haberse coludido, ofreciendo beneficios tales como, en la actualidad, la exención de sanción de multa y disolución al primero que acuda a entregar antecedentes sobre el hecho ilícito, y la reducción para quien llegue en segundo lugar, siempre que se cumplan otras

¹ Consideraciones más detalladas acerca de la evolución de la prohibición de la colusión en Chile se encuentran en Artaza, Santelices y Belmonte (2020), pp. 37-43.

² La Ley N° 20.945 de 2016, además, aumentó los montos máximos de multa que el TDLC puede imponer en su sentencia. De montos que tenían topes fijos (30.000 Unidades Tributarias Anuales, “UTA”, en casos de colusión) se pasó a multas establecidas en relación a parámetros dinámicos (hasta el 30% de las ventas del infractor en la línea de productos o servicios asociada a la infracción o al doble del beneficio económico reportado por la colusión), y quedó un tope fijo, en todo caso mucho más alto que el previamente existente, solo para casos en que no sea posible determinar ventas ni beneficio económico (hasta 60.000 UTA).

condiciones de calidad y oportunidad detalladas en el art. 39° bis del DL 211³. Una vez que la FNE constata que estos requisitos se cumplen, al momento de interponer requerimiento ante el TDLC, individualiza a los agentes económicos a los que se les debe reconocer el beneficio de exención y/o reducción, decisión que el TDLC debe respetar por regla general. El uso de esta facultad ha permitido la detección y persecución de carteles en diversas industrias tales como medicamentos, productos de papel *tissue* y compañías navieras, entre otras.

Al momento de criminalizar la colusión, se hizo presente el posible riesgo de que la delación compensada pudiera verse afectada toda vez que el incentivo a colaborar con

la autoridad podría tornarse inexistente si los ejecutivos responsables enfrentasen sanciones privativas de libertad, aunque la empresa a la cual representaban quedara exenta de sanción de multa y disolución. En un contexto en que el derecho de libre competencia ha demostrado una preferencia por la persecución de personas jurídicas y, al contrario, el reproche del derecho penal se dirige contra personas naturales, este era un escenario probable⁴.

De tal manera, se decidió que los beneficios de la delación compensada fueran trasladados también a la sede penal: a los ejecutivos que formen parte del primer agente económico que se hubiera sometido

³ El art. 39° bis del DL 211 dispone: "El que intervenga en alguna de las conductas previstas en la letra a) del artículo 3° podrá ser eximido de la disolución contemplada en la letra b) del artículo 26 y obtener una exención o reducción de la multa a que se refiere la letra c) de dicho artículo, en su caso, cuando aporte a la Fiscalía Nacional Económica antecedentes que conduzcan a la acreditación de dicha conducta y a la determinación de los responsables.- Para acceder a uno de estos beneficios, quien intervenga en la conducta deberá cumplir los siguientes requisitos:

"1.- Proporcionar antecedentes precisos, veraces y comprobables que representen un aporte efectivo a la constitución de elementos de prueba suficientes para fundar un requerimiento ante el Tribunal;

"2.- Abstenerse de divulgar la solicitud de estos beneficios hasta que la Fiscalía haya formulado el requerimiento u ordene archivar los antecedentes de la solicitud, salvo que la Fiscalía autorice expresamente su divulgación, y

"3.- Poner fin a su participación en la conducta inmediatamente después de presentar su solicitud.

"Para acceder a la exención de la disolución o multa, en su caso, además de cumplir los requisitos señalados en el inciso anterior, quien intervenga en la conducta deberá ser el primero que aporte los antecedentes a la Fiscalía, dentro del grupo de responsables de la conducta imputada.

"Para acceder a una reducción de la multa, además de cumplir los requisitos señalados en el inciso segundo, quien intervenga en la conducta deberá aportar antecedentes adicionales a los presentados por el primero que haya acompañado antecedentes a la Fiscalía en virtud de este artículo. En todo caso, la rebaja de la multa que solicite el Fiscal en su requerimiento se limitará exclusivamente al segundo que haya aportado antecedentes y no podrá ser superior al 50% de la multa que de otro modo habría sido solicitada.

"En su requerimiento el Fiscal individualizará a cada interviniente en la conducta que haya cumplido con los requisitos para acceder a cualquiera de los beneficios a que se refiere el inciso primero. Si el Tribunal diere por acreditada la conducta, no podrá aplicar la disolución o multa a quien haya sido individualizado como beneficiario de una exención, como tampoco una multa mayor a la solicitada por el Fiscal a quien haya sido individualizado como acreedor de una reducción de esta, salvo que se acredite durante el proceso que dicho acreedor fue el organizador de la conducta ilícita coaccionando a los demás a participar en ella.

"Quien alegue la existencia de la conducta prevista en la letra a) del artículo 3°, fundada a sabiendas en antecedentes falsos o fraudulentos con el propósito de perjudicar a otros agentes económicos acogiendo a los beneficios de este artículo, será sancionado con la pena de presidio menor en su grado máximo.

"Las investigaciones de los hechos constitutivos de dicho delito sólo serán iniciadas por querrela formulada por la Fiscalía Nacional Económica, sin que sea aplicable, para estos efectos, lo dispuesto en el artículo 166 del Código Procesal Penal.

"La solicitud de los beneficios contemplados en el presente artículo constituirá un hecho o información esencial para los efectos de lo establecido en el inciso segundo del artículo 10 de la ley N°18.045, de Mercado de Valores, respecto de aquellas entidades que están inscritas en el Registro de Valores al que se refiere la misma ley. Tanto la existencia de la referida solicitud como su contenido constituirán hechos o antecedentes reservados, en los términos del inciso tercero del mismo artículo.

"En ningún caso este régimen de exenciones o reducciones podrá extenderse a la indemnización de los perjuicios que tuviere lugar".

El procedimiento al que se encuentra sometido la tramitación administrativa del beneficio de delación compensada, entre el momento en que un postulante se acerca a la autoridad hasta la concesión definitiva del mismo por parte de la Fiscalía Nacional Económica, en FNE, *Guía Interna sobre Delación Compensada*, 2017, en https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/10/Guia_Delacion_Compensada.pdf.

⁴ Una buena síntesis de las distintas perspectivas críticas que suscitaba la criminalización de la colusión, desde el prisma de autores de derecho de libre competencia y derecho penal, se puede encontrar en Bergoing y Sierra (2015).

a delación compensada, se les concede exención de responsabilidad criminal, mientras que a aquellos representantes y dependientes de la segunda empresa (en caso de haber más de dos entidades coludidas) se les reconoce una atenuante privilegiada, siempre que colaboren nuevamente ante el Ministerio Público y tribunal penal en conformidad con el art. 63° del DL 211⁵.

Este traslado que, sin perjuicio de lo que se comentará, parece razonable en atención a la protección del sistema de incentivos que la delación compensada significa para el combate contra los carteles, no ha sido objeto de mayor controversia y la verdad es que el reconocimiento de exenciones de sanción penal a sujetos plenamente responsables está lejos de ser un asunto trivial: ¿es legítimo eximir de sanción penal a quien ha incurrido en un delito por un comportamiento posterior como es la colaboración con la autoridad? Posiblemente, la reducción de sanciones pueda parecer menos extraordinaria, dada la existencia de atenuantes genéricas en similar sentido, pero no ocurre lo mismo con la impunidad.

Adicionalmente, una intuición que antecede a la interrogante expresada y se ve reforzada por la misma

es que el comportamiento del delincuente que delata pareciera ser moralmente incorrecto (lo que explica que las etiquetas con las que se identifique este tipo de actuaciones sean tan negativas como “sapo” en Chile, “chivato” en España y, en términos más generales, “soplón” o, aún más duramente, “traidor”). Siendo así, ¿cómo es posible que el Estado esté dispuesto a comprometerse a entregar impunidad a un traidor?

Por todo lo señalado, la exención de pena al delator merece una aproximación más reflexiva, principalmente porque cuando se trata de la legitimidad de una política pública, está en juego la credibilidad y confianza social de la autoridad y el sistema político en general⁶, más aún en un contexto social extremadamente susceptible a todo lo que pueda ser entendido como un abuso empresarial. En este trabajo, se defenderá la idea de que es posible pensar la delación compensada como una institución coherente con el derecho penal, siempre que se fundamente desde una perspectiva de fines de la pena. Esta posición, además de legitimar la institución en estudio en su aplicación al delito de colusión, permitirá fundamentar las bases que posibiliten su eventual aplicación a otros ámbitos de criminalidad, evitando, por

⁵ El art. 63° del DL 211 establece: “Estarán exentos de responsabilidad penal por el delito tipificado en el artículo 62 aquellas personas que primero hayan aportado a la Fiscalía Nacional Económica antecedentes de conformidad al artículo 39 bis. El requerimiento del Fiscal Nacional Económico individualizará a las personas exentas de responsabilidad penal y dicha calidad será así declarada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

“Las personas indicadas en el inciso anterior deberán proporcionar al Ministerio Público y al tribunal competente los mismos antecedentes que previamente entregaron a la Fiscalía Nacional Económica, y deberán prestar declaración en calidad de testigo en la forma dispuesta por el artículo 191 del Código Procesal Penal, declaración que será incorporada al juicio oral de la manera prevista en el artículo 331 del mencionado Código.

“Si el testigo legalmente citado no compareciere sin justa causa o se negare a ratificar su declaración prestada ante la Fiscalía Nacional Económica, y así lo declare el juez de garantía competente a petición del Ministerio Público, o incurriere en alguna de las conductas previstas en los artículos 206 o 269 bis del Código Penal, será privado de la exención de responsabilidad penal que establece este artículo. La sanción respectiva se acumulará materialmente a la que corresponda según lo dispuesto en el artículo 62. En contra de la resolución del juez de garantía que privare de la exención de responsabilidad penal procederá el recurso de apelación, que se concederá en ambos efectos.

“Se le rebajará en un grado la pena determinada, según lo que dispone el inciso tercero del artículo 62, a aquellas personas que hayan aportado a la Fiscalía Nacional Económica antecedentes adicionales de conformidad al inciso cuarto del artículo 39 bis. El requerimiento del Fiscal Nacional Económico individualizará a los beneficiarios de rebaja de la pena y dicha calidad será así declarada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

“Respecto de las personas consignadas en el inciso anterior no se aplicará lo dispuesto en el inciso cuarto del artículo 62 cuando comparezcan ante el Ministerio Público y el tribunal competente y ratifiquen su declaración prestada ante la Fiscalía Nacional Económica, salvo que el requerimiento de esta última involucre únicamente a dos competidores entre sí y que uno de dichos competidores tenga la calidad de acreedor del beneficio de exención de multa declarada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en los términos del artículo 39 bis”.

⁶ En este sentido, la pérdida de credibilidad social es uno de los defectos que Harding, Beaton-Wells y Edwards acusan como uno de los riesgos de los programas de clemencia, véase Harding, Beaton-Wells & Edwards (2015) pp. 245-249.

el contrario, una explotación inadecuada a contextos en que no resulte razonable⁷.

Asimismo, una vez legitimada la delación compensada, y más allá del diseño legislativo que se ha establecido en particular en relación con la colusión, es posible analizar cómo se puede conjugar esta institución en nuestro marco institucional y procesal penal, instancia en que se generan dudas tales como: ¿qué carácter debiera tener el delator en dicho proceso?, ¿qué significa concretamente que, como dice el DL 211, sea un testigo?, ¿tienen algún valor probatorio su testimonio y antecedentes aportados? Estas interrogantes, como se ve, se vinculan a garantías constitucionales tan asentadas como el principio de no autoincriminación y la presunción de inocencia. Reflexionar sobre estas preguntas no solamente tiene importancia en la valoración sobre el diseño del DL 211 que aún no ha sido puesto a prueba, sino que, todavía más importante, permite trazar las condiciones que deben cuidarse si se quisiera trasladar la delación compensada a otras áreas del derecho penal. Como se verá, en este trabajo solo esbozaremos cuestiones generales a este respecto, que se siguen básicamente de la definición sobre la legitimidad de los programas de clemencia, reservando su tratamiento en detalle a ulteriores desarrollos doctrinarios⁸.

En adelante, pasaremos a examinar el objeto de estudio en el siguiente orden: en primer lugar, realizaremos una aproximación a la delación compensada desde el derecho de libre competencia a efectos de tener una comprensión más cabal acerca de la referida institución que permita comprender el sistema de incentivos que está en juego (2). Luego, veremos los problemas que suscita la criminalización de esta de cara a la justificación de eximir de sanción a un responsable por haber colaborado con la autoridad (3). A continuación, se esbozará el camino que debería seguirse a efectos de legitimar la exención de sanción penal, que en nuestra opinión dice relación con una concepción de la delación compensada como herramienta de política criminal, entendida en su perspectiva de vinculación y satisfacción de los fines de la pena (4). Enseguida, se comentarán algunas consecuencias prácticas de entender la delación compensada como una herramienta que, aunque con lógicas importadas del derecho de libre competencia, es coherente con los fines del derecho penal (5). Finalmente, terminaremos con las conclusiones que arroje nuestro análisis (6).

⁷ Este abuso se advierte, por ejemplo, en el proyecto de ley ingresado al Congreso a principios de 2020, que busca implementar la delación compensada en relación a delitos comunes que hayan sido cometidos en el marco de la crisis social que ha afectado a nuestro país ("incendio, amenazas, daños, saqueos, barricadas u obstrucción de tránsito"), véase Boletín 13216-07: "Modifica el Código Procesal Penal para eximir de responsabilidad penal, en las condiciones que señala, a quienes proporcionen antecedentes sobre los delitos contra el orden público que indica", en: <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=13760&prmBOLETIN=13216-07>.

⁸ Sin ir más lejos, en junio de 2020, dirigido por el Dr. Ramon Ragués i Vallès, he defendido y aprobado mi proyecto de tesis doctoral en la Universidad Pompeu Fabra, "Programas de Clemencia. Análisis de su legitimidad en el Derecho penal y eventual aplicabilidad en el ordenamiento español y chileno", trabajo en el que pretendo abordar también estos desafíos de carácter institucional, constitucional y procesal.

1. Una aproximación a la delación compensada desde el derecho de libre competencia

La colusión es un esquema por medio del cual los competidores buscan suspender la competencia que entre ellos debería existir por alcanzar mayores cuotas de mercado, a través de un acuerdo⁹. Cuando este acuerdo tiene por objeto variables competitivas tales como la fijación de precios, la afectación de licitaciones, el establecimiento de restricciones de producción o la distribución de mercados, es identificado como un “cartel duro”¹⁰.

Los carteles duros producen daños en el mercado similares a los de un monopolio, esto es: alzas en los precios que producen una merma directa en los consumidores, aumento de los costos de producción, que generan procesos menos eficientes y pérdida de innovación y desarrollo de calidad de los productos¹¹. Solo para tener una referencia de los efectos negativos de este ilícito, en relación con los países en vías de desarrollo, entre los cuales se encuentra Chile, se ha estimado que

las ventas afectadas por los carteles internacionales representan, en promedio, entre un 0,01% y un 3,74% del PIB de este tipo de naciones, mientras que las ganancias en exceso recibidas ilegítimamente por los agentes coludidos llegan hasta un 1% del PIB, lo que produce, en promedio, una disminución del 15% de la producción de los respectivos mercados afectados¹². Atendido que estos daños no logran ser mitigados ni compensados por ninguna justificación de mercado ni eficiencia, es sencillo comprender que los carteles sean sindicados como la conducta anticompetitiva más dañina y constituyan la principal preocupación de las autoridades de competencia en el mundo¹³.

Considerando el carácter secreto y subrepticio que adoptan los carteles en la actualidad¹⁴, se han ido incorporando diversas herramientas para combatirlos que dicen relación con facultades intrusivas como las señaladas en la introducción respecto de la FNE, que

⁹ En sentido estricto, “colusión” es un término económico que hace referencia a una situación en que las empresas ofrecen sus bienes y servicios a un precio superior al de un mercado competitivo, es decir, más cercano a un precio monopolístico. Cuando esa situación se alcanza por medio de un acuerdo entre los agentes económicos, estamos frente a un cartel, que es el objeto de prohibición del derecho de libre competencia, véase Motta (2004) pp. 137-142. Sin embargo, en el plano jurídico suele usarse el término “colusión” en el sentido de acuerdo anticompetitivo, libertad que se seguirá también en este trabajo.

¹⁰ Es la traducción de aquello que en el derecho angloparlante es conocido como “*Hard core cartel*”. Conforme a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (en adelante, OCDE), “*Hard core cartels refers to anticompetitive agreements, concerted practices or arrangements by actual or potential competitors to agree on prices, make rigged bids (collusive tenders), establish output restrictions or quotas, or share or divide markets by, for example, allocating customers, suppliers, territories, or lines of commerce*” (OCDE, 2019, p. 4).

¹¹ Véase Motta (2004) pp. 39-100, quien asigna a cada uno de estos efectos los conceptos de “ineficiencia distributiva”, “ineficiencia productiva” e “ineficiencia dinámica”, respectivamente.

¹² Ivaldi, Khimich & Jenny (2014). Otras estadísticas, en OCDE (2019) p. 4. En términos muy gráficos, Stephan sostiene que, si se lograra la reducción en un 10% de los precios de los alimentos en virtud de medidas efectivas contra los carteles, se podría sacar de la pobreza a 500.000 personas en Kenia, Sudáfrica y Zambia y ahorrar a los consumidores la cifra de US\$700.000.000 al año, véase Stephan (2017) p. 622.

¹³ La Corte Suprema de EE. UU. sindicó a los carteles como “the supreme evil of antitrust”, ver *Verizon Communications*, U.S. Report, 540, 2004. En Chile, tanto el TDLC como la Corte Suprema han transmitido la misma idea en diversas sentencias, solo a modo ejemplar, el máximo tribunal señaló: “la colusión constituye de todas las conductas atentatorias contra la libre competencia la más grave, puesto que importa la coordinación del comportamiento competitivo de las empresas”, Sentencia Corte Suprema, Rol 19.806-2014, 29 de enero de 2015, c. 22°.

¹⁴ En términos de la Comisión Europea: “This has been shown in recent cartels involving the use of code words, encrypted documents, dedicated email accounts and/or dedicated phones. There has also been a significant shift in the type of evidence found and relied upon. Nowadays a handwritten ‘smoking gun’ in hard copy form is unlikely to be found on the desk of one of the company’s employees. Rather than finding such documents, which may have constituted sufficient proof of the cartel, the trend is more towards the piecing together of a huge number of documents to establish the infringement. Furthermore, documents are now almost exclusively in electronic form (...)”, Comisión Europea (2014) p. 9.

más se asemejan a la lucha contra el crimen organizado. En este sentido, ninguna herramienta ha sido más importante para efectos de la detección, persecución y sanción de carteles, a juicio de las autoridades de competencia, que la delación compensada.

La *leniency policy* tuvo su origen en el Departamento de Justicia (DOJ, por sus siglas en inglés) de EE. UU. en el año 1978, pero su desarrollo se afianzó a partir de 1993, año en que el sistema norteamericano introdujo modificaciones relevantes a su programa de clemencia¹⁵. A partir de dicho año, con el liderazgo permanente de EE. UU., esta política se ha ido importando por diversas jurisdicciones, en la medida que sus bondades han sido reconocidas por autoridades y organismos internacionales como la Comisión Europea, la OCDE, la Red de Competencia Internacional (ICN, por sus siglas en inglés), entre otras, siendo práctica habitual de naciones europeas, latinoamericanas y de otros lugares del mundo. Esto le ha permitido al DOJ asegurar que “ninguna otra herramienta investigativa ha hecho más por revolucionar la lucha contra los carteles”¹⁶.

La oferta de exención de sanción a aquel miembro del cartel que sea el primero en acudir a la autoridad a entregar información o prueba referidas al acuerdo colusorio parece ser un incentivo muy poderoso, sobre todo en jurisdicciones en que el abanico de sanciones comprende no solamente multas ingentes, sino también la privación de libertad, como es el caso paradigmático de EE. UU.¹⁷.

Esta política, desarrollada al alero de una visión economicista del derecho sancionatorio, que habría iniciado Becker en la década del 60, considera a las personas como agentes racionales que hacen un cálculo de costo-beneficio, por lo que, para disuadirlos de una decisión de incurrir en un delito, deben aumentarse los costos esperados de esa decisión (Becker, 1968). En el ámbito particular de la colusión, los programas de clemencia fueron analizados desde esta perspectiva por primera vez a inicios del presente siglo por los trabajos de Motta y Polo (2003) y Spagnolo (2004), y llegaron a conclusiones satisfactorias: la delación compensada introduce un elemento desestabilizador que provoca que los carteles existentes sean desbaratados y, más importante aún, genera que la decisión más razonable sea no coludirse, lo que satisface de tal forma la anhelada disuasión.

Sin embargo, a partir de los trabajos comentados precedentemente, la literatura económica se ha pronunciado en una cantidad ingente de estudios, no sencillos de abarcar, de manera alternativamente favorable y contraria al real beneficio que producen los programas de clemencia¹⁸. Dentro de estos últimos, los más interesantes son aquellos que polemizan sobre los fundamentos de estas políticas, esto es, la asunción de agentes racionales que tienen la información suficiente como para adoptar decisiones en su propio beneficio¹⁹.

¹⁵ Para efectos de la revisión de la evolución de la política en EE. UU., materia que no puede ser tratada en este trabajo, véase en las palabras de la autoridad norteamericana los siguientes discursos: Scott Hammond (2004 y 2010).

¹⁶ Traducción libre de: “*no other investigation tool has done more to revolutionise cartel enforcement*”, O’Brien (2015) p. 32.

¹⁷ Podría darse una definición más amplia de los programas de clemencia, considerando que no solamente comprenden la exención de sanción, sino también la reducción de esta y, además, que cada sistema presenta sus particularidades propias. En este sentido, la ICN: “*Leniency is a generic term to describe a system of partial or total exoneration from the penalties that would otherwise be applicable to a cartel participant in return for reporting its cartel membership and supplying information or evidence related to the cartel to the competition agency providing leniency*”, International Competition Network (2014) p. 4. Sin embargo, la exención total de sanción es la manera en que los programas de clemencia operan por regla general, siguiendo el modelo norteamericano, y, para los efectos de la propuesta de este trabajo, es una característica que tensiona de manera más evidente la perspectiva penal.

¹⁸ Una sistematización de la literatura económica a este respecto, realizando una distinción según se trate de trabajos de teoría económica, modelos econométricos y/o informes empíricos, en Marvao y Spagnolo (2015) y en Spagnolo (2008).

¹⁹ Un trabajo reciente en este sentido es Jaspers (2020).

En una evaluación global de las distintas perspectivas, es posible señalar que la literatura, de manera mayoritaria, concluye que el incentivo incorporado por la delación compensada es efectivo, por lo que la discusión, más que en relación con el si deberían aplicarse los programas de clemencia, pasaría por *cómo* se aplican²⁰. Lo anterior guarda relación con definiciones tales como: hasta qué momento puede estar disponible el beneficio, si es ventajoso considerar reducciones de sanción a aquellos que no lleguen en primer lugar, si es eficiente restringir de la postulación al organizador e instigador de la conducta, cómo debe conjugarse el *leniency* con los programas de *compliance*, si es aconsejable proteger la confidencialidad de la identidad del postulante y de los antecedentes aportados, etc. Este consenso doctrinario se encuentra reconocido por las autoridades internacionales con competencia en la materia, las que destacan que la delación compensada es un mecanismo efectivo para disuadir la formación de carteles y desbaratar aquellos existentes, lo que ahorra de esta forma ingentes recursos al Estado.

A pesar de todo lo señalado, evidentemente las autoridades no pecan de inocentes, comprendiendo que los programas de clemencia no operan en ámbitos totalmente asépticos, sino que la realidad es mucho más compleja. Por ello, no basta con el solo ofrecimiento de un beneficio de exención de sanción para mover a los agentes económicos a cooperar. El director de la Unidad de Persecución Criminal de la División *Antitrust* del DOJ norteamericano, en una de las innumerables ocasiones en que esta institución ha promovido las políticas de *leniency*, señaló que los factores de los cuales depende la efectividad de la delación compensada serían principalmente tres: (i) la amenaza de sanciones severas (donde deberían incluirse no solo multas altas, sino que también la privación de libertad); (ii) el peligro de ser detectado (lo que exige que la autoridad de competencia no espere sentada a que lleguen postulantes de delación compensada, sino que realice investigaciones de oficio) y (iii) la transparencia y predictibilidad del actuar de las autoridades de competencia (la autoridad debería resignar toda discrecionalidad en aras de fortalecer el incentivo a colaborar) (Hammond, 2004).

2. La criminalización de la colusión y sus consecuencias para la delación compensada

Desde la perspectiva de la autoridad norteamericana, entonces, la criminalización de los carteles es un medio para asegurar la efectividad de los programas de clemencia, que permite desbaratar ilícitos en desarrollo y disuadir de generar otros tantos²¹. Esto ocurriría porque la sanción privativa de libertad sería la única capaz de producir un real temor en los ejecutivos, toda vez que no puede traspasarse a otra persona, lo que sí sería posible con la sanción de multa, cuyo costo podría ser diluido entre

trabajadores, accionistas minoritarios y consumidores e incluso gestionarse mediante contratos de seguro.

A este respecto, ya una primera discusión es si efectivamente la intervención de la normativa penal tiene algún efecto positivo en el desarrollo de la delación compensada, posición que tiene defensores y detractores, aunque, al igual que en relación con la efectividad general del *leniency*, mayoritariamente

²⁰ En palabras de Chen y Rey: “*This risk of exploitation and perverse effects raises an issue about how much leniency should be offered, so as to balance the conflicting effects on collusion*” (2013, pp. 918-919).

²¹ En este sentido, véase Harding, Beaton-Wells & Edwards (2015), quienes dan cuenta de esta situación de que una decisión normativa, como la criminalización de una conducta, en realidad sea vista solo como una herramienta para fortalecer el *leniency policy*.

²² Una de las posiciones pioneras en incentivar la criminalización de la colusión por razones de *deterrence* fue Werden & Simon (1987). Para posiciones contrarias, véase Beaton-Wells (2017).

encuentra apoyo²². Sin embargo, mucho más importante que esto es si se está frente a un bien jurídico que merezca ser protegido en sede penal, determinación que si algunos autores de derecho anglosajón ya han relevado, desde el derecho continental es imprescindible realizar²³.

En este sentido, se sigue la posición de Silva Sánchez, en cuanto a que la distinción entre el derecho administrativo sancionador y el derecho penal no es meramente cuantitativa. En efecto, mientras el primero se preocupa de la organización de determinados ámbitos de la actividad económica, el segundo requiere de manera imperativa la afectación de un bien jurídico concreto, en un caso específico, siguiendo criterios de lesividad y peligrosidad determinados, por un individuo al que es posible imputarle personalmente el hecho delictivo²⁴. Las dificultades para sostener que socialmente se valora que exista un bien jurídico que se ve afectado por la colusión de una manera tal que legitime la intervención del derecho penal explica que, incluso en un proceso expansivo de esta área del derecho, los carteles no hayan sido acogidos todavía por la mayor parte de los ordenamientos jurídicos europeos y latinoamericanos²⁵.

En Chile, la situación es diametralmente opuesta. Los casos de colusiones empresariales conocidos en el ámbito del derecho de libre competencia han provocado una alta atención pública y merecido el reproche transversal de la sociedad. En realidad, lo que la mayoría de los chilenos no se explica muy bien es la razón por la que este tipo de ilícitos no hubieran merecido siempre la pena de cárcel. Producto de esta valoración, la Ley N° 20.945 de 2016 introdujo el delito de colusión. Al respecto, el Mensaje de la presidenta de la República que inició la tramitación de dicha normativa señalaba: “Durante los últimos años, la sociedad chilena ha podido tomar conciencia acerca del inmenso daño que la colusión causa a los mercados y a los agentes económicos que actúan en ellos, en especial los consumidores. En efecto, se trata de conductas que no sólo generan efectos patrimoniales adversos de inmensa magnitud para las víctimas, sino que además defraudan la confianza de los chilenos en la economía de mercado. En ese contexto, no resulta justificable que conductas que tienen una significación económica y disvalor social sustancialmente menores que los carteles duros sean tipificadas como delitos penales, mientras que la colusión no lo sea” . Esta conciencia solo se ha visto reforzada durante los últimos meses²⁷.

²³ En el derecho anglosajón, uno de los autores que más se ha preocupado de esta determinación es Whelan, quien en 2013, siguiendo las ideas de Green en relación a los delitos económicos en general, señalaba que era imperativo que en la criminalización de los carteles se lograra transmitir la idea de que los acuerdos colusorios se asemejan a otras conductas de derecho penal nuclear, tales como *stealing*, *deception* y *cheating*, señalando las similitudes y diferencias con cada una de ellas, pero en cualquier caso haciendo presente la necesidad de conectar con una idea de una actuación poco ética (“*moral wrongfulness*”). Véase, principalmente, Whelan (2013). El autor reitera estas ideas en Whelan (2014).

²⁴ Véase Silva (2011) pp. 136-137. Esto explica que el derecho administrativo, al reforzar mediante sanciones un determinado modelo de gestión sectorial, “no tiene por qué seguir criterios de lesividad o peligrosidad concreta, sino que debe, más bien, atender a consideraciones de afectación general, estadística; asimismo, no tiene por qué ser tan estricto en la imputación, ni siquiera en la persecución (regida por criterios de oportunidad y no de legalidad)” (Silva, 2011, p. 137). Con el derecho penal pasa completamente lo contrario: las exigencias de lesividad, peligrosidad e imputación personal son estrictas.

²⁵ La falta de una conciencia sobre la real gravedad de los carteles fuera de EE. UU., en Beaton-Wells (2017) pp. 140-147. En Stephan (2017), se encuesta a población de distintas jurisdicciones y se llega a la conclusión de que, si bien la gran mayoría considera los carteles como conductas graves y sancionables, las apreciaciones son más débiles en relación con la real gravedad de las colusiones y a la necesidad de penas de cárcel. Sobre España, véase Fonseca (2017), quien, si bien comparte una minusvaloración social en relación con la gravedad de los carteles, defiende su criminalización, entre otras razones, porque la legislación tendría un rol que jugar en el reforzamiento de la idea de gravedad que envuelve este tipo de macrocriminalidad.

²⁶ Biblioteca del Congreso Nacional, *Historia de la Ley N° 20.945*, 2018, p. 6.

²⁷ Con fecha 14 de octubre de 2020, el Centro de Competencia de la Universidad Adolfo Ibáñez informaba sobre un estudio de Umut Aydin titulado “Attitudes Toward Collusion in Chile”, publicado el 17 de septiembre de 2020 en el *Journal of Competition Law & Economics* de la Universidad de Oxford, basado en una encuesta realizada a cerca de dos mil chilenos y chilenas entre agosto y septiembre de 2019 (es decir, con anterioridad a los acontecimientos sociales producidos en Chile a partir de octubre de 2019). Algunos de los resultados son: un 92% de los encuestados estuvo de acuerdo con que las empresas decidan los precios de forma independiente y la prisión es el tipo de sanción más apoyada respecto de personas naturales involucradas en un cartel (73% de los encuestados). Véase <https://centrocompetencia.com/cuales-la-percepcion-de-los-chilenos-sobre-la-colusion-y-la-delacion-compensada/> [fecha de consulta: 20 de agosto de 2021].

Sea que las autoridades administrativas y legislativas se esfuercen en transmitir la magnitud y gravedad de los carteles internacionales con el propósito de construir una conciencia social en relación a la necesidad de criminalizar la colusión, como ocurre con los esfuerzos de diversos autores en Europa, o que esa comprensión ya exista por parte de la sociedad, como sucede en Chile, lo que parece contraintuitivo es conceder beneficios que relevan de pena privativa de libertad a sujetos plenamente responsables, por el solo hecho de que estos hubiesen colaborado con la autoridad. Es decir, una vez asentada la idea de que se está frente a un ilícito de la mayor gravedad, ¿cómo se justifica que un interviniente pueda resultar impune por el solo hecho de haber ganado una “carrera” por confesar ante la autoridad?²⁸

Esta interrogante se complejiza cuando se considera que la valoración social respecto de delincuentes que delatan a otros está lejos de ser positiva. La idea de traición, como ruptura de un cierto compromiso entre los partícipes del acuerdo colusorio, parece, por lo menos,

levantar suspicacias. Como diría Beaton-Wells, queda una sensación de absoluta inconsistencia normativa, pues mientras se justifica la gravedad de la colusión con base en el *engaño* que se genera en el mercado, luego se premia a quien *engaña* a sus colaboradores²⁹. Esto permite comprender que, en Chile, un 63% de las personas se muestren en desacuerdo o completamente en desacuerdo con conceder la inmunidad a un delator³⁰.

La situación parece zanjarse con la aceptación de que se está frente a un comportamiento incorrecto por parte del Estado, pues está dispuesto a “premiar” a un traidor, pero se compensaría, en una lógica de un resignado utilitarismo, por el hecho de que se está luchando contra una criminalidad a la que no se alcanzaría a afectar por medio de las herramientas del derecho penal ordinario. Sería la actuación del derecho en un estado de necesidad (en que se opta por un mal menor) o, derechamente, frente a una expresión de un derecho de guerra³¹. No me conformo con entenderlo así.

²⁸ La idea de que los programas de clemencia generan una carrera por delatarse está en el diseño de estas políticas, aunque muchas veces exista una confianza excesiva en su verificación. A modo ejemplar, véase Stucke (2015).

²⁹ “In consequence, again, there are conflicting messages that inevitably impair the capacity of the criminal law to educate business people and the wider public about what conduct warrants condemnation and why. A further potential consequence is that leniency policies, by their nature, may reinforce if not promote the very qualities of cheating and deception that underpin the illegal conduct in the first instance—qualities that in large part have been emphasized by competition authorities as justifying criminal or penal sanctions. The result is a multiplication of inconsistencies that is difficult to reconcile with good public policy”, Beaton-Wells (2017, p. 147).

³⁰ Según el estudio de Umut Aydin (2020) al que se hizo referencia anteriormente.

³¹ Así lo plantea, por ejemplo, Rodríguez (2018).

3. La delación compensada como una institución de naturaleza política criminal: vinculación con los fines de la pena

En cuanto a la discusión acerca de si el comportamiento de un responsable de la comisión de un delito en que intervienen otros sujetos, consistente en confesar su participación ante la autoridad y delatar a sus colaboradores, puede ser visto como la corrección de un camino que comenzó desviado o, al menos, una manera de compensar un daño previamente realizado, o, al contrario, como un acto de traición de un sujeto que, por lo tanto, merecería un doble reproche (por el delito en que incurrió y por su desleal comportamiento posterior), es realista admitir que se trata de una cuestión de índole de filosofía moral que no es posible agotar en esta instancia.

Sin embargo, me permito al respecto solamente poner en duda que la lealtad signifique una vinculación ciega con una palabra empeñada con otro, aunque ese “compromiso” sea la comisión de un delito que provoque ingentes daños a la sociedad. De hecho, el concepto *traición* tiene como primera acepción en el Diccionario de la Real Academia Española, la de “falta que se comete quebrantando la fidelidad o lealtad que se *debe* guardar o tener”³². Resulta complejo pensar en algún tipo de *deber* que fundamente llevar adelante la comisión de un delito hasta la última instancia sin tener la posibilidad de

revelarlo ante la autoridad³³. De esta manera, creo que sería perfectamente posible defender que es moralmente positiva la actitud de quien, poniendo término a su actividad ilícita, decide enmendar el rumbo y colaborar con la autoridad³⁴.

Sin perjuicio de lo anterior, que ya bastaría para poner en cuestión la aseveración de que, al conceder la impunidad a un delator, el Estado estaría incurriendo en un *mal*, estimo que la clave radica en determinar qué significa la delación compensada para la orgánica penal³⁵. Indudablemente, es una institución de política criminal, lo que requiere una aclaración previa, pues muchas veces se asocia a la política criminal como una injerencia de la autoridad política (legislativa o ejecutiva) en una sistemática que no entiende (la dogmática penal), que termina por contaminar sus estructuras y elementos. Lejos de esto, estimo, siguiendo a Silva Sánchez, que la política criminal debe estar al servicio de la dogmática, sirviéndole de orientación respecto a las finalidades materiales del derecho penal³⁶.

En este sentido, si bien la delación compensada cumple con los objetivos del derecho de libre competencia, puede también encuadrarse en una sistemática penal,

³² Véase <https://dle.rae.es/traición> [fecha de consulta: 20 de agosto de 2021].

³³ Una perspectiva alternativa es aquella que se comenta en Rodríguez (2018), en el sentido de que en la historia de la humanidad se puede observar una continua modificación de los significados que adquieren ciertos valores, en virtud de los bienes jurídicos a los que se encuentran asociados. Así, por ejemplo, el duelo, que habría sido legítimo como mecanismo de protección del honor, cayó en desuso e ilegitimidad debido al valor preminente de la vida. Situación similar podría apreciarse respecto de los pactos de silencio que, en su análisis, acota en la mafia. Por sobre la lealtad interna de una organización criminal, mediante la delación compensada se privilegiaría el bien común social.

³⁴ En esta línea, Spagnolo (2004) pp. 2 y 5, también pone en duda la fundamentación de las críticas sobre inmoralidad del delator, recordando la parábola bíblica del hijo pródigo (San Lucas 15, 11-24).

³⁵ A este respecto, como una primera aproximación a la delación compensada en sede penal, véase Artaza, Santelices y Belmonte (2020) pp. 141-143.

³⁶ “Por su parte, la Política Criminal proporciona la necesaria a fines y valores, al cumplir la ‘misión política’ de orientar la evolución de la legislación penal (perspectiva de *lege ferenda*) o su propia aplicación en el presente (perspectiva de *lege lata*) a las finalidades materiales del Derecho penal”, Silva (1992) p. 48. “Por su parte, la Política Criminal proporciona

siempre que satisfaga los fines del derecho penal. Ya en el año 2008, Van Weezel hacía presente la insatisfacción que genera concebir la delación compensada como una herramienta meramente procesal configurada como un “mal menor” frente a la realidad que se combate, invitando a reflexionar sobre una visión alternativa que se construyera sobre el significado y fin de la sanción estatal. De esta forma, se “podría permitir una discusión de la regla en comentario (la de eximir de sanción al delator) sobre una base libre de contradicciones” (Van Weezel, 2008, p. 12). Dicha fundamentación, hasta donde alcanzo a ver, no se ha desarrollado y me he propuesto hacerlo, por lo que, sin perjuicio de que forma parte de una investigación de más largo aliento, deseo expresar en este trabajo algunas ideas esenciales.

La discusión sobre los fines de la pena es histórica e inagotable, pareciendo que actualmente se decanta en que la mayoría de los autores propone un concepto de pena que cumple el fin de prevención general positiva, en el sentido de estabilización normativa de la sociedad³⁷. Más allá de dicha discusión, aunque muy relacionada con ella, considerando que la pena es una reacción del Estado frente al delito, es sugerente la perspectiva de Silva Sánchez de considerar que la pena tiene una estructura bidimensional: por una parte, se constituye de un elemento sustancial, que consiste en el reproche comunicativo al condenado y, por otra parte, de un elemento accidental, que es la aflicción a la que se

somete al mismo (por ejemplo, la privación de libertad). Mientras la primera tiene una perspectiva retrospectiva, la segunda es de naturaleza prospectiva y, por lo tanto, solo es procedente cuando cumpla un fin de prevención de delitos³⁸.

Sobre esta base, es posible pensar en que algunas instituciones puedan erigirse como equivalentes funcionales de la pena, siempre que compartan de cierta manera la finalidad de la pena. En algunos casos, el equivalente puede cumplir ambas dimensiones de la pena (la comunicativa y la aflictiva), mientras que en otras ocasiones solo podrá cumplir una de ellas. De este modo, lo que me propongo analizar en una investigación más extensa es si los programas de clemencia no podrían ser entendidos como equivalentes funcionales de la pena en el sentido de que, satisfecha totalmente la dimensión comunicativa de la pena (el reproche que se realiza por sentencia judicial respecto de todos los intervinientes en la colusión, incluido el delator), se compense la dimensión aflictiva de uno de los intervinientes (no así de todo el resto de partícipes que igualmente sufrirán la privación de libertad) en virtud de la actuación post consumativa que la normativa exija para efectos de la exención de cárcel³⁹.

Así, es dable pensar que mediante la aplicación de la delación compensada y a cambio de sus beneficios, los fines de la pena no se vean resignados. Asumiendo que el fin de la pena consiste en la estabilización normativa de la

³⁷ Véase, Feijoo (2014). Luego de que en esta obra se expone el desarrollo histórico de las diversas teorías de la pena, se llega al tratamiento de las denominadas “teorías mixtas” o “teorías de la unión”, dándose cuenta de que, en definitiva, todas ellas comprendían actualmente la prevención general positiva: “Dejando de lado otras propuestas de valor histórico, no es extraño que en la actualidad el debate se encuentre, en grandes líneas, entre una teoría de la prevención general positiva limitada por el principio de culpabilidad o una teoría jurídica de la retribución dentro de la que la prevención general positiva juega un papel de cara a la individualización de la pena” (Feijoo, 2014, p. 217). En esa consideración, una de las maneras más aceptadas de verificación de prevención general de vertiente positiva es la que dice relación con la estabilización normativa, comprendiendo el sentido comunicativo de la pena que tenga en cuenta las necesidades sociales. Esa es, en definitiva, también la propuesta de Feijoo (2014, pp. 257 ss.).

³⁸ Véase Silva Sánchez (2018, pp. 113-181).

³⁹ Considérese lo que Silva Sánchez señala, por ejemplo, respecto de la suspensión condicional de la condena: “En fin, cabe que una institución no punitiva constituya un equivalente funcional de la pena: desde esta perspectiva se habla de ‘sustitutivos penales’, como podría ser el caso de la suspensión de la ejecución de la condena. Esta, sin embargo, no es en realidad un equivalente funcional de la pena en su conjunto, sino sólo de su dimensión fáctica o aflictiva. En los casos de suspensión la dimensión comunicativa de la pena ya ha tenido lugar, pues el hecho ha sido juzgado y la condena, dictada: el castigo ha sido impuesto. En lugar de ejecutar la condena, y dadas determinadas condiciones, ésta se suspende. Así, se pueden cumplir finalidades equivalentes a las de la ejecución de la condena (en cuanto a la intimidación, el refuerzo de la confianza social en el sistema jurídico-penal, etc.), eludiendo su principal efecto secundario: la desocialización del delincuente primario”, Silva Sánchez (2018, p. 118).

sociedad y respondiendo a las preguntas que plantea Van Weezel “(...) ¿se restablece o no la vigencia de la norma infringida cuando se aplica la regla y se exime de pena? Y, en segundo lugar, ¿se puede decir, una vez aplicada, que el delincuente fracasó en su intento de configuración de la sociedad?” (2008, p. 11), *a priori* y coincidiendo con el citado autor estimo que ambas preguntas podrían responderse afirmativamente.

Evidentemente, sería pecar de absoluta candidez creer que por esta sola fundamentación de la delación compensada se transformará la valoración social respecto de su procedencia. Lógicamente, es imprescindible, tal como lo demuestra la práctica del DOJ en EE.UU como en el mundo, una comprometida labor de *advocacy* y promoción de estas políticas por parte de las autoridades,

de manera de transmitir a la sociedad el inmenso daño que provocan los carteles (lo que, en todo caso, en Chile parece estar muy claro) y la determinante importancia que tiene la delación compensada para desbaratar este tipo de ilícitos anticompetitivos (asunto sobre el cual parecen haber mayores dudas). En este sentido, una concepción de la delación compensada como una institución coherente con los fines del derecho penal, contraria, por tanto, a una imagen de mal menor, permitirá una aproximación más decidida de las autoridades penales a efectos de defender estas políticas también en relación con la exención de penas privativas de libertad, tal como la que lleva adelante la FNE y el TDLC en el contexto del derecho de libre competencia⁴⁰.

4. Algunas implicancias prácticas

No sería posible abarcar en este trabajo la gran cantidad de desafíos constitucionales⁴¹, institucionales y procesales que implica la delación compensada, tanto para la colusión como para otros ámbitos de criminalidad, en caso que se quisiera extender su aplicación. Sin embargo, es posible comentar, como ideas generales, algunas consecuencias que tiene en la práctica la consideración de los programas de clemencia como herramientas de lucha contra los carteles, desde una perspectiva de fines extrapenales, y como equivalentes funcionales de la pena, desde una perspectiva criminal. Ambos enfoques deben ser considerados para el desarrollo práctico de la institución comentada.

Lo primero que parece ser evidente es que la delación compensada debe ser condicionada a delitos que, además de basarse en una relación de confianza recíproca entre los intervinientes (relación que pretende ser minada por el incentivo a delatar), pongan en jaque las labores persecutoras del Estado. En este sentido, no es procedente ampliar su cobertura a la delincuencia común, la que es susceptible de ser controlada con las herramientas normales de prevención y detección del delito. Si la colaboración del infractor podría ser apreciada como un equivalente funcional de la pena, una exigencia básica debería ser que fuera imposible —o a lo menos improbable— la detección del ilícito por las autoridades,

⁴⁰ Sobre la relevancia de la labor de *advocacy*, véase Whelan (2014, pp. 252-254 y 258). Evidencia que las políticas de promoción y difusión tienen efecto el Informe encargado por el Centro de Competencia de la Universidad Adolfo Ibáñez a Deloitte, publicado en agosto de 2020, dando cuenta, entre otras conclusiones, que los expertos en materia de libre competencia valoran con calificación positiva el grado de disuasión de la delación compensada para la desestabilización de carteles (nota 5,3 sobre 7,0) y la gran mayoría sostiene que la criminalización de la colusión ha funcionado como un incentivo para utilizar el beneficio de la delación compensada. Véase Deloitte (2020).

