



Universidad de
los Andes

FACULTAD DE
DERECHO

REVISTA JURÍDICA DIGITAL UANDES

rjd.uandes.cl

2021 | Volumen 5
Núm. 1

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

Índice

Artículos

Servicios mínimos: un análisis de su regulación en Chile Álvaro Cruz González	1-30
Obligaciones alimenticias y competencia judicial internacional: régimen del ejercicio de la autonomía de la voluntad Javier Maseda Rodríguez	31-62
Una aproximación a la escrituración e interpretación del contrato colectivo de trabajo Roberto Cerón Reyes	63-86
Determinación de la sanción administrativa en materia de educación Carlos Oyarzún Concha	87-104
Caducidad o decaimiento administrativo por prescripción, preclusión y resolución Jaime Arancibia Mattar	105-139
Tutelas especiales en el Derecho Privado Argentino Javier Humberto Facco	140-164

Comentarios de Jurisprudencia

La causal de caducidad del contrato de trabajo contenida en el artículo 160 N° 3 del Código del Trabajo: una cuestión de justificación. Comentario a la sentencia de la Corte Suprema del 23 de noviembre de 2021, Rol N° 62.739-2020. “Torres Alcañiz con Buses Ahumada Limitada” Sebastián Ignacio Loins Campillay	165-171
Medidas de satisfacción y garantías de no repetición: comentarios a partir de las decisiones de la CIDH contra Chile Mayerlin Matheus Hidalgo	172-179
Vinculación entre recursos administrativos y contenciosos administrativos. Comentario a la sentencia de la Corte Suprema Rol N° 42.004- 2017 y desarrollo jurisprudencial posterior Carolina Helfmann M.	180-190

Colaboraciones

Transhumanismo, discurso transgénero y digitalismo. Una réplica al profesor Vicente Bellver Antonio Carlos Pereira Menaut	191-210
---	----------------

Álvaro Cruz González

Pontificia
Universidad
Católica de Chile

acruzg@uc.cl

Recibido: 09.04.21

Aceptado: 29.09.21

Servicios mínimos: un análisis de su regulación en Chile

Minimum services. Analysis of its Chilean regulation

Resumen: Si bien existe cierto grado de consenso en reconocer el carácter de derechos fundamentales a cada uno de los institutos del derecho colectivo del trabajo —sindicalización, negociación colectiva y huelga— también lo existe respecto al hecho de que no existen derechos de carácter absoluto, cuyo es el caso del derecho de huelga, y particularmente cuando el ejercicio de este colisiona con intereses esenciales de terceros o de la comunidad protegidos constitucionalmente. En este contexto, se analiza el derecho de huelga y su reconocimiento en el ordenamiento jurídico nacional, como así también sus limitaciones. Así, se aborda el concepto de servicios esenciales y servicios mínimos, y como este último se reguló en la Ley N° 20.940, y particularmente los criterios que la Dirección del Trabajo ha adoptado en su determinación y calificación conforme a las competencias entregadas por la referida ley.

Palabras clave: libertad sindical; derecho de huelga; servicios esenciales; servicios mínimos; Dirección del Trabajo.

Abstract: There is consensus in recognizing each institution of collective labor law —unionization, collective bargaining, and strike— as fundamental rights. Nevertheless, there is also agreement regarding the non-absolute nature of rights, as with the right to strike. Particularly when its exercise conflicts with third parties or the community's constitutionally protected essential interests. In this context, we analyze the right to strike and its legal recognition, and its limitations. Thus, we address the concept of essential services and minimum services (the latter regulated in Law No. 20,940) and the Labor Office's criteria when determining and qualifying it under said regulation.

Keywords: freedom of association; right to strike; essential services; minimum services; Labor Office.

El respeto y promoción de los lineamientos esenciales de la libertad sindical garantiza el ejercicio de los diversos institutos del derecho colectivo del trabajo, esto es, el derecho de sindicalización, la negociación colectiva y el derecho de huelga, cuyo ejercicio debe tener por finalidad la promoción y búsqueda de paz y justicia social.

Si bien hoy existe consenso en reconocer el carácter de garantías fundamentales a cada uno de estos institutos, también lo existe respecto al hecho de que no existen derechos de carácter absoluto, es decir, se trata de derechos que admiten limitaciones en su ejercicio, cuyo es el caso del derecho de huelga y particularmente cuando el ejercicio de este afecta o colisiona con intereses esenciales de terceros o de la comunidad protegidos constitucionalmente.

En este sentido, los Órganos de Control de la Organización Internacional del Trabajo —en adelante OIT— reconocen la posibilidad de restringir, limitar e incluso prohibir el derecho de huelga, concretamente tratándose de aquellas actividades cuya interrupción o paralización pudiese poner en peligro la vida, la salud o la seguridad de toda o parte de la población, esto es, servicios esenciales en sentido estricto y cuya finalidad no es otra que la protección de intereses de terceros que pueden verse afectados.

Asimismo, la OIT también a través de sus Órganos de Control ha reconocido la posibilidad de que en actividades no esenciales pero sí de importancia trascendental o de utilidad pública se puedan establecer servicios mínimos, en la medida que estos no afecten el ejercicio del derecho de huelga, es decir, se trata de actividades en la cuales no es posible prohibir su ejercicio, pero si ante situaciones excepcionales imponer ciertas limitaciones.

De esta forma, a la luz de la doctrina de los Órganos de Control de la OIT posible es advertir dos situaciones específicas ante las cuales se reconoce la facultad de limitar el ejercicio del derecho de huelga e incluso prohibirlo —servicios esenciales en sentido estricto y servicios que no siendo estrictamente esenciales pueden devenir en tales por sus efectos— no obstante su reconocimiento como garantía fundamental y el importante rol que cumple frente al conflicto que surge de las relaciones laborales. Pues bien, cualquiera sea la limitación, esta siempre debe interpretarse de forma restrictiva, evitando restarle eficacia a su finalidad, cual es, equilibrar la fuerza entre los actores de la relación laboral frente al conflicto colectivo.

El problema jurídico sobre la base del cual se estructura y desarrolla esta investigación se aborda en dos partes. Primero, realizo una aproximación a aquellos conceptos e instituciones sobre los cuales se sustenta el derecho de huelga y sus limitaciones. Así, y sin ánimo de agotar la discusión, efectúo una aproximación al concepto y contenido de libertad sindical y, a su vez, al rol que cumple el sindicato en el ejercicio de la actividad sindical, particularmente en la promoción y defensa de los derechos de los trabajadores describiendo brevemente cada uno de estos. Luego, hago un análisis del derecho de huelga y su reconocimiento en el ordenamiento jurídico nacional, como así también de sus limitaciones conforme a la doctrina de la OIT y el rol que esta cumple en el desarrollo de las relaciones laborales.

Finalmente, a la luz de los principios de la OIT, abordo el concepto de servicios esenciales y servicios mínimos, y como este último se ha regulado en la Ley N° 20.940¹⁻² y particularmente los criterios que la autoridad

¹ Ley que moderniza el sistema de relaciones laborales, publicada en el Diario Oficial del 08 de septiembre de 2016, en vigencia desde el 01 de abril de 2017.

² El presente informe solo efectúa el análisis del contenido sustantivo de los servicios mínimos y no así del procedimiento regulado en la ley, no obstante, la referencia que por necesidad debo realizar.

administrativa, concretamente la Dirección del Trabajo ha adoptado en su determinación y calificación conforme a las competencias entregadas por la referida ley.

Para alcanzar el objetivo propuesto, y a fin de profundizar en la investigación utilizo los tres informes

de estándares técnicos elaborados por la Dirección del Trabajo³ entre los años 2018 y 2020, y una muestra aleatoria de 4 requerimientos de servicios mínimos formulados y resueltos por ésta durante el primer año de entrada en vigencia de la citada ley, correspondientes a los primeros casos que se han judicializado.

1. Libertad sindical

1.1. Qué entendemos por libertad sindical

Definir libertad sindical implica inevitablemente referirnos a las distintas dimensiones que integran su contenido, es decir, una faz individual y otra colectiva, esta última destinada a la defensa y promoción de los intereses profesionales de quienes integran una determinada organización sindical, cuyo ejercicio se “vincula ineludiblemente con las libertades y derechos civiles y políticos” (Tapia, 2007, p. 175) de quienes forman parte de esta.

Jurídicamente, la libertad sindical ha sido definida como un “derecho fundamental de los trabajadores a agruparse establemente para participar en la ordenación de las relaciones productivas” (Ojeda, 1995, p. 153), cuyo reconocimiento y contenido ha sido el resultado de un evidente proceso evolutivo.

En efecto, la OIT permanentemente ha destacado la importancia de los derechos sindicales y su relación con las libertades civiles, reconociendo expresamente que

los derechos conferidos a las organizaciones de trabajadores y de empleadores se basan en el respeto de las libertades civiles enumeradas, en particular, en la Declaración Universal de Derechos Humanos, y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y que el concepto de derechos sindicales carece totalmente de sentido cuando no existen tales libertades civiles (OIT, 2006, p. 13).

En este contexto, la Conferencia Internacional del Trabajo ha estimado que el derecho de reunión, la libertad de opinión y de expresión y, en particular, el derecho a no ser molestado por sus opiniones y el de buscar y recibir información y opiniones, y difundirlas sin limitación de fronteras por cualquier medio de expresión, constituyen libertades civiles que son esenciales para el ejercicio normal de los derechos sindicales (OIT, 2006, n. 5, p. 14).

El reconocimiento de la libertad sindical⁴ constituye uno de los pilares fundamentales en el desarrollo de las relaciones colectivas de trabajo, dado el rol tutelar⁵

³ El inc. 12 del art. 360 del Código del Trabajo establece que la Dirección del Trabajo en el mes de abril de cada año debe publicar los estándares técnicos que han servido de base para la calificación de servicios mínimos y equipos de emergencia.

⁴ La libertad Sindical se puede definir como “el derecho que asiste a los trabajadores para constituir organizaciones, afiliarse o desafilarse a ellas, a darse su propia normativa sin intervención de terceros y, especialmente, el derecho al ejercicio de la actividad sindical por medio de aquellas acciones tendientes a la defensa y promoción de los intereses que le son propios, en particular, la negociación colectiva y el derecho a huelga” (Varas, 2003, p. 4).

⁵ “Las concepciones actuales sobre la libertad sindical recalcan que ella no se limita solo a los aspectos individuales de su ejercicio (libertad de constitución y afiliación), sino que se proyecta necesariamente a la tutela y promoción de las expresiones de carácter colectivo que le son propias” (Caamaño, 2008, p. 275).

que a mi entender cumplen cada uno de sus institutos⁶, básicamente en la regulación y construcción de las relaciones de trabajo⁷, en general, caracterizadas por una relación de poder y de desigualdad económica y social, siendo la actividad sindical y particularmente el ejercicio del derecho de huelga indispensables para la nivelación y redistribución de la riqueza⁸.

Así también lo ha entendido la OIT al consagrar en su Constitución que la libertad de asociación y la actividad sindical —negociación colectiva y huelga— resultan esenciales para el progreso constante de la sociedad, principio reafirmado por los Convenios N° 98 y N° 154 sobre negociación colectiva y el fomento de esta, respectivamente.

Pues bien, la dimensión colectiva de la libertad sindical admite diversas manifestaciones, tanto en un plano individual como colectivo. En efecto,

el concepto de libertad sindical ha evolucionado notoriamente, ya que mientras en sus orígenes se refería apenas al reconocimiento del derecho del individuo a constituir sindicatos, actualmente posee un contenido complejo, incluyendo derechos positivos (de hacer) y negativos (de no hacer), individuales y colectivos (Ermida, 1991, p. 31).

Al respecto, Oscar Ermida ha expresado que el

derecho colectivo del trabajo

tiene una estructura triangular, cuyos tres aspectos esenciales son el sindicato, la negociación colectiva y la huelga. La inexistencia o defecto de cualquiera de estos tres pilares determina el mal funcionamiento del derecho colectivo del trabajo y, en consecuencia, el cumplimiento insuficiente o el incumplimiento de la función de autotutela (Ermida, 2012, p. 9).

Así entonces, una acertada comprensión de la libertad sindical, no solo se debe limitar o restringir a su dimensión individual, sino que necesariamente debería reconocer, tutelar y promover las expresiones colectivas que le son inherentes, esto es, el ejercicio del derecho de negociación colectiva y huelga (Caamaño, 2008, p. 276).

El contenido de la libertad sindical se sustenta, entre otras fuentes⁹, en los derechos consagrados en los convenios N° 87 y 98 de la OIT¹⁰, instrumentos a partir de los cuales los Órganos de Control de la OIT han sostenido que la huelga constituye un corolario indisociable del derecho de asociación y de la actividad sindical. De esta forma, una acertada definición de libertad sindical, a mi entender, no solo debería comprender el derecho a constituir organizaciones sindicales, organizarlas y afiliarse a ellas, sino, además, debe hacer mención expresa a la actividad sindical, en todas y cada una de sus dimensiones.

⁶ El derecho de sindicación es parte del contenido esencial de la libertad sindical y, con ello, el derecho de defender el interés colectivo de los trabajadores, mediante acciones de carácter participativo y reivindicativas.

⁷ “Por las especiales características del trabajo humano en la sociedad industrial, el derecho laboral ha adoptado caminos propios a fin de defender a los trabajadores en su situación de indefensión, especialmente por medio de la negociación colectiva, mecanismo que antecede en el tiempo a las primeras leyes sociales” (Gamonal, 2011, p. 211).

⁸ “La organización de lo colectivo representa en la sociedad democrática el ejercicio de libertades y derechos civiles y políticos, con los nuevos derechos económicos, sociales y culturales, pues implica el reconocimiento de intereses colectivos en el marco de la pluralidad social. Bien señala Siquiera Neto, el equilibrio de poderes se encuentra en la existencia de sindicatos libres, autónomos, independientes y de efectiva actuación” (Tapia, 2007, p. 27).

⁹ Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948; Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales, 1969; Declaración Americana de Derechos Humanos, 1948; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966; Convención Americana de Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, 1988.

¹⁰ “La OIT se ha preocupado prácticamente desde sus comienzos de la necesidad de asegurar normas y principios básicos sobre la libertad sindical que tengan vigencia y validez para todos los países que la integran, lo que se ha materializado en la aprobación de distintos Convenios, siendo los más relevantes el 87 de 1948, sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicación y el Convenio N° 98 de 1949, sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva” (Caamaño, 2008, n. 7.).

En este sentido, comparto la definición propuesta por Mario Varas, quien define la libertad sindical como:

el derecho que asiste a los trabajadores para constituir organizaciones, afiliarse o desafiliarse a ellas, a darse su propia normativa sin intervención de terceros y, especialmente, el derecho al ejercicio de la actividad sindical por medio de aquellas acciones tendientes a la defensa y promoción de los intereses que le son propios, en particular, la negociación colectiva y el derecho a huelga (Varas, 2003, p. 4).

De la misma forma, Eduardo Caamaño sostiene que forma parte del contenido esencial de la libertad sindical:

el derecho de sindicación (faz orgánica) y naturalmente el derecho a hacer valer los intereses colectivos de los trabajadores organizados mediante la acción reivindicativa y participativa, lo que se canaliza a través del ejercicio de los derechos de negociación colectiva y de huelga” (Caamaño, 2008, p. 274).

Bajo la misma línea argumentativa, Tomás Sala Franco, refiriéndose a la doctrina consagrada por el Tribunal Constitucional español, manifiesta que forman parte del contenido esencial de la libertad sindical:

los derechos de negociación colectiva, de huelga y de planteamiento de conflictos colectivos y cualquier otra forma lícita de actuación que los sindicatos consideren adecuada para el cumplimiento de los fines a los que están constitucionalmente llamado, como por ejemplo las libertades de expresión e información (Sala, 2013, p. 34).

En definitiva, el respeto y promoción de la libertad sindical no solo comprende el derecho de los trabajadores a afiliarse a una organización, a constituir sindicatos, a organizarlos libremente y obtener personalidad jurídica, o constituir organizaciones de grado superior tales como,

federaciones y confederaciones, sino además el ejercicio de la actividad sindical manifestado en el derecho a negociar colectivamente y en el ejercicio del derecho de huelga, cuya actividad reconoce el respeto irrestricto a las libertades civiles y en particular al derecho de reunión, de libertad de opinión y de expresión, y al derecho a no ser molestado por opiniones y al de buscar y recibir información.

En esta misma línea, la Constitución de la OIT que data de 1919 y que reconoce a la libertad sindical el carácter de principio básico consagra entre sus principales disposiciones el derecho de los trabajadores, sin distinción y autorización previa, a constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el derecho a afiliarse a estas con la sola condición de observar los estatutos de las mismas¹¹ y, a su vez, el deber de los Estados de garantizar a los trabajadores una adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo¹².

A su vez, tanto el Convenio N° 87 como el 98 de la OIT reconocen el derecho de las organizaciones sindicales a estructurar su propio mecanismo de funcionamiento y programa de acción, manifestado este último en las actividades sindicales que pueden ejercer, ya sea, a través del ejercicio de la negociación colectiva o bien del derecho de huelga.

Principios que también quedaron expresamente consagrados en la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su octogésima sexta reunión en Ginebra, el 18 de junio de 1998. Pues en dicha declaración se establece que todos los miembros de la OIT, aun cuando no hayan ratificado los convenios, tienen un compromiso que deriva de la mera pertenencia a la Organización de

¹¹ Artículo 2 Convenio N° 87 de la OIT.

¹² Artículo 1° N° 1 Convenio N° 98 de la OIT.

respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de los convenios, entre ellos, a la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva.

Además de los Convenios precedentemente señalados, son múltiples los instrumentos internacionales que reconocen y garantizan la libertad sindical en todas sus dimensiones. Así, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de la Organización de Naciones Unidas, que data del 10 de diciembre de 1948¹³, reconoce en su artículo 23 numeral cuarto el derecho que tiene toda persona a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses. En el mismo sentido, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, también de 1948, en su artículo 22 consagra el derecho de toda persona a asociarse con otras para promover, ejercer y proteger sus intereses legítimos de orden político, económico, religioso, social, cultural, profesional, sindical o de cualquier otro orden.

En el mismo sentido, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, en su artículo 22, establece que toda persona tiene derecho a asociarse libremente con otras, incluso el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos para la protección de sus intereses. Agrega, además, que el ejercicio de tal derecho solo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral pública o los derechos y libertades de los demás.

En similares términos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, también de 1966, en su artículo 8º numeral 1º reconoce el derecho

de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección con sujeción únicamente a los estatutos de la organización correspondiente para promover y proteger sus intereses económicos y sociales. A su vez, la letra d) del referido artículo 8º consagra expresamente “el derecho de huelga”.

A los instrumentos antes referidos se suman la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, cuyo artículo 16 reconoce el derecho de asociación que le asiste a toda persona, y el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, que en su artículo 11 consagra el derecho que toda persona tiene a la libertad de asociación, incluido el derecho a fundar, con otras, sindicatos y de afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses.

De los instrumentos internacionales antes citados es posible advertir que en todos ellos, además de reconocerse el derecho de asociación, se reconoce y garantiza el contenido y finalidad esencial de un sindicato, cual es la defensa y promoción de los derechos e intereses de sus afiliados. En efecto, lo que debe caracterizar a una organización sindical son las finalidades y actividades jurídicas que le son propias, entre las cuales, a mi parecer, se encuentra comprendido el ejercicio del derecho de huelga.

1.2. El sindicato y la representación del interés colectivo en todas sus dimensiones

Una de las características propias de las relaciones laborales es la desigualdad de poder entre empleadores y trabajadores, de ahí la necesidad de equilibrar dicha desigualdad a través del elemento asociativo, el cual permitirá alcanzar por dicho medio la democratización del derecho laboral mismo y el equilibrio de poderes,

¹³ “Si bien se trata de una mera declaración, y no de tratado, el derecho internacional le ha otorgado valor de normas a estas Declaraciones, ya que ambas serían una interpretación de los preceptos en que se mencionan los derechos humanos en las respectivas Cartas de la Organización de Naciones Unidas y de la Organización de Estados Americanos” (Gamonal, 2011, p. 71).

ambas finalidades manifestadas en las aspiraciones de reivindicación y paz social.

Es así que a partir de la doctrina y principios consagrados por los Órganos de Control de la OIT, el sindicato aparece como una organización voluntaria, permanente, estable, participativa y profesional de trabajadores, cuyo propósito fundacional se encuentra determinado por la defensa y promoción de intereses comunes derivados del ámbito organizacional en que se estructura. En efecto, el sindicato “tiene como objetivo fundacional y como razón de ser defender a los trabajadores asociados o afiliados al mismo” (Baylos, 2012, p. 17) a través de la representación del interés colectivo. De ello se sigue que el sindicato por medio de la asociación voluntaria actúa en nombre de sus afiliados representando intereses comunes con el fin de procurar la tutela de tales intereses y cuyos resultados se aplicarán, en un principio, a los trabajadores por él representados. En efecto, el sindicato “tiene reconocido un poder de hacer, que tiene su base en el contrato asociativo, y que le va a permitir el desarrollo de una actividad jurídica con una producción de efectos que vincula a los asociados” (Navarro, 1993, p. 24).

En este sentido, el sindicato actúa en representación de un interés común y los medios que tendrá para hacer efectiva tal representación serán principalmente la negociación colectiva y la huelga. La negociación colectiva con objeto de reclamar mejores condiciones salariales y laborales por medio de un acuerdo colectivo. Y la huelga como medida de presión para que el empleador acepte negociar colectivamente las condiciones salariales y de empleo de los trabajadores, o bien simplemente como un elemento necesario para impulsar el diálogo. No cabe dudas, que lo que caracteriza a las organizaciones sindicales es su finalidad, es decir, la representación del interés común en las distintas actividades sindicales que éstas promueven, ya sea a través de la negociación colectiva o bien a través de cualquier otro acto de reivindicación social que tenga por objeto la defensa del

interés colectivo y el mejoramiento de las condiciones de vida.

La representación en términos jurídicos es concebida como una declaración de voluntad de un negocio jurídico por medio de otra persona, es decir, un tercero gestiona asuntos ajenos actuando en nombre propio o en el del representado, siempre en interés de este, de tal forma que los efectos jurídicos de dicha actuación recaigan en la esfera jurídica del representado. Es así como la representación en el ámbito laboral constituye un “mecanismo de mediación para la acción colectiva..., el cual sólo puede ser útil si se produce una presentación del grupo o del colectivo como hecho de contrapoder frente al poder establecido, sea público y privado” (Navarro, 1993, p. 28).

En definitiva, la actividad sindical se encauza a través del mecanismo iuscivilista de la representación de voluntades, técnica que legitima a los sindicatos para actuar jurídicamente a través de sus órganos externos, en nombre y por cuenta de sus asociados (Navarro, 1993, p. 28, nt. 26), lo que le permite imputar los efectos jurídicos de la actividad sindical en estos.

De esta forma, es por medio de la representación que se concretiza y materializa la participación de los trabajadores en los sistemas de relaciones laborales y particularmente en la definición y regulación de aquellas situaciones que impliquen un mejoramiento en sus condiciones laborales.

1.3. El derecho de huelga

El derecho de huelga es uno de los institutos del derecho colectivo del trabajo que mayor evolución y discusión ha presentado con el paso del tiempo, desde que en su inicio se concibió como un delito, para posteriormente ser tolerado y finalmente ser reconocido

como un derecho. Hoy existe consenso en gran parte de la doctrina y Órganos de Control de la OIT en sostener que la huelga al igual que la sindicalización y negociación colectiva forman parte del contenido esencial de la libertad sindical y de las garantías fundamentales, que la legislación debe promover y garantizar en las relaciones laborales¹⁴, constituyendo cada uno de estos institutos un corolario indisociable¹⁵.

En efecto, uno de los atributos propios de la libertad sindical debe ser el ejercicio del derecho de huelga, reconocido como un derecho destinado a equilibrar la desigualdad de poder existente en las relaciones laborales, y cuya finalidad no debe ser otra que promover y garantizar la defensa de los intereses de los trabajadores a partir de la interrupción motivada del trabajo frente a un conflicto colectivo.

Tal como sostiene Oscar Ermida el derecho de huelga “procura efectivizar la autotutela laboral y la libertad sindical” (Ermida, 2012, p. 9), además de cumplir una función equilibradora indispensable para que las relaciones laborales y especialmente la negociación colectiva sean posible con un mínimo de fuerzas (Ermida, 1999, p. 12).

Así, la huelga nace como un medio de presión destinado a promover y defender los intereses de los trabajadores frente a un conflicto colectivo. Al respecto, el Comité de Libertad Sindical (...), ha señalado que el derecho de huelga de los trabajadores y sus organizaciones constituye uno de los medios esenciales que disponen para promover y defender sus intereses profesionales, transformándose en un corolario indisociable del derecho de sindicación protegido por el Convenio N° 87 (Azócar y Cruz, 2015, p. 141).

A su vez, el Comité “ha reconocido siempre el derecho de huelga como un derecho legítimo al que pueden recurrir los trabajadores y sus organizaciones en defensa de sus intereses económicos y sociales” (OIT, 2006, n. 5, p. 115), ya que es uno de los medios esenciales que disponen para promover y defender sus intereses profesionales (OIT, 2006, n. 5, p. 115).

En Chile, el derecho de huelga se encuentra implícita¹⁶ y explícitamente reconocido en nuestro ordenamiento jurídico, pues se reconoce y garantiza la libertad sindical en la Constitución Política de la República¹⁷ y en el Código del Trabajo¹⁸, como así también a través de instrumentos internacionales ratificados por Chile, entre

¹⁴ A modo de resumen de los capítulos anteriores, cabe sintetizar de la manera siguiente los principios y reglas mínimas de conducta establecidos por la Comisión de Expertos y el Comité de Libertad Sindical en materia de derecho de huelga. La consideración del derecho de huelga como derecho fundamental del que deben disfrutar las organizaciones de trabajadores (sindicatos, federaciones y confederaciones), protegido en el ámbito internacional siempre que su ejercicio revista carácter pacífico (Gernigon *et al.*, 2006, p. 58).

¹⁵ Sin perjuicio del reconocimiento e interpretación que el derecho a huelga ha tenido por parte de la Comisión de Expertos de la OIT, este no ha estado exento de controversias, pues el año 2012, en el marco de la Conferencia Internacional del Trabajo, el Grupo de Empleadores cuestionó la interpretación que la Comisión de Expertos de la OIT, en la aplicación de Convenios y Recomendaciones, ha realizado en torno al derecho de huelga. En efecto, el Grupo de Empleadores cuestionó el rol de la Comisión de Expertos en la interpretación de los Convenios N° 87 y 98, toda vez que el derecho de huelga no estaría reconocido expresamente en estos. En este sentido, se le ha solicitado a la Comisión de Expertos aclarar los métodos de interpretación aplicados.

¹⁶ Doctrina que se sustenta en el hecho de que, al prohibir la Constitución de Chile el derecho de huelga en ciertos casos, tácitamente en aquellos casos no mencionados se reconocería como un derecho (Artículo 19 N° 16 de la Constitución Política de la República).

¹⁷ Artículo N° 19 N°s 16 y 19 de la Constitución.

¹⁸ El artículo 345 del Código del Trabajo establece que la huelga es un derecho que debe ser ejercido colectivamente por los trabajadores, prohibiéndose, en consecuencia, el reemplazo de trabajadores en huelga.

ellos los Convenios N° 87 y 98 de la OIT y el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que por mandato expreso de su carta fundamental se entienden formar parte de este¹⁹.

La huelga al igual que el derecho de sindicalización y negociación colectiva, se reconocen como una garantía fundamental, que como tal admite restricciones, limitaciones e incluso prohibiciones. En efecto, “la presencia de derechos absolutos e ilimitados no parece compatible con un Estado pluralista y democrático” (Mantero, 1992, p. 17). En esta línea, Fernando Valdés del Re, a quien hace referencia Ricardo Mantero sostiene que:

desde el momento en que la huelga se instrumenta como derecho y sobre ella opera la disciplina jurídica pasa a encuadrarse necesariamente en el ordenamiento general que garantiza su ejercicio dentro de ciertos límites. Así enunciado, el principio es indiscutido; si todo derecho nace con su límite, el derecho de huelga no constituye excepción, esto es, no es una expresión de una libertad plena y absoluta (1992, p. 17).

Por su parte, tanto la Comisión de Expertos como el Comité de Libertad Sindical han señalado reiteradamente que cualquier limitación o restricción que pudiese afectar el ejercicio del derecho de huelga solo debe proceder ante situaciones excepcionales y calificadas, las que a su vez deben interpretarse restrictivamente (OIT, 1994a, párrs. 159-160) dado su carácter de derecho fundamental.

En este contexto, y sin perjuicio de lo que ha entendido tanto la doctrina nacional como internacional respecto del derecho de huelga, solo para estos efectos, y dado que este simple ejercicio implica restringir y limitar su ámbito de aplicación, entiendo por tal una interrupción colectiva, pacífica y concertada de trabajo efectuada con el ánimo y propósito de conseguir y promover la defensa de los intereses de los trabajadores, alterando el normal funcionamiento de la actividad productiva del empleador y cuyo ejercicio, ante situaciones excepcionales, admite ciertas limitaciones²⁰.

Así, independientemente de que concibamos la huelga como una garantía fundamental, como tal admite restricciones, limitaciones e incluso prohibiciones, puesto que “la presencia de derechos absolutos e ilimitados no parece compatible con un Estado pluralista y democrático”, más aún teniendo presente que su ejercicio podría afectar garantías e intereses de terceros protegidos constitucionalmente, debiendo en consecuencia armonizar con el resto de los derechos reconocidos y protegidos por el ordenamiento jurídico (Martín, *et. al.*, 2017, p. 419).

En el mismo sentido, el profesor Francisco Tapia sostiene que

el derecho de huelga no es absoluto y debe encuadrarse en el marco de otros derechos constitucionales, en la medida que estos amparan bienes jurídicos especialmente protegidos como ocurre en la experiencia

¹⁹ Al respecto, especial consideración merecen la ratificación de los convenios N° 87 y 98 de la OIT, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre otros. En efecto, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, acordado por las Naciones Unidas en 1966, suscrito por Chile el 16 de septiembre de 1969 y promulgado por Decreto N° 326 de 27 de mayo de 1989, consagra en su artículo 8 N° 1, letra d), que los Estados parte en el presente pacto se comprometen a garantizar “el derecho de huelga, ejercido de conformidad con las leyes de cada país”.

Agrega el referido Pacto, que nada de lo dispuesto en este artículo autorizará a los Estados parte en el Convenio de la OIT de 1948 relativo a la libertad sindical y protección del derecho de sindicación, a adoptar las medidas legislativas que menoscaben las garantías previstas en dicho Convenio o a aplicar la ley en forma que menoscabe dichas garantías (artículo 8 N° 3).

Por su parte, el Comité de libertad Sindical de la OIT, siempre ha considerado el derecho de huelga como constitutivo de los derechos básicos de los trabajadores y sus organizaciones en la defensa de sus intereses laborales.

²⁰ Tal como expone Oscar Ermida en su texto *Apuntes sobre la Huelga* (2012), es a partir de tres caracteres básicos que se puede intentar una definición de este fenómeno, a saber: suspensión o alteración de trabajo, voluntad de reclamo o protesta y carácter colectivo.

comparada, con el derecho a la vida, salud y seguridad de las personas, a través de la legislación de huelga y servicios esenciales (Tapia, 2005, p. 79).

Doctrinariamente es posible distinguir dos categorías de límites del derecho de huelga, uno interno que afecta el contenido esencial de esta y otro externo, condicionado por la necesidad de garantizar la protección de bienes jurídicos que pudiesen verse afectados con el ejercicio de la huelga (Tapia, 2005, p. 79). Así, la OIT ha establecido que, tratándose de actividades cuya interrupción pudiese afectar o poner en peligro la vida, la salud o seguridad de las personas —servicios esenciales en sentido estricto—, se podría limitar su ejercicio e incluso prohibir,

es decir, bajo el concepto de la OIT debe tratarse de actividades cuya paralización afecte intereses de terceros constitucionalmente protegidos.

Al respecto, Oscar Ermida sostiene que se trata de servicios que encarnan derechos, valores e intereses equivalentes o superiores a los encarnados en el derecho de huelga. Asimismo, se prevé la posibilidad de que en actividades no esenciales, pero sí de importancia trascendental o de utilidad pública se puedan establecer servicios mínimos que no afecten el ejercicio del derecho de huelga (Ermida, 2012, p. 34), por lo que cualquiera sea la interpretación que implique restringir dicho derecho, esta ha de llevarse a cabo restrictivamente.

2. Limitaciones del derecho de huelga

2.1. Servicios esenciales

Para conceptualizar los servicios esenciales, necesariamente debemos remitirnos a la doctrina de los Órganos de Control de la OIT, pues es en 1983 que la Comisión de Expertos propone por primera vez una definición, calificándolos como “servicios cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de las personas en todo o parte de la población, concepto que posteriormente es adoptado e incorporado en su doctrina por el Comité de Libertad Sindical (OIT, 2006, n. 5, párr, 582).

El concepto de servicios esenciales se construye desde los efectos que la interrupción de una actividad o servicio puede causar en determinados intereses de la comunidad, restringiéndose su aplicación a situaciones particulares, pues la calificación de estos conlleva la limitación de un derecho de carácter fundamental.

Ahora bien, definir aquellas actividades que deben estar comprendidas dentro del concepto de servicios

esenciales, tal como lo expone Ricardo Mantero, presenta una serie de dificultades, dada la imposibilidad de analizar la cuestión con prescindencia de circunstancias de tiempo y lugar, y la dificultad de alcanzar un concepto absoluto y sustentado bajo criterios objetivos (Mantero, 1992, p. 110).