⁴¹ Sobre todo si se considera que se encuentra abierto en Chile el proceso mediante el cual se definirá una nueva Constitución de la República.

de lo contrario, difícilmente la exención de la dimensión afflictiva de la pena podría ser compensada por el delator. De cualquier modo, fuera del curioso proyecto de ley que se presentó a comienzos de 2020, en la literatura y experiencia comparada no se aprecian mociones para ampliar el *leniency* a delitos comunes.

Luego, es muy importante tener presente que la manera en que se encuentra diseñada normativamente la delación compensada en relación a la colusión, tanto como institución del derecho de libre competencia como de derecho penal, es una regla de aplicación objetiva a la que se somete un interviniente de un cartel que ha decidido poner término a su intervención y colaborar con la autoridad, a quien, si cumple con las condiciones legales, le será reconocida la exención de la necesidad de verse privado de libertad, lo que se asemeja al reconocimiento que hacen los tribunales penales de ciertas circunstancias que modifican la responsabilidad criminal, tales como las atenuantes genéricas de reparación del mal causado o la colaboración sustancial con el esclarecimiento de los hechos.

Este diseño es correcto porque permite exorcizar cualquier idea de “justicia negociada”, que muy pocas veces termina siendo realmente justicia. No es que el Estado venda el alzamiento de una sanción de cárcel a cambio de información, sino que legislativamente, esto es, a través de la declaración de la voluntad soberana, se ha introducido un instituto de naturaleza político-criminal que, en caso de satisfacerse sus condiciones, opera alzando la afflictión de la pena. En similar sentido, Van Weezel afirma “El Estado no golpea, pero tampoco se allana simplemente a un trato. Pues no es la voluntad particular del delincuente la que termina imponiéndose, sino la voluntad universal, es el juez quien decide sobre

la prescindencia del castigo. Por eso, en estricto rigor, no es el Estado quien ofrece algo al delincuente, sino que es éste quien ofrece y el Estado quien decide si acepta el ofrecimiento como reparación suficiente del daño que aquél ha causado a la sociedad” (2008, p. 12).

Dado que la delación compensada opera como un equivalente de la dimensión afflictiva de la pena, pero no de la expresiva, sobre todo desde una perspectiva de *lege ferenda*, esto es, si se quisiera trasladar el *leniency* a otros delitos, debe exigirse que el delator sea sometido a un proceso penal como imputado, siendo condenado por medio de una sentencia judicial que le reproche su intervención criminal, sin perjuicio de dejarlo inmune de toda afflictión, principal o accesoria. Al contrario, no resulta satisfactoria la pretensión de utilizar principio de oportunidad prejudicial respecto del delator, toda vez que se estima imprescindible el juicio de reproche judicial⁴².

Ahora bien, de *lege lata* no parece ser esta la decisión que tomó el legislador en cuanto a la delación compensada respecto de la colusión en sede penal, en que se exige al eventual beneficiario de la exención de sanción, que proporcione al Ministerio Público y al tribunal competente los mismos antecedentes aportados a la FNE y que preste declaración “en calidad de testigo”, según lo dispone el art. 63° del DL 211. Sin embargo, debe considerarse la especial regulación que tiene la persecución de la colusión en nuestro país, que se configura con base en dos procesos sucesivos: uno ante las autoridades de Libre Competencia y luego otro ante las autoridades penales. El delator, antes de comportarse como testigo en sede penal, habrá pasado no solamente por un proceso administrativo de delación compensada e investigación de la FNE, sino que tendrá intervención en el TDLC como acusado y resultará, personalmente o como

⁴² Esto se sigue no solamente de los fundamentos desarrollados por Silva Sánchez, pues también Feijoo Sánchez sostiene que el mayor espacio que le cabe con este entendimiento de la pena como comunicación a instituciones tales como, por ejemplo, el comportamiento post delictivo del agente, no puede pasar por la aplicación del principio de oportunidad, siendo necesaria la declaración de culpabilidad apoyándose en estudios empíricos que demostrarían el mayor efecto preventivo de una sentencia judicial, véase Feijoo Sánchez (2014, p. 314). Ragués i Vallès agrega que el principio de oportunidad podría incentivar las falsas delaciones basadas en la garantía de no ser sujeto a ningún tipo de proceso, véase Ragués i Vallès (2018, pp. 19-23).

miembro de la persona jurídica en la que desempeña sus labores, condenado y reprochado por una sentencia judicial que, como lo demuestran los últimos casos de colusión, tiene una alta repercusión mediática. Que dicha tramitación y decisión jurisdiccional sea suficiente para dar por satisfecho el carácter expresivo de toda pena, es algo que podría seriamente considerarse.

De cualquier manera, los elementos probatorios aportados por el delator, ya de un delito de colusión, o de otro delito en caso de que esta herramienta extendiera su aplicación a otras áreas, no pueden ser suficientes para condenar, debiendo ser contrastados, respaldados y confirmados por los otros elementos de prueba que durante el proceso se hayan incorporado. Esto, que se sigue de los arts. 297 (valoración de la prueba en conformidad a la sana crítica) y 340 (no puede condenarse por el solo mérito de una declaración auto inculpatória) del Código Procesal Penal, es algo que en sede de Libre Competencia también se tiene bastante claro, según lo confirman diversos pronunciamientos del TDLC como de la Corte Suprema. Solo a modo ejemplar, léase el siguiente considerando de una sentencia del TDLC:

Que corresponde preguntarse acerca del valor probatorio de las declaraciones de un agente económico en un documento, mediante las cuales reconoce su participación en una colusión e involucra a las demás. De acuerdo con la jurisprudencia de la Excm. Corte Suprema (Sentencia de 7 de septiembre de 2012, Rol 2578-2012) y de este Tribunal (Sentencia N° 148, C°24), ello depende de la concurrencia de los siguientes elementos: (i) si dicho reconocimiento proporciona antecedentes precisos acerca de la existencia de los elementos de la colusión, esto es, datos respecto del origen del acuerdo de colusión, la

época de gestación, la forma que adoptó el mecanismo de colusión, los medios de comunicación, entre otros; (ii) si el relato del confesante es suficientemente detallado en cuanto a la intervención que correspondió a los demás responsables; y (iii) si los antecedentes de que da cuenta son verificables y corroborados con el resto de los elementos probatorios que obran en el proceso⁴³.

En fin, como se hizo presente al comienzo, sería imposible intentar considerar en este espacio todos los aspectos prácticos que implica la delación compensada en materia penal, sobre todo teniendo en cuenta que la perspectiva que aquí se ha ofrecido es exclusivamente una de derecho interno, en circunstancias que, en una lucha que actualmente es mundial y tiene como prioridad los carteles internacionales, la intervención de distintas jurisdicciones y su coordinación es uno de los condicionantes más importantes que marcará el éxito o fracaso presente y futuro de los programas de clemencia⁴⁴.

Valga este trabajo como un aporte para incentivar la reflexión acerca de la naturaleza jurídica de la delación compensada en sede penal, de forma tal que, desde una concepción coherente con los fines de la pena, se avance en fortalecer la certeza y predictibilidad del proceso, garantía de la efectividad de estas políticas, de forma tal que la criminalización no termine siendo contraproducente. Asimismo, podrá considerarse el rendimiento del *leniency* en la colusión para efectos de su eventual extensión y aplicación a otro tipo de delitos que compartan características similares a los acuerdos anticompetitivos.

⁴³ Sentencia TDLC N° 165/2018, c. 20°.

⁴⁴ Sobre las dificultades de relacionar a las distintas autoridades de competencia, incluso en un ámbito económico integrado como Europa, véase Wils (2005).

5. Conclusiones

a) La incorporación del delito de colusión al DL 211 por medio de la Ley N° 20.945 exigió trasladar los beneficios de la delación compensada del derecho de libre competencia también a la órbita penal, en relación con sanciones privativas de libertad.

b) La delación compensada se ha erigido, a juicio de las autoridades de Libre Competencia, como la herramienta más eficaz en la detección, persecución y disuasión de los acuerdos anticompetitivos. Su lógica, basada en una visión economicista del derecho, consiste en hacer más costosa la decisión de un agente económico de coludirse con sus competidores y, en caso de que ya lo hubiera hecho, ofrecerle un incentivo para colaborar con el Estado, confesando su participación y entregando antecedentes del cartel.

c) La decisión de criminalizar la colusión no puede ser vista como un mero reforzamiento del incentivo antes comentado. En efecto, la identificación de conductas que merecen un reproche jurídico-penal debe fundamentarse en la afectación concreta, de manera relevante, de un bien jurídico esencial para la configuración de la sociedad. En Chile existen las bases sociales como para considerar la colusión como un delito, lo que justifica su penalización. Entonces, de cara a la delación compensada, la pregunta es: ¿cómo se justifica alzar la sanción privativa de libertad a un sujeto que responsablemente ha incurrido en una conducta de tal extrema gravedad?

d) No es satisfactoria la concepción de que el alzamiento de una sanción de cárcel es un mal menor

que se justifica al considerar el ingente daño que provocan las colusiones. Dicha posición no solamente debilita las políticas de *advocacy*, promoción y difusión de la delación compensada, sino que, más importante aún, no se compadece con los fines del derecho penal.

e) La delación compensada, como institución de política criminal, debe ser coherente con los fines de la pena. En este sentido, es razonable considerar que, desde una concepción de pena bidimensional (esencialmente comunicativa y accidentalmente afflictiva), a los programas de clemencia les pueda ser asignado el rol de equivalentes funcionales de la pena, en la medida que compensan la ausencia de la aflicción que provocan las sanciones privativas de libertad por un exigente comportamiento post consumativo del delator.

f) La asunción de la delación compensada como una herramienta que, aunque con lógicas utilitarias, es coherente con los fines del derecho penal tiene diversas implicancias prácticas, entre las cuales se cuentan su exclusión del ámbito del derecho penal común, la necesidad de que se construya como una regla legal de aplicación objetiva sin espacio para la discrecionalidad del principio de oportunidad prejudicial, la preferencia de que el delator sea tratado como un imputado —aunque se explica su calidad de testigo en el caso específico del delito de colusión— y la imposibilidad de fundamentar una condena con el solo mérito de su confesión.

Referencias

- Artaza, O., Santelices, V. y Belmonte, M. (2020). *El delito de colusión*. Santiago: Editorial Tirant lo Blanch.
- Becker, G. (1968). Crime and Punishment: An Economic Approach. *The Journal of Political Economy*, 76(2), 169-217.
- Beaton-Wells, C. (2017). Criminal Sanctions for Cartel Conduct: The Leniency Conundrum. *Journal of Competition Law & Economics*, 13, (1) 125-149.
- Bergoeing, R., Sierra, L. (Eds.). (2015). *¿Cárcel para la colusión? Seis Opiniones*. Santiago: Centro de Estudios Públicos, Puntos de Referencia, (409).
- Biblioteca del Congreso Nacional (2018), *Historia de la Ley N° 20.945*. Recuperado de: https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/5311/HLD_5311_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf [fecha de consulta: 20 de agosto de 2021].
- Deloitte. (2020). *Informe de Resultados. Percepción sobre las Autoridades Chilenas en materia de Libre Competencia*. Santiago de Chile: Centro Competencia.
- Chen, Z. & Rey, P. (2013). On the Design of Leniency Programs. *Journal of Law and Economics*, 56, 917-957.
- Comisión Europea. (2014). *Staff Working Document: Ten years of Antitrust Enforcement under Regulation 1/2003*.
- Feijoo, B. (2014). *La pena como institución jurídica: Retribución y prevención general*. Madrid: Editorial B de F.
- FNE. (2017). *Guía Interna sobre Delación Compensada*. Recuperado de: https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/10/Guia_Delacion_Compensada.pdf [fecha de consulta: 20 de agosto de 2021].
- Fonseca, R. (2017). *Carteles de núcleo duro y Derecho penal: ¿Por qué criminalizar las colusiones empresariales?* Buenos Aires: Editorial B de F.
- Hammond, S. (2010). The Evolution of Criminal Antitrust Enforcement over the Last Two Decades. *The 24th Annual National Institute on White Collar Crime, presented by the ABA Criminal Justice Section and the ABA Center for Continuing Legal Education*. Eden Roc Renaissance, Miami, Florida.
- Hammond, S. (2004). Cornerstones of an Effective Leniency Programs. *Presented before the ICN Workshop on Leniency Programs*. Sidney, Australia.
- Harding, C., Beaton-Wells, C. & Edwards, J. (2015). Leniency and criminal sanctions in anti-cartel enforcement: Happily married or uneasy bedfellows? En C. Beaton-Wells & C. Tran (Eds.). *Anti-Cartel Enforcement in a Contemporary Age. Leniency Religion* (pp. 233-260). Portland: Hart Publishing.
- International Competition Network. (2014). *Chapter 2: Drafting and implementing an effective leniency policy*. Recuperado de: https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/05/CWG_ACEMLeniency.pdf [fecha de consulta: 20 de agosto de 2021].
- Ivaldi, M., Khimich, A. & Jenny, F. (2014). Measuring the Economic Effects of Cartels in Developing Countries. *UNCTAD Research Partnership Platform*.
- Jaspers, J. D. (2020). Leniency in Exchange for Cartel Confessions. *European Journal of Criminology*, 17(1), 106-124.
- Marvao, C. & Spagnolo, G. (2015). What Do We Know About the Effectiveness of Leniency Policies? A Survey of the Empirical and Experimental Evidence. En C. Beaton-Wells & C. Tran (Eds.). *Anti-Cartel Enforcement in a Contemporary Age. Leniency Religion* (pp. 57-80). Oxford & Portland, Oregon: Hart Publishing.
- Motta, M. (2004). *Competition Policy: Theory and Practice*. New York: Cambridge University Press.
- Motta, M. & Polo, M. (2003). Leniency Programs and Cartel Prosecution. *International Journal of Industrial Organization*, 21(3), 347-379.
- O'Brien, A. (2015). Leadership of Leniency. En C. Beaton-Wells & C. Tran (Eds.). *Anti-Cartel Enforcement in a Contemporary Age. Leniency Religion* (pp. 17-32). Oxford & Portland, Oregon: Hart Publishing.

- OCDE. (2019). *Recommendation of the Council concerning Effective Action against Hard Core Cartels*. OECD/LEGAL/0452.
- Ragués i Vallès, R. (2018). Recensión de Juan Carlos Ortiz Pradillo, *Los delatores en el proceso penal*, Wolters Kluwer, Madrid, 2018 (409 págs.). Sección Ex Libris. InDret 4/2018, 19-23.
- Rodríguez, V. (2018). *Delação premiada: Limites Éticos ao Estado*. Rio de Janeiro: Editora Forense.
- Silva Sánchez, J.-M. (2018). *Malum passionis: Mitigar el dolor del Derecho penal*. Barcelona: Editorial Atelier.
- Silva Sánchez, J.-M. (2011). *La expansión del Derecho penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales* (3ª ed.). Buenos Aires: Editorial B de F.
- Silva Sánchez, J.-M. (1992). *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. Barcelona: J. M. Bosch Editor.
- Spagnolo, G. (2008). Leniency and Whistleblowers in Antitrust. En P. Buccrossi (Ed.). *Handbook of Antitrust Economics* (pp. 259-303). Cambridge, Massachusetts: The MIT Press.
- Spagnolo, G. (2004). Divide et Impera: Optimal Leniency Programs. *CEPR Discussion Paper*, (4840).
- Stephan, A. (2017). An empirical evaluation of the normative justifications for cartel criminalisation. *Legal Studies*, 37(4), 621-646.
- Stucke, M. (2015). Leniency, Whistle-Blowing and the Individual: Should We Create Another Race to the Competition Agency? En C. Beaton-Wells & C. Tran (Eds.). *Anti-Cartel Enforcement in a Contemporary Age: Leniency Religion* (pp. 209-230). Portland: Hart Publishing.
- Van Weezel, Á. (2008). Delación compensada: Aún no es tiempo de clausurar el debate. *Revista del Abogado*, (43), 8-14.
- Werden, G. & Simon (1987). Why price fixers should go to prison. *Antitrust Bulletin*, 32(4), 917-938.
- Whelan, P. (2014). *The Criminalization of European Cartel Enforcement: Theoretical, Legal, and Practical Challenges*. Oxford: Oxford University Press.
- Whelan, P. (2013). Cartel Criminalization and the Challenge of "Moral Wrongfulness". *Oxford Journal of Legal Studies*, 33(3), 535-561.
- Wils, W. (2005). Is Criminalization of EU Competition Law the Answer? *World Competition*, 28(2).

Jurisprudencia

- Sentencia Corte Suprema, Rol 19.806-2014, 29 de enero de 2015.
- Sentencia Tribunal de Defensa de la Libre Competencia N° 165/2018.

Felipe Arévalo Cordero

felipe.arevalo@ppulegal.com

Recibido: 11.11.20

Aceptado: 01.09.21

Debilidades del procedimiento sancionatorio ambiental y su control jurisdiccional relativas al aseguramiento del debido proceso

Environmental sanctioning procedure weaknesses and its jurisdictional control regarding due process

Resumen: El presente trabajo tiene por objeto dar una mirada panorámica al procedimiento sancionatorio ambiental y su control judicial desde la perspectiva del respeto a las garantías procesales de los administrados sometidos a la potestad sancionatoria de la Superintendencia del Medio Ambiente. Se analiza la siguiente pregunta: ¿entregan el sancionatorio ambiental y su control judicial elementos suficientes para la protección del debido proceso? La hipótesis que se esgrime es que, pese a que el procedimiento administrativo sancionador ambiental y su control judicial ha incorporado relevantes avances relativos al aseguramiento del debido proceso, siguen existiendo severas limitaciones tanto a nivel administrativo como judicial respecto a la protección de las garantías procesales de los administrados, carencias que se ven agravadas por la magnitud de las sanciones en la regulación ambiental.

Palabras clave: procedimiento sancionador; debido proceso; medio ambiente.

Abstract: The purpose of this work is to analyze the environmental sanctioning procedure and its judicial control from the perspective of the procedural guarantees of those subject to the Superintendence of the Environment's sanctioning powers. The following question is analyzed: Do the environmental sanction procedure and its judicial control provide enough elements to protect due process? Although the environmental sanctioning administrative procedure and its judicial control have incorporated relevant advances regarding the protection of a due process, they are still insufficient to guarantee the constitutional right of due process—deficiencies aggravated by the magnitude of the sanctions in the environmental regulation.

Keywords: sanctioning procedure; due process; environment.

En la actualidad, resulta evidente la relevancia que tiene el medio ambiente para la subsistencia y el desarrollo de las personas y de la sociedad. Hace más de 40 años, la Constitución Política de la República de 1980 (en adelante CPR) reconoce como uno de los derechos fundamentales de las personas el de vivir en un medio ambiente libre de contaminación (artículo 19 N° 8).

La concreción y aseguramiento de dicha garantía constitucional se materializó el año 1994¹ con la promulgación de la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente (en adelante LBGMA), cuerpo normativo que creó una serie de instrumentos de gestión ambiental, dentro de los que destacan las normas de calidad ambiental, las normas de emisión, los planes de prevención y descontaminación y el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (en adelante SEIA).

Un segundo impulso relevante en la protección efectiva del medio ambiente, motivado sustantivamente por el interés de Chile de ingresar a la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (en adelante OCDE)², se verificó el año 2010 con la entrada en vigor de la Ley N° 20.417 que crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente³ (en adelante LOSMA), estableciendo la actual institucionalidad ambiental.

La protección efectiva del medio ambiente supone una serie de desafíos, destacando el necesario equilibrio que debe existir entre la referida protección al medio ambiente con el resto de las garantías constitucionales, particularmente con los derechos al debido proceso, a la libertad económica y a la propiedad (numerales 3°, 21 y 24 respectivamente del artículo 19 de la CPR).

Con la entrada en vigor de la LOSMA se estableció un nuevo procedimiento sancionatorio ambiental, que reemplazó a aquel contemplado originalmente en la LBGMA. La referida norma creó la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante SMA) otorgándole una serie de potestades relevantes para lograr la efectiva protección del medio ambiente, dentro de las que destaca la facultad de imponer sanciones de alta entidad respecto de incumplimientos detectados dentro de la esfera de su competencia.

De la lectura de la LOSMA, particularmente del Título III “De las Infracciones y Sanciones”, resulta evidente que este procedimiento sancionatorio supone un gran avance tanto para la protección efectiva del medio ambiente como para el aseguramiento de los derechos individuales de los ciudadanos, particularmente la del derecho al debido proceso. Así “la sola existencia de una adecuada densidad normativa en la que se contengan las normas procedimentales mínimas es constitutiva de un límite al ejercicio de la potestad sancionadora y, por ende, es una garantía” (Bermúdez, 2013, p. 437) tanto en relación con el cumplimiento de la normativa vigente como de la protección de los derechos subjetivos de las personas (Bermúdez, 2013, p. 437).

Sin perjuicio de lo anterior, pese a ser en la actualidad uno de los procedimientos sancionatorios más sofisticados y desarrollados en el derecho administrativo nacional, sigue presentando una serie de carencias desde la perspectiva del debido proceso.

Por su parte, la Ley N° 20.600 que crea los tribunales ambientales⁴ (en adelante LTA), fruto de un acuerdo

¹ De manera paralela a la tramitación legislativa de la LBGMA el año 1992, en el marco de Asamblea General de la Naciones Unidas durante la Cumbre de Río de Janeiro, se efectuó la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y el Desarrollo, la que establece en su Principio 11 que “Los Estados deberán promulgar leyes eficaces sobre el medio ambiente. Las normas, los objetivos de ordenación y las prioridades ambientales deberían reflejar el contexto ambiental y de desarrollo al que se aplican. Las normas aplicadas por algunos países pueden resultar inadecuadas y representar un costo social y económico injustificado para otros países, en particular los países en desarrollo”.

² Historia de la Ley N° 19.300, Mensaje Presidencial, p. 4.

³ Respecto a la creación de una entidad dedicada exclusivamente a la fiscalización y sanción en materia ambiental, el Informe de Desempeño Ambiental de Chile elaborado por la OCDE (2005) sugirió: “examinar formas de fortalecer la capacidad de cumplimiento y fiscalización, incluso mediante reformas institucionales, como por ejemplo el establecimiento de un órgano de inspección ambiental”.

⁴ La LTA creó tres tribunales ambientales, con asiento en las ciudades de Santiago (2°), Valdivia (3°) y Antofagasta (1°). Iniciaron su función jurisdiccional el 28 de diciembre de 2012, el 9 de diciembre de 2013 y el 29 de junio de 2017 respectivamente.

político⁵, estableció esta judicatura especial con la finalidad de actuar como órgano de control jurisdiccional de las decisiones de la SMA⁶ y, de esta forma, de resolver las controversias contenciosas administrativas que surgieran en el orden ambiental. Además, se facultó al tribunal (entre otras competencias) para resolver las demandas por daño ambiental⁷.

Este contencioso administrativo fue configurado por el legislador como uno de revisión y no de plena jurisdicción, lo que, sumado a las características del procedimiento sancionatorio ambiental, genera una serie de falencias respecto al debido proceso al que tienen derecho los regulados.

La tesis que se trata de defender en el presente trabajo es que, considerando las debilidades del procedimiento sancionatorio ambiental relativas al derecho al debido proceso, el contencioso administrativo ambiental, en

particular el referido a la revisión jurisdiccional de las sanciones impuestas por la SMA, no logra asegurar adecuadamente la protección del referido derecho, el que se encuentra recogido fundamentalmente en el artículo 19 N° 3 de la CPR al establecer el derecho a un racional y justo procedimiento⁸.

Para intentar dar respuesta a la hipótesis formulada se buscará desarrollar el siguiente camino: (1.) explicar la interrelación existente entre la necesidad de protección urgente o inmediata del medio ambiente y el respeto al derecho al debido proceso, luego, (2.) describir y analizar el procedimiento sancionatorio ambiental, a continuación, (3.) desarrollar los aspectos del procedimiento que pueden ser considerados con distorsionadores del debido proceso, posteriormente, (4.) una descripción del contencioso administrativo ambiental y sus limitaciones a la luz del debido proceso, para finalizar con las (5.) conclusiones.

1. Protección al medio ambiente y su vinculación con el debido proceso

Desde un buen tiempo a esta parte, el medio ambiente ha sido considerado como un objeto jurídico en sí mismo⁹ que exige una protección directa e independiente del amparo de otros bienes jurídicos tradicionales (como la vida y la salud de las personas). Por su parte, atendiendo

a las características particulares de dicho bien jurídico¹⁰, resulta especialmente relevante que el ordenamiento jurídico disponga de herramientas ágiles y versátiles para lograr su protección efectiva.

⁵ Un antecedente al respecto corresponde al “Protocolo de Acuerdo de la Nueva Institucionalidad Ambiental” de fecha 26 de octubre de 2009 suscrito entre miembros del Senado y el Ejecutivo, protocolo que fue en definitiva materializado en el proyecto de ley ingresado a tramitación legislativa el 28 de octubre de 2009 N° Boletín 6747-12.

⁶ Al respecto señala Bordalí “La idea fundamental era balancear este poder de la Administración del Estado en materia ambiental con un tribunal de justicia de la más alta entidad y con atribuciones para controlar esa administración y para autorizar o ratificar en algunos casos sus actuaciones. De esta manera a un Estado regulador y sancionador más poderoso se le contraponen un tribunal imparcial de carácter técnico, colegiado, con jueces altamente calificados y bien remunerados” (Bordalí, 2014b, p. 335).

⁷ Historia de la Ley N° 20.600, Mensaje Presidencial, p.4

⁸ Lo anterior, complementado con las exigencias de legalidad, tipicidad, irretroactividad, culpabilidad, proporcionalidad y presunción de inocencia (esta última sin reconocimiento expreso) de la referida garantía constitucional.

⁹ Ver Gutiérrez, 1999, p. 344.

¹⁰ De la mera lectura de la definición de medio ambiente contenida en el artículo 2° letra II) de la LBGMA puede identificarse la naturaleza compleja, dinámica, interdisciplinaria y multifacética de este: “Artículo 2° Para todos los efectos legales se entenderá por II) *Medio Ambiente*: el sistema global constituido por elementos naturales y artificiales de naturaleza física, química o biológica, socioculturales y sus interacciones, en permanente modificación por la acción humana o natural y que rige y condiciona la existencia y desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones”.

En este sentido, la protección judicial tradicional (con la honrosa excepción del recurso de protección) en muchos casos no resulta suficiente para asegurar el cuidado al medio ambiente, ya que es bastante claro que “entre el inicio de la relación procesal y el cumplimiento de la sentencia definitiva, pueden ocurrir varias alteraciones jurídicas o de hecho, que terminen frustrando la pretensión del actor, y la falta de eficacia que se constata en la utilización de los diversos procedimientos, [lo que] ha intentado solucionarse buscando distintas fórmulas, que tienen como objetivo común enfrentar la demora del proceso” (Aguirrezabal, 2016, p. 26).

También debe considerarse que la protección del medio ambiente importa una de las limitaciones que acepta la propiedad privada¹¹ y la libertad económica¹², la que debe siempre ser equilibrada con la necesidad de asegurar un adecuado desarrollo económico. En este sentido “la estabilidad y certeza jurídica en los actos administrativos firmes en derecho ambiental es un pilar básico de la delicada ecuación que debe existir entre inversión privada, regulación y desarrollo sustentable” (Fernandois, 2005, p. 11).

Desde una perspectiva preventiva, atendiendo la relevancia que supone la protección del medio ambiente, el legislador condicionó el desarrollo de ciertas actividades predefinidas a la obtención previa de una autorización ambiental de funcionamiento¹³. En materia ambiental, la autorización de funcionamiento basal o matriz corresponde a aquella obtenida por medio de la

evaluación ambiental previa del proyecto o actividad en el SEIA¹⁴, denominada Resolución de Calificación Ambiental (en adelante RCA). Esta autorización de funcionamiento “posee la aptitud de regular en el tiempo el desarrollo de una actividad, y en donde la producción de sus efectos se despliega en el tiempo en paralelo a la permanencia del acto en el mundo jurídico” (Sepúlveda, 2019, p. 13).

Por su parte, desde una perspectiva cautelar, la LOSMA faculta a la SMA para suspender transitoriamente las autorizaciones de funcionamiento contenidas en una RCA o adoptar otras medidas urgentes y transitorias para el resguardo del medio ambiente cuando la actividad genere daño grave e inminente para el medio ambiente (artículo 3° letra g) o cuando la ejecución u operación de un proyecto evaluado ambientalmente genere efectos no previstos en su RCA (artículo 3° letra g). Por su parte, el artículo 48 de la LOSMA entrega al Superintendente del Medio Ambiente la facultad de adoptar medidas provisionales¹⁵ y proporcionales para evitar un daño inminente al medio ambiente. A su vez, el artículo 24 de la LTA faculta a los tribunales ambientales para decretar las medidas cautelares necesarias, conservativas o innovativas, para impedir los efectos de los actos o conductas sometidos a su conocimiento, pudiendo decretarlas incluso antes de iniciado el juicio.

Habiendo establecido lo anterior, resulta razonable sostener que la protección efectiva del medio ambiente, la que en muchos casos requiere una respuesta inmediata por parte del Estado como las recién explicadas,

¹¹ Al respecto, el artículo 19 N° 24 inciso segundo de la CPR dispone que “[s]olo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar o disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental”.

¹² El referido derecho se encuentra consagrado en el artículo 19 N° 21 de la CPR, en el que se establece como uno de sus límites el respeto a las normas legales que la regulen.

¹³ El artículo 10 de la LGBMA establece un listado amplio de industrias y actividades que requieren contar con una evaluación ambiental favorable previo a su ejecución. De su lectura, puede comprobarse que se comprenden en él casi todas las actividades productivas relevantes desarrolladas en Chile (a modo de ejemplo: minería, energía, agroindustria, piscicultura, obras públicas de transporte, desarrollos inmobiliarios, entre otros).

¹⁴ Con más de 20 años de funcionamiento del SEIA, durante los últimos años, estas autorizaciones de funcionamiento han alcanzado un estado de “hiperregulación” normativa, lo que evidentemente expone a sus titulares a una cantidad, muchas veces, inabordable de obligaciones “ambientales”.

¹⁵ La medida provisional ha sido conceptualizada por Arancibia como aquella “potestad imperativa que tiene por objeto poner fin al perjuicio del interés social, de modo transitorio, en espera de que el asunto sea decidido definitivamente, conforme a un debido proceso, por un órgano administrativo o jurisdiccional” (Arancibia, 2014, p. 141).

no debiese alterar en nada la posibilidad (y garantía constitucional) del administrado de contar con un debido proceso (administrativo y judicial) para el aseguramiento de sus derechos. Así, en muchos casos, el interés de proteger el medio ambiente o alguno de sus componentes sugerirá la conveniencia de imponer medidas inmediatas para su cuidado (como las previamente descritas), lo que no obsta para la existencia de una revisión judicial lata y plena posterior.

Buscar una cabal protección del debido proceso no debe conducir al error de entender a la Administración o a la regulación administrativa que busca dar cumplimiento al interés social de proteger el medio ambiente como un impedimento o traba para el desarrollo de las actividades privadas, sino como un “instrumento positivo de regulación y configuración sociales, de aseguramiento de las condiciones básicas de la vida en colectividad” (Parejo, 2008, p. 82). Sin embargo, en el ejercicio de tan loable fin, debe en todo y cada caso específico respetarse las garantías constitucionales de cada persona, lo que obliga a implementar estándares de funcionamiento altos y mecanismos de control eficaces.

En este sentido, cobra relevancia la presunción de legalidad de los actos administrativos, la que conlleva el imperio del acto, es decir, la posibilidad de imponerlo¹⁶, no correspondiendo la referida presunción a “una institución que concierna a la razón de las cosas, sino que a la fuerza de aplicación de dichas cosas” (Bocksang, 2011, p. 226), es decir, no alcanza la base fáctica del acto, solo habilita a la Administración para cumplir eficientemente sus obligaciones haciendo exigibles sus mandatos.

Ahora bien, la existencia de un control judicial posterior no exime a la Administración de seguir un procedimiento administrativo racional y justo, tal como lo ha establecido el Tribunal Constitucional al disponer que “el derecho a defensa jurídica debe poder ejercerse, en plenitud, en todos y cada uno de los estadios en que se desarrolle el

procedimiento, en los cuales se podrán ir consolidando situaciones jurídicas muchas veces irreversibles”¹⁷.

Enfrentado un individuo a persecución estatal por medio de una agencia determinada, en este caso la SMA, se encuentra evidentemente en una situación desmejorada, motivo por el cual, pareciera conveniente que todo el procedimiento sancionatorio, en particular los elementos probatorios, sean revisados latamente en la instancia judicial pertinente. Esta fue precisamente una de las razones que motivó la creación de los tribunales ambientales.

El referido desequilibrio entre la Administración y el destinatario de su actuar sería propio y connatural a la fase administrativa sancionadora y solo se equilibrará cuando el conflicto sea conocido en sede judicial. En este sentido, Jara señala que “en el campo del procedimiento administrativo de aplicación de sanciones, la naturaleza de la función gubernativa impone un desequilibrio en la posición entre el órgano administrativo y el interesado, derivada de los privilegios de autotutela decisoria y de los atributos de la presunción de legalidad, imperio y exigibilidad que benefician a sus actuaciones, en la esfera procesal, como acertadamente se ha expresado, el proceso judicial impone el quiebre de dicha desigualdad la que se reequilibra” (Jara, 2018, p 67).

Lo anterior, cobra particular relevancia en el caso de la imposición de sanciones de alta entidad, como la revocación de la licencia ambiental de funcionamiento (RCA), la clausura o cierre de establecimientos industriales, la imposición de multas millonarias o la identificación administrativa de posibles daños ambientales con motivo de la infracción imputada, las que deberían someterse a un control judicial mucho más pleno y amplio que la mera revisión de legalidad contemplada actualmente en la LOSMA y la LTA.

¹⁶ Cabe resaltar que en materia ambiental, existe una excepción a esta regla general, consistente en la inexigibilidad de la multa mientras no venza el plazo para reclamar o hasta que la reclamación respectiva no haya sido resuelta (artículo 56 inc. 2° de la LOSMA).

¹⁷ STC Rol N° 376 de 2013. En el mismo sentido ver STC Rol N° 389 de 2013.

2. Procedimiento sancionatorio ambiental

2.1 Potestad sancionatoria

Enmarcada dentro de las actividades de policía¹⁸ que ejerce la Administración, la potestad sancionatoria puede ser entendida como el “poder jurídico con que cuenta la Administración del Estado, de carácter permanente, expresamente atribuido por ley, en virtud del cual se le habilita para perseguir al sujeto imputado de aquellas conductas activas u omisivas, que se estiman son constitutivas de infracción administrativa e imponerle una retribución negativa o sanción por las mismas” (Bermúdez, 2011, p. 273).

La referida potestad presenta como supuestos básicos de procedencia, además de la materialización a través de un procedimiento administrativo sancionador¹⁹, la existencia de una infracción y su sanción asociada, siendo la primera una conducta tipificada que por su concreción por parte del infractor tiene atribuida o atada una sanción, y la segunda, aquel mal infringido por la Administración que supone una conducta ilícita por parte del particular y una finalidad esencialmente represora (Cordero, 2014, p. 401).

Respecto a la justificación dogmática de la potestad sancionatoria se han desarrollado básicamente dos teorías: (i) aquella que la enmarca dentro del *ius puniendi*

del Estado²⁰ y, por tanto, sujeta (aunque de manera matizada²¹) a los principios y garantías del derecho penal y (ii) aquella que la considera una expresión propia del derecho administrativo²², rama del derecho que no tiene por finalidad única entregar garantías al administrado, sino también tutelar el interés general de la sociedad (Román, 2008, p.107).

Refiriéndose al poder punitivo del Estado, Parejo comenta que “en efecto, ambas potestades (la punitiva judicial y la sancionatoria administrativa) tienen un núcleo propio, girando la penal en torno a la retribución por la lesión de bienes capaces de justificar la restricción de la libertad personal y la administrativa a la mera corrección de comportamientos que comprometen la efectividad de los fines y objetivos de la programación administrativa de políticas públicas” (Parejo, 2014, p.19).

Sin perjuicio de la justificación dogmática que se siga en el caso específico de la potestad sancionatoria ambiental, esta puede ser entendida como aquella potestad que el ordenamiento jurídico confiere a la SMA para “sancionar la infracción de una norma u acto vinculado a un instrumento de gestión ambiental, con miras a cumplir con los fines generales que no son otros que la protección y conservación del medio ambiente” (Hunter, 2020b, p. 98).

¹⁸ También conceptualiza por la doctrina como aquella actividad administrativa de limitación, toda vez que se manifiesta en una restricción o limitación del patrimonio o libertad de los administrados, limitaciones que siempre encuentran como límite la ley, el control jurisdiccional y la proporcionalidad (Bermúdez, 2011, p. 270).

¹⁹ Al respecto, el Tribunal Constitucional en sentencia de la causa Rol N° 1413-2010 dispuso que “es imprescindible que la ley prevea un debido proceso para la aplicación de las sanciones”.

²⁰ Ver Bermúdez (2013) p. 427 y Cordero (2014) p. 402.

²¹ Esta correspondería a la tesis aceptada mayoritariamente en la doctrina nacional. En este sentido, la Corte Suprema ha dispuesto que “tanto la sanción penal como la administrativa, son manifestaciones de un único *ius puniendi estatal*... Sin embargo, ello no importa de inmediato la aplicación de los principios del derecho penal a la sanción impuesta por la Administración, por cuanto existen ciertos matices dados principalmente por la finalidad perseguida por el legislador al asociar uno u otro tipo de responsabilidad a una conducta determinada” SCS Rol N° 17.736-2016, Considerando 18°.

²² Tesis sostenida y defendida principalmente por Nieto, entre otros. Ver Nieto (2014).

2.2. Concepto, objetivo y determinación de las sanciones

Para Bermúdez, la sanción administrativa corresponde a aquella retribución negativa prevista en el ordenamiento jurídico e impuesta por una Administración Pública por la comisión de una infracción administrativa (Bermúdez, 2011, p. 326), participando de este carácter, entre otros, la amonestación, multa, cierre o clausura, la revocación de una autorización o permiso.

En opinión de Alcalde, la sanción administrativa debe ser entendida como una pena vinculada a la comisión de un hecho típico y antijurídico impuesta por la Administración al sujeto a quien resulte responsable, siempre con sujeción a las limitaciones a que se encuentra sometido el ejercicio del *ius puniendi* estatal (Alcalde, 2009, p. 796).

Respecto a su procedencia, atendiendo el principio de necesidad solo procedería su aplicación como una alternativa de *ultima ratio*, es decir, que “solo sería necesaria, y por ende justa, en caso de ineficacia o insuficiencia de las medidas correctivas de que dispone la Administración Pública para tutelar el interés público” (Arancibia, 2014, p. 13). Lo anterior, supone que “la sanción sea concebida y ponderada como un instrumento de carácter administrativo y, como tal, alternativo y residual en el fin de prevenir y enmendar faltas al ordenamiento jurídico” (Arancibia, 2014, p. 134).

En el ejercicio de su potestad sancionatoria, la Administración cuenta con una batería o catálogo de sanciones²³, las que pueden expresarse de distinta manera. Así, podemos identificar típicamente la multa, entendiendo por tal la condena pecuniaria que se le impone a un infractor, las suspensiones, limitaciones, privaciones de un derecho y la revocación sancionatoria

de ciertos títulos administrativos que autorizan el desarrollo de ciertas actividades (Bermúdez, 2013, p. 427).

Excepcionalmente, ciertas sanciones escapan de la cotidianeidad y de la mera ejecución de una regulación y pasan a ser realmente retribuciones de un mal por ciertas situaciones, lo que las convierte en una categoría (o subcategoría de las sanciones) que debiese aceptar la procedencia de un mayor estándar probatorio y de un control judicial más completo o pleno.

Algunas de las alternativas sancionatorias contempladas en la normativa ambiental chilena se escapan, en nuestra opinión, de la mera corrección regulatoria, y se configuran más bien como penas propiamente tales. En este caso se encontrarían la revocación de la RCA, la clausura o cierre, permanente o temporal de establecimientos y las multas de alta cuantía²⁴.

En opinión de Letelier, “si algo caracteriza la potestad administrativa sancionatoria —al menos en este tipo de casos— es que ella se alinea exclusivamente con la faz preventiva y disuasoria de los fines de toda sanción. Su objetivo en caso alguno es generar un castigo al infractor como forma de retribución de su mal, sino simplemente hacer coercible, aplicable, ejecutable un estándar de comportamiento administrativo, aportando razones para la acción futura de aquellos a quienes afectan los deberes de ese estándar” (Letelier, 2018, p. 223).

La doctrina ya ha advertido sobre los riesgos asociados a la entrega de grandes potestades sancionatorias a la Administración y la necesidad de que aquellas sean ejercidas siempre en cumplimiento de las garantías procesales del debido proceso. De esta forma, “Los abusos a que tales medidas —sanciones administrativas— pueden conducir, explica los graves

²³ La regla general es que las sanciones sean consideradas como una técnica o herramienta de *enforcement* o aplicación de la regulación administrativa.

²⁴ Conforme a lo dispuesto en el artículo 38 de la LOSMA, las infracciones ambientales pueden ser sancionadas, cada una, con una amonestación, una multa (de hasta 10.000 Unidades Tributarias Anuales), la clausura temporal o definitiva de las instalaciones y la revocación de la RCA.

reparos que suscita su utilización, sobre todo cuando ella quebranta los criterios de respeto de la dignidad y de los derechos fundamentales de la persona que deben servir de freno a los excesos del poder político”²⁵. Sin embargo, “si se quiere realmente un auténtico Estado de Derecho democrático, la aplicación de esas facultades —limitada a los casos permitidos por la Constitución— deberá responder de una necesidad ineludible y sujetarse a los criterios de moderación, proporcionalidad y subsidiariedad”²⁶.

Desde otra perspectiva, pero muy vinculado también con la necesidad de obtener un control judicial pleno que incluya la revisión de la base fáctica sobre la que se fundamenta la decisión administrativa, se encuentran ciertas afirmaciones o declaraciones que se incorporan habitualmente dentro de una sanción administrativa ambiental. Dentro de ellas resultan particularmente relevante aquellas vinculadas a la “declaración” de la existencia de un “daño ambiental”²⁷.

2.3. Procedimiento sancionatorio ambiental

El procedimiento sancionatorio ambiental se encuentra regulado en la LOSMA, particularmente en su Título III en los artículos 35 a 57, con aplicación supletoria de la Ley N° 19.880 que establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado (en adelante “LBPA”) según lo dispone el artículo 62 de la LOSMA.

En este procedimiento administrativo, la SMA debe seguir un camino lógico partiendo por la configuración

de la o las infracciones imputadas al supuesto infractor materializada en la formulación de cargos (artículo 49 inc. Final), la clasificación de la gravedad de estas (artículo 36²⁸) y la determinación del tipo de sanción (artículo 38²⁹) y la entidad de la sanción que imponer (artículo 40³⁰).

El procedimiento puede iniciarse de oficio, por petición de un órgano sectorial o por denuncia (artículo 47), lo que gatillará ciertas actividades de fiscalización, investigación y constatación de los hechos denunciados. El procedimiento, luego, será sustanciado por un fiscal instructor (artículo 48), iniciando con una formulación de cargos. Respecto de ésta, el sujeto regulado tiene la posibilidad de presentar descargos o un programa de cumplimiento.

Respecto a la prueba, en este procedimiento se acepta cualquier medio de prueba admisible en derecho, los que serán apreciados conforme a las reglas de la sana crítica (artículo 51).

Una vez determinada la infracción, deberán considerarse ciertos criterios de graduación y ponderación de sanciones, que en general se derivan del principio de proporcionalidad, que es fundamental del Derecho administrativo sancionador. Conforme a él se permite adecuar la represión a la infracción y sus circunstancias, limitando la discrecionalidad administrativa en su imposición” (Bermúdez, 2014, p. 480).

Concluidas las medidas o diligencias probatorias, el fiscal instructor del procedimiento debe emitir un dictamen proponiendo la absolución del fiscalizado o la

²⁵ Politoff, S. (2001). Derecho Penal. Santiago: Editorial Conosur, pp. 37-38, citado en Román (2008), p.115.

²⁶ Politoff (2001), pp. 37-38, citado en Román (2008), p. 115.

²⁷ Un mayor desarrollo de esta idea puede ser consultada en Arévalo y Mozó (2017).

²⁸ El artículo 36 de la LOSMA establece un listado de causales de calificación de gravedad de sanciones, pudiendo ser estas leves, graves o gravísimas. El referido artículo desarrolla los criterios en virtud de los cuales se deberá determinar la calificación de gravedad de la sanción.

²⁹ Las sanciones pueden ser (i) amonestación por escrito, (ii) multa de 1 a 10.000 Unidades Tributarias Anuales, (iii) clausura temporal o definitiva de instalaciones y (iv) revocación de la RCA.