En este sentido, ambos Órganos de Control de la OIT visualizando las referidas dificultades han sostenido que el sentido estricto del término dependerá de las condiciones propias de cada país, pues la calificación de estos se encuentra condicionada por las situaciones particulares y contextos en que se analice una determinada actividad. En efecto, lo que para una localidad puede resultar esencial, para otra podría no serlo, de ahí la dificultad de establecer un listado que contemple o defina tales servicios.

A su vez, el Comité de Libertad Sindical, si bien hace propio el referido concepto —servicios esenciales en sentido estricto—, también ha reconocido la posibilidad de que determinadas actividades no esenciales en sentido estricto puedan convertirse en tales, concretamente por

tratarse de actividades cuya paralización dada su extensión o prolongación en el tiempo pueden poner en peligro la vida, seguridad o salud de toda o parte de la comunidad.

En definitiva, se trata de actividades en las cuales el interés individual de una organización sindical debe ceder ante el interés colectivo que se procura proteger, básicamente por tratarse de bienes jurídicos indispensables para la población vinculados necesariamente con su vida, seguridad o salud. Así, la Comisión de Expertos ha reconocido que tratándose de aquellas actividades que pueden ser calificadas como servicios esenciales en sentido estricto, resulta justificado imponer restricciones e incluso prohibiciones al ejercicio del derecho de huelga —servicios esenciales en sentido estricto—, no obstante que, se deben garantizar medidas que compensen tales limitaciones, como por ejemplo garantizando instancias de conciliación o bien de arbitraje.

Tal como ha señalado Oscar Ermida, la referida limitación del derecho de huelga no se funda en los titulares del derecho, en la modalidad de la huelga o intensidad de su ejercicio, ni en el quantum del daño causado, sino en las consecuencias y efectos que su ejercicio puede provocar en la comunidad (Ermida, 2012, n. 25, p. 167). En esta línea, el Comité de Libertad Sindical ha considerado como servicios esenciales en sentido estricto el sector hospitalario, servicios de electricidad, servicios de abastecimiento de agua y servicios de tráfico aéreo.

Por el contrario, ha estimado que no constituyen servicios esenciales el sector de los puertos, los bancos, los grandes almacenes, los transportes en general, los servicios de hotelería, la construcción, la fabricación de automóviles, la reparación de aeronaves, la casa de la moneda, los servicios de correos, entre otros, aun cuando dichas actividades tengan como destinatarios directos terceras personas (Gernigon *et al.*, 2006, pp. 20-21).

Así, definidos que sean los servicios esenciales, su regulación debe evitar que las limitaciones que afecten el ejercicio del derecho de huelga excedan aquello indispensable que se procura proteger, restringiendo en definitiva su calificación y regulación a aquellas actividades

indispensables para no comprometer la vida, seguridad o salud de todo o parte de la población, puesto que ampliar el concepto a aspectos no vinculados con la mencionada esfera de protección, lesiona el legítimo ejercicio de un derecho fundamental.

2.2. Servicios mínimos

Los servicios mínimos también se encuentran comprendidos dentro de los instrumentos técnicos que limitan o restringen el ejercicio del derecho de huelga, concretamente tratándose de actividades cuya interrupción pudiera colisionar con derechos fundamentales, libertades públicas y bienes protegidos constitucionalmente, debiendo en cualquier caso su aplicación interpretarse restrictivamente.

En cuanto a lo que debemos entender por servicios mínimos, la OIT a través de sus Órganos de Control ha sostenido que debe tratarse de “un servicio limitado a las actividades estrictamente necesarias para cubrir las necesidades básicas de la población o satisfacer las exigencias mínimas del servicio, sin menoscabar la eficacia de los medios de presión” (Gernigon *et al.*, 2006, p. 33). Agrega, además, que:

para ser aceptable, dicho servicio mínimo debería limitarse a las operaciones estrictamente necesarias para no comprometer la vida o las condiciones normales de existencia de toda o parte de la población y debería posibilitar, por otra parte, en lo que se refiere a su determinación, la participación de las organizaciones de trabajadores, así como de los empleadores y de las autoridades públicas (OIT, 2006, p. 132).

En consecuencia, los Órganos de Control de la OIT

han admitido la prohibición o limitación de la huelga respecto de los funcionarios públicos y de los servicios esenciales en sentido estricto, y han aprobado el sistema de los servicios mínimos para esos mismos casos, así como para los servicios que no siendo estrictamente esenciales, pueden “devenir” en tales por sus efectos (Ermida, 2012, p. 181).

De esta forma,

un servicio no esencial puede convertirse en esencial cuando la duración de una huelga rebasa cierto período o cierto alcance y pone así en peligro la vida, la seguridad de la persona o la salud de toda o parte de la población (OIT, 2006, nt. 5, p. 125).

Al respecto, Antonio Baylos ha entendido que los servicios mínimos son “la parte de actividad que se juzga no susceptible de interrupción para no dañar inmediatamente los derechos fundamentales, libertades públicas y bienes protegidos constitucionalmente en colisión con el derecho de huelga” (Baylos, 1988, p. 167). Siguiendo el mismo razonamiento, José E. Tribuzio los define como “aquellas prestaciones que deben ser mantenidas indefectiblemente, ya que no consienten interrupción o preterición alguna, en orden a salvaguardar los derechos fundamentales que se encuentran en pugna con el derecho de huelga” (Tribuzio, 2012, p. 83).

Ahora bien, conforme al tratamiento doctrinario que la OIT ha efectuado respecto de dicha institución posible es advertir la existencia de dos categorías de servicios mínimos. Por una parte, de seguridad y por otra, de funcionamiento. Respecto de los servicios mínimos de seguridad, el Comité de Libertad Sindical ha sostenido que resultan aceptables, cualquiera sea la actividad de que se trate, cuando tienen por finalidad hacer respetar la seguridad de las personas, evitar accidentes y garantizar la seguridad de las instalaciones (OIT, 2006, nt. 5, p. 131).

A su vez, en lo que respecta a servicios mínimos de funcionamiento, esto es, aquellos tendientes a mantener hasta cierto punto la producción o los servicios de la empresa o institución donde se hace efectiva la huelga, el Comité ha señalado que:

el establecimiento de tales servicios mínimos en caso de huelga, sólo debería poder ser posible en aquellos servicios cuya interrupción pueda poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población (servicios esenciales en el sentido

estricto del término); en aquellos servicios no esenciales en el sentido estricto en los que huelgas de una cierta extensión y duración podrían provocar una situación de crisis nacional aguda, tal que las condiciones normales de existencia de la población podrían estar en peligro, y en servicios públicos de importancia trascendental (Gernigon *et al.*, 2006, pp. 31-32, nt. 47).

Pues bien, a la luz de los lineamientos de la OIT, indistintamente de la actividad o servicio, cuya paralización pudiese poner en peligro la vida, seguridad o salud de toda o parte de la población, tanto la calificación de servicios mínimos como la conformación de equipos de emergencia no debe menoscabar la eficacia del derecho de huelga, vale decir, dicha calificación no debe tener por propósito que la huelga sea inoperante en razón de su escaso impacto, debiendo en consecuencia tratarse de un servicio limitado e indispensable a las necesidades y exigencias mínimas y básicas del interés que se pretende tutelar, y que pudiese verse afectado al alterarse las condiciones de normalidad productiva.

A su vez, su determinación e impacto sobre el ejercicio del derecho de huelga debe ser proporcional a los aspectos particulares del conflicto de que se trate. De ello surge la interrogante de determinar a qué tipo de actividades y en qué condiciones es procedente aplicar el concepto de servicios mínimos. Por lo que en cada caso particular se debería efectuar un análisis de la actividad o servicio de que se trate y evaluar la proporcionalidad de los servicios mínimos en atención a las circunstancias del conflicto.

A modo de ejemplo, el tipo de actividad y el grado de adhesión a la huelga por parte de los trabajadores es un dato importante que requiere ser evaluado al momento de calificar los servicios mínimos, puesto que una huelga que pudiese tener impacto en el ejercicio de un derecho fundamental de terceros, con alto grado de adhesión, probablemente requerirá de un servicio mínimo que permita atender dicha actividad en caso de huelga.

Con todo, cualquiera sea la naturaleza del servicio mínimo, este jamás puede tener por finalidad garantizar la

producción de una empresa en condiciones normales de funcionamiento ni menos aún transformarse en un sistema de reemplazo de trabajadores en huelga. En efecto, su finalidad no debe ser otra que atender actividades excepcionales con el único y exclusivo propósito de cautelar la seguridad y salud de los propios trabajadores y de toda o parte de la población, si esta estuviese en riesgo.

Por otra parte, en cuanto a las fuentes de determinación de los servicios mínimos, considerando que estos operan como una fuente directa de limitación al ejercicio del derecho de huelga y particularmente a la posibilidad de los trabajadores de defender sus intereses económicos y sociales, la Comisión de Expertos ha considerado conveniente que las negociaciones sobre su definición y calificación no se celebren durante los conflictos de trabajo.

Lo anterior a fin de que todas las partes interesadas puedan negociar con la perspectiva y serenidad necesaria, puesto que tales factores contribuyen y garantizan que el alcance de los servicios mínimos no tenga por resultado que la huelga sea inoperante debido a su escaso impacto. A su vez, dichos factores contribuyen a disipar posibles impresiones de las organizaciones sindicales al ver frustrada una acción de huelga por servicios mínimos concebidos ampliamente y fijados unilateralmente por una de las partes (Gernigon *et al.*, 2006, p. 32).

A la luz de lo expuesto, forzoso resulta concluir que cualquiera sea la actividad o labor que requiera de servicios mínimos, cuando así sea procedente, así como la conformación de equipos de emergencia, ambos deberían ser calificados y determinados conforme a un sentido estricto y bajo una interpretación restrictiva, de tal modo que dicha calificación y determinación no menoscabe la eficacia del derecho de huelga, cual es equilibrar la posición de los actores y favorecer un acuerdo beneficioso para

todos los intervinientes, debiendo su calificación ajustarse, a lo menos, a los lineamientos y estándares planteados por los Órganos de Control de la OIT.

En efecto, tal como he señalado, el reconocimiento de la institución de los servicios mínimos implica restringir el ejercicio del derecho de huelga y, por ende, el ejercicio de la libertad sindical, razón por la cual cualquier interpretación de esta ha de llevarse a cabo restrictivamente dada la fuerza expansiva que poseen dichos derechos, los cuales exigen una opción inequívoca para su aplicación plena.

Del mismo modo que los derechos fundamentales no son absolutos, los límites que se impongan a su ejercicio derivados del reconocimiento de otros bienes jurídicos constitucionales tampoco pueden serlo.

2.2.1. Servicios mínimos en la Ley N° 20.940

Tras la publicación de la Ley N° 20.940 se modifica una institución ya conocida en el ordenamiento jurídico de Chile, pero sin mayor incidencia en las relaciones laborales e incluso desconocida para muchos, circunstancia esta última que podría tener como causa la facultad que se le reconocía a los empleadores para reemplazar a los trabajadores en huelga²¹, tornando, en muchos casos, innecesaria su calificación, por cuanto este contaba con herramientas para atender aquellas labores que pudiesen verse afectadas a causa de una huelga.

Pues bien, el legislador no entrega una definición de servicios mínimos propiamente tal, no obstante funcionalmente los concibe como aquellas funciones, tareas, procesos o áreas de gestión o servicio de una empresa, que sin menoscabar el derecho de huelga deben ser atendidos necesariamente durante el desarrollo de esta, conforme al tamaño y características de la empresa, establecimiento o faena para proteger los bienes corporales e instalaciones de la empresa y prevenir accidentes; garantizar la prestación de servicios de

²¹ El artículo 381 del Código del Trabajo, anterior a la entrada en vigencia de la ley 20.940, si bien como regla general prohibía el reemplazo de trabajadores en huelga, una vez cumplidos ciertos requisitos en la última oferta propuesta por el empleador, permitía el reemplazo de estos a partir del primer día de huelga.

utilidad pública o la atención de necesidades básicas de la población, incluidas aquellas relacionadas con la vida, la seguridad o la salud de las personas, y garantizar la prevención de daños ambientales o sanitarios²².

Del tenor literal del artículo 359 del Código del Trabajo es posible desprender que el legislador ha previsto las siguientes categorías de servicios mínimos²³:

a) Servicios Mínimos de Seguridad: aquellos que están destinados a atender funciones, tareas, procesos o áreas de gestión o servicios estrictamente necesarios para proteger los bienes corporales e instalaciones de la empresa y prevenir accidentes.

La condición que justifica la calificación de servicios mínimos de seguridad opera para evitar daños en los bienes corporales e instalaciones de la empresa, en la medida que la pérdida o detrimento de dichos bienes se produzca como consecuencia de la suspensión de operaciones que ocurre durante la huelga.

A su vez, el legislador contempla la posibilidad de fijar servicios mínimos que tengan por finalidad prevenir que cualquier persona sufra una lesión que pudiese afectar su salud o integridad física como efecto de la paralización de una determinada actividad.

Al respecto, la Dirección del Trabajo²⁴ ha señalado que se deben considerar dos aspectos importantes. Por

un lado, se debe determinar cuál es el objetivo o qué se busca proteger y, por otro, cómo esta respuesta se relaciona con los efectos propios que toda huelga produce en una empresa. Lo anterior, puesto que el objetivo de los servicios mínimos de esta naturaleza tiene directa relación con la posibilidad de reanudar el ciclo productivo una vez que el ejercicio de la huelga ha cesado.

b) Servicios Mínimos de Funcionamiento: aquellos destinados a atender funciones, tareas, procesos o áreas de gestión o servicios estrictamente necesarios para garantizar la prestación de servicios de utilidad pública o la atención de necesidades básicas de la población, incluidas las relacionadas con la vida, la seguridad o salud de las personas.

La Dirección del Trabajo sostiene que los referidos servicios buscan mantener cierto nivel de operación de la empresa o institución en que se produce la huelga, en el entendido de que la interrupción de todo o parte de tal operación podría afectar la prestación de servicios de utilidad pública o la atención de necesidades básicas de la población, incluidas las relacionadas con la vida, la seguridad o la salud de las personas.

Agrega, además, que en el caso de servicios de utilidad pública se trata de labores que buscan satisfacer necesidades de la población de carácter intermedio, destinadas al beneficio general o común de la colectividad teniendo como característica la universalidad y continuidad

²² Para calificar servicios mínimos y equipos de emergencia, el artículo 360 del Código del Trabajo establece un procedimiento que consiste en que el empleador deberá proponer por escrito a todos los sindicatos de la empresa, con una anticipación de a lo menos ciento ochenta días al vencimiento del instrumento colectivo vigente, su propuesta de calificación de servicios mínimos y equipos de emergencia. Recibida la propuesta, los sindicatos tendrán un plazo de quince días para responder, en forma conjunta o separada. Luego, las partes tendrán un plazo de treinta días desde formulada la propuesta para alcanzar un acuerdo.

Si las partes no alcanzan un acuerdo, cualquiera de ellas podrá requerir la intervención del director regional del Trabajo, dentro de un plazo de cinco días, quien deberá oír a las partes y, conforme al principio de cooperación, solicitar informes técnicos al organismo regulador o fiscalizador que corresponda. La resolución que emita el director regional del Trabajo deberá ser fundado y emitida dentro de cuarenta y cinco días contados desde el requerimiento, la cual solo será reclamable ante el director nacional del Trabajo.

²³ La Dirección del Trabajo, mediante Dictamen N° 5346/0092 de fecha 28 de octubre de 2016, fija el sentido y alcance de la Ley N° 20.940, particularmente en lo referido a la calificación y conformación de Servicios Mínimos y Equipos de Emergencia, fijando, entre otros aspectos, los criterios que deben orientar cada una de las categorías previstas en la ley.

²⁴ Dirección del Trabajo. Informe de Estándares Técnicos, Calificación de Servicios Mínimos y Equipos de Emergencia. Abril 2018. Cabe hacer presente que los Informes de Estándares Técnicos elaborados desde el año 2019 en adelante no han incorporado un ítem relativo a la hipótesis de procedencia de los servicios mínimos, tal como se hizo el año 2018 y cuyo texto se ha utilizado como referencia.

de los servicios. Y por necesidades básicas de la población, aquellas que dicen relación con servicios cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en todo o parte de la población o en aquellos servicios donde la duración de la huelga podría provocar el referido peligro.

c) Servicios mínimos para prevenir daños ambientales o sanitarios: aquellos que están destinados a atender funciones, tareas, procesos o áreas de gestión o servicios estrictamente necesarios para garantizar la prevención de daños ambientales²⁵ o sanitarios²⁶. En definitiva, lo que se busca evitar es un detrimento o menoscabo a la salud pública o al bienestar higiénico del país, siendo el sujeto protegido todo o parte de la población.

2.3. Actividades de importancia trascendental o de utilidad pública

Para definir el concepto de servicios de importancia trascendental o de utilidad pública, me remito en forma exclusiva a la doctrina de la OIT, por cuanto es un concepto construido por los Órganos de Control que busca dar una solución intermedia entre servicios esenciales y no esenciales.

Así, se han definido como:

aquellas situaciones en que no se justifica una limitación importante al derecho de huelga y en que, sin poner en tela de juicio el derecho de huelga de la gran mayoría de los trabajadores, podría tratarse de asegurar la satisfacción de las necesidades básicas de los usuarios o el funcionamiento continuo y en condiciones de seguridad de las instalaciones (Gernigon *et al.*, 2006, p. 23).

En efecto, se trata de servicios no esenciales, donde a juicio de los Órganos de Control de la OIT no se puede prohibir la huelga, pero sí imponerse un servicio mínimo de funcionamiento en la empresa o institución de que se trate dadas las especiales características y efectos que puede generar la paralización de una determinada actividad (Gernigon *et al.*, 2006, p. 23).

En este contexto, la OIT a través de sus Órganos de Control ha sostenido que es admisible establecer un servicio mínimo de seguridad y de funcionamiento. En el primero de los casos, en la medida que estos tengan por finalidad la seguridad de las personas, la prevención de accidentes y la seguridad de las instalaciones. Y de funcionamiento cuando la huelga pudiese afectar un servicio de utilidad pública de importancia trascendental.

2.4. Principio de proporcionalidad: uno de los criterios orientadores para las limitaciones del derecho de huelga

Existen ciertos requisitos que se deben seguir al limitar un derecho fundamental, condición del derecho de huelga, y que omnicomprendivamente podemos englobar en la aplicación del denominado principio de proporcionalidad, pues es a través de este que se puede ponderar el daño causado a terceros con la limitación del ejercicio del derecho en cuestión.

En este sentido, frente a cualquier limitación o restricción que pueda afectar el derecho de huelga se debe producir un examen de admisibilidad relativo a la restricción que se pretende adoptar, basado en la valoración del medio empleado y el fin deseado²⁷, examen que necesariamente debería efectuarse cada vez que se intente limitar el ejercicio del derecho de huelga, salvo en aquellos casos

²⁵ Entiéndase por daño ambiental toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo inferido al medio ambiente o a uno o más de sus componentes. Artículo 2° letra e) de la Ley N° 19.300, Bases Generales del Medio Ambiente.

²⁶ El propósito de este servicio debe ser evitar un detrimento o menoscabo a la salud pública o al bienestar higiénico del país.

²⁷ Dictamen N° 2856/162, de 30.08.2002. En el mismo sentido, véase también Dictamen N° 2210/035 de 05.06.2009.

en que el propio legislador ya lo hubiere realizado, tal como ocurre en la calificación de servicios esenciales²⁸.

Con todo, el principio de proporcionalidad admite una división en subprincipios, que en su conjunto comprende el contenido de este principio general, a saber:

a) Principio de la adecuación: esto es, que el medio empleado debe ser apto o idóneo para la consecución del fin propuesto, resultando inadecuado, en consecuencia, la limitación de un derecho fundamental cuando este no sirve para proteger la garantía constitucional en conflicto²⁹.

b) Principio de necesidad: el cual exige que la medida limitativa sea la única capaz de obtener el fin perseguido, de forma tal que no exista otra forma de alcanzar dicho objetivo sin restringir el derecho en cuestión.

c) Principio de proporcionalidad en sentido estricto: a través de cuyo análisis se determina si la limitación del derecho fundamental resulta razonable en relación con la importancia del derecho que se trata de proteger con la restricción, en la especie, que el derecho de huelga mantenga su eficacia a pesar de la limitación que pueda afectarla en consideración al tipo de servicio de que se trate.

Luego, cuanto más alto sea el grado de incumplimiento o de menoscabo de un derecho, tanto mayor debe ser la importancia del cumplimiento del otro, lo que no formula otra cosa que el principio de proporcionalidad en sentido estricto (Ruiz, 2006, p. 62).

Así, cualquiera sea la limitación o restricción que afecte el ejercicio de un derecho fundamental, esta superará el

juicio de proporcionalidad si se constata el cumplimiento de los tres requisitos o condiciones referidas. De esta forma, si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto —evitar el perjuicio del bien jurídico protegido—, si, además, es necesaria en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia —limitación del derecho de huelga— (juicio de necesidad) y, si la misma es ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general, que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto) (Ruiz, 2006, p. 62), podría justificarse la limitación del referido derecho, en la medida que no se afecte su esencia.

En definitiva, atendida la colisión de derechos fundamentales que puede surgir del ejercicio del derecho de huelga, particularmente tratándose de casos en que se justifique la calificación de servicios mínimos, el principio de proporcionalidad no puede estar al margen de dicho análisis, por cuanto será este el que nos permitirá establecer con precisión el nivel de funcionamiento que ha de mantenerse en caso de huelga conforme a la situación particular del conflicto. En efecto, se debe tratar de “evaluar, en particular, la proporcionalidad de los servicios mínimos de acuerdo a las circunstancias concurrentes en el conflicto” (Tribuzio, 2012, p. 85).

En este sentido, comparto lo señalado por José E. Tribuzio en cuanto al hecho de que un adecuado análisis de servicios mínimos debiese considerar, a lo menos, criterios tales como impacto de la huelga en una determinada actividad o sector, alternativas entregadas a través de servicios análogos, alcance territorial de la huelga, tiempo de duración y grado de adhesión.

²⁸ Al respecto, el artículo 362 del Código del Trabajo establece que no podrán declarar la huelga los trabajadores que presten servicios en corporaciones o empresas, cualquiera sea su naturaleza, finalidad o función, que atiendan servicios de utilidad pública o cuya paralización cause grave daño a la salud, a la economía del país, al abastecimiento de la población o a la seguridad nacional. Agrega la norma que la calificación de encontrarse una empresa en alguna de las situaciones antes expuestas se efectuará cada dos años, dentro del mes de julio, por resolución conjunta de los ministros del Trabajo y Previsión Social, Defensa Nacional, y Economía, Fomento y Turismo.

²⁹ Este principio se ha reconocido en la jurisprudencia de este Servicio al pronunciarse sobre los requisitos de las medidas de revisión y control del personal, al establecerse que tales medidas, entre otras condiciones, “deben ser idóneas a los objetivos perseguidos”, en Ordinarios N. os 4.842/300, de 15.01.93; 8.273/337, de 19.12.95; 287/14, de 11.01.96, y 2.309/165, de 26.05.98.

En similar sentido, se han pronunciado Antonio Valverde, Fermín Rodríguez Sañudo y Joaquín García (Martín *et al.*, 2017), quienes tras analizar en el marco de los servicios esenciales el instituto de servicios mínimos, sostienen que su calificación no puede ser discrecional y ha de respetar una razonable proporción entre los sacrificios que se imponen a los huelguistas y los que pudieran padecer los usuarios. Lo anterior, toda vez que un servicio mínimo:

no puede pretender asegurar el funcionamiento normal de servicios, sino que ha de ceñirse a los servicios imprescindibles para la cobertura de los bienes y derechos apartados, teniendo en cuenta factores como

la duración de la huelga, la postura de las partes, la perentoriedad o inmediatez del servicio afectado o la existencia de servicios alternativos (Martín *et al.*, 2017, p. 421, nt. 36).

De esta forma, el servicio mínimo de que se trate ha de ser necesario para el mantenimiento de una determinada actividad y adecuado a las características del conflicto, de ahí la importancia de determinar la incidencia que la huelga puede tener sobre los derechos fundamentales afectados. De suerte que la huelga no pierda su eficacia aun cuando pierda intensidad (Martín *et al.*, 2017, p. 421, nt. 36).

3. Servicios mínimos y su aplicación a la luz de los principios de la OIT y de la doctrina de la Dirección del Trabajo

3.1. Organización Internacional del Trabajo

Analizar los servicios mínimos a la luz de los principios de la OIT exige previamente comprender el concepto de servicios esenciales. Al respecto, se ha entendido por tales aquellos que admiten restricciones importantes, incluida la prohibición del derecho de huelga, pues se trata de actividades cuya paralización podría causar o poner en grave peligro la vida, la seguridad o la salud de todo o parte de la población. Así, se distingue entre servicios esenciales, es decir, aquellos en los cuales resulta justificado prohibir el derecho de huelga y no esenciales, aquellos en que no se puede prohibir su ejercicio.

Adicionalmente, los Órganos de Control de la OIT han incorporado dentro de su doctrina un tercer concepto, intermedio entre los servicios esenciales y no esenciales, denominado servicios de importancia trascendental o de utilidad pública, esto es, servicios que sin ser esenciales justifican una limitación importante al derecho de huelga y en que,

sin poner en tela de juicio el derecho de huelga de la gran mayoría de los trabajadores, podría tratarse de asegurar la satisfacción de las necesidades básicas de los usuarios o el funcionamiento continuo y en condiciones de seguridad de las instalaciones (OIT, 2006, nt. 5, p. 132).

En definitiva, se trata de servicios en los cuales, si bien los trabajadores tienen garantizado el ejercicio del derecho de huelga, ante la ocurrencia de situaciones o sucesos extraordinarios que pudiesen afectar a terceras personas, admiten una limitación al ejercicio de este a través de la imposición de un servicio mínimo.

En este contexto, los Órganos de Control de la OIT han planteado que al limitarse el derecho de huelga a través de un servicio mínimo, este debe limitarse a aquellas actividades estrictamente necesarias e indispensables para atender las necesidades básicas de la población o satisfacer las exigencias mínimas del servicio. Adicionalmente, se exige que su regulación e

implementación, en ninguna circunstancia, menoscabe el efecto perseguido con la huelga, restándole, en definitiva, eficacia a su cometido.

Si bien, lo expuesto representa el criterio general de la OIT, dentro de sus principios es posible advertir que el Comité de Libertad Sindical ha aceptado imponer en todos los casos de huelga servicios mínimos de seguridad, con objeto de garantizar la seguridad de las personas y de las instalaciones³⁰.

A su vez, también reconoce la imposición de un servicio mínimo de funcionamiento. En este caso, solo respecto de servicios cuya interrupción pudiese poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de las personas en todo o parte de la población, esto es, servicios esenciales en sentido estricto y aquellos otros servicios que sin ser esenciales, dada la extensión y duración de una eventual huelga, pudiesen provocar una situación de crisis nacional aguda.

Al respecto, el referido Comité ha estimado legítimo considerar la imposición de servicios mínimos de funcionamiento en actividades tales como servicios de transbordadores de una isla, servicios de una empresa portuaria nacional, servicios de transporte de pasajeros y de transporte de ferroviarios, entre otros (Gernigon et al., 2006, p. 32, nt. 55).

Así, cualquiera sea el caso en que proceda un servicio mínimo, conforme a los criterios de los Órganos de Control de la OIT, estos siempre deben limitarse a lo estrictamente indispensable, no debiendo tener jamás su imposición por resultado que la huelga sea inoperante debido a su escaso impacto.

En definitiva, conforme al criterio del Comité de Expertos, la imposición de un servicio mínimo exige la concurrencia de dos condiciones. Por una parte, debe tratarse de un servicio limitado a las actividades estrictamente necesarias para cubrir las necesidades básicas de la población o satisfacer las exigencias mínimas del servicio, sin menoscabar la eficacia de los medios de presión y, por otra, los trabajadores representados por sus organizaciones deben participar en la definición de tales servicios, norma esta última que considero de toda justicia, por cuanto es a estos a quienes se les restringe el ejercicio de un derecho fundamental.

3.2. Dirección del Trabajo

Tras la entrada en vigencia de la Ley N° 20.940, la Dirección del Trabajo asumió una serie de facultades en la calificación y determinación de Servicios Mínimos y Equipos de Emergencia. En efecto, entre otras atribuciones le corresponde fijar el sentido y alcance de la normativa aplicable y, a su vez, dirimir la falta de

³⁰ En este sentido, José Tribuzio señala que “los servicios de mantenimiento y seguridad de los bienes de la empresa, a través de la imposición de servicios mínimos, se encuentran destinados a garantizar la integridad de los trabajadores mediante la conservación de los elementos y las herramientas de trabajo sobre las cuales aquellos deberán operar al cese de la huelga y posterior reanudación del ciclo productivo. Se relacionan, también, con el resguardo de la capacidad productiva de la empresa ante los efectos de la huelga y, en menor medida, con el derecho al trabajo de los no huelguistas” (Tribuzio, 2012, p. 71).

acuerdo entre empleadores y organizaciones sindicales en la calificación de servicios mínimos³¹.

En efecto, si las partes dentro del plazo de 30 días previstos en la ley no logran alcanzar un acuerdo o este no involucra a todos los sindicatos de la empresa, cualquiera de ellas, dentro de un plazo de 5 días, podrá requerir la intervención del Director Regional del Trabajo, quien deberá oír a ambas partes y solicitar —principio de coordinación— al organismo regulador o fiscalizador que corresponda, informes técnicos³² que le permitan dar cumplimiento a su cometido, el cual deberá finalizar dentro de un plazo de 45 días. La resolución que emita el director regional del Trabajo solo será reclamable ante el

director nacional dentro de un plazo de 5 días, contados desde que la referida resolución sea notificada.

Adicionalmente, conforme a lo dispuesto en el inciso penúltimo del artículo 360 del Código del Trabajo, la Dirección del Trabajo en el mes de abril de cada año debe publicar los estándares técnicos de carácter general que han servido de base para la calificación de servicios mínimos.

En este sentido, tras analizar los tres informes técnicos publicados por la Dirección del Trabajo desde la entrada en vigencia de la ley, solo en el primero de estos —abril de 2018³³— es posible advertir criterios de carácter general

³¹ Si bien, en materia de calificación y determinación de servicios mínimos y equipo de emergencia, la Ley N° 20.940, ante la falta de acuerdo entre empleadores y organizaciones sindicales, le ha entregado competencia exclusiva a la Dirección del Trabajo para su resolución, este ha sido un tema que no ha estado exento de conflicto.

En efecto, las resoluciones del director nacional del Trabajo se han judicializado, hecho que ha motivado una discusión en torno a la competencia de los Tribunales del Trabajo en el conocimiento de la calificación de Servicios Mínimos. En este contexto, la Excm. Corte Suprema, tras conocer recursos de queja interpuestos en contra de sentencias de Tribunales del Trabajo que se han declarado incompetentes, ha concluido que los referidos tribunales son competentes para resolver reclamaciones relativas a la calificación de Servicios Mínimos.

Lo anterior se funda, entre otros aspectos, en el hecho de que declarar la incompetencia priva a los afectados de su derecho de acceder a la jurisdicción, desatendiendo con ello el principio de inexcusabilidad que la Constitución chilena consagra en su artículo 76. A la misma conclusión se llega, sostiene la Corte, analizando el referido caso a la luz del Código del Trabajo, por cuanto el artículo 420 letra e) del mencionado Código, establece expresamente que serán de competencia de los juzgados de Letras del Trabajo las reclamaciones que procedan en contra de las resoluciones dictadas por autoridades administrativas en materias laborales, previsionales o de seguridad social. Razonamiento que se ve reafirmado a partir de la interpretación de los artículos 306 y 399 del Código del Trabajo, de los cuales se infiere que será competente para conocer de las cuestiones a que dé origen la aplicación de las normas relativas a la Negociación Colectiva, el Juzgado de Letras del Trabajo del domicilio del demandado o el del lugar donde se presten o se hayan prestado los servicios, a elección del demandante.

Adicionalmente, sostiene la Corte, que el referido razonamiento guarda coherencia con lo dispuesto por el artículo 19 N° 26 de la Constitución Política de la República y con el ordenamiento jurídico internacional, que reconoce el derecho a recurrir ante el juez correspondiente para los efectos de resolver las controversias surgidas en el ámbito de la libertad sindical. Así lo reconoce, por ejemplo, el Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, que al pronunciarse a propósito del derecho de huelga y, específicamente, acerca de sus restricciones, como las referidas a los servicios mínimos, en concreto, respecto a las situaciones y condiciones en que puede imponerse tal calificación, señala que “un pronunciamiento definitivo y con completos elementos de apreciación sobre si el nivel de servicios mínimos fue o no el indispensable sólo puede realizarse por la autoridad judicial, toda vez que supone en particular un conocimiento en profundidad de la estructura y funcionamiento de las empresas y establecimientos concernidos y del impacto efectivo que tuvieron las acciones de huelga” (OIT, 2006, p. 133). Véase Recursos de Queja N° 832-2018 y 7.449-2018, del 18 de abril de 2018 y 24 de julio del mismo año, respectivamente.

³² En este sentido, José Tribuzio señala que “los servicios de mantenimiento y seguridad de los bienes de la empresa, a través de la imposición de servicios mínimos, se encuentran destinados a garantizar la integridad de los trabajadores mediante la conservación de los elementos y las herramientas de trabajo sobre las cuales aquellos deberán operar al cese de la huelga y posterior reanudación del ciclo productivo. Se relacionan, también, con el resguardo de la capacidad productiva de la empresa ante los efectos de la huelga y, en menor medida, con el derecho al trabajo de los no huelguistas” (Tribuzio, 2012, p. 71).