³⁰ El Artículo 40 de la LOSMA identifica como criterios para determinar las sanciones específicas (i) la importancia del daño causado o peligro ocasionado, (ii) el número de personas que pudieran haber visto afectada su salud, (iii) el beneficio económico obtenido por el infractor con motivo de la infracción, (iv) la intencionalidad del infractor, (v) la conducta anterior del infractor, (vi) la capacidad económica del infractor, (vii) el cumplimiento de un programa de cumplimiento, (viii) la afectación de un área silvestre protegida y (ix) otros criterios que en opinión de la SMA sean procedentes.

imposición de la sanción que estime pertinente (artículo 53). El dictamen es elevado al Superintendente del Medio Ambiente quien resolverá³¹ mediante una resolución fundada (artículo 54).

Respecto a la posibilidad de impugnar la sanción impuesta por la SMA procederá el recurso de reposición dentro del plazo de cinco días (artículo 55) y el recurso de reclamación ante el tribunal ambiental competente dentro del plazo de 15 días (artículo 56).

2.4. Avances en la protección del debido proceso incorporados por la LOSMA

Resultaría injusto (e incorrecto) afirmar que la LOSMA no ha dado pasos significativos en orden a tutelar las garantías procesales de los fiscalizados. En este sentido, dentro del procedimiento sancionatorio ambiental (latamente regulado por el legislador) pueden identificarse los siguientes aspectos:

2.4.1. *El establecimiento explícito³² de la necesidad de realizar una formulación de cargos en el inicio del procedimiento³³*: el que debe contener una “descripción clara y precisa de los hechos que se estimen constitutivos de infracción y la fecha de su verificación, la norma,

medidas o condiciones eventualmente infringidas y la disposición que establece la infracción, y la sanción asignada y su respectiva notificación” (artículo 49), permitiendo al supuesto infractor saber en detalle de qué se le está acusando, la norma infringida y la posible sanción aplicable.

Aparejado a lo anterior, el artículo 54 en su inciso final establece un deber de coherencia³⁴ a la SMA al disponer que “ninguna persona podrá ser sancionada por los hechos que no hubiesen sido materia de cargos”. Pese a no señalarlo explícitamente, parece razonable incluir dentro de este deber de coherencia el fundar la sanción en las mismas normas jurídicas imputadas.

2.4.2. *Desde una perspectiva orgánica*: se establece (i) la separación de las funciones de investigación e instrucción³⁵, contenida en el artículo 7° inciso segundo³⁶, lo que se materializa en la designación de un fiscal instructor, distinto e independiente del o los funcionarios que realizaron la correspondiente fiscalización (artículo 49) y (ii) la separación de funciones de instrucción del procedimiento sancionatorio y la potestad sancionatoria, terminando la intervención del fiscal instructor con la emisión de su dictamen (artículo 53) el que sugerirá la absolución o sanción del infractor, radicando

³¹ El Superintendente se encuentra facultado para, antes de resolver, decretar la realización de nuevas diligencias y/o la corrección de vicios procedimentales (artículo 54 inc. 2° de la LOSMA).

³² Respecto a aquellos procedimientos en los que la ley no exige explícitamente la formulación de cargos, la Corte Suprema a dispuesto que “se debe exigir únicamente que se ponga en conocimiento del administrado que se está llevando a cabo una investigación por determinados hechos los que eventualmente podrían ser constitutivos de infracciones precisas indicándose al efecto las normas legales que se estiman infringidas, entregando la oportunidad de esgrimir defensas que se estimen necesarias como asimismo la de rendir la prueba pertinente”. SCS Rol N° 177-2017, Considerando 15°.

³³ Este avance contrasta con otros procedimientos sancionatorios en los que la formulación de cargos no aparece expresamente recogida como un trámite esencial del procedimiento. A modo de ejemplo, en el sumario sanitario conforme al artículo 163 del Código Sanitario, será el acta de fiscalización la que hará las veces de formulación de cargos.

³⁴ En relación con este deber de coherencia, la Corte Suprema a sentenciado que “de la sola lectura de los fundamentos del cargo formulado y de la resolución sancionatoria surge la evidencia que los hechos tenidos en vista para la adopción del acto administrativo son distintos de aquéllos anteriores a éste, de lo cual se deriva su ilegalidad. En materia de imposición de sanciones por parte de la Administración, ello adquiere especial trascendencia, toda vez que el derecho a la debida defensa exige a ésta una conducta congruente en cuenta a los cargos que formula y los hechos por los cuales se sanciona, única forma en la que puede configurarse la tipicidad exigible en esta materia”. Corte Suprema, Sentencia de 5 de mayo de 2016, Rol N° 5120-2016.

³⁵ Diferenciación que encuentra su sustento remoto en el principio de imparcialidad contenido en el artículo 11 de la LBPA.

³⁶ Este elemento, en opinión de Bermúdez, resulta cuestionable como garantía procedimental considerando las amplias facultades con que cuenta el superintendente del Medio Ambiente para la ordenación interna de la SMA, por lo que “parece dificultoso que un funcionario que ejercer labores de fiscal instructor se aparte de los criterios e instrucciones que de manera formal o informalmente le dé el Superintendente cuando pesa sobre aquel la posibilidad de vacancia” (Bermúdez, 2013, p. 440).

privativamente en el Superintendente la posibilidad de aplicar la sanción correspondiente (artículo 4 letra h) y 35 letra n)³⁷.

2.4.3. *En relación con el derecho de defensa:* se establece (i) un plazo de 15 días hábiles para formular descargos³⁸. Sin perjuicio de que desde una perspectiva objetiva parece un plazo razonable para defenderse, esta razonabilidad se ve fuertemente atenuada si se considera la complejidad habitual que presentan las infracciones en materia ambiental y el amplísimo plazo otorgado por el legislador a la SMA (3 años)³⁹ para formular los cargos desde iniciado el proceso de investigación administrativo; (ii) la posibilidad de presentar los medios probatorios que se estimen procedentes y solicitar las medidas o diligencias probatorias⁴⁰ en la medida en que copulativamente se hayan solicitado en el escrito de descargos⁴¹, sean pertinentes (es decir, que estén relacionados con los hechos materia de los cargos) y conducentes (idóneos para aportar antecedentes relevantes para la decisión de la autoridad), aportación probatoria que puede vincularse

tanto con la existencia de la infracción como respecto de cualquiera de las circunstancias de determinación de sanciones contenidas en el artículo 40 de la LOSMA⁴², y (iii) la determinación de un plazo de prescripción explícito de las infracciones de 3 años (artículo 37)⁴³.

2.4.4. *Respecto a la imposición de sanciones:* se consagra (i) la radicación exclusiva en la SMA de la persecución sancionatoria ambiental (artículo 59 inc. 1º)⁴⁴, obligando a los demás órganos de la Administración a inhibirse de iniciar otros procesos sancionatorios administrativos por los mismos hechos (artículo 59 inc. 2º); (ii) la existencia del trámite de consulta cuando la SMA impone ciertas medidas provisionales (contenidas en el artículo 48 literales c), d) y e)⁴⁵; (iii) la consulta de la imposición de las sanciones de clausura temporal o definitiva de proyectos y la revocación de las RCA contempladas en el artículo 28 literales c) y d) (artículo 57 LOSMA), y (iv) la incorporación de criterios de determinación y gravedad de las sanciones que deben ser impuestas por la SMA (artículo 40)⁴⁶.

³⁷ En opinión de Bermúdez, el artículo 35 letra n) de la LOSMA “debe entenderse como una atribución de competencia residual. Por ello, debió especificar la ausencia de competencias por parte de otro órgano y no el no establecimiento de una sanción. Toda disposición no anudada a un castigo no puede interpretarse en términos infraccionarios, como tampoco es posible concluir que esta disposición tipifique una infracción general respecto de un incumplimiento cualquiera de toda otra norma de carácter ambiental” (Bermúdez, 2013, p. 442).

³⁸ Sin perjuicio de la posibilidad que le otorga la ley al supuesto infractor de presentar un programa de cumplimiento dentro de un plazo de 10 días hábiles desde la notificación de la formulación de cargo, el que de ser aprobado produce la suspensión del procedimiento sancionatorio (artículo 42).

³⁹ Plazo deducido del artículo 37 de la LOSMA que establece la prescripción de las infracciones: “Las infracciones previstas en esta ley prescribirán a los tres años de cometidas, plazo que se interrumpirá con la notificación de la formulación de cargos por los hechos constitutivos de las mismas”.

⁴⁰ Al respecto el artículo 50 inciso segundo de la LOSMA establece que “En todo caso, se dará lugar a las medidas o diligencias probatorias que solicite el presunto infractor en sus descargos, que resulten pertinentes y conducentes. En caso contrario, las rechazará mediante resolución fundada”.

⁴¹ Al respecto en Sentencia del Segundo Tribunal Ambiental de 21 de septiembre de 2014, en causa Rol 24-2014 se resolvió en su considerando duodécimo que “para poder decidir sobre la procedencia de las medidas o diligencias probatorias, la Administración necesita conocer con precisión y claridad cuáles son esas diligencias o medios de prueba ofrecidos por el presunto infractor, de lo contrario, será imposible determinar su pertinencia”. En el mismo sentido, ver SCS Rol N° 9703-2012, de 20 de agosto de 2013.

⁴² Así lo ha afirmado el Segundo Tribunal Ambiental en causa Rol 6-2013 “Con todo, las diligencias probatorias que pueden solicitar las partes, no se agotan en aquellas destinadas a acreditar las infracciones, sino que además comprende a aquellas diligencias o antecedentes que permitan ilustrar respecto a los criterios contenidos en el artículo 40 de la LOSMA”.

⁴³ Con este artículo se supera en materia ambiental la vieja y vigente discusión respecto a la elección de la normativa supletoria aplicable (Código Penal o Código Civil) frente a la ausencia de una definición de la prescripción de infracciones en los procedimientos administrativos sancionatorios.

⁴⁴ Al respecto ver dictámenes de la Contraloría General de la República N° 57.823/2016 y N° 25.081/2013.

⁴⁵ Dichas medidas corresponden a la clausura temporal, parcial o total, de las instalaciones, la detención de funcionamiento de las instalaciones o la suspensión temporal de la resolución de calificación ambiental.

⁴⁶ En este sentido, resulta justo referir la proactividad y seriedad con que la SMA ha procurado realizar la mencionada decisión y ponderación del tipo y entidad de las sanciones que aplica. Dicha preocupación encuentra su máxima expresión en documento denominado “Bases Metodológicas para la determinación de Sanciones Ambientales” actualizada al mes de diciembre de 2017.

2.4.5. *El reconocimiento y regulación expresa del non bis in idem*: disponiendo al efecto el artículo 60 inc. 2° que “en ningún caso se podrá aplicar al infractor, por los mismos hechos y fundamentos jurídicos, dos o más sanciones administrativas”. Desde una perspectiva sancionatoria administrativa, el *non bis in idem* puede ser entendido como el derecho de un ciudadano a no ser castigado dos veces por el mismo hecho con una pena administrativa o con dos sanciones administrativas, siendo irrelevante si estas se materializan de forma simultánea o sucesiva (Bermúdez, 2011, p. 288).

En relación con el típico problema de la determinación

de la vía por la que se sancionará a un sujeto, el inciso 1° del mismo artículo entrega una solución clara “cuando por unos mismos hechos y fundamentos jurídicos, el infractor pudiese ser sancionado con arreglo a esta ley y por otra u otras leyes, de las sanciones posibles, se le impondrá la de mayor gravedad”.

Sin perjuicio de estos grandes avances respecto a la protección de las garantías procesales de los administrados, como se intentará demostrar en el siguiente acápite, persisten ciertas carencias o deficiencias relevantes para el aseguramiento del debido proceso.

3. Elementos distorsionadores del debido proceso en el sancionatorio ambiental

La CPR asegura a todas las personas el derecho a un “racional y justo procedimiento” (art. 19 N° 3 inciso 6°), garantía que debe ser entendida como el reconocimiento en nuestro ordenamiento del debido proceso como derecho fundamental de los ciudadanos (Bordalí, 2017, p. 291). Respecto a este reconocimiento constitucional, el Tribunal Constitucional ha establecido que pese a no contener una norma expresa que lo defina, la constitución regula dos elementos configurativos del debido proceso. “En primer lugar, que toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción ha de fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. En segundo lugar, que corresponderá al legislador establecer las garantías de un procedimiento racional y justo”⁴⁷.

Este derecho al debido proceso debe ser entendido como una garantía que ampara al individuo en sus derechos subjetivos, configurando un mecanismo de protección frente a los actos administrativos que quebranten la ley, impidiendo que se genere un abuso de poder que pudiera afectar el derecho de las partes (Jara, 2018, p. 68).

La garantía del debido proceso no debe ser reducida al funcionamiento de los tribunales de justicia, debiendo ser resultando aplicable también a los procedimientos y administrativos⁴⁸, lo que se desprende del artículo 19 N° 3 inciso 6° que dispone al efecto que “toda sentencia

⁴⁷ Tribunal Constitucional en STC 821-2008, Considerando 8°. En el mismo sentido, STC 2702, Considerando 30°, STC 2895, Considerando 3° y STC 3029, Considerando 3°.

⁴⁸ Este criterio ha sido corroborado por el Tribunal Constitucional en STC 1518-2010, conociendo de un recurso de inaplicabilidad por inconstitucional en el marco de un sancionatorio sanitario que dispuso en su considerando 24° que “con los matices que obedecen a las características propias del derecho administrativo sancionador, las garantías del debido proceso le son aplicables. En efecto, ha manifestado respecto al procedimiento administrativo sancionador que “no obstante, aunque se trate de potestades que no suponen ejercicio de jurisdicción, ciertamente deben sujetarse a los parámetros propios de un debido proceso”. Adicionalmente, este Tribunal ha precisado que “los principios inspiradores del orden penal han de aplicarse, por regla general, al derecho administrativo sancionador, puesto que ambos son manifestaciones del ius puniendi” (sentencia rol N° 244, considerando noveno, y, más recientemente, en los autos rol N° 480”).

de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento e investigación racionales y justos”.

Al respecto, es nutrida y consistente la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que dispone que no obstante no ser potestad jurisdiccional, “la potestad para aplicar, rebajar o condonar sanciones administrativas debe sujetarse a los parámetros del debido proceso, puesto que los principios inspiradores del orden penal han de aplicarse, por regla general, al derecho administrativo sancionador, al ser ambas manifestaciones del ius puniendi. Principalmente será exigible el principio de legalidad, tipicidad y derecho a impugnarlo ante los Tribunales de Justicia⁴⁹”.

De este modo, si el constituyente optó por hablar de un “procedimiento racional y justo” sin acotarlo al procedimiento judicial “cabe entenderlo aplicable a todos los procedimientos de los órganos del Estado y no solo aquel que se desarrolla ante los tribunales de justicia”⁵⁰.

En las siguientes líneas se desarrollarán las que, en nuestra opinión, corresponden a las principales carencias o debilidades del procedimiento sancionatorio ambiental a la luz del derecho al debido proceso.

3.1. Presunción de legalidad de los hechos constatados por funcionarios de la SMA

En el marco del sancionatorio ambiental, tanto los hechos investigados como las potenciales responsabilidades de

los administrados pueden acreditarse mediante cualquier medio de prueba admisible en derecho, los que se apreciarán de acuerdo con las reglas de la sana crítica (artículo 51 de la LOSMA).

Dentro de los medios de acreditación, la LOSMA les otorga un valor especial a los hechos establecidos por los funcionarios de la SMA en su condición de ministro de fe⁵¹, los que constando en un acta de fiscalización gozan de una presunción de legalidad conforme al artículo 8° del mismo cuerpo normativo⁵² dada su condición de actos administrativos de constancia de acuerdo con el artículo 3° de la LBPA.

Respecto al alcance de esta presunción, doctrinalmente se ha entendido que solo debe remitirse o acotarse a los hechos constatados directamente por el fiscalizador, y por hechos coetáneos al proceso y no pasados (Jara y Maturana, 2019, p. 19), debiendo además dársele un alcance restrictivo considerando que su finalidad se vincula con el aseguramiento de la eficacia de la actuación administrativa y no con el corresponder directamente a un mecanismo para facilitar su prueba en juicio (Hunter, 2016, p. 218).

En este sentido, resulta al menos cuestionable que un acta de fiscalización de un funcionario de la SMA (o de otro funcionario público realizando actividades de fiscalización ambiental por encargo de la SMA) tenga la entidad de desvirtuar o destruir por sí misma la presunción de inocencia del administrado, asignándole la LOSMA un valor privilegiado a dichas actas de fiscalización dentro de los medios de acreditación contemplados en la

⁴⁹ Tribunal Constitucional en STC 712-2008. En el mismo sentido STC 1518 Considerandos 6° y 24°, STC 2264 Considerando 33°, STC 2682 Considerando 7°, STC 2784 Considerandos 11° y 12°, y STC 3625 Considerando 33°).

⁵⁰ STC 712-2008

⁵¹ Respecto al alcance general que tienen las actas de fiscalización, la LBPA no le otorga una tratativa especial, por lo que la presunción de legalidad contenida en los artículos 51 y 8 de la LOSMA corresponde a una excepción dentro del ordenamiento jurídico (también goza de dicha categoría las actas de los sumarios sanitarios conforme al artículo 166 del Código Sanitario).

⁵² En este sentido, resulta interesante tener a la vista lo señalado por la Corte Suprema en la causa Rol N° 38.340-2016, en su Considerando 13°: “los funcionarios de los organismos sectoriales que ostentan el carácter de ministros de fe en virtud de lo dispuesto en la ley que los rige, mantienen tal calidad en relación a materias vinculadas a instrumentos ambientales, sin que sea procedente realizar una distinción en relación al origen de la fiscalización, discriminando entre aquellas realizadas dentro de un subprograma, a requerimiento de la SMA o de forma independiente, toda vez que si la ley no distingue, no es lícito que el intérprete lo haga más aún cuando el tenor de aquella es claro”.

referida norma. Agrava lo anterior el hecho de que en muchas oportunidades dichas actas no son completas ni contienen toda la información requerida debiendo ser completadas por la misma autoridad con posterioridad y con desconocimiento por parte del fiscalizado.

Cabe considerar aquí que en opinión del Tribunal Constitucional⁵³, conociendo de una cuestión sanitaria pero perfectamente extrapolable a materia ambiental, rige plenamente la presunción de inocencia en el marco del sancionatorio administrativo por lo que corresponde a la Administración desvirtuar tal presunción aportando prueba al efecto, con lo que recae en la autoridad la carga de la prueba.

Sin perjuicio de lo anterior, debe reconocerse todos los esfuerzos realizados sistemáticamente por parte de la SMA para obtener elementos probatorios de carácter técnico y objetivo para realizar sus formulaciones de cargos y posteriores determinaciones de sanciones, lo que no le quita su condición de prueba autogenerada lo que refuerza la necesidad de que sea revisada judicialmente.

3.2. La excesiva desproporción en los tiempos de preparación del caso por parte de la SMA y el tiempo para presentar descargos por parte del administrado.

Conforme lo dispuesto en el artículo 49 de la LOSMA, desde notificada la formulación de cargos al presunto infractor, este podrá presentar sus descargos dentro de un plazo de 15 días. Respecto a los descargos la jurisprudencia ha señalado que “el legislador ha establecido que la vía jurídica que tiene el administrado para defenderse, impugnando o contraviniendo la formulación o reformulación de cargos, es precisamente el escrito de descargos”⁵⁴.

Por su parte, la SMA, en la hipótesis de que, llevando a cabo sus actividades de fiscalización, identifique una posible infracción cuenta con un plazo de tres años para realizar la formulación de cargos, plazo que se infiere del ya mencionado artículo 37 de la LOSMA que establece la prescripción de las infracciones⁵⁵.

Resulta bastante evidente que la posibilidad de acceder a elementos probatorios por parte del supuesto infractor por acciones que ejecutó tres años atrás se vuelve, a lo menos, una tarea compleja (si no imposible), situación que se ve acentuada por (i) la necesidad de acompañarlos al escrito de descargos dentro del plazo de 15 días ya referido y (ii) por el alto estándar técnico incorporados en los análisis de la SMA al momento de formular cargos.

En este sentido, reconociendo la posibilidad que tienen el fiscalizado de realizar las aportaciones que estime pertinentes dentro de la tramitación del procedimiento sancionatorio, no resulta menos cierto que es el escrito de descargos la instancia procedimental oportuna para acompañar los medios de prueba por parte del administrado y el momento en el que se deben solicitar las “medidas o diligencias probatorias”, las que en todo caso solo se practicarán si en opinión motivada de la SMA resultan “pertinentes y conducentes” (artículo 50).

3.3. Limitaciones de acceso al expediente de fiscalización

Revisada la práctica administrativa de la SMA, puede constatar que la información contenida en un expediente de fiscalización solo llega a conocimiento del fiscalizado una vez que se inicia el respectivo procedimiento sancionatorio. Este comportamiento ha sido avalado

⁵³ STC Rol N° 1518-2010, ver Considerandos N° 22° a 25° en materia sanitaria.

⁵⁴ STA2°, Rol R-122-2016, Considerando 37°.

⁵⁵ La referida norma dispone que “las infracciones previstas en esta ley prescribirán a los tres años de cometidas, plazo que se interrumpirá con la notificación de la formulación de cargos por los hechos constitutivos de las mismas”.

jurisprudencialmente por los tribunales ambientales, los que han sostenido que el derecho a conocer el expediente de fiscalización solo debe garantizarse desde el inicio del procedimiento sancionatorio⁵⁶.

La imposibilidad de tener acceso al expediente de fiscalización llevado a cabo por la SMA mientras no se haya formulado cargos, resulta contrario con la lógica de la LOSMA que busca resguardar el respeto al debido proceso y, además, a lo establecido en la Ley N° 20.285 sobre acceso a la información pública, específicamente a lo establecido en su Art. 21 N° 1 letra b)⁵⁷.

El artículo 17 N° 1 letra a) de la LBPA consagra el derecho de quienes tengan la condición de interesados en un procedimiento administrativo a “obtener copia autorizada de los documentos que rolan en el expediente”. En el mismo sentido, Cordero enseña que “las personas tendrán derecho a conocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados, y obtener copia autorizada de los documentos que rolan en el expediente...” (Cordero, 2015a, p. 377).

En fallo de fecha 7 de agosto de 2017, en causa Rol N° 41.790 – 2016⁵⁸, la Corte Suprema discurre sobre este asunto señalando en su considerando octavo que “En el caso de la Superintendencia del Medio Ambiente, la ley define como parte principal de su objeto el “ejecutar, organizar y coordinar el seguimiento y fiscalización de las Resoluciones de Calificación Ambiental”. Este objeto justifica una prerrogativa, aunque no ilimitada, a mantener reserva o secreto de información en cuanto ello sea necesario para el cumplimiento de dicho objeto.

Por otra parte, el fiscalizado tiene derecho a defenderse. Es efectivo, como alegó la Superintendencia en estrados, que tal derecho está reconocido por la legislación y se activa con la formulación de cargos. Pero la Corte no puede desconocer que ese derecho puede verse seriamente afectado si la Administración deja transcurrir un plazo excesivo entre la fiscalización y la formulación de cargos. En efecto, el paso del tiempo puede comprometer seriamente la capacidad del fiscalizado para producir prueba de descargo.

De esta manera, el máximo tribunal concluye que la prerrogativa que asiste a la Administración no puede traducirse en un perjuicio en contra de los administrados, la invocación del mentado artículo 21 N° 1 letra b) de la Ley en cuestión frente al fiscalizado que solicita copia, supone que “la carga de la motivación aumenta a medida que pasa el tiempo desde que se llevó a cabo la fiscalización”⁵⁹.

En conclusión, a mayor tiempo desde verificada la fiscalización, mayor es el deber de justificación o motivación para rechazar el acceso al expediente de fiscalización. Ahora bien, sin perjuicio de la mayor motivación que pueda tener la resolución de la SMA que deniegue el acceso al expediente de fiscalización, se verifica de todas maneras el perjuicio para el administrado respecto a la producción de medios de prueba que acrediten su inocencia.

3.4. La posibilidad de la SMA de solicitar pericias probatorias posteriores a la formulación de cargos, sin contar con la obligación de otorgar traslado al fiscalizado ni de otorgar un plazo razonable para su respuesta

⁵⁶ STA2°, Rol R-13-2013, Considerando 6°.

⁵⁷ El referido precepto dispone “Las únicas causales de secreto o reserva en cuya virtud se podrá denegar total o parcialmente el acceso a la información, son las siguientes: 1. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido, particularmente: b) Tratándose de antecedentes o deliberaciones previas a la adopción de una resolución, medida o política, sin perjuicio que los fundamentos de aquéllas sean públicos una vez que sean adoptadas”.

⁵⁸ Corresponde a los recursos de casación en la forma y fondo contra Sentencia del Tribunal Ambiental de Santiago en causa Rol-79-2015 de fecha 07.08.2017.

⁵⁹ Afirmación contenida en la misma sentencia.

Esta situación va en desmedro del objetivo buscado por el legislador al establecer la obligación de la SMA de realizar una formulación concreta, clara y precisa de los hechos que estime constitutivos de infracción y de la normativa supuestamente infringida. Así, se puede verificar una especie de reformulación tácita de cargos, sin resultar exigible, por tanto, el otorgamiento de un nuevo plazo para presentar descargos con la respectiva imposibilidad de parte del administrado de aportar los medios de prueba que estime pertinente y solicitar las correspondientes diligencias probatorias pertinentes y conducentes.

En este sentido, la formulación de cargos juega un rol fundamental para que el presunto infractor pueda ejercer adecuadamente su derecho a defensa, ya que por medio de este acto se traba o fija el alcance técnico y jurídico de la discusión en sede administrativa.

En la misma línea, refiriendo al rol que juega la formulación de cargos, Osorio señala que este “fija el objeto del procedimiento administrativo sancionador e informa al presunto infractor cuál o cuáles son las infracciones administrativas por las que será procesado” (Osorio, 2016, p. 311). Agrega en este sentido que “la formulación de cargos viene a satisfacer el derecho del imputado a conocer la acusación administrativa al otorgarle todos los antecedentes que fundan la acusación. Lo anterior, permite que el presunto infractor pueda defenderse de las acusaciones o cargos formulados por la autoridad administrativa” (Osorio, 2016, p. 311).

Respecto a la importancia del plazo para responder los cargos formulados, la jurisprudencia ha sido clara en relación con la necesidad de otorgar plazos razonables para poder defenderse, de esta forma “los cargos deben concretarse y ponerse en conocimiento del imputado, con el objeto que proceda a contestarlos, para lo cual

se concede un plazo razonable. Así se explica que el requerimiento deba considerar los aspectos de hecho y que guarde vinculación con el pronunciamiento del tribunal”⁶⁰.

Por su parte, la formulación de cargos, en cierta forma, fija el contenido no solo de la acusación sino del alcance de esta. Por lo tanto, agregar con posterioridad a la formulación de cargos información técnica esencial para justificar la procedencia de estos, en la práctica, transgrede el derecho a defensa del imputado al restringirse sustantivamente el tiempo de respuesta que aquel tiene para presentar descargos y limita las posibles líneas estratégicas que utilizar⁶¹. Todo lo anterior se traduce en una especie impropia de reformulación de cargos. Por su parte, una reformulación de cargos en ningún caso puede hacerse en desmedro de la posición del fiscalizado, no pudiendo utilizarse este método para subsanar errores, vicios o vacíos de los que adolecía la formulación original.

Por otro lado, permitiría a la SMA contar con nuevos antecedentes para desvirtuar lo planteado por el supuesto infractor en sus descargos, lo que produciría prueba a medida. Sobre ello, conviene tener presente lo afirmado por Dougnac respecto a que el procedimiento administrativo sancionador “se encuentra imbuido de una suerte de *ad intentionem punire*, respecto del cual el administrado no se encuentra en un plano de igualdad de armas con la Administración. Lo anterior tiene una serie de consecuencias sobre la aplicación de los principios del Debido Proceso, siendo a mi juicio la más relevante el que el derecho a defensa supone siempre una base inmutable de discusión, respecto de la cual deberá producirse la prueba. De lo contrario, resulta inoficioso la realización de descargos, ya que la Administración tendrá siempre la posibilidad de desestimarlos en el transcurso del Procedimiento Administrativo Sancionatorio mediante

⁶⁰ SCS Rol 2578- 2012 de 07.09.2012.

⁶¹ Una situación similar se verifica en la competencia otorgada al Superintendente del Medio Ambiente de *ordenar la realización de nuevas diligencias* luego de recibir el dictamen del instructor del procedimiento (Art. 54 de la LOSMA).

la producción de nuevas diligencias probatorias *ad hoc* a los argumentos entregados por los formulados descargos” (Dougnac, 2016,) pp. 174-175).

Agrava lo anterior el hecho de que la SMA no se encuentra obligada por las reglas de la LOSMA a dar traslado al fiscalizado para que formule sus observaciones⁶², y en aquellos casos que da traslado, habitualmente se otorga un plazo de respuesta ilusorio considerando la complejidad técnica que normalmente estas pericias tienen asociadas. Una muestra de esto puede apreciarse en lo dispuesto por el Tribunal Ambiental de Valdivia, el que refiriéndose a las dificultades del administrado para acceder a los antecedentes probatorios señaló que “el término para acceder a la documentación y formular observaciones fue de tres días, ampliado en dos días más (...) proporcionó plazos breves que no se condicen con la dificultad adicional de acceso a la prueba ya expresado”⁶³.

3.5. Actos trámites que constituyen la base fáctica de la sanción no pueden ser impugnados

Ciertos actos trámite del procedimiento sancionatorio, como la formulación de cargos, la resolución que se pronuncia sobre la solicitud de medidas probatorias o la resolución que ordene la realización de nuevas diligencias por parte del Superintendente, constituyen una base fáctica extremadamente relevante para la decisión de la SMA y la determinación de la sanción.

Respecto a la relevancia de la base fáctica sobre la que se construye el acto administrativo y su posterior revisión judicial, se ha señalado que “si la ficción de validez incluye

la verificación material de los antecedentes fácticos que han servido para la decisión administrativa, no se ve cómo es posible entender que esta no despliega esa fuerza en el ámbito judicial. No parece del todo razonable efectuar una separación tajante y absoluta entre lo que es efecto político o legitimador de un acto administrativo, y un efecto jurídico o probatorio” (Hunter, 2015, p. 657).

Como ya anotamos previamente, el control judicial no exime en ningún caso a la Administración de seguir un procedimiento administrativo racional y justo, tal como lo ha establecido el Tribunal Constitucional⁶⁴.

Pese a que el artículo 56 de la LOSMA dispone que toda persona tiene el derecho a reclamar antes los tribunales ambientales cuando considere que una resolución de la SMA “no se ajustan a la ley, reglamentos o demás disposiciones”, a criterio de la Corte Suprema se deben entender reclamables solo los actos terminales de la SMA⁶⁵, excluyendo incluso aquellos actos trámite que causen indefensión, los que solo pueden ser revisados como parte o fundamento de una impugnación a la decisión final (Bordalí, 2017, p. 328).

Por su parte, conforme a lo dispuesto en el artículo 62 de la LOSMA, en todo lo no previsto en dicha ley se aplicará supletoriamente la LBPA, de lo que puede inferirse que resultarán aplicables a las resoluciones de la SMA, al menos el recurso de reposición (artículo 59 LBPA), el recurso extraordinario de revisión (artículo 61 LBPA) y la petición de aclaración (artículo 62 LBPA).

Considerando lo que se desarrollará más adelante respecto a las limitaciones probatorias propias del

⁶² Aunque en la práctica, en ciertos casos la SMA sí ha dado traslado al administrado. A modo de ejemplo, ver proceso sancionatorio SMA Rol D-14-2015.

⁶³ STA3°, Rol R-11-2015, de 04.08.2015, Considerandos 24° y 25°.

⁶⁴ STC Rol N° 376 de 2013.

⁶⁵ En sentencia de 20 de septiembre de 2016, Rol N° 5328-2016, el máximo tribunal dispuso en su considerando duodécimo que “conforme a las reflexiones que preceden, el Tercer Tribunal Ambiental de Valdivia, no debió admitir a tramitación la reclamación deducida de acuerdo al procedimiento contemplado en el artículo 17 N° 3 de la Ley N° 20.600, en contra de una resolución que es de mero trámite y en consecuencia no reviste el carácter de terminal y, en concordancia con ello, tampoco pudo entre otras dictar sentencia definitiva rechazando la referida reclamación, por haberse deducido en contra de una resolución que por su naturaleza era inadmisibles de impugnar por esta vía...”.

contencioso administrativo ambiental, el no poder impugnar de manera independiente los actos de mero trámite que causen indefensión (o incluso aquellos que sin causar indefensión desmejoran la situación jurídica del administrado) puede condicionar o limitar severamente el derecho a la defensa del supuesto infractor en la revisión judicial de la decisión administrativa.

A modo de ejemplo, la resolución que rechace la solicitud de la práctica de una diligencia probatoria testimonial se traducirá en definitiva en que dicha prueba no habrá sido rendida en el procedimiento administrativo ni podrá ser aportada en el proceso judicial de reclamación. Algo similar ocurrirá cuando la formulación

de cargos⁶⁶ adolece de precisión o claridad⁶⁷, lo que limitaría seriamente la posibilidad de defenderse tanto de las infracciones mismas como de la gravedad imputada a ellas.

Habiendo ya explicado las deficiencias relativas al debido proceso presentes en el procedimiento administrativo sancionador contemplado en la LOSMA, en el siguiente acápite, junto con describir y explicar el control judicial llevado a cabo por los tribunales ambientales, se buscará identificar las carencias propias de esta instancia respecto al debido proceso principalmente asociadas a la limitación probatoria.

4. Contencioso administrativo ambiental y sus limitaciones relativas al debido proceso

4.1. Control jurisdiccional de los actos administrativos

De una manera esencial, el Estado de derecho descansa en la separación e independencia de los poderes del Estado a fin de asegurar las garantías constitucionales de los administrados (Bordalí, 2016, p. 17) siendo los tribunales de justicia los máximos garantes de la protección de los derechos de las personas.

Así, uno de los pilares esenciales del Estado de derecho consiste en que todas las personas tienen derecho a obtener una tutela judicial de cualquier interés legítimo o derecho subjetivo siendo particularmente relevante la impugnabilidad de los actos administrativos, configurado como un principio reconocido a nivel constitucional

(artículos 19 N° 3, 38 inciso 2° y 73 CPR) y legal (artículo 8° de la Ley N° 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado y artículo 15 de la LBPA).

Respecto al objetivo de lograr una tutela judicial de los intereses legítimos o derechos subjetivos por parte de la justicia administrativa, Ferrada explica en relación con nuestro modelo nacional que “la Constitución de 1980 hace una opción clara por un modelo subjetivo de justicia administrativa, donde el núcleo central está construido sobre la idea de la ‘lesión de derechos’, posición jurídica subjetiva desde la que debe erigirse el sistema de impugnación de los actos administrativos” (Ferrada, 2012, p. 116).

⁶⁶ Respecto a la imposibilidad de impugnar una formulación de cargos, ver SCS Rol N° 18231-2017, N° 43035-2017 y N° 45556-2017).

⁶⁷ En relación con la necesidad de que la formulación de cargos sea precisa y clara la Corte Suprema ha dispuesto que “los cargos que se formulen por la autoridad deben ser concretos y precisos, debiendo necesariamente detallar los hechos constitutivos de las infracciones que se les atribuyen a los inculcados y la forma como ellos han afectado los deberes que establecen las normas legales, reglamentarias, técnicas o administrativas que se han vulnerado” SCS Rol N° 822-2012, Considerando 27°.

En este sentido, se ha señalado que “para la efectiva vigencia del Estado de Derecho, en su versión más moderna, ya no es tan relevante quien es el detentador de la potestad sancionadora, sino que el ejercicio de esta tenga garantizada una instancia judicial revisora ...la revisión judicial es la verdadera garantía del ciudadano frente al poder estatal y no la existencia de un procedimiento administrativo previo para el ejercicio de cualquier potestad administrativa” (Ferrada, 2014^a, p. 244).

En Chile, la Administración (en mayor medida que el legislador) ha sido reticente a sujetarse al control jurisdiccional mandatado en la CPR. Así lo explica Bordalí: “no ha sido el legislador el que se ha resistido mayormente a ser controlado por los tribunales de justicia, sino la Administración del Estado. Esta, arropada por el legislador y por la Corte Suprema y por el Tribunal Constitucional, ha evitado hasta hoy, con relativo éxito en muchos casos ser controlada por la jurisdicción” (Bordalí, 2006, p. 18).

Uno de los efectos de esta reticencia por parte de la Administración se expresa, en ciertos tipos de procedimientos en los que ella actúa, al menos de facto, como una primera instancia de control jurisdiccional reconociendo a los tribunales de justicia solo la facultad de realizar un control de su actuar como jueces de segunda instancia (Bordalí, 2006, p. 18).

Desde una dimensión subjetiva “la tutela judicial se traduce en un derecho fundamental: el derecho de acceso a la justicia, el cual debe ser respetado en su esencia por todos los órganos del Estado, incluido el poder legislativo. En este último caso, este respeto/deber se traduce en que la ley no puede establecer condiciones que afecten el libre ejercicio de este derecho, afectando

su contenido esencial (artículo 19 N° 26 CPR.)” (Cordero, 2014, p. 435).

Respecto al contenido mínimo del debido proceso⁶⁸, la Corte Suprema ha dispuesto que “el catálogo de garantías mínimas para un proceso racional y justo implica siempre un procedimiento con la presencia de un contradictor y que las partes en el pleito tienen derecho a un trato en igualdad de condiciones, pero a la vez, importa realizar el indispensable análisis de toda la prueba rendida en autos”⁶⁹.

4.2. Acciones contencioso-administrativas

Las acciones contencioso-administrativas han sido conceptualizadas por la doctrina como aquel “conjunto de acciones jurisdiccionales puestas a disposición de los administrados, con el objeto de impugnar la actuación de la Administración del Estado, conseguir la declaración de un derecho oponible a esta o la condena de la misma para que realice una actuación o entregue una prestación” (Bermúdez, 2011, p. 429).

De acuerdo con la distinción clásica del derecho francés (Bermúdez, 2011, p. 429), las acciones contenciosas administrativas pueden ser clasificadas en acciones de: (i) nulidad, (ii) de plena jurisdicción, (iii) de interpretación y (iv) contencioso de represión. Respecto a esta clasificación, en opinión de Bermúdez, las reclamaciones de sanciones administrativas se encontrarían contenidas en la categoría del contencioso de represión⁷⁰, señalando al respecto que “el contencioso de la represión consiste en la posibilidad de reclamar de esta sanción ante el juez competente”, agregando a renglón seguido que “la sanción administrativa debe quedar siempre bajo el control del juez” (Bermúdez, 2011, p. 434).

⁶⁸ En similar sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional. Ver STC Rol N° 821-2008.

⁶⁹ SCS Rol N° 7372-2010.

⁷⁰ El mismo profesor Bermúdez anota que en el caso del derecho administrativo alemán, la calificación aplicable correspondería a la “acción impugnatoria o de anulación”, entendiéndose por tal “aquella que pretende la anulación de un acto administrativo de gravamen” (Bermúdez, 2011, p. 435).

Solo con la revisión jurisdiccional de la sanción administrativa se puede lograr el aseguramiento del debido proceso al que tienen derecho las personas. En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional al disponer “que si bien puede resultar lícito que los órganos fiscalizadores puedan, previo al proceso judicial y en el ámbito administrativo, determinar la existencia de una infracción y la cuantía de la multa, con lo que se pronuncia sobre la facultad fiscalizadora y sancionatoria, la sanción no puede estimarse como cierta e irrevocable por el ordenamiento jurídico sino una vez que no haya sido reclamada, o si habiendo sido reclamada esta ha sido fallada en sede jurisdiccional independiente”⁷¹.

De esta manera, solo en sede judicial el administrado puede encontrar un análisis imparcial, toda vez que no corresponde hablar de imparcialidad respecto de la Administración “debido a que siempre actúa como una idea de autotutela, es decir, decide asuntos en los que aparece interesada, pues debe lograr esos intereses generales que en sentido amplio los podemos entender como políticos. En cambio, la jurisdicción actúa como un tercero o con desinterés objetivo” (Bordalí y Hunter, 2017, p. 305). Así, en la jurisdicción solo se presenta un fin: aplicar el derecho en un caso concreto frente a una pretensión deducida por un sujeto interesado.

En este sentido, Cordero señala que “los jueces disponen de controles plenos de revisión de la legalidad de la intervención de los organismos administrativos, considerando incluso el escrutinio de los hechos sobre los cuales se basan esas decisiones, sencillamente porque esos hechos habitualmente condicionan el ejercicio de las potestades” (Cordero, 2015a, p. 634).

4.3. Tipo de control en el contencioso administrativo

Para determinar el nivel de control que pueden ejercer los tribunales sobre los actos administrativos impugnados, debe atenderse a la amplitud de los

poderes que se le confieren al juez para conocer y fallar el litigio y, como consecuencia, la profundidad y extensión con que revisará el mismo.

Siguiendo la clasificación clásica del derecho francés, pueden identificarse dos tipos de acciones, aquellas (i) acciones por exceso de poder (anulatorias) y las (ii) de plena jurisdicción, categorías “que ponen el acento de la distinción en la amplitud y extensión de las facultades que se reconocen al juez para resolver en el litigio administrativo respectivo” (Jara, 2018, p. 74).

En la primera categoría, el juez se limita a revisar la actuación de la Administración, recurriendo a una especie de deferencia al principio de separación de poderes, acotándose a contrastar el acto con la ley, anulándolo en caso de no adecuarse a la norma, devolviendo luego el asunto a la Administración.

Por su parte, el control de plena jurisdicción, como su nombre lo indica, se configura como un control integral y profundo, en el que se le permite al juez extenderse a cualquier decisión que estime útil y necesaria para proteger la esfera subjetiva del reclamante afectado, respondiendo de esta forma a la idea de tutela subjetiva de los derechos e intereses del administrado y no solamente al restablecimiento de la legalidad infringida por razones de interés general (Jara, 2018, pp. 75-76). Este control de plena jurisdicción puede analizarse desde dos dimensiones: (i) su intensidad y (ii) su extensión.

En relación con la intensidad del control pleno, pueden verificarse diferentes niveles, siendo el más básico aquel que permite al juez revisar los hechos y calificarlos jurídicamente, avanzando luego a un estadio en el que se revisa incluso la apreciación de la proporcionalidad de la sanción impuesta (Jara, 2018, p. 78). La determinación del nivel de intensidad variará dependiendo del caso concreto, siendo la regla que a mayor afectación o gravedad de los bienes involucrados, más intenso y

⁷¹ STC Rol N° 792.

amplio deberá ser el parámetro de control en función de la tutela de los derechos e intereses legítimos del sujeto afectado (Ferrada, 2014a, p. 249).

La extensión del control de plena jurisdicción se refiere a los ámbitos de la potestad administrativa sobre los que se puede realizar la revisión judicial y los medios o instrumentos de los que se puede valer el juez (Ferrada, 2014a, p. 251). Tradicionalmente se ha considerado parte de la extensión de este control la revisión de los hechos constitutivos de infracción, su existencia y su calificación jurídica, es decir, “la realidad de los antecedentes que sustentan la actuación punitiva adoptada por la entidad administrativa” (Jara, 2018, p. 77).

En el caso del control de las sanciones administrativas, la doctrina chilena se inclinaría por incorporarlo dentro de las acciones de plena jurisdicción (Valdivia, 2017), lo que correspondería a “la solución más compatible y coherente con el derecho a una tutela judicial efectiva y la exigencia del debido proceso en los términos que contemplan los artículos 19 N° 3 y 38 de la Constitución” (Jara, 2018, p. 79), lo que sería concordante con la tendencia en el derecho comparado a considerar la potestad sancionatoria como una de carácter reglado, con acotados espacios de discrecionalidad en lo estrictamente técnico, lo que permitiría el desarrollo de un control extensivo por parte de los tribunales (Ferrada, 2014a, p. 247).

Ahora bien, como se desarrollará en extenso a continuación, dado que el contencioso administrativo contemplado en la LTA recurre a las reglas de la apelación en materia civil, se restringe severamente el control efectivo de los tribunales ambientales respecto a las sanciones impuestas por la SMA al no existir una discusión real sobre los hechos y una severa limitación probatoria.

4.4. Contencioso administrativo de la LTA

Respecto al proceso de reclamación ante los tribunales ambientales, la Ley N° 20.600 acoge un modelo de revisión de legalidad, que no permite la aportación de prueba, salvo la presentación de prueba documental. Así, el artículo 29 inciso 3° hace aplicable las reglas del recurso de apelación civil contenidas en los artículos 186 a 230 del CPC, dentro de las cuales, el artículo 207 establece que no se admitirá en segunda instancia prueba alguna, salvo la documental (excepción contenida en el artículo 348)⁷².

En este sentido Santamaría Pastor señala que “la equiparación tácita del recurso contencioso con el recurso de casación civil conllevaba, entre otros efectos, que el Tribunal no podía pronunciarse sobre cuestiones que no hayan sido planteadas o resueltas en la vía administrativa previa; que en el proceso no podía practicarse más actividad probatoria que la dirigida a revisar la realizada en vía administrativa” (Santamaría, 2009, p. 687).

Cuando las sanciones son extremadamente graves, como se verifica en materia ambiental, resulta razonable considerar un control jurisdiccional de plena competencia para poder decidir sobre los hechos controvertidos y el derecho aplicable. Así, en esta instancia deberían poder revisarse todas las decisiones adoptadas en la fase administrativa, debiendo pronunciarse el juez solo respecto de lo que se alegue y se logre probar en esta instancia judicial.

En el sistema actual, los tribunales ambientales solo tienen la posibilidad de revisar la legalidad del acto administrativo recurrido, identificando solo posibles ilegalidades en el comportamiento de la Administración, dando por ciertos todos los elementos del expediente

⁷² Sin perjuicio de lo anterior, el tribunal podrá, dentro del plazo para dictar sentencia, decretar medidas para mejor resolver (artículo 29 inciso final).

administrativo, pieza que como vimos en capítulos anteriores puede contener una serie de distorsiones que en muchos casos puede generar situaciones de indefensión para el sancionado.

Solo en la fase judicial de revisión se podrá acceder a un proceso que asegure el debido proceso del administrado, esto es, someter la decisión de un caso ante un tercero imparcial, con un sistema de libre aportación probatoria, con una pretensión de espectro amplio planteada por el reclamante o recurrente.

Particular relevancia en este sentido adquiere el valor probatorio que se le otorga a la prueba aportada por la Administración y por el administrado en el proceso administrativo sancionador, lo que no debería ser considerado más que fuentes de prueba (Poblete, 2016, p. 35).

Al respecto debe necesariamente tener a la vista la garantía constitucional contemplada en el artículo 19 N° 3 CPR, el que sanciona en su inciso 1° que “La Constitución asegura a todas las personas: 3° La igual protección de la Ley en el ejercicio de sus derechos”. Relevante también para el análisis es el inciso segundo del precepto aludido el que dispone: “Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida”.

En este sentido, se ha señalado doctrinalmente que los elementos mínimos de un debido proceso corresponden al (i) derecho a un tribunal competente, independiente e imparcial, (ii) el derecho a la defensa, (iii) el derecho a aportar pruebas, (iv) a contar con una sentencia debidamente fundamentada y dentro de un plazo razonable⁷³.

Con la entrada en vigor de la LTA, se crea un contencioso administrativo especializado⁷⁴, el que pone como principal objetivo la protección de los derechos individuales de las personas frente a la Administración (Hunter, 2015, p. 649).

Son los tribunales ambientales⁷⁵ los competentes para conocer de los contenciosos administrativos de carácter ambiental por medio del procedimiento contemplado en los artículos 27 a 31 LTA, denominado “De las Reclamaciones”, por el que se busca revisar la legalidad de los actos administrativos de carácter ambiental.

Respecto al alcance de la revisión judicial realizada por los tribunales ambientales, en opinión de Bordalí, estos realizarían una revisión plena de los actos administrativos impugnados, abarcando no solo los fundamentos de derecho sino también las cuestiones de hecho tenidas a la vista por la Administración (Bordalí, 2017, p. 232). Sostiene lo anterior fundado, por un lado, en la exigencia del artículo 29 de la LOSMA de acompañar el expediente

⁷³ Ver Bordalí, A. (2014). Primera parte: Cuestiones preliminares. En A. Bordalí, A. Cortez y G. Palomo. Proceso civil el juicio ordinario de mayor cuantía, procedimiento sumario y tutela cautelar. Santiago: Abeledo Perrot / Legal Publishing / Thomson Reuters, pág. 37.

⁷⁴ En opinión de Bordalí, no existiría en Chile una jurisdicción en materia ambiental especializada, toda vez que “solo una parcela de los conflictos ambientales es competencia de los tribunales ambientales o solo algunos grados jurisdiccionales son conocidos por ellos, correspondiendo la segunda instancia o la casación a tribunales ordinarios como las Cortes de Apelaciones o la Corte Suprema” (Bordalí, 2014b, p. 331).

⁷⁵ Conforme al artículo 1° de la LTA, los tribunales ambientales corresponden a órganos jurisdiccionales especiales, sujetos a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema (por lo que deben entenderse fuera el Poder Judicial). Por su parte gozan de inamovilidad (artículo 5° LTA) y de independencia respecto de la Administración (sustentada, entre otras características, en contar con un presupuesto propio (artículo 16 de la LTA). En opinión de Bordalí, la referida independencia se ve fuertemente atenuada por la alta injerencia que tiene el Poder Ejecutivo en la nominación de los ministros, al presentar una “doble participación en la nominación de los ministros (Alta Dirección Pública y Presidente de la República, lo que se contrapone a las recomendaciones internacionales sobre nominaciones de jueces, que recomiendan aminorar al máximo la participación del Poder Ejecutivo en la nominación de los jueces” (Bordalí, 2014b, pp. 330-331). Respecto a la relevancia de la independencia de los tribunales de justicia, ver Bordalí (2006) pp. 33-34.

administrativo completo para que el tribunal pueda realizar una revisión de todas las cuestiones fácticas y jurídicas del caso y, por otro, en lo prescrito en el artículo 25 del mismo cuerpo normativo que dispone que el tribunal ambiental deberá exponer en sus sentencias los principios técnicos ambientales que le sirvieron de fundamento.

En materia ambiental, más que una falta de control jurisdiccional, lo que se propone como tesis es que dicho control resulta insuficiente, al menos respecto de las sanciones de mayor envergadura que puede imponer la SMA, particularmente, la imposición de multas millonarias, la suspensión de proyectos y la revocación de resoluciones de calificación ambiental.

4.5. La prueba en el contencioso ambiental

4.5.1. Regulación de la prueba en las reclamaciones ambientales

La prueba que contempla el procedimiento de reclamación en contra de resoluciones de la SMA ante el TA (artículo 29 LTA) hace aplicable las reglas del recurso de apelación civil contenidas en los artículos 186 y 230 del CPC. De estas, solo el artículo 207 se refiere a la prueba indicando que, salvo excepciones como la del artículo 348 (prueba documental), no se admitirá en segunda instancia prueba alguna.

En el fondo, el contencioso ambiental no contempla formalmente un término probatorio en el que se les permita a las partes probar sus dichos, situación que se ve agravada por la connatural complejidad técnica propia de los conflictos ambientales.

Esta carencia de una fase probatoria impide catalogar este proceso en un auténtico proceso contradictorio, lo necesariamente repercute en el aseguramiento de la garantía constitucional del debido proceso. Esta situación se agrava si lo que se pretende objetar corresponde a sanciones administrativas, toda vez que estas “adoptan una base fáctica ineludible y de gran complejidad técnica, de modo que la configuración del derecho a la prueba oportuna y eficaz en el diseño de dichas acciones especiales constituye parte esencial de la vigencia de un verdadero proceso equitativo y de contradictorio pleno e idóneo” (Jara, 2018, p. 69).

Sin establecer explícitamente la forma en que el reclamante puede aportar la prueba⁷⁶, la LTA se limita a requerir un informe al órgano público que emitió el acto reclamado, junto con la obligación de acompañar una copia completa, autenticada y foliada del expediente administrativo que sirvió de base para la dictación del acto administrativo impugnado⁷⁷, para luego disponer que una vez presentado el informe, o habiendo transcurrido

⁷³ Ver Bordalí, A. (2014). Primera parte: Cuestiones preliminares. En A. Bordalí, A. Cortez y G. Palomo. *Proceso civil el juicio ordinario de mayor cuantía, procedimiento sumario y tutela cautelar*. Santiago: Abeledo Perrot / Legal Publishing / Thomson Reuters, pág. 37.

⁷⁴ En opinión de Bordalí, no existiría en Chile una jurisdicción en materia ambiental especializada, toda vez que “solo una parcela de los conflictos ambientales es competencia de los tribunales ambientales o solo algunos grados jurisdiccionales son conocidos por ellos, correspondiendo la segunda instancia o la casación a tribunales ordinarios como las Cortes de Apelaciones o la Corte Suprema” (Bordalí, 2014b, p. 331).

⁷⁵ Conforme al artículo 1° de la LTA, los tribunales ambientales corresponden a órganos jurisdiccionales especiales, sujetos a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema (por lo que deben entenderse fuera el Poder Judicial). Por su parte gozan de inamovilidad (artículo 5° LTA) y de independencia respecto de la Administración (sustentada, entre otras características, en contar con un presupuesto propio (artículo 16 de la LTA). En opinión de Bordalí, la referida independencia se ve fuertemente atenuada por la alta injerencia que tiene el Poder Ejecutivo en la nominación de los ministros, al presentar una “doble participación en la nominación de los ministros (Alta Dirección Pública y Presidente de la República, lo que se contrapone a las recomendaciones internacionales sobre nominaciones de jueces, que recomiendan aminorar al máximo la participación del Poder Ejecutivo en la nominación de los jueces” (Bordalí, 2014b, pp. 330-331). Respecto a la relevancia de la independencia de los tribunales de justicia, ver Bordalí (2006) pp. 33-34.

⁷⁶ El artículo 29 inciso 3° LTA dispone la inadmisibilidad probatoria testimonial y confesional.

⁷⁷ Respecto a la integralidad y unidad del expediente administrativo sancionatorio, el Tribunal Ambiental de Valdivia, en causa Rol-11-2015 de fecha 04.08.2015, ha señalado que “lo adecuado en materia de expediente sancionador, es que éste se contenga en una sola unidad, sea en soporte físico o digital, y que éste se encuentre a disposición de los interesados en las dependencias o bajo custodia de la unidad administrativa que lleva la investigación, de manera que los interesados tengan acceso real a los antecedentes que obran en su contra, especialmente porque sobre aquellos pesa la imposición de una sanción”.

el plazo para hacerlo, el tribunal debe ordenar traer los autos en relación⁷⁸.

Conviene detenernos en el valor probatorio que se le debe entregar al expediente administrativo en su condición de “documento oficial”. Al respecto, se puede señalar que el referido expediente solo debería hacer prueba sobre la fecha de su emisión, la participación de uno o más funcionarios públicos, la decisión de la Administración y la motivación para alcanzarla⁷⁹.

En este sentido, seguimos a Poblete cuando señala que “los supuestos fácticos que sirven de fundamento a la decisión del funcionario, las conductas e hipótesis de hecho esgrimidas para la adopción de la decisión contenida en el documento oficial, no pueden probarse por el documento oficial en un proceso jurisdiccional”. Agrega en la misma línea que “en estos documentos oficiales su contenido de declaraciones de terceros, actas y otras evidencias, no son prueba documental oficial. Tales evidencias no son constitutivas de prueba documental porque no son por naturaleza documentos” (Poblete, 2016, p. 35).

De esta manera debería concluirse que aquello que tuvo a la vista la Administración para motivar su decisión no puede, directamente al menos, ser utilizada en la instancia de revisión judicial (Poblete, 2016, p.36).

4.5.2. La carga de la prueba y su distribución en el contencioso ambiental

La carga de la prueba puede ser conceptualizada o definida como aquella regla de conducta para las partes, en cuanto su interés particular en la demostración de un hecho determinado por un lado, y como regla de juicio para el juez respecto a la forma de fallar el asunto a falta de prueba (Poblete, 2016, p. 42).

Para la determinación de la carga de la prueba en un tipo de proceso judicial determinado, debe necesariamente estarse al objeto que dicho proceso tiene. En el caso del contencioso administrativo sancionatorio, el objeto corresponderá a la reclamación o apelación que realice el administrado por medio del cual se cuestiona la procedencia, legalidad y entidad de la sanción impuesta, concentrándose habitualmente en la inexistencia (o inexactitud) de los supuestos fácticos sobre los que se construye la sanción y en la carencia de culpa o dolo del reclamante.

En este sentido, lo propio de las reclamaciones que se generan con motivo de un contencioso sancionador será “la afirmación de hechos negativos que deslegitiman absolutamente el ejercicio de la potestad sancionatoria, la aplicación de la sanción, la imposición de la sanción y la desproporción de esta” (Poblete, 2016, p. 43). Resulta razonable, entonces, que el reclamante en un contencioso administrativo sancionatorio solo tenga la carga de probar aquellos hechos o circunstancias favorables a su pretensión, no pudiendo imponérsele la prueba negativa de acreditar no haber cometido el hecho que se le imputa (Poblete, 2016, p. 57).

Este criterio ha sido refrendado por la Corte Suprema la que refiriéndose a la imposición de sanciones en materia eléctrica ha señalado que “Atendida la naturaleza, características y fines propios del derecho administrativo sancionador, recae sobre la autoridad que investiga y acusa, esto es sobre el órgano fiscalizador, el peso de demostrar la ocurrencia de los hechos que configuran la infracción respectiva [...] la carga probatoria que recae sobre el administrado [...] se refiere, a su turno, a la acreditación de aquellas circunstancias alegadas en su defensa y conforme a las cuales, a su juicio, se eximiría de la responsabilidad que le achaca la autoridad”⁸⁰.

⁷⁸ El inciso final del mismo artículo 29 señala que solo dentro del plazo para dictar sentencia (30 días), se podrán dictar de oficio medidas para mejor resolver. Como la ley no señala cuáles pueden ser estas, resulta necesario remitirse al artículo 159 del Código de Procedimiento Civil.

⁷⁹ De esta manera, los documentos públicos (en este caso el expediente administrativo) se podrán presumir válidos, pero dicha presunción no debería alcanzar la veracidad de los contenidos probatorios de ellos.

⁸⁰ SCS Rol N° 19058-2017.

Considerando que el ejercicio de la potestad sancionatoria por parte de la Administración es uno de los aspectos más relevantes (y eficaces) de la implementación de las políticas públicas como miras al aseguramiento de los intereses generales, resulta razonable que sea la propia Administración la más interesada en que los tribunales de justicia validen la legalidad de sus decisiones.

A diferencia de la actividad fiscalizadora sancionadora de la Administración, en la que de manera primaria se busca la protección de los intereses colectivos (respetando los derechos subjetivos de los particulares), la revisión judicial debe siempre orientarse a la protección de las garantías individuales de las personas, prescindiendo del interés general que el acto administrativo impugnado pretendía alcanzar (Cordero, 2015b, pp. 320-322).

En el caso específico de la LTA, no se regula expresamente la carga de la prueba, lo que “genera incerteza en los ciudadanos que recurren a la tutela jurisdiccional, al abrir la posibilidad de que los Tribunales utilicen criterios disímiles u opuestos en la asignación de la carga de la prueba para un idéntico supuesto fáctico” (Hunter, 2015, p. 650).

Matizando lo recién expuesto, recurriendo al criterio de disponibilidad probatoria⁸¹, Hunter señala que en el caso del contencioso ambiental “el interés público se satisface de mejor forma cuando el Tribunal Ambiental logra un conocimiento cabal y completo de los hechos, sin dudas epistémicas acerca de la verdad o falsedad de un hecho. Si esto es así, entonces la carga de la prueba en el contencioso administrativo ambiental debería recaer en

aquél sujeto o parte que está en mejores condiciones de proporcionar información más completa y fiable posible” (Hunter, 2015, p. 654).

Complementando lo anterior, Bocksang explica que “en lo que al contencioso de los actos pretendidos que imponen una sanción se refiere, la constatación es simple: no se exige al demandante —sancionado— que contribuya con la prueba de no haber cometido el hecho que se imputa. Se trata de una carga que le incumbe normalmente a la autoridad que persigue dicha conducta; por el contrario, las circunstancias favorables a la persona perseguida deben ser probadas por ella” (Bocksang, 2011, p. 231).

De esta manera, cabe preguntarse sobre quién recae el peso de no lograr acreditar las alegaciones en el contencioso administrativo. Como ya se señaló, la LTA no se pronuncia expresamente respecto de la carga de la prueba, sin perjuicio de lo cual, considerando la inexistencia del término probatorio, y de la estructura del proceso, puede inferirse que en ausencia de la identificación de un vicio de legalidad dentro del expediente administrativo sobre el que se fundamentó el acto administrativo reclamado, se confirmaría la legalidad del acto radicado, de esta manera, en el administrado el peso de no lograr probar sus alegaciones. Esta estructura procesal evidentemente “sitúa al reclamante en una posición desventajosa y en esta realidad lo que corresponde jurídicamente es aliviarla imponiendo la carga de probar a la Administración sancionadora que es quien tiene una posición privilegiada con relación al material probatorio” (Poblete, 2016, p. 53).

⁸¹ Que implicaría que es la contraparte la que posee el medio probatorio o, aun cuando la parte goce de medios probatorios, estos tienen menor entidad probatoria que los que únicamente dependen de la voluntad de la otra.

5. Conclusiones

De lo expuesto a lo largo de este trabajo, es posible formular las siguientes conclusiones relevantes:

1. La naturaleza e importancia propia del medio ambiente como bien jurídico en sí mismo justifica la necesidad de que el ordenamiento jurídico cuente con herramientas que permitan darle una protección oportuna y efectiva.
2. Resulta razonable sostener que la existencia e implementación de las herramientas de amparo al medio ambiente establecidas por el legislador, no debiesen impedir en lo absoluto el derecho del regulado de contar con un debido proceso (administrativo y judicial) para el aseguramiento de sus derechos.
3. El procedimiento sancionatorio ambiental regulado en la LOSMA corresponde innegablemente a un gran avance en muchos sentidos del derecho administrativo sancionador chileno, particularmente respecto a la protección del derecho al debido proceso.
4. Sin perjuicio de estos grandes avances, en nuestra opinión, persisten serias carencias o deficiencias relevantes para el aseguramiento del debido proceso, dentro de las cuales se encuentran:
 - a. el valor probatorio privilegiado que le otorga la LOSMA al acta de fiscalización, considerando las limitaciones probatorias existentes en el procedimiento sancionatorio;
 - b. la excesiva desproporción existente entre el período de tiempo con que cuenta la SMA para preparar su caso (3 años) y el que cuenta el fiscalizado para presentar sus descargos, defensas y solicitar medidas probatorias (15 días);
 - c. las restricciones existentes para acceder a los expedientes de fiscalización previo a la formulación de cargos;
 - d. la facultad de la SMA de decretar pericias probatorias posteriores a la formulación de cargos, pudiendo modificar de manera impropia el contenido técnico y jurídico de la acusación original y autogenerarse prueba a medida; y
 - e. la imposibilidad de impugnar actos trámites que determinan sustantivamente la base fáctica de la sanción, lo que puede condicionar severamente el derecho a defensa considerando las evidentes limitaciones probatorias en el control judicial posterior.
5. Solo con la revisión jurisdiccional de la sanción administrativa se puede asegurar el derecho de las personas a un debido proceso, lográndose adecuadamente dicho cometido cuando el referido control corresponde a uno de plena jurisdicción, en el que el juez puede revisar todas las decisiones adoptadas en la fase administrativa, debiendo pronunciarse solo teniendo en consideración aquello que sea alegado y efectivamente logrado probar en sede judicial.
6. En el caso específico del control jurisdiccional de las sanciones administrativas, la aplicación de las reglas del recurso de apelación civil restringe severamente el control efectivo de los tribunales ambientales al no contemplar instancias de discusión real sobre la base fácticas de las sanciones ni permitir más actividad probatoria que aquella tendiente a revisar la ya practicada en sede administrativa.
7. El contencioso ambiental no contempla formalmente un término probatorio en el que se les permita a las partes probar sus dichos, situación que se ve agravada por la connatural complejidad técnica propia de los conflictos ambientales.
8. Las carencias o debilidades vinculadas al aseguramiento del debido proceso previamente

señaladas se ven potenciadas y agravadas si se considera que las sanciones en materia ambiental en la mayoría de los casos escapan de la mera corrección regulatoria, pudiendo ser consideradas penas propiamente tales, situación que exige contar con el control judicial más completo y profundo que sea posible.

Referencias

- Aguirrezabal, M. (2016). Las medidas cautelares innovativas en la nueva institucionalidad medioambiental. *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, Año 23(1), 23-49.
- Alcalde, E. (2009). Algunas consideraciones en torno a la identidad sustancial entre la sanción penal y la pena administrativa. En J. Arancibia y J. I. Martínez (Coords.). *La primacía de la persona: Estudios en homenaje al profesor Eduardo Soto Kloss*, pp. 795-808. Santiago: Editorial Legal Publishing.
- Arancibia, J. (2014). El principio de necesidad de la sanción administrativa como potestad de *ultima ratio*. En J. Arancibia y P. Alarcón (Coords.). *Sanciones Administrativas X Jornadas de Derecho Administrativo*, pp. 129-147. Santiago: Editorial Thomson Reuters.
- Arévalo, F. y Mozó, M. (2017). Efectos jurídicos de la declaración de daño ambiental en sede administrativa y sus repercusiones en una potencial declaración judicial. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez* (46), 56-68.
- Bermúdez, J. (2011). *Derecho administrativo general* (2ª ed.). Santiago: Editorial Thomson Reuters.
- Bermúdez, J. (2013). Fundamento y límites de la potestad sancionadora administrativa en materia ambiental. *Revista de derecho Valparaíso* (40), 421-447.
- Bermúdez, J. (2014). *Fundamentos de Derecho Ambiental* (2ª ed.). Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso.
- Bocksang, G. (2011). La carga de la prueba de la nulidad de un acto administrativo. En J. Arancibia, J. I. Martínez y A. Romero (Coords.). *Litigación Pública*, pp. 217-244. Santiago: Editorial Abeledo Perrot.
- Bordalí, A. (2006). La administración pública ante los tribunales de justicia chilenos. *Revista Chilena de Derecho*, 33(1), 17-36.
- Bordalí, A., Ferrada, J. C. (2008). *Estudios de justicia administrativa*. Santiago: Editorial LexisNexis.
- Bordalí, A., Cortez, G. y Palomo, D. (2014a). *Proceso civil el juicio ordinario de mayor cuantía, procedimiento sumario y tutela cautelar*. Santiago: Abeledo Perrot, Legal Publishing y Thomson Reuters.
- Bordalí, A. (2014b). Recurso de protección y reclamos ante los Tribunales Ambientales. En J. C. Ferrada, J. Bermúdez y F. Pinilla (Coords.). *La nueva justicia ambiental*, pp. 329-341. Santiago: Thomson Reuters y Legal Publishing.
- Bordalí, A. y Hunter, I. (2017). *Contencioso Administrativo Ambiental*. Santiago: Editorial Librotecnia.
- Cordero, E. (2013). La nulidad de los actos administrativos en el Derecho Chileno. En J. C. Ferrada (Coord.) *La nulidad de los actos administrativos y sus causales*, pp. 193-203. Santiago: Editorial Legal Publishing.
- Cordero, E. (2014). Los principios que rigen la potestad sancionadora de la Administración en el derecho chileno. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (XLII), 399-439.
- Cordero, E. (2017). El debido procedimiento administrativo sancionador y el derecho a la defensa. *Sentencias Destacadas*, pp. 67-96. Santiago: Libertad y Desarrollo.
- Cordero, L. (2015a). *Lecciones de derecho administrativo*. Santiago: Editorial Legal Publishing.
- Cordero, L. (2015b). Procedimiento administrativo y la jurisdicción contencioso administrativa. En J. C. Ferrada (Coord.). *Justicia Administrativa*, pp. 320-322. Santiago: Editorial LexisNexis.
- Corral, H. (2012). Sobre la carga de la prueba en el proyecto de Código Procesal Civil. En M. Aguirrezabal. *Justicia*

- Civil: perspectivas para una reforma en la legislación chilena. *Cuadernos de Extensión N° 23*, pp. 107-117. Santiago: Universidad de los Andes.
- Dougnac, C. (2016). Procedimiento Administrativo Sancionatorio ante la SVS y debido proceso. *Revista de Derecho Iberoamericano*, (8), 143-186.
- Fernandois, A. (2005). Invalidez Administrativa y caso Celco: estabilidad o precariedad de los permisos ambientales. *Sentencias Destacadas*, pp. 9-30. Santiago: Libertad y Desarrollo.
- Ferrada, J. C. (2007). Las potestades y privilegios de la administración pública en el régimen administrativo chileno. *Revista de Derecho (Valdivia)*, 20(2), 69-94.
- Ferrada, J. C. (2012). El sistema de justicia administrativa chileno: revisión de la legalidad de actos administrativos o protección de derechos y/o intereses. *Revista de Derecho (Valdivia)*, 25(1), 103-126.
- Ferrada, J. C. (2014a). La articulación de las potestades administrativas y jurisdiccionales en la aplicación de sanciones administrativas en el derecho chileno: poderes distintos pero complementarios. En J. Arancibia, J. Alarcón y P. Jaña (Coords.). *Sanciones administrativas, X Jornadas de Derecho Administrativo*, pp. 239-262. Santiago: Abeledo Perrot, Legal Publishing y Thomson Reuters.
- Ferrada, J. C. (2014b). La justicia ambiental como justicia administrativa especializada y su articulación con los procesos administrativos. En J. C. Ferrada, J. Bermúdez y F. Pinilla (Coords.). *La nueva justicia ambiental*, pp. 329-341. Santiago: Thomson Reuters y Legal Publishing.
- Gutiérrez, P. (1999). *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: colectivos y difusos*. Navarra: Editorial Aranzadi.
- Hunter, I. (2015). La carga de la Prueba en el Contencioso Ambiental Chileno: Notas a propósito de la Ley de Tribunales Ambientales. *Revista Chilena de Derecho*, 42(2), 649-669.
- Hunter, I. (2016). Es la presunción de legalidad de los actos administrativos una regla de carga de la prueba. En J. Arancibia y A. Romero (Coords.). *La prueba en la litigación pública*, pp. 211-232. Santiago: Editorial Librotecnia.
- Hunter, I. (2020a). Relaciones entre procedimiento administrativo y proceso jurisdiccional en el reclamo de ilegalidad municipal. *Revista de derecho*, Coquimbo, 27, <https://dx.doi.org/10.22199/issn.0718-9753-2020-0009>
- Hunter, I. (2020b). Legalidad y Oportunidad en el ejercicio de la potestad sancionatoria en materia ambiental. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (LIV)*, 95-125.
- Jara, J. (2018). La revisión jurisdiccional de las sanciones administrativas y la garantía del recurso de plena jurisdicción. *Revista de Derecho Público*, Universidad de Chile, (89), 59-91.
- Jara, J. y Maturana, C. (2009). Acta de fiscalización y debido procedimiento administrativo. *Revista de Derecho Administrativo*, (3), 01-28.
- Letelier, R. (2018). El predio del statu quo. Sobre el estándar probatorio en las sanciones administrativas. *Revista de Derecho (Valdivia)*, 31(1), 209-229.
- Moraga, P. y Fuentes, M. (2017). Columna de opinión Sentencia Rol N° 41.790 - 2016 de la Corte Suprema, de 7 de agosto de 2017. *Revista Actualidad Jurídica Ambiental*, Centro Internacional de Estudios de Derecho Ambiental. Recuperado de: <http://derecho.uchile.cl/centro-de-derecho-ambiental/columnas-de-opinion/sentencia-rol-n-41790-2016-de-la-corte-suprema-07-08-2017> [fecha de consulta: 17 de octubre de 2020].
- Navarro, E. (2011). El debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En J. Arancibia, J. I. Martínez y A. Romero (Coords.). *Litigación Pública*, pp. 11-36. Santiago: Editorial Abeledo Perrot.
- Nieto, A. (1994). *Derecho Administrativo sancionador* (2ª ed.). Madrid: Editorial Tecnos.
- Ortiz, E. y Pecchi, C. (1979). Concepto de documentos fundantes. *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, (167), 67-81.
- Osorio, C. (2016). *Manual de Procedimiento Administrativo Sancionador: Parte General*. Santiago: Editorial Legal Publishing Chile.

- Parejo, L. (2008). *Crisis y renovación en el derecho público*. Lima: Editorial Palestra.
- Parejo, L. (2014). Algunas reflexiones sobre la necesidad de la depuración del status de la sanción administrativa. *Revista General de Derecho Administrativo*, 36, 1-26.
- Poblete, O. (2016). Procedimiento administrativo sancionador y enjuiciamiento posterior en la administración. En J. Arancibia y A. Romero (Coords.). *La prueba de la litigación pública*, pp. 15-82. Santiago: Editorial Librotecnia.
- Román, C. (2008). Derecho administrativo sancionador: ¿Ser o no ser? He ahí el dilema. En R. Pantoja (Coord.). *Derecho Administrativo: 120 años de Cátedra*, 107-141. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Romero, A. (2016). Algunos problemas del derecho al recurso en el contencioso ambiental. En J. Tisné (Ed). *Cuadernos de Extensión Jurídica* 28, pp. 209-222. Santiago: Universidad de los Andes.
- Santamaría, J. (2009). *Principios de Derecho Administrativo General, Tomo II*. Madrid: Editorial Iustel.
- Sepúlveda, D. (2019). La modificación de la normativa ambiental aplicable a un proyecto que cuenta con una resolución de calificación ambiental. *Revista de Derecho Aplicado LLM UC 3*. DOI: 10.7764/rda.0.3.1121 [fecha de consulta: 17 de octubre de 2020].
- Superintendencia del Medio Ambiente. (2017). *Bases Metodológicas para la determinación de sanciones ambientales, diciembre*. Santiago, Chile.
- Valdivia, J. M. (2017). Reflexiones sobre las acciones en derecho administrativo. En A. Schopf y J. C. Marín (Coords.). *Libro homenaje al profesor Enrique Barros*, pp. 349-431. Santiago: Editorial Thomson Reuters.

Jurisprudencia

- Corte Suprema, Rol N° 7372-2010, de 07.03.2011.
- Corte Suprema, Rol N° 2578-2012, de 07.09.2012.
- Corte Suprema, Rol N° 5120-2016, de 05.05.2016.
- Corte Suprema, Rol N° 5328-2016, de 20.09.2016.
- Corte Suprema, Rol N° 17.736-2016, de 13.12.2016.
- Corte Suprema, Rol N° 38.340-2016, de 03.08.2017
- Corte Suprema, Rol N° 41.790-2016, de 07.08.2017
- Corte Suprema, Rol N° 19.058-2017, de 23.08.2017
- Segundo Tribunal Ambiental, Rol D-24-2014, de 21.09.2014
- Segundo Tribunal Ambiental, Rol D-6-2013, de 29.11.2014
- Segundo Tribunal Ambiental, Rol R-122-2016, de 30.03.2017
- Tercer Tribunal Ambiental, Rol R-11-2015, de 04.08.2015
- Tribunal Constitucional, Rol N° 712, de 26.06.2008
- Tribunal Constitucional, Rol N° 792, de 03.01.2008.
- Tribunal Constitucional, Rol N°821, de 01.04.2008.
- Tribunal Constitucional, Rol N° 1518, de 21.10.2010.
- Tribunal Constitucional, Rol N° 376, de 17.06.2013
- Tribunal Constitucional, Rol N° 2.682, de 30.10.2014

**Manuel E.
Rodríguez
Vega****

**Pontificia
Universidad
Católica de Chile,
Chile**

merodrig@uc.cl
Recibido: 17.04.20
Aceptado: 03.09.21

Infracciones a garantías fundamentales y derecho al recurso en la jurisprudencia de la Corte Suprema

Infractions of Fundamental Rights and the Right of Appeal at Supreme Court's Jurisprudence

Resumen: El presente trabajo examina la jurisprudencia de la Corte Suprema de Chile concerniente a la causal del recurso de nulidad de la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, estudio que evidencia que su interpretación sobre las materias que son de su competencia así como de los requisitos de admisibilidad y de fondo de dicha causal conducen a una desmesurada e injustificada limitación del derecho al recurso de los intervinientes en el proceso penal, y se proponen, entonces, lecturas alternativas que eviten dicho efecto.

Palabras clave: Corte Suprema; recurso de nulidad; derecho al recurso.

Abstract: This research examines the jurisprudence of the Supreme Court of Chile concerning the annulment appeal of Article 373, letter a), of the Code of Criminal Procedure, this study exposes that Court's interpretation about what matters are of its knowledge and about the requirements of that appeal, leads to an excessive and unjustified limitation on the right of appeal, we propose alternative interpretations that avoid that effect.

Keywords: Supreme Court; annulment appeal; right of appeal.

** Agradezco a quienes oficiaron como árbitros anónimos en el proceso de revisión de este trabajo por sus observaciones que hicieron posible subsanar errores de fondo y forma, y muy especialmente a la estudiante de Derecho, doña Amelia Muñoz Molina, por su muy valiosa colaboración en la redacción de la versión final de este texto.

La reforma del procedimiento penal lograda en Chile en el año 2005 implicó sin duda un avance significativo en la recepción en nuestro ordenamiento adjetivo de los distintos derechos y garantías reconocidos en tratados internacionales, como la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como una esperada concreción de un derecho de contornos tan difusos como lo es el debido proceso consagrado en su Constitución Política.

Desde luego, tal recepción resultaría estéril si no se previeran igualmente mecanismos idóneos para evitar las vulneraciones a esos derechos y garantías o para conseguir que las mismas sean subsanadas, en su defecto. Entre esos últimos instrumentos reviste particular relevancia el recurso de nulidad y, en especial, su causal de la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal (en adelante, CPP), cuyo conocimiento y decisión compete a la Corte Suprema, causal que procede cuando en cualquier etapa del procedimiento o en el pronunciamiento de la sentencia se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes¹.

La singular trascendencia de esta herramienta deriva de su misma formulación, la que reconoce el superior estatus de ciertos derechos y garantías cuya esencia traza un límite que debe ser respetado durante todo el procedimiento por los agentes de persecución como por el órgano jurisdiccional, cuyos contornos son definidos o esbozados por la Corte Suprema, mediante la aplicación directa de la Constitución y los tratados internacionales en materia de derechos humanos, de manera de llenar los vacíos y sectores grises de la preceptiva legal, demarcando lo que forma o no parte de la garantía o derecho, desarrollando, por ende, una delimitación si se quiere externa, pero por otro lado fijando lo central

o medular de la misma, esto es, un encuadre interno, igualmente relevante para la aplicación del principio de proporcionalidad al determinar el grado permitido de conmovión del derecho.

Todas estas orientaciones que la Corte aporta, por cierto, contribuyen a forjar paulatinamente estándares valiosos de respeto a los derechos y garantías de los imputados y terceros, sin embargo esta trascendente labor se ha visto frenada o moderada por decisiones del mismo tribunal expedidas al demarcar las materias que comprende su competencia, así como al controlar la satisfacción de los requisitos de admisibilidad y procedencia de la causal de nulidad en estudio, que redundan en una inmerecida restricción del derecho al recurso.

Recordemos que el derecho al recurso forma parte de la garantía a un justo y racional procedimiento reconocida en el artículo 19 N° 3, inciso 6°, de la Constitución, sin perjuicio de que se consagra directamente en los artículos 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8.2 letra h) de la Convención Americana de Derechos Humanos, que también integran el ordenamiento constitucional chileno por disposición del artículo 5, inciso 2° de la carta fundamental.

Sobre el derecho al recurso del condenado penalmente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha declarado reiteradamente que el recurso debe ser accesible de manera que las formalidades requeridas para su admisión sean mínimas y no se erijan como un obstáculo para que cumpla con su fin de examinar y resolver los agravios sustentados por el recurrente; y, además, debe ser eficaz, de forma tal que, independientemente del régimen o sistema recursivo que adopten los Estados Partes y de la denominación que den al medio de impugnación de la sentencia condenatoria,

¹ Un sucinto esquema del recurso de nulidad presenta Orellana (2010, pp. 202-209), y sobre las características y finalidades de este arbitrio, v. Cerda (2010, pp. 805-807). Trata sus antecedentes históricos Núñez (2003, p. 333), Chahuán (2009, p. 348), Sandaña (2010, p. 228) y Mosquera y Maturana (2010, p. 325).

constituya un instrumento adecuado para procurar la corrección de una sanción errónea². Asimismo, se ha señalado que el derecho al recurso, en cuanto derecho fundamental, supone interpretar las normas reguladoras de los recursos en el proceso penal del modo más favorable a su admisión y sustanciación, orientándose siempre hacia la efectividad del derecho, de modo que la mayor o menor severidad en la exigencia del requisito guarde proporción de medio a fin³.

Pero en el caso de la causal de la letra a) del artículo 373 del CPP, desmedidas restricciones en su ejercicio no solo implican la lesión del mismo derecho al recurso, sino que también perpetúan la infracción de los derechos fundamentales que se denuncia mediante éste y con el cual se busca su remedio o corrección, restricciones que, por tanto, igualmente se oponen al deber de la Corte de respetar y promoverlos, consagrado en el inciso 2° del artículo 5 de la Constitución.

Por otra parte, las trabas procesales a la efectividad de este recurso, en tanto obstan la revisión de una sentencia condenatoria que priva o restringe la libertad ambulatoria del imputado, para considerarse respetuosas del principio de proporcionalidad,⁴ deben obedecer únicamente a razones o defectos graves que verdaderamente sean un obstáculo para un pronunciamiento de la Corte con el objeto de enmendar la infracción denunciada.

Entonces, la más efectiva y amplia vigencia del derecho

al recurso, y del respeto y promoción de los derechos fundamentales cuya vulneración se delata mediante el arbitrio de nulidad, debe empujar una interpretación de las disposiciones adjetivas que lo norman, que permitan su operatividad como un recurso amplio y sin restricciones de acceso provenientes de un excesivo formalismo⁵.

Como se adelantó, la jurisprudencia de la Corte desatiende los derechos y principios antes referidos, dadas las barreras que ha ido levantando para el efectivo ejercicio del derecho al recurso, principalmente por parte del condenado penalmente, las que serán el objeto de análisis y crítica de este trabajo, y que pueden agruparse como limitaciones derivadas de: 1) la reducción de su competencia por la vía de encuadrar los hechos denunciados mediante la causal de la letra a) del artículo 373 del CPP en alguno de los motivos absolutos de nulidad del artículo 374 del CPP, 2) la adición de requisitos de admisibilidad a los controlables según los artículos 380 y 383 del CPP, 3) adelantar al examen de admisibilidad un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia planteada en el recurso, 4) objetar la interposición conjunta de causales incompatibles, 5) declarar ciertas materias ajenas al recurso de nulidad, 6) restringir la legitimidad para deducir el recurso, 7) condicionar la suerte del recurso a la interposición de la causal de la letra e) del artículo 374 del CPP, y 8) una interpretación aritmética de los conceptos de sustancialidad de la infracción e influencia en lo dispositivo del fallo impugnado. Al finalizar se compendian las conclusiones que arroja este estudio.

² v. "Herrera Ulloa vs. Costa Rica", de 2 de julio de 2004, y "Norin Catrimán y otros vs. Chile", de 29 de mayo de 2014. En cuanto al derecho al recurso y sus limitaciones en el proceso penal chileno, v. Duce y Riego (2007, p. 508-509), Riego (2007, p. 435), Del Río (2012, p. 254 y 2014, p. 17) y Moreno (2013, p. 211).

³ Cortez (2006, pp. 25-26).

⁴ Aldunate (2008, p. 264), explica que el principio de proporcionalidad examina la relación existente entre una medida de la autoridad, adoptada en el ámbito de sus facultades, gravosa para sus destinatarios, y la finalidad perseguida por esa medida. Esa medida, recuerdan Núñez, Beltrán y Santander (2019, p. 159), para adecuarse a este principio, debe satisfacer copulativamente tres requisitos: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

⁵ Como describen Horvitz y López (2008, p. 360) este recurso.

1. Limitaciones derivadas de la restricción de su competencia: reconducción de la infracción denunciada mediante la causal de la letra a) del artículo 373 del CPP a alguno de los motivos absolutos de nulidad del artículo 374 del CPP

Una de las herramientas más recurrentes a que acude la Corte Suprema para circunscribir su conocimiento del arbitrio de nulidad, pero a la vez la menos estudiada, corresponde a la prevista en el artículo 383, inciso 3°, letra a), del CPP, que le permite no pronunciarse sobre su admisibilidad, sino que ordenar que sea remitido junto con sus antecedentes a la Corte de Apelaciones respectiva para que, si lo estima admisible, entre a conocerlo y fallarlo, si considera que de ser efectivos los hechos invocados como fundamento, serían constitutivos de alguna de las causales señaladas en el artículo 374 del CPP.

El examen de resoluciones en que se decide la reconducción refleja una utilización discrecional de esta vía, carente de lineamientos claros, que suele exceder los supuestos comprendidos en las causales a que reconduce, amparándose en la amplitud de los términos de algunas de éstas, en particular los de la letra c) del artículo 374, con la consiguiente contracción de la competencia de la Corte para conocer de asuntos respecto de los cuales es el tribunal natural y el menoscabo del efecto uniformador para el respeto de garantías que pueda alcanzar una decisión favorable al recurrente.

Veamos algunos ejemplos.

Respecto de la reconducción a la letra b) del artículo

374 del CPP⁶ que se decidió con fecha 8 de enero de 2020, Rol N° 40.950-2019, la resolución señala que “los hechos que configuran la causal, que se han señalado como infracción de garantías constitucionales, en realidad constituye un reclamo propio de la causal del artículo 374 letra b) del Código Procesal Penal, en cuanto a que el juicio oral se reanudó sin la presencia del acusado”, no obstante que esto último se regula en artículo 285 del CPP y no en las normas que trata dicho motivo de nulidad.

En cuanto al encuadre en la causal de la letra c) del artículo 374 del CPP⁷, dada la vaguedad de su texto constituye un asiduo camino para el reenvío, que suele abarcar infracciones que, en su formulación, parecen afectar sustancialmente el derecho al debido proceso, como ocurre en la sentencia de 30 de abril de 2020, Rol N° 42.804-2020, en la que el recurrente protesta porque el tribunal de juicio oral en lo penal no accedió a la petición para reprogramar la audiencia, solicitud basada en “que uno de los testigos tiene domicilio en Perú, y ante el cierre de las fronteras le resultaba imposible prestar declaración”⁸.

Sobre la reconducción a la causal de la letra e) del artículo 374 del CPP⁹, es corriente que la Corte encasille los reclamos por infracción a la presunción de inocencia,

⁶ “Cuando la audiencia del juicio oral hubiere tenido lugar en ausencia de alguna de las personas cuya presencia continuada exigen, bajo sanción de nulidad, los artículos 284 y 286”.

⁷ “Cuando al defensor se le hubiere impedido ejercer las facultades que la ley le otorga”.

⁸ También sobre esta materia, sentencias de 30 de abril de 2020, Rol N° 42.873-2020; 14 de julio de 2020, Rol N° 78.852-2020; y 1 de septiembre de 2020, Rol N° 95.056-2020.

⁹ “Cuando, en la sentencia, se hubiere omitido alguno de los requisitos previstos en el artículo 342, letras c), d) o e)”.

como atinentes al establecimiento de los hechos propios de la mencionada causal, como se aprecia en fallo de 20 de octubre de 2020, Rol N° 124.395-2020, en el que se acusa la vulneración de “la garantía de la presunción de inocencia, el debido proceso, así como

denuncia una errónea valoración de la prueba”¹⁰. Se observa igual resultado si se cuestiona la imparcialidad del tribunal a partir de la fundamentación del fallo, por ejemplo, en sentencia de 25 de noviembre de 2020, Rol N° 134.015-2020¹¹.

2. Limitaciones por la vía de adicionar elementos sujetos al control de admisibilidad previsto en los artículos 380 y 383 del CPP

En diversos pronunciamientos, la Corte ha declarado inadmisibles recursos de nulidad por motivos no contemplados expresamente entre aquellos que pueden ameritar esa sanción procesal conforme a los artículos 380 y 383 del CPP, no obstante el carácter estricto con el que deben interpretarse estas normas, no solo dada su misma naturaleza de sanción, sino por mandato del inciso segundo del artículo 5 del CPP en relación al imputado, toda vez que lo contrario conlleva restringir su derecho al recurso. Revisemos algunos de los extremos que ha escrutado y sancionado la Corte:

a) No señalamiento de la sustancialidad de la infracción, en sentencia de 9 de abril de 2020, Rol N° 33.124-2020, lo que acarrearía “no cumplir las exigencias previstas en el artículo 378 del Código Procesal Penal”¹².

b) No indicación de la forma —conjunta o subsidiariamente— en que se interponen las causales de las letra a) y b) del artículo 373 del CPP, en fallo de 22 de octubre de 2019, Rol N° 29.124-2019, señalando que

con ello se incumple “la exigencia prevista en el artículo 378 del Código Procesal Penal”.

c) Formulación de peticiones que “no resultan congruentes” con la causal propuesta, en pronunciamiento de 19 de diciembre de 2019, Rol N° 36.495-2019, al no solicitar la nulidad del juicio oral y de la sentencia pese a haber deducido la causal de la letra a) del artículo 373 del CPP.

En el primer supuesto, la Corte parece considerar que la explicación de la sustancialidad de la infracción está comprendida dentro de los fundamentos de derecho que debe contener el arbitrio, conclusión que se comparte, siempre que no se descarte que ese aspecto pueda desprenderse del mismo desarrollo que se lleve a cabo en el libelo.

En cuanto a los dos últimos asuntos, esto es, la indicación de la forma en que se interponen las causales y que se trate de peticiones congruentes con la causal

¹⁰ Igual determinación en sentencias de 11 de febrero de 2020, Rol N° 2.894-2020; 11 de febrero de 2020, Rol N° 14.768-2020; 8 de abril de 2020, Rol N° 30.154-2020; 1 de septiembre de 2020, Rol N° 97.367-2020; y 1 de septiembre de 2020, Rol N° 97.243-2020. Esos motivos, ahora, para rechazar la misma causal, en sentencia de 27 de febrero de 2020, Rol N° 26.890-2019. Asimismo, si se cuestiona la integridad o continuidad de la cadena de custodia, la Corte asume que es una materia relativa a la valoración del objeto de la custodia quebrantada, como en fallo de 16 de abril de 2020, Rol N° 14.771-2020.