³³ El informe en cuestión se construyó sobre la base de la doctrina institucional y resoluciones emitidas por los directores regionales del Trabajo y el director Nacional. A su vez, el referido informe técnico, comprende un análisis de las siguientes actividades productivas: agricultura, ganadería, silvicultura y pesca; explotación de minas y canteras; industrias manufactureras; suministro de gas, vapor y aire acondicionado; suministro de agua, evacuación de aguas residuales, gestión de desechos y descontaminación; construcción; comercio al por mayor y al por menor; transporte y almacenamiento; actividades de alojamiento y de servicios de comidas; información y telecomunicaciones; actividades financieras y de seguros; actividades inmobiliarias; actividades profesionales, científicas y técnicas; actividades de servicios administrativos y de apoyo; administración pública y defensa; enseñanza; actividades de atención de la salud humana y de asistencia social; actividades artísticas, de entrenamiento y recreativas.

A la fecha, se han publicado tres informes técnicos (2018, 2019 y 2020), en los que se advierte la incorporación de nuevas actividades económicas dentro del análisis efectuado, entre ellas (i) actividades de los hogares como empleadores, actividades no diferenciadas de los hogares y (ii) actividades de organizaciones y órganos extraterritoriales.

en cada una de las categorías de servicios mínimos reguladas en el Código del Trabajo, independientemente de la actividad comercial de que se trate. Pues en los dos últimos informes elaborados, en 2019 y 2020, el análisis, si bien se estructura por actividad económica, no incorpora criterios de carácter general, más bien analiza cada una de las empresas, objeto de estudio, dando cuenta de los servicios mínimos aplicables a cada una de estas³⁴.

Por lo anterior, con objeto de ilustrar el criterio de la Dirección del Trabajo en la calificación de servicios mínimos, me referiré por separado al informe técnico del año 2018 y en forma conjunta a los informes de los años 2019 y 2020.

3.2.1. Informe técnico 2018

Del primer informe técnico elaborado por la Dirección del Trabajo, es posible advertir los siguientes criterios de carácter general, según el servicio mínimo de que se trate:

(i) Servicios mínimos de seguridad destinados a proteger bienes corporales e instalaciones de la empresa.

- Como regla general se establece que debe tratarse de labores destinadas a garantizar la conservación de elementos y herramientas de trabajo con las que la empresa debe operar al cese de la huelga y posterior reanudación del ciclo productivo, es decir, debe limitarse a labores cuya paralización podría impedir la reanudación de actividades, siendo su calificación un apoyo necesario para la continuidad operacional mínima requerida.

- Adicionalmente, en materia de seguridad, la labor que sea objeto de servicios mínimos debe ser de aquellas en que no existan medidas alternativas que permitan el resguardo de los bienes que se busca proteger,

debiendo tratarse de una medida estrictamente necesaria y, a su vez, acreditarse el inminente riesgo al cual se exponen los bienes corporales.

De esta forma, las medidas de protección se deben encontrar destinadas únicamente al resguardo de bienes e instalaciones de la empresa, no pudiendo tener por objeto mantener un funcionamiento mínimo del proceso productivo de esta.

- Por otra parte, en el caso de productos que requieren ser resguardados —conservación— se han calificado servicios mínimos cuando para dicho fin no existe otra alternativa plausible, entendiendo que la ausencia o paralización de la actividad de que se trate podría significar un daño en los bienes corporales e instalaciones de la empresa.

- A su vez, cuando quien requiere servicios mínimos para resguardar bienes corporales —cuya propiedad pertenece a una empresa mandante— es una empresa contratista, la Dirección del Trabajo ha rechazado estos requerimientos por considerar que no se configuraría un vínculo causal necesario.

- En caso de fundarse un requerimiento en el hecho de producirse un daño en los bienes corporales de la empresa, este debe revestir una entidad que impida la reanudación de labores tras cesar los efectos de la huelga.

- Finalmente, en el caso del resguardo de bases de datos y antecedentes informáticos, se ha rechazado la calificación de servicios mínimos cuando dicha labor se ha entregado a empresas externas a la requirente.

(ii) Servicios mínimos destinados a prevenir accidentes.

- Podrían ser objeto de servicios mínimos aquellas

³⁴ En el primer informe elaborado por la Dirección del Trabajo se analizan 189 casos, correspondientes al período que media entre el 02 de enero del 2017 y el 31 de marzo del 2018. El segundo informe analiza 47 procesos correspondientes al período comprendido entre el 01 de abril de 2018 y el 31 de marzo de 2019. Finalmente, el tercer informe también analiza 47 procesos, correspondientes al período comprendido entre el 01 de abril de 2019 y el 31 de marzo de 2020.

labores que sean estrictamente necesarias por no existir medidas alternativas a la restricción, es decir, cuando no existan otras medidas jurídicas y materialmente posibles entendiendo que el proceso de detención o ausencia de la actividad puede generar eventuales accidentes.

- Se establece, además, que se debe tratar de labores indispensables y que se encuentren circunscritas a la relación laboral que mantiene el requirente con sus trabajadores, y que no se trate de un servicio que habitualmente se provea mediante empresas contratistas.

(iii) Servicios mínimos para prevenir daños medioambientales o sanitarios.

- El requirente que solicita la calificación de servicios mínimos en labores que tienen por objeto prevenir daños medioambientales debe ser el prestador efectivo y habitual de dichos servicios, puesto que si estos se encuentran externalizados, la simple vigilancia no resulta ser una medida idónea.

(iv) Servicios mínimos de funcionamiento destinados a garantizar servicios de utilidad pública y atender necesidades básicas de la población.

- Debe tratarse de labores o actividades que no tengan sustitutos en el mercado nacional, es decir, no debe existir otra alternativa que permita dar continuidad al servicio de que se trate. En consecuencia, no procedería la calificación de servicios mínimos cuando existe un tercero que pudiese proveer el mismo servicio que se pretende calificar como tal.

3.2.2. Informes técnicos de 2019 y 2020

Los últimos dos informes elaborados por la Dirección del Trabajo, más que establecer criterios de carácter general, describen cada uno de los casos de los cuales ha tomado conocimiento, identificando, a partir de ello, cada uno de los servicios mínimos que les resultan aplicables.

Así, y con objeto de no alterar los criterios señalados en el apartado anterior, a continuación expondré, bajo el mismo orden, una muestra aleatoria de los servicios mínimos que han sido calificados por la Dirección del Trabajo, según la categoría de que se trate.

(i) Servicios mínimos de seguridad destinados a proteger bienes corporales e instalaciones de la empresa.

- Labores correspondientes a la vigilancia perimetral de accesos e instalaciones (agricultura, ganadería y silvicultura).

- Funciones relativas al servicio de vigilancia, principalmente con el fin de evitar robos y hurtos en las dependencias de la empresa (comercio al por mayor y al por menor, reparación de vehículos automotores y motocicletas).

- Funciones realizadas por el encargado de seguridad, para efectos de supervisar las instalaciones, así como para resguardar la seguridad del público y los deportistas (otras actividades de servicios).

- Labores de desarrollo del proceso de mantención de especies (salmones), que resguarden el funcionamiento de equipos generadores, bombas, sala eléctrica y recarga de petróleo (agricultura, ganadería y silvicultura).

- Labores destinadas a la estabilidad de la mina, considerándose como factor relevante la presencia de quiebres en determinados sectores de esta, circunstancia que hace necesaria una extracción continúa para evitar su colapso (explotación de minas y canteras).

- Servicio de asistencia vial en caso de accidente a los usuarios, con la finalidad de no poner en riesgo la infraestructura de la autopista, sus bienes materiales y la seguridad de los usuarios (construcción).

- Funciones de vigilancia de las imágenes captadas por las cámaras de seguridad, tanto de oficinas propias como franquiciadas (transporte y almacenamiento).

(ii) Servicios mínimos destinados a prevenir accidentes.

- Labores de monitoreo estrictamente necesarias para que no se produzcan fugas de amoníaco y, en caso de fuga, se proceda a controlarla y a dar aviso a quien corresponda (industria manufacturera).

- Función de custodia de almacenamiento de alcoholes, que impliquen el control de fugas o derrames de alcohol en bodega de almacenamiento, atendido el carácter de inflamable del producto (industria manufacturera).

- Funciones que dicen relación con la brigada contra incendios, calificando el equipo de emergencia con dos brigadistas para evitar y controlar amagues de incendios en su primera fase durante toda la vigencia de la huelga (explotación de minas y canteras).

- Servicios asociados a la prevención de accidentes, consistentes en la coordinación del retiro de vehículos u otros elementos que obstruyan las vías y dar aviso oportuno al Servicio de Salud, Bomberos y Carabineros de Chile, en caso de acaecer contingencias en las rutas (construcción).

- Funciones relativas a la prevención de riesgos y accidentes en cada uno de los locales de la requirente, al tener a la vista el informe técnico de la Superintendencia de Seguridad Social, acompañado en el marco del proceso de calificación, dicho organismo da cuenta que la relevancia de sus funciones hace necesario el funcionamiento permanente de un departamento de prevención de riesgos, aún en aquellos casos en que, durante un periodo de huelga, solo se encuentre prestando servicios dentro de la empresa un equipo de emergencia provisto por el respectivo sindicato, razón por la cual se resuelve la necesidad de calificar dichas funciones (comercio al por mayor y al por menor, reparación de vehículos, automotrices y motocicletas).

- Funciones que permiten el retiro de contenedores con carga “IMO” (cargas peligrosas) fuera del terminal por parte de sus propietarios, siempre que estas hayan desembarcado de la nave con antelación al inicio de la huelga (transporte y almacenamiento).

- Funciones de prevención de riesgos, específicamente laborales, accidentes del trabajo y enfermedades profesionales (Actividades de atención de la salud humana y asistencia social).

(iii) Servicios mínimos para prevenir daños medioambientales o sanitarios.

- Funciones de conservación de salmones, tales como la alimentación, retiro de mortandad, correcto chequeo de los parámetros ambientales y del estado de salud de las especies (agricultura, ganadería, silvicultura y pesca)

- Funciones relativas a plantas de procesos relacionados con molibdeno, en la operación de mantención y depósito de relaves y aguas, y las labores de proveer de insumos para atender eventuales emergencias medioambientales (explotación de minas y canteras).

- Funciones de tratamiento de aguas recibidas desde una planta de riles, y el tratamiento de desechos emanados del proceso productivo, ambas labores asociadas al cargo de “Operador de medioambiente” de la empresa (industria manufacturera).

- Labor de supervisar la correcta ejecución de los análisis fisicoquímicos realizados a las aguas durante el proceso de tratamiento de riles, asociadas al cargo de “Encargado Planta de Tratamiento de Riles” (industria manufacturera).

- Funciones de identificación y retiro de los productos en descomposición del área de bodega, sala de frío y sala de ventas en cada uno de los locales de la empresa (comercio al por mayor y al por menor, reparación de vehículos, automotrices y motocicletas).

- Labores asociadas al control de temperatura de productos cárnicos; identificación, retiro y eliminación de productos en estado de descomposición y/o en fecha de vencer o caducar (comercio al por mayor y al por menor, reparación de vehículos, automotrices y motocicletas).

- Labores relativas al manejo, acumulación y retiro de basura, para que no queden residuos domiciliarios retenidos en el condominio, estimando que resulta necesario en el marco de una huelga (actividades inmobiliarias).

(iv) Servicios mínimos de funcionamiento destinados a garantizar servicios de utilidad pública y atender necesidades básicas de la población.

- Funciones para la operación de una de las centrales de la empresa, con el objeto de que esta opere como unidad de reserva o de respaldo de energía eléctrica, escogiéndose la que tiene mayor participación de entre las centrales en la generación total anual (suministro de electricidad, gas, vapor y aire acondicionado).

- Labores de despacho de pedidos y atención de pacientes asociadas al suministro de oxígeno para pacientes incorporados al programa de oxígeno terapia domiciliaria (comercio al por mayor y al por menor, reparación de vehículos automotores y motocicletas).

- Labores asociadas a la recepción de la paquetería internacional dirigida a bodegas "Planta ATO", atendido lo dispuesto en el artículo 1° del Decreto 437, Reglamento de Internación y Exportación por vía Postal del Ministerio de Hacienda, en concordancia con el artículo 7 del Decreto 203 del 10 de diciembre de 1980 del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones,

que establece la responsabilidad de Chile respecto de la admisión, transporte y entrega de objetos postales, desde y hacia el exterior (información y comunicaciones)

- Servicios orientados a la distribución del suministro de oxígeno a pacientes, hospitales, clínicas y centros asistenciales, al acreditarse en los antecedentes del proceso que la empresa contaba con *stocks* de cilindros y equipos en sus bodegas para efectuar los recambios correspondientes a una primera fase de abastecimiento (comercio al por mayor y al por menor, reparación de vehículos automotores y motocicletas).

- Servicios relativos al transporte público de pasajeros, estimándose pertinente asegurar el funcionamiento de este (transporte y almacenamiento).

- Funciones desarrolladas por auxiliares de enfermería para la atención continua de pacientes críticos, aplicando todos los protocolos de seguridad clínica que garanticen la atención continua, diligente y oportuna del paciente, con la finalidad de dar protección a su vida y salud (actividades de atención de la salud humana y asistencia social).

- Funcionamiento de ambulancias de emergencia avanzada, no obstante existir otras empresas que prestan servicios asociados al traslado del paciente y su estabilización en caso de emergencia médica (actividades de atención de la salud humana y asistencia social).

3.2.3. Casos concretos analizados y resueltos por la Dirección del Trabajo durante el primer año de vigencia de la Ley N° 20.940³⁵

³⁵ En el análisis propuesto se han tenido a la vista las siguientes causas judiciales correspondientes a reclamaciones judiciales interpuestas en contra de las resoluciones tanto de directores regionales del Trabajo como del director nacional del Trabajo y de las cuales he obtenido las resoluciones sobre cuya base he podido extraer el contenido de los casos que se individualizan:

a) Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso, Causa RIT I-137-2017, caratulada Colegio Alemán Valparaíso con Dirección Regional del Trabajo de Valparaíso.

b) Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, Causa RIT I-317-2017, caratulada El Mercurio y Otras con Dirección del Trabajo.

c) Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, Causa RIT I-343-2017, caratulada Sociedad de Instrucción Primaria con Dirección del Trabajo.

d) Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, Causa RIT M-1806-2017, Sindicato Banco Ripley con Dirección del Trabajo.

En el presente apartado, a partir de los primeros casos judicializados sobre servicios mínimos se describen cuatro requerimientos formulados ante la Dirección del Trabajo, de los cuales es posible desprender los principales criterios desarrollados por la institución, que finalmente coinciden con los criterios plasmados en el primer informe técnico. Así, he tomado cuatro casos concretos relativos a instituciones educativas, bancarias y de comunicaciones, los cuales fueron puestos en conocimiento de la Dirección del Trabajo y posteriormente de tribunales.

a. Institución educacional

El 22 de marzo del 2017, el Colegio Alemán de Valparaíso solicitó la intervención de la Dirección Regional del Trabajo de Valparaíso —en adelante DRTV— con la finalidad de calificar servicios mínimos de seguridad y funcionamiento, ello tras la falta de acuerdo alcanzado con el Sindicato de Profesores y Profesionales de apoyo.

En su requerimiento, el establecimiento educacional solicita la calificación de servicios mínimos respecto de labores que tenían por objeto cuidar escolares y evitar accidentes —de funcionamiento—, concretamente, para atender a los niños que eventualmente pudiesen quedar sin actividades programadas a causa de la huelga de sus educadores, proponiendo en definitiva que dichas labores fuesen desempeñadas por un total de 30 trabajadores, lo cual implicaba contar con un profesor de apoyo docente por cada 44 estudiantes.

Adicionalmente, plantea la necesidad de calificar servicios mínimos destinados a proteger bienes corporales de la empresa —de seguridad—, concretamente, para atender aquellas labores que se desempeñan en portería, y vigilancia y cuidado de jardines, proponiendo al efecto seis trabajadores.

La Dirección del Trabajo, tras oír a ambas partes intervinientes y analizar una serie de antecedentes relativos a la actividad educacional, resuelve calificar como servicio mínimo únicamente la labor de vigilancia en la portería principal, asignando un solo guardia, denegando, en

definitiva, el servicio mínimo de funcionamiento y cuidado de jardines solicitado.

Se funda el referido razonamiento en el hecho de que la DRTV, tras analizar el funcionamiento del establecimiento educacional, pudo establecer que las labores de vigilancia que se solicitaban no tenían el carácter de permanentes, puesto que en la mayoría de los accesos se ordenaba su cierre, salvo en el caso de la portería principal. A su vez, en relación al cuidado de jardines, razona la referida Repartición que dicha labor tiene un carácter esporádico, y que la mayoría de los jardines del establecimiento contaba con regado automático, hecho este último que le permite concluir que no se trataría de un servicio mínimo necesario para la seguridad de bienes corporales, lo que no origina la supuesta afectación alegada por el establecimiento, entendiéndose que ante una suspensión de labores no se produciría pérdida o detrimento que impida al colegio retomar sus labores tras el término de la huelga.

Luego, en relación al servicio mínimo fundado en el cuidado de los niños —servicio mínimo de seguridad—, sostiene que el establecimiento ejerce una serie de medidas preventivas respecto de la ocurrencia de accidentes, que han sido establecidas por el Ministerio de Educación con independencia del ejercicio de la huelga, no correspondiendo trasladar el deber de seguridad que asiste al empleador a los trabajadores, puesto que es este quien previamente debe adoptar medidas tendientes a fomentar la participación de la comunidad educativa en actividades de autocuidado y prevención.

b. Institución educacional

El 31 de marzo de 2017, la Sociedad de Instrucción Primaria elevó un requerimiento de calificación de servicios mínimos y equipos de emergencia ante el director regional del Trabajo de la Región Metropolitana Poniente (DRTMP), en cuya oportunidad solicitó un profesor por curso durante la huelga —servicio mínimo de funcionamiento— y auxiliares, estos últimos con objeto de controlar la puerta de acceso al establecimiento y las condiciones de higiene del lugar. Tras analizar los antecedentes relativos

al funcionamiento del establecimiento, el DRTMP resuelve calificar servicios mínimos de seguridad, concretamente, para aquellas labores destinadas al control de acceso al establecimiento y de higienización, siempre que concurren estudiantes al establecimiento.

Por su parte, en relación con el servicio mínimo de funcionamiento, se resuelve implementar éste a partir del día 30 de la huelga, debiendo en dicho caso efectuar la referida labor todos aquellos profesores jefes de enseñanza básica y media.

La referida resolución se funda en el hecho de que la labor desempeñada por los auxiliares es de aquellas necesarias, toda vez que la labor de Carabineros de Chile en ninguna circunstancia puede disponer servicios en el interior de empresas particulares. Así, se indica que dicha labor cumple el requisito de necesidad, puesto que tiene por objeto impedir una afectación a personas, no obstante que debe limitarse única y exclusivamente a la necesidad de controlar que no ingresen personas ajenas y registrar el acceso de todas aquellas que sí se autoriza a ingresar. Asimismo, se argumenta que mantener más de un acceso operativo resulta inadecuado atendido el carácter restrictivo de la limitación del derecho a huelga.

A su vez, se sostiene que las labores destinadas a la higienización pueden ser consideradas necesarias para prevenir accidentes, en tanto puedan provocar una lesión que afecte la salud e integridad física de una persona. Por consiguiente, la referida labor debe tener por finalidad la limpieza de los servicios higiénicos del establecimiento y se justificará en la medida que concurren alumnos.

Por otra parte, respecto al servicio mínimo de funcionamiento (profesores) se indica que el requirente no habría señalado en qué medida tales labores garantizan la utilidad pública o necesidades básicas de la población. Sin perjuicio de ello, sobre la base de la doctrina de la OIT, se sostiene que el sector de la educación, si bien no es un servicio esencial en el estricto sentido del término, se reconoce que ante huelgas de larga duración pueden establecerse servicios mínimos. En este orden de ideas, la Dirección del Trabajo califica dicho servicio

sólo a partir del día 30 de la huelga. Argumentos todos que posteriormente fueron ratificados por el director del Trabajo tras conocer un recurso jerárquico interpuesto por la parte requirente.

c. Institución financiera

El 30 de marzo de 2017, el Banco Ripley ante la falta de acuerdo alcanzado con el Sindicato Nacional de Trabajadores de dicha institución, recurrió ante el director regional del trabajo Región Metropolitana Poniente (DRTMP) con objeto de que se calificaran servicios mínimos. En este contexto, el Banco argumenta que el servicio prestado corresponde a uno de utilidad para la población (utilidad pública) y de manera especial para quienes mantienen productos o servicios vigentes en su institución, como así también en la necesidad de resguardar y proteger los bienes, instalaciones y la seguridad de los trabajadores (seguridad).

Recibido el requerimiento, la DRTMP solicita un informe técnico a la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, instrumento que servirá de base para los fundamentos posteriormente esgrimidos. Así las cosas, el informe, en términos generales, señala que:

Los servicios mínimos para el funcionamiento de un banco, son todas aquellas actividades asociadas con el giro bancario y en las que se encuentren estos aspectos involucrados (i) funcionamiento/continuidad de la cadena de pagos; (ii) resguardo de la fe pública bancaria; (iii) funcionamiento de determinados proveedores externos que otorguen servicios con impacto en la banca; (iv) cumplimiento normativo y reportes de información (Resolución N° 000359, de fecha 12 de mayo del 2017, de la Dirección Regional del Trabajo Región Metropolitana Poniente).

Cabe advertir que en el pronunciamiento no se hace un análisis particular del banco.

También se tiene a la vista un informe del Banco Central del cual se destaca la necesidad de conciliar el derecho de huelga de los trabajadores de un banco con el interés

público y demás bienes jurídicos asociados al normal funcionamiento de la actividad bancaria. Argumento que es considerado en el razonamiento, como así también el hecho de que las condiciones a las que se someta la huelga sean razonables y no de tal naturaleza que constituyan una limitación importante a las posibilidades de acción de las organizaciones sindicales.

Adicionalmente, cabe hacer presente que el requerimiento formulado por el banco comprende 51 cargos, los cuales son ejercidos por un total de 400 trabajadores lo que representa un 49% de la dotación total del banco. Asimismo, tras efectuarse un análisis comparativo entre los informes de la Superintendencia de Bancos y del Banco Central y los cargos requerido, se precisa que varios de estos casos no se encuentran comprendidos dentro de los referidos informes, argumento que será considerado a la hora de resolver el requerimiento. Lo propio ocurre respecto de la circunstancia de tener la empresa solo algunos productos de los habituales del mercado financiero.

Luego, se efectúa un análisis pormenorizado de cada uno de los cargos requeridos en el cual el criterio predominante fue no calificar servicios mínimos en aquellos casos en que los cargos tuviesen directa relación con la productividad y normal funcionamiento de la empresa, y que no comprendiesen funciones indispensables ni estrictamente necesarias.

De esta forma, en materia de seguridad, se consideraron aquellos cargos destinados a prevenir daños corporales a los bienes de la empresa y prevenir accidentes, entendiéndose por tales las labores de vigilancia.

Por otra parte, tratándose de servicios mínimos de funcionamiento, el criterio utilizado fue que se tratase, por una parte, de cargos que tuviesen relación con la administración de liquidez y gestión de riesgos financieros y, por otra, que tuviesen relación con soporte

y corrección de incidencias, particularmente de los sistemas críticos que se encuentran en producción. Asimismo, se consideraron cargos necesarios para asegurar la continuidad operativa de los sistemas que se encuentran en producción y no aquellos que tuviesen relación con el desarrollo de nuevos proyectos o en etapa de desarrollo.

Bajo dicho contexto, el DRTMP —no en los términos solicitados— califica servicios mínimos de seguridad y funcionamiento, acotando estos a los criterios antes expuestos. Frente a la referida resolución, tanto el sindicato como el banco presentaron un recurso jerárquico ante el director del Trabajo quien, tras conocer los antecedentes y analizar estos, y cada uno de los cargos involucrados, argumenta en términos generales que el DRTMP en su razonamiento debió garantizar que la calificación no tuviese por efecto indirecto permitir el funcionamiento de la requiriente, puesto que dicha circunstancia no se enmarcaría en el espíritu de la legislación y terminaría afectando la esencia del derecho, al tornarse el ejercicio de la huelga inoperante en razón de su escaso impacto, elemento considerado por la Organización Internacional del Trabajo en el tratamiento de esta institución.

Bajo tal razonamiento el director del Trabajo concluye y resuelve acoger parcialmente cada uno de los recursos interpuestos, eliminando ciertos cargos previamente calificados como servicios mínimos, y disminuyendo el número de trabajadores asignados en los casos calificados como tal, como así también incorporando en materia de servicios mínimos de funcionamiento tres nuevos cargos previamente no considerados por el DRTMP.

d. Institución de comunicaciones

Las empresas El Mercurio S.A.P., Sistemas Gráficos Quilicura S.A. y Morgan Impresores S.A., tras declararse que ejercían una unidad económica y, en consecuencia, que constituyen un solo empleador³⁶, el 31 de marzo

³⁶ Véase causa seguida ante el 2º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, RIT O-1413-2015.

del 2017 elevaron en conjunto un requerimiento de servicios mínimos ante el director regional del Trabajo Metropolitana Oriente (DRTMO), en cuya oportunidad se solicitó la calificación de servicios mínimos para las diferentes gerencias que conforman sus estructuras orgánicas.

Recibido el requerimiento, la DRTMO dio traslado a cada una de las organizaciones sindicales de las empresas mencionadas, y, conforme al principio de cooperación, solicitó su opinión a la Oficina Nacional de Emergencia del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, a la Superintendencia de Electricidad y Combustible, al O.S.10 de Carabineros de Chile, a la Secretaría Regional Ministerial de Salud y a la Superintendencia de Seguridad Social, información toda que se utilizó como fundamento en el desarrollo de la resolución dictada por la DRTMO, como así también el análisis pormenorizado de cada uno de los cargos respecto de los cuales se solicitó la calificación.

Destaca en la resolución que el requerimiento formulado por la empresa El Mercurio S.A.P. habría resultado insuficiente al no explicitar en forma alguna, cómo a través del personal propuesto se pretendía evitar accidentes, daños en los bienes corporales e instalaciones de la empresa y evitar daños ambientales o sanitarios, señalándose, en definitiva, que dicho requerimiento habría pretendido mantener el proceso productivo casi en su normalidad, no ajustándose a los casos previstos en la legislación chilena.

En relación a los fundamentos esgrimidos por la DRTMO en su resolución, destaca el hecho de que la eventualidad del daño, argumento utilizado por cada una de las empresas en su requerimiento, no representa un supuesto que permita restringir el derecho fundamental de huelga, como así también el hecho de que las empresas no habrían acompañado antecedentes que respaldaran sus fundamentos, siendo un deber del requirente su acreditación, y no una obligación de la Dirección del Trabajo disponer de estos.

Otro aspecto importante que destacar como fundamento de la resolución es la circunstancia de existir en las empresas servicios externalizados para determinadas labores, respecto de los cuales, y atendida la medida alternativa, dicha circunstancia resultó determinante en la resolución definitiva.

De esta forma, resuelve la DRTMO calificar servicios mínimos únicamente en labores de seguridad, concretamente vigilantes y solo respecto de una de las empresas por no existir guardias externos. Resolución y razonamiento que posteriormente es compartido y ratificado por el director del Trabajo tras conocer un recurso jerárquico interpuesto en contra de la resolución del DRTMO.

Pues bien, de los casos antes descritos es posible advertir que la Dirección del Trabajo en cada uno de sus análisis —calificación de servicios mínimos—, independientemente de la categoría, utiliza como criterio orientador que se trate de labores estrictamente necesarias que no afecten el derecho de huelga en su esencia, criterio que debiese ser siempre utilizado como un estándar mínimo en la calificación de servicios mínimos. Asimismo, también es posible advertir que existe cierta confusión en los requirentes al plantear los argumentos sobre cuya base se solicitan servicios mínimos de funcionamiento, puesto que confunden estos con la necesidad de garantizar cierto funcionamiento de la empresa independientemente de la actividad y labor de que se trate.

Adicionalmente, y dado el uso observado, me preocupa el rol que puede tener en el razonamiento de la Dirección del Trabajo el contenido de los informes técnicos por ella solicitados, por cuanto dichos informes son preparados por instituciones aparentemente técnicas que dependiendo de la labor de que se trate, su contenido podría impactar negativamente en la calificación de servicios mínimos, al incorporar labores que no necesariamente sean de aquellas que es posible calificar como tales, lo que resta, en definitiva, eficacia al derecho de huelga.

4. A modo de conclusión

El derecho de huelga representa una herramienta de tutela orientada a nivelar la desigualdad de las relaciones laborales. Su reconocimiento ha pasado por diversos estadios, pero hoy existe consenso en reconocer en su ejercicio un derecho fundamental, que como tal no se encuentra exento de limitaciones puesto que, naturalmente, dependiendo de la actividad de que se trate, puede afectar gravemente intereses de terceros. Lo importante es que cualquiera sea la limitación puesta a su ejercicio, esta necesariamente debe ajustarse a ciertos estándares mínimos (principios de la OIT) e interpretarse restrictivamente (principio de proporcionalidad), de modo que no se afecte su ejercicio y con ello el fin que esta persigue, en definitiva, que no se afecte su contenido esencial.

El ordenamiento jurídico chileno, siguiendo los lineamientos de la OIT, conceptualmente, al menos, y bajo un sistema extremadamente normativo³⁷, reconoce limitaciones e incluso prohibiciones en su ejercicio. En efecto, se establece que no podrán declararse en huelga trabajadores que atiendan servicios de utilidad pública o cuya paralización cause grave daño a la salud, a la economía del país, al abastecimiento de la población o a la seguridad nacional, labores que han sido categorizadas dentro del concepto de servicios esenciales. Este concepto no se ajusta a la doctrina de la OIT, por cuanto tal como señala José Luis Ugarte,

el ordenamiento contempla supuestos de servicios esenciales excesivamente amplios y vagos. Así también lo han entendido los Órganos de Control de la OIT al sostener que tal regulación excede el concepto de servicios esenciales en sentido estricto.

Tras en la entrada en vigencia de la Ley N° 20.940, si bien no se modifica el modelo de relaciones laborales de nuestro país, sí es posible visualizar pequeños avances en el reconocimiento del derecho de huelga, particularmente al prohibirse el reemplazo de trabajadores, aspecto permanentemente cuestionado por los Órganos de Control de la OIT³⁸ y en el reconocimiento expreso de esta como un derecho.

Sin embargo, no ocurre lo mismo con la regulación de los servicios esenciales, por cuanto se mantiene el mismo concepto vago y amplio al cual alude José Luis Ugarte. Lo propio ocurre en relación con el instituto de los servicios mínimos, reconocido en la doctrina de la OIT y objeto de esta investigación.

Los servicios mínimos, a la luz de la doctrina de la OIT, se clasifican en servicios de seguridad y funcionamiento. Los primeros, aplicables a toda actividad pues su finalidad es garantizar la seguridad de las personas, evitar accidentes y garantizar la seguridad de las instalaciones. Y los segundos, circunscritos a servicios esenciales, es

³⁷ En el ordenamiento jurídico laboral chileno, el ejercicio del derecho de huelga se encuentra circunscrito al procedimiento de negociación colectiva reglado, en el cual se fija no solo la oportunidad en que esta podrá hacerse efectiva, sino además las condiciones que deben prevalecer para su legítimo ejercicio. Así las cosas, los artículos 347, 348, 349 y 350 del Código del Trabajo regulan la convocatoria a la votación de la huelga, la oportunidad de su votación, los medios de votación y la votación propiamente tal, respectivamente. Sin perjuicio de la excesiva regulación que predomina en la negociación colectiva.

³⁸ Al respecto, el Comité de Libertad Sindical, tras analizar el antiguo artículo 381 del Código del Trabajo, que autorizaba el reemplazo de trabajadores en huelga, sostuvo que “el actual artículo 381 prohíbe de manera general el reemplazo de los huelguistas. Sin embargo, se observa que sigue existiendo la posibilidad de proceder a dicho reemplazo mediante el cumplimiento de ciertas condiciones. El artículo actual contiene, además de las condiciones que ya existían, la del pago del bono de reemplazo a los huelguistas que vuelve más onerosa la contratación de nuevos trabajadores al empleador. No obstante, la Comisión recuerda que el reemplazo de los trabajadores menoscaba gravemente el derecho de huelga” (Universidad Diego Portales, Facultad de Derecho, 2008, p.157).

decir, a aquellas actividades cuya interrupción pueda poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de las personas en todo o parte de la población (servicios esenciales en sentido estricto), como así también en aquellas actividades que sin ser esenciales, dada cierta extensión o duración, podrían provocar una situación de crisis nacional aguda, debiendo estos tener por finalidad mantener hasta cierto punto la producción o actividad de una empresa.

Así, es posible observar que la técnica utilizada por el legislador excede el concepto seguido por la OIT, toda vez que se aparta de los lineamientos seguidos por la referida institución. Por una parte, confunde el concepto de servicios mínimos de funcionamiento al prever su regulación en actividades que no tienen relación con servicios esenciales en sentido estricto y, a su vez, al considerar presupuestos no regulados por los Órganos de Control.

En efecto, entre otros aspectos, llama la atención que se utilicen conceptos vagos y amplios, cuyo análisis e interpretación queda entregado al acuerdo entre empleador y organizaciones sindicales o, en su defecto, a la interpretación de la Dirección del Trabajo. Esta circunstancia puede agravarse aún más en esta última instancia, toda vez que será la Dirección del Trabajo quien a partir de informes técnicos elaborados por determinadas instituciones (principio de cooperación) determinará la necesidad de calificar servicios mínimos, aun cuando estos se aparten del concepto de la OIT. Sin dejar de considerar el hecho de que los criterios dependerán finalmente de la autoridad a cargo de aquella institución, por lo que dependiendo de la administración

de turno podría eventualmente variar el criterio utilizado.