¹¹ Algunos autores puntualizan que al revisar la Corte la vigencia de las garantías procesales que establecen exigencias respecto del modo en que los jueces deben apreciar la prueba, puede revisar el modo en que el tribunal del juicio ha apreciado la prueba y determinado los hechos que ha tenido por ciertos, y si estima que esa apreciación vulnera los estándares exigidos puede anular la decisión ordenando siempre en ese caso un nuevo juicio, así Riego (2007, p. 442), Duce y Riego (2007, pp. 517-518), Accatino (2009, p. 349) y Del Río (2014, p. 92).

¹² Además, sentencia de 15 de diciembre de 2020, Rol N° 139.997-2020.

deducida, la Corte parece también estimar que se trataría de exigencias inmanentes a la misma expresión de los fundamentos de derecho y de las peticiones concretas, respectivamente, disquisición que resulta atendible, pues la correcta expresión o formulación de las causales y de las peticiones es indispensable para la adecuada tramitación, conocimiento y decisión del recurso, empero, no puede desconocerse que los artículos 380 y 383 del CPP no prevén estas menciones como motivos para declarar la inadmisibilidad del arbitrio, por lo que, conjugando

ambos aspectos, creemos que para precaver coartar injustificadamente el derecho al recurso respecto de una sentencia condenatoria en materia penal, y teniendo en vista de que se trata de omisiones o defectos formales fácilmente subsanables, lo proporcional sería otorgar un plazo acotado al recurrente para corregirlos antes de aplicar derechamente la sanción de inadmisibilidad, tal como se acostumbra en caso de errores en el ofrecimiento de la prueba conforme al artículo 359 del CPP.

3. Limitaciones por la vía de adelantar al examen de admisibilidad un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia planteada en el recurso

Según sentencia de 17 de febrero de 2020, Rol N° 15.031-2020, el recurso protesta porque el juzgado de garantía omitió escriturar y notificar la sentencia dictada en un procedimiento simplificado. La Corte declara inadmisibile el arbitrio porque “al no ser efectivos los hechos constitutivos de la causal de nulidad interpuesta, el recurso carece (*sic*) de manifiesta falta de fundamentos”.

Aquí, en realidad, el recurso no omite expresar razones, sino que las que presenta son erradas —conclusión

que para ser alcanzada, como el mismo fallo admite, oficiosamente se procedió a “la revisión del sistema Siagj”—. Si bien puede parecer una decisión acertada para evitar sustanciar un recurso que evidentemente no tiene sustento fáctico, nos interesa resaltar que de extenderse esta forma de dirimir el fondo de lo planteado en los recursos ya en el examen de admisibilidad, en otros casos puede injustificadamente limitar el derecho de la parte afectada a explicar y acreditar los fundamentos del recurso en la respectiva audiencia.

4. Limitaciones por la vía de objetar la interposición conjunta de causales incompatibles

La Corte igualmente ha demostrado excesivo formalismo, similar al que evidencia en el tratamiento del recurso de casación regulado en el Código de Procedimiento Penal de 1906, frente a arbitrios que se basan en causales incompatibles formuladas conjuntamente, como en sentencia de 12 de febrero de 2020, Rol N° 132.331-2020, donde el libelo rechazado se funda en los motivos de los artículos 373 letra a) y 374 letra e) del CPP, objetando por la primera el que

se haya admitido una declaración por Zoom desde el hogar del testigo y, por la segunda, su valoración en el juicio, decidiendo la Corte que “en primer lugar se cuestiona la forma de incorporar la prueba testimonial, para luego cuestionar su apreciación, lo cual supone el reconocimiento de su validez. Se trata, entonces, de motivos de nulidad que, en la forma propuesta, resultan del todo contradictorios”.

Por cierto que en el fallo comentado se incurre en el defecto detectado, sin embargo, una interpretación que promueva la eficacia del derecho al recurso, debiera implicar al menos pronunciarse sobre la causal de competencia natural de la Corte, sin perjuicio de desestimar la otra por resultar incompatible con aquélla y no haberse deducido en subsidio, ya que de otra forma

podrían dejarse sin sanción las infracciones de derechos fundamentales denunciadas, por meros defectos en su formulación en relación a otra causal, lo cual no parece armónico con el deber de respetar y promover esos derechos consagrado en el inciso 2° del artículo 5 de la Constitución.

5. Limitaciones por la vía de declarar ciertas materias ajenas al recurso de nulidad

La Corte ha excluido de manera general ciertas materias como objeto de su conocimiento, incluso en sede de admisibilidad, con lo cual no sólo cercena su competencia por vía interpretativa, sino que priva absolutamente al recurrente de la posibilidad de demostrar en el caso particular la existencia de la infracción, con lo cual restringe nuevamente el derecho al recurso del agraviado. Revisemos algunos de esos ámbitos:

a) Desempeño del defensor en las audiencias de preparación del juicio oral y de juicio oral: en resolución de 14 de abril de 2020, Rol N° 33.343-2020, se explicó que “la valoración de la actuación profesional no es un asunto sobre el cual deba pronunciarse este Tribunal y escapa además, a la naturaleza del recurso de nulidad, apareciendo del contenido del presente arbitrio, que el actual representante del acusado discrepa de la calidad que tuvo la defensa ofrecida por quien la condujo en las audiencias de preparación de juicio oral y de juicio oral, de modo que la pretensión invalidatoria no puede prosperar”¹³. Esta resolución anticipa una decisión sobre el fondo de lo planteado por el recurrente, ya que dirimir si se trata de una mera discrepancia sobre el desempeño del defensor anterior o una auténtica situación de indefensión requiere conocer los antecedentes de la causa y escuchar a las partes en la correspondiente audiencia. Esta línea jurisprudencial, además, genera el

peligro de exceptuar de revisión y enmienda, procesos en los que objetivamente la actuación del letrado no supere el umbral mínimo que debe garantizar el Estado, riesgo que al menos se disipa si, en vez de declarar inadmisibles este reclamo, se lo subsume en la causal del artículo 374 letra c) del CPP y se remite a la Corte de Apelaciones competente su conocimiento, tal como se llevó a cabo en otras oportunidades, como en fallo de 30 de abril de 2020, Rol N° 42.873-2020.

b) No suspensión del procedimiento de conformidad con el artículo 458 del CPP: en sentencia de 15 de diciembre de 2020, Rol N° 138.481-2020, la Corte declara inadmisibles el recurso, señalando que “lo que se ataca en definitiva es que no se hubiese dado lugar a la petición de enajenación mental, desde que consta de los antecedentes, fue materia de discusión, debate y resolución en su oportunidad, e incluso fue objeto de pronunciamiento por la Corte de Apelación respectiva en su oportunidad y de esta Corte Suprema, pero aún de no haber sido revisado aquello, lo cierto es que los fundamentos en que descansa la causal principal de nulidad interpuesta por la defensa, exceden el ámbito del recurso de nulidad”. El que esa cuestión haya sido objeto de debate y resolución anteriormente, no puede erigirse sin más como óbice para la admisibilidad de este arbitrio, menos aún si su reclamo previo es precisamente

¹³ En el mismo sentido, sentencia de 4 de febrero de 2020, Rol N° 2.892-2020.

una exigencia del artículo 377 del CPP. Dejando de lado esto, sí resultará procedente la causal del artículo 373 letra a) en el evento de que efectivamente el juzgado de garantía haya cometido una infracción sustancial a derechos fundamentales durante el procedimiento llevado adelante para establecer la imputabilidad, por ejemplo, zanjar ese punto sin requerir previamente un informe al Servicio Médico Legal o hacerlo fuera de audiencia sin escuchar a los intervinientes, desde que el resultado de esa decisión en definitiva puede provocar someter al imputado a un procedimiento ordinario que no prevé los resguardos procesales adecuados que amerita esa condición.

c) Infracción de garantías fundamentales al interpretar el contenido de un tipo penal: en sentencia de 14 de febrero de 2020, Rol N° 15.033-2020, en la que el recurso

denuncia “la infracción a la dignidad personal, libertad y autonomía, así como a la garantía al debido proceso y a otras que señala en su recurso, toda vez, que (...) estos hechos de acuerdo a los antecedentes que obran en el proceso sería una conducta de auto cultivo”, se decide “que lo alegado por el impugnante dice relación con la errónea aplicación del derecho, cuestión que, a pesar que se invocan garantías constitucionales que se dicen vulneradas, aquello constituye más bien la causal de nulidad del literal b) del artículo 373 del Código Procesal Penal”¹⁴. Esta decisión supone atenuar el rol primordial de la Corte para definir el influjo de los derechos fundamentales, acotándolo únicamente a su interacción con las normas adjetivas y no así con las sustantivas, no obstante la relevancia de esos derechos en la exégesis de los tipos penales y la determinación de la conducta penalmente prohibida.

6. Limitaciones por la vía de restringir la legitimidad para deducir el recurso

La Corte, por las razones y en los supuestos que se citarán a continuación, ha impedido el ejercicio del derecho al recurso del imputado y la víctima, supeditando la admisibilidad y procedencia del arbitrio a condiciones desarrolladas en el ámbito comparado que no sintonizan del todo con el ordenamiento procesal chileno, en la primera hipótesis analizada y, en la segunda, oponiéndose al texto expreso de la ley.

6.1. El recurso puede interponerse únicamente por el afectado directamente por la infracción de garantías

Ha sido uniforme la jurisprudencia del Máximo Tribunal

en señalar que el arbitrio de nulidad en el que se protesta por la valoración de prueba obtenida ilícitamente, debe deducirse por el agraviado inmediatamente por la infracción de garantías de la que proviene esa ilicitud, como se decidió en sentencia de 22 de noviembre de 2016, Rol N° 73.836-2016, declarando al rechazar el recurso que “el eventual vicio que se reclama afectó a una persona distinta a la imputada, quien no formuló cuestionamiento alguno a la actuación sino que, muy por el contrario, prestó declaración en el juicio oral admitiendo la transacción ilícita”¹⁵. Incluso ha propugnado esta tesis al decidir la inadmisibilidad del pleito, por ejemplo, en sentencia de 20 de octubre de 2020, Rol N° 122.149-

¹⁴ De igual forma, en fallos de 23 de diciembre de 2019, Rol N° 36.736-2019 y 16 de septiembre de 2020, Rol N° 104.407-2020, este último en el que se impugna el rechazo a declarar la media prescripción de la acción penal. En casos similares, la Corte sí ha aceptado la admisibilidad de la causal de la letra a) del artículo 373, como en sentencia de 4 de junio de 2015, Rol N° 4.949-2015, pero al resolverla se indica que lo alegado se acomoda más bien a la de la letra b) del artículo 373, interpuesta en subsidio, que en definitiva acoge.

¹⁵ El mismo derrotero en sentencias de 24 de julio de 2017, Rol N° 24.860-2017; 8 de enero de 2018, Rol N° 42.684-2017; 3 de junio de 2019, Rol N° 9.140-2019; 27 de enero de 2020, Rol N° 33.699-2019; y 8 de abril de 2021, Rol N° 14.317-2021.

2020, la que expresa que “el reclamo se funda en la afectación de garantías de terceras personas, a lo que cabe agregar que no se ha demostrado que los afectados por las actuaciones que el recurrente considera viciadas no han hecho uso del sistema recursivo, lo que resta fuerza a los argumentos en los que sustenta su reclamo, de tal forma que sus alegaciones carecen del agravio necesario”.

Esta línea jurisprudencial supone aceptar que antecedentes que, indiscutiblemente, sean obtenidos mediante una actuación que afecta los derechos fundamentales de una persona distinta al imputado, pueden servir de fundamento para la decisión condenatoria y para la consiguiente restricción de libertad¹⁶.

De la mano de lo propuesto por diversos autores¹⁷, sostenemos que el acusado está legitimado para recurrir de nulidad contra la sentencia que se funda en prueba ilícitamente obtenida de terceros, por las siguientes razones:

a) El criterio que se examina no halla asidero en el texto del artículo 373 letra a) del CPP ni en los artículos 380 y 383 como motivo de inadmisibilidad, y respecto a la alusión a la falta de “agravio” efectuada en el último fallo arriba citado, que nos remite al artículo 352 del CPP, cabe precisar que dicho precepto se refiere al agravio causado por la resolución judicial, que en el caso del imputado proviene de la imposición de la condena, y no al agravio inmediato ocasionado por la actuación policial

que vulnera un derecho fundamental sobre el que se pronuncian los fallos comentados.

b) De otra forma se contraviene lo expresado en innumerables sentencias de la misma Corte¹⁸, en las que la ineficacia de la prueba ilícita se construye en la preservación de la integridad judicial, conforme a la cual dicha atención en el titular del derecho vulnerado carecería de asidero pues, en definitiva, en cualquier caso el fallo se cimenta sobre la base de una infracción a garantías fundamentales que no puede ser aceptada¹⁹.

c) Si la Corte estimara que el fundamento de la ineficacia probatoria es la disuasión (*deterrence*) de los agentes de persecución en la obtención de evidencia por medios ilícitos, una aplicación más amplia de la exclusión de prueba en favor de estos terceros tendrá igualmente un efecto mayor en la reducción de la frecuencia de este tipo de infracciones.

d) Si bien el derecho a la privacidad o libertad personal afectado puede corresponder a un tercero, la utilización en el juicio de la prueba derivada de esa ilicitud constituirá una infracción directa al debido proceso del propio imputado²⁰.

e) Además, con la postura de la Corte, pierden efectividad todas las normas que regulan las diligencias que privan, restringen o perturban derechos cuando éstos el titular no es el imputado sino un tercero, o lo es un coimputado que no recurre de nulidad, con la consiguiente desprotección que acarrea, pues desincentiva el apego

¹⁶ Así la Corte sigue la doctrina del *standing* de su par estadounidense aplicada en *Rakas v. Illinois*, 439 U.S. 128 (1978). En Alemania se llega a similar conclusión, pero como resultado de la fuerte orientación hacia las reglas de la casación en el tratamiento de las prohibiciones de valoración, de las que se desprende que sólo podrían alegarlas aquellos que han sufrido agravio por su infracción, v. Hernández (2005, p. 41).

¹⁷ Hernández (2005, p. 70) y Horvitz y López (2008, pp. 213-214 y 414).

¹⁸ Entre muchos otros, v. fallos de 23 de mayo de 2016, Rol N° 21.430-2016; 20 de abril de 2017, Rol N° 39.475-2016; 6 de diciembre de 2018, Rol N° 26.422-2018; 7 de marzo de 2019, Rol N° 2.224-2019; y 25 de junio de 2021, Rol N° 25.386-2021.

¹⁹ Según el criterio de la integridad judicial, como comentan Horvitz y López (2008, p. 183), lo que justifica la regla de exclusión es la convicción de que en la persecución penal no pueden admitirse métodos que ofenden el sentido comunitario de juego limpio y decencia. Sobre este punto, también Hernández (2005, p. 14) y Zapata (2004, pp. 46-55) quien fundamenta la regla de exclusión en la supremacía constitucional y la vinculación directa de la Constitución, así como en la garantía del debido proceso.

²⁰ En fallo de 25 de mayo de 2010, Rol N° 1.741-2010, se enseña que la ilicitud de la prueba forma parte del contenido nuclear del derecho a la presunción de inocencia, concepto fuertemente ligado al debido proceso.

por parte de los agentes de persecución al procedimiento debido en esos supuestos.

f) En definitiva, seguir la doctrina en comento impulsaría el uso en juicio de evidencia que los agentes de persecución han obtenido, incluso deliberadamente, violando los derechos fundamentales de quienes no son imputados en la investigación.

6.2. El recurso del Ministerio Público y del querellante no puede descansar en la infracción de garantías fundamentales

Si durante el procedimiento se ha afectado el derecho al debido proceso de un interviniente distinto al imputado y su defensa, como si se impide al fiscal incorporar al juicio su prueba enunciada en el auto de apertura, el recurso de nulidad deducido por el fiscal o el querellante que impugne la sentencia absolutoria resultante de dicha afectación será rechazado por la Corte conforme a su jurisprudencia constante de la última época, por ejemplo, sentencia de 2 de julio de 2019, Rol N° 12.003-2019 en la que declara que la causal de la letra a) del artículo 373 CPP “busca remediar las infracciones sustanciales a

derechos y garantías fundamentales del imputado, esto es, de quien se enfrenta a la persecución de los órganos del Estado encargados de ello, persecución mediante la que se pretende la imposición de una sanción penal en su contra y, por consiguiente, se expone el perseguido, de no enmendarse esas infracciones, a una privación o restricción de su libertad personal y otros derechos, carente de legitimidad”²¹.

Este discernimiento, aun cuando plausible en lo tocante a las protestas del fiscal, ya que atendidas las razones que expone la Corte, pueden limitarse las resoluciones judiciales contra las que ese interviniente tiene facultad para recurrir según el artículo 352 del CPP, no parece igualmente viable en lo alusivo a la víctima, toda vez que se opone frontalmente el artículo 109 letra f) del CPP, que le reconoce la facultad de impugnar la sentencia absolutoria, incluso “cuando no hubiere intervenido en el procedimiento”, lo que revela el claro propósito del legislador de conferirle los medios para insistir en el ejercicio de la acción penal que el artículo 83 de la Constitución le reconoce.

²¹ También, fallos de 31 de enero de 2020, Rol N° 250-2020; 17 de marzo de 2020, Rol N° 24.696-2020; y 9 de abril de 2020, Rol N° 30.166-2020. Este criterio incluso ha servido de apoyo para la declaración de inadmisibilidad, v. fallos de 31 de enero de 2020, Rol N° 1.561-2020 y 30 de abril de 2020, Rol N° 42.778-2020, los que incrementan los supuestos ya analizados en el apartado 2 *at supra* en que la Corte adiciona requisitos de admisibilidad no previstos en la ley. Repasan esta jurisprudencia, Cerda (2010, p. 814), Núñez (2012, pp. 244-246) y Blanco (2011, p. 541-542). La doctrina se halla dividida en este punto. Niegan la comentada legitimidad: Maier (2004, pp. 708-709), Hernández (2005, p. 65), Rieutord (2007, p. 33), Duce y Riego (2007, p. 523) y Horvitz y López (2008, pp. 360-361 y 410). Mientras que Tavorari (2005, pp. 268-269), Cortez (2006, p. 75), Mosquera y Maturana (2010, p. 325) y Del Río (2012, p. 266), admiten esta legitimación.

7. Limitaciones por la vía de condicionar la suerte del recurso a la formulación de la causal de la letra e) del artículo 374 del CPP

La Corte ha aceptado la audiencia de juicio oral como instancia oportuna para discutir y probar el modo ilícito en que se obtuvo la prueba incluida en el auto de apertura,²² no obstante el pronunciamiento anterior del juzgado de garantía que lo descarta y, por ende, ha admitido conocer recursos de nulidad en los que precisamente se protesta por la valoración de prueba que se tacha de ilegítima por el recurrente²³. Es más, alegar tal ilicitud en aquel estadio del proceso parece ser una exigencia de admisibilidad del recurso de nulidad conforme al artículo 377 del CPP, que requiere haber “reclamado oportunamente del vicio o defecto”²⁴.

Pues bien, puede el defensor discrepar de la dinámica de hechos que el tribunal establece como aquella en la que se habría obtenido la prueba y a base de la que desestima la petición para declarar la ilicitud de su obtención. Verbigracia, el defensor postula que el imputado no manipulaba el arma de fuego que se encuentra después tirada en la cercanía, cuando es avistado por los policías, relato en que se afirma su alegación de que dichos agentes llevan a cabo un control de identidad sin el indicio habilitante que requiere el artículo 85 del CPP, mientras que la sentencia establece lo opuesto —que sí manipulaba el arma al ser divisado—. En episodios

como éste, habitualmente en el libelo en que se formula el recurso de nulidad fundado en la causal de la letra a) del artículo 373 del CPP, conforme con el artículo 359 del mismo código, se ofrecen como medios de prueba para acreditar los supuestos fácticos que componen la causal invocada, el registro de audio de las declaraciones prestadas en el juicio oral por los policías actuantes, o se alude a las transcripciones que de ellas se efectúa en la sentencia que dicta el tribunal de la instancia, o al contenido del parte policial, buscando con ello que la Corte, para dirimir la licitud del acto cuestionado, tenga por cierto un escenario fáctico diverso al que fijaron los magistrados del grado.

Al respecto, la Corte reiteradamente ha rehusado valorar esos elementos probatorios al conocer un recurso de nulidad y, por ende, se ha excusado de establecer los sucesos de una manera diferente a aquella que sentaron los magistrados, en síntesis, porque desconocerlos y sustituirlos por otros significaría abrir una nueva ventana para discutir lo ya concluido por el tribunal *a quo*²⁵. Ha señalado la Corte, además, en sentencia de 23 de diciembre de 2019, Rol N° 29.032-2019, que al “no haber acusado el recurrente que en la sentencia se

²² Ver sentencias de 30 de enero de 2018, Rol N° 44.457-2017; 19 de diciembre de 2019, Rol N° 20.397-2019; 19 de diciembre de 2019, Rol N° 20.424-2019; y 8 de abril de 2021, Rol N° 14.317-2020. Aisladamente, en sentido opuesto, la sentencia de 16 de junio de 2021, Rol N° 17.299-2021, que declaró que la audiencia de preparación de juicio oral es la instancia en que debe producirse el debate acerca de la prueba que habrá de rendirse en el juicio oral, pudiendo en esta oportunidad solicitarse su exclusión, agregando que no puede abrirse debate sobre la prueba admitida por el juzgado de garantía en el auto de apertura de juicio oral, ya que dicha resolución, al encontrarse firme o ejecutoriada, ha adquirido autoridad de cosa juzgada.

²³ La competencia y facultad del tribunal de juicio oral en lo penal para excluir de la valoración los medios de prueba que estime ilícitos, es avalada por Hernández (2005, p. 90); Romero (2007, p. 25); y Awad, Contreras y Schürmann (2013, p. 416). En sentido opuesto, Tavolari (2003, pp. 151-160), Horvitz y López (2008, pp.197-204) y Cortés-Monroy (2018, pp. 661-692).

²⁴ Así se decidió en fallo de 9 de junio de 2020, Rol N° 62.816-2020.

²⁵ v. sentencias de 26 marzo 2018, Rol N° 2.519-2018; 26 de junio de 2019, Rol N° 12.166-2019; y 22 de enero de 2020, Rol N° 29.160-2019. Concuerdan con reservar el establecimiento de los hechos a los tribunales de las instancias, Jiménez (2003, p. 277), Tavolari (2005, p. 211), Carocca (2009, p. 185) y citando jurisprudencia en el mismo sentido, Blanco (2011, p. 525) y Núñez (2012, p. 243). Críticos frente a dichas limitaciones basadas en la oralidad e inmediatez, son Cortez (2006, p. 319), Accatino (2009, p. 355), Del Río (2012, p. 279) y Palomo y Lorca (2018, p. 37).

hubiese incurrido en el defecto que sanciona con nulidad el artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal, (...) no resulta posible discurrir en base a hechos distintos de los asentados en el fallo”²⁶.

Si bien adherimos a la preocupación de la Corte expresada en el primer fallo citado, la solución que entrega en la segunda sentencia mencionada es aparente. En efecto, en ésta pareciera afirmar que, de haberse interpuesto también la causal de la letra e) del artículo 374, la Corte se encontraría en buen pie, entonces, para modificar los hechos descritos por el tribunal *a quo* sobre la forma en que se obtuvo la prueba para, a renglón seguido, sobre la base de este nuevo relato dar lugar a la causal de la letra a) del artículo 373, lo que resulta equivocado. En efecto, si se deduce la causal de la letra e) del artículo 374 del CPP para cuestionar la forma en que se establecen los hechos que constituyen la infracción de garantías fundamentales, pueden presentarse los siguientes escenarios, ninguno de los cuales permite salvar el escollo en comento: primero, si esa causal se plantea en subsidio de la letra a) del artículo 373, aquélla no va a ser tenida en cuenta al resolverse ésta, sea que se acoja o rechace; segundo, si la causal principal es la de la letra e) del artículo 374, de darse lugar a ésta, la Corte no se pronunciará de la letra a) del artículo 373; y si se deducen conjuntamente las causales mencionadas, la Corte podría estimarlas incompatibles y rechazarlas ambas, como ya se examinó en la sección 4 *at supra* o, de acogerse la causal de la letra e) del artículo 374, la Corte nada más podría ordenar repetir el juicio, pero no fijar los hechos de manera diversa y basada en éstos dar lugar a la causal de la letra a) del artículo 373.

Pareciera el único remedio a este atolladero que el recurrente funde su arbitrio de nulidad en la causal de la letra e) del artículo 374, buscando con ello primero invalidar el juicio y la sentencia por un defecto de ésta en la determinación de los hechos referidos al modo en que se obtiene la prueba objetada, de manera que, en el eventual segundo juicio, una vez fijados correctamente los hechos, el tribunal sí tenga por configurada la infracción de derechos. Sin embargo, esta alternativa no está exenta de reparos pues, si en el segundo juicio los sentenciadores vuelven a fijar los mismos hechos del primer juicio anulado o no obstante su establecimiento del modo que busca la defensa concluyen que ello no importa una infracción de derechos fundamentales, traerá como corolario la imposibilidad de presentar un nuevo recurso de nulidad, como prescribe el artículo 387 del CPP y, por consiguiente, al cabo de este rodeo se llegará al mismo punto muerto.

Como se observa, las implicancias de las resoluciones en análisis, conjugadas con la preceptiva aplicable —artículo 387 del CPP— limitan severamente las posibilidades de plantear, discutir y probar una infracción de derechos fundamentales ante la Corte, con lo que quedan, entonces, confinados los casos en que podría acoger este recurso de nulidad a aquellos en que el impugnante no discute los hechos que tiene por ciertos el tribunal *a quo*, sino únicamente si éstos permiten calificar de ilícita la forma en que se obtuvo la prueba cuestionada.

²⁶ De igual modo en fallos de 23 de diciembre de 2019, Rol N° 29.032-2019; 13 de marzo de 2020, Rol N° 14.733-2020; 19 de marzo de 2020, Rol N° 15.028-2020; y 26 de marzo de 2020, Rol N° 14.773-2020.

8. Limitaciones por la vía de una interpretación aritmética de los conceptos de sustancialidad de la infracción e influencia en lo dispositivo del fallo impugnado

La Corte, en diversos fallos²⁷, ya sea al tratar el extremo de la sustancialidad de la infracción o su influencia en lo dispositivo del fallo —requisito que también estima pertinente a la causal de la letra a) del artículo 373—²⁸, suele dirimir su concurrencia atendiendo si la prueba rendida en el juicio que no proviene de aquella actuación a la que el impugnante endilga ilegalidad resultaba o no igualmente suficiente para arribar a la decisión condenatoria, como lo hizo en sentencia de 11 de septiembre de 2020, Rol N° 90.633-2020: “se ha dicho que la infracción producida a los intereses del interviniente debe ser sustancial, (...) situación que no se ha advertido en la especie, toda vez que, aun prescindiéndose de los testimonios de aquellos testigos que no depusieron en sede fiscal, los sentenciadores habrían estado en condiciones de arribar a la misma conclusión con la restante prueba de cargo”, mientras que en fallo de 16 de noviembre de 2020, Rol N° 119.102-2020, se concluye que “aun cuando se estimara que el imputado declaró ante los policías sin las exigencias legales, las demás pruebas de cargo eran suficientes para establecer su autoría”, por lo que la infracción alegada

carecería de la trascendencia que demanda el artículo 375 del CPP²⁹.

Tales disquisiciones de la Corte conducen nuevamente a una infundada limitación del derecho al recurso, desde que el ejercicio que implícitamente efectúa supone necesariamente sustituir el lugar de los jueces de la instancia y, en cierta forma, volver a valorar los antecedentes probatorios incorporados en el juicio, de manera de sopesar si aquellos no afectados por la ilegalidad son bastantes todavía para mantener la convicción condenatoria, operación que, desde luego, se realiza conforme a la apreciación personal de los jueces del tribunal de nulidad. Por otra parte, lo valorado para estos efectos ni siquiera será la misma prueba rendida en el juicio, sino el mero extracto, resumen o nota que de ella se ha hecho en el fallo impugnado, compendio que generalmente se confeccionará buscando destacar aquellos aspectos de la prueba que sirvieron a los sentenciadores para respaldar su decisión condenatoria, por lo que el conocimiento de la Corte es altamente

²⁷ Exponen parte de esta jurisprudencia, Pfeffer (2010, pp. 247-248), Blanco (2011, pp. 529 y 564) y, además, su análisis, en Rodríguez (2020, p. 69).

²⁸ Entre los autores, Cortez (2006, p. 147) menciona tres supuestos de limitaciones al recurso de nulidad, que en realidad corresponden a un mismo y único motivo: la trascendencia, la falta de influencia en lo dispositivo y la falta de perjuicio. Para Rieutord (2007, p. 42-43), una infracción sustancial de garantías en el juicio no necesariamente podrá verse reflejada en la sentencia respectiva, sin embargo, puntualiza que el principio de trascendencia está recogido en esta causal bajo el concepto de sustancialidad, la que estaría dada por las consecuencias efectivas y constatables que la infracción en cuestión produjo al recurrente; Horvitz y López (2008, pp. 414-415) sostienen que el requisito de una “infracción sustancial” pretende sustituir el de “influencia en la parte dispositiva de la sentencia” que el artículo 375 contempla para la causal de la letra b) del artículo 373, aunque igualmente consideran aplicable este último a la causal de la letra a) del artículo 373 por la exigencia general de agravio en todo recurso y de perjuicio aplicable a toda nulidad; Cerda (2010, p. 811 y 821), por su parte, indica que el recurrente debe haber sufrido un perjuicio consistente en la privación de algún beneficio o facultad procesal dentro del procedimiento, lo que se desprende de lo señalado en el artículo 375 del CPP, agregando que los vicios que autorizan el recurso de nulidad deben estar presentes en la parte resolutive de la sentencia o al menos incidir en ella, mientras, Moreno (2013, p. 215) postula que de la exigencia de sustancialidad de la infracción se desprende la de un perjuicio efectivo.

²⁹ Bajo similares argumentos, v. sentencias de 21 de febrero de 2017, Rol N° 100.710-2016; 7 de marzo de 2018, Rol N° 1.127-2018; 3 de junio de 2019, Rol N° 9.140-2019; 30 de septiembre de 2019, Rol N° 23.136-2019; 28 de octubre de 2019, Rol N° 21.413-2019; 29 de mayo de 2020, Rol N° 42.776-2020; 11 de septiembre de 2020, Rol N° 90.633-2020; y 7 de octubre de 2020, Rol N° 97.242-2020.

fragmentario y de baja calidad. Además, el razonamiento en examen empuja a soluciones de corte aritmético como afirmar, por ejemplo, que de prescindirse de un testimonio, todavía se contaría con otros dos testigos que entregaron el mismo relato, dejando de lado la relevancia que individualmente le hayan otorgado los jueces a cada deposición según lo apreciado directamente en el examen y contraexamen, como si el testimonio viciado es aportado por un testigo presencial mientras que los que se mantienen corresponden a testigos de oídas de la víctima. Asimismo, este criterio importaría dejar sin sanción un gran número de infracciones de garantías fundamentales cometidas en la obtención de evidencia, las que siempre se diluirían frente a alguna otra prueba de cargo válidamente obtenida a la que la Corte pudiera echar mano para estos efectos³⁰.

La línea de razonamiento que propugnamos se siguió por la misma Corte en sentencia de 9 de enero de 2018, Rol N° 28.305-2018 al decidir que la omisión imputable al juzgado

de garantía de no incluir en el auto de apertura los testigos ofrecidos por la defensa no puede alzarse como impedimento para que declaren en el juicio oral y, al no resolverlo de ese modo, el tribunal de juicio oral en lo penal vulnera el derecho al debido proceso del imputado, ello, sin detenerse la Corte en la relevancia de esos testigos para zanjar si sus declaraciones habrían cambiado lo decidido por el *a quo*. Señala este fallo que la “sustancialidad no dice relación con lo resolutive del fallo, ya que ello en la especie obligaría a ponderar prueba para verificar una eventual y diversa conclusión fáctica, sino con la entidad o dimensión de la vulneración de que trate. La situación es similar a los motivos absolutos: no se precisa demostrar perjuicio -porque se le presume cuando se trata de esta clase de infracciones- ni incidencia en lo resolutive, pero debe constatarse que se trata de una infracción relevante de los derechos o garantías establecidos en la Constitución y los tratados internacionales”³¹.

³⁰ Razones desarrolladas en Rodríguez (2020, p. 71). Como ahí se dijo, el criterio de la Corte solo resultaría admisible en casos en que sea palmario que los antecedentes derivados de la actuación ilegal en caso alguno incidieron en la decisión impugnada o que su contribución fue extremadamente marginal frente al cúmulo de probanzas de cargo respecto del mismo asunto, por ejemplo, la declaración de la cónyuge a la que no se advierte de la facultad de no declarar según el artículo 302 del CPP, pero que solo refirió que no estuvo presente cuando ocurrieron los hechos y nada sabe sobre los mismos.

³¹ De la misma manera, en fallos de 7 de marzo de 2019, Rol N° 2.224-2019 y de 23 de octubre de 2020, Rol N° 112.393-2020. Por otra parte, la Corte, correctamente, en general no alude a —y, por ende, no aplica— la definición y presunción de perjuicio de las normas relativas a la nulidad procesal de los artículos 159 y siguientes del CPP para la determinación de la sustancialidad de la infracción que demanda la causal de nulidad en estudio, desde que no parecen compatibles los artículos 160 y 373 letra a) porque el primero presume perjuicio en toda infracción que impida el “pleno” ejercicio de los derechos, es decir, ante cualquier impedimento menor operaría esa presunción, lo que es contrario a la exigencia de sustancialidad del segundo. Así lo ha resuelto en veredicto de 10 de octubre de 2018, Rol N° 20.749-2018. Horvitz y López (2008, pp. 415-416, n. 133), si bien estiman aprovechable el concepto de perjuicio del artículo 159 del CPP para definir la misma exigencia de la causal de nulidad de la letra a) del artículo 373 del CPP, descartan que sea suficiente para determinar el concepto de infracción sustancial, ya que ella deja de lado el problema de la entidad de la infracción con respecto al derecho comprometido. Sin embargo, la Corte ha tenido pronunciamientos en sentido contrario, como el fallo de 11 de noviembre de 2019, Rol N° 27.768-2019. Se valen de la presunción del artículo 160 CPP para establecer el perjuicio que requiere el recurso de nulidad, Mosquera y Maturana (2010, p. 338).

9. Conclusiones

El CPP concentra en la Corte Suprema la competencia para conocer el recurso de nulidad por infracciones sustanciales a derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes, correspondiente a la causal prevista en el artículo 373 letra a) de dicho texto, con lo que toca a este tribunal la invaluable labor de definir los contornos de esos derechos y garantías mediante la aplicación directa de la Constitución y los tratados internacionales en materia de derechos humanos.

Sin embargo, esta trascendente labor se ha visto devaluada por pronunciamientos del mismo Tribunal acuñados al examinar la satisfacción de los requisitos de admisibilidad y procedencia de la mencionada causal de invalidación, mediante interpretaciones que restringen injustificadamente el derecho al recurso, conforme al cual, según la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la doctrina, este medio de impugnación debiera ser accesible con mínimas formalidades para su admisión y eficaz, interpretándose sus normas reguladoras del modo más favorable a su admisión y sustanciación.

Las limitaciones al derecho al recurso, en particular al recurso de nulidad por la causal de la letra a) del artículo 373 del CPP, derivan de las siguientes causas que a continuación se enumeran y sintetizan:

1) Limitaciones derivadas de la autorrestricción de su competencia al reconducir la Corte los hechos de la causal de la letra a) del artículo 373 del CPP a alguno de los motivos absolutos de nulidad del artículo 374 del CPP como autoriza el artículo 383, inciso 3°, letra a), del CPP, lo que se ejecuta con vasta discrecionalidad sin, por tanto, apegarse a directrices definidas, amparada en la amplitud de los términos de los motivos de invalidación a que redirige.

2) Limitaciones por medio de sumar requisitos sujetos a los controles de admisibilidad previstos en los artículos 380 y 383 del CPP, como exigir el señalamiento expreso de la sustancialidad de la infracción y de la forma —conjunta o subsidiariamente— en que se interponen las causales de las letras a) y b) del artículo 373 del CPP, y objetar la formulación de peticiones no congruentes con la causal propuesta, demandas que, aunque resultan válidas para la adecuada tramitación, conocimiento y decisión del recurso, pueden salvarse otorgando un plazo acotado al recurrente para enmendar tales defectos sin privarlo del ejercicio del derecho al recurso.

3) Limitaciones por la vía de adelantar un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia planteada en el recurso al examen de admisibilidad.

4) Limitaciones procedentes de la interposición conjunta de causales incompatibles, defecto este último que no debiera estorbar para pronunciarse al menos respecto de la causal de competencia natural de la Corte, con el objeto de no dejar una eventual infracción de derechos fundamentales sin sanción procesal.

5) Limitaciones consistentes en declarar ciertas materias extrañas al recurso de nulidad, como la revisión del desempeño del defensor en las audiencias de preparación del juicio oral y juicio oral, la no suspensión del procedimiento de conformidad con el artículo 458 del CPP, y la infracción de garantías fundamentales cometidas en la interpretación del contenido de un tipo penal, lo que importa excluir de manera general ciertas materias como objeto de su conocimiento, incluso en sede de admisibilidad, con lo cual no solamente cercena su competencia por vía interpretativa, sino que priva absolutamente al recurrente de la posibilidad de demostrar en el caso particular la existencia de la infracción.

6) Limitaciones por la vía de restringir la legitimidad para deducir el recurso, al declarar que puede interponerse únicamente por el afectado directamente por la infracción de garantías, y que el fiscal y el querellante no pueden ser sujetos pasivos de ésta, supeditando en el primer caso la admisibilidad y procedencia del arbitrio a razonamientos propios del ámbito comparado que no se acomodan a nuestro ordenamiento procesal y, en el segundo, oponiéndose al texto expreso de la ley en lo referido al derecho del ofendido a impugnar la sentencia absolutoria.

7) Limitaciones por el condicionamiento de la suerte del recurso basado en la letra a) del artículo 373 a la interposición de la causal de la letra e) del artículo 374, cuando quien recurre disiente del relato fáctico establecido por el tribunal

de juicio sobre la forma en que se habría obtenido la prueba, condición que no permite solucionar esta problemática, pareciendo únicamente efectiva su formulación para, en un segundo juicio, conseguir la declaración de ilicitud.

8) Limitaciones que son consecuencia de dirimir si se presentan los extremos de sustancialidad de la infracción e influencia en lo dispositivo del fallo impugnado, según si la prueba rendida en el juicio que no proviene de aquella actuación que el impugnante tacha de ilegal, resultaba o no igualmente suficiente para arribar a la decisión condenatoria, lo que supone necesariamente sustituir el lugar de los jueces de la instancia en la valoración de la prueba rendida en el juicio, lo que se efectúa, además, mediante soluciones de corte aritmético.

Referencias

- Accatino Scagliotti, D. (2009). Forma y sustancia en el razonamiento probatorio: El alcance del control sobre la valoración de la prueba a través del recurso de nulidad. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (32), 347-362.
- Aldunate, E. (2008). *Derechos fundamentales*. Santiago: LegalPublishing.
- Awad, A., Contreras, M. y Schürmann, M. (2013). Procesal Penal. *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez*, (3), 381-429.
- Blanco Suárez, R. (2011). *Código Procesal Penal*. Santiago: Legal Publishing.
- Carocca Pérez, A. (2009). *Manual el nuevo sistema procesal penal* (5ª ed.). Santiago: Legal Publishing.
- Cerda San Martín, R. (2010). *Manual del Sistema de Justicia Penal*. T. II. (2ª ed.). Santiago: Librotecnia.
- Cortés-Monroy Fernández, J. (2018). La "valoración negativa" como exclusión de la prueba ilícita en el juicio oral. *Revista Ius et Praxis*, 24(1), 661-692.
- Cortez Matcovich, G. (2006). *El recurso de nulidad: Doctrina y Jurisprudencia* (2ª ed.). Santiago: Legal Publishing.
- Chahuán Sarrás, S. (2009). *Manual del nuevo procedimiento penal* (6ª ed.). Santiago: Legal Publishing.
- Del Río Ferretti, C. (2012). Estudio sobre el derecho al recurso en el proceso penal. *Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca*, 10(1), 245-288.
- Del Río Ferretti, C. (2014). *El derecho al recurso y recurso de nulidad penal*. Santiago: Legal Publishing.
- Duce Julio, M. y Riego Ramírez, C. (2007). *Proceso Penal*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Hernández Basualto, H. (2005). *La exclusión de la Prueba Ilícita en el Nuevo Proceso Penal Chileno*. Santiago: Universidad Alberto Hurtado.
- Horvitz Lennon, M.I. y López Masle, J. (2008). *Derecho Procesal Penal Chileno*, T. II. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Jiménez Contreras, P. (2003). *De los recursos: Proceso Penal Acusatorio*. Santiago: Metropolitana.
- Maier, J. (2004). *Derecho Procesal Penal*. T. I. (2ª ed.). Buenos Aires: Editores del Puerto.

- Moreno Holman, L. (2013). *El modelo adversarial en Chile: Ponencias sobre su implementación en la reforma procesal penal*. Santiago: Legal Publishing.
- Mosquera Ruiz, M. y Maturana Miquel, C. (2010). *Los Recursos Procesales*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Núñez Ojeda, R. (2012). *Código Procesal Penal*. Santiago: Legal Publishing.
- Núñez Vásquez, C. (2003). *Tratado del proceso penal y del juicio oral*. T. II. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Núñez, R., Beltrán, R. y Santander, N. (2019). Los hallazgos casuales en las diligencias de incautación e intervención de las comunicaciones digitales en Chile. Algunos problemas. *Política Criminal*, 14(28), 152-185.
- Orellana Torres, F. (2010). *Manual de Derecho Procesal*. T. V. (2ª ed.). Santiago: Librotecnia.
- Palomo, D. y Lorca, N. (2018). Sistema recursivo en los modelos reformados de la Justicia chilena: ¿Un avance o un retroceso? En D. Palomo (Dir.). *Justicia y proceso* (pp. 25 – 87). Santiago: DER.
- Pfeffer Urquiaga, E. (2010). *Código Procesal Penal* (2ª ed.). Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Riego Ramírez, C. (2007). El recurso de nulidad en el nuevo sistema procesal. En A. Romero (Coord.). *Estudios de derecho en homenaje a Raúl Tavolari Oliveros* (pp. 429-443). Santiago: LexisNexis.
- Rieutord Alvarado, A. (2007). *El recurso de nulidad en el nuevo proceso penal*. Santiago: Editorial Jurídica.
- Rodríguez Vega, M. (2020). *Diligencias investigativas por infracciones a la Ley N° 20.000 y debido proceso*. Santiago: Rubicón Editores.
- Romero Muza, R. (2007). *Control de Identidad y Detención* (2ª ed.). Santiago: Librotecnia.
- Sandaña Jenó, L. (2010). Recursos en el Código Procesal Penal. En *Apuntes de Derecho Procesal Penal. El Ministerio Público y el proceso penal oral* (pp. 219-236) (8ª ed.). Santiago: Legal Publishing.
- Tavolari Oliveros, R. (2003). Informe en derecho: del debate sobre la licitud de la prueba y su exclusión por parte del tribunal de juicio oral y procedencia legal de consignar en la sentencia de juicio oral las decisiones relevantes adoptadas en la audiencia. *Boletín del Ministerio Público*, (14), 151-160.
- Tavolari Oliveros, R. (2005). *Instituciones del nuevo Proceso Penal*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Zapata García, M. F. (2004). *La prueba ilícita*. Santiago: Lexis Nexis.

Jurisprudencia

- Ministerio Público contra Yanina Furlong (2010) Corte Suprema, 25 de mayo de 2010, Rol N° 1741-2010
- Ministerio Público contra Paulina González (2015) Corte Suprema, 4 de junio de 2015, Rol N° 4.949-2015
- Ministerio Público contra Constanzo Ruz (2016) Corte Suprema, 23 de mayo de 2016, Rol N° 21.430-2016
- Ministerio Público contra Lizama Rodríguez (2016) Corte Suprema, 22 de noviembre de 2016, Rol N° 73.836-2016
- Ministerio Público contra Martin Vukoicic (2017) Corte Suprema, 21 de febrero de 2017, Rol N° 100.710-2016
- Ministerio Público contra Vilches Arena (2017) Corte Suprema, 20 de abril de 2017, Rol N° 39.475-2016
- Ministerio Público contra Núñez Castillo (2017) Corte Suprema, 24 de julio de 2017, Rol N° 24.860-2017
- Ministerio Público contra Becerra Ulloa (2018) Corte Suprema, 8 de enero de 2018, Rol N° 42.684-2017
- Ministerio Público contra Trujillo Flores (2018) Corte Suprema, 7 de marzo de 2018, Rol N° 1.127-2018
- Ministerio Público contra Herrera Carilao (2018) Corte Suprema, 26 marzo 2018, Rol N° 2.519-2018
- Ministerio Público contra Carvajal Bonilla (2018) Corte Suprema, 10 de octubre de 2018, Rol N° 20.749-2018
- Ministerio Público contra Miranda Ponce (2018) Corte Suprema, 6 de diciembre de 2018, Rol N° 26.422-2018
- Ministerio Público contra De la Fuente Henríquez (2019) Corte Suprema, 7 de marzo de 2019, Rol N° 2.224-2019

Ministerio Público contra Pacheco Ruminot (2019) Corte Suprema, 3 de junio de 2019, Rol N° 9.140-2019
Ministerio Público contra González Rincón (2019) Corte Suprema, 26 de junio de 2019, Rol N° 12.166-2019
Ministerio Público contra Cifuentes Larios (2019) Corte Suprema, 2 de julio de 2019, Rol N° 12.003-2019
Ministerio Público contra Sanhueza Laurie (2019) Corte Suprema, 30 de septiembre de 2019, Rol N° 23.136-2019
Ministerio Público contra Fernando Palacios (2019) Corte Suprema, 22 de octubre de 2019, Rol N° 29.124-2019
Ministerio Público contra Bustamante Opazo (2019) Corte Suprema, 28 de octubre de 2019, Rol N° 21.413-2019
Ministerio Público contra Carvajal Guerrero (2019) Corte Suprema, 11 de noviembre de 2019, Rol N° 27.768-2019
Constructora Inversiones Fenaes Ltda. contra Elizabeth López (2019) Corte 19 de diciembre de 2019, Rol N° 36.495-2019
Ministerio Público contra González Muñoz (2019) Corte Suprema, 23 de diciembre de 2019, Rol N° 29.032-2019
Ministerio Público contra Luis Alvarado (2019) Corte Suprema, 23 de diciembre de 2019, Rol N° 36.736-2019
Ministerio Público contra Esteban Luna (2020) Corte Suprema, 8 de enero de 2020, Rol N° 40.950-2019
Ministerio Público contra Roberto Chávez (2020) Corte Suprema, 8 de enero de 2020, Rol N° 41.140-2019
Ministerio Público contra Brians Rojas (2020) Corte Suprema, 22 de enero de 2020, Rol N° 29.160-2019
Ministerio Público contra Jorge Altamirano (2020) Corte Suprema, 27 de enero de 2020, Rol N° 33.699-2019
Ministerio Público contra López Ampuero (2020) Corte Suprema, 31 de enero de 2020, Rol N° 250-20
Ministerio Público contra Olave Torres (2020) Corte Suprema, 31 de enero de 2020, Rol N° 1.561-20
Ministerio Público contra Jorge López (2020) Corte Suprema, 4 de febrero de 2020, el Rol N° 2.892-2020.
Ministerio Público contra Juan Ugarte (2020) Corte Suprema, 11 de febrero de 2020, Rol N° 2.894-2020
Ministerio Público contra Isabel Millán (2020) Corte Suprema, 11 de febrero de 2020, Rol N° 7.893-2020
Ministerio Público contra Matías González (2020) Corte Suprema, 11 de febrero de 2020, Rol N° 14.768-2020
Ministerio Público contra Ignacio Correa (2020) Corte Suprema, 12 de febrero de 2020, Rol N° 132.331-2020
Ministerio Público contra Edgardo Seisdedos (2020) Corte Suprema, 14 de febrero de 2020, Rol N° 15.033-2020
María Seguel contra Gisela Faúndez (2020) Corte Suprema, 17 de febrero de 2020, Rol N° 15.031-2020
Solange de Vidts contra Leonardo León (2020) Corte Suprema, 27 de febrero de 2020, Rol N° 26.890-2019
Ministerio Público contra Víctor Jofré (2020) Corte Suprema, 3 de marzo de 2020, Rol N° 20.925-2020
Ministerio Público contra Ermes Pequi (2020) Corte Suprema, 13 de marzo de 2020, Rol N° 14.733-2020
Ministerio Público contra Martínez Escobar (2020) Corte Suprema, 17 de marzo de 2020, Rol N° 24.696-2020
Jaime Isla contra Moisés Jeldrez (2020) Corte Suprema, 19 de marzo de 2020, Rol N° 15.028-2020
Ministerio Público contra Krishna Araya (2020) Corte Suprema, 25 de marzo de 2020, Rol N° 30.473-2020
Ministerio Público contra Camilo Barrera (2020) Corte Suprema, 26 de marzo de 2020, Rol N° 14.773-2020
Ministerio Público contra Pablo Ortiz (2020) Corte Suprema, 8 de abril de 2020, Rol N° 30.154-2020
Ministerio Público contra Alexis González (2020) Corte Suprema, 9 de abril de 2020, Rol N° 33.124-2020
Ministerio Público contra Queipul Hueiquil (2020) Corte Suprema, 9 de abril de 2020, Rol N° 30.166-20
Ministerio Público contra Ignacio Olmedo (2020) Corte Suprema, 14 de abril de 2020, Rol N° 33.343-2020
Intendencia de la Araucanía contra Daniel Canio (2020) Corte Suprema, 16 de abril de 2020, Rol N° 14.771-2020
Fegal Limitada contra Víctor Gallardo (2020) Corte Suprema, 30 de abril de 2020, Rol N° 42.778-2020
Ministerio Público contra Gabriela Llantén (2020) Corte Suprema, 30 de abril de 2020, Rol N° 42.873-2020
Ministerio Público contra Nicolás Salvo (2020) Corte Suprema, 30 de abril de 2020, Rol N° 42.804-2020
Ministerio Público contra Felipe Vega (2020) Corte Suprema, 29 de mayo de 2020, Rol N° 42.776-2020
Ministerio Público contra Hernán Farías (2020) Corte Suprema, 9 de junio de 2020, Rol N° 62.816-2020
Ministerio Público contra Jimmy Madrid (2020) Corte Suprema, 14 de julio de 2020, Rol N° 78.852-2020
Ana Ferrada contra Joel Durán (2020) Corte Suprema, 1 de septiembre de 2020, Rol N° 95.056-2020
Ministerio Público contra Daniel González (2020) Corte Suprema, 1 de septiembre de 2020, Rol N° 97.367-2020
Ministerio Público contra Jorge Sumarett (2020) Corte Suprema, 1 de septiembre de 2020, Rol N° 97.243-2020

Ministerio Público contra Jonathan Torregroza (2020) Corte Suprema, 11 de septiembre de 2020, Rol N° 90.633-2020
Ministerio Público contra Marcos Cáceres (2020) Corte Suprema, 16 de septiembre de 2020, Rol N° 104.174-2020
Ministerio Público contra Guillermo Ibarra (2020) Corte Suprema, 16 de septiembre de 2020, Rol N° 104.407-2020
Ministerio Público contra Iván Morovic (2020) Corte Suprema, 7 de octubre de 2020, Rol N° 97.242-2020
Ministerio Público contra Josué Ávila (2020) Corte Suprema, 20 de octubre de 2020, Rol N° 124.395-2020
Ministerio Público contra Jhonny Agudelo (2020) Corte Suprema, 20 de octubre de 2020, Rol N° 122.149-2020
Guillermo Espinosa contra Renzo Hormazábal (2020) Corte Suprema, 23 de octubre de 2020, Rol N° 112.393-2020
Ministerio Público contra José Ortiz (2020) Corte Suprema, 25 de noviembre de 2020, Rol N° 134.015-2020
Ministerio Público contra Hugo Cid (2020) Corte Suprema, 15 de diciembre de 2020, Rol N° 139.997-2020
Angélica Paredes contra Felipe Santana (2020) Corte Suprema, 15 de diciembre de 2020, Rol N° 138.481-2020
Sandra Losada contra Raúl Rojas (2020) Corte Suprema, 8 de abril de 2021, Rol N° 14.317-2021
Pablo Cariola contra Guangyi Chen (2020) Corte Suprema, 16 de junio de 2021, Rol N° 17.299-2021
Ministerio Público contra Gustavo Allende (2020) Corte Suprema, 25 de junio de 2021, Rol N° 25.386-2021

**Alejandro
Romero
Seguel**

**Universidad de los
Andes, Chile**

aromero@uandes.cl

Recibido: 10.08.21

Aceptado: 13.10.21

El principio del *ne bis in idem* y la cosa juzgada penal como elementos constitutivos del derecho de defensa del imputado

The *ne bis in idem* principle and criminal *res judicata* as constituent elements of the accused's right to defense

Resumen: La presente investigación examina el contenido de la cosa juzgada penal y sus proyecciones extintivas en el proceso chileno. El objetivo de la investigación es examinar la extensión y los límites del principio de *ne bis in idem* como parte del derecho de defensa del imputado en el modelo acusatorio.

Palabras clave: cosa juzgada; derecho de defensa; imputado; *ne bis in idem*.

Abstract: This paper analyzes the content of criminal *res judicata* and its extinctive effects on Chilean procedural law. We examine the extension and limits of the *ne bis in idem* principle as part of the accused's right to defense.

Keywords: *res judicata*; right to defense; accused; *ne bis in idem*.

Este trabajo analiza la forma como el Código Procesal Penal permite hacer valer el principio del *ne bis in idem* como parte del contenido del derecho de defensa del imputado. Este cuerpo legal contempla varios instrumentos para hacer efectiva la garantía de la única persecución penal y la prohibición de una doble condena de una acción penal que ya fue juzgada por una sentencia que se encuentra amparada por el efecto de cosa juzgada. Y, junto a lo anterior, también el imputado

puede impedir la repetición de la actividad administrativa que nuestro sistema procesal penal ha encomendado en exclusiva al ministerio público para investigar los hechos constitutivos de delito. El estudio se centra en determinar el alcance del art. 1 inc. 2º Código Procesal Penal, que dispone, “la persona condenada, absuelta o sobreeséida por sentencia ejecutoriada, no podrá ser sometida a un nuevo procedimiento penal por el mismo hecho”.

1. El principio del *ne bis in idem* y el modelo acusatorio

El principio del *ne bis in idem* proviene del derecho romano y se vincula, en general, con varios temas jurídicos cuyo denominador común es tratar de imponer límites de actuación a los órganos estatales con competencia para investigar, sancionar o juzgar (Domingo, 2000, p. 92).

Tradicionalmente se alude al *ne bis in idem*, pero también se usan otras formulaciones como: *bis de eadem re agere non licet* (no es lícito actuar dos veces por la misma cosa); *ne bis de eadem re ne sit actio, crimen idem bis non cognoscentur* (que no hay una acción dos veces sobre la misma cosa, no se juzgue dos veces el mismo delito); *nemo bis punitur pro eadem delicto* (nadie sea castigado dos veces por el mismo delito) (Alañón, Henríquez y Otero, 2011, pp. 242-244).

En el plano sustantivo, el principio en comento se relaciona con el principio de culpabilidad, y busca evitar que las leyes, la judicatura o la administración sancionen dos veces a un mismo sujeto por los mismos hechos. En esta dimensión se pretende que nadie sea juzgado más allá del límite de su culpabilidad. Esto supone

reconocer que la ley al regular los tipos penales, por ejemplo, no contemple como agravantes elementos que son propios del delito que es objeto de un reproche¹; o que un mismo hecho no reciba más de una sanción, evitando la concurrencia entre la responsabilidad penal y la administrativa, entre otros asuntos de similar complejidad².

En su proyección procesal, el principio del *ne bis in idem* pretende asegurar a todo imputado que no se repita un juicio o una actuación administrativa sobre un asunto que ya fue conocido con anterioridad. Como lo expone López Borja:

en base al principio de la seguridad jurídica, en *non bis in idem* impide que pueda existir un doble enjuiciamiento (*bis de eadem re ne sit actio*) sobre el mismo hecho respecto de la misma persona. Se trata de evitar el riesgo de que ocurra la doble sanción y se anticipa la norma evitando el peligro de un nuevo juicio (López Borja, 2012, p. 205).

¹ Un estudio del tema en Ossandón (2018).

² En relación entre derecho penal y derecho administrativo, entre otros, De León (1998), pp. 33-281; Cano (2001) pp. 191-249; García Caveró (2016) Mañalich (2014).

El Tribunal Constitucional ha reconocido que este principio forma parte del conjunto de derechos que debe ser respetado y promovido por los órganos del Estado, junto con declarar que esta regla “es la base esencial de todo ordenamiento penal democrático”³.

En este trabajo nos detendremos exclusivamente en examinar la forma como el Código Procesal Penal permite hacer valer el principio del *ne bis in idem*, como parte del contenido del derecho de defensa del imputado⁴. Anticipemos que este cuerpo legal contempla varios instrumentos para hacer efectiva la garantía de la única persecución penal y la prohibición de una doble condena de una acción penal que ya fue juzgada por una sentencia que se encuentra amparada por el efecto de cosa juzgada. Y, junto a lo anterior, también el imputado puede impedir la repetición de la actividad administrativa que nuestro sistema procesal penal ha encomendado en exclusiva al ministerio público para investigar los hechos constitutivos de delito.

En el plano normativo estos derechos de todo imputado se regulan en el art. 1 inc. 2º Código Procesal Penal, al disponer que, “la persona condenada, absuelta o sobreesaída por sentencia ejecutoriada, no podrá ser sometida a un nuevo procedimiento penal por el mismo hecho”⁵.

Al debatirse dicho precepto, el legislador introdujo la palabra procedimiento con el objeto de prohibir tanto el doble proceso como la doble condena a un mismo imputado por el mismo hecho⁶. Como lo explica Pfeffer, al sintetizar la historia del art. 1 del CPP:

se debatió cambiar la voz procedimiento por proceso, teniendo en vista que el procedimiento apunta a una idea de forma, denota el orden que deben seguir ciertos actos, y, en el contexto de este Código, comprende la etapa de investigación que lleva a cabo es Ministerio Público. En cambio, el proceso se refiere directamente al modo en que el Estado resuelve un conflicto penal, y supone la intervención de los órganos jurisdiccionales competentes (Pfeffer, 2010, pp. 19-20).

Como se puede apreciar, nadie podría discutir que dentro del catálogo de derechos del imputado en el proceso penal el sistema chileno contempla el principio del *ne bis in idem* como un límite concreto al *ius puniendi* estatal. Sin embargo, este avance se pone a prueba en la práctica con ocasión de una serie de matizaciones y teorías que, desde el plano sustantivo, pueden llevar a sancionar un mismo hecho dos veces. El principal escollo es que no existe acuerdo teórico para delimitar y determinar los efectos jurídicos de un hecho punible y en la concurrencia de sanciones penales y administrativas.

³ STC, 25 de agosto 2016. Rol N° 2896-15, INA, con referencia a otras sentencias.

⁴ El estudio más completo del tema en nuestra doctrina, en Vera (2020) pp. 1-308. En este trabajo nos referimos indistintamente a la cosa juzgada y *ne bis in idem*, atendido que, como se explicará, el derecho del imputado surge en nuestro medio por existir resoluciones judiciales amparadas por el efecto de cosa juzgada. Con todo, es pertinente considerar la precisión que hace Vera Sánchez al indicar que “el *Ne bis in idem* procesal presenta un alcance normativo más amplio que la cosa juzgada y precisa de una mayor concreción para su aplicación” (Vera, 2020, pp. 80 y 85).

⁵ La existencia de esta regla de clausura no impide que se pueda revocar las sentencias injustas dictadas en contra de un inocente; en ese caso, mediante la acción de revisión se puede rever extraordinariamente la sentencia firme en que se hubiere condenado a alguien por un crimen o simple delito por las causales del art. 473 del CPP. En estas hipótesis no se trata de un nuevo juzgamiento para perjudicar a un imputado ya condenado, sino todo lo contrario, para remover una cosa juzgada írrita (Duce, 2017).

⁶ El Código Procesal Penal también hace surgir este problema en relación con la sentencia extranjera, conforme a lo dispuesto en su art. 13, donde señala que “tendrán valor en Chile las sentencias penales extranjeras. En consecuencia, nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual hubiere sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo a la ley y al procedimiento de un país extranjero, a menos que el juzgamiento en dicho país hubiere obedecido al propósito de sustraer al individuo de su responsabilidad penal por delitos de competencia de los tribunales nacionales o, cuando el imputado lo solicitare expresamente, si el proceso respectivo no hubiere sido instruido de conformidad con las garantías de un debido proceso o lo hubiere sido en términos que revelaren falta de intención de juzgarle seriamente”. “En tales casos, la pena que el sujeto hubiere cumplido en el país extranjero se le imputará a la que debiere cumplir en Chile, si también resultare condenado”. “La ejecución de las sentencias penales extranjeras se sujetará a lo que dispusieren los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encontraren vigentes”.

También puede atentar contra este límite la actuación del Ministerio Público, de manera particular, cuando reabre investigaciones, bajo el pretexto de que se trata de hechos nuevos que no fueron contemplados en una investigación anterior⁷. Es una realidad que el órgano de persecución penal no está inmune de querer intentar una nueva indagación, especialmente, si su actuación anterior fue deficiente o negligente y recibe críticas o presiones mediáticas a las que toda autoridad puede sucumbir. Como la indagación en nuestro proceso penal ha sido contemplada como una actividad administrativa, siempre está latente el riesgo de querer repetir una investigación penal, aunque ello tensione o desconozca el avance que significó incluir como garantía procesal que todo imputado no puede ser investigado dos veces por el mismo hecho⁸.

No obstante lo anterior, se debe reconocer que la existencia de esta garantía ha significado que el órgano de persecución penal está obligado, en el modelo de única persecución vigente, a cumplir con un alto estándar en la etapa de investigación, atendido que el pronunciamiento de una sentencia absolutoria o de sobreseimiento definitivo siempre se erigirá como un límite objetivo para poder reabrir una persecución penal⁹.

Como bien lo puntualiza Vera:

el principio de única persecución es un estímulo indirecto para que el órgano acusador haga bien su trabajo pues dispone de una sola oportunidad para someter a un individuo al engranaje del sistema de justicia penal por el mismo hecho. Cumplida esta, ya no hay otra oportunidad admisible (Vera, 2020, pp. 59-60).

En tal sentido, conviene recordar que, en Chile, la jurisprudencia ha declarado que la cosa juzgada no permite subsanar la actuación negligente del litigante de no aportar las pruebas oportunamente. La Corte Suprema, en sentencia de 7 de agosto de 1961, ha resuelto que:

... es evidente que no se puede recomenzar un proceso con el simple pretexto de medios nuevos, ya de hecho, ya de derecho. Esta es la doctrina de Aubry et Rau, tomada de su Curso de Derecho Civil, tomo VIII, página 352. Y muchos siglos antes, Neracio acepta la procedencia de la excepción de cosa juzgada respecto "de alguno que habiéndose sentenciado en contra de él, hállese nuevos documentos que justifiquen su causa"¹⁰.

⁷ En este sentido, con la evolución del principio en el proceso penal norteamericano, Laudan (2013) pp. 265-289.

⁸ A modo de ejemplo, este problema ha surgido con ocasión de los "*Pandora Papers*", lo que ha llevado al fiscal nacional, con fecha 8 de octubre de 2021, a iniciar de oficio una investigación penal. La decisión se fundó en un informe emitido por la Unidad Anticorrupción de la Fiscalía Nacional (UNAC), que analizó los antecedentes revelados por la investigación periodística internacional y determinó que son "hechos no cubiertos" por la investigación anterior sobre negociación incompatible y uso de información privilegiada, de la que el presidente Sebastián Piñera fue sobreseído por una resolución del Cuarto Juzgado de Garantía, que fue confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago y la Corte Suprema.

⁹ Con la jurisprudencia y los distintos criterios sobre este derecho, Cerda (2017) pp. 339-344.

¹⁰ CS. 7 de agosto de 1961, RDJ, t. 58, sec. 1ª, p. 273.

2. Oportunidades procesales para hacer valer esta garantía

El Código Procesal Penal ha previsto distintos momentos para que el imputado pueda hacer valer el límite a la persecución penal que surge del principio del *ne bis in idem*, a saber: (i) solicitando una audiencia para que se decrete el sobreseimiento definitivo, (ii) oponiendo una excepción de previo o especial pronunciamiento en la audiencia preparatoria o en el juicio oral, o (iii) pidiendo la nulidad del juicio oral.

i) Ejerciendo el derecho a solicitar una audiencia para que se decrete el sobreseimiento definitivo

Esta es la forma normal para que el imputado haga valer la garantía jurídica que examinamos. Cada vez que se inicie un proceso penal, que busque desconocer este límite, el imputado podrá ejercer el derecho a no ser juzgado o investigado dos veces por el mismo hecho.

Lo anterior es una consecuencia de la mejora sustantiva que significa para el imputado adquirir la calidad de parte en el proceso penal desde que comienza la investigación, sin ninguna necesidad de declaración formal en tal sentido. En efecto, si se tiene la calidad de parte, es lógico que pueda hacer valer el efecto extintivo de la cosa juzgada penal que lo beneficia en la oportunidad procesal que estime más conveniente (art. 7 inc. 2° CPP),

sin importar que la investigación haya sido formalizada o desformalizada¹¹.

En el plano legal, el art. 94 letra f) del CPP señala, dentro de los derechos del imputado, la prerrogativa de solicitar una audiencia para discutir el sobreseimiento definitivo de la causa, y también el derecho a recurrir contra la resolución que lo rechace (arts. 250 letra f) y 251 CPP).

La jurisprudencia ha declarado que todo imputado puede hacer valer los derechos y garantías que le reconoce las leyes, aunque no haya sido formalizado¹².

ii) Oponiendo la excepción de previo o especial pronunciamiento en la audiencia preparatoria o en el juicio oral

Otra forma de hacer valer este límite a la persecución penal es oponiendo la excepción de previo y especial pronunciamiento vinculada a la cosa juzgada penal.

En este caso, el imputado ejerce su derecho de defensa para impedir que un proceso penal continúe su tramitación hacia el juicio oral.

¹¹ En el proceso penal inquisitivo, el imputado adquiriría la calidad de parte con el sometimiento a proceso. El artículo 278 del Código de Procedimiento Penal señalaba: "El procesado es parte en el proceso penal y deben entenderse con él todas las diligencias del juicio. Su defensa es obligatoria". Antes de dicha declaración de imputación el sujeto prácticamente no tenía posibilidad alguna de defenderse, ya que técnicamente no se le reconocía la calidad de parte. Esta realidad era explicada por la doctrina, describiendo al sumario como una etapa "en la cual no hay controversia si no, solamente, indagaciones y medidas de aseguramiento personal y económico, dirigidas y decretadas por el juez de la causa, y en las que los sujetos de la relación procesal no tienen sino relativos derechos". "El interés público que predomina en el proceso penal lo hace pesar intensamente el legislador en el sumario. Toda la actividad de quienes intervienen en la relación procesal está encauzada, en esta primera parte, hacia el logro de los grandes objetivos del sumario; y tienen aquí calidad indudable de partes sólo quienes pueden contribuir a esa finalidad: el Ministerio Público, el querellante particular y el reo. El mero inculpado (...) tiene durante la etapa sumarial del proceso, ciertos derechos que les confieren la calidad típica de terceros, adheridos a las partes principales" (López, 1983, p. 84). Con la Ley N° 18.857, de 6 de diciembre de 1989, se cambió radicalmente esa situación, al incorporarse un párrafo especial con un mínimo estatuto de los derechos del inculpado.

¹² C. de Ap. de Santiago, 24 de mayo de 2010. Rol N° 879-10 (MJ 24038), Contra Contardo Santibáñez, Ruperto. En el mismo sentido, C. de Ap. de Rancagua, 2 de enero de 2018. Rol N° 1004-17(MJ 53052), "Ministerio Público con Dávalos".

Esta prerrogativa se podrá hacer valer si el imputado no alegó antes su derecho a solicitar el sobreseimiento definitivo (arts. 264 letra c) y 265 CPP).

A diferencia de lo que acontece en otras excepciones de previo y especial pronunciamiento, en la de cosa juzgada, el juez debe realizar un examen del fondo de la acusación deducida y verificar realizar si la pretensión punitiva que será objeto del juicio ha sido juzgada por una sentencia anterior recaída sobre los mismos hechos. Si se constata tal identidad entre la acusación y la sentencia anterior, se debe declarar el término del juicio por impedirlo el efecto negativo de la cosa juzgada penal¹³.

iii) Deduciendo la causal del recurso de nulidad del juicio oral

El CPP contempla como causal del recurso de nulidad del juicio oral “cuando la sentencia hubiere sido dictada en oposición a otra sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada” (art. 374 letra g) CPP).

Se trata de una hipótesis que reviste el carácter de excepcional puesto que lo lógico será que el imputado haya intentado paralizar la persecución penal, haciendo

valer ante el juez de garantía con antelación las distintas manifestaciones que contempla en el proceso penal el *ne bis in idem*. Resultaría de verdad extraño que alguien espere llegar a la etapa más avanzada del proceso penal, como es la decisión del asunto en un juicio oral, para recién hacer valer una causal de nulidad del juicio invocando el efecto excluyente de la cosa juzgada.

Ahora, si se hace valer la cosa juzgada mediante esta causal y ella se acoge, como lo indica Núñez y Silva, no corresponde realizar un nuevo juicio, ya que el imputado ya había sido juzgado por el mismo hecho (Núñez y Silva, 2017, pp. 35-36). De este modo se hace respetar la causal de extinción de responsabilidad penal del art. 93Nº 2 del Código Penal. Como lo indica la sentencia de la Corte Suprema, de 30 de julio de 2008:

... en materia penal, la cosa juzgada permite la real vigencia del derecho al impedir una nueva persecución penal por un mismo hecho, constituyéndose en un obstáculo para un nuevo enjuiciamiento al entender resuelto el conflicto que motivó el ejercicio de la jurisdicción¹⁴.

¹³ Sobre el tema, Cabrera (2016) pp. 482-483.

¹⁴ CS, 30 de julio de 2008. Rol Nº 985-08 (MJ 18333), “Valenzuela Núñez, César A.”.

3. La prohibición de la doble investigación

El modelo acusatorio que inspira al Código Procesal Penal contempla también como límite que todo imputado no puede ser investigado dos veces por el mismo hecho¹⁵.

Esta manifestación del derecho de defensa del imputado se genera a raíz de varias situaciones en las que, por el hecho de pronunciarse una resolución judicial, se permite luego hacer valer el efecto negativo de la cosa juzgada impidiendo abrir una nueva investigación por el mismo hecho.

Este efecto excluyente se puede producir en las siguientes situaciones procesales:

i) En el cierre de la investigación

Transcurridos dos años desde la formalización de la investigación, el fiscal debe proceder a cerrarla. Si no lo hace, tanto el querellante como el imputado, tienen derecho a que el juez de garantía aperciba al fiscal para proceder a ello. Para lo que aquí interesa, el inc. 3° del art. 247 del CPP dispone que:

para estos efectos, el juez citará a los intervinientes a una audiencia y si el fiscal no compareciere, el juez otorgará un plazo máximo de dos días para que éste se pronuncie, dando cuenta de ello al fiscal regional. Transcurrido tal plazo sin que el fiscal se pronuncie o si, compareciendo, se negare a declarar cerrada la investigación, el juez decretará el sobreseimiento definitivo de la causa, informando de ello al fiscal regional

a fin de que éste aplique las sanciones disciplinarias correspondientes. Esta resolución será apelable¹⁶.

Si el fiscal se allana a la solicitud de cierre de la investigación, debe formular en la audiencia la declaración en tal sentido y tiene el plazo de 10 días para deducir la acusación (art. 247 inc. 4° CPP).

En cambio, si su conducta es omisiva y no deduce la acusación en el plazo indicado, el juez fijará un nuevo término de dos días para que el fiscal deduzca la acusación. Cuando ello no acontece, el juez, de oficio o a petición de cualquiera de los intervinientes, debe citar a una audiencia para decretar el sobreseimiento definitivo (art. 247 inc. 5° CPP)¹⁷.

Como se puede apreciar, el efecto extintivo en este caso surge por una conducta pasiva del ministerio público, al no presentar la acusación.

Como en este caso no se dedujo la acción penal contra el imputado, la manera de determinar —en el futuro— la identidad de los hechos que se impide investigar se considera el contenido de la formalización. Aunque la formalización es un acto de comunicación (y no de ejercicio de la acción penal), en la práctica está convirtiéndose en el acto a partir del cual el juez debe decretar que se impide la doble investigación. Para tal efecto, se debe examinar lo señalado por el fiscal en su petición de audiencia de formalización, atendido que es allí donde debe individualizar al imputado, indicando el

¹⁵ Sobre el origen anglosajón de esta garantía y su reconocimiento en otras regulaciones, Vera (2020) pp. 135-174.

¹⁶ También sigue la misma solución el derecho a la autodenuncia previsto en el art. 179 CPP, mediante la cual una persona que ha sido imputada por otra que puede lograr activar el mecanismo de persecución penal para generar la clausura y beneficiarse del efecto de cosa juzgada.

¹⁷ El perfeccionamiento de este instrumento preclusivo se debe al cambio introducido por la Ley N° 20.931, de 5 de julio de 2016. Se ha resuelto que no procede decretar el sobreseimiento definitivo por una causal diversa a la que indica la norma, como es apercibir al ministerio público para hacer entrega de la copia de la carpeta de investigación (CS, 29 de mayo de 2018. Rol N° 2349-18 (MJ 55267), “Ministerio Público contra Piérola y otros”).

delito y el grado de participación que le atribuye, la fecha y su lugar de comisión (art. 231 CPP)¹⁸. Si existe identidad subjetiva y fáctica entre la anterior y la nueva investigación, el juez debe impedir reabrir la segunda, reconociendo el efecto excluyente que admite el proceso penal chileno.

Conviene destacar que este derecho del imputado es uno de los avances más significativos del proceso penal acusatorio. En el antiguo modelo inquisitivo se contemplaban causales de sobreseimiento temporal que en la práctica permitían un encarnizamiento en la persecución criminal, mediante el simple subterfugio de la reapertura del sumario¹⁹.

ii) El efecto excluyente de la suspensión del procedimiento

El imputado beneficiado con la salida alternativa de la suspensión del procedimiento, si cumple con todas las exigencias fijadas por el juez de garantía, se beneficia de una causal de sobreseimiento definitivo, que es apreciable de oficio o a petición de parte.

En esta situación también se produce la extinción de la acción penal, sin haberse emitido un pronunciamiento sobre el fondo del hecho investigado. Una vez que esta resolución quede firme y ejecutoriada, el imputado queda amparado con el efecto excluyente de la cosa juzgada, aunque no se haya dictado una sentencia sobre el hecho ilícito que fue objeto de la investigación por parte del Ministerio Público (art. 240 inc. 2° CPP).

iii) La falta de corrección de la acusación

El efecto excluyente en esta hipótesis surge de una sanción prevista para la actuación del ministerio público, cuando no se ciñe a las reglas legales para deducir la acción penal en el acto de la acusación. Conforme al art. 270 inc. 3° del CPP:

“si el ministerio público no subsanare oportunamente los vicios de la acusación, el juez procederá a decretar el sobreseimiento definitivo de la causa, a menos que existiere querellante particular, que hubiere deducido acusación o se hubiere adherido a la del fiscal. En este caso, el procedimiento continuará sólo con el querellante y el ministerio público no podrá volver a intervenir en el mismo”.

En la aplicación de esta causal han surgido algunos problemas para fijar el límite entre lo que es competencia del control jurisdiccional y lo que son atribuciones exclusivas del ministerio público, al deducir su acusación.

Los jueces con competencia penal solo pueden controlar vicios adjetivos, sin entrar a calificaciones sobre el fondo de la acusación definitiva, que deben ser materia de la decisión final.

Utilizando categorías clásicas, el control de un vicio formal apunta a evitar errores *in procedendo*, que se vinculan a la inobservancia de los requisitos de validez de la relación procesal o la incorrecta ejecución de los actos procesales (Gorigoitia, 2013). Como lo explica Tavolari, el vicio formal integra la condición de errores u obstáculos al desarrollo de un proceso penal válido, sea porque se infringen específicas normas procedimentales; sea porque el error afecta el derecho de defensa de la parte contraria (se indica mal un apellido, se comete un error en la fecha de los hechos o el nombre de la calle o lugar en que ellos ocurrieron) (Tavolari, 2005, p. 233).

No se puede controlar por esta vía la fundamentación jurídica que haga el ministerio público para sustentar su acusación, al tratarse de un asunto que debe ser objeto de la decisión final.

¹⁸ Sobre las diversas situaciones que pueden acontecer en esta audiencia, Duce y Riego (2007) pp. 228-237.

¹⁹ Este derecho contrasta con la situación de incertidumbre que generaba a todo imputado en el sistema inquisitivo la existencia de las causales de sobreseimiento temporal del art. 409 Nos. 1 y 2 del Código de Procedimiento Penal. En ellas se autorizaba una paralización de la investigación cuando, resultando del sumario haberse cometido el delito, no hubiere indicios suficientes para acusar a determinada persona, como autor cómplice o encubridor, y cuando, resultando del sumario haberse cometido el delito, no hubiere indicios suficientes para acusar a determinada persona como autor cómplice o encubridor. Sobre el tema, Tavolari (1990) pp. 179-196.

Esta proyección procesal de la regla del *ne bis in idem* surge de razones formales. En ella, sin existir un pronunciamiento sobre el fondo de la acción penal, se logra el efecto excluyente por el hecho de haberse deducido la pretensión punitiva de manera formalmente defectuosa²⁰. De este modo, el imputado termina siendo beneficiado por la negligencia del órgano administrativo que no subsanó un error formal²¹.

iv) Una situación compleja de resolver dice relación entre el principio que se examina y la facultad del fiscal de no perseverar. Conforme al art. 248 letra c) del CPP, esta situación se produce cuando practicadas las

diligencias necesarias para la averiguación del hecho punible y sus autores, cómplices o encubridores, el fiscal cierra la investigación comunicando que no perseverará en el procedimiento, por no haber reunido durante la investigación los antecedentes suficientes para fundar una acusación. Ejercida esta potestad, ¿puede reabrirse el caso, hay datos y evidencias nuevas capaces de provocar una nueva investigación? A mi entender, este problema se debe interpretar considerando que nuestro proceso penal busca asegurar la “única persecución”. Por tal razón, si se solicita la apertura debe limitarse esta posibilidad para hacer valer la garantía del *ne bis in idem*.

4. Los distintos juicios comparativos que reclama el efecto negativo de la cosa juzgada penal

Como se ha explicado, todo imputado que ha sido condenado, absuelto o sobreesido definitivamente por sentencia ejecutoriada, tiene derecho a no ser juzgado “por el mismo hecho”.

Como se podrá advertir de lo que hemos expuesto, la posibilidad de alegar este efecto excluyente requiere siempre de la existencia de una resolución judicial que haya efectuado una declaración en la que, por razones de fondo o estrictamente procesales, se genere este límite a la persecución penal.

Dicho de otra forma, es a partir de una resolución judicial firme y ejecutoriada cuando surge un estado procesal, cuya eficacia permite a todo imputado alegar el efecto excluyente del *ne bis in idem*.

La eficacia de estas resoluciones judiciales tiene como particularidad que superan la regla clásica de que las sentencias sólo producen efecto entre las partes. En efecto, en este caso su eficacia permite liberar al imputado de un nuevo juzgamiento o de una nueva investigación, originando una realidad jurídica que se puede hacer valer contra cualquiera persona que busque desconocer este límite impuesto a la persecución penal.

Desde el punto de vista dogmático, las resoluciones que generan este estado jurídico se adscriben a las explicaciones procesales de la cosa juzgada, que se caracterizan por resaltar la inmutabilidad y definitividad de la resolución, prescindiendo de los efectos que un fallo podría producir en la relación de derecho sustancial

²⁰ También se vincula, aunque de manera indirecta, con el principio del *ne bis in idem* el efecto preclusivo que el CPP asigna a la declaración de nulidad. Se trata de una solución a través de la cual se busca asegurar el respeto por la legalidad de la persecución penal, impidiendo que se cometan excesos en la ejecución de las diversas actuaciones que conforman la etapa de investigación. Para tal efecto, el art. 165 del CPP dispone que, “la declaración de nulidad no podrá retrotraer el procedimiento a etapas anteriores, a pretexto de repetición del acto, rectificación del error o cumplimiento del acto omitido, salvo en los casos en que ello correspondiere de acuerdo con las normas del recurso de nulidad”. Las consecuencias de estos defectos se proyectan de manera particular en el campo de la prueba ilícita, atendido que conforme al art. 334 inc. 2° del CPP, se prohíbe en el desarrollo del juicio oral incorporar como medios de prueba o dar lectura a actas o documentos que dieran cuenta de actuaciones o diligencias declaradas nulas, o en cuya obtención se hubieren vulnerado garantías fundamentales.

²¹ Sobre el tema Herrero (2014) pp. 76-94.

en la que recayó la decisión jurisdiccional²². Esto significa que una sentencia de este tipo constituye un mandato imperativo que obliga a los jueces a garantizar el efecto excluyente del *ne bis in idem*.

De igual forma, también sintonizan estas resoluciones con las teorías procesales de la cosa juzgada atendido que otro sello característico de estas explicaciones apunta a resaltar el valor de la seguridad jurídica, para evitar una utilización indefinida del proceso, en este caso, uno tan gravoso para cualquier persona como es el proceso penal²³.

La forma como se ejerce esta limitación a la persecución penal obliga a examinar el juicio comparativo que contempla el proceso penal para la determinación de la cosa juzgada.

Como se sabe, en el proceso civil, el contraste se produce siempre entre el fallo anterior (que contiene lo decidido) con la demanda que busca reabrir el debate. En cambio, en el proceso penal, la comparación es distinta, atendido que el efecto excluyente busca evitar dos actos diferentes: un nuevo juzgamiento penal o una nueva investigación por parte del ministerio público.

Si se trata de evitar un nuevo juzgamiento, lo que se hace es invocar ante el juez que va a resolver sobre una acusación la existencia de una sentencia penal definitiva que condenó o absolvió al imputado y que se encuentra firme y ejecutoriada. De este modo se logra enervar la nueva acción penal deducida en la acusación del ministerio público o por el querellante particular.

Más complejo que lo anterior es el juicio comparativo que se debe hacer utilizando una sentencia de sobreseimiento definitivo. Como se explicaba, nuestro proceso penal considera varias posibilidades para decretar resoluciones de sobreseimiento definitivo, alguna incluso derivada de situaciones donde no hay un pronunciamiento sobre el fondo de la imputación penal. En estos casos, para la determinación del efecto excluyente de la cosa juzgada es necesario considerar la actuación del ministerio público, al momento de hacer el juicio comparativo entre la nueva investigación que se intenta y los hechos que quedaron excluidos para una nueva investigación.

Como se puede advertir, nuestro proceso penal no contempla una única forma de determinación de la cosa juzgada. Para ello es perentorio realizar diferentes controles según si el estado procesal que protege al imputado consta de una sentencia definitiva o de resoluciones que han decretado el sobreseimiento definitivo. En estas últimas, a su turno, se debe distinguir si ello dio por razones de fondo o por consideraciones procesales (que no llevaron a juzgar sobre el fondo del asunto).

Como bien lo expone Vera, las resoluciones de sobreseimiento presentan la dificultad de dictarse en la etapa intermedia, distinta del juicio oral, pero que en el caso de los sobreseimientos definitivos, cuando el hecho no es constitutivo de delito o si el imputado estuviere exento de responsabilidad penal, contienen “un juicio de valoración penal de la conducta” (Vera, 2020, pp. 32-33).

²² Sobre las doctrinas que explican la cosa juzgada, Machado (2017) pp. 1-272.

²³ En la sentencia de la Corte Suprema, de 5 de noviembre de 1970, se acepta la tesis que nos ocupa al precisar que, “la institución de la cosa juzgada, que es una normativa de carácter procesal referente al efecto que deben producir determinadas resoluciones judiciales cuando alcanzan la condición de ser inimpugnables e indiscutibles, tiene como finalidad evitar que vuelva a debatirse entre los interesados el asunto que ya haya sido objeto de una decisión...” (CS, 5 de noviembre de 1970, RDJ, t. 67, sec. 1ª, p. 505). En la misma orientación, se ha resuelto que “(...) la excepción perentoria de cosa juzgada se establece por la ley como defensa de los litigantes, a fin de no ser llevados a un nuevo juicio en que se ha discutido entre las mismas personas una idéntica cuestión jurídica, sobre supuestos fácticos similares, y es precisamente un efecto de las sentencias ejecutoriadas destinado a evitar la repetición de iguales controversias y también a otorgarle un carácter inmutable a las decisiones jurisdiccionales, para lograr una efectiva seguridad jurídica que permitirá en definitiva un grado de certeza que asegure, en un Estado de Derecho, la tranquilidad social (...)” (CS, 24 de diciembre de 2013. Rol N° 9030-12, MJ 36562).

5. La determinación material del mismo hecho

Tal como se anticipaba, el Código Procesal Penal se limita a reconocer este derecho y las oportunidades que tiene el imputado para hacerlo efectivo, pero no indica qué requisitos deben concurrir para declarar el efecto excluyente de la cosa juzgada. En su aplicación práctica, esto está centrado en determinar que debe entenderse “por el mismo hecho”, como exigencia esencial para asegurar no ser juzgado o perseguidos dos veces.

En la doctrina se han propuesto varias formulaciones para lograr determinar esta exigencia, en algunos casos proponiendo una diferenciación entre el concepto jurídico-penal de hecho y el concepto procesal de hecho.

Así como lo explica Mañalich, el punto de partida a este respecto está constituido por la ya tradicional contraposición de un concepto de hecho propio del derecho penal sustantivo y un concepto de hecho propio del derecho procesal penal; según el mismo autor:

el concepto jurídico-penal de hecho no tiene por qué coincidir necesariamente con el concepto de hecho que hacen suyas las reglas que instituyen y regulan el proceso penal. Y esto se sigue de la adopción de un punto de vista funcional: en la medida en que las funciones desempeñadas por el derecho penal (sustantivo) y el derecho penal no sean idénticas, es enteramente posible que, en tanto categoría de uno y otro ámbito jurídico, el concepto de hecho exhiba un contenido diferente, según corresponda (Mañalich, 2011, p. 148).

La doctrina penal indica que la expresión “el mismo hecho” también alude a una serie de instituciones que

se utilizan para examinar la conducta típica denominada delito y fijar sus efectos en la aplicación de la pena mediante el contenido dogmático que tienen figuras como los concursos de delitos, concurso de leyes penales, delitos continuados, entre otras situaciones de similar complejidad técnica²⁴. El problema en estos casos, siguiendo a Cortés, se explica, “porque no siempre una acción corresponde un delito, pues existen casos en los que varias acciones que pueden constituir varios delitos” (Cortés, 1975, p. 134). Cada una de estas figuras presenta su propia complejidad para efectos de resolver los problemas de determinación de la pena o de tipificación vinculados al *ne bis in idem*.

En relación con el delito continuado, como lo sintetiza la sentencia de la Corte Suprema, de 19 de junio de 2020,

para estar en presencia de un delito continuado, deben concurrir una serie de requisitos, tanto objetivos como subjetivos. Del primer orden son: la pluralidad de acciones u omisiones, la unidad de ley violada y, para algunos, la identidad del sujeto pasivo. De índole subjetiva es el requisito de unidad de designio, propósito, intención o dolo. También se incluyen en la doctrina ciertos elementos de carácter secundario que, fundamentalmente, permiten dar por establecido alguno de los requisitos mencionados. Aquí se ubican la unidad o identidad de ocasión, la conexión espacial y temporal, y el empleo de medios semejantes. Si bien en nuestro país, la figura del delito continuado no tiene reconocimiento legal, se acepta su aplicación, como política morigeradora de penas, para casos como los delitos contra la propiedad o en que no existen

²⁴ Sobre el tema, Politof, Matus y Ramírez (2003) pp. 445-467, Mañalich (2016) pp. 501-548, Ossandón (2018) pp. 964-972. La complejidad del problema y la necesidad de utilizar los instrumentos dogmáticos del derecho penal se advierte en la siguiente sentencia de la CS, de 3 de diciembre de 2019: “DÉCIMO: Que en el juicio se acreditó que el recurrente incurrió en un conjunto de acciones que satisfacen las exigencias de dos tipos penales que se le imputaron: la tenencia ilegal de arma de fuego y la tenencia de municiones, tal como lo resolvió el a quo en la motivación décimo tercera del fallo cuestionado, estimándose por dicha sentencia que en la especie, el acusado debe ser sancionado en forma separada por los delitos de que se trata, y no corresponde aplicar una sola pena, por tratarse de concurso aparente como se pretende por el recurrente (...)” (CS, 3 de diciembre de 2019. Rol N° 27.534-19 (MJ 304345), “Ministerio Público contra Chorizola Cruz”).

pruebas para distinguir y separar en el tiempo las diferentes acciones²⁵.

En el caso de los concursos, como lo explica el fallo de la Corte de Apelaciones de Concepción, de 9 diciembre de 2016,

“hay concurso material de delitos cuando varias acciones independientes entre sí son realizadas por una persona, actividades que pueden conformar más de un delito. En otras palabras, existe cuando un mismo sujeto ha realizado dos o más acciones que constituyen, a su vez, uno o más delitos independientes no conectados entre sí y sin que en relación a ninguno se haya dictado sentencia condenatoria firme. Debe existir más de una acción delictiva, constitutiva cada una de un delito independiente, no conectados ni material ni jurídicamente, ni en relación de continuidad. De otro lado, hay concurso aparente cuando “un hecho determinado”, lógica y formalmente, aparece

cubierto por varios tipos penales a la vez, pero su contenido de injusto es cubierto completamente por uno solo de ellos, atendidas sus circunstancias y el bien jurídico que ha puesto en peligro o ha lesionado. Se trata de un delito que, en apariencia y a primera vista, es posible encuadrarlo también en otra u otras figuras penales”²⁶.

En la práctica, la proyección sustantiva del hecho material cobra relevancia procesal cuando se discute si procede decretar un sobreseimiento definitivo respecto de un hecho que queda vinculado a las soluciones dogmáticas antes descritas. El caso más típico surge con el tipo penal de estafa y el giro doloso de cheques; en ese caso se debate si se da un doble juzgamiento cuando los hechos sobre los que versa la causa por delito de estafa quedaron cubiertos por la investigación anterior sobre el delito de giro doloso de cheque, que fueron objeto de sentencias condenatorias firmes sobre los mismos imputados²⁷.