Ahora bien, a casi cuatro años de la entrada en vigencia de la Ley N° 20.940, y luego de analizar los criterios aplicados por la Dirección del Trabajo durante este período, es posible observar, en una primera etapa, una aplicación e interpretación restrictiva en la calificación de servicios mínimos, a pesar de su regulación, pues se reconoce como principio rector que las labores objeto de análisis deben ser aquellas estrictamente necesarias. Circunstancia esta que repercutió en la judicialización de varios pronunciamientos emanados de la Dirección del Trabajo.

Luego, en una segunda etapa (2019-2020) se advierte una calificación menos restrictiva, difícil de categorizar, pues se modifica la técnica en la elaboración de los informes técnicos, toda vez que de una categorización por actividad se pasó a un análisis particular de los procesos de los cuales esa Repartición tomó conocimiento.

Por último, me preocupa el rol que se le pueda asignar a los informes técnicos solicitados por la Dirección del Trabajo, circunstancia que de algún modo podría condicionar la calificación de servicios mínimos y particularmente aquellas labores respecto de las cuales procede su calificación. Asimismo, me preocupa que se ignore un elemento fundamental, a mi parecer, que debe estar presente en el análisis y calificación de servicios mínimos, esto es, que se efectúe un ejercicio de ponderación a través del principio de proporcionalidad, pues a mi entender es este el elemento que nos permitirá aplicar y calificar adecuadamente los servicios mínimos.

Referencias bibliográficas

- Azocar Simonet, R. y Cruz González, Á. (2015). Limitaciones al derecho de huelga en Chile: Los servicios esenciales, el reemplazo de trabajadores y los servicios mínimos en el contexto de la reforma laboral. *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Vol. 6, N° (12), 140-161.
- Baylos Grau, A. (1988). *Derecho de huelga y servicios esenciales*. Madrid: Editorial Tecnos.

- Baylos Grau, A. (2012). *Para qué sirve un sindicato*. Madrid: Editorial Catarata.
- Caamaño Rojo, E. (2008). El reconocimiento de la libertad sindical y el problema de representación de los trabajadores en la negociación colectiva. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol (30), 265-291. Recuperado de: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-68512008000100007&script=sci_arttext [fecha de consulta: 09 de diciembre de 2021].
- Ermida Uriarte, O. (1991). *Sindicatos en libertad sindical*. Montevideo: Editorial Fundación de Cultura Universitaria.
- Ermida Uriarte, O. (1999). *La flexibilización de la huelga*. Montevideo: Editorial Fundación de Cultura Universitaria.
- Ermida Uriarte, O. (2012). *Apuntes sobre la huelga*. Montevideo: Editorial Fundación de Cultura Universitaria.
- Gamonal Contreras, S. (2011). *Derecho Colectivo del Trabajo* (2ª ed.). Santiago: Editorial Legal Publishing Chile.
- Gernigon, B., Otero, A. y Guido, H. (2006). *Principios de la OIT sobre el derecho de huelga*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo.
- Giugni, G. (1983). *Derecho sindical*. Madrid: Servicio de publicaciones, Ministerio del Trabajo y Seguridad Social.
- Navarro Nieto, F. (1993). *La representatividad sindical*. Madrid: Editorial Ministerio del Trabajo y Seguridad Social.
- Mantero Álvarez, R. (1992). *Límites al derecho de huelga*. Montevideo: Editorial Amalio M. Fernández.
- Martín Valverde, A., Rodríguez-Sañudo, F. y García Murcia, J. (2017). *Derecho del trabajo*. Madrid: Editorial Tecnos.
- Moreno Vida, M. N. (2007). *La huelga en servicios esenciales*. Navarra: Editorial Aranzadi.
- Oficina Internacional del Trabajo, 2006. *Libertad Sindical, Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT* (5ª ed.). Recuperado de: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_090634.pdf, [fecha de consulta: 09 de diciembre de 2021].
- Organización Internacional del Trabajo. (1994). *Recopilación de Decisiones y Principios de Libertad Sindical del Consejo de Administración*.
- Ojeda Avilés, A. (1995). *Derecho sindical*. Madrid: Editorial Tecnos.
- Pérez del Castillo, S. (1993). *El derecho de la huelga*. Montevideo: Editorial Fundación de Cultura Universitaria.
- Ruiz Ruiz, R. (2006). La ponderación en la resolución de colisiones de derechos fundamentales: Especial referencia a la jurisprudencia constitucional española. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, (10). Recuperado de: www.filosofiyderecho.com/rtfd. [fecha de consulta: 09 de diciembre de 2021].
- Sala Franco, T. (2013). *Derecho sindical*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Tapia Guerrero, F. (2007). *Sindicatos, en el derecho chileno del trabajo*. Santiago: Editorial Legal Publishing.
- Tribuzio, J. E. (2012). *La huelga en los servicios esenciales*. Recuperado de: <http://www.derecho.uba.ar/academica/derecho-abierto/archivos/curso-cidct-C2P2-03-4-la-huelga-DERECHO-COLECTIVO-GARCIA-MATERIAL-1.pdf> [fecha de consulta: 09 de diciembre de 2021]
- Universidad Diego Portales, Facultad de Derecho (2008). *Informe Anual Sobre Derechos Humanos en Chile*. Recuperado de: <https://derechoshumanos.udp.cl/informe-anual/informe-anual-sobre-derechos-humanos-en-chile-2008/> [fecha de consulta: 20 de agosto de 2020]
- Ugarte Cataldo, J. L. (2016). *Huelga y derecho*. Santiago: Editorial Thomson Reuters.
- Varas Castillo, M. (2003). Libertad sindical y negociación colectiva en Chile: un diagnóstico de la Ley Nº 19.759. *Boletín Oficial de la Dirección del Trabajo*, 3-16.

**Javier
Maseda
Rodríguez**
Universidad de
Santiago de
Compostela

javier.maseda@usc.es

Recibido: 26.10.21

Aceptado: 25.11.21

Obligaciones alimenticias y competencia judicial internacional: régimen del ejercicio de la autonomía de la voluntad

Maintenance obligations and international jurisdiction: the choice of court rules

Resumen: Análisis del régimen de ejercicio de la autonomía de la voluntad como criterio de competencia judicial internacional en materia de obligaciones alimenticias desde la óptica de los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro de la Unión Europea enfrentados a una reclamación de alimentos. Estudio de la normativa reguladora de las cláusulas de elección de foro a favor de un órgano jurisdiccional de un Estado miembro del Reglamento (CE) núm. 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos. Elección expresa de foro: carácter restrictivo y prohibición de su ejercicio respecto de menores de 18 años, frente a la libertad de los regímenes reguladores anteriores al Reglamento 4/2009. Y sumisión tácita, conflictiva respecto de alimentos para menores de esa edad. Estudio de las cláusulas de elección de foro a favor de los órganos jurisdiccionales de un tercer Estado, que el Reglamento 4/2009 no regula y que genera mucha inseguridad jurídica. Y estudio de las cláusulas de elección de foro a favor de los órganos jurisdiccionales de un Estado de la EFTA sólo vinculado por el *Convenio de Lugano de 30 de octubre de 2007 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, que el Reglamento 4/2009, de modo unilateral, sí regula y cuya necesaria integración con la regulación general de este Convenio genera mucha controversia.

Palabras clave: obligaciones alimenticias; competencia judicial internacional; elección de foro.

Abstract: This paper analyzes the choice of court rules as a ground of international jurisdiction in matters relating to maintenance obligations from a European Union Member State's court perspective. Study of the rules governing the choice of court clauses in favor of a member state's court contained in the current *Council Regulation (EC) n. 4/2009 of 18 December 2008 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations*. Express choice of court agreement: restrictive nature and prohibition of the exercise regarding minors under 18. And analysis of jurisdiction based on the defendant's appearance, conflictive in disputes relating to maintenance obligations towards a child under that age. Study of choice of court clauses in favor of a third State court, a situation not regulated by Regulation 4/2009, putting at legal risk certainty. And the study of choice of court clauses in favor of an EFTA State court is only bound by the Lugano Convention on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters on 30 October 2007, unilaterally ruled by Regulation 4/2009. Whose necessary integration with the general rules of this Convention generates many conflictive situations.

Keywords: Maintenance obligations; international jurisdiction; choice of court rules.

Consolidada en materias de corte propiamente patrimonial, la autonomía de la voluntad viene adquiriendo cada vez mayor peso en materias en las que tradicionalmente no estaba siendo operativa: la revisión del papel de la persona y de sus intereses en la sociedad contemporánea extiende la idea de libertad individual a ámbitos como el Derecho de familia o de sucesiones, también en lo que se refiere al Derecho internacional privado¹. Es lo que se observa, por ejemplo, en los arts. 7 y 22 del *Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales*², que permiten tanto la elección de foro como de ley aplicable en materia de régimen económico matrimonial. O, en el mismo sentido, esta vez en materia de sucesiones internacionales, en los arts. 5 y 22 del *Reglamento (UE) 650/2012, del Parlamento y del Consejo, de 04 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y los actos auténticos en materia de sucesiones y a la creación de un certificado sucesorio europeo*³.

Coherente con el carácter económico de una materia vinculada con el Derecho de familia, las obligaciones alimenticias no son una excepción⁴. Los distintos legisladores (europeo, convencional o doméstico) vienen operando con/introduciendo la autonomía de la voluntad en esta materia: en el ámbito menos habitual y más novedoso de la ley aplicable, como se refleja,

por ejemplo, en un art. 8 del *Protocolo de La Haya de 23 de noviembre de 2007 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias*, que permite la designación de la ley aplicable; y, en lo que ahora interesa, reforzando su intervención en el ámbito más tradicional de la competencia judicial internacional (Bonomi, 2007, párr. 110)⁵. No en vano, y al igual que sucede en el resto de las materias, permitir el ejercicio de la autonomía de la voluntad en materia de obligaciones alimenticias refuerza la previsibilidad del órgano jurisdiccional competente, así como la seguridad jurídica, disminuyendo en consecuencia los costes de litigación internacional en tanto que las partes podrán seleccionar el Tribunal que más se ajuste a sus intereses materiales y económicos (Poillot-Peruzzetto, 2009, párr. III; Castellanos, 2017, p. 49). Del mismo modo, y aunque muchas veces no se evita la fragmentación, la autonomía de la voluntad facilita la ubicación en un único órgano jurisdiccional de todos los litigios que puede plantear una demanda de familia, siendo el epicentro las crisis matrimoniales, sobre las que pivota la custodia de menores, el régimen económico matrimonial y, en lo que ahora nos ocupa, los alimentos y la pensión compensatoria (Vargas, 2018, p. 333; Jiménez, 2017, p. 67).

Lo que vamos a hacer en este trabajo es estudiar régimen y problemática del ejercicio de la autonomía de la voluntad como criterio de competencia judicial internacional en materia de obligaciones alimenticias desde la óptica de los órganos jurisdiccionales españoles enfrentados a una reclamación de alimentos en tanto que

¹ Sobre esta proyección, Moura y Rodríguez, 2016, pp. 89-93; Arenas, 2017, pp. 43-45.

² DOUE 8/7/2016.

³ DOUE 27/7/2012.

⁴ Véase Vargas, 2012, p. 106, sobre la realidad de la proyección de la autonomía de la voluntad en la elección de ley y de foro en materia familiar en las relaciones intracomunitarias, además de su necesidad; o Ancel & Muir-Watt, 2010, pp. 467-468, señalando las bondades de abrir su ejercicio en el Derecho de familia, aunque esta autonomía, tal como sucede con los alimentos, no tenga la amplitud propia de las materias patrimoniales.

⁵ Sobre elección de foro y reconocimiento de sentencias, Villata, 2011, pp. 750-751; o Borrás & Degeling, 2007, párr. 455.

operadores jurídicos de un Estado miembro de la Unión Europea (UE). Y lo vamos a hacer en tres situaciones posibles. Una primera (punto 1.), relativa a las cláusulas de elección de foro a favor de un órgano jurisdiccional de un Estado miembro y a partir del estudio de la normativa contenida en el actual régimen del *Reglamento (CE) núm. 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos*⁶, valorando el carácter restrictivo de su juego, el modo de su puesta en práctica, así como la prohibición de su ejercicio respecto de menores, sobre todo en tanto que contrasta con la libertad que presidía su ejercicio en el régimen anterior del *Reglamento (CE) núm. 44/2001, del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*⁷. Todo ello, no sólo en lo relativo a la elección expresa de foro, también en lo que se refiere a la sumisión tácita, de régimen semejante a la normativa anterior y con las dudas que genera su juego respecto de los alimentos a menores (punto 4.). Además del análisis de la elección de los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro, valora el trabajo, como decíamos, dos situaciones más, también desde la óptica de los operadores jurídicos de un Estado miembro que se enfrentan a una reclamación de alimentos. Una segunda (punto 2.), relativa al juego de las cláusulas de elección de foro a favor de los órganos

jurisdiccionales de un tercer Estado (Chile, México, Estados Unidos, Marruecos...), que el Reglamento 4/2009 no contempla y que genera gran incertidumbre al operador jurídico del Estado miembro que se enfrenta a ella. Y otra tercera y final (punto 3.), relativa al juego de las cláusulas de elección de foro a favor de los órganos jurisdiccionales de un Estado de la EFTA sólo vinculado por el *Convenio de Lugano de 30 de octubre de 2007 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*⁸, que el Reglamento 4/2009 sí regula, aunque de modo unilateral, lo que provoca importantes dudas a la hora de su necesaria integración con la regulación general de este Convenio⁹.

Aunque analizaremos estas cuestiones desde la óptica de los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro que se enfrentan a una reclamación de alimentos, téngase en cuenta que, a los efectos del Reglamento 4/2009, el concepto de *órgano jurisdiccional* incluye asimismo a las autoridades administrativas de los Estados miembros competentes en materia de obligaciones alimenticias, siempre que ofrezcan garantías en lo que se refiere a su imparcialidad y al derecho de audiencia de las partes y siempre que sus resoluciones puedan ser objeto de recurso o revisión ante una autoridad judicial y tengan fuerza y efectos similares a los de la resolución de una autoridad judicial (art. 2.2 R. 4/2009).

⁶ DOUE 10/1/2009.

⁷ DOCE L núm. 12, 16/1/2001. Regulaba las obligaciones alimenticias el *Convenio de Bruselas sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de decisiones en materia civil y mercantil, de 27 de septiembre de 1968* (DOCE C 189, 28/7/1990) hasta su sustitución por el Reglamento 44/2001. La entrada en vigor el 30/1/2009 del Reglamento 4/2009 (aplicable tras el 18/6/2011) supuso la exclusión de los alimentos del Reglamento 44/2001 para incluirlos en el Reglamento 4/2009. Excluidos asimismo del *Reglamento (UE) núm. 1215/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil* (DOCE L-351/1, 20/11/2012) como régimen que sucedió al Reglamento 44/2001 tras el 10/1/2015.

⁸ DOUE L 339, 21/12/2007, que sustituye desde el 1/1/2010, para España, al Convenio de Lugano de 16 de septiembre de 1988 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (BOE 20/10/1994; DOCE L 319, 25/11/1988).

⁹ Téngase en cuenta que la UE se adhirió al Convenio de La Haya de 30 de junio de 2005 sobre Acuerdos de Elección de Foro (Decisión del Consejo de 4/12/2014), firmado por China, Estados Unidos y Ucrania, y ratificado por Montenegro, México, Singapur, Dinamarca y Reino Unido, en vigor desde el 1/10/2015. No obstante, excluye de su ámbito de aplicación a "las obligaciones alimenticias" (art. 2.2.b CH 2005).

1. Sumisión expresa a tribunales de un Estado miembro: régimen del Reglamento 4/2009 de alimentos

1.1. Posibilidad de elección de foro en materia de alimentos: el Reglamento 44/2001 (y antecedentes) como precedente

Siguiendo la estela del Reglamento 44/2001, que amparaba el ejercicio de la autonomía de la voluntad en sede de competencia judicial internacional en toda materia no sometida a una competencia exclusiva (y alimentos no lo estaba), y del mismo modo que lo hacía su antecedente, el Convenio de Bruselas de 1968, la normativa comunitaria del Reglamento 4/2009 permite la elección de un órgano jurisdiccional de un Estado miembro a la hora de resolver los litigios relativos a obligaciones alimenticias: el art. 4 R. 4/2009 dispone que

...las partes podrán convenir en que el órgano u órganos jurisdiccionales (...) de un Estado miembro sean competentes para resolver los litigios en materia de obligación de alimentos suscitados o que puedan suscitarse entre ellos...

Que el Reglamento 4/2009 siga la estela del Reglamento 44/2001 (y su antecedente) no significa, no obstante, que compartan una regulación semejante: el régimen de elección de foro del art. 4 R. 4/2009 difiere claramente del establecido en sus precedentes, básicamente, del art. 23 R. 44 (anterior art. 17 CB 1968). No sólo existen importantes diferencias en torno a la amplitud del ejercicio de la autonomía de la voluntad, más importante en el Reglamento 44/2001 y más limitada en el art. 4 R. 4/2009, como veremos más adelante, también en lo que respecta a los criterios espaciales de aplicación del art. 4 R. 4/2009. Y es que, y a diferencia del art. 23 R. 44, que exige para su operatividad la domiciliación en la UE de al menos una de las partes, la prórroga de

competencia del art. 4 R. 4/2009 juega sin consideración de su domicilio, de manera que su eficacia es la misma respecto de demandante y demandado domiciliados en la UE, como en un tercer Estado (Villata, 2011, p. 748; Queirolo & Schiano di Pepe, 2008, p. 381).

Con todo, y a pesar de sus diferencias manifiestas, la influencia del art. 23 R. 44 en la determinación del alcance del art. 4 R. 4/2009 es importante, sobre todo en cuanto al objetivo de interpretación uniforme de sus términos. Recuértese que toda norma comunitaria debe recibir una interpretación autónoma en atención a los objetivos y sistema del instrumento en el que se incardina, apelando sólo en segundo término a los principios generales que se derivan de los ordenamientos jurídicos nacionales¹⁰. En tal sentido y con el objetivo de determinar el alcance del art. 4 R. 4/2009, nada impide acudir a la práctica comunitaria que interpreta los términos del art. 23 R. 44. No en vano el legislador comunitario habla de que, “con el fin de preservar los intereses de los acreedores de alimentos y de favorecer una buena administración de justicia en la Unión Europea, deberían adaptarse las reglas relativas a la competencia tal como dimanaban del Reglamento (CE) 44/2001” (Considerando núm. 15 R. 4/2009), siendo sustituidas las disposiciones del Reglamento 44/2001 por aquéllas propias del Reglamento 4/2009 (Considerando núm. 44 R. 4/2009). Del mismo modo, y aunque el Reglamento 4/2009 se incardina temporalmente en la órbita del Reglamento 44/2001, la reforma del Reglamento 44/2001 que dio lugar al actual Reglamento 1215/2012 no debería impedir la posibilidad de recurrir al nuevo art. 25 R. 1215, y práctica correspondiente, en tanto que sustituto del art. 23 R. 44 y en todo aquello en lo que no sea incompatible con el art. 4 R. 4/2009.

¹⁰ Véase, por ejemplo, ap. 29 STJCE 15/2/2007, As. C-292/05, *Lechouritou*; ap. 19 STJCE 23/4/2009, As. C-167/08, *Draka NK Cables*; o ap. 12 STJCE 3/7/1997, As. C-269/95, *Benincasa*.

Admitido el ejercicio de la autonomía de la voluntad y su extensión a litigios en materia de alimentos ya suscitados o que puedan suscitarse entre las partes en el futuro, la prórroga de la competencia puede articularse de manera general o territorial, esto es, nada impide a las partes la elección genérica de los Tribunales de un Estado miembro o bien de unos concretos Tribunales dentro de un Estado miembro, debiendo recurrir a la legislación procesal de cada Estado en el primero de los casos a fin de identificar el órgano jurisdiccional finalmente competente (Pesce, 2013, p. 134; Castellanos, 2017, p. 50). Téngase en cuenta que, coherente con el concepto autónomo de autoridad jurisdiccional que emplea el Reglamento 4/2009 y que abarca ambas jurisdicciones, cabe asimismo semejante comportamiento respecto de aquellos ordenamientos jurídicos donde el conocimiento de las causas alimenticias no corresponda sólo a las autoridades judiciales, también a las administrativas (Pesce, 2013, pp. 134-135).

1.2. Existencia de un acuerdo relativo a la elección de foro en materia de alimentos

En una línea distinta a los foros objetivos que aporta el Reglamento 4/2009, orientados a favor de la figura del acreedor como demandante de alimentos, el foro basado en la autonomía de la voluntad del art. 4 R. 4/2009 presupone la existencia de un acuerdo entre las partes relativo a la elección de foro cuando habla de que “las partes podrán convenir” (Vargas, 2012, p. 105). Nada dice el art. 4 R. 4/2009, en cambio, respecto de qué debe entenderse y cómo valorar la existencia de un acuerdo entre las partes dirigido a la selección de un Tribunal competente para resolver sus controversias en materia de alimentos.

En ausencia de respuesta expresa del legislador europeo en el Reglamento 4/2009, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el art. 25 R. 1215 cuando se remite al Derecho del Estado miembro cuyo Tribunal resulta elegido a la hora de verificar la existencia de un consenso entre las partes: el art. 25 R. 1215 proporciona una regla uniforme respecto de la determinación de la validez material del acuerdo cuando se remite al “Derecho de dicho Estado miembro”¹¹. Cubre así este art. 25 R. 1215 una laguna legal existente en el anterior art. 23 R. 44 que, a nuestro entender, resulta de utilidad en orden a perfilar los contornos de la existencia de un acuerdo entre partes, permitiendo así la interpretación uniforme de este punto con independencia del Tribunal del Estado miembro que haya sido elegido. La incorporación final de esta regla uniforme al tenor del art. 25 R. 1215 permite superar aquellas reticencias iniciales que desaconsejaban su extensión respecto del art. 4 R. 4/2009 cuando la reforma del art. 23 R. 44 en los términos expuestos (y ahora actuales) era todavía una mera posibilidad y con base en el argumento de la redacción inequívoca del art. 4 R. 4/2009 y la línea de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (TJUE) existente hasta ese momento¹². Como indicábamos, y al margen de que esta disposición se ajusta asimismo a lo dispuesto en el art. 5 del *Convenio de La Haya de 30 de junio de 2005 sobre Acuerdos de Elección de Foro*, la transformación del anterior art. 23 R. 44, incorporando una regla común que antes no existía, sí tuvo lugar. Y está claro que poder recurrir a esta regla común facilita la interpretación uniforme del art. 4 R. 4/2009 en este punto, de mayor complicación de disponer únicamente de la sola práctica del TJUE.

¹¹ Fernández y Sánchez, 2020, p. 81, indicando —asimismo— que la ley de este Estado miembro podrá considerar que la validez material de la cláusula se determine conforme a la *lex fori*, de partir de una calificación procesal, o por remisión a la *lex contractus*, si la calificación es material.

¹² Véase, en este sentido, Abendroth, 2014, p. 464, que cuestionaba con base en los argumentos referidos esta posibilidad, si bien parecía dejar la puerta abierta a operar a partir de una regla conflictual uniforme en la medida en que la reforma del Reglamento 44/2001 se consolidase, como así fue finalmente a través del art. 25 R. 1215.

1.3. Límites

1.3.1. Autonomía restringida: sólo ciertos Tribunales susceptibles de elección

De acuerdo con el art. 4 R. 4/2009, las partes pueden convenir la competencia del órgano jurisdiccional del Estado miembro en el que una de las partes tenga su residencia habitual o aquél del Estado miembro del que sea nacional una de las partes (art. 4.1.a y b R. 4/2009). De tratarse de una obligación de alimentos entre cónyuges o excónyuges, podrán acordar someter su controversia ante el órgano jurisdiccional competente para conocer de sus litigios en materia matrimonial, o bien ante aquél del Estado miembro en cuyo territorio tuvo la pareja su última residencia habitual común durante al menos un año (art. 4.1.c R. 4/2009).

No existe, pues, una libre elección de foro, sino, por el contrario, una libertad restringida: el margen de elección de foro se halla limitado materialmente a unos concretos órganos jurisdiccionales, identificados a partir de la residencia habitual o nacionalidad de cualquiera de las partes, o, en el caso de alimentos entre cónyuges o excónyuges, a partir de su última residencia habitual común o los foros matrimoniales, entrando en juego, en este caso, el Reglamento 2201/2003, sobre crisis matrimoniales¹³.

No extraña la elección de estos puntos de conexión como elementos de selección. Tanto la residencia habitual como la nacionalidad de cualquiera de las partes son criterios habituales en sede de Derecho de familia y, en particular, en materia de obligaciones alimenticias, del mismo modo que lo son la residencia habitual común de la pareja o el órgano jurisdiccional competente en materia matrimonial, también habituales en materia de obligaciones alimenticias, esta vez por su carácter

accesorio a la causa matrimonial. No obstante, no define el Reglamento 4/2009 el concepto de residencia habitual, limitándose a establecer, tras indicar que la *residencia habitual* debe ser más estricta que la *residencia*, que “el criterio de *residencia* debería excluir la mera presencia” (Considerando núm. 32 R. 4/2009). Con todo, puede entenderse la residencia habitual como el lugar donde se sitúa el centro social efectivo de desarrollo de la vida de una persona: presencia física no ocasional o temporal del individuo en un Estado miembro, identificada a partir de criterios objetivos como duración y permanencia de la residencia, así como los vínculos familiares, profesionales y sociales (regularidad, grado de integración, conocimientos lingüísticos...) (Abendroth, 2014, p. 466; Andrae, 2010, párr. 27). Sigue esta definición la línea de la práctica comunitaria que perfila este concepto fáctico en otros instrumentos comunitarios de Derecho de familia como el Reglamento 2201/2003, siendo coherente además con las disposiciones del Convenio de La Haya de 2007 y perfectamente proyectable en materia de obligaciones alimenticias del Reglamento 4/2009 (Rodríguez, 2020, párr. 8; Calvo y Carrascosa, 2018, p. 545)¹⁴.

La nacionalidad debe determinarse, por su parte y a diferencia de la residencia habitual, a partir de las disposiciones domésticas de cada Estado, teniendo en cuenta su sustitución, a efectos del art. 4 R. 4/2009, por el criterio del *domicile* en aquellos Estados miembros que utilicen dicho concepto como criterio de vinculación en materia familiar (art. 2.3 R. 4/2009), básicamente, los Estados de tradición anglosajona, más relevante antes de la salida del Reino Unido de la UE tras el *brexit*¹⁵.

1.3.2. Fundamentación de la autonomía restringida

Si bien no llama la atención, por las razones antes expuestas y como muestra de la extensión de la autonomía de la voluntad, la posibilidad de elección de

¹³ Véase Walker, 2015, p. 65, cuando estima que esta limitación en la extensión de la autonomía de la voluntad del art. 4 R. 4/2009 debería prevenir erróneas elecciones de foro.

¹⁴ En la práctica comunitaria, como muestra, por ejemplo, ap. 60 STJUE 15/1/2017, As. C-499/15, W, V. v. X; o ap. 46 a 49 STJUE 22/12/2010, As. C- 497/10, Mercredi.

¹⁵ Sobre el concepto de *domicile* anglosajón, completamente distinto del concepto de domicilio continental (art. 40 Código Civil español, por ejemplo), véase Cheshire, North & Fawcett, 2017; Dicey, Morris & Collins, 2012; o Dutta, 2017, pp. 555-561.

foro en materia de obligaciones alimenticias, sí lo hace el carácter restrictivo (o incluso, inexistente) de su regulación en el Reglamento 4/2009, sobre todo si lo comparamos con el tenor de la Propuesta de Reglamento 4/2009 en tanto que preveía la libre elección de jurisdicción¹⁶. Y más todavía si lo hacemos con la amplitud de su ejercicio en el anterior Reglamento 44/2001¹⁷, en un contexto el de este instrumento en el que, no olvidemos, existían casos en los que se establecían restricciones a su juego en materias en las que también participaba una parte débil (Abendroth, 2014, p. 460).

Ausente motivación alguna en la normativa o en los Considerandos del Reglamento 4/2009 explicativa de este cambio de orientación, tiene que ver esta limitación con el peso de la figura del demandado dentro de una relación personal considerada estructuralmente desigual en orden a procurar la adecuada protección del acreedor de alimentos (Ancel & Muir-Watt, 2010, pp. 466-467; Deschamps, 2011, p. 807)¹⁸. No tanto por el hecho de permitir la elección solo de los Tribunales de la residencia y/o nacionalidad del acreedor de alimentos en tanto que también se permite la elección de los órganos jurisdiccionales de la residencia y/o nacionalidad del deudor de alimentos, sino por la exigencia de una vinculación objetiva entre los Tribunales elegidos y la relación alimenticia (Pesce, 2013, p. 143, nota 52). La dimensión civil patrimonial con el que el Reglamento 44/2001 se enfrentaba a la obligación alimenticia aparece ahora sustituida en el Reglamento 4/2009 como régimen

que desplaza a la anterior normativa por un enfoque estrictamente de Derecho de familia (Widiez, 2019, párr. 184; Poillot-Peruzzetto, 2009, párr. III)¹⁹. O, lo que es lo mismo, mientras que no limitar la autonomía privada puede tener su razón de ser en el ámbito de la disponibilidad de los derechos patrimoniales, vincular un Tribunal con una reclamación de alimentos sólo a partir del único ligamen de la voluntad de las partes tiene más difícil ajuste en el ámbito de las obligaciones alimenticias (Pesce, 2013, p. 133). Autonomía de la voluntad y restricciones a su ejercicio se emparentan así con “la naturaleza híbrida del concepto de obligación de alimentos, que es familiar por sus raíces, pero pecuniaria en su aplicación, como cualquier crédito”²⁰, a lo que responde el Reglamento 4/2009 (y Protocolo 2007) en lo que es su vertiente familiar (obligaciones de alimentos derivadas de una relación familiar, de parentesco, matrimonio o afinidad) y el Reglamento 1215/2012 (o Roma I) en lo que afecta a su proyección patrimonial (obligaciones de alimentos derivadas de una relación contractual) (Vassalli, 2012, p. 363).

Situar los márgenes de esta limitación en los Tribunales de la nacionalidad, residencia habitual de las partes o foros matrimoniales, pretende garantizar la proximidad entre el Tribunal elegido y los hechos controvertidos a partir de la vinculación que el legislador europeo exige entre el órgano jurisdiccional susceptible de ser elegido y el litigio de alimentos (el Considerando núm. 19 R. 4/2009 habla de “factores de vinculación”), aspecto que un libre

¹⁶ Véase el art. 4.1 de la *Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos* (COM [2005] 649 final). También, Walker, 2015, p. 66, comparando las limitaciones a la libre elección de foro del Reglamento 4/2009 con su amplitud desde la óptica del art. 20.1.e CH 2007.

¹⁷ Véase Abendroth, 2014, p. 460 y p. 464, que califica como sorprendente la amplitud del juego de la elección de foro del Reglamento 44/2001 en materia de alimentos.

¹⁸ Al hilo del Convenio de Lugano de 2007, cuya reglamentación de las cláusulas de elección de foro es semejante a la del Reglamento 44/2001 (también a la propia del Reglamento 1215/2012), Nylund, 2019, párr. 3.1, cuando se refiere, precisamente por la ausencia de restricciones en la elección de foro en el Convenio de Lugano, a la posibilidad de que un deudor bien informado seleccione el Tribunal más ajustado a sus intereses, en detrimento de la posición del acreedor de alimentos, o evite seleccionar aquel Tribunal menos conveniente para su reclamación.

¹⁹ Véase, asimismo, Walker, 2015, pp. 65-66, calificando como problemático que originariamente haya tratado los alimentos una normativa como el Reglamento 44/2001 dirigida a materias ajenas al Derecho de familia.

²⁰ Véase *Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos* (COM [2005] 649 final), p. 8.

ejercicio de autonomía de la voluntad no aseguraría²¹. Nada qué decir al respecto en cuanto a la conexión residencia habitual o Tribunal competente en materia de crisis matrimoniales. Sin duda, estos Tribunales se hallan en la mejor posición a la hora de evaluar las condiciones de vida de acreedor y/o deudor al responder a las necesidades del dependiente y a las capacidades del deudor. O, como es el caso de los Tribunales competentes en materia matrimoniales, pueden responder de modo más adecuado a la controversia alimenticia desde la óptica de unos órganos jurisdiccionales que tienen una visión de conjunto sobre la realidad de las partes al asumir las disputas de alimentos y todas las causas relacionadas. No parece ser así, en cambio, en cuanto a la conexión nacionalidad, cuestionable desde la óptica de la proximidad. Si bien es cierto que nacionalidad de un Estado suele coincidir muchas veces con residencia y/o domicilio en tal Estado, no siempre es así, lógicamente, y menos en los casos que ahora nos ocupan de tráfico privado externo: en materia de obligaciones alimenticias, la nacionalidad no es siempre representativa de un vínculo particularmente estrecho entre las personas involucradas y un concreto Estado miembro (Pesce, 2013, p. 133, nota 38; Lipp, 2013, párr. 22; Abendroth, 2014, p. 465). No contribuye a esta garantía de proximidad, ni respecto de la conexión nacionalidad como tampoco respecto de la residencia habitual, el hecho de que el legislador europeo considere el cumplimiento de estas condiciones, además de en el momento de presentarse la demanda, “en el momento de celebrarse el convenio relativo a la elección del foro” (art. 4.2 R. 4/2009). Siendo esto así, nada impide que los factores de conexión que implican la proximidad sean otros habida cuenta del posible transcurso del tiempo entre este punto de referencia temporal y el momento en el que se desarrolla el proceso

de alimentos. La referencia temporal condicionante de la validez de la cláusula de elección de foro puede reducir así, en ciertos casos, la vinculación efectiva con el órgano jurisdiccional seleccionado: la cláusula será válida, si bien puede no corresponderse ya con las necesidades de una o ambas partes (Villata & Válková, 2020, p. 639, nota 21; Abendroth, 2014, p. 465). Es lo que sucede, por ejemplo, respecto de la elección del Tribunal de la nacionalidad de una de las partes, posteriormente perdida y no coincidente ni con la nacionalidad de la otra parte ni con la residencia habitual de ninguno de los dos (Álvarez, 2009, párr. V.II; Villata & Válková, 2020, p. 639, nota 21 *in fine*). Y es que, presidido por el *favor validitatis*, que el legislador europeo permita verificar esta vinculación tanto en el momento de conclusión del acuerdo como en el momento de la reclamación de los alimentos da muestra de la irrelevancia de un cambio de residencia habitual de las partes o de una modificación de su nacionalidad (Castellaneta & Leandro, 2009, p. 1071), lo que no sólo va a permitir que un acuerdo privado de vinculación con las partes en un primero momento pueda, en una suerte de validez sobrevenida, subsanarse a la hora de demanda porque allí sí concurra, también admite lo contrario: que un acuerdo sí vinculado con las partes en un primer momento no lo esté posteriormente (Pesce, 2013, p. 135; Villata & Válková, 2020, p. 639, nota 21)²².

Nada impide designar un concreto órgano jurisdiccional competente de acuerdo con las posibilidades concedidas por el art. 4.1 R. 4/2009 mientras esta circunstancia se verifique en el momento de la conclusión del acuerdo o en el momento en el que se reclama ante el Tribunal. También es posible seleccionar con carácter general un órgano jurisdiccional, de verificarse esta circunstancia, al igual que antes, en el momento de la conclusión del

²¹ Pesca, 2013, p. 133, sobre la dificultad para valorar la situación patrimonial de acreedor y deudor de alimentos de un Tribunal elegido alejado de las circunstancias de vida de las partes.

²² Pesca, 2013, p. 135, poniendo esto de manifiesto, así como la ausencia en el Reglamento 4/2009 de pautas para resolver estas situaciones controvertidas derivadas del juego de los dos momentos relevantes, dejando este autor en manos del juez el examen de la verdadera voluntad de las partes.

acuerdo o en el momento en el que se reclama ante el Tribunal: puede formularse a modo de “residencia habitual de la parte A/parte B en el momento en el que se accione ante el Tribunal” (Villata & Válková, 2020, p. 639, nota 21). Supondrá que el Tribunal competente podrá ir cambiando en el transcurso del tiempo. Del mismo modo, tal como ya mencionamos, y en atención al *favor validitatis* que preside este precepto, puede designarse un Tribunal de un Estado miembro que, en el momento del acuerdo, no se halle en el listado de opciones del art. 4.1 R. 4/2009: será perfectamente válido de figurar más tarde dentro de las posibilidades ofrecidas por este art. 4 R. 4/2009. O, lo que es lo mismo, podría ajustarse al art. 4 R. 4/2009 un acuerdo a favor de los Tribunales de la residencia habitual del deudor de alimentos, sin determinación del momento temporal relevante, aun cuando este deudor haya modificado su residencia²³. Asimismo, puede apelarse al *favor validitatis* para resolver las dudas que pueden surgir respecto del momento temporal de referencia en aquellos casos en los que el acuerdo de elección de foro se manifiesta en la forma de selección del Tribunal de la residencia y/o nacionalidad del deudor y/o acreedor, pero sin mencionar ningún Estado miembro (u órgano jurisdiccional) concreto (por ejemplo, acuerdo a favor de los Tribunales de residencia del acreedor de alimentos, residiendo este acreedor en España en el momento del acuerdo y en Italia en el momento de la litis): supondría la competencia de ambos Tribunales. En cualquier caso, parece aconsejable referir el momento temporal al que hace referencia la cláusula de elección de foro (Villata & Válková, 2020, p. 639, nota 21).

No debe descartarse que detrás de las conexiones nacionalidad y residencia habitual se encuentre, más ajustadamente, la idea de evicción del abuso de Derecho en el ejercicio de la autonomía de la voluntad en lo

relativo a las cláusulas de elección de foro y determinante de muchas de las acciones del legislador europeo enfrentado a la participación de una parte débil²⁴. De ser así, la vinculación entre acreedor y deudor de alimentos respecto del órgano jurisdiccional seleccionado derivada de la conexión nacionalidad o residencia habitual de cualquiera de las partes no tendría como finalidad la proximidad de la causa alimenticia con el Tribunal, sino garantizar la estabilidad y previsibilidad de la sumisión realizada (Álvarez, 2009, párr. V.II). Lo expuesto permitiría generar la seguridad suficiente al eventual acreedor de alimentos, reforzando su posición como parte más vulnerable al poder elegirse sólo Tribunales vinculados objetivamente en un momento dado a las partes de la relación. Desde esta óptica, y además del elemento residencia habitual, que responde también, como vimos, a la idea de proximidad, se justificaría la idoneidad de la conexión nacionalidad, así como el mandato del legislador europeo de situar temporalmente estas condiciones en el momento en que se concluye el acuerdo de elección de foro o en el momento en que se lleva a cabo el juicio (Lipp, 2013, párr. 23).

Sigue así la línea del legislador europeo en otras materias donde se prevé la participación de una parte más vulnerable, tal como sucede con los trabajadores, los consumidores, los asegurados o tomadores de seguros, donde, con distintas técnicas y dada su situación de asimetría estructural, también se limita el ejercicio de la autonomía de la voluntad en relación con la elección de foro precisamente para proteger a esta parte débil (Virgós y Garcimartín, 2007, pp. 296-297). Sirva el caso de los contratos individuales de trabajo, respecto de los cuales sólo se hallan permitidas las cláusulas de elección de foro “posteriores al nacimiento del litigio, o que permitan al trabajador formular demandas ante

²³ Lo cuestiona, sin embargo, Villata & Válková, 2020, p. 639, nota 21.

²⁴ Abendroth, 2014, pp. 465-466, que considera interpretar esta restricción como un control institucionalizado del abuso. Véase, asimismo, Vargas, 2012, p. 105, que habla de estas limitaciones o cautelas como la respuesta a los posibles recelos de los Estados miembros ante la extensión de la autonomía de la voluntad en materias tan sensibles como las obligaciones alimenticias.

órganos jurisdiccionales distintos de” los foros objetivos que ya disfruta.

1.3.3. Doble nacionalidad de la(s) parte(s)

En cualquier caso, este carácter restrictivo que preside este art. 4.2 R. 4/2009 se limita a lo dispuesto en el tenor del precepto, esto es, no justifica mantener por principio una interpretación restrictiva en aquellos supuestos no expresamente contemplados. Lo vemos en el caso de los dobles nacionales. Coherente con la libertad que preside el ejercicio de la autonomía de la voluntad, una doble nacionalidad permitiría a las partes la selección de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de cualquiera de las nacionalidades que ostente el doble nacional (Widiez, 2019, párr. 185; Abendroth, 2014, p. 466 y referencias)²⁵. A nuestro entender, se ajusta mejor esta respuesta a los principios propios de la autonomía de la voluntad que la opción de operar sólo a partir de una nacionalidad preferente determinada por la legislación correspondiente, normalmente, por Tratados de doble nacionalidad o, en su defecto, por normativa interna.

1.3.4. Alimentos entre cónyuges y excónyuges: regla especial o regla alternativa en materia de elección de foro

Lo mismo puede decirse en cuanto a las obligaciones alimenticias entre cónyuges o excónyuges. A pesar del tenor del art. 4.2.c R. 4/2009 y aunque nada se dice en los trabajos preparatorios del Reglamento 4/2009, la mejor interpretación pasa por considerar esta potencial competencia prorrogada en materia de alimentos por razón del matrimonio como competencia de carácter accesorio a la recogida en los dos supuestos anteriores del art. 4.1.a y b R. 4/2009 (Álvarez, 2009, párr. V.II; Deschamps, 2011, p. 808; Widiez, 2019, párr. 186; Villata & Válková, 2020, p. 637, nota 20). Es cierto

que el legislador europeo habla específicamente de “por lo que respecta a las obligaciones de alimentos entre cónyuges o excónyuges”, lo que parece limitar la elección de foro relativa a los alimentos entre cónyuges o excónyuges a los órganos jurisdiccionales relacionados sólo en el punto c) del art. 4.1 R. 4/2009²⁶, esto es, al órgano jurisdiccional competente para conocer de sus litigios en materia matrimonial, o al órgano jurisdiccional del Estado miembro de su última residencia habitual común. También es cierto que una interpretación amplia de las opciones permitiría a los cónyuges o excónyuges seleccionar el Tribunal del Estado miembro de la nacionalidad de cualquiera de las partes sin limitación de tiempo, existiendo en cambio limitaciones temporales respecto de lo que son propiamente las opciones que el legislador concede a la pareja (exigencia de al menos un año en relación con su última residencia habitual común, por ejemplo), lo que puede ser un indicio a favor de una interpretación restrictiva de las opciones²⁷. No contribuye tampoco a aclarar el panorama el hecho de que el legislador europeo haya empleado una terminología diferente en los distintos apartados del art. 4. R. 4/2009: frente a un art. 4.1. a y b R. 4/2009 en el que habla de *partes*, hace referencia sólo a *cónyuges y excónyuges* en el art. 4.1.c R. 4/2009²⁸.

A nuestro entender, no obstante, no cabe una interpretación restrictiva de este precepto ya restrictivo. Primero, porque no tiene sentido que el legislador europeo haya restringido todavía más y sin mayor explicación el ejercicio de la elección de foro en el ámbito de los alimentos entre cónyuges y excónyuges donde surgen la mayoría de las controversias. Segundo, porque no casa esta restricción con el principio de libertad que preside el ejercicio de la autonomía de la voluntad, lo que resultaría

²⁵ Así parece entenderlo también, Ancel & Muir-Watt, 2010, p. 467, nota 40.

²⁶ Abendroth, 2014, p. 467, sobre la manera concluyente en la que parece estar redactado el art. 4.1.c R. 4/2009.

²⁷ Apunta la duda, Widiez, 2019, párr. 186.

²⁸ Mărculescu, Filip Radu & George, 2016, párr. II.2.2, cuestionándose la trascendencia de este cambio de términos: si se pretendía interpretar que todas las partes (término que excluiría a los cónyuges) pueden elegir entre los Tribunales incluidos en la letra a y b, limitándose los cónyuges a los Tribunales incluidos en la letra c; o era intención del legislador permitir que cualquier parte (incluidos los cónyuges) pudiera elegir los Tribunales de las letras a y b, y, además, conceder a los cónyuges más opciones (opciones que no están disponibles para otras partes, excepto ellos); estos autores abogan por esta última interpretación.

contradictorio con lo proclamado en el Considerando núm. 19 del Reglamento 4/2009 cuando habla de previsibilidad y autonomía de las partes como elementos justificantes de la cuestión de la elección de foro (Andrae, 2010, párr. 40 y 42; Abendroth, 2014, p. 467). Y, tercero, porque provocaría una desigualdad de trato no fundamentada en razones objetivas y en contra de este principio tal como se halla recogido en el Considerando núm. 11 del Reglamento 4/2009 cuando, después de referirse a “todas las obligaciones de alimentos derivadas de las relaciones familiares, de parentesco, matrimonio o afinidad”, habla de “garantizar la igualdad de trato de todos los acreedores de alimentos”. En tal sentido, nada debería impedir que los cónyuges o excónyuges puedan seleccionar los Tribunales del Estado miembro de su nacionalidad común, que podría venir introducido a partir del art. 4.1.c.i R. 4/2009 a título de “órgano jurisdiccional competente para conocer de sus litigios en materia matrimonial” (el art. 3 R. 2201 contempla este foro para las crisis matrimoniales), del mismo modo que también podrían seleccionar los Tribunales del Estado miembro de la nacionalidad no común de uno u otro. No estamos de acuerdo, pues, en la consideración del art. 4.1.c R. 4/2009 como una regla especial frente a otra general del art. 4.1.a y b R. 4/2009, que pueda llevar a rechazar la posibilidad de que los cónyuges elijan los Tribunales del Estado miembro de la nacionalidad de cualquiera de ellos, aunque no residan en la UE y ello conduzca a una dispersión del pleito en materia matrimonial²⁹.

Al hilo de lo expuesto, téngase en cuenta que esta competencia prorrogada relativa a las obligaciones alimenticias entre cónyuges y excónyuges, operativa dentro de la totalidad de opciones que ofrece el art. 4.1 R. 4/2009, no debería referirse exclusivamente los

litigios de alimentos entre los miembros de una pareja en su calidad de cónyuges y excónyuges, también debería comprender los supuestos de alimentos debidos por razón de la nulidad del matrimonio, con independencia de la calificación o no de excónyuges para los interesados (Álvarez, 2009, párr. V.II).

1.4. Alimentos para menores: inoperatividad de la elección expresa de foro

Además de la limitación entre los órganos jurisdiccionales a elegir y con la intención de garantizar la protección de la parte más débil³⁰, el legislador europeo prohíbe el ejercicio de la sumisión expresa en los litigios relativos a la obligación de alimentos respecto de menores en los términos de que “el presente artículo no es aplicable a los litigios relativos a la obligación de alimentos respecto de un menor de edad inferior a 18 años” (art. 4.3 R. 4/2009)³¹, concordante también con la respuesta del Protocolo 2007 en materia de ley aplicable en tanto que prohíbe la elección de ley en los mismos supuestos (art. 8 Protocolo 2007). La inoperatividad de un acuerdo de elección de foro en estas circunstancias supone operar exclusivamente a partir de los foros determinados por el art. 3 R. 4/2009; no excepciona, pues, la aplicación de un art. 3 R. 4/2009 basado precisamente en la protección de la parte débil a partir de criterios exclusivamente objetivos (tampoco de los arts. 6, 7 u 8 R. 4/2009) (Pesce, 2013, p. 139). Considerado incapaz desde la óptica del Derecho civil de los contratos, la inhabilitación del consentimiento del menor tiene su base en su vulnerabilidad a la presión que el deudor de alimentos podría ejercer en una relación de parentesco (deudores, parientes, tutores...) (Ancel & Muir-Watt, 2010, p. 467; Deschamps, 2011, p. 809; Villata, 2011, p. 749).

²⁹ En otro sentido, Vargas, 2018, pp. 333-334.

³⁰ Véase, así, la *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo (Comentarios sobre los artículos de la propuesta de Reglamento del Consejo sobre la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos)*, COM (2006) 206 final, p. 3, sobre esta protección de la parte débil. Sobre el alimentista como parte más débil de la relación, véase ap. 28 STJUE 18/12/2014, As. C-400/13 y As. C-408/13, *Sanders*.

³¹ Beaumont, 2009, p. 533, en relación con el Convenio de La Haya de 2007. En la práctica, por ejemplo, *Sent. Trib. Brezno 28/8/2013* (2P/93/2013, SKF20130828; referido en: Gandía, Faucon & Siaplaouras, 2020, p. 182, nota 113), mencionando el Tribunal la inoperatividad de una cláusula de elección de foro respecto de menores de 18 años.

La minoría de edad determinada por los 18 años justifica así la prohibición de dar efecto a un acuerdo de elección de foro relativo a los alimentos de este menor, aun cuando este menor se hallase en condiciones de poder asumir las consecuencias legales del acuerdo por el hecho de que, según su Derecho nacional, dispusiese de capacidad plena o parcialmente plena (sujetos emancipados, por ejemplo) (Pesce, 2013, p. 140; Andrae, 2010, párr. 50). Del mismo modo, es la minoría de edad la que marca el límite de la validez del acuerdo de elección de foro por razones de capacidad, lo que supone la operatividad de la cláusula respecto de mayores de 18 años, aun cuando no pueda decirse que estos adultos jóvenes no sean merecedores asimismo de protección en tanto que siguen siendo la parte más débil frente a sus padres u otros tutores que están pagando por su educación o mantenimiento, lo que pone en cuestión el equilibrio de un acuerdo sobre la jurisdicción que sea de su interés³².

Si, de acuerdo con las disposiciones del Reglamento 4/2009, no existe duda de la inoperatividad de un acuerdo de elección de foro referido claramente a las obligaciones alimenticias relativas a un menor de 18 años, más problemas cuando la interpretación de su objeto no resulta clara, sabiendo que el art. 4.3 R. 4/2009 no regula la capacidad y que se limita exclusivamente a establecer la inaplicabilidad de este precepto a menores de esta edad. Piénsese en aquel caso relativo a un acuerdo de elección de foro, que, redactado en términos generales y en atención a los elementos a valorar (partes involucradas, momento de la celebración del acuerdo...), se refiere a la manutención general de un hijo. En este contexto, nada impide pensar que este acuerdo podría cubrir la manutención de un hijo antes y después de los 18 años (Abendroth, 2014, p. 468). La referencia a la obligación de alimentos respecto de un menor de edad inferior a 18 años permitiría justificar la nulidad

de la totalidad de la cláusula (Andrae, párr. 51). Si bien es cierto que podría apelarse a una eventual nulidad parcial (Lipp, párr. 11), son muchos los riesgos para la parte débil inherentes al uso de un acuerdo incompleto o impreciso. Basándose en la validez del acuerdo, podría la parte débil comparecer ante un órgano jurisdiccional cuya selección resulta al menos parcialmente inválida, declarándose finalmente competente en caso de comparecencia y no impugnación por sumisión tácita (art. 5 R. 4/2009). Piénsese que la sumisión tácita resulta plenamente operativa también respecto de menores, ausente asimismo obligación alguna por parte de los Tribunales de informar a la parte de las consecuencias de una comparecencia sin impugnación de la competencia (Abendroth, 2014, pp. 468-469). Todo ello aconseja como mejor respuesta la invalidez de la totalidad del acuerdo en aras a la protección integral del menor, además de mostrar la conveniencia de una redacción precisa de la cláusula (Abendroth, 2014, p. 469).

En cualquier caso, y aunque no deja lugar a dudas el legislador europeo respecto de la inaplicación de un acuerdo de elección de foro respecto de los alimentos debidos a un menor de 18 años, llama la atención que esta limitación sea absoluta y que no haya posibilidad de utilizar la cláusula de sumisión expresa en aquellos casos en los que el acuerdo respete los intereses del menor acreedor de alimentos³³. O, lo que es lo mismo, que no se hayan dejado fórmulas que permitan su utilización de ser ventajoso para el menor, tales como conceder al foro elegido carácter no exclusivo, condicionar su validez a la verificación de que la cláusula favorece al menor o de atribuirsele exclusivamente al menor la facultad de hacer uso de este acuerdo (Pocar, 2009, p. 9; Pocar & Viarengo, 2009, p. 814). No sería imposible. Por un lado, porque el legislador europeo recoge otros casos en los que, partiendo asimismo de la existencia de un desequilibrio estructural entre los participantes, sí opera

³² Al respecto, Corrao, 2011, p. 129; también, si bien más centrado en el Convenio de La Haya de 2007, Beaumont, 2009, p. 533.

³³ De esta opinión, además de Pocar, 2009, p. 9; Castellaneta & Leandro, 2009, p. 1071; o Ferrand, 2011, p. 95; también, Hellner, 2008, p. 349; o Castellanos, 2017, p. 51, que entiende criticable una restricción tan rígida.

el acuerdo de elección de foro en aquellos supuestos en los que su utilización beneficie a la parte más débil. Sería el caso, por ejemplo y como ya vimos, de una cláusula de elección de foro en un contrato individual de trabajo y anterior al nacimiento del litigio, de imposible utilización por el empresario y plenamente operativa de beneficiar al trabajador, lo que sucedería cuando permita al trabajador formular demandas ante órganos jurisdiccionales distintos de los foros objetivos que ya disfruta (art. 23 R. 1215). Y, por otro, porque no se apreció problema alguno en la práctica respecto del funcionamiento de las cláusulas de elección de foro cuando las obligaciones alimenticias estaban incluidas en su ámbito de aplicación del menos restrictivo art. 23 R. 44 (Hellner, 2008, p. 349). Con todo, y a pesar de lo expuesto, la terminología es clara en cuanto a la inaplicación de este tipo de acuerdos de elección de foro respecto de los alimentos de menores de 18 años, no ayudado tampoco por el contexto de las dudas existentes entre muchos de los Estados miembros respecto del juego de la autonomía de la voluntad en materia de obligaciones alimenticias.

Por otra parte, y visto lo visto respecto de los alimentos relativos a menores de 18 años, no se entiende la operatividad de este tipo de acuerdos respecto de adultos incapacitados o vulnerables (Corrao, 2011, p. 129). Más todavía cuando su exclusión sí fue propuesta por el Parlamento Europeo en sus enmiendas y cuando el Protocolo 2007 sí extiende la inaplicación del precepto que regula la designación de la ley aplicable “a un adulto que, por razón de una disminución o insuficiencia de sus facultades personales, no se encuentra en condiciones de proteger sus intereses” (art. 8 Protocolo 2007).

1.5. Forma del acuerdo de elección de foro

Respecto de las exigencias de forma relativas al acuerdo de elección de foro, el art. 4.2 R. 4/2009 dispone que “el convenio (...) se celebrará por escrito”,

entendiéndose “hecho por escrito toda transmisión efectuada por medios electrónicos que proporcione un registro duradero del acuerdo”.

Sigue así el legislador europeo la línea restrictiva marcada en este Reglamento 4/2009, ahora en materia de forma, en comparación con las reglas más flexibles del régimen anterior del art. 23 R. 44. Sólo admite como forma válida, pues, la celebración por escrito del acuerdo de elección de foro, lo que supone inadmitir como forma válida, por ejemplo, una celebración verbal con confirmación escrita (Castellaneta & Leandro, 2009, p. 1072; Rodríguez, 2010, p. 12). Que ello sea así se debe no sólo a la intención del legislador europeo de garantizar fehacientemente la existencia del acuerdo en una materia en la que participa una parte débil, también a la escasa utilidad práctica en materia de obligaciones alimenticias de muchas de las opciones concedidas por el art. 23 R. 44. Ni la posibilidad de ajustarse a los hábitos que las partes tuvieran establecido entre ellas, ni aquella otra de ajustarse, en el comercio internacional, a una forma conforme a los usos que las partes conocieran o debieran conocer y que, en dicho comercio, fueran ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes en los contratos del mismo tipo en el sector comercial considerado, opciones que sí eran contempladas en el art. 23 R. 44, parecen alternativas útiles para acreedor y deudor de alimentos (Abendroth, 2014, p. 461; Castellaneta & Leandro, 2009, p. 1072)³⁴. Más utilidad práctica en obligaciones alimenticias podría tener la posibilidad de realizar un acuerdo oral con confirmación posterior escrita, opción también contemplada en el art. 23 R. 44 y no permitida en el actual art. 4 R. 4/2009, si bien también menos ajustada, sin duda, al objetivo de garantizar fehacientemente la existencia del acuerdo que veíamos antes.

En cualquier caso, en tanto que el Reglamento 4/2009 no contiene una definición de “por escrito” y que no cabe

³⁴ Por su parte, Pesce, 2013, p. 132, también incluye como modos poco ajustados a la práctica del Derecho de familia la forma oral con confirmación escrita posterior.

una interpretación gramatical centrada en la redacción de esta disposición (Abendroth, 2014, p. 462), resulta útil el recurso a la práctica comunitaria interpretativa del alcance del art. 23 R. 44, no siendo posible ampararse en las definiciones domésticas relativas al concepto de forma escrita³⁵. De acuerdo con ello, desde el momento en que el legislador europeo habla sólo de “por escrito” y aunque pudieran ser aconsejables a efectos probatorios, no serían necesarios requisitos complementarios o adicionales, tales como una firma de las partes o un documento contractual uniforme³⁶. No es relevante, en este sentido, lo dispuesto en el *Convenio de La Haya sobre el cobro internacional de alimentos y otras formas de manutención familiar de 23 de noviembre de 2007*, cuyo art. 3.d CH 2007 define “acuerdo por escrito” en un sentido distinto y más limitado respecto del referido en el Reglamento 44/2001, en este caso, como “un acuerdo registrado en cualquier soporte cuyo contenido sea accesible para su ulterior consulta”. Aunque el propio Reglamento 4/2009 establece que “estos (...) instrumentos (Convenio de La Haya de 2007, en lo que ahora interesa), deben tenerse en cuenta en el marco del presente Reglamento (4/2009)” (Considerando núm. 8 R. 4/2009), lo cierto es que la redacción del art. 4.2 R. 4/2009 no impone tal requisito en relación con el término legal “por escrito” allí empleado (Andrae, 2010, párr. 14). Por ello, tiene poco sentido asumir la definición de forma escrita del art. 3.d CH 2007 cuando el legislador europeo, conociendo esta norma, no la impuso en el marco de las obligaciones alimenticias del Reglamento 4/2009, y menos con base en ese (débil) *tener en cuenta* del que habla el Considerando núm. 8 R. 4/2009. De ahí que se hable del art. 4.2 R. 4/2009 como un precepto “elocuentemente silencioso” respecto de otros requisitos formales adicionales, no incluidos deliberadamente en su tenor (Abendroth, 2014, p. 463).

Tampoco un análisis de los objetivos del Reglamento

4/2009 respecto de las cláusulas de elección de foro parece justificar la exigencia de requisitos de forma adicionales. No lo parece desde la óptica del objetivo de incremento de la seguridad jurídica, la previsibilidad y la autonomía de las partes del que habla el Considerando núm. 9 R. 4/2009: preservar la autonomía de las partes pasa mejor por la no exigencia de requisitos no solicitados por la norma (Lipp, 2012, p. 860). Y tampoco desde la óptica de la protección de la parte débil: la existencia de una cláusula recogida por escrito que nace de un acuerdo entre las partes se ajusta plenamente a su derecho a conocer tanto las consecuencias de sus acciones, como el alcance de sus derechos y deberes, evitando una eventual incorporación unilateral que pueda ser ignorada por la contraparte (Abendroth, 2014, p. 463).

La consideración de hecho por escrito como “toda transmisión efectuada por medios electrónicos que proporcione un registro duradero del acuerdo”, recogida en el art. 4.2 R. 4/2009, debe ser interpretada, asimismo, bajo los parámetros del art. 23 R. 44 (y del actual art. 25.2 R. 1215), que también lo recoge, a diferencia de lo que venía dispuesto en el art. 17 CB 1968. Supondría, por ejemplo, la validez formal de un acuerdo suscrito a través de un correo electrónico (Beaumont, 2009, p. 533, nota 52). La formulación amplia de esta indicación resulta adecuada a la hora de integrar como forma escrita una pluralidad de posibles herramientas de comunicación, hoy muchas veces telemáticas, capaces de registrar el acuerdo de modo duradero y de satisfacer los mínimos requisitos necesarios para poner de manifiesto su existencia (Pesce, 2013, pp. 131-132).

Pudiendo el acuerdo de elección de foro recogerse por escrito en un documento *ad hoc* autónomo, o bien como una cláusula dentro del clausulado de un contrato (de validez no condicionada a la validez del resto de cláusulas de ese contrato), téngase en cuenta que la

³⁵ Véase Abendroth, 2014, p. 462, y bibliografía allí referida, rechazando la posibilidad del acudir al art. 126 BGB alemán a la hora de definir el término *por escrito* del art. 4.2 R. 4/2009.

³⁶ Villata & Válková, 2020, p. 643, consideran aconsejable registrar el acuerdo en un documento firmado por las partes involucradas; Abendroth, 2014, p. 462, y bibliografía a la que se remite.

inobservancia de la exigencia formal de su celebración por escrito conlleva la inexistencia del acuerdo y la no producción de efectos legales: a diferencia del régimen del art. 23 R. 44, en el cual las exigencias de forma tenían carácter probatorio, desde la óptica del Reglamento 4/2009 su naturaleza es *ad solemnitatem* (Pesce, 2013, p. 132; Pocar, 2009, pp. 10-11; Castellanos, 2017, p. 51).

1.6. Efectos de una cláusula de elección de foro

1.6.1. Competencia exclusiva de los órganos jurisdiccionales elegidos: cláusulas de jurisdicción facultativas y cláusulas asimétricas en materia de alimentos

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 4.1 *in fine* R. 4/2009, “la competencia atribuida por convenio será exclusiva”, de manera que sólo los Tribunales elegidos serán los competentes para conocer de la reclamación de alimentos. O, lo que es lo mismo, y con la intención de aumentar la seguridad jurídica y la previsibilidad, la existencia de un acuerdo de elección de foro supondrá no sólo el efecto *prorrogatio fori* del órgano jurisdiccional seleccionado por la voluntad de las partes, también su efecto *derogatio fori*, convirtiendo en no competentes para conocer de los alimentos al resto de los Tribunales de los Estados miembros identificados a partir de los foros objetivos del Reglamento 4/2009 (Marino, 2009, pp. 604-605; Villata, 2011, p. 748; Rodríguez, 2010, p. 12).

No obstante, el término de exclusividad calificando la competencia de los órganos jurisdiccionales elegidos que emplea este art. 4 R. 4/2009 resulta equívoco, muy en la línea de un legislador europeo que no siempre emplea en el mismo sentido términos iguales, tal como sucede, por ejemplo, con la exclusividad de la que habla el art. 3 R. 2201, cuyos foros operan realmente de manera alternativa

y no jerárquica, y no con base en un supuesto carácter privilegiado³⁷. Y es que la estricta exclusividad, que es propia de las competencias exclusivas de preceptos como el art. 24 R. 1215 y derivada de la naturaleza de las materias que incluye, implica la competencia única e inderogable de los Tribunales de un concreto Estado miembro, impidiendo que cualquier otra jurisdicción conozca del asunto. Y eso no sucede con la exclusividad del art. 4 R. 4/2009, desde el momento en que el legislador europeo, a pesar de la calificación que emplea respecto de la competencia atribuida por convenio y al igual que hace con el art. 25 R. 1215 (o su antecedente, el art. 23 R. 44³⁸), condiciona su alcance a la existencia/ ausencia de un pacto en contrario entre las partes.

La referencia en el art. 4 R. 4/2009 a “salvo pacto en contrario entre las partes” quiebra la eventual competencia única e inderogable del órgano jurisdiccional seleccionado en todo caso. Por un lado, por la posibilidad de acreedor y deudor de alimentos de modificar un acuerdo expreso de elección de foro anterior a partir de la conclusión de un posterior acuerdo de elección de foro también expreso, así como por la posibilidad de proceder a la derogación de la competencia del Tribunal elegido por medio de la posterior comparecencia del demandado ante un Tribunal diferente sin la intención de impugnar su competencia (competencia por sumisión tácita del art. 5 R. 4/2009, como veremos). Y, por otro, y aunque reducen la previsibilidad del foro en los procedimientos de alimentos, por la posibilidad de incluir cláusulas de elección de foro facultativas (cláusulas de jurisdicción no exclusivas o híbridas) o convenios atributivos de jurisdicción en favor de una sola de las partes o estableciendo un distinto régimen de posibilidades a cada parte (cláusulas asimétricas). Las primeras no impiden la utilización de otros foros, permitiendo a las partes plantear su demanda de alimentos ante los Tribunales elegidos o ante los foros objetivos, facilitando

³⁷ Gaudemet-Tallon, 2001, p. 395, que se refiere a la exclusividad del art. 3 R. 2201 en un sentido menos *exclusivo* y sí *limitativo* del término, equivalente a la imposibilidad de operar con más foros de los referidos en el Reglamento 2201/2003.

³⁸ No así con el anterior art. 17 CB 1968, que hablaba más apropiadamente de “únicos competentes”, más ajustado al verdadero alcance de la sumisión expresa que recoge.

así la jurisdicción de un Tribunal que, de lo contrario, no tendría competencia ex art. 3 R. 4/2009 en el caso de que las partes cambien posteriormente su nacionalidad y/o residencia habitual. Las segundas, por su parte, pueden formularse en el sentido de que contemplen la elección exclusiva de Tribunal para una de las partes, conservando la otra, además del foro elegido, los foros objetivos (Villata & Válková, 2020, pp. 640-641)³⁹; o bien que la cláusula juegue solo a favor de una de las partes, decidiendo el favorecido emplear la cláusula o acudir a los foros objetivos. A pesar de las reticencias de cierta práctica en los Estados miembros negando validez a las cláusulas asimétricas unilaterales, no debería negarse a las partes la posibilidad de concluir un acuerdo asimétrico opcional de elección de foro en materia de alimentos, siempre y cuando respeten el *favor creditoris* que preside la regulación del Reglamento 4/2009, esto es, que protejan al acreedor de alimentos y no cuando sitúen al deudor de alimentos en una posición de ventaja (Villata & Válková, 2020, pp. 642-643)⁴⁰.

No refuerza precisamente la calificación de *exclusividad* el hecho de que, en materia de litispendencia del Reglamento 4/2009, siga estrictamente primando el *prior tempore* (art. 12 R. 4/2009), esto es, que en caso de procesos paralelos deberá conocer de la causa alimenticia el Tribunal del Estado miembro ante el que

se interpuso la primera demanda, con independencia de que la competencia del segundo de ellos tenga su base en un acuerdo de elección de foro. Otra cosa sería la conveniencia de operar de manera semejante a como lo hace el art. 31.2 R. 1215 que, en evolución del Reglamento 44/2001 (antecedente, no olvidemos, del Reglamento 4/2009), modificó el *prior tempore* de la regla de litispendencia, para primar al segundo de los Tribunales cuando fuese el “órgano jurisdiccional de un Estado miembro que tenga competencia exclusiva en virtud de un acuerdo contemplado en el artículo 25 (sumisión expresa)”. Y todo ello, con independencia de que la estrategia abusiva de las acciones torpedo resulte por el momento desconocida o inhabitual en la práctica relativa a reclamaciones de alimentos⁴¹.

En cualquier caso, que el art. 4 R. 4/2009 emplee los términos de “salvo pacto en contrario entre las partes” convierte a esta posibilidad en excepcional frente a la regla general de la exclusividad, lo que obliga a acreedor y deudor de alimentos a expresar claramente el carácter concurrente o no exclusivo del foro elegido. En consecuencia, de dudar el operador jurídico, debe atribuirse al foro elegido un carácter de exclusividad, lo que parece ser también corroborado por lo dispuesto en el art. 4.4 R. 4/2009 cuando habla de la atribución de “competencia exclusiva a un órgano jurisdiccional” del

³⁹ También, Villata & Válková, 2020, p. 641, en relación con el supuesto que elabora.

⁴⁰ Asimismo, si bien en relación con el Reglamento 1215/2012, Fernández y Sánchez, 2020, pp. 87-88. En la práctica, aunque en materias distintas de los alimentos, *Sent. Cour Cass. francesa 26/9/2012* (núm. 11-26022; https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/983_26_24187.html), respecto de la validez de la cláusula que obligaba sólo a una de las partes a demandar ante un concreto juez, empleando la otra parte foros objetivos, considerada contraria a los objetivos del art. 23 R. 44 al beneficiar únicamente a una de las partes, al igual que hizo en la *Sent. Cour Cass. francesa 25/3/2015* (núm. 13-27264; <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000030409294/>). No obstante, *Sent. Cour Cass. francesa 7/10/2015* (núm. 14-16.898; https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/1053_7_32739.html), o *Sent. Cour Cass. francesa 11/5/2017* (núm. 15-18758; <https://juricaf.org/arret/FRANCE-COURDECASSATION-20170511-1518758>), que sí las consideraron válidas. Asimismo, *Sent. Corte Cass. italiana 8/3/2012* (*Riv. dir. int. pr. proc.*, 2013, p. 142), que admitió una cláusula asimétrica (sumisión de una de las partes a los Tribunales ingleses y la otra a Tribunales italianos y foros objetivos), lo mismo que cierta práctica inglesa, como en *Commerzbank Aktiengesellschaft v Liquimar Tankers Management Inc.* (2017, EWHC 161 Comm). Véase, asimismo, *AAP Barcelona 26/2/2009* (JUR 2009\170250; cláusula facultativa); o *AAP Madrid 18/10/2013* (JUR 2013\354923; cláusulas alternativas); o *Sent. BGH alemán 14/1/2014* (FamRZ, 2014, 629), sobre un acuerdo asimétrico relativo al régimen de la relación matrimonial, también los alimentos, que entiende nulo de crear un importante desequilibrio entre los cónyuges al perjudicar a la parte más débil. Sobre los tipos de cláusulas, Keyes & Brooke, 2015, pp. 345-378.

⁴¹ Abendroth, 2014, pp. 469-470, y referencia allí citada, dudando de una eventual modificación del art. 12 R. 4/2009 relativo a la litispendencia en alimentos precisamente por lo infrecuente de las acciones torpedo en esta materia.

Convenio de Lugano de 2007 (Ricciardi, 2021, p. 612, nota 26; Abendroth, 2014, p. 469).

1.6.2. Consecuencias del ejercicio de la autonomía de la voluntad

No cuestionables las bondades de la introducción de la autonomía de la voluntad en materia de competencia judicial internacional en relación con las obligaciones alimenticias, es cierto que la estructura a partir de la cual el legislador europeo concibe su ejercicio en el Reglamento 4/2009 puede limitar su amplitud y no sólo por la prohibición de su juego respecto de los alimentos debidos a menores de 18 años. La exigencia de vinculación objetiva entre las circunstancias de las partes y la controversia alimenticia deja a las partes sólo la tarea de identificar el órgano jurisdiccional que más se ajusta a sus intereses dentro del abanico de foros objetivos que ya disfrutaba. Desde el momento en que los Tribunales de las respectivas residencias habituales de las partes ya tienen jurisdicción en virtud del art. 3 R. 4/2009, la elección de las partes va a suponer realmente la supresión de una de las opciones que este precepto ofrece al acreedor de alimentos, así como la posibilidad de modificación de la jurisdicción especial dentro del Estado de residencia habitual seleccionada, permitiendo además añadir un foro a favor de los Tribunales del Estado de la nacionalidad de una de las partes, ya establecido por el Reglamento 4/2009 como foro subsidiario en el art. 6 R. 4/2009 (Ancel & Muir-Watt, 2010, p. 467; Widiez, 2019, párr. 185). Tampoco son perfectos los foros seleccionables para las reclamaciones de alimentos entre cónyuges o excónyuges. No lo son la residencia habitual o la nacionalidad de las partes desde la óptica del objetivo de acumulación de causas ante un mismo órgano jurisdiccional: su elección hace previsible para los cónyuges y excónyuges el foro de los alimentos, pero lo hace en detrimento del objetivo de la acumulación de causas ante un mismo Tribunal en tanto que el órgano jurisdiccional elegido podría no tener jurisdicción respecto del divorcio (Gandía, Faucon

& Siaplaouras, 2020, pp. 184-185). Y tampoco la opción de los foros matrimoniales, esta vez desde la óptica de la previsibilidad. Tiene que ver con la regulación de los criterios de competencia de las crisis matrimoniales del Reglamento 2201/2003, que no facilita este objetivo, salvando el caso de seleccionar para los alimentos los Tribunales que están conociendo o que ya resolvieron de la causa matrimonial (Abendroth, 2014, p. 467). No en vano padecen de una mayor incertidumbre las partes que deciden acumular la demanda de alimentos en el proceso de divorcio en tanto que el órgano jurisdiccional para resolver la crisis matrimonial no puede decidirse de antemano debido a la imposibilidad de llevar a cabo un acuerdo de elección de foro en el Reglamento 2201/2003. Añádase a ello la habitual carrera hacia los Tribunales que provoca el *forum shopping* generado por el numeroso elenco de foros que el Reglamento 2201/2003 ofrece para las crisis matrimoniales, más cuando al primero en el tiempo le corresponderá conocer no sólo de la causa matrimonial, también de los alimentos (Gandía, Faucon & Siaplaouras, 2020, pp. 184-185).

No extraña así que, desde esta óptica y con estos condicionantes vinculados al peso de los factores de conexión o la difícil coordinación con los foros matrimoniales, se haya hablado de una autonomía de la voluntad ilusoria o imperfecta en comparación con una regulación más libre basada en la única voluntad de las partes⁴². No obstante, su introducción en el Reglamento 4/2009 es bienvenida. Puede cuestionarse su mayor o menor amplitud, la valoración de una mayor flexibilidad de su juego respecto de los alimentos para menores de 18 años, así como la necesidad de una mayor coordinación con unas reglas del Reglamento 2201/2003 que no permiten la sumisión expresa o tácita a Tribunal, más cuando la autonomía de la voluntad sí se halla presente en sede de ley aplicable a la separación judicial y al divorcio. Sin embargo, y a pesar de las limitaciones al juego de la autonomía de la voluntad derivada del (necesario) peaje que supone la protección de la parte más débil de la

⁴² Widiez, 2019, párr. 183, que habla de “métamorphosée”; o Ancel & Muir-Watt, 2010, p. 467, cuando hablan de “en trompe l’œil”.

relación alimenticia, no se puede poner en duda la utilidad que, en términos de previsibilidad y disminución de los costes de litigación, tiene para las partes la posibilidad de pactar la competencia judicial internacional de aquel órgano jurisdiccional que mejor se ajuste a sus intereses materiales y económicos. Y si esto es así respecto de una cláusula básica de elección de foro determinante

de la competencia única de los órganos jurisdiccionales seleccionados, más lo es respecto de aquel otro tipo de cláusulas, como las facultativas o asimétricas, cuya flexibilidad permite un mejor ajuste, aun en detrimento de la previsibilidad, con la realidad de hecho de muchas situaciones controvertidas que se generan entre acreedor y deudor de alimentos⁴³.

2. Obligaciones alimenticias y sumisión expresa a tribunales de terceros Estados

2.1. Ausencia de norma reguladora en el Reglamento 4/2009

Dentro del libre ejercicio de su autonomía de la voluntad, nada impide que las partes decidan someter sus eventuales controversias relativas a las obligaciones de alimentos a los Tribunales de un tercer Estado (Chile, Estados Unidos, Argentina...). La normativa reguladora de la competencia judicial internacional del Reglamento 4/2009 no responde a esta situación: el art. 4 R. 4/2009 sólo habla de elección de un “órgano u órganos jurisdiccionales (...) de un Estado miembro”.

Si la intención del legislador europeo con el Reglamento 4/2009 era procurar un régimen competencial de alcance universal, como lo muestra, a diferencia de su antecedente, el juego en todo caso de las reglas de competencia de este instrumento (y no de las reglas domésticas) con independencia de la domiciliación comunitaria del demandado⁴⁴, llama la atención la ausencia de previsión respecto de una eventual elección de foro a favor de Tribunales de terceros Estados (Kohler,

2008, p. 1178)⁴⁵. No cuenta como tal el caso de la eventual elección de los Tribunales de un Estado de la EFTA no comunitario, que sí regula el legislador europeo y que veremos, en tanto que no son propiamente terceros Estados dada la vinculación de la UE con Suiza, Islandia y Noruega a partir del Convenio de Lugano de 2007.

Desde la óptica de un Tribunal de un Estado miembro, no parece que la no regulación de la elección de los órganos jurisdiccionales de un tercer Estado suponga la inoperatividad en todo caso de una cláusula semejante y, con ello, la competencia de este Tribunal con base a los foros objetivos del Reglamento 4/2009, de ser el caso (Kohler, 2008, p. 1178; Deschamps, 2011, p. 808). La mejor opción pasaría, en orden a ese espíritu de universalidad del Reglamento 4/2009, por la elaboración por parte del legislador europeo de un foro de competencia que, sujeto a ciertos límites y condiciones, contemplase la situación de elección de un Tribunal de un tercer Estado (Kohler, 2008, p. 1179), siguiendo así la línea de distintas propuestas doctrinales relativas a instrumentos semejantes perfectamente trasladables al Reglamento

⁴³ Véase el ejemplo puesto por Villata & Válková, 2020, p. 641.

⁴⁴ Fernández y Sánchez, 2020, p. 543, sobre este alcance universal y el no juego de las reglas españolas de competencia judicial internacional del art. 22 LOPJ relativas a las obligaciones de alimentos.

⁴⁵ Respecto de la interacción con terceros Estados desde la óptica del Reglamento 4/2009, en relación con instituciones como la litispendencia, véase Beaumont, 2020, párr. II.

de alimentos⁴⁶. Nada aparece en el Reglamento 4/2009, como tampoco en lo que es el Reglamento 1215/2012 en su papel de instrumento que reformó un Reglamento 44/2001 que, como es sabido, conforma el antecedente del Reglamento de alimentos.

2.2. Alternativas de respuesta: del efecto reflejo del art. 4 R. 4/2009 hasta la aplicación del Derecho doméstico

En esta coyuntura, una posibilidad pasaría por considerar una suerte de efecto reflejo del art. 4 R. 4/2009, en una aplicación por analogía del foro europeo regulador de la elección de foro en materia de obligaciones alimenticias, teniendo en cuenta sus principios y convenientemente adaptado a la participación de un tercer Estado⁴⁷. Las dificultades que esta alternativa pueda acarrear a un operador jurídico de un Estado miembro que opera en ausencia de norma comunitaria reguladora del caso, así como el riesgo al objetivo de interpretación uniforme del Reglamento 4/2009, parecen dejar poco recorrido a esta posibilidad.

Una alternativa final podría ser, en fin, el recurso al Derecho nacional⁴⁸, que es lo que también se propugna respecto de esta misma ausencia de norma en el Reglamento 1215/2012⁴⁹. Supondría, en este caso, la aplicación de las reglas domésticas relativas a la *derogatio fori*, que, desde la óptica del Derecho español, conducirían a la exclusión de la competencia del Tribunal

español respecto de la demanda de alimentos en tanto que tal competencia “podrá ser excluida mediante un acuerdo de elección de foro a favor de un Tribunal extranjero” (art. 22ter.4 LOPJ). No obstante, recurrir al Derecho doméstico casa mal con el objetivo del legislador europeo de conseguir una reglamentación exhaustiva y, sobre todo, una interpretación uniforme del Reglamento 4/2009 en materia de alimentos (Kohler, 2008, p. 1178; Deschamps, 2011, p. 808). Más todavía cuando no existe garantía alguna de que los Derechos procesales nacionales de los Estados miembros contemplen en sus legislaciones reglamentaciones relativas a la *derogatio fori*. Es lo que sucedía en el Derecho español antes de la reforma operada por la *Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*⁵⁰, cuya versión de 1985 no trataba la cuestión y, con ello, el riesgo a la seguridad jurídica que la ausencia de norma generaba en el operador jurídico enfrentado a esta situación⁵¹. Y, aun existiendo, su tratamiento puede no ser completo, como sucede asimismo en el Derecho español cuando, después de establecer la suspensión del procedimiento en España y de permitir su continuación únicamente en el supuesto de que los Tribunales extranjeros hubiesen declinado su competencia, no fija un plazo para que el interesado plantee su reclamación ante el Tribunal extranjero designado, con lo que la suspensión puede ser *sine die*⁵². A lo expuesto, añádase la inoperatividad de la *derogatio fori* en aquellas materias en las que en

⁴⁶ Esta problemática de no regulación de la elección de Tribunales de terceros Estados ya la puso de manifiesto, si bien con carácter general, cuando las obligaciones alimenticias todavía formaban parte del ámbito material del Reglamento 44/2001, el *Grupo Europeo de Derecho internacional privado* (XIXª reunión, septiembre 2008, Bergen); al respecto, <https://gedip-egpil.eu/wp-content/uploads/2008/10/GEDIP-18e-session-Commentaire.pdf>. O *Study on Residual Jurisdiction (Review of the Member State's Rules concerning “Residual Jurisdiction” of their courts in Civil and Commercial Matters pursuant to the Brussels I and II Regulations*, Nuyts, A. (dir.), JLS/C4/2005/07, 2007. Recuperado de: <https://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.193.8681&rep=rep1&type=pdf> [fecha de consulta: 26 de octubre de 2021].

⁴⁷ La contempla como posibilidad, Kohler, 2008, p. 1178; o Abendroth, 2014, p. 469 y referencias allí citadas, que consideran la evaluación de un pacto a favor de un Tribunal de un tercer Estado ex art. 4 R. 4/2009 cuando, de no ser por este acuerdo de elección, un Tribunal de un Estado miembro hubiera tenido competencia.

⁴⁸ La contempla como posibilidad, Kohler, 2008, p. 1178.

⁴⁹ En relación con este otro instrumento, Fernández y Sánchez, 2020, p. 87.

⁵⁰ BOE 22/7/2015.

⁵¹ Sobre la situación anterior a la reforma de la LOPJ, cuya ausencia de norma regulando la *derogatio fori* suponía su admisión en ocasiones (considerando la cláusula de elección del Tribunal del tercer Estado y la no competencia de los Tribunales españoles) y lo contrario en otras (ignorando la cláusula y declarando la competencia objetiva del Tribunal español), Fernández y Sánchez, 2020, pp. 124-125, o, más desarrollado, en cualquiera de las versiones de esta obra anteriores a 2015.

⁵² Sobre ello, Garcimartín, 2015, párr. V.

el Derecho español no cabe la *prorrogatio fori*. Porque, estando claro que las obligaciones alimenticias son materia disponible desde la óptica del Reglamento 4/2009, no lo es tanto que también lo sean desde el punto de vista del D.i.pr. español de fuente doméstica⁵³. Recuérdese que art. 22 bis.1 LOPJ sólo admite el juego de la autonomía de la voluntad “en aquellas materias en que una norma expresamente lo permita”, de manera que “no tendrá efecto la exclusión de la competencia de los Tribunales españoles en aquellas materias en que no cabe sumisión a ellos” (art. 22ter.5 LOPJ). Y parece claro su permiso en materias como las obligaciones contractuales y extracontractuales o derechos reales sobre bienes muebles del art. 22 quinquies LOPJ: si este precepto admite el ejercicio de la autonomía de la voluntad con limitaciones en relación con los contratos de consumo y seguros, jugaría a *sensu contrario* sin limitaciones en el resto de las materias, más, cuando este art. 22 quinquies LOPJ se encarga de establecer aquellos

foros objetivos operativos “en defecto de sumisión expresa o tácita”. No sucede así con las obligaciones alimenticias: no son materia del art. 22 quinquies LOPJ, sino del art. 22 quater f) LOPJ, que establece los foros objetivos en materia de Derecho de familia, presidido por el principio inquisitivo y operativo “en defecto de criterios anteriores”, entre los que no se halla la sumisión expresa o tácita. Si bien difícilmente justificable, las obligaciones alimenticias no son materia objeto de la autonomía de la voluntad desde la óptica del D.i.pr. español autónomo⁵⁴.

Visto lo visto, y aun cuando se esté recurriendo al Derecho nacional, convendría, pues, la existencia de una norma ad hoc en el Reglamento 4/2009, que no se prevé, que guíe al operador jurídico de un Estado miembro a la hora de enfrentarse a una demanda de alimentos existente una cláusula de elección de foro respecto de Tribunales de terceros Estados.

3. Sumisión Expresa: posible aplicación del Convenio de Lugano de 2007 a la Reclamación de Alimentos

3.1. Los arts. 64 CL 2007 y el art. 4.4 R. 4/2009: cláusulas de compatibilidad

Dentro del libre ejercicio de su autonomía de la voluntad, y al igual que antes, nada impide que las partes decidan someter sus eventuales controversias relativas a las obligaciones de alimentos a los Tribunales de un Estado de la EFTA no comunitario. A diferencia de lo que sucedía respecto de las cláusulas de elección de foro a favor de Tribunales de terceros Estados, el legislador europeo sí hace referencia a esta posibilidad cuando

establece que, “si las partes hubieren acordado atribuir una competencia exclusiva a un órgano jurisdiccional o a los órganos jurisdiccionales de un Estado parte en el Convenio (de Lugano) y dicho Estado no fuere un Estado miembro, dicho Convenio será de aplicación” (art. 4.4 R. 4/2009). Esta respuesta debe integrarse con lo dispuesto en el Convenio de Lugano de 2007 como régimen que, al igual que el Reglamento 4/2009, regula la competencia judicial internacional en materia de alimentos y que también establece la aplicación preferente de la normativa convencional, esta vez cuando “(el artículo)

⁵³ Señala las dificultades para definir el alcance del ejercicio de la autonomía de la voluntad en la LOPJ dada su defectuosa redacción, Garcimartín, 2015, párr. V.

⁵⁴ Sobre esta polémica, Fernández y Sánchez, 2020, pp. 115-116.

23 del presente Convenio otorgare(n) competencia a los Tribunales” de un Estado de la EFTA no comunitario (art. 64.2.a CL 2007).

En efecto, a la hora de determinar su competencia judicial internacional en materia de obligaciones alimenticias, los órganos jurisdiccionales pertenecientes a un Estado miembro de la UE se hallan vinculados tanto por el Reglamento 4/2009 como por el Convenio de Lugano de 2007. No en vano este Convenio regula la competencia judicial internacional y el reconocimiento y/o ejecución de resoluciones extranjeras en materia civil y mercantil, incluyendo dentro de su ámbito a las obligaciones alimenticias, extendiendo las soluciones del Convenio de Bruselas de 1968 (y de sus modificaciones posteriores en forma del Reglamento 44/2001) a los Estados parte de la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC - EFTA), en concreto, a Suiza, Islandia y Noruega⁵⁵.

Esta doble vinculación del operador jurídico de un Estado miembro respecto de una demanda relativa a obligaciones alimenticias exige la identificación del régimen preferencial conforme al cual debe valorar finalmente su competencia judicial internacional, lo que pasa por la consulta de aquellas cláusulas de compatibilidad encargadas de regular la convivencia entre el Reglamento 4/2009 y el Convenio de Lugano de 2007. A nuestro entender, y a pesar de la existencia del art. 4.4 R. 4/2009, esta cláusula sigue siendo el art. 64 CL 2007 (anterior art. 54 ter CL 1988), que era la norma que regulaba esta convivencia cuando los alimentos formaban parte del Reglamento 44/2001: si el legislador europeo no estableció de manera expresa regla distinta alguna en el Reglamento 4/2009, permaneciendo

además inalterable el art. 64 CL 2007 a pesar del cambio de sede de las obligaciones alimenticias en el espacio judicial europeo, no existe razón alguna para pensar en su no aplicación mientras siga siendo materia regulada por el Convenio de Lugano de 2007. O, lo que es lo mismo, la posterior exclusión de los alimentos del ámbito de aplicación del Reglamento 1215/2012 para situarlos en el Reglamento 4/2009 no cambia la situación⁵⁶, más todavía cuando este cambio de sede no supuso ningún tipo de modificación en el tenor del art. 64 CL 2007 buscando su adaptación a la nueva situación en tanto que el Convenio de Lugano de 2007 seguía (sigue) regulando los alimentos.

No altera el panorama la presencia en el Reglamento 4/2009 de un art. 4.4 R. 4/2009 que, como vimos, se pronuncia en términos semejantes al art. 64.2.a CL 2007. Tiene poco sentido entender que el legislador europeo esté utilizando el criterio del art. 4.4 R. 4/2009 como regla única directora del juego de compatibilidades entre el Convenio de Lugano y el Reglamento 4/2009, en este caso, limitando aquellas situaciones en las que resultan operativas en materia de obligaciones alimenticias las disposiciones del Convenio de Lugano de 2007. De ser así, la aplicación del Convenio de Lugano de 2007 se produciría sólo en aquellos casos en los que acreedor y deudor de alimentos hubiesen acordado conceder competencia judicial a Tribunales de Islandia, Noruega o Suiza, lo que implicaría la aplicación del Reglamento 4/2009 en el resto de supuestos aunque se tratase de situaciones vinculadas a los Estados de la EFTA, esto es, en un sentido opuesto a lo indicado en un art. 64.2 CL 2007 que llevaría, por el contrario, a la aplicación preferente del Convenio de Lugano⁵⁷. Esta supuesta aplicación preferente del Convenio de Lugano de 2007

⁵⁵ El Convenio de Lugano de 1988, que extendió las soluciones del Convenio de Bruselas de 1968, incluido el foro de competencia sobre alimentos, vinculaba a los Estados parte de la EFTA y a los Estados de la UE. Tras 1988, varios Estados parte en el Convenio de Lugano se adhirieron a la Comunidad Europea (CE) y pasaron a ser parte del Convenio de Bruselas (Finlandia, Suecia y Austria, miembros de la CE el 1/1/1995, siendo ya partes en el Convenio de Lugano desde el 1/4/1993). Fue sustituido por el Convenio de Lugano de 2007, celebrado entre la CE, Dinamarca (tras la firma del Convenio en Bruselas el 5/12/2007), Islandia, Noruega y Suiza, buscando su adaptación al Reglamento 44/2001.

⁵⁶ Parten de la aplicación del art. 64 CL 2007, expresamente o de manera implícita, por ejemplo, Ancel & Muir Watt, 2010, p. 468; o Fernández y Sánchez, 2020, p. 541 y p. 543.

⁵⁷ Sobre ello, Rueda, 2013, p. 610.

limitada sólo a los casos del art. 4.4 R. 4/2009, ignorando la existencia y exigencias del art. 64 CL 2007, regulador también de los alimentos y régimen vinculante también para los Estados miembros, no encajaría con el respeto a los compromisos internacionales asumidos por los Estados miembros de la UE a través del art. 64 CL 2007.

Es cierto que este art. 4.4 R. 4/2009 tiene el mismo efecto que una cláusula de compatibilidad, esto es, la determinación del régimen que un Tribunal de la UE va a aplicar a la hora de valorar su competencia judicial internacional en materia de alimentos. Sin embargo, este precepto se halla situado en el capítulo II del Reglamento 4/2009 dedicado a la competencia judicial internacional y lo que hace es elaborar una regla especial contenida en la regla de competencia del art. 4.4 R. 4/2009 con la intención, como veremos, de establecer una excepción a la aplicación preferente del Convenio de Lugano de 2007 respecto de “los litigios relativos a la obligación de alimentos respecto de un menor de edad inferior a 18 años” (art. 4.3 R. 4/2009). La intención del legislador europeo no es, pues, sustituir la cláusula de compatibilidad del art. 64 CL 2007, sino emplear este art. 4.4 R. 4/2009 para excepcionar en ciertos casos la aplicación de la regla implícita del art. 64.2.a CL 2007⁵⁸.

3.2. Demanda de alimentos ante un Tribunal comunitario y sumisión expresa a favor de un Tribunal de un Estado de la EFTA

Visto lo visto, piénsese en aquella situación de demanda de alimentos incoada ante los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro, existiendo una cláusula de sumisión expresa entre acreedor y deudor de alimentos a favor de un Tribunal de un Estado de la EFTA no comunitario. De acuerdo con lo expuesto, y siguiendo el tenor del art.

64 CL 2007, que mantendría su operatividad a modo de cláusula de compatibilidad implícita, la aplicación preferente del Convenio de Lugano de 2007 por parte de los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro enfrentados a una demanda relativa a obligaciones de alimentos se produciría cuando el art. 23 CL 2007, regulador de las cláusulas atributivas de jurisdicción por sumisión expresa, conceda competencia única a un Tribunal de un Estado de la EFTA, en concreto, a los órganos jurisdiccionales suizos, noruegos o islandeses⁵⁹. Así lo entiende el art. 64.2.a CL 2007, de mismo modo que dispone el art. 4.4 R. 4/2009 (Fernández y Sánchez, 2020, p. 543; o Álvarez, 2009, párr. II.4 y párr. V.2).

Dado que el art. 23 CL 2007 concede competencia exclusiva a los Tribunales seleccionados por acreedor y deudor de alimentos (“esta competencia será exclusiva, salvo pacto en contrario entre las partes”), el Tribunal del Estado miembro donde se interpuso la demanda deberá declinar su competencia, con independencia de que ésta pueda venirle atribuida por un foro objetivo del Convenio de Lugano de 2007, esto es, por el domicilio del demandado del art. 2 CL 2007, o bien, además de por los foros por accesoriadad relativos a las crisis matrimoniales o responsabilidad parental, por el lugar del domicilio o de la residencia habitual del acreedor de alimentos del foro especial del art. 5.2 CL 2007 (Dickinson & Lein, 2015, p. 583). La inaplicación del Reglamento 4/2009 para este tipo de situaciones convierte en irrelevante una eventual competencia del Tribunal comunitario por cualquiera de los foros objetivos de este instrumento.

Ahora bien, la aplicabilidad del art. 23 CL 2007 por parte del órgano jurisdiccional comunitario pasa por el hecho de la domiciliación de “al menos una de (las partes) (...) en un Estado vinculado por el presente Convenio” (art.

⁵⁸ Véase, por ejemplo, Fernández y Sánchez, 2020, p. 543, utilizando el art. 4.4 R. 4/2009 en caso de sumisión expresa y el art. 64 CL 2007 para el resto de las situaciones.

⁵⁹ En la práctica, si bien en una materia distinta de los alimentos, STJUE 15/11/2012, As. C-456/11, Gothaer, cuando alude a una cláusula atributiva de jurisdicción a favor de los Tribunales islandeses en un caso de reconocimiento relativo a una relación contractual de transporte.

23.1 CL 2007), a diferencia de lo dispuesto en el art. 4 R. 4/2009, operativo con independencia del domicilio de las partes. De hallarse las partes domiciliadas en un tercer Estado, la elección de un Tribunal de un Estado de la EFTA exige del Tribunal de la UE valorar la eficacia del acuerdo atributivo de jurisdicción, no por el régimen del Convenio de Lugano ni por el propio del Reglamento 4/2009, sino por las reglas de su Derecho nacional (Dickinson & Lein, 2015, p. 583)⁶⁰. Aunque no es ésta última una situación propia del Convenio de Lugano de 2007 sino del Derecho doméstico de cada Estado, el peso de la autonomía de la voluntad justifica la intervención del legislador de Lugano imponiendo una cautela al comportamiento de los Tribunales no elegidos, al disponer que, “cuando ninguna de las partes que hubieren celebrado un acuerdo de este tipo estuviere domiciliada en un Estado vinculado por el presente Convenio, los Tribunales de los demás Estados vinculados por el presente Convenio solo podrán conocer del litigio cuando el Tribunal o los Tribunales designados hubieren declinado su competencia” (art. 23.3 CL 2007). Finalmente, el convenio atributivo de competencia del art. 23 CL 2007 deberá ajustarse a las exigencias formales del art. 23 CL 2007, equivalentes a las propias del art. 23 R. 44 y alejadas de las más restrictivas del art. 4 R. 4/2009.

3.3. Demanda de alimentos ante un Tribunal comunitario y sumisión expresa a favor de un Tribunal de un Estado de la EFTA: la excepción relativa a alimentos a menores

Piénsese ahora en la misma situación anterior de demanda de alimentos incoada ante los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro, existiendo esta vez una cláusula de sumisión expresa entre padre y madre relativa a los alimentos de un menor y, como antes, a favor de un Tribunal de un Estado de la EFTA. La prevalencia del Convenio de Lugano de 2007 con base en la existencia de una cláusula de sumisión expresa a

favor de los Tribunales de la EFTA (art. 64.2.a CL 2007 y art. 4.4 R. 4/2009), propia de la situación anterior, se quiebra en este nuevo caso por la presencia de un menor: el art. 4.4 R. 4/2009 recoge una excepción a esta aplicación preferente cuando estima que este “Convenio será de aplicación excepto en lo referente a los litigios mencionados en el apartado 3”, que son los “litigios relativos a la obligación de alimentos respecto de un menor de edad inferior a 18 años” (art. 4.3 R. 4/2009).

Ello supone lo siguiente.

Primero. El Tribunal del Estado miembro donde se interpuso la demanda de alimentos del menor debe valorar la competencia a partir del Reglamento 4/2009 y no del Convenio de Lugano de 2007 (Álvarez, 2009, párr. II.4; Ancel & Muir Watt, 2010, pp. 466-468). En consecuencia, este Tribunal puede declararse competente por cualquiera de los foros objetivos que el Reglamento 4/2009 le proporciona; por ejemplo, con base en la residencia habitual del menor en ese Estado miembro del art. 3 R. 4/2009. O, lo que es lo mismo, no deroga su competencia una eventual impugnación con base en la existencia de este acuerdo atributivo de jurisdicción aun cuando tal pacto resulta perfectamente válido de acuerdo con las disposiciones del Convenio de Lugano de 2007. Segundo. Aun cuando no es alegable ante los Tribunales de un Estado miembro, el acuerdo de sumisión expresa sí sería operativo ante un Tribunal de un Estado de la EFTA vinculado por el Convenio de Lugano a fin de determinar su competencia (Álvarez, 2009, párr. II.4 y párr. V.2; Despina & Rodríguez, 2009, p. 584). Una eventual demanda ante los Tribunales del Estado de la EFTA seleccionados por el acuerdo de voluntades supondría su competencia en atención al art. 23 CL 2007, plenamente operativo desde su óptica como órgano jurisdiccional no vinculado por el Reglamento 4/2009 y, por tanto, ajeno a lo dispuesto en el art. 4.4 R. 4/2009. Tercero. La existencia de un

⁶⁰ También, Gaudemet-Tallon, 2015, p. 632, nota 23, si bien aludiendo a estas cláusulas del art. 17.1 in fine CL 1988 (actual art. 23.3 CL 2007).

pacto a favor de los Tribunales de un Estado de la EFTA, determinante *a priori* de la competencia exclusiva de los órganos jurisdiccionales seleccionados por la autonomía de la voluntad, no impedirá la concurrencia competencial de los Tribunales de un Estado miembro a partir de los foros objetivos del Reglamento 4/2009 (Kostkiewicz & Eichenberger, 2015, p. 25).

No nos parece de recibo este distinto alcance para un mismo acuerdo atributivo de jurisdicción, y menos cuando su efecto era el mismo bajo el régimen anterior del Reglamento 44/2001 y Convenio de Lugano de 2007⁶¹. No sólo por la distinta operatividad de la cláusula en función del lugar donde se interpone la demanda, siendo como son todos Tribunales de Estados parte del Convenio de Lugano de 2007, también porque este distinto alcance se produce a partir de la sola intervención del legislador europeo, que modifica unilateralmente el alcance del art. 23 CL 2007 sin tener competencia para ello y sin contar con el legislador de los Estados parte de la EFTA, esto es, al determinar unilateralmente por medio del Derecho de la UE el alcance de sus compromisos internacionales con terceros Estados (Rueda, 2013, p. 610; Álvarez, 2009, párr. II.4).

3.4. Demanda de alimentos ante un Tribunal comunitario: sumisión expresa a favor de un Tribunal de un Estado miembro

3.4.1. Sumisión expresa a favor de un Tribunal de un Estado miembro y domicilio del demandado de alimentos en un Estado de la EFTA

Ausentes menores, piénsese en aquella otra situación de existencia de una cláusula de elección de foro entre

acreedor y deudor de alimentos a favor de los órganos jurisdiccionales de un Estado de la UE. La irrelevancia de la ubicación del domicilio de las partes en orden a la operatividad del art. 4 R. 4/2009 regulador de la sumisión expresa en el Reglamento 4/2009 no parece cuestionar la aplicabilidad de este instrumento por parte de los Tribunales comunitarios ante los que se plantea la demanda, sean los elegidos, para declararse competentes, sean cualesquiera otros Tribunales comunitarios, esta vez para abstenerse de conocer.

La ubicación del domicilio del demandado en un Estado parte de la EFTA introduce, no obstante, una variante que puede conducir a la aplicación del Convenio de Lugano de 2007 por parte del Tribunal comunitario: no en vano el art. 64.2.a CL 2007 establece que “el presente Convenio se aplicará, en cualquier caso: (...) en materia de competencia (...) cuando el demandado estuviere domiciliado en un Estado” de la EFTA. No es cuestión menor. La aplicabilidad del art. 23 CL 2007, que parte de la domiciliación de que al menos una de las partes en un Estado parte del Convenio, permite seleccionar cualquiera de los Tribunales de la UE, mientras que el art. 4 R. 4/2009, como vimos, permite a acreedor y deudor seleccionar sólo unos determinados Tribunales.

A nuestro juicio, debe aplicarse con carácter preferencial el Reglamento 4/2009. Por un lado, los criterios que maneja el art. 64 CL 2007 no tienen carácter alternativo, de modo que no debería apelarse al domicilio del demandado a la hora de justificar esta prevalencia cuando, al igual que sucede con las competencias exclusivas, está en juego un acuerdo atributivo de jurisdicción⁶². Por otro, porque, de apelar al criterio

⁶¹ Sobre este polémico distinto alcance, entre otros, Pocar & Viarengo, 2009, pp. 814-815; o Rodríguez, 2011, p. 225.

⁶² Aunque sobre el Reglamento 1215/2012, Fernández y Sánchez, 2020, p. 76, cuando sostienen la aplicación del art. 25 R. 1215 (y no del equivalente en el Convenio de Lugano de 2007), al entender que, si los Tribunales seleccionados son parte de la UE, un Tribunal de un Estado UE no procedería a aplicar el Convenio de Lugano de 2007 por la domiciliación del demandado en un Estado de la EFTA; asimismo, expone esta posibilidad, si bien sin decantarse por ella, Dickinson & Lein, 2015, p. 583. En contra, Domej, 2011, pp. 944-945, cuando parece considerar, en relación con este tipo de situaciones, la aplicación preferente del Convenio de Lugano de 2007 atendiendo a la domiciliación del demandado en un Estado de la EFTA.

del domicilio del demandado en un Estado de la EFTA para justificar la prevalencia del Convenio de Lugano de 2007, un mismo pacto firmado por acreedor y deudor de alimentos sería valorado por dos regímenes diferentes y, con ello, susceptible de recibir distintos alcances: el régimen aplicable sería decidido por la posición procesal que ocupe cada parte en el proceso, poco ajustado al principio de tutela judicial efectiva al poner en riesgo la igualdad entre las partes. Y, finalmente, porque la valoración del pacto con base a las exigencias del Reglamento 4/2009 se ajusta mejor al objetivo de protección de la posición de debilidad del acreedor de alimentos, basada en el respeto a los límites que impone este instrumento relativos a los Tribunales a elegir, frente a la mayor libertad del art. 23 CL 2007.

3.4.2. Sumisión expresa a favor de un Tribunal de un Estado miembro y la excepción relativa a alimentos a menores: conflicto negativo de jurisdicciones en relación con el Convenio de Lugano de 2007

Piénsese en un acuerdo de voluntades entre padre y madre de un menor de 18 años residente en un Estado de la EFTA a favor de los Tribunales de un Estado miembro. De acuerdo con lo expuesto, los Tribunales comunitarios no serían competentes por la inoperatividad de la cláusula al tratarse de menores de 18 años (art. 4.4 R. 4/2009), por ubicarse la residencia habitual del menor en un Estado de la EFTA, y, tampoco, de ubicarse la residencia habitual del demandado (el padre deudor, por ejemplo) en un tercer Estado, no coincidiendo en ningún Estado miembro la nacionalidad común de acreedor y deudor de alimentos (art. 6 R. 4/2009). La alternativa de la madre reclamante sería presentar la demanda en

el Estado de la EFTA de residencia habitual del menor, apelando al foro especial del art. 5.2 CL 2007 del lugar de la residencia habitual y/o domicilio del acreedor de alimentos. Sin embargo, la competencia de los Tribunales de este Estado de la EFTA tampoco sería posible en tanto que, a diferencia de lo que sucede con el art. 4.4. R. 4/2009, la cláusula de sumisión a favor del Tribunal de la UE sí sería válida según el art. 23 CL 2007, convirtiendo *ex derogatio fori* en exclusivamente competentes a los Tribunales comunitarios elegidos en detrimento de los foros objetivos.

No es imposible, por tanto, un conflicto negativo de jurisdicciones⁶³, lo que obligaría al Tribunal comunitario a apelar, de darse las condiciones, al *forum necessitatis* del art. 7 R. 4/2009; por ejemplo, de coincidir la nacionalidad de una de las partes con el Estado al que pertenece el Tribunal comunitario ante el que se presenta la reclamación de alimentos (Considerando núm. 16 R. 4/2009) o por la presencia de bienes del demandado en el territorio de este Estado miembro⁶⁴.

La lectura de este conflicto negativo de jurisdicciones no es tanto como solucionarlo, sino lo que representa: la necesidad de adoptar una regla propia de compatibilidad ajustada a las restricciones al ejercicio limitado de la autonomía de la voluntad que, en materia de los alimentos, proporciona el Reglamento 4/2009, bien creando una nueva regla de compatibilidad entre ambos instrumentos, bien adaptando el art. 23 CL 2007 al juego restrictivo de los pactos relativos a menores de 18 años propio del art. 4.4 R. 4/2009 (Despina & Rodríguez, 2009, p. 584 y nota 21).

⁶³ Véanse Kostkiewicz & Eichenberger, 2015, pp. 25-26, cuando plantean, aunque desde la óptica del ordenamiento jurídico suizo, este eventual conflicto negativo de jurisdicciones.

⁶⁴ Sobre este foro de necesidad, Álvarez, 2009, párr. V.4.

4. Sumisión tácita y obligaciones alimenticias

4.1. Demanda de alimentos: comparecencia y no impugnación

Además de la sumisión expresa y a pesar de la ambigüedad de un art. 5 R. 4/2009 cuyo título habla sólo de “competencia basada en la comparecencia del demandado”⁶⁵, el Reglamento 4/2009 recoge asimismo la posibilidad de ejercicio de la autonomía de la voluntad en materia de obligaciones alimenticias a través del foro de la sumisión tácita cuando establece la competencia del “órgano jurisdiccional del Estado miembro ante el que compareciere el demandado” (art. 5 R. 4/2009)⁶⁶. Fundamentada en el comportamiento procesal de acreedor y deudor de alimentos, y sin particularidad especial por su proyección en el ámbito específico de las obligaciones alimenticias⁶⁷, supone la presentación de una demanda de alimentos por parte de acreedor o deudor ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro, seguida de la comparecencia del demandado realizando cualquier comportamiento procesal que no sea aquél de la impugnación de la competencia. Tal

como establece el art. 5 R. 4/2009, “esta regla no será de aplicación si la comparecencia tuviere por objeto impugnar la competencia”.

Aunque no vamos a entrar en aspectos de carácter general, no existe duda respecto de la proyección de la jurisprudencia del TJUE, aunque generada principalmente con base en la sumisión tácita del Reglamento 1215/2012 (o anteriores Reglamento 44/2001 y Convenio de Bruselas de 1968), sobre las condiciones de operatividad del art. 5 R. 4/2009 (Pocar, 2009, p. 11). Recuérdese únicamente que no se producirá sumisión tácita en aquellos casos en los que el demandado impugna no sólo la competencia sino también el fondo del litigio⁶⁸, a condición de que la impugnación de la competencia, si no es previa a cualquier defensa en cuanto al fondo, no se realice con posterioridad al momento de la toma de posición considerada por el Derecho procesal interno como la primera defensa dirigida al juez competente⁶⁹. Por tanto, no se produciría sumisión tácita aun cuando el deudor de alimentos haya contestado sobre el fondo,

⁶⁵ En relación con la oscuridad de los términos empleados muchas veces por el legislador europeo, entre los que incluye este art. 5 R. 4/2009, Garau, 2011, p. 134, nota 12.

⁶⁶ Véase, por ejemplo, *STS 17/2/2021* (RJ 2021\460), en relación con un proceso de divorcio de dos ciudadanos franceses residentes en España en el momento de la demanda, cuando habla de aplicabilidad de las reglas del art. 3 R. 4/2009 “en defecto de sumisión expresa o tácita” (FD III.4); o *SAP Cantabria 8/10/2013* (JUR 2013\350297), respecto de una demanda de modificación de la obligación de alimentos impuesta al demandante, residente en Santander, en favor del hijo común, menor de edad, residentes la demandada y el hijo común en la República Checa: verificada su incompetencia por los foros objetivos del art. 3 R. 4/2009, la competencia, tal como señala el Tribunal, sólo podía derivarse de la autonomía de la voluntad, no obstante tampoco operativa (“en el caso presente no resultan de aplicación los fueros voluntarios”; FD 2º). También, *STJUE 20/9/2018*, As. C-214/17, *Mölk*, sobre un padre residente en Austria que presenta una acción de revisión de una resolución de alimentos dictada por los Tribunales austríacos ante la jurisdicción de este país. El acreedor, residente habitual en Italia, había contestado al fondo de la demanda, sin impugnar la competencia de estos Tribunales, competentes ex art. 5 R. 4/2009. O *Sent. Cour d'Appel Douai 16/5/2016* (núm. 15/04009), sobre una demanda de divorcio de dos cónyuges franceses, en la que, además de para el divorcio (art. 3 R. 2201), los Tribunales franceses se declararon competentes respecto de la pensión alimenticia reclamada por la esposa y la hija contra el padre y esposo por sumisión tácita, si bien con base en el art. 24 R. 44, por su comparecencia y no impugnación.

⁶⁷ Véase Corrao, 2011, p. 129, señalando su semejanza con el régimen del anterior art. 24 R. 44, en oposición a su alejamiento del art. 23 R. 44 en lo que a sumisión expresa se refiere.

⁶⁸ Véase *STJCE 24/6/1981*, As. C-150/80, *Elefanten Schuh GmbH*; *STJCE 22/10/1981*, As. C-27/81, *Rohr/Ossberger*; *STJCE 31/3/1982*, As. C-25/81, *C.H.W./G.J.H.*; o *STJUE 13/6/2017*, As. 433/16, *Bayerische Motoren Werke*.

⁶⁹ Véase *STJCE 24/6/1981*, As. C-150/80, *Elefanten Schuh GmbH*.

siempre que lo haya hecho a título subsidiario respecto de su intención primera de comparecer para impugnar la competencia. O, en sentido inverso, sería posible considerar la existencia de sumisión tácita en aquellos casos en los que el deudor de alimentos impugne la competencia a título subsidiario respecto de su intención primera de contestar sobre el fondo. Con todo, la flexibilidad de esta jurisprudencia a la hora de enfrentarse a la sumisión tácita no cabe en ordenamientos como el español: el hecho de que la legislación procesal española exija la interposición de un incidente de previo pronunciamiento (la declinatoria internacional: arts. 39 y 63 a 65 LEC) en orden a impugnar la competencia, obliga a considerar cualquier acto posterior del demandado como una sumisión tácita, incluso si contesta a la demanda impugnando en primer lugar la competencia (Fernández y Sánchez, 2020, p. 91)⁷⁰. Siguiendo la línea habitual del legislador europeo, téngase en cuenta que el cauce procesal oportuno para impugnar la competencia no viene determinado por ninguna regla uniforme del

Reglamento 4/2009, sino por el Derecho procesal interno de cada Estado.

A diferencia del carácter exclusivo de la sumisión expresa, no parece cuestionable el carácter concurrente y alternativo del foro de la sumisión tácita (Ricciardi, 2021, p. 612), pronunciándose el art. 5 R. 4/2009 respecto de su operatividad “(c)on independencia de los casos en los que su competencia resultare de otras disposiciones del presente Reglamento”⁷¹. Desde esta óptica, y aunque la sumisión tácita tiene su verdadero sentido en supuestos donde el órgano jurisdiccional ante el que se interpone la demanda de alimentos no es competente, no es relevante que el Tribunal ante el que se interpone la demanda y se comparece sea o no objetivamente competente (Bambust, 2009, p. 384)⁷². Tampoco que haya habido o no una previa voluntad expresa ex art. 4 R. 4/2009, perfectamente renovable vía sumisión tácita posterior (Pesce, 2013, p. 143)⁷³. No parecía entenderlo así la Propuesta de Reglamento de alimentos, cuando

⁷⁰ En la práctica, *SAP Barcelona 15/9/2004* (JUR 2004\292863); o *SAP Santa Cruz de Tenerife 13/3/2012* (AC 2012\765).

⁷¹ En la práctica, véase la *Sent. AG Flensburg 24/7/2014* (en Ludwig, I., 2020), que se declara competente para reducir la deuda alimenticia que el padre, deudor, debe a la hija acreedora de alimentos que reside habitualmente en Dinamarca; a la hija, que en el momento de la disputa se encuentra temporalmente en Alemania con su madre, se le notifica la demanda y comparece ante el Tribunal alemán solicitando la desestimación de la demanda sin impugnar la competencia del juez germano. La competencia objetiva correspondería a los Tribunales daneses con base en la residencia habitual de la acreedora (art. 3 R. 4/2009), siendo competentes finalmente los Tribunales del *Amtsgericht Flensburg* atendiendo al art. 5. R. 4/2009, sin necesidad de justificarlo en otra circunstancia (p.e.: la ubicación de la hija en la residencia alemana de la madre) distinta del comportamiento procesal de la acreedora. También, *Sent. Oberlandesgericht Stuttgart 17/1/2014* (*Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 2014, pp. 850-852), competente respecto de una solicitud de modificación de la pensión alimenticia a favor de dos menores con residencia habitual en Turquía, decidida originalmente en instancia cuando los niños vivían, al igual que el padre, en Alemania. Trasladados los menores a Turquía un año más tarde, el padre reclama ante el *Amtsgericht Wangen* para obtener la reducción de los alimentos, compareciendo los acreedores ante este Tribunal sin impugnar la competencia y alegando contra el fondo, competentes por la sumisión tácita del art. 5 R. 4/2009, en detrimento, posiblemente, si así lo estimaba el Derecho procesal turco, de la competencia de los Tribunales turcos (al respecto, véase Ricciardi, 2021, p. 613, cuando alude a este caso, refiriéndose a la intención de los acreedores de eludir la jurisdicción turca con esta sumisión tácita a favor de los Tribunales alemanes). Sobre toda esta práctica alemana, Ricciardi, 2021, pp. 613-614.

⁷² Véase las Conclusiones del Abogado General en la STJUE 29/7/2019, As. C-468/18, R, cuando estima que “debe precisarse que el artículo 5 de dicho Reglamento, invocado por el órgano jurisdiccional remitente debido a la comparecencia del demandado, no está destinado a aplicarse sobre la base de que establece un criterio de competencia aplicable en caso de falta de competencia del juez ante el que se interpone la demanda. A este respecto, el litigio principal ilustra perfectamente el hecho de que, cuando el juez es competente atendiendo a la residencia habitual del demandado, el criterio basado en su comparecencia personal ante el órgano jurisdiccional que conoce del asunto sin impugnar la competencia de este no reviste mayor interés” (ap. 45 y 46). No obstante, Măculescu, Filip Radu & George, 2016, párr. II.2.1.5, que entienden que un Tribunal de un Estado UE (rumano, desde la óptica de su trabajo) que se enfrenta a una demanda relativa a la pensión alimenticia respecto de los hijos menores y no competente por razón de responsabilidad parental (art. 3.d R. 4/2009), debería declararse de oficio no competente, aun cuando la comparecencia sin impugnación por parte del demandado del art. 5 R. 4/2009, dado que, a su juicio, la naturaleza de este tipo de reclamaciones resulta intrínsecamente vinculado a procedimientos en materia de responsabilidad parental.

⁷³ También, Queirolo & Schiano di Pepe, 2008, p. 382, en este sentido y comentando la intención original de la Comisión, que el Consejo no aceptó, de no permitir el juego de la sumisión tácita en alimentos en la existencia de un acuerdo anterior.

estimaba, a diferencia del texto actual, que no recoge este inciso, que “esta regla no será aplicable... si existe otro órgano jurisdiccional exclusivamente competente en virtud del artículo 4”⁷⁴.

Téngase en cuenta, además, que el art. 5 R. 4/2009 no opera con los límites que impone el art. 4 R. 4/2009: libertad de elección tácita, ausente la exigencia de vinculación objetiva del órgano jurisdiccional tácitamente seleccionado con acreedor y/o deudor de alimentos, frente al juego restrictivo de la autonomía de la voluntad expresa. O, lo que es lo mismo, cabe el ejercicio de la sumisión tácita en materia de obligaciones alimenticias aun cuando este juego se halle restringido en lo que a sumisión expresa se refiere, lo que implica la posibilidad de hacer competentes tácitamente a Tribunales de un Estado miembro distintos a los seleccionables a partir del art. 4 R. 4/2009, esto es, no cabe una sumisión tácita limitada sólo a aquellos órganos jurisdiccionales seleccionables para la sumisión expresa (Villata, 2001, p. 751)⁷⁵.

4.2. Sumisión tácita y obligaciones alimenticias a menores

Más dudas, en cambio, a la hora de decidir si la sumisión tácita, a diferencia también de la sumisión expresa, de operatividad limitada respecto de alimentos para menores, tiene proyección sobre este colectivo. La respuesta parece positiva. En tanto que nada se dice en el art. 5 R. 4/2009, no parece haber limitación a la autonomía de las partes, extendiéndose la prórroga tácita de la competencia también a las disputas de alimentos relativas a menores de 18 años (Ricciardi,

2021, p. 613; Abendroth, 2014, p. 468 y bibliografía allí referida; Volkova, 2017, p. 557, nota 43). Sigue así la línea de otras normativas que, si bien restringen total o parcialmente el ejercicio de la sumisión expresa, mantienen plenamente operativa la sumisión tácita, como es el caso, por ejemplo, de los foros relativos a materia laboral o de consumo del Reglamento 1215/2012⁷⁶. No recoge tampoco el art. 5 R. 4/2009 otras formas menos directas de protección de la parte débil en su posición de demandado, al estilo del art. 26 R. 1215 (Ricciardi, 2021, p. 613). Recuérdese que este precepto, en aquellos casos en los que el demandado es el tomador del seguro, el asegurado, un beneficiario del contrato de seguro, la persona perjudicada, el consumidor o el trabajador, exige al órgano jurisdiccional que se asegure, antes de asumir la competencia por sumisión tácita, “de que se ha informado al demandado de su derecho a impugnar la competencia del órgano jurisdiccional y de las consecuencias de comparecer o no”. Aunque la ausencia de una cautela semejante en el Reglamento 4/2009 facilita un desarrollo más rápido de la controversia, se corre el riesgo de no garantizar protección suficiente a la parte demandada que lleva a cabo un comportamiento constitutivo de una sumisión tácita sin un conveniente asesoramiento legal y, con ello, sin garantía de una aceptación consciente de la jurisdicción (Walker, 2015, p. 66; Ricciardi, 2021, p. 613)⁷⁷. Más probable respecto de aquella parte de la relación alimenticia más vulnerable y con menor poder adquisitivo. A nuestro juicio, su posición se vería más protegida de exigir el legislador una cautela en la sumisión tácita semejante a la existente en el art. 26 R. 1215 (Walker, 2015, p. 66), que, por otro lado, tampoco está prohibida.

⁷⁴ Véase el art. 5 de la *Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos* (COM [2005] 649 final).

⁷⁵ En la práctica, véase *STJCE 20/5/2010*, As. C-111/09, *Ceská podnikatelská pojišťovna as, Vienna Insurance Group v. Bilas*, admitiendo el juego de la sumisión tácita en una materia (esta vez, seguros) donde el legislador limita el juego de la sumisión expresa.

⁷⁶ El Reglamento 1215/2012 restringe el ejercicio expreso de la autonomía de la voluntad entre empresario y trabajador con la intención de proteger la posición más débil de este último, que se manifiesta básicamente antes de la posibilidad de un litigio con el empleador. Las posiciones de ambas partes se igualan una vez que surge la controversia. Por ello, el legislador europeo, que admite el juego igualitario de la sumisión expresa posterior al nacimiento del litigio, no se opone al libre juego de la sumisión tácita. Sobre ello, Virgós y Garcimartín, 2007, pp. 296-297 y p. 306, respecto de la sumisión tácita.

⁷⁷ También, Widiez, 2019, párr. 192, calificando de sorprendente esta ausencia de cautelas participando como lo hace una parte débil.

En cualquier caso, a pesar de la ausencia en la sumisión tácita del principio de favor creditoris presente en la sumisión expresa y en el resto de los foros objetivos del Reglamento 4/2009, es cierto que conceder al acreedor un foro a mayores de los que ya dispone puede

resultarle beneficioso, sobre todo si no le interesa el foro de su residencia habitual y cuando suele ser el acreedor la parte que en la práctica hace valer la posibilidad de sumisión tácita desde su posición de demandado⁷⁸.

Referencias bibliográficas

- Abendroth, M. (2014). Choice of Court in Matters Relating to Maintenance Obligations. En Beaumont, P., Hess, B., Walker, L. & Spancken, S. (eds.). *The Recovery of Maintenance in the EU and Worldwide* (pp. 459-471). Oxford-Portland: Hart Publishing.
- Álvarez González, S. (2009). El Reglamento 4/2009/CE sobre obligaciones alimenticias: cuestiones escogidas. *Diario La Ley* (31 de julio de 2009), 7230, 1-21.
- Ancel, B. & Muir-Watt, H. (2010). Aliments sans frontières. Le règlement CE n° 4/2009 du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires. *Revue critique de droit international privé*, 3, 457-484.
- Andrae, M. (2010). Art. 4. En Rauscher, T. (ed). *Kommentar zum Europäischen Zivilprozess- und Kollisionsrecht - EuZPR/ EulPR*. Munich: Sellier European Law Publishers.
- Arenas García, R. (2017). Principios inspiradores del sistema actual de competencia judicial internacional en materia de persona y familia. En Guzmán Zapater, M. y Esplugues Mota, C. (dirs.). *Persona y familia en el nuevo modelo español de Derecho internacional privado* (pp. 21-50). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Bambust, I. (2009). Le règlement européen 4/2009 en matière d'obligations alimentaires. *Journal des tribunaux*, 6356, 381-392.
- Beaumont, P.R. (2020). Interaction of the Brussels IIa and maintenance regulations with (possible) litigation in non-EU states including Brexit implications. En Viarengo, I. & Villata, F.C. (eds.). *Planning the future of cross border families: a path through coordination* (pp. 331-346). Oxford, London, New York, New Delhi, Sydney: Hart.
- Beaumont, V.P. (2009). International Family Law in Europe – The Maintenance Project, The Hague Conference and the EC: A Triumph of Reverse Subsidiarity. *Rechts Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 73, 509-546.
- Bonomi, A. (2007). Informe explicativo al Protocolo de La Haya de 23 de noviembre de 2007 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias. *Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado*. Recuperado de: <https://assets.hcch.net/docs/84e93f6d-87ed-4928-8c65-13a3350ab23f.pdf> [fecha de consulta: 26 de octubre de 2021].
- Borrás, A. & Degeling, J. (2007). Informe explicativo del Convenio de 23 de noviembre de 2007 sobre Cobro Internacional de Alimentos para los Niños y otros Miembros de la Familia. *Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado*. Recuperado de: <https://assets.hcch.net/docs/70bf2354-6539-4a1a-b7da-a257b42bd940.pdf> [fecha de consulta: 26 de octubre de 2021].

⁷⁸ Ricciardi, 2021, pp. 613-614, en este sentido, aludiendo, además, al caso ya referido de la *Sent. Oberlandesgericht Stuttgart 17/1/2014 (Zeitschrift für das gesamte Familienrecht, 2014, pp. 850-852)*, posiblemente más ventajosa para los acreedores de alimentos la jurisdicción alemana que la turca.

- Calvo Caravaca, A.L. y Carrascosa González, J. (2018). *Derecho internacional privado* (18ª ed.). Granada: Comares.
- Castellaneta, M. & Leandro, A. (2009). Il regolamento CE n. 4/2009 relativo alle obbligazioni alimentari. *Le nuove leggi civili commentate*, 1051-1111.
- Castellanos Ruíz, E. (2017). *Derecho de alimentos. Aspectos internacionales y transfronterizos*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Cheshire, North & Fawcett (2017). *Private international law* (15ª ed.). Oxford: Oxford University Press.
- Corrao, M. E. (2011). Il Diritto Internazionale Privato e Processuale Europeo in materia di obbligazioni alimentari. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 3 (1), 118-143.
- Deschamps, M. (2011). Le règlement européen 4/2009 relatif aux aliments: Tentative de simplification de la résolution des litiges transfrontières en matière d'obligations alimentaires. *Revue trimestrielle de droit familial*, 4, 801-832.
- Despina, M. & Rodriguez, R. (2009). The Revised Lugano Convention from a Swiss Perspective. *European Business Law Review*, 20, 579-590.
- Dicey, Morris & Collins (2012) *The Conflict of Laws* (15ª ed.). London: Sweet and Maxwell, Thomson Reuters.
- Dickinson, A. & Lein, E. (eds.) (2015). *The Brussels I Regulation Recast*. Oxford: Oxford University Press.
- Domej, T. (2011). Art. 64. En Dasser, F. & Oberhammer, P. (eds.), *Lugano-Übereinkommen* (2ª ed.) (pp. 940-948). Bern: Stämpfli Verlag.
- Dutta, A. (2017). Domicile, habitual residence and establishment. En Basedow, J., Rühl, G., Ferrari, F. & De Miguel Asensio, P. (eds.) *Encyclopedia of Private International Law*. (pp. 555-561). Cheltenham-Northampton: Edward Elgar Publishing.
- Fernández Rozas, J.C. y Sánchez Lorenzo, S. (2020). *Derecho internacional privado* (11ª ed.). Madrid: Civitas, Thomson Reuters.
- Ferrand, F. (2011). The Council Regulation (EC) N° 4/2009 of 18 December 2008 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations. En Campuzano Díaz, B., Czepelak, M., Rodríguez Benot, A., & Rodríguez Vázquez, M.A. (coords.) *Latest developments in EU private international law* (pp. 83-111). Cambridge: Intersentia.
- Gandía Sellens, A., Faucon Alonso, A. & Siaplaouras, P. (2020). Jurisdiction. En Viarengo, I. & Villata, F.C. (eds.), *Planning the future of cross border families: a path through coordination* (pp. 163-202). Oxford, London, New York, New Delhi, Sydney: Hart.
- Garau Sobrino, F. (2011). Las fuentes españolas en materia de obligaciones alimenticias. ¿Hacia un Derecho internacional privado extravagante? *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 3 (2), 130-144.
- Garcimartín Alférez, F.J. (2015). La competencia judicial internacional en la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial. *Diario La Ley* (28 de septiembre de 2015), 8614, 1-8.
- Gaudemet-Tallon, H. (2001). Le Reglement n° 1347/2000 du Conseil du 29 mai 2000: «Compétence, reconnaissance et exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs». *Journal du Droit International*, II, 381-430.
- Gaudemet-Tallon, H. (2015). *Compétence et exécution des jugements en Europe (matières civile et commerciale: Règlements 44/2001 et 1215/2012, Conventions de Bruxelles 1968 et de Lugano 1988 et 2007)* (5ª ed.). Paris: LGDJ.
- Hellner, M. (2008). The Maintenance Regulation: A Critical Assessment of the Commission's Proposal. En *European Challenges in Contemporary Family Law* (pp. 343-378). Antwerp, Oxford, Portland: Intersentia.
- Jiménez Blanco, P. (2017). Alcance de la autonomía de la voluntad en los procesos sobre persona y familia. En Esplugues Mota, C. y Guzmán Zapater, M. (dirs.). *El derecho internacional privado de la familia* (pp. 51-74). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Keyes, M. & Brooke, A. M. (2015). Jurisdiction agreements: exclusive, optional and asymmetrical. *Journal of Private International Law*, 11 (3), 345-378.

- Kohler, C. (2008). Le nouveau régime transfrontalier des obligations alimentaires en Europe: interrogations sur le règlement (CE) n° 4/2009 du Conseil. *Annuaire de droit européen*, 1175-1185.
- Kostkiewicz, J. K. & Eichenberger, M. (2015). International Maintenance Law in Legal Relations between Switzerland and the EU. *Comparative Law Review*, 20, 14-31. Recuperado de: <http://apcz.umk.pl/czasopisma/index.php/CLR/article/view/CLR.2015.009> [fecha de consulta: 26 de octubre de 2021].
- Lipp, V. (2012). Parteiautonomie im Internationalen Unterhaltsrecht. En Verbeke, A., Scherpe, J., Declerck, C., Helms, T., & Senaev, P. (eds.). *Confronting the Frontiers of Family and Succession Law, Liber Amicorum Walter Pintens*, vol I (pp. 847-866). Cambridge, Antwerpen, Portland: Intersentia.
- Lipp, V. (2013). En Rauscher, T. (ed.). *Münchener Kommentar zum FamFG* (2ª ed.). Munich: H. Beck.
- Ludwig, I. (2020). *Juris PraxisKommentar BGB*. Herberger, M., Martinek, M., Rüssmann, H., Weth, S. & Würdinger, M. (ed.). Saarbrücken: Juris.
- Mărculescu, R., Filip Radu, D. & George, B. (2016). *Dilemmas in applying Council Regulation No 4/2009 (safeguarding the creditors' rights)*. Themis Competition, International Judicial Cooperation in Civil Matters– European Family Law. Recuperado de: https://www.ejtn.eu/PageFiles/14775/Written%20paper_Romania2.pdf [fecha de consulta: 26 de octubre de 2021].
- Marino, S. (2009). Il nuovo regolamento comunitario sulla cooperazione giudiziaria civile in materia di obbligazioni alimentari. *La nuova giurisprudenza civile commentata*, II, 599-614.
- Moura Ramos, R.M. & Rodríguez Benot, A. (2016). *Evolución reciente del Derecho internacional privado de familia en los Estados miembros de la Unión Europea*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Nylund, A. (2019). Family Maintenance and Multi-Speed Integration: A Norwegian Perspective. En Nylund, A. & Strandberg, M. (eds). *Civil Procedure and Harmonisation of Law, The Dynamics of EU and International Treaties* (pp. 209-230). Cambridge, Antwerp, Chicago: Intersentia.
- Pesce, F. (2013). *Le obbligazioni alimentari tra diritto internazionale e diritto dell'Unione Europea*. Roma: Aracne.
- Pocar, F. (2009). La disciplina comunitaria della giurisdizione in tema di alimenti: il Regolamento 4/2009. En Baruffi, C. & Cafari Panico, R. (dirs.). *Le nuove competenze comunitarie. Obbligazioni alimentari e successioni* (pp. 3-15). Padova: Cedam.
- Pocar, F. & Viarengo, I. (2009). Il Regolamento (CE) n. 4/2009 in materia di obbligazioni alimentari. *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, XLV, (4), 805-828.
- Poillot-Peruzzetto, S. (marzo de 2009). Le règlement n. 4/2009 du Conseil du 18 décembre 2008 en matière d'obligations alimentaires. *Dalloz. Répertoire de droit communautaire*, 3-11.
- Queirolo, I. & Schiano di Pepe, L. (2008). Le obbligazioni alimentari nel diritto internazionale privato comunitario. En *Lezioni di diritto dell'Unione Europea e relazioni familiari* (pp. 365-401). Torino: Giappichelli.
- Ricciardi, G. (2021). Le corti tedesche ed il Regolamento (CE) n. 4/2009 sulle obbligazioni alimentari. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 13 (1), 608-628.
- Rodríguez Vázquez, M.A. (segundo trimestre 2020). El Reglamento (CE) 4/09 en materia de obligaciones de alimentos. Problemas de aplicación y soluciones del TJUE. *La Ley (Derecho de familia)*, 26, 1-16.
- Rodríguez Vázquez, M.A. (2010). La regulación del Reglamento 4/2009 en materia de obligaciones de alimentos: competencia judicial internacional, ley aplicable y reconocimiento y ejecución de sentencias. *Revista electrónica de estudios internacionales (REEI)*, 19, 1-30.
- Rodríguez Vázquez, M.A. (2011). Un nuevo instrumento para la reclamación internacional de alimentos: el Reglamento (CE) núm. 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008. *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, 26, 221-233.

- Rueda Valdivia, R. (2013). Cambios en el sistema español de fuentes de Derecho internacional privado en materia de alimentos. En Vázquez Gómez, E.M., Adam Muñoz, M.D. y Cornago Prieto, N. (coords.). *El arreglo pacífico de controversias internacionales* (pp. 607-620). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Vargas Gómez-Urrutia, M. (2012). El cobro internacional de los alimentos. Reflejos del dispositivo protector del acreedor de alimentos en las normas del Reglamento (CE) 4/2009. *Revista de Derecho de la Unión Europea*, 22, pp. 99-118.
- Vargas Gómez-Urrutia, M. (2018). Litigios sobre obligación de alimentos. Normas de competencia y problemas procesales en el Reglamento 4/2009. En Guzmán Zapater, M. y Herranz Ballesteros, M. (dirs.) *Crisis matrimoniales internacionales y sus efectos* (pp. 317-352). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Vassalli di Dachenhausen, T. (2012). Qualche considerazione sull'autonomia delle parti nel regolamento comunitario 4/2009 in materia di obbligazioni alimentari. *Diritto del commercio internazionale*, 361-370.
- Villata, F.C. (2011). Obblighi alimentari e rapporti di famiglia secondo il regolamento n° 4/2009. *Rivista di Diritto Internazionale*, 3, 693-776.
- Villata, F.C. & Válková, L. (2020). Choice of court and choice of law clauses. En Viarengo, I. & Villata, F.C. (eds.) *Planning the Future of Cross Border Families (A Path Through Coordination)* (pp. 625-798). Oxford, London, New York, New Delhi, Sydney: Hart.
- Virgós Soriano, M. y Garcimartín Alférez, F.J. (2007). *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional* (2ª ed.). Cizur Menor (Navarra): Thomson, Civitas.
- Volkova, L. (2017). The interplay between jurisdictional rules established in the EU legal instruments in the field of family law: testing functionality through simultaneous application with domestic law. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 9 (2), 551-568.
- Walker, L. (2015). *Maintenance and child support in private international law*. Studies in private international law. Oxford: Hart Publishing.
- Widiez, G. (2019). *Les obligations alimentaires à caractère international* (Tesis). Universidad de Lille.

**Roberto
Cerón
Reyes**
Universidad
de Chile

roberto.ceron@derecho.uchile.cl

Recibido: 12.10.21

Aceptado: 03.12.21

Una aproximación a la escrituración e interpretación del contrato colectivo de trabajo

Writing and interpreting a collective labor agreement: an approximation

Resumen: Se examinan dos aspectos vinculados al contrato colectivo de trabajo. Primero, las formalidades que envuelven a dicha convención, es decir, su escrituración y registro, con el objeto de identificar su tipo y los efectos derivados de su incumplimiento. Segundo, la interpretación de este acto jurídico, punto donde también se abordan, a modo de necesarias cuestiones previas, las siguientes materias: i) aspectos básicos de hermenéutica del derecho; ii) la naturaleza jurídica del contrato colectivo de trabajo; y iii) la aplicación supletoria del derecho civil en el derecho del trabajo. Ello desemboca en el análisis relativo a la utilización de las normas de interpretación contractual del Código Civil y el significado dado por la Dirección del Trabajo y los tribunales de justicia a algunas de estas disposiciones.

Palabras clave: contrato colectivo de trabajo; formalidades; derecho civil, Código Civil; Código del Trabajo; interpretación contractual.

Abstract: We examine two elements related to the collective labor agreement. First is the formalities that involve this contract: its deed and registration, which let us identify its kind and the effects derived from its breach. Second, the interpretation of this legal act, where we also discuss the following aspects as preliminary issues. First, the essential elements of legal hermeneutics. Second, the legal nature of the collective labor agreement. And third, the suppletory application of civil law in the labor law. The latter results in analyzing the Civil Code's contract interpretation laws and the meaning given to some of these provisions by the Labor's Office and the courts of justice.

Keywords: collective labor agreement; formalities; civil law; Civil Code; Labour Code; contractual interpretation.

La ley N° 20.940, de 2016, de reforma al derecho colectivo del trabajo, incorporó al CdT el art. 320 inc. 1°, que se refiere al instrumento colectivo, definiéndolo como “la convención celebrada entre empleadores y trabajadores con el objeto de establecer condiciones comunes de trabajo y remuneraciones u otros beneficios en especie o en dinero, por un tiempo determinado, de conformidad a las reglas previstas en este Libro [el IV, sobre negociación colectiva]”. A juicio de Irureta, esta tipología contractual laboral es amplia y genérica, de forma tal que bajo su alero quedan comprendidas, en una relación de género a especie, las siguientes figuras: el contrato colectivo, el convenio colectivo, el fallo arbitral y, se quiera o no, el acuerdo del grupo negociador (Irureta, 2016, pp. 14 y 16).

De su lado, el art. 6. inc. 3° del CdT define al contrato colectivo como “el celebrado por uno o más empleadores con una o más organizaciones sindicales o con trabajadores que se unan para negociar colectivamente, o con unos y otros, con el objeto de establecer condiciones comunes de trabajo y de remuneraciones por un tiempo determinado”. El presente trabajo apunta a mostrar y analizar, a modo de primera aproximación, dos materias asociadas a esta convención celebrada entre una empresa y un sindicato: i) su escrituración y registro (art. 320 inc. 3° del CdT) y ii) la interpretación de este acto jurídico. Ambos aspectos han sido escasamente estudiados por la doctrina nacional reciente, cuestión

que, se piensa, valida una incursión en estos tópicos.

Para adentrarse en los puntos ya descritos se recurrirá a la legislación —vigente e histórica—, la doctrina y la jurisprudencia. Igualmente, se acudirá, cuando corresponda, a fuentes de derecho extranjeras, principalmente para ilustrar las situaciones que acá se comentan. De ello fluye que la perspectiva de la reflexión sea eminentemente dogmática, método que se complementa, sobre todo en la primera parte del texto, con el histórico-legislativo.

El artículo se estructura del modo que sigue. Primero se desarrollan las formalidades que envuelven al contrato colectivo de trabajo, es decir, su escrituración y registro, oportunidad donde se ofrecerá una propuesta en torno al tipo de formalidad de ambas exigencias y los efectos derivados de su incumplimiento. Después se pasa a la interpretación de este instrumento colectivo, donde se abordan ciertos aspectos básicos de hermenéutica del derecho; la naturaleza jurídica de dicho contrato; y la aplicación supletoria del derecho civil en el ámbito laboral. Lo anterior permite, en la última parte de la contribución, interiorizarse en un análisis acerca de la utilización de las normas de interpretación contractual del Código Civil y el significado dado por la Dirección del Trabajo y los tribunales de justicia a algunas de estas reglas, específicamente las ubicadas en los artículos 1560, 1561 y 1564 inc. 2. Finalmente, se presentan las conclusiones de rigor.

1. Escrituración del contrato colectivo de trabajo

De acuerdo con el art. 320 inc. 3° del CdT, el contrato colectivo de trabajo “deberá constar por escrito y registrarse en la Inspección del Trabajo dentro de los cinco días siguientes a su suscripción”. Ambos requisitos

sitúan a este acto jurídico fuera de la consensualidad propia del contrato individual de trabajo (Irureta, 2016, p. 17), acercándolo más bien a uno afecto a ciertas formalidades¹.

¹ En expresión de Corral las formalidades son “todos los requisitos externos añadidos a la expresión de voluntad que, para diferentes fines, la ley establece respecto de determinados actos jurídicos” (2018, p. 612).

Estas dos exigencias se remontan a los orígenes de la legislación laboral chilena. Sin entrar en detalles, desde el CdT de 1931 que estas formalidades envuelven al contrato colectivo; así se desprende del art. 19 del texto legal recién citado². Igual cosa sucede con el art. 30 inc. 2° e inc. 3° del DL N° 2.758³, conocido también como “Plan Laboral”, disposición que en virtud de la ley N° 18.620 de 1987 se incorpora, en idénticos términos, al art. 315 inc. 2° del CdT. Finalmente, los incisos 3° y 4° del art. 120 de la ley N° 19.069⁴, de 1991, consagran tales formalidades, normativa que se fijó en el art. 344 inc. 3° del CdT, a través de DFL N° 1 de 1994.

1.1. La escrituración del contrato colectivo propiamente tal

La escrituración de este contrato es una solemnidad —especie de formalidad— constitutiva, pues a través de ella se expresa el concurso de voluntades de las partes que celebran este acto jurídico (empresa y sindicato), al punto que, si se omite tal exigencia, simplemente no hay consentimiento (Corral, 2018, p. 613; Barcia, 2010, p. 102; López, 2010, p. 98; Vial, 2006, pp. 215-216; Ducci, 2006, pp. 317-319; Alessandri, Somarriva y Vodanovic; 2005, p. 312); al tenor del artículo 1443 del CC, se está frente a un contrato “solemne” pues “está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil”, efecto drástico que se analizará oportunamente. En general, la doctrina laboral reciente no ha prestado una debida atención a los alcances de esta solemnidad, limitándose a una descripción general de aquella en los manuales de estilo (Lizama y Riquelme, 2021, p. 205;

Gamonal, 2020, p. 326; Lanata, 2018, p. 247; Walker y Arellano, 2014, p. 723; Humeres, 2005, p. 230; Macchiavello, 1989, pp. 394-395); también abordándola en estudios sobre contratación colectiva (Irueta, 2016, pp. 16-17) o revisándola circunstancialmente a la hora de desarrollar ciertas temáticas (Ogalde, 2016, p. 182).

Más allá fueron algunos comentaristas del CdT de 1931, quienes sí se refirieron a este punto. Para ellos la escrituración es una solemnidad constitutiva (Walker, p. 1941, p. 211; Escribar, 1944, p. 450; Gaete, 1960, p. 258; indirectamente Humeres, 1960, p. 45; y entre la doctrina actual Macchiavello, 1989, p. 394) que caracteriza al contrato colectivo y lo diferencia del contrato individual, de modo que si el primero no se escritura o es meramente verbal adolecería de nulidad absoluta (Pérez, 1937, p. 67; Escribar, 1944, p. 450; Gaete, 1960, p. 258; y también Macchiavello, 1989, p. 394). Sanción civil que se explica porque la escrituración es un elemento consustancial a esta especie de contrato, es decir, intrínseco a su naturaleza⁵ (Ducci, 2006, pp. 317; Barcia, 2010, p. 103; López, 2010, p. 99). Ciertamente, más tajante, postula que la no escrituración acarrea la nulidad de pleno derecho del acto sin necesidad alguna de declaración judicial (Corral, 2018, pp. 614-615).

Las razones esgrimidas por algunos intérpretes del CdT de 1931 para explicar este requisito del contrato colectivo refieren a lo numerosa de la clase obrera y lo cuantioso de los intereses en juego (Humeres, 1960, p. 44), y la particularidad de esta convención, asimilable a una “ley no parlamentaria”⁶ (Escribar, 1944, p. 450). No obstante la importancia de aquellas consideraciones,

² “El contrato colectivo se *extenderá* en tres ejemplares, uno de los cuales se *remitirá al Inspector del Trabajo* respectivo” (las cursivas son mías). El texto en Ruiz de Gamboa y Díaz, 1942, p. 36.

³ A propósito del contrato colectivo los incisos en cuestión señalaban: “Si dicho acuerdo se produjere, sus estipulaciones constituirán el contrato colectivo y *deberán constar por escrito*.- *Copia de este contrato deberá enviarse a la Inspección del Trabajo* dentro de los 5 días siguientes a su suscripción” (las cursivas son mías). El texto en Díaz, 1982, p. 164.

⁴ “El contrato colectivo *deberá constar por escrito*.- *Copia de este contrato deberá enviarse a la Inspección del Trabajo* dentro de los cinco días siguientes a su suscripción” (las cursivas son mías). El texto ha sido recuperado de: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=30436> [fecha de consulta: 5 de abril de 2021].

⁵ Véanse los arts. 1681 y 1682 del CC.

⁶ En el apartado de interpretación del contrato colectivo de trabajo se revisará este aspecto.

pareciera ser que los motivos de esta solemnidad apuntan a evitar ulteriores disputas sobre el contenido del contrato colectivo (Despax, 1966, p. 250; Irureta, 2016, p. 17), porque la forma escrita garantiza y facilita su conocimiento (Cruz, 2015, p. 521; Martín, Rodríguez-Sañudo y García, 2016, p. 395) y, por añadidura, lo dota de certeza jurídica al tornar indudable su existencia (Cruz, 2015, p. 521).

A propósito de la interpretación de cláusulas del contrato colectivo y la discusión sobre las formalidades de los pactos de horas de trabajo sindical, la jurisprudencia judicial ha resaltado el carácter solemne del mismo, identificándolo casi exclusivamente con su escrituración. Se sostiene que a través de este último atributo se fijan las obligaciones de las partes y se excluye la existencia de cláusulas tácitas⁷; que la formalidad en asunto se explicaría por la naturaleza colectiva de este acto jurídico, que supone el consentimiento —eventual— de partes “plurales” (empresas y sindicatos) y, además, su posible extensión a sujetos que ni siquiera participaron en su gestación (extensión de beneficios)⁸; otros pronunciamientos hablan de solemnidades del contrato colectivo, sin entrar en mayores detalles⁹. Por su parte, la jurisprudencia administrativa, pronunciándose sobre la improcedencia de las cláusulas tácitas en los contratos colectivos, sostiene idéntico predicamento sobre la escrituración, en tanto el acto jurídico en cuestión “para que nazca a la vida del derecho y, por consiguiente, produzca todos los efectos que le son propios, requiere

necesariamente de una formalidad especial, cual es la escrituración del documento”¹⁰.

Si se mira la legislación extranjera¹¹, la escrituración del contrato colectivo es vista como una solemnidad constitutiva. En España, el ET menciona como requisito de validez del convenio colectivo, asimilable —en términos generales— al contrato colectivo chileno, la forma escrita, so pena de nulidad¹²; en términos semejantes a la norma ibérica se ubica la francesa¹³. A diferencia del precepto chileno, ambas se refieren a la sanción de nulidad. Esto es significativo, ya que, frente a controversias de este tipo, el juzgador laboral podría aplicar directamente la regla especial, sin necesidad de recurrir supletoriamente a la legislación civil, como debería ocurrir en nuestro caso. Situación no problemática en sí misma, pero que conlleva un esfuerzo argumentativo tendente a superar las reticencias que, a veces, despierta la aplicación del derecho civil en el derecho del trabajo. En el plano internacional, la forma escrita también es sugerida en la Recomendación N° 91 de la OIT, sobre los contratos colectivos¹⁴.

1.2. El registro en la Inspección del Trabajo

El registro en la Inspección del Trabajo dentro de los cinco días siguientes a su suscripción corresponde a la segunda formalidad del contrato colectivo de trabajo. Una primera interrogante que se debe dilucidar es la identificación de su naturaleza, punto en que la doctrina

⁷ CA de San Miguel, Rol N° 362-2017 (Reforma Laboral), de 07/12/2017, considerando séptimo; 1° JLT de Santiago, RIT O-6865-2016, de 21/04/2017, considerando octavo; CA de Santiago, Rol N° 1645-2013 (Reforma Laboral), de 16/04/2014; y CA de Santiago, Rol N° 120-2012 (Reforma Laboral), de 17/08/2012, considerando noveno.

⁸ CS, RUJ (rechazado) Rol N° 4187-2013, de 14/10/2013, considerando sexto.

⁹ JLT de Talca, RIT S-1-2020, de 22/03/2021.

¹⁰ Ord. N° 3787, de 06/10/2014. En igual sentido Ord. N° 2996, de 03/06/2016.

¹¹ El uso que aquí se le da a la legislación extranjera es sencillo, pues con ello se apunta a “la ilustración de los problemas, en la búsqueda de argumentos en casos concretos y en la propuesta de alternativas” (Ferrante, 2016, p.605).

¹² Art. 90 número 1 del ET “[l]os convenios colectivos a que se refiere esta ley han de formalizarse por escrito, bajo sanción de nulidad”.

¹³ Article L2231-3: “La convention ou l'accord est, à peine de nullité, un acte écrit”; cuya traducción libre sería: “La convención o acuerdo es, bajo pena de nulidad, un acto escrito”. Recuperado de: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000006901672/ [fecha de consulta: 15 de abril de 2021].

¹⁴ La recomendación en: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R091 [fecha de consulta: 20 de abril de 2021].

laboral reciente no dice mucho. Estos afirman que se trataría de una solemnidad, sin decir de qué tipo (Lizama y Riquelme, 2021, p. 205; Irureta, 2016, p. 16; Lanata, 2018, p. 247), o no le atribuyen ningún carácter (Gamonal, 2020, p. 327; Humeres, 2005, p. 230; Macchiavello, 1989, p. 394), o simplemente no mencionan este requisito (Walker y Arellano, 2014, pp. 721-732). Por el contrario, parte de los estudiosos del CdT de 1931 sí se pronunciaron sobre la materia. Como se recordará, la norma de aquel entonces abordaba esta formalidad bajo la idea de remisión de un ejemplar del contrato colectivo al órgano laboral¹⁵, lo que indudablemente comprendía el registro de aquel instrumento. Según algunos, se estaba frente a una obligación patronal cuyo incumplimiento, a diferencia de la escrituración, no acarreaba la nulidad absoluta de dicho acto jurídico, pero sí la aplicación de una sanción administrativa (Pérez, 1937, p. 69); otros postulaban su carácter de solemnidad, sin especificarla, destinada a “garantizar oficialmente su conservación e integridad” (Escribar, 1944, p. 450), de modo que su infracción configuraba la nulidad del contrato, sin mencionar su naturaleza —absoluta o relativa—¹⁶. En esta misma línea, Gaete abogaba por la idea de solemnidad sin mayores distinciones, pero sin aclarar cuál era la sanción aplicable (1960, p. 258). Finalmente, autores como Humeres (1960, p. 45) y Walker (1941, p. 211) no se refirieron al punto.

Un análisis de esta formalidad permite identificarla como una exigencia de publicidad con fines esencialmente registrales (Corral, 2018, p. 617), ya que a través de ella se informaría y se oficializaría el contrato colectivo de trabajo a terceros que no participaron en su celebración, como sería el caso de la administración laboral y, eventualmente, los particulares que podrían interesarse en el contenido de este acto jurídico¹⁷; específicamente, se trata de una formalidad de simple noticia que persigue el registro público del acto jurídico (Corral, 2018, p. 618; Barcia, 2010, pp. 105-106; Vial, 2006, p. 219; Alessandri, Somarriva y Vodanovic; 2005, p. 313). Esto dotaría de una presunción de veracidad y de legalidad a las cláusulas de este contrato, mientras no sean impugnadas en sede judicial (Irureta, 2016, p. 17); atributo del que, obviamente, carecería el instrumento no registrado. Ni el art. 320 inc. 3° ni otra disposición del CdT habilita a la administración laboral para revisar la legalidad y pertenencia de las cláusulas del contrato colectivo al momento de su registro, cuestión que refuerza el carácter de formalidad de simple noticia, sin perjuicio de sus atribuciones fiscalizadoras ex post y siempre dejando a salvo la competencia de los tribunales en estas materias¹⁸.

La libertad sindical también contribuye al planteamiento que aquí se sugiere; una de las dimensiones colectivas

¹⁵ Véase nota 2.

¹⁶ Es el significado que atribuimos al planteamiento de este autor que, al referirse a esta situación, señala: “La remisión del texto del convenio colectivo a la autoridad local del trabajo (...) le atribuimos también carácter de solemnidad que afecta a la eficacia del acto” (Escribar, 1944, p. 450).

¹⁷ Con todo, si un particular solicita información a la administración laboral sobre un contrato colectivo de trabajo, su petición queda sujeta a la exigencia del artículo 20 de la ley N° 20.285 “Sobre Acceso a la Información Pública”, que señala: “Cuando la solicitud de acceso se refiera a documentos o antecedentes que contengan información que pueda afectar los derechos de terceros, la autoridad o jefatura o jefe superior del órgano o servicio de la Administración del Estado, requerido, dentro del plazo de dos días hábiles, contado desde la recepción de la solicitud que cumpla con los requisitos, deberá comunicar mediante carta certificada, a la o las personas a que se refiere o afecta la información correspondiente, la facultad que les asiste para oponerse a la entrega de los documentos solicitados, adjuntando copia del requerimiento respectivo.- Los terceros afectados podrán ejercer su derecho de oposición dentro del plazo de tres días hábiles contado desde la fecha de notificación. La oposición deberá presentarse por escrito y requerirá expresión de causa.- Deducida la oposición en tiempo y forma, el órgano requerido quedará impedido de proporcionar la documentación o antecedentes solicitados, salvo resolución en contrario del Consejo, dictada conforme al procedimiento que establece esta ley.- En caso de no deducirse la oposición, se entenderá que el tercero afectado accede a la publicidad de dicha información”.

¹⁸ Véase, por ejemplo, el Ord. N° 734, de 25/02/2019.

de este derecho fundamental es la libertad de acción sindical, en virtud de la cual las organizaciones de trabajadores —en este caso un sindicato— son libres de determinar y encauzar sus más diversas actuaciones a los fines que autónomamente se proponen (Lizama y Riquelme, 2021, pp. 17-18; Sala Franco, 2020, pp. 53-54; Gamonal, 2020, pp. 100-104; Lanata, 2018, p. 18; Thayer y Novoa, 2014, p. 145; Macchiavello, 1989, p. 124; Gaete, 1960, p. 215; Convenio OIT N° 87, art. 3 N° 1), limitadas, evidentemente, a las prescripciones del ordenamiento jurídico. Ciertamente, la negociación colectiva, que suele concluir con la suscripción del contrato colectivo, es expresiva de dicha dimensión. Si la ley ya dispuso una solemnidad constitutiva —la escrituración—, sería del todo gravoso para esta libertad agregar otra exigencia de este tipo, máxime si las partes, a través de la suscripción de este instrumento, exteriorizan su plena y total aceptación con el contenido del mismo. Recuérdese que en el ámbito del derecho colectivo el sindicato se encuentra en un plano de igualdad negocial con el empresario (Macchiavello, 1989, pp. 47 y 61-62)¹⁹, desvaneciéndose así la desigualdad material que se observa en las relaciones individuales de trabajo. Varía, incluso, el alcance del principio protector, dirigido no a encauzar exclusivamente la dictación de normas estatales protectoras, sino a la creación de “instrumentos cuya eficacia deriva del número, de la disciplina, de la organización técnica y administrativa, del poder material de cada una de las partes” (Plá, 2015, p. 58).

Debido a todo lo anterior se afirma que la omisión de esta formalidad no impide que el contrato colectivo nazca a la vida del derecho y produzca sus efectos

entre los suscribientes. Estos últimos, enfrentados a un conflicto —administrativo o judicial— referido a la existencia y autenticidad del instrumento, deberán aportar los elementos probatorios que permitan dilucidar esta controversia. Así las cosas, el incumplimiento de esta formalidad acarrearía la imposición de una multa administrativa (Pérez, 1937, p. 69) por infracción del art. 320 inc. 3 del CdT²⁰ y privaría al contrato colectivo de aquella presunción de legalidad y veracidad ya descrita. Respecto a la infracción y sin perjuicio de lo que podría suceder en la práctica, se piensa que esta debería recaer tanto en la empresa como en la organización sindical porque en ambos pesa la carga de registrar dicho acto jurídico. Conclusión que se apoya en el planteamiento de la jurisprudencia administrativa vigente, pues se estaría ante una controversia que tiene su origen en una infracción a la normativa laboral y no en una diferencia interna de la organización sindical²¹, caso este último donde prima, sin duda, la autonomía colectiva por sobre las competencias de fiscalización.

No se han encontrado pronunciamientos administrativos y judiciales que aborden expresamente esta formalidad de simple noticia. Los tribunales, al referirse a estos elementos que cubren al contrato colectivo de trabajo, únicamente mencionan la escrituración o las solemnidades en general²², constatación fáctica que abonaría una razón más para descartar su carácter de solemnidad constitutiva y, eventualmente, adherir a la propuesta ya sugerida.

Al igual que con la escrituración, las legislaciones española y francesa contemplan el registro del instrumento

¹⁹ Sobre el punto la jurisprudencia ha señalado que: “el derecho colectivo del trabajo es una expresión de la protección a los trabajadores, la cual ha sido reconocida desde antiguo, tanto por la doctrina como la jurisprudencia, como aquella parte más débil de la relación laboral, cuando actúa en singular, pero una vez que pasa a actuar en plural, entiéndase por tal, a los trabajadores unidos en un sindicato para negociar colectivamente, evidentemente pierde esta condición de parte «débil» y pasa a ser considerado como un igual o parte equivalente en un vínculo contractual”. Véase 1° JLT de Santiago, RIT S-14-2018, de 22/11/18 (considerando décimo quinto). En igual sentido, 2° JLT de Santiago, RIT O-552-2017, de 26/05/2017 y CA de San Miguel, Rol N° 362-2017 (Reforma Laboral), de 17/12/2017.

²⁰ El “Tipificador de hechos infraccionales y pauta para aplicar multas administrativas”, en el capítulo 27 sobre “Negociación Colectiva” califica de grave “[n]o registrar en la Inspección del Trabajo el instrumento colectivo” (2021, p. 102).

²¹ Ord. N° 2374, de 24/07/2002.

²² Véase notas 7 a 9.

colectivo de trabajo. A sabiendas de la distancia que separa a estos modelos normativos de negociación colectiva del nuestro, el ET regula dicha materia en el art. 90 números 2²³, 3²⁴ y 5²⁵. Adicionalmente, existe un RD, el 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo. De la sola lectura de la primera norma citada se advierte una nítida diferencia con su símil chilena: la facultad de

la administración laboral de recurrir a la jurisdicción — social— si estima que un instrumento colectivo contiene algún vicio de legalidad o lesiona gravemente intereses de terceros (90 N° 5). Por su parte, el artículo L2231-5-1 del Code du Travail habla de una base de datos nacional donde se ingresan los convenios y acuerdos colectivos de toda índole (de sucursales, grupos, interempresas y establecimientos)²⁶.

2. Interpretación del contrato colectivo de trabajo

2.1. Cinco cuestiones básicas sobre interpretación jurídica

Interpretar, en la acepción que aquí interesa, apunta a “explicar o declarar el sentido de algo”²⁷; en otras palabras, es una acción ejecutada por una persona dirigida a atribuir significado a un ente (Tarello, 2013, p. 34; Squella, 2008, p. 377). Este concepto vulgar conecta con un tema de gran calado en la ciencia jurídica: la interpretación del derecho. No se pretende ahondar en este punto, pero sí se deben sentar un par de premisas —básicas, a estas alturas— generalmente aceptadas por

los estudiosos de esta materia, a modo de encuadre del tema que nos ocupa, el de la hermenéutica del contrato colectivo de trabajo.

Primero, la interpretación del derecho es la operación practicada por un sujeto (intérprete) tendente a dotarlo de sentido (Tarello, 2013, p. 38; Squella, 2008, p. 377)²⁸; aquella abarca las fuentes formales —ley en su sentido lato, costumbre y jurisprudencia—, los principios jurídicos —comunes y especiales de cada disciplina jurídica— y, en general, todo valor normativo (Tarello, 2013, pp. 40-42; Squella, 2008, p. 378; Ducci, 2006,

²³ “Los convenios deberán ser presentados ante la autoridad laboral competente, a los solos efectos de registro, dentro del plazo de quince días a partir del momento en que las partes negociadoras lo firmen. Una vez registrado, el convenio será remitido al órgano público competente para su depósito”.

²⁴ “En el plazo máximo de veinte días desde la presentación del convenio en el registro se dispondrá por la autoridad laboral su publicación obligatoria y gratuita en el «Boletín Oficial del Estado» o en el correspondiente boletín oficial de la comunidad autónoma o de la provincia, en función del ámbito territorial del convenio”.

²⁵ “Si la autoridad laboral estimase que algún convenio conculca la legalidad vigente o lesiona gravemente el interés de terceros, se dirigirá de oficio a la jurisdicción social, la cual resolverá sobre las posibles deficiencias previa audiencia de las partes, conforme a lo establecido en la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social”.

²⁶ La primera parte de la disposición citada indica que: “Les conventions et accords de branche, de groupe, interentreprises, d’entreprise et d’établissement sont rendus publics et versés dans une base de données nationale, dont le contenu est publié en ligne dans un standard ouvert aisément réutilisable. Ils sont publiés dans une version ne comportant pas les noms et prénoms des négociateurs et des signataires”. La traducción libre sería “Los convenios y acuerdos de sucursales, grupos, interempresas, empresas y establecimientos se hacen públicos y se ingresan en una base de datos nacional, cuyo contenido se publica en línea en un estándar abierto que es fácilmente reutilizable. Se publican en una versión que no incluye los nombres y apellidos de los negociadores y firmantes”.

²⁷ Real Academia Española, 2020. Recuperado de: <https://dle.rae.es/interpretar> [fecha de consulta: 5 de mayo de 2021].

²⁸ Según Tarello la idea de “interpretación del derecho” es más bien premoderna, inclinándose por la acepción moderna de “interpretación de la ley” (2013, pp. 37-38). Reconoce que ambas expresiones se utilizan indistintamente.

pp. 37-39; Rodríguez, 1992, pp. 48-49). Bajo esta última noción quedarían comprendidas la ley emanada del poder legislativo, el decreto, la costumbre jurídica, el contrato, los dictámenes de los órganos administrativos, la sentencia judicial, los principios y demás.

Segundo, existe una relación contingente entre la interpretación y la aplicación del derecho. En efecto, todo sujeto, premunido de las cualidades necesarias, puede asignar significado a una norma jurídica, pero no necesariamente su actividad estará encaminada a aplicar inmediatamente aquel precepto u otro valor normativo que interpreta, a volverlo operativo; así ocurre con las opiniones de la doctrina. Por su parte, quienes significan y aplican la norma —en un sentido activo— son los órganos jurídicos legitimados para ello (Tarello, 2013, pp. 65-66; Squella, 2008, pp. 379-380 y 384; Ducci, 2006, p. 13), como sería el caso, en lo que aquí concierne, de la judicatura y la administración laboral. Su labor hermeneútica puede mirarse, regularmente, como un medio para concretar la norma a una situación determinada, creándose así un precepto específico derivado de aquella actividad (Squella, 2008, p. 381; Rodríguez, 1992, p. 50).

Tercero, la distinción entre textos y normas, donde los primeros contienen enunciados normativos, es decir, documentos con valor jurídico —leyes y demás—, mientras que las segundas son el resultado de la operación interpretativa, es decir, del significado dado por el intérprete a tales enunciados que, a su vez, forman parte del ordenamiento jurídico (Tarello, 2013, pp. 111-114; Squella, 2008, p. 390). Distinción sutil que suele obviarse en la praxis jurídica, pues como bien advierte Squella:

en el modo de hablar habitual de los juristas, sean éstos profesores de derecho, abogados o jueces,

está siempre presente la idea de la interpretación del derecho como una actividad referida a normas y no a los textos (...) pero a condición (...) de que se mantenga en claro la distinción entre las normas como significado de los enunciados que aparecen en los textos jurídicos y los textos jurídicos en que tales enunciados se contienen (2008, p. 391).

Cuarto, las variadas clases de interpretación. Sin tanto preámbulo, la hermenéutica del derecho se agrupa en distintos tipos; acá nos interesa recordar que aquella será judicial si proviene de un tribunal, actividad enmarcada en la resolución de un conflicto jurídico, donde dicho órgano interpreta-aplica las normas que zanjarán el asunto, y que cristaliza en una sentencia (Tarello, 2013, p. 73; Squella, 2008, p. 398; Ducci, 2006, p. 40); la interpretación será administrativa si es realizada por ciertos servicios públicos que están facultados para fiscalizar e interpretar la legislación; habitualmente se expresa en dictámenes donde, precisamente, se emplean las normas legales que operan en la esfera de atribuciones del respectivo órgano; y dotan de coherencia y uniformidad a la actividad de fiscalización de las normas interpretadas (Squella, 2008, p. 398; Ducci, 2006, pp. 42-43; Lizama, 1998, p. 36). Tal es el caso de la Dirección del Trabajo y sus dictámenes²⁹. Finalmente, los propios sujetos de derecho pueden dotar de sentido a aquellos textos que contienen enunciados normativos (Squella, 2008, p. 399; Ducci, 2006, p. 41), como sucedería con la interpretación-aplicación de mutuo acuerdo del contrato colectivo de trabajo que realizan las partes sujetas al mismo. Con todo, carecen de facultades para resolver posibles diferencias no pacíficas en esta materia.

Quinto y final, del objeto interpretado. Desde el comienzo de este trabajo se ha recalcado el interés que se prestará a la interpretación dada por la administración laboral y los tribunales a un instrumento

²⁹ Por su parte, los ordinarios reiteran la doctrina contenida en los dictámenes. Ambos son rotulados indistintamente, con la primera denominación, para lo cual la administración laboral emplea la abreviatura "ORD.". En este trabajo se trabajará con ambos documentos, en tanto dan cuenta de la actividad interpretativa de este órgano.

colectivo específico: el contrato colectivo de trabajo. Afirmación reiterativa, pero solo en principio, por cuanto la determinación más o menos exacta de la naturaleza jurídica de esta convención, a la luz de la actual normativa que rige en este ámbito sirve para justificar, no sin reservas, la utilización de todo un cuerpo de reglas de interpretación, la de los contratos civiles, ubicadas entre los artículos 1560 a 1566 del CC.

2.2. Sobre la naturaleza jurídica del contrato colectivo de trabajo

Desde los orígenes de la disciplina se ha discurrido sobre la esencia del contrato colectivo, buscándose una explicación satisfactoria que dé cuenta de sus particularidades; diversas teorías, primero cercanas al derecho civil (contractualistas), después próximas al derecho público y al —en ese entonces— naciente derecho social (normativistas), han intentado, con mayor o menor éxito, ofrecer una respuesta³⁰. Respecto de estas últimas, el planteamiento de Canelutti nos sitúa inmediatamente en el punto a tratar. Para el afamado jurista italiano el contrato colectivo “tiene el cuerpo de contrato y el alma de la ley” (1927, p. 108)³¹, naturaleza jurídica bifronte que, a su vez, supone un componente obligacional y otro normativo.

Obligacional porque aquel acto jurídico es un acuerdo que contiene derechos y obligaciones recíprocos cuyos titulares son las partes contratantes —empresa, sindicato y trabajadores afiliados al mismo— (Gamonal, 2020, pp. 338-341; Lanata, 2018, pp. 246-247; Thayer y

Novoa, 2008, p. 149; Macchiavello, 1989, pp. 144-145 y 148); normativo debido a que predetermina, en términos generales y abstractos, el contenido fundamental de los contratos individuales de trabajo de los trabajadores que participan en el sindicato (Gamonal, 2020, pp. 338-341; Lanata, 2018, pp. 6, 238 y 255; Thayer y Novoa, 2008, p. 149; Macchiavello, 1989, pp. 147), proyectando sus cláusulas en aquellos contratos, tanto en los actuales como en los futuros. Con todo, en la práctica la distinción no es tan clara, al punto que se identifican cláusulas que “son a la vez normativas y obligatorias, de naturaleza híbrida, como por ejemplo aquellas que estatuyen límites al poder empresarial de administrar la relación laboral” (Gamonal, 2020, p. 340).

Novoa analiza la regulación del contrato colectivo en el CdT de 1931, ocasión en la que sugiere la recepción de los criterios publicistas y sociales, así como su naturaleza jurídica bifronte. A su juicio, el elemento obligacional fluía del art. 17³² porque el contrato colectivo instituye obligaciones a las partes que lo suscribieron (patrones y obreros del sindicato que concurrieron a su celebración), carácter que se refuerza por lo dispuesto en el art. 21³³; el elemento normativo se desprendía del art. 18³⁴ al