²⁵ CS, 19 de junio de 2020. Rol N° 33156-20 (MJ 305306) Ministerio Público contra J.R.Z. El mismo fallo agrega: “Séptimo: Que, el delito continuado, sin perjuicio de carecer de consagración legal en Chile, ha significado hondas discrepancias en la doctrina, lo que, como dice el Profesor Eduardo Novoa, hace imposible al intérprete apoyarse en ella con cierta consistencia (Novoa, Eduardo, Curso de Derecho Penal Chileno, Editorial Conosur, 1985, t. II, p. 291), de manera que, de acuerdo a este autor en doctrina debe aplicarse el texto desnudo de la ley positiva vigente y, “para la ley chilena, el que realiza varias acciones distintas que están legalmente tipificadas, comete varios delitos, a no ser que el propio tipo dé a entender claramente que la pluralidad de acciones integra una sola infracción penal” (op. cit., p. 292), lo que no acontece en la especie”.

²⁶ C. de Ap. de Concepción, 9 de diciembre de 2016. Rol N° 922-16 (MJ 47776) “Contra Mora H”. El mismo fallo señala que, “en realidad no existe un concurso, sino un problema de interpretación de leyes penales ante casos concretos, que se produce porque el injusto contenido en un tipo aparece comprendido también en otro u otros tipos, que se encuentran entre sí en una relación particular, sea de especialidad, de consunción o subsidiariedad. Son hipótesis en las cuales un hecho delictivo, aparentemente, podría adecuarse en distintas figuras penales, pero que, en realidad, atendida la naturaleza de su injusto, lo es en una sola de ellas, quedando las demás totalmente desplazadas. No debe confundirse el concurso aparente con el concurso real o material, por cuanto en éste es fundamental la concurrencia de varias acciones y cada una de ellas conforma un delito igual o distinto. En el concurso aparente de leyes hay “una actividad delictiva”, por lo que sería más asimilable al concurso ideal, donde se da a su vez una única actividad, pero la diferencia entre uno y otro radica en que en el ideal ese comportamiento único constituye coetáneamente dos o más tipos penales que subsisten limpiamente, sin rechazarse entre sí, mientras que en el concurso aparente, aun cuando hay también un comportamiento único, éste debe subsumirse en un solo tipo penal, si bien en apariencia aparecen otros tipos comprendiéndolo: al abarcarlo uno, los restantes quedan marginados”.

²⁷ La sentencia de la C. de Apelaciones de Santiago, de 27 de diciembre de 2016 estimó que “por ahora” no procedía haber decretado el sobreseimiento definitivo, al no existir evidencia en ese caso de que los hechos en que derivaron el giro de los cheques y los que se invocan para acreditar la existencia de la defraudación o estafa sean los mismos (C. de Ap. de Santiago, 27 de diciembre de 2016. Rol N° 4270-16 (MJ 47614) “Arrivillaga Robert, Enrique contra Montaner Reyes, José”). Hay voto en contra del ministro Alejandro Rivera Muñoz, que estuvo por confirmar el sobreseimiento definitivo, entre otras razones, para lo que aquí interesa: “1°.- Que, los ilícitos en cuestión (estafa y giro doloso de cheques) son descripciones objetivas de carácter defraudatorio, en las que sus sujetos activos desarrollan una serie de actos dolosos con el claro objetivo de que sus víctimas realicen actos de disposición patrimonial, cuyo resultado es lo que configurará su posterior perjuicio”. Luego, agrega que “4°.- Que, aun en la hipótesis contraria, de seguirse adelante con la investigación del delito de estafa, se llegaría a un caso eventual paradójico de tener que considerar dos veces el mismo hecho para igual número de imputaciones, estimando doblemente el mismo y único monto del perjuicio, con el antecedente objetivo ya conocido por este juez, de que en el caso de los giros dolosos de cheques, ya se cuenta con sentencia condenatoria, lo que tornaría en inexplicable una nueva consideración de un elemento del tipo penal que ya fue juzgado”.

6. La determinación procesal del mismo hecho

El concepto procesal de hecho, por su lado, genera un debate acerca de qué elementos son los que se deben considerar para examinar y hacer valer el límite que impide que un imputado pueda ser sometido a un doble proceso o a una doble condena por “el mismo hecho”.

A diferencia del Código de Procedimiento Civil, que regula en el art. 177 la excepción de cosa juzgada conforme a la teoría francesa de “la triple identidad”, en el proceso penal no se ha indicado los requisitos para hacer efectiva esta regla de exclusión²⁸. Sin embargo, esta omisión no ha impedido que la doctrina y la jurisprudencia hayan precisado los elementos que deben concurrir para declarar la existencia de la cosa juzgada penal²⁹.

En nuestro proceso penal, el efecto excluyente de la sentencia anterior ha sido determinada utilizando, como criterio tradicional, la determinación fáctica del hecho considerado como un suceso histórico acontecido en una determinada época. Como lo precisan Núñez y Silva, existe identidad del objeto en el proceso penal cuando concurren la identidad subjetiva y objetiva. La identidad subjetiva se refiere a que se trate del mismo imputado y la objetiva al hecho histórico sometido al conocimiento del

tribunal, independientemente de toda calificación jurídica (Núñez y Silva, 2017, p. 35).

En un estudio sobre objeto del proceso penal, Del Río concluye que la doctrina y jurisprudencia chilena no han desarrollado ningún criterio más o menos claro y estable para determinar cuándo el hecho es el mismo y cuándo, uno sustancialmente distinto o nuevo. Señala el autor que hay dos posiciones en la dogmática que pretenden dar una respuesta unitaria y coherente al tema de la identificación del hecho desde un punto de vista procesal: la teoría naturalista y a la teoría normativa. El mismo autor advierte que esos criterios no son irrelevantes en la concreción de este asunto, atendido que ello repercute en el alcance del efecto excluyente (del *ne bis in idem*). Concluye Del Río, que lo único que queda claro en nuestra jurisprudencia es que cada sentencia sigue un criterio casuístico del significado del concepto de hecho en el proceso penal³⁰.

Una propuesta que busca renovar nuestra doctrina se encuentra en el trabajo de Vera, quien propone una tesis mixta para dar contenido efectivo de la garantía que evite un doble enjuiciamiento penal respecto de los “mismos

²⁸ CS, 27 de julio de 2020- Rol N° 8224-18 (MJ 305501). “Zepeda Berland, Marjory K. con Compass Catering S.A”.

²⁹ En algunos casos, esto ha sido vinculado a los límites del sistema recursivo y la prohibición de la *reformatio in peius*. En tal sentido, la sentencia de la CS, de 1 de febrero de 2021, rechazó un recurso de nulidad señalando: “OCTAVO: Que, como se aprecia claramente, las peticiones del recurso resultan ser contradictorias, como se pasa a explicar. En primer lugar, pide que en virtud de este error de derecho se absuelva a su defendido y al mismo tiempo sea condenado por esa misma circunstancia fáctica por un delito respecto del cual fue absuelto y la fiscalía no recurrió de nulidad de dicha decisión, por ende para todos los efectos legales, dicha decisión se encuentra firme y esta Corte por mandato expreso del artículo 360 del Código Procesal Penal, no puede extender su decisión a dicho punto, así lo ha resuelto esta Corte (SCS N° 8772-2010, 26756-18) Por otra parte, la causal invocada no se condice con la solicitud de recalificación a cultivo. En efecto, se planteó como fundamento del recurso la errónea aplicación del derecho, por infracción al artículo 43 de la Ley 20.000, no obstante ello, se solicita se condene por un delito respecto del cual fue absuelto en el juicio. Dicha petición por una parte es infundada ya que no se sustenta en una infracción al artículo 8 de la citada Ley, y por otra, contraria al principio de *reformatio in peius*, ya que, no podría esta Corte reformar la sentencia en perjuicio del imputado, condenándolo por un delito por el cual fue absuelto y que, además, la fiscalía no recurrió. NOVENO: Que, en las condiciones expuestas, el tribunal no puede estar en condiciones de concebir sentencia alguna ciñéndose estrictamente a los límites de lo solicitado, según se anunciara al comienzo, como lo exige el artículo 360 del Código Procesal Penal. En consecuencia, y visto lo dispuesto en las normas citadas y artículos 372, 384 y 386 del Código Procesal Penal, se rechaza el recurso de nulidad” CS, 1 de febrero de 2021. Rol N° 131588-20 (MJ 306424), “Ministerio Público contra Gajardo Vielma”.

³⁰ Del Río (2008). En la misma orientación, con observaciones críticas, Mañalich (2011), pp. 162-163; Horvitz con López (2002) pp. 88-89.

hechos”. Según este autor, para determinar el límite y extensión de la noción de hecho procesal o hecho punible —y, por tanto, la identidad de los hechos— se debe utilizar los criterios de identificación mixtos de los hechos (fáctico/normativo). En la opinión de este autor, el artículo 1 CPP no puede ser interpretado únicamente desde visión únicamente naturalística, sin ninguna vinculación de las normas jurídicas que ayudan a identificar y delimitar las conductas desvaloradas penalmente (en genérico). De este modo, el hecho punible o el hecho procesal se trataría de un suceso de la vida real del imputado, expresable en enunciados fácticos, genéricamente desvalorado por el derecho penal a través de su asociación a uno o varios bienes jurídicos, con independencia de una calificación jurídica precisa, determinada y en concreto³¹.

En la jurisprudencia es interesante lo resuelto en la sentencia de la Corte Suprema, de 30 de julio de 2008, cuando señala como exigencias para la procedencia de la cosa juzgada penal las siguientes:

que entre el nuevo juicio y el anterior concurren las condiciones o requisitos siguientes: 1) la existencia de un juzgamiento que termine con la condena, absolución o el sobreseimiento del imputado; 2) identidad del hecho que constituye el delito perseguido; y, 3) la identidad del sujeto activo o agente del delito, es decir, de la persona a quien se le atribuye participación en él ...³².

Según el mismo fallo:

para que pueda aplicarse la cosa juzgada en un proceso penal, tiene que producirse una doble

identidad: del hecho punible y del actual procesado. Dicho en otros términos, si entre ambos procesos el hecho investigado es el mismo pero el actual procesado no es el de esa causa, no cabe sostener que aquella sentencia produzca la excepción de cosa juzgada en el nuevo juicio³³.

Como se puede apreciar, la determinación de la cosa juzgada penal atiende al hecho y a la persona. Por lo mismo, es irrelevante la diferencia que se pueda apreciar en la pena que se solicita aplicar en el nuevo proceso que se pretende reabrir. Esto se explica porque la acción penal no asegura al que la ejerce el reconocimiento de un derecho subjetivo a la pena; la sanción punitiva debe ser determinada y aplicada por los jueces penales conforme al principio de la legalidad y asegurado que los hechos están acreditados conforme al estándar de convicción previsto en nuestro sistema en la fórmula “más allá de toda duda razonable” (art. 340 CPC)³⁴.

Ahora, para determinar si es el mismo hecho el que se pretende juzgar nuevamente, tampoco tiene importancia si la acción penal la ejerce el Ministerio Público o la parte querellante. Es irrelevante, para efectos de la cosa juzgada penal, quien ejerce activamente la acción punitiva; la identidad subjetiva se satisface atendiendo exclusivamente al sujeto que adquiere la calidad de imputado en el proceso penal, no a quien deduce la acción o insta por una nueva investigación del mismo hecho. Asimismo, tampoco tiene relevancia la calificación jurídica del hecho³⁵. Si no se aceptara este límite se podría burlar fácilmente la prohibición de doble persecución, mediante el simple expediente de cambiar la calificación jurídica de los hechos y comenzar una nueva investigación³⁶.

³¹ Con un mayor desarrollo, Vera (2020) pp. 130-133 y 216-237.

³² CS, 30 de julio de 2008. Rol N° 985-08 (MJ 18333), “Valenzuela Núñez, César A.”.

³³ CS, 30 de julio de 2008. Rol N° 985-08 (MJ 18333), “Valenzuela Núñez, César A.”.

³⁴ Sobre la incorporación de esta regla y sus alcances, Carnevalli y Castillo (2011).

³⁵ En este sentido, Maturana y Montero (2012) p. 151.

³⁶ Comentario aparte merece el efecto excluyente que surge del acto de no perseverar que manifiesta el Ministerio Público. Conforme al art. 248 letra c) del CPP, dentro de las posibilidades que tiene el fiscal al errar la investigación está la siguiente: “c) Comunicar la decisión del ministerio público de no perseverar en el procedimiento, por no haberse reunido durante la investigación los antecedentes suficientes para fundar una acusación”. Conforme al mismo precepto, “la comunicación de la decisión contemplada en la letra c) precedente dejará sin efecto la formalización de la investigación, dará lugar a que el juez revoque las medidas cautelares que se hubieren decretado, y la prescripción de la acción penal continuará corriendo como si nunca se hubiere interrumpido”.

7. La función positiva o prejudicial de la cosa juzgada penal

En este estudio sobre la cosa juzgada, como parte integrante del derecho de defensa del imputado, también es pertinente examinar qué efectos de esta institución son los que se puede invocar para hacer efectiva la proyección del *ne bis in idem*.

En el plano teórico la doctrina diferencia entre el efecto negativo y el positivo o prejudicial de la cosa juzgada.

El efecto negativo es el que hemos examinado antes y apunta hacer efectivo que nadie sea condenado o investigado por el mismo hecho si está presente la doble identidad: la subjetiva y la del hecho punible.

El efecto positivo o prejudicial, en palabras de Pérez Aguilera, “comprende la eficacia vinculante que puede llegar a poseer todo pronunciamiento judicial firme sobre los juicios futuros relacionados con el mismo” (Pérez, 2020, p. 31).

En palabras de Ezurmendia, la eficacia positiva de la cosa juzgada supone la existencia de una sentencia firme sobre un asunto que mantiene un vínculo de dependencia o conexidad con otro que será sometido a un nuevo proceso, de tal forma que, si en aquel y ese se resuelve de forma diferente una misma cuestión a ambos litigios se genera el riesgo de existencia de dos sentencias contradictorias (Ezurmendia, 2021, p. 249).

En la eficacia positiva no hay identidad subjetiva y de hecho, solo una vinculación por razón de conexión. Sin

embargo, surge la pregunta de si lo declarado en un proceso anterior puede ser invocado para hacer valer el efecto del *ne bis in idem*.

La doctrina procesal clásica ha postulado que el efecto de la cosa juzgada de la sentencia penal vinculada a la regla de clausura que nos ocupa es solo el efecto negativo o excluyente. Como lo explica Pérez Aguilera:

... la doctrina del proceso penal se halla muy arraigada la convicción de que la cosa juzgada sólo puede desplegar efectos negativos o excluyentes, pero nunca positivos o prejudiciales. En ese sentido, se ha indicado que la cosa juzgada penal excluye, como impedimento procesal, un segundo juicio, o en todo caso la condena, por el hecho ya juzgado y respecto de la misma persona; pero no determina prejudicialmente el contenido de la segunda sentencia, ni respecto de otro inculpado -por el mismo hecho-, ni del mismo inculpado, por un hecho distinto, aun conexo o condicionado por el juzgado (2020, p. 105)³⁷.

Las razones para negar el efecto positivo o prejudicial se sustentan en la singularidad que tiene el enjuiciamiento penal, en cuanto supone siempre formular un reproche particular al imputado que ha sido acusado formalmente; la sentencia penal firme o ejecutoriada conforma un juzgamiento particular, que se pronuncia sobre el hecho típico y sus circunstancias atenuantes y agravantes con el objeto de determinar la pena aplicable o absolver al imputado³⁸.

³⁷ Cortés (1975) pp. 163-182.

³⁸ El mismo Cesare Beccaria (1738-1794), explicaba la función jurisdiccional como una operación mecánica, que debe lograr el silogismo perfecto, donde la premisa mayor es la ley general, la premisa menor la acción conforme o contra la ley, de la que se inferirá por consecuencia la pena o la absolución. En su conclusión a lo que sería considerada como la obra maestra de la literatura del iluminismo italiano, señala: “de todo cuanto se ha visto hasta aquí puede extraerse un teorema general muy útil, pero poco conforme con el uso, legislador más frecuente de las naciones. Para que cada pena no sea una violencia de uno o de muchos contra un ciudadano privado, debe ser esencialmente pública, rápida, necesaria, la menor de las posibles en las circunstancias dadas, proporcionada a los delitos, dictada por las leyes” (Beccaria, 1984, p.115).

En nuestra jurisprudencia se ha aplicado la tesis tradicional, descartando que un fallo anterior —firme y ejecutoriado— pueda ser considerado en un nuevo juzgamiento penal, aunque se trate de hechos conexos. En tal sentido, la Corte Suprema, en sentencia de 30 de mayo de 2009, ha resuelto que no podía proyectarse el fallo penal anterior a un nuevo juzgamiento, aunque ambos procedimientos hayan versado sobre unos mismos hechos, y la decisión de un juez de garantía no puede influir en la decisión que otro tribunal, que debe tomar en forma independiente y autónoma su resolución, sobre la base de la prueba que se rinde en el juicio³⁹.

En igual sentido se pronuncia la sentencia de la Corte Suprema, de 30 de julio de 2008, al desestimar el efecto prejudicial de un fallo anterior, aunque el hecho delictivo juzgado había sido cometido por más de un sujeto y se trataba efectivamente del mismo hecho delictivo, que había sido juzgado en un proceso anterior contra otro acusado⁴⁰.

8. La diversidad entre la acción civil y penal y la cosa juzgada

La circunstancia de que el imputado cuente con la posibilidad de alegar la cosa juzgada penal, en los términos en que se ha descrito, no significa que ello no tenga límites. Tal como se pasa a explicar, no se puede extender el límite que se admite en el proceso penal para afectar los fines jurídicos que son propios del proceso civil.

Las razones que justifican la restricción de la eficacia excluyente de la sentencia penal al proceso civil se explican, entre otras, por la diferencia que existe en el

contenido del derecho de acción, según se pasa a explicar.

El Código Procesal Penal acepta la autonomía entre la acción civil y la penal⁴¹. No deja duda de esto el art. 67 de ese cuerpo legal, cuando reconoce la independencia de la acción civil de la acción penal, señalando que “la circunstancia de dictarse sentencia absolutoria en materia penal no impedirá que se dé lugar a la acción civil, si fuere legalmente procedente”.

³⁹ CS, 30 de marzo de 2009. Rol N° 382-09 (MJ 19761), “Contra Fierro Ramos, José L. y otros”.

⁴⁰ CS, 30 de julio 2008. Rol N°985-08 (MJ 18333), “Valenzuela Núñez, César A.”. “SÉPTIMO: Que en el caso en estudio, se alega la existencia de cosa juzgada entre lo decidido en este expediente y lo ya fallado con anterioridad en el expediente Rol N° 579-2005 seguido ante el mismo tribunal. Si se atiende a los hechos establecidos en los fundamentos segundos de ambas sentencias, es posible concluir que se trata efectivamente del mismo hecho delictivo, que ha sido juzgado en ambos expedientes. Sin embargo, no se trata de un mismo procesado o acusado, ya que en la causa que ahora se revisa, el condenado ha sido César Andrés Valenzuela Núñez y en la que se tiene a la vista, lo ha sido Juan Eduardo González Muñoz. No se verifica en la especie, en consecuencia, la doble identidad que se acepta generalmente en el derecho penal y basta con la falta de coincidencia de uno de los elementos, para que ya no tenga cabida la excepción invocada. OCTAVO: Que no se verifican entre estos autos y los antes mencionados, que se mantienen a la vista, los requisitos necesarios para la concurrencia de la cosa juzgada invocada por el recurrente de autos, siendo conveniente precisar además, que cada uno de los choferes involucrados resultó condenado por su propia responsabilidad en el cuasidelito de que se trata” (CS, 30 de julio 2008. Rol N°985-08 (MJ 18333), “Valenzuela Núñez, César A.”).

⁴¹ CPP, Arts. 59 al 68.

Para lo que aquí importa, si el juzgamiento de una acción penal supone la decisión sobre un objeto diverso al que se resuelve en el proceso civil, es lógico que no se puedan equiparar los efectos de las sentencias.

En la práctica se dan casos donde se hace necesario considerar la separación que existe entre el objeto del proceso civil y el penal, para evitar que los límites que han sido previstos para la persecución penal terminen por afectar los aspectos civiles que podrían estar vinculados al hecho punible que fue amparado por la cosa juzgada penal, especialmente en las resoluciones de sobreseimiento definitivo dictadas por motivos procesales⁴².

Como lo ha declarado la Corte Suprema, en sentencia de 10 de agosto de 2015, destacando la separación entre acción penal y civil:

... no hay cosa juzgada porque en la causa criminal se trata de determinar si hay o no delito; acá si infringen o no los requisitos de validez del contrato cuya nulidad fue demandada; y los elementos y omisiones que producen el delito son distintos de los elementos y omisiones que conforman la nulidad del contrato. Es posible que allá se absuelva por falta de algún elemento necesario para configurar el delito, lo cual no obsta a que aquí falten requisitos para la validez del acto exigidos por la ley civil; en estas circunstancias, no hay delito y el demandado queda absuelto, pero civilmente el contrato es nulo; la absolución penal es compatible con la nulidad civil⁴³.

En igual sentido, es interesante lo señalado por la sentencia de la Corte Suprema, de 21 de julio de 2015,

cuando ha resuelto que:

la conclusión que precede encuentra sustento en las diferencias que asisten a los regímenes de responsabilidad civil y penal, siendo la fuente inmediata de esta última la ley que proscribe, mediante una descripción previa, precisa y determinada, ciertas conductas que califica de intolerables para la vida en sociedad, asociando a su ocurrencia una consecuencia de índole penal y para cuya aplicación debe comprarse que el sujeto activo ha tenido en ella una participación —en la materia de análisis— dolosa, es decir, culpable. Tales aspectos exceden el régimen de consecuencias asociadas por otras ramas del ordenamiento jurídico nacional a conductas como la pesquisada en autos, que en caso concreto acarrear la pérdida de un derecho —con efectos tributarios precisos y determinados— habilitando el cobro del impuesto eludido con reajustes y multas, pero en las que la ausencia de cualquiera de los elementos propios del reproche penal impide la calificación como delictivo del comportamiento pesquisado. Ello, sin embargo, no permite sostener la inexistencia de consecuencias en otros órdenes cuando la conducta ha existido y ha acarreado perjuicio fiscal, de modo que resulta pertinente el examen de la procedencia de su reparación bajo el prisma particular de la rama del derecho de que se trata⁴⁴.

Todo lo anterior tiene especial relevancia en la práctica cuando el sobreseimiento definitivo se ha fundado en una consideración de orden estrictamente penal, como que el hecho investigado no es típico (no reviste caracteres constitutivos de delito). Esa declaración no significa que ante el derecho civil o administrativo la misma conducta

⁴² Incluso se cuestiona que la misma sentencia condenatoria penal pronunciada en un juicio abreviado o en uno simplificado —en que existió admisión de responsabilidad del imputado— tenga eficacia en el proceso civil, al tratarse de un fallo surgido de un proceso no adversarial ni tampoco fruto de un juicio jurisdiccional. En tal sentido, Ried (2017).

⁴³ CS, 10 de agosto de 2015. Causa NIC 25143-2015.

⁴⁴ CS, 21 de julio de 2015. Rol 8531-2014 (MJ 41948) “Comercial Araucanía S.A. con Servicio de Impuestos Internos”.

configure un ilícito que genera responsabilidad .

Desde otro punto de vista, se debe considerar que la interpretación de la causal de sobreseimiento definitivo del art. 250 letra a) del CPP se refiere a dos situaciones diversas: que el hecho nunca existió, esto es, que no ocurrió, o que el hecho propuesto en la formalización no sea constitutivo de algún ilícito penal (falta de tipicidad) .

Compartimos la distinción de Barros Bourie cuando, para esclarecer el correcto sentido del artículo 179 del CPC, señala que la expresión relativa a “la inexistencia del delito puede deberse a una razón de índole material (no se ha cometido el hecho) o a una razón jurídica (los hechos no son constitutivos de delito desde el punto de vista penal)” (Barros, 2007, pp. 965-966) .

En la jurisprudencia, avala lo anterior la sentencia de la Corte Suprema, de 21 de julio de 2015, al señalar:

el influjo de lo resuelto en sede penal en materias civiles se encuentra regulado, en lo referido a las sentencias absolutorias, en el artículo 179 del Código

de Procedimiento Civil. Esta última disposición, a diferencia de lo que ocurre con las sentencias condenatorias —artículo 178—, no establece una regla absoluta, sino que señala tres casos conforme a los cuales es posible sostener la referida influencia de lo resuelto en sede criminal en su homólogo civil (...). La que interesa en este caso es la regla primera del artículo 179 citado, que reconoce el efecto de cosa juzgada a las sentencias absolutorias cuando se fundan en la no existencia del delito o cuasidelito que ha sido materia del proceso. Tal prescripción admite, desde ya, las siguientes situaciones: la inexistencia del hecho en que se funda el delito o cuasidelito, que no arroja dificultades para el reconocimiento que se pretende; y la existencia del hecho, el que no es delito, caso en el cual tanto la doctrina como la jurisprudencia han estado contestes en que tal efecto no se produce⁴⁸.

De este modo, se rechazó la alegación de cosa juzgada de una sentencia absolutoria penal en sede civil, atendido que en ella se reconocía la falsedad de la declaración, y la absolución se dio por no haberse acreditado el dolo.

⁴⁵ Esta técnica ha sido aceptada por la Ley N° 20.780, de 29 de septiembre de 2014, sobre Reforma Tributaria al incorporar normas contra la elusión. En esos preceptos se admite expresamente que se pueda realizar una declaración de simulación “para el solo efecto tributario”, sin que ellos afecten la validez de los actos y contratos cuestionados por el Servicio de Impuestos Internos ante los Tribunales Tributarios y Aduaneros. Para lo que aquí interesa, el artículo 4° quáter dispone: “Habrán también elusión en los actos o negocios en los que exista simulación. En estos casos, los impuestos se aplicarán a los hechos efectivamente realizados por las partes, con independencia de los actos o negocios simulados. Se entenderá que existe simulación, para efectos tributarios, cuando los actos y negocios jurídicos de que se trate disimulen la configuración del hecho gravado del impuesto o la naturaleza de los elementos constitutivos de la obligación tributaria, o su verdadero monto o data de nacimiento”.

⁴⁶ C. de Ap. de Rancagua, 2 de enero de 2018. Rol N° 1004-17(MJ 53052), “Ministerio Público con Dávalos”: “Todo lo expuesto, lleva implícito que la falta de tipicidad involucra consecuencias procesales que impiden la investigación o el desarrollo del juicio oral, cuando, como se ha señalado, ella emane de una forma fehaciente, clara y nítida, sin que sea menester apreciar más antecedentes que los contenidos en la presentación de las partes o tenidos a la vista en una investigación, ni que sea necesario valorar otros datos probatorios”. En otra sentencia, la Corte Suprema, de 22 de noviembre de 2019, ha resuelto que no procedía decretar el término del proceso penal fundada en la causal del artículo 250 letra a) del Código Procesal Penal, atendido que para ello “se requiere que se acredite que no concurren los requisitos del tipo penal de que se trata, en la especie, que los actos y contratos llevados a cabo por el querellado sobre el bien inmueble y la omisión de la información sobre su situación jurídica al comprador no tuvieron la finalidad de inducirlo a error, circunstancias que precisamente no se pudieron determinar y por lo que no puede descartarse la concurrencia del engaño como factor determinante en la realización del acto jurídico” (CS, 22 de noviembre de 2019. Rol N° 20265 (MJ 304205). Recurso de queja).

⁴⁷ Otros antecedentes de este tema, en Rivero (2016) pp. 389-395.

⁴⁸ CS 21 de julio de 2015. Rol 8531-2014 (MJ 41948) “Comercial Araucanía S.A. con Servicio de Impuestos Internos”.

9. Algunas Conclusiones

1ª) El contenido de la cosa juzgada penal en el Código Procesal penal admite varias proyecciones extintivas. A través de ellas se asegura al imputado como parte de su derecho de defensa que pueda evitar o impedir un juicio penal o una nueva actuación de investigación por parte del Ministerio Público sobre hechos que ya fueron conocidos con anterioridad.

2ª) El proceso penal chileno acepta de manera extensa varias proyecciones del *ne bis in idem*, con el objeto de limitar el *ius puniendi* estatal. Esto surge a partir de la existencia de una sentencia firme y ejecutoriada que se haya pronunciado sobre el fondo de la acción penal o haya sobreseído una causa por razones meramente procesales. En ambos casos surge un estado jurídico que forma parte del derecho de defensa del imputado,

que los jueces con competencia penal están llamados a garantizar.

3ª) El sobreseimiento definitivo en el ámbito penal asegura al imputado que pueda hacer valer la eficacia excluyente de la cosa juzgada penal, para impedir una nueva condena o investigación penal. Sin embargo, esa proyección del derecho de defensa en el ámbito penal no excluye que pueda hacer efectiva la responsabilidad civil.

4ª) La eficacia de la cosa juzgada en el ámbito del proceso penal y del proceso civil es una consecuencia de la diversidad que existe entre la acción civil y penal, que cuentan con un estatuto de autonomía reconocido expresamente en el art. 67 del CPP.

Referencias

- Alañón Olmedo, F., Henríquez Salido, M., Otero Seivane, J. (2011) *El latín en la jurisprudencia actual*. Cizur Menor (Navarra): Civitas.
- Barros Bourie, E. (2007). *Tratado de Responsabilidad extracontractual* (Reimpresión). Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Beccaria, C. (1984). *De los delitos y de las penas* (F. Tomás y Valiente, Trad.). Buenos Aires: Ediciones Orbis.
- Cabrera Mercado, R. (2016). Los artículos de previo y especial pronunciamiento o cuestiones previas al proceso penal. En I. Díez-Picazo y J. Vega (Coords.). *Derecho, Justicia, Universidad: Liber amicorum de Andrés de la Oliva*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, pp. 473-491.
- Cano Campos, T. (2001). *Non bis in idem*: prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el derecho administrativo sancionador. *Revista de Administración Pública*, Madrid, (156), 191-249.
- Carnevalli Rodríguez, R., Castillo Vial, I. (2011). El estándar de convicción de la duda razonable en el proceso penal chileno, en particular la relevancia del voto disidente. *Ius et Praxis* (Edición conmemorativa del 20° aniversario), (2), 871-902.
- Cerda San Martín, R., Hermosilla Iriarte, F. (2017). *El Código Procesal Penal*. Santiago: Librotecnia.
- Cortés Domínguez, V. (1975). *La cosa juzgada penal*. Bolonia: Real Colegio de España.
- De León Villalba, F. J. (1998). *Acumulación de sanciones penales y administrativas*. Barcelona: Bosch.
- Del Río Ferretti, C. (2008). Deber de congruencia (*Rectius*, correlación) de la sentencia penal y objeto del proceso: un

- problema no resuelto en la ley e insoluble para la jurisprudencia chilena.* *Ius et Praxis*, 14(2), 87-125.
- Domingo, R. (2000). *Reglas Jurídicas y Aforismos*. Pamplona: Aranzadi.
- Duce J., M. (2017). Los recursos de revisión y la condena de inocentes en Chile: una aproximación empírica período 2007-2016. *Doctrina y jurisprudencia penal*, Universidad de los Andes, Chile, (30), 3-40.
- Duce J., M. y Riego R., C. (2007). *Proceso Penal*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Ezurmendia Álvarez, J. (2021). *Reflexión contemporánea sobre la cosa juzgada*. Barcelona: J.M. Boch.
- García Cavero, P. El principio del *ne bis in idem* material en caso de concurrencia de pena y sanción administrativa. *Microjuris*. Recuperado de: [http://clasi-cocl.microjuris.com.uandes.idm.oclc.org/getContent?reference=MJCH_MJD3747&links=\[NE,%20BIS,%20IN,%20IDEM\]](http://clasi-cocl.microjuris.com.uandes.idm.oclc.org/getContent?reference=MJCH_MJD3747&links=[NE,%20BIS,%20IN,%20IDEM]) [Fecha consulta: 7 de octubre de 2021].
- Gorigoitia Abbott, F. (2013). *Irregularidad, invalidez e ineficacia en el contexto de la nulidad procesal*. RDUCN, (1) 129-154.
- Herrero Perezagua, J. (2014). *Lo jurisdiccional en entredicho*. Pamplona: Aranzadi.
- Horvitz Lennon, M. I. y López Masle, J. (2002). *Derecho Procesal Penal chileno*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Laudan, L. (2013). *Verdad, error y proceso penal*. Madrid: Marcial Pons.
- López Borja De Quiroga, J. (2012). *Tratado de derecho procesal penal* (5ª ed.). Cizur Menor: Aranzadi.
- López L., O. (1983). *Derecho Procesal Penal Chileno* (2ª ed.). Santiago: Ediar.
- Machado Martins, P. (2017). *La cosa juzgada constitucional*. Madrid: Reus.
- Maldonado, F. (2015). Delito continuado y concurso de delitos. *Revista de derecho (Valdivia)*, 28(2), 193-226. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502015000200010>. [Fecha consulta: 2 de agosto de 2021].
- Mañalich Raffo, J. P. (2011). El principio *ne bis in idem* en el derecho penal chileno. *Revista de Estudios de la Justicia*, (15), 139-169.
- Mañalich Raffo, J. P. (2016). El concurso aparente como herramienta de cuantificación penológica de hechos punibles. *Derecho Penal como teoría y como práctica* (pp. 501-548). Edit. C. Cárdenas Aravena, J. Ferdman. Santiago: Thomson Reuters.
- Mañalich Raffo, J. P. (2014). El principio *ne bis in idem* frente a la superposición del derecho penal y el derecho administrativo sancionatorio. *Microjuris*. Recuperado de: [http://clasico-cl.microjuris.com.uandes.idm.oclc.org/getContent?reference=MJCH_MJD1108&links=\[NE,%20BIS,%20IN,%20IDEM\]](http://clasico-cl.microjuris.com.uandes.idm.oclc.org/getContent?reference=MJCH_MJD1108&links=[NE,%20BIS,%20IN,%20IDEM]) [Fecha consulta: 7 de octubre de 2021].
- Maturana Miquel, C. y Montero López, R. (2012). *Derecho Procesal Penal*, Tomo. I (2ª ed.). Santiago: Thomson Reuters.
- Núñez Ojeda, R. y Silva Salce, M. (2017). El recurso de nulidad en el enjuiciamiento criminal chileno. *Doctrina y jurisprudencia penal*, Universidad de los Andes, Chile, (29), 3-42.
- Ossandón, M. (2018). El legislador y el principio *ne bis in idem*. *Política Criminal*, 13(26), 952-1002. Recuperado de: http://www.politicacriminal.cl/Vol_13/n_26/Vol13N26A8.pdf [Fecha de consulta: 7 de octubre de 2021].
- Otero Seinane, J. (2011). *El latín en la jurisprudencia actual*. Madrid: Civitas.
- Pérez Aguilera, L. M. (2020). *El efecto positivo o prejudicial de la cosa juzgada en el proceso penal*. Pamplona: Aranzadi.
- Pfeffer Urquiaga, E. (2010). *Código Procesal Penal anotado y concordado* (3ª ed.). Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Politof L., S., Matus A., J. P. y Ramírez G., M. C. (2003). *Lecciones de derecho penal chileno*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Ried Undurraga, I. (2017). El efecto de la sentencia condenatoria del procedimiento abreviado en el juicio indemnizatorio por responsabilidad ex delicto. *Ius et Praxis*, 23, 579-626.
- Rivero Hurtado, R. (2016). *La prejudicialidad en el proceso civil chileno*. Santiago: Thomson Reuters.
- Tavolari Oliveros, R. (1990). La instrucción sumaria en el proceso penal chileno. En Si hay, indicar editor. *Estudios de Derecho Procesal* (pp. 179-196). Valparaíso: Edeval.

- Tavolari Oliveros, R. (2005). *Instituciones del nuevo proceso penal*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Vera Sánchez, J. S. (año o s.f.). Informe en Derecho *Bis in idem procesal* en juzgamientos sucesivos derivados de conductas de microtráfico. Recuperado de: <https://biblio.dpp.cl/datafiles/16125.pdf>. [Fecha consulta: 9 de octubre de 2021].
- Vera Sánchez, J. S. (2020). *Ne bis in idem procesal: Identidad de Hechos*. Santiago: Tirant lo Blanch.

Jurisprudencia

- CS, 1 de febrero de 2021. Rol N° 131.588-20 (MJ 306424), "Ministerio Público contra Gajardo Vielma".
- CS, 27 de julio de 2020- Rol N° 8224-18 (MJ 305501). "Zepeda Berland, Marjory K. con Compass Catering S.A".
- CS, 19 de junio de 2020. Rol N° 33156-20 (MJ 305306) Ministerio Público contra J.R.Z. (CS, 22 de noviembre de 2019. Rol N° 20265 (MJ 304205). Recurso de queja).
- CS, 3 de diciembre de 2019. Rol N° 27.534-19 (MJ 304345), "Ministerio Público contra Chorizola Cruz".
- CS, 29 de mayo de 2018. Rol N° 2349-18 (MJ 55267), "Ministerio Público contra Piérola y otros".
- CS, 21 de julio de 2015. Rol 8531-2014 (MJ 41948) "Comercial Araucanía S.A. con Servicio de Impuestos Internos".
- CS, 10 de agosto de 2015. Causa NIC 25143-2015.
- CS, 24 de diciembre de 2013. Rol N° 9030-12, MJ 36562.
- CS, 30 de marzo de 2009. Rol N° 382-09 (MJ 19761), "Contra Fierro Ramos, José L. y otros".
- CS, 30 de julio de 2008. Rol N° 985-08 (MJ 18333), "Valenzuela Núñez, César A.".
- CS, 5 de noviembre de 1970, RDJ, t. 67, sec. 1ª, p. 505)
- CS. 7 de agosto de 1961, RDJ, t. 58, sec. 1ª, p. 273.
- C. de Ap. de Rancagua, 2 de enero de 2018. Rol N° 1004-17(MJ 53052), "Ministerio Público con Dávalos".
- C. de Ap. de Santiago, 27 de diciembre de 2016. Rol N° 4270-16 (MJ 47614) "Arrivillaga Robert, Enrique contra Montaner Reyes, José".
- C. de Ap. de Concepción, 9 de diciembre de 2016. Rol N° 922-16 (MJ 47776) "Contra Mora H".
- C. de Ap. de Santiago, 24 de mayo de 2010. Rol N° 879-10 (MJ 24038), Contra Contardo Santibáñez, Ruperto.
- STC, 25 de agosto 2016. Rol N° 2896-15, INA.

Luis Gonzalo Navarrete Villegas

gnavarrete@notarianavarrete.cl

Inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los artículos 470, inciso primero, y 473, inciso final, del Código del Trabajo

(Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de la República de Chile del 7 de julio de 2020, Rol 8508-2020)

Inapplicability due to unconstitutionality regarding article 470, first paragraph, and article 473, final paragraph, of the Labor Code.

(Commentary to the Chilean Constitutional Court's resolution of July 7, 2020, No. 8508-2020)

Resumen: El autor analiza una reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional relativa a la cuestión de si las excepciones del artículo 470, inciso primero del Código del Trabajo, que el ejecutado puede oponer en el proceso de ejecución de una sentencia dictada en un juicio declarativo anterior, satisfacen el esquema constitucional de un procedimiento racional y justo.

Palabras clave: ejecución; sentencia; excepciones; Código del Trabajo.

Abstract: The author analyzes the Constitutional Court recent jurisprudence relative to the issue addressed in article 470, first paragraph from the Labor Code, which regards if the defenses the defendant can bring during the enforcement of a sentence given on a former declaratory judgment fulfills the constitutional scheme of a rational and fair procedure.

Keywords: *enforcement; sentence; defenses; Labor Code.*

1. Cuestión discutida

En el requerimiento de inaplicabilidad presentado por Scotiabank Chile, rol 8508-2020 del Tribunal Constitucional, el banco alega que el Juzgado de Cobranza Laboral y Previsional de Santiago carece de competencia para conocer de la ejecución de la sentencia pronunciada por el Tercer Juzgado del Trabajo de Santiago, en el juicio iniciado por el Sindicato de Trabajadores en contra del mencionado banco, pues esta no ostentaría mérito ejecutivo porque la obligación no sería líquida, excepción que está impedido de oponer dada la aplicación de la norma del artículo 470, inciso primero del aludido código. Esto provocaría las siguientes vulneraciones a la Constitución: al debido proceso (art. 19 N° 3), a la igualdad ante la ley (art. 19 N° 2), al derecho de propiedad (art. 19 N° 24), a la seguridad jurídica (art. 19 N° 26), y a la supremacía constitucional (art. 6).

El debido proceso, en cuanto proceso racional y justo, abarca el derecho a oponer las excepciones que permitan la adecuada defensa del demandado, lo que veda la normativa impugnada (arts. 470 y 473, código del trabajo). Esta limitación, continúa el requirente, no es racional, porque si bien son formalmente cuatro las excepciones que se puede deducir, en la práctica es solo una, la de pago. Las otras tres constituyen modos de extinguir las obligaciones que equivalen jurídicamente al pago efectivo de la deuda, esto es, el cumplimiento de una obligación mediante la satisfacción de un crédito. Así, su parte solo podrá oponer excepción de pago, sin poder incorporar otras cuestiones jurídicas relevantes, tales como la incompetencia del tribunal, la falta de representación, la falta de requisitos del

título para que ostente fuerza ejecutiva, la cosa juzgada, la prescripción o la compensación. Junto a lo anterior, se contraría la bilateralidad de la audiencia que es parte del derecho a la defensa.

De esta forma, la normativa cuestionada incumple el estándar que exige la Constitución chilena en sede del debido proceso, no garantizando un justo y racional procedimiento. Para tenerse por tal, debe entregarse la posibilidad de que todas las partes puedan presentar acciones, excepciones y defensas sin limitaciones.

Unido a lo anterior, se atenta contra la igualdad ante la ley en su vertiente de igualdad procesal. Es una diferencia arbitraria, creada por una restricción, contraria a la razonabilidad y al principio de igualdad.

También se agrega una vulneración al derecho de propiedad pues la restricción que contempla la normativa pone en riesgo su patrimonio, lo que se traduciría no solo en el embargo de una importante suma de dinero, sino que, en el peor de los casos, en su privación, sin existir fundamento jurídico.

Finalmente, indica una vulneración a la garantía de contenido esencial de los derechos, dada la afectación, en su esencia, de los derechos ya referidos y al principio de supremacía constitucional previsto en el artículo 6° de la Constitución, por la contravención a la carta fundamental que conlleva la aplicación de la normativa que se cuestiona.

2. Sentencia

La sentencia rechazó el requerimiento porque se produjo un empate de votos, con lo cual no se obtuvo la mayoría exigida por el artículo 93, inciso primero,

numeral 6°, de la Constitución Política, para declarar la inaplicabilidad requerida.

3. Doctrina

3.1. Voto por acoger

Las disposiciones legales objetadas, insertas en el proceso ejecutivo laboral, constriñen el derecho a defensa del ejecutado al permitir, solamente, la oposición de las excepciones de pago de la deuda, remisión, novación y transacción, lo que no se condice con un procedimiento racional y justo. Un diseño procedimental que se ajuste a ello debe permitir la plena vigencia de una igualdad procesal, de forma que tanto el ejecutante como el ejecutado, como es el caso de estos autos, ejerzan sus acciones y opongan sus excepciones y defensas sin restricciones de ninguna naturaleza. Las normas jurídicas cuestionadas impiden aquello.

El impedimento de poder controvertir el mérito ejecutivo del título que sirve de fundamento a la acción de esa naturaleza lleva a que en el juicio ejecutivo se consuma una indefensión que desde la perspectiva constitucional es reprochable. Ningún precepto legal puede afectar el derecho a defensa que asegura la carta fundamental a toda persona porque con ello se vulnera el mandato constitucional, por parte del legislador, de establecer un procedimiento racional y justo.

Cercenar las posibilidades de defensa del ejecutado al restringir el número de excepciones factibles legalmente de oponer hace que las normas jurídicas censuradas no satisfagan el estándar constitucional de un procedimiento racional y justo.

Existe una sustancial afectación al derecho a defensa, al impedir al ejecutado discutir, a través de la oposición de la excepción pertinente, la calidad del título ejecutivo esgrimido y poder acreditar, por los medios de prueba adecuados, su inexistencia, y así tener la posibilidad de revertir la ejecución, eventualmente. Esta limitación es la que configura el resultado contrario a la Constitución de

los preceptos legales censurados, en la gestión judicial pendiente.

La creación de esta situación en el proceso ejecutivo laboral, por la aplicación de los artículos 470 y 473 del Código del Trabajo, redundando en la infracción de otras normas constitucionales, particularmente del artículo 76 de la carta fundamental, dado que afecta la jurisdicción, la que comprende las facultades de juzgar y resolver el conflicto de relevancia jurídica. Cabe señalar que la fase de juzgamiento la integran la etapa de la discusión y de prueba. Es en este aspecto, que se obstaculiza el ejercicio de la jurisdicción, puesto que el juez no puede conocer y juzgar todas las excepciones y defensas que la parte ejecutada pudiere oponer y presentar. De esta manera se vulnera la antedicha norma fundamental.

3.2. Voto de rechazo

En el caso concreto, el título ejecutivo es una sentencia definitiva, firme y ejecutoriada. En este orden, el artículo 464 del Código del Trabajo da el carácter de título ejecutivo perfecto a la sentencia firme, sin distinguir si es interlocutoria o definitiva, y sin distinguir los caracteres ni la tipología de la obligación que contenga. Y en este caso, las partes no tienen controversia en que el título invocado es una sentencia definitiva y que se encuentra firme.

La requirente centra su alegación en que la sentencia no tendría fuerza ejecutiva porque, a su juicio, la obligación no sería líquida, cuestión que de cierta forma expresa a fojas 7, al señalar que: “esa falta de competencia se relaciona con el hecho de que el objetivo del juicio ejecutivo laboral es proveer de una vía que permite cobrar créditos emanados de un título ejecutivo laboral, cuestión que no ocurre en la demanda materia de la gestión pendiente. Y esto es así porque, como ha quedado claro a partir

de lo señalado precedentemente, en la gestión no se ha invocado un crédito líquido o liquidable”.

A este respecto, resulta básico diferenciar dos cosas: 1) la existencia del título ejecutivo y 2) los caracteres de la obligación que contiene el título, en orden a si es o no líquida. Las cuestiones recién señaladas son presupuestos básicos de la ejecución, pero son enteramente diferentes, al punto de que la ley chilena considera regularlas diferenciadamente: el título ejecutivo tiene una regulación para determinar si tiene o no tal fuerza (artículos 464 del Código del Trabajo y del Código de Procedimiento Civil), y la determinación de la liquidez, y también la gestión de liquidación de la obligación tiene otra regulación, reconociendo ya el carácter ejecutivo del título (artículo 439 del Código de Procedimiento Civil y artículo 469 del Código del Trabajo, ambos ubicados en los títulos del juicio ejecutivo).

En este sentido, la objeción de la liquidación y la oposición de excepciones son dos actos procesales distintos e independientes, pero que tienen el mismo plazo para ser verificados por la misma parte: el ejecutado. En materia de ejecución de sentencia laboral la existencia de título ejecutivo presupone que la obligación puede o no ser líquida e, incluso, que no siempre será líquida dada la naturaleza de la misma, lo que no resta fuerza ejecutiva al título y, en específico, lleva a que el legislador disponga, además, que el tribunal siempre debe liquidar el crédito al inicio de la ejecución laboral, liquidación que después es comunicada a las partes, existiendo plazo legal para ejercer el derecho de objetarla.

La incompetencia del tribunal y el no tener la sentencia firme el carácter de título ejecutivo no son excepciones propias del procedimiento de la ejecución de sentencia, y no pueden serlo pues la competencia del tribunal está determinada por la ley de manera clara por la regla general de la ejecución y, en materia laboral, por regla especial de la competencia de los tribunales de cobranza que corresponda, nada de lo cual ha sido discutido en el presente caso. Es del caso constatar que en el caso *sub*

lite no se han cuestionado las normas referidas a la fuerza ejecutiva de la sentencia laboral ni menos las normas referidas a la competencia por materia de los tribunales de cobranza laboral o previsional.

La tesis del requirente reconoce un eje argumentativo: sostener que no puede defenderse por no ser líquida la obligación y no tener excepciones para reclamarlo. Dicho eje es errado en lo conceptual pues confunde la liquidación del crédito con la fuerza ejecutiva de la sentencia y, además, confunde la objeción de la liquidación con la oposición de excepciones.

Si la obligación no es líquida o no se conoce su monto actualizado no es relevante para determinar si se está o no en una hipótesis de indefensión frente a ello, pues la obligación y sus elementos ya fueron determinados y delimitados en una sentencia declarativa firme. Además, el artículo 469 del Código del Trabajo establece que, a todo evento y siempre, el tribunal con competencia en materia de cobranza laboral y previsional deberá liquidar de oficio la obligación en la etapa ejecutiva, estableciendo un plazo de objeción de la liquidación de cinco días, que no reconoce límites en la causa y motivos en la formulación de la objeción del crédito que se plantee.

La requirente alega que la limitación de excepciones establecida en el artículo 470 del Código del Trabajo le dejaría en la indefensión frente a la liquidación de una obligación, lo cual no es efectivo, pues respecto de la liquidación, el derecho a defensa se ejerce, aunque suene demasiado obvio, en el acto procesal denominado “objeción de la liquidación”, respecto del cual, el legislador no ha limitado las defensas ni tampoco las razones para objetar. Además, la objeción de la liquidación puede dar lugar a una incidencia, la cual, si hay mérito, se podrá recibir a prueba respecto de los motivos que la funden.

Por otra parte, señala la ejecutada que la limitación de excepciones no le permitiría excluir del pago a trabajadores que ya no desempeñan funciones y que fueron finiquitados. En este orden, el monto total y los

ítems detallados de los montos para pagar se incluyen en la liquidación del crédito, y nada obsta a que la ejecutada los objete total o parcialmente, a que dé razones y que aporte pruebas acerca de sus motivos, entre los cuales podrían estar los que señala. Por otra parte, si se llegare a concluir que ello es un tema que solamente podría plantearse por vía de excepciones, no debe olvidarse que el finiquito laboral da cuenta del término del vínculo jurídico-laboral entre empleador y trabajador, dando cuenta de fechas, causal, última remuneración, feriados, indemnizaciones, pagos pendientes y otros ítems, determinando prestaciones recíprocas y extinguiendo derechos y obligaciones, precavando litigios eventuales y, en muchos casos, poniendo término a alguno existente. Por lo que, sin duda, un finiquito laboral puede llegar a ser sustento de alguna o algunas de las excepciones contempladas por el artículo 470 cuestionado en una ejecución laboral, y dichas excepciones deberán ser ponderadas por el juez del fondo para determinar si son finalmente procedentes o no en función del mérito particular del proceso, pudiendo también haber recepción de la causa a prueba sobre el fundamento de las excepciones.

Para configurar los fundamentos de hecho y derecho del requerimiento deducido, el actor alude a una eventual prescripción de las acciones derivadas de las obligaciones que se ejecutan, señalando que estarían prescritas a la luz de las normas del Código del Trabajo.

Al determinar si se da o no curso a la ejecución, el tribunal tiene el deber de examinar de oficio si la acción está o no prescrita, debiendo denegar la ejecución de oficio si aparece de manifiesto que ya operó la prescripción de la acción. En este sentido, el rol de un tribunal en la ejecución es diferente al que le corresponde al sustanciador de un proceso declarativo, pues en la ejecución, el tribunal puede y debe declarar de oficio la prescripción de la acción al momento de examinar el título si es que efectivamente está prescrita. En cambio, en sede declarativa, la prescripción solamente puede declararse si es alegada por la parte. A su vez, el procedimiento ejecutivo laboral reconoce un elemento adicional: el impulso procesal es de oficio, lo cual es motivo adicional que refuerza el rol del tribunal ya señalado.

4. Comentario

La opinión en la sentencia que acoge el requerimiento, cuya doctrina fundamental se ha transcrito, resuelve que cercenar las posibilidades de defensa del ejecutado, al restringir el número de excepciones factibles legalmente de oponer, tiene como consecuencia que las normas jurídicas censuradas no satisfagan el estándar constitucional de un procedimiento racional y justo. Un diseño procedimental que se ajuste a ello debe permitir la plena vigencia de una igualdad procesal, de forma que tanto el ejecutante como el ejecutado, como es el caso de estos autos, ejerzan sus acciones y opongan sus excepciones y defensas sin restricciones de ninguna naturaleza. Pues bien, las normas jurídicas cuestionadas

impiden aquello.

Por su parte, el voto de rechazo en su doctrina principal también reproducida discurre que las excepciones del artículo 470, inciso primero del Código del Trabajo, que el ejecutado puede oponer en el proceso de ejecución de una sentencia dictada en un juicio declarativo anterior, satisfacen el esquema constitucional de un procedimiento racional y justo, pues alegaciones tales como la incompetencia del tribunal y el no tener la sentencia firme el carácter de título ejecutivo por no ser líquida la obligación no son excepciones propias del procedimiento de la ejecución de sentencia. Asimismo, y

en relación con la excepción de prescripción, refiere que en la ejecución el tribunal puede y debe declarar de oficio la prescripción de la acción al momento de examinar el título, si es que efectivamente está prescrita. En cambio, en sede declarativa, la prescripción solamente puede declararse si es alegada por la parte.

Surge, pues, la cuestión de si un procedimiento racional y justo debe permitir cualquier forma de oposición a la ejecución de una sentencia, sin restricciones de ninguna naturaleza, o si, por el contrario, y tratándose de una sentencia firme, las defensas del ejecutado han de reconocer algún límite.

El tema no es simple y, a nuestro entender, la construcción de un esquema de la oposición a la ejecución de una sentencia de condena firme debe discurrir, sin atentar contra las bases del proceso de ejecución, en primer lugar, sobre la distinción de los hechos procesalmente relevantes en: a) constitutivos, b) impeditivos, c) extintivos, d) excluyentes (Devis, 1974, p. 467).

a) Hechos constitutivos: son los que determinan la existencia o validez de una situación jurídica. Son, principalmente, los que constituyen el derecho material que el actor alega como causa de pedir, más los que fundan las demás condiciones de la acción (interés, legitimación, etc.); y su variedad es tanta como la de los derechos subjetivos que el ordenamiento jurídico otorga (De La Oliva y Fernández, 1984, p. 76).

Estos hechos constitutivos pueden ser genéricos o específicos. Los genéricos son los que se presentan en toda relación jurídica, mientras que los específicos convienen a una determinada relación jurídica y la tipifican, distinguiéndola de las demás. Así, en el contrato de compraventa son condiciones específicas las que señala el artículo 1793 del Código Civil, esto es, la cosa y el precio. Determinan el nacimiento del contrato y su prueba concierne al demandante. Generales son todos los requisitos de validez de los contratos, que menciona el artículo 1445 del Código Civil.

b) Hechos impeditivos: son los que obstan a la validez o eficacia de la relación jurídica. Impiden a los hechos constitutivos desarrollar la eficacia jurídica que habitualmente se les asigna (el contrato de préstamo fue simulado, ya que, en verdad, encubría una donación).

c) Hechos extintivos: son los que aun concurriendo los hechos constitutivos y no existiendo hechos impeditivos, eliminan o destruyen la eficacia jurídica desplegada por los hechos constitutivos. Con ellos, el demandado no desconoce que el actor en algún momento tuvo acción en su contra, sino que alega que la acción ya no existe por un hecho jurídico posterior (el deudor pagó la deuda, la obligación de pagar se novó por otra distinta de la que se reclama, etc.)

d) Hechos excluyentes: son los que permiten al demandado excluir o paralizar los efectos de los hechos constitutivos. Ante la existencia o reconocimiento del derecho del actor, el demandado posee un contraderecho (derecho contrario a la acción) que le permite enervar (paralizar o excluir) la acción que el actor ejercita (la obligación de pagar la suma prestada ha prescrito, el beneficio de excusión alegado por el fiador, la concesión de esperas o prórroga del plazo otorgada al deudor, etc.)

En segundo lugar, reconocer que entre el momento de la creación del título y aquel en que se procede efectivamente a la ejecución, necesariamente transcurre un lapso de tiempo, en el que pueden producirse una serie de hechos de influencia directa sobre la ejecutabilidad del título o sobre la legitimidad misma de la ejecución; y bien puede suceder que estos hechos posteriores sean capaces de extinguir el derecho declarado en la sentencia o puedan ser componentes de un contraderecho del ejecutado, suficiente para que este pueda impugnar esa ejecución como injusta o indebida (Fernández, 1982, p. 260).

Por último, solo quedan alcanzadas por la denominada “intangibilidad del fallo” aquellas cuestiones —de hecho o de derecho— que han sido debatidas y decididas en el pleito (cosa juzgada) o que, sin serlo, podrían o

deberían haber sido debatidas en el pleito (preclusión); lo que supone que cualquier hecho producido con posterioridad al momento en que debe entenderse acaecida la preclusión, no queda alcanzado por la cosa juzgada (Fernández, 1988, p. 299).

En consecuencia, cabe realizar las siguientes precisiones en el diseño de la oposición a la ejecución de una sentencia de condena firme:

1.º Los hechos que pueden alegarse han de ser de fecha posterior al último momento preclusivo en que pudieron alegarse en el proceso de declaración. Si el ejecutado pretende oponer que pagó o hubo condonación, uno y otro habrán de referirse a un momento en el tiempo posterior a la preclusión en el proceso declarativo, pues todo lo anterior a ese momento queda cubierto por la cosa juzgada y no podrá ser objeto de discusión.

2.º En cualquier caso, el ejecutado no podrá negar los hechos constitutivos que sirvieron al demandante para obtener un fallo favorable. También aquí la cosa juzgada tiene que desplegar sus efectos.

3.º Lo mismo cabe decir de los hechos impositivos. Estos siempre quedan cubiertos por la cosa juzgada, tanto si fueron alegados en el proceso de declaración como si no lo fueron. (Montero et. al., 1991, p. 176). Al ser concomitantes con los hechos constitutivos no pueden producirse con posterioridad en el tiempo, lo que

significa que, o han sido planteados y discutidos en el proceso de declaración y desestimados, pues en caso contrario el demandado no habría sido condenado y por tanto quedan también alcanzados por la cosa juzgada, o no fueron alegados pudiendo haberlo sido, en cuyo caso la preclusión impide que puedan plantearse con posterioridad (Fernández, 1988, p. 303).

4.º Los hechos de posible alegación son los extintivos y los excluyentes nacidos con posterioridad al título ejecutivo (Cordón, 2002, p. 158).

5.º Las normas cuestionadas están insertas en una ejecución de las denominadas sumarias, en las que se autoriza al ejecutado a generar una etapa de discusión por intermedio de un régimen reducido de excepciones que se tramitan sumariamente, las que para ser admitidas, se exige, frecuentemente, se funden en algún antecedente escrito que les dé algún grado de credibilidad. Asimismo, y para alcanzar una pronta ejecución, se suprimen algunos derechos que normalmente se pueden ejercer en una ejecución con fase de declaración, llegando, en algunos casos a prohibir la interposición de tercerías, como ocurre con el artículo 109 de la Ley General de Bancos, que permite solo las tercerías de dominio que se funden en títulos vigentes inscritos con anterioridad a la respectiva hipoteca. Tal restricción es consecuencia de la naturaleza de este procedimiento, que no es declarativo de derechos, sino de auténtica ejecución (Navarrete, 2020, p. 44).

5. Conclusión

En nuestra opinión, las normas jurídicas censuradas no satisfacen el estándar constitucional de un procedimiento racional y justo, porque solo permiten la alegación de hechos extintivos y no de hechos excluyentes, como lo hacen en nuestro ordenamiento jurídico otras ejecuciones sumarias; así, la contemplada en la Ley General de Bancos, la ejecución regulada en los artículos

233 y 234 del Código de Procedimiento Civil, la ejecución de la prenda sin desplazamiento (Ley N° 20.190), las ejecuciones de cobro de obligaciones tributarias en dinero (Título V, Libro III, Código Tributario), la ejecución regulada en el artículo 12 de la Ley N° 20.179 sobre Sociedades de Garantía Recíproca.

Referencias bibliográficas

- Cordón Moreno, F. (2002). *El proceso de ejecución*. Elcano (Navarra): Editorial Aranzadi S.A.
- De La Oliva, A. y Fernández, M. A. (1984). *Lecciones de Derecho Procesal*. (2ª ed.). Volumen II. Barcelona: Promociones Publicaciones Universitarias.
- Devis Echandía, H. (1974). *Teoría General de la Prueba Judicial*. (5ª ed.). Buenos Aires: Editorial Zavalía.
- Fernández, M.A. (1982). *El proceso de ejecución*. Barcelona: Romargraf, S.A.
- Fernández, M.A. (1988). *El proceso de ejecución*. Barcelona: Promociones y Publicaciones Universitarias, S.A.
- Montero Aroca, J., Ortells Ramos, M., Gómez Colomer, J.L. y Monton Redondo, A. (1991). *Derecho Jurisdiccional* (2ª ed.) Barcelona: José Mª.Bosch, editor, S.A.
- Navarrete Villegas, L.G. (2020). *Embargo, tercerías y realización de bienes*. (3ª ed.). Valencia: Tirant Lo Blanch.

Catalina de los Angeles Sierra Campos

cdsierra1@miuandes.cl

Identidad de género y sexo biológico: Una mirada desde la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia Vicky Hernández y otras vs. Honduras, de 26 de marzo de 2021

Gender identity and biological sex: A view from the Inter-American Court of Human Rights in the Vicky Hernández et al. v. Honduras judgment of March 26, 2021

Resumen: En este comentario se revisará y analizará un reciente fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el reconocimiento de la identidad de género como un derecho fundamental de las personas transexuales. Así, se imputa al Estado de Honduras responsabilidad por la muerte de una mujer transexual por actos de funcionarios policiales, y por no llevar a cabo la investigación correspondiente para identificar al responsable. En este contexto, nos centraremos en el análisis que la Corte Interamericana realiza acerca del reconocimiento de la identidad de género como un derecho fundamental y sus consecuencias, y en el voto parcialmente disidente de la jueza que preside el mismo tribunal, con una mirada más restrictiva al respecto.

Palabras clave: Identidad de género; transexualidad; discriminación; derechos humanos.

Abstract: This commentary will review and analyze a recent ruling of the Inter-American Court of Human Rights on the recognition of gender identity as a fundamental right of transgender people. Thus, the State of Honduras is held responsible for the death of a transsexual woman due to the acts of police officers, and for not carrying out the corresponding investigation to identify the responsible party. In this context, we will focus on the Inter-American Court's analysis of the recognition of gender identity as a fundamental right and its consequences, and on the partially dissenting vote of the presiding judge of the same court, with a more restrictive view on the matter.

Keywords: Gender identity; transsexuality; discrimination; human rights.

El 28 de junio del año 2009 se llevó a cabo un golpe de Estado en Honduras para derrocar al Presidente constitucional. Este importante suceso político motivó diversas manifestaciones de protesta social en el país, caracterizadas como violentas. Ello fundamentó la redacción de un decreto de restricción de garantías constitucionales para los ciudadanos, y entre las medidas adoptadas se dictaminó un toque de queda entre las 09:00 pm y las 06:00 am.

En este contexto tuvieron lugar los hechos que motivan este comentario jurisprudencial. Al día siguiente del inicio de la conmoción política y social en el país —29 de junio de 2009— a las 07:30 am se dio aviso a la Dirección Nacional de Investigación Criminal del hallazgo del cuerpo sin vida de Vicky Hernández. Se trataba de una mujer transexual¹, que se dedicaba al trabajo sexual, contexto en el cual habría sido perseguida durante la noche del día 28 y la madrugada del día 29 de junio por una patrulla de policía para arrestarla.

La víctima era una reconocida activista en la defensa de derechos humanos de las personas transexuales en

Honduras, en un contexto de preocupación internacional sobre los actos de discriminación y violencia contra las personas pertenecientes a la comunidad LGBTI². En el caso particular del Estado de Honduras se ha detectado una especial tendencia a la ejecución de actos violentos contra personas transexuales por agentes del Estado³. Conforme a ello, no es sorprendente que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos haya elaborado un Informe de Fondo (N° 157/18) con fecha 07 de diciembre del año 2018, en que identifica la afectación a un conjunto de derechos humanos por el Estado de Honduras contra Vicky Hernández.

En el próximo apartado pasaremos a analizar el razonamiento de la Comisión Interamericana —como escenario previo a la llegada del caso a la Corte Interamericana—, para luego indagar en la conexión que se construye hacia el reconocimiento de la identidad de género como parte del conjunto de derechos humanos.

¹ La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha definido a las personas transexuales como aquellas que “se sienten y se conciben a sí mismas como pertenecientes al género opuesto que social y culturalmente se asigna a su sexo biológico y optan por la intervención médica [...] para adecuar su apariencia física-biológica a su realidad psíquica, espiritual y social”, véase en Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-24/17, 24 de noviembre de 2017. Recuperado de: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf [fecha de consulta: 27 de diciembre de 2001].

² La preocupación internacional sobre la protección de los derechos de las personas pertenecientes a la comunidad LGBT ha llegado a un nivel tal en que la Agencia de la ONU para los Refugiados, ha distribuido diversidad de informes enfocados a visibilizar la violencia ejercida sobre estas personas. A este respecto, véase Alto comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. Protección de las personas con orientación sexual e identidad de género diversas. Informe mundial sobre los esfuerzos del ACNUR para proteger a solicitantes de asilo y refugiados lesbianas, gais, bisexuales, transgénero e intersex, Diciembre 2015. Recuperado de: <https://www.acnur.org/5b6c527b4.pdf> [fecha de consulta: 5 de agosto de 2021].

³ Naciones Unidas ha indicado que “[l]a tortura ocurre con frecuencia en los lugares de detención, donde las personas LGBT pueden ser victimizadas por los agentes de policía, los guardias de prisión o por otros detenidos mientras los agentes del Estado se hacen de la vista gorda”, véase en Alto Comisionado de las Naciones Unidas, Violencia. Violencia contra las personas lesbianas, gay, bisexuales y transgénero. Recuperado de: <http://www.unfe.org/wp-content/uploads/2018/10/Violence-ES.pdf> [fecha de consulta: 5 de agosto de 2021].

1. Comisión Interamericana de Derechos Humanos

1.1. Estado de la cuestión

La Comisión Interamericana recibe una petición el día 23 de diciembre del año 2012 por la Red Lésbica “CATRACHAS” organización lésbica feminista de Honduras y el Centro de Derechos Humanos de las Mujeres, ambas contra el Estado de Honduras por la muerte de Vicky Hernández. Las razones que motivaron llegar a una instancia de plataforma internacional se fundan en que la muerte de Vicky Hernández tuvo lugar en dos contextos relevantes. Por una parte, el golpe de Estado que se estaba viviendo en Honduras; y, por otra, la intensificación de los actos de violencia protagonizados por agentes estatales en contra de personas pertenecientes a la comunidad LGBTI⁴.

Ante el hallazgo del cuerpo de Vicky Hernández en la vía pública con heridas que evidenciaban la participación de terceros⁵, la justicia hondureña no llevó a cabo ningún tipo de diligencia investigativa para encontrar a los responsables del delito. Esta inactividad de la autoridad se hizo patente cuando los forenses se negaron a realizar el dictamen de autopsia al cuerpo de Vicky Hernández, bajo pretexto de suponer que la víctima era portadora del virus VIH. Esta omisión provocó que no se consignara la defunción de la víctima en el Registro Civil Nacional, sino hasta el año 2013. Es decir, cuatro años después de haber sido asesinada.

Todavía más, el expediente de este caso contenía una leyenda que clasificaba la muerte de Vicky Hernández como un delito pasional. De esta manera se impuso un prejuicio sin investigar la realidad de los hechos. A pesar de las insistentes gestiones de la abogada de la familia de

la víctima para obtener copia del expediente, este les fue entregado incompleto, tanto por la falta de documentos como la de diligencias que correspondían llevar a cabo en un caso de esta índole.

1.2. Derechos afectados por el Estado de Honduras según el Informe de Fondo N° 157/18

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos indicó que en este caso “es posible caracterizar lo sucedido a Vicky Hernández como un asesinato por prejuicio sobre la identidad y expresión de género como mujer trans y, por lo tanto, un transfemicidio” (CIDH, 2021, p. 23). Por consiguiente, concluye que el Estado de Honduras afectó importantes derechos de la víctima, tales como el derecho a la vida, la integridad de las personas, la vida privada, la autonomía, la dignidad, la libertad de expresión, la igualdad y no discriminación, y el derecho a una vida libre de violencia. Todos derechos contenidos en la Convención Americana de Derechos Humanos y en la Convención de Belém do Pará.

Adicionalmente, la Comisión identificó afectaciones en el ámbito procesal por la falta de diligencias en la investigación de los hechos que terminaron con la vida de Vicky Hernández. Afirma que, “el proceso investigativo interno ha sido deficiente y la actividad probatoria ha sido mínima, separada en el tiempo de manera injustificable y descoordinada” (CIDH, 2021, p. 24). En concreto, se afectaron los derechos a garantías judiciales, a la igualdad y no discriminación y a la protección judicial. Todos ellos contemplados por la Convención Americana de Derechos Humanos y la Convención de Belém do Pará.

⁴ Los estudios en torno a la violencia contra personas transexuales son más bien recientes, y con ello han dado cuenta de resultados alarmantes. Se indica que “la presencia de insultos homofóbicos o transfóbicos pueden provocar o reforzar la homofobia o transfobia internalizada en la víctima, que se define como el proceso a través del cual la persona siente rechazo hacia su propia orientación sexual”, véase en Montiel Juan, I. y Guirao Cid, 2020, p. 113.

⁵ Durante el proceso desarrollado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se indicó que la causa aparente de la muerte de Vicky Hernández fue una laceración cerebral por perforación de arma de fuego.

2. Derivación del asunto a la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Con el Informe de Fondo presentado por la Comisión, el caso de Vicky Hernández llegó a instancias de revisión por la Corte Interamericana el día 30 de abril del año 2019. Así, con los antecedentes presentados por la Comisión y los descargos de ambas partes, la Corte declara culpable al Estado de Honduras y desarrolla consideraciones en razón de los derechos que habrían sido afectados por la entidad estatal contra la persona de Vicky Hernández. En lo que sigue plantearemos sucintamente los puntos más relevantes desarrollados por la Corte Interamericana.

En primer lugar, declara al Estado de Honduras responsable de la afectación al derecho a la vida de Vicky Hernández, resguardado en el artículo 4.1 de la Convención Americana. Los fundamentos de esta condena están principalmente en la circunstancia en que se presume que la víctima perdió la vida, esto es, durante el toque de queda. Para la Corte Interamericana, esa circunstancia supone que “al momento de la muerte de Vicky Hernández, el Estado ejercía un control absoluto de los espacios públicos y de los movimientos de personas en los mismos” (CIDH, 2021, p. 26). Seguido de “un contexto de violencia, detenciones arbitrarias, homicidios y discriminación contra las personas LGBTI, y en particular contra las mujeres *trans* que se dedicaban al trabajo sexual” (CIDH, 2021, p. 26). Y concluye que “si bien no es posible determinar con toda certeza que en los hechos del caso estuviesen implicados agentes de la policía, existen varios indicios de la participación de agentes estatales en esos hechos que se suman a un contexto de violencia contra las personas LGBTI, y en particular contra las mujeres *trans* trabajadoras sexuales [...]” (CIDH, 2021, p. 29).

En segundo lugar, la Corte declara responsable al Estado de Honduras por haber afectado la integridad física y moral de Vicky Hernández en los términos del artículo

5.1 de la Convención Americana. Para ello consideró las heridas que presentaba el cuerpo de la víctima y en el hallazgo de un preservativo «aparentemente usado» cerca del cadáver. Con ello, el tribunal internacional consideró este hallazgo como un indicio de que Vicky Hernández habría sido violentada sexualmente previo a su muerte, y afirma que la víctima “debe haber experimentado dolor y angustia en los momentos previos a su homicidio que permiten razonablemente inferir que impactaron su integridad física y moral” (CIDH, 2021, p. 30).

En tercer lugar, declara responsable al Estado de Honduras de la violación al deber de garantizar el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, la libertad personal, el derecho a la vida privada, a la libertad de expresión y al nombre. Todos contenidos en los artículos 3, 7, 11, 13 y 18 de la Convención Americana. La imputación al Estado de Honduras de haber afectado estos derechos en su conjunto deviene en especial relevancia, pues la Corte Interamericana asevera que la afectación de estos derechos en conjunto funda el reconocimiento del *derecho a la identidad de género*. En este orden de ideas, la Corte afirma que en este caso las autoridades de Honduras “emplearon de manera sistemática estereotipos y prejuicios de género” (CIDH, 2021, p. 34), que derivaron en la omisión del elemento de *identidad de género* en el desarrollo de la investigación. En otras palabras, no siguieron una línea investigativa fundada en un posible caso de violencia de género.

En último término, este tribunal sentencia al Estado de Honduras como responsable del incumplimiento del artículo 7 letras a y b de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, pues entiende que esta Convención pretende hacerse cargo de los actos de violencia contra la mujer debido a su *género*. En este caso, al tratarse de una víctima

que se reconoce como mujer transexual y al suponerse que su muerte se debió a esa condición, es que el voto mayoritario consideró que queda bajo el amparo de este instrumento regional. Así las cosas, el voto mayoritario considera haber aplicado una *interpretación evolutiva* de la Convención de Belem do Pará. En los próximos apartados volveremos sobre este punto y analizaremos las discrepancias a este respecto dentro de la misma

Corte Interamericana.

Ahora bien, con las descripciones de los puntos más relevantes de las consideraciones desarrolladas por la Corte Interamericana en este caso, pasaremos a analizarlas con un especial enfoque en la idea de *identidad de género* y su posible conceptualización y reconocimiento.

3. Problemática jurídica

El caso de Vicky Hernández refleja el alto grado de incertidumbre con que enfrentamos y sentenciamos los actos de violencia entre las personas. Especialmente, aquellos en que la víctima es considerada socialmente como parte de un colectivo de minorías o subordinación. Sin ir más lejos, las minorías sexuales y las mujeres. El caso aquí presentado tiene la particularidad de convocar —de alguna manera— ambos elementos.

En cuanto a la declaración de responsabilidad del Estado de Honduras por la muerte de Vicky Hernández, no deja de ser interesante la inmediatez con que la Corte Interamericana asume una postura condenatoria a partir de meros elementos circunstanciales. En otras palabras, una imputación tan grave como declarar la responsabilidad de haber causado una afectación a la integridad física y moral de una persona y, con posterioridad, su muerte, parece ser que requiere de mayores antecedentes materiales que meras suposiciones.

En concreto, no se presenta ninguna prueba material que funde más allá de toda duda razonable que Vicky Hernández haya sido asesinada por agentes del Estado. Porque si bien es cierto que se asume que su muerte tuvo lugar mientras regía el toque de queda, ello no significa irrefutablemente que los únicos que se encontraban en las calles en ese lapso de horas eran agentes estatales. Sin ir más lejos, es un hecho cierto que Vicky Hernández se encontraba en la vía pública durante la restricción de

desplazamiento. Por lo tanto, cabe la posibilidad de que otro civil haya causado su muerte.

Así, nos parece que el tratamiento de este caso, tanto por la Comisión Interamericana como por la misma Corte, pone en evidencia el instinto condenatorio que actualmente mueve a parte importante de la sociedad. Un instinto condenatorio que ha escalado incluso rangos más elevados y transversales, como estas instancias internacionales. Así pues, es posible vislumbrar —con especial preocupación— una tendencia a la prescindencia del respeto a las garantías y derechos humanos en tanto la víctima sea una mujer o una persona considerada como parte de un colectivo de minorías. En este orden de ideas, no puede sino parecernos un razonamiento paradójico cuando quienes siguen esta tendencia dicen actuar bajo la consigna de exigencia de esas mismas garantías y derechos.

Luego, en este caso en particular, en la víctima concurren dos elementos que actualmente constituyen parte de la discusión política transversal en gran parte de países, estos son: la transexualidad y ser mujer. Estos son los elementos que captan la atención inmediata tanto de la Comisión como de la Corte Interamericana, pues en muchos países —principalmente en Latinoamérica— se han implementado políticas que dicen fundarse en la protección de las mujeres y las minorías, en tanto se trataría de grupos más vulnerables y en riesgo de sufrir

actos discriminatorios⁶.

No obstante, este tipo de políticas están lejos de entregar soluciones. Más bien han abierto la puerta a una serie de interrogantes, sobretodo en cuanto a la conceptualización de nuevas categorías, como por ejemplo, el *género*. De modo que políticas que estaban enfocadas en un principio a las mujeres, como objeto de protección, luego se ampliaron a las minorías de la comunidad LGBTQ+. Esto inevitablemente genera conflictos interpretativos, así Larrauri indica a este respecto que “esta discusión revela la dificultad de reconocer que puedan existir leyes sexo-específicas” (Larrauri, 2018, p. 92).

Luego, en cuanto a la asunción de la agresión sexual contra Vicky Hernández basado simplemente en el hecho de hallarse un preservativo «aparentemente usado» cerca del cadáver, da cuenta de la falta de aplicación de un estándar de prueba por parte de la Comisión y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Pues bien, el hallazgo del preservativo fue un elemento más en el expediente sin ser sometido a ningún tipo de pericia investigativa que fundase el razonamiento de estos juzgadores. No obstante, el voto mayoritario se limitó a indicar que “la violencia ejercida contra Vicky Hernández, que culminó con su muerte, muy probablemente fue ejercida por motivos de género y/o en razón de su expresión de género o de su identidad de género” (CIDH, 2021, p. 32). En otras palabras, tanto la Comisión como la misma Corte Interamericana dejaron dominarse por los prejuicios y los discursos feministas radicales, y se embarcaron en la creación de una sucesión de hechos que dieron por verdaderos sin ningún respaldo científico.

En este orden de ideas, aun cuando el Estado de Honduras reconoció la falta de diligencia investigativa en

el caso en comento, ello no significa que el estándar de prueba será desechado. De modo que el proceder de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos nos hace cuestionarnos acerca de su efectiva probidad y ejercicio de la potestad de juzgamiento en instancias internacionales. Pues, es inevitable vislumbrar que el voto mayoritario en la Corte Interamericana se encuentra cautivado por una política que responde a las líneas de feminismo radical.

La tendencia ideológica que se ha ido masificando en materia de feminismo es una consideración que no podemos despreciar. Por el contrario, el mero cuestionamiento de que jueces de instancias internacionales funden sus decisiones en ideologías por sobre las normas del Derecho, no puede sino alertarnos. En el caso en comento nos parece que al menos nos genera la inquietud en torno al ejercicio de juzgamiento que la Corte Interamericana de Derechos Humanos realiza. La carga ideológica que se avista en este caso responde directamente a la multiplicidad de concepciones de categorías como la *identidad de género*. Esto se vuelve más patente en el voto parcialmente disidente de la Presidenta de la Corte Interamericana, jueza Elizabeth Odio Benito, como pasaremos a analizar en los próximos apartados.

3.1. La construcción de un derecho a la identidad de género

Como ya indicamos, el voto mayoritario de la Corte Interamericana realiza una construcción conceptual y normativa que sin duda tiene gran repercusión, tanto en su dimensión jurisprudencial como en la dogmática. Pues bien, reconoce expresamente la existencia de un *derecho a la identidad de género* como “el derecho de cada persona a definir de manera autónoma su identidad

⁶ Recientemente se ha afirmado que “las personas transexuales padecen múltiples formas de discriminación, tanto a nivel individual como en el plano social. Una de las formas más extremas de discriminación en su contra se materializa en situaciones o actos de violencia, encontrándose ellos particularmente expuestos al riesgo de violencia física, psicológica y sexual en el ámbito familiar y social”, en Gómez de la Torre, 2021, p. 101.

sexual y de género” (CIDH, 2021, p. 33). Complementa esta definición al amparo de una protección normativa, e indica que si bien no es un derecho que se encuentre expresamente tipificado en los instrumentos regionales e internacionales, sí está protegido por la confluencia de otros derechos ya reconocidos, tales como el libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la vida privada, el reconocimiento de la personalidad jurídica y el derecho al nombre.

Contra esta construcción conceptual y el correlativo reconocimiento de un nuevo derecho fundamental, alza la voz la jueza presidenta de la Corte Interamericana en un voto parcialmente disidente de la resolución, con elementos de gran relevancia en la discusión. Pues bien, parte de la premisa de que se ha instalado — erróneamente— el concepto de *identidad de género* como sustituto del concepto de *sexo*. Así, la jueza señala que “sin fundamento científico alguno, se pretende que «identidad de género», un sentimiento que incluso puede cambiar de un día para otro, sustituya y borre el sexo con el cual se nació” (CIDH – Voto disidente, 2021, p. 3).

Con ello la jueza Odio Benito no niega la protección de derechos de las personas pertenecientes al colectivo LGBTI, sino que su argumentación va enfocada a que el reconocimiento de un derecho a la identidad de género supone desconocer el sexo biológico como elemento científico irrefutable. De hecho, la jueza Odio Benito desarrolla su argumento en una línea de feminismo radical, a partir del cual afirma apoyar las “décadas de arduas luchas contra las discriminaciones y desigualdades, no solo de las mujeres contra el patriarcado, también en todos quienes han desafiado racismo, prejuicios, patrones culturales” (CIDH – Voto disidente, 2021, p. 3).

De modo que su argumentación sigue una línea de pensamiento feminista que dice no comprender el feminismo postmodernista: “Yo admito no entender estos nuevos planteamientos que, bajo la fachada de luchas de grupos históricamente marginados, que son absolutamente ciertas, se pretenda borrar lo que también

es irrefutable: el sexo” (CIDH – Voto disidente, 2021, p. 3). Esta aseveración permite vislumbrar el quiebre en el movimiento feminista, en tanto ya no hay solo una línea argumentativa que la funda, sino que el feminismo se ha transformado en un movimiento político y social que dista mucho de sus orígenes.

Esto es relevante porque la integración de nuevos conceptos como *género*, *identidad de género*, *expresión de género*, han puesto en jaque a la teoría feminista como históricamente ha sido entendida. Con una gran influencia postmodernista, el feminismo actualmente ha ido mutando a través de la adopción de una filosofía deconstructivista, que precisamente rompe con este esquema que para la jueza Odio Benito es irrefutable. Por consiguiente, vemos un choque entre el feminismo radical que profesa la jueza Odio Benito en su voto parcialmente disidente y la influencia postmodernista que viene a suplir la categoría de sexo por una *identidad de género*. Esto último implica una extensión del grupo de sujetos a proteger que la jueza Odio Benito no está dispuesta a ceder, como pasamos a revisar.

3.2. ¿Mujer por género o por sexo?

El enfoque principal del voto parcialmente disidente de la jueza Odio Benito se funda en la calidad de mujer que el voto de mayoría le concede a Vicky Hernández en su condición de transexual. Pues, como ya adelantábamos, la jueza considera irremplazable el sexo por la *identidad sexual*, en tanto el primero es biológico y el segundo responde a una construcción social. Por consiguiente, considera que no es aplicable la Convención de Belem do Pará al caso de Vicky Hernández.

El voto de mayoría se fundó en una interpretación evolutiva —como la denominaron en la propia Corte— de la categoría de mujer como objeto de protección de la Convención de Belem do Pará, en virtud de dos razones fundamentalmente: la primera es que, a pesar de que la víctima en el caso en comento no era una mujer en términos biológicos, sí se consideraba como tal; y, la

segunda razón es abstraída por el voto mayoritario del artículo 9 de la Convención que detalla algunas situaciones de vulnerabilidad en que se puede encontrar la mujer. No obstante, en este artículo no se contempla la categoría de identidad de género como un elemento que da cuenta de vulnerabilidad a la violencia, sino que el voto mayoritario, a partir de esta interpretación evolutiva, considera que la identidad de género se encuentra contenida en la frase “entre otras” contenida en el artículo.

Por consiguiente, a partir de esta interpretación extensiva de la norma del artículo 9 de la Convención, la Corte Interamericana señala que el caso de Vicky Hernández está amparado por esta Convención regional. Por ende, procede la aplicación del artículo 7 en sus letras a y b de la Convención, que en términos generales establecen los deberes de abstenerse de actos de violencia contra la mujer y tomar las medidas necesarias para prevenir, sancionar y erradicar estos actos.

La jueza Odio Benito se opone rotundamente a esta interpretación, pues señala que si bien el artículo 9 de la Convención no es *numerus clausus*, lo que hace el voto mayoritario en realidad es “incluir a una persona que no está contemplada en el artículo 1 de la Convención cuando estipula que «violencia contra la mujer es cualquier acción o conducta, basada en su género, ...», es decir, cualquier acción o conducta contra una persona de sexo y género femenino” (CIDH – Voto disidente, 2021, p. 9). Por lo tanto, a ojos de esta jueza, el voto mayoritario cae en el error de mezclar la situación de violencia contra la mujer y los actos de violencia contra minorías sexuales. De lo cual, señala que no hay beneficios, sino más bien provocan confusión y obstaculización del tratamiento de cada caso.

Ambos razonamientos nos parecen sumamente interesantes, pues como anunciábamos al comienzo de este comentario, no existe claridad acerca de las figuras de identidad de género o expresión de género que han surgido con fuerza en los últimos tiempos. Más aún, no está del todo clara la distinción entre sexo y género, pues son diversas las líneas interpretativas que encontramos

en la literatura a este respecto. De modo que este caso es particularmente ilustrador de esta situación de confusión conceptual en que nos encontramos.

Por de pronto, nos parece que tanto el voto mayoritario como el voto de la jueza Odio Benito caen en conceptualizaciones extremas. Pues, en el primer caso parece forzada y peligrosa esta interpretación «evolutiva» del artículo 9 de la Convención de Belém do Pará al integrar una categoría cuya conceptualización no está del todo clara y, por ende, abre la puerta a una infinidad de posibles casos. Lo que eventualmente puede llegar a deformar la Convención en sí misma y que pierda así sus propósitos iniciales. Adicionalmente, no hay que perder de vista que la Corte Interamericana en el caso en comento termina por resolver por mayoría de votos la comisión de una figura delictiva que no forma parte del ordenamiento jurídico penal del Estado de Honduras, ni tampoco en la mayoría de los países que adhieren a sus resoluciones, como es el transfemicidio.

Esto demuestra que se trata de una temática que requiere de mayor estudio y desarrollo conceptual, así como también de la relación que se construye entre el delito de homicidio y las causales de discriminación. Pues bien, pareciera ser que se tiende a calificar nominativamente el delito de homicidio en virtud de una causal discriminatoria. En este sentido, es interesante preguntarse por qué se está dando lugar a figuras penales a partir de las diversas conjunciones posibles entre este delito en particular y razones reconocidas como discriminatorias, tales como la calidad de mujer, transexual, homosexual, por ejemplo. Luego, el único camino viable para comprender esta tendencia es mediante un trabajo conceptual, tanto a nivel interno de cada Estado como interamericano a partir de este caso. Pues incluso cuando algunos Estados han introducido modificaciones en sus legislaciones penales a este respecto, no existe una concepción estandarizada de elementos como la identidad de género, la transexualidad y la orientación sexual, y su real propósito de adoptar estas nuevas figuras delictivas.

4. Conclusiones

La violencia de género se ha transformado en una de las temáticas más comentadas, tanto a nivel académico como en la realidad social. Pues bien, por elementos circunstanciales, hoy por hoy la instantaneidad de la entrega de información llega a ser abrumadora, y los hechos más sorprendidos y cruentos se expanden rápidamente. Esta instantaneidad en la información tiene efectos en la opinión pública del ciudadano común, del político y de las autoridades.

Nos parece que esta dinámica comunicacional que se ha impuesto en el mundo ha motivado la prescindencia del análisis y, por ende, nos vemos sumergidos en posturas acríticas apoyadas por nada más que por la mayoría. Precisamente en el caso de Vicky Hernández es posible evidenciar esta premisa. Esta sentencia cobra gran importancia en materia de la llamada «violencia de

género», cuyos planteamientos nos dejan una serie de cuestionamientos de los que debemos hacernos cargo.

No obstante, parece ser que la vía más adecuada para la comprensión de la llamada violencia de género es mediante la claridad de su concepto. Pues bien, actualmente se compone de un universo de circunstancias indeterminadas que relacionan delitos graves como el homicidio y las lesiones a una calidad de la víctima, que en suma han dado lugar a nuevas figuras delictivas como el femicidio, el feminicidio y transfemicidio. Ante esta realidad es imperativo el estudio pormenorizado de determinación de las situaciones que realmente componen aquello que se relaciona tan rápidamente como parte de la violencia de género cuando la víctima es una mujer o es reconocida como una persona trans⁷.

⁷ “*Trans people* is an umbrella term that refers to a very diverse group of individuals who may identify themselves in various ways—for example: transgender, gender non-conforming, having a trans history, trans masculine, trans feminine, MTF (male-to-female), FTM (female-to-male), non-binary, bi-gender, agender, gender fluid, genderqueer, etc. Furthermore, these labels are constantly evolving, and may have different meanings for different people”, véase Anderson, 2020, p. 92.

Referencias bibliográficas

- Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (2015). *Protección de las personas con orientación sexual e identidad de género diversas. Informe mundial sobre los esfuerzos del ACNUR para proteger a solicitantes de asilo y refugiados lesbianas, gais, bisexuales, transgénero e intersex*. Recuperado de: <https://www.acnur.org/5b6c527b4.pdf> [fecha de consulta: 5 de agosto de 2021].
- Anderson, V. (2020), Trans Prejudice and Its Potential Links to IPV Among Trans People. En B. Russell (ed.). *Intimate Partner Violence and the LGBT+ Community. Understanding Power Dynamics*. Cham: Springer.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2017). *Opinión Consultiva OC-24/17, de 24 de noviembre de 2017. Solicitada por la República de Costa Rica. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*. Recuperado de: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf [fecha de consulta: 27/12/2021].
- Gómez de la Torre Vargas, M. (2021), La Ley que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género, en: *Identidad de género*. Valencia: Tirant lo Banch.
- Larrauri, E. (2018). *Criminología crítica y violencia de género*. Madrid: Editorial Trotta.
- Montiel Juan, I. y Guirao Cid, M. (2020). El estudio de la violencia en la pareja en el colectivo LGBTIQ: una asignatura pendiente en España. En Tamarit Sumalla, J. M^a & Pereda Beltrán, N. (Coords). *Violencia y género en las relaciones de pareja* (pp. 107-134). Madrid: Marcial Pons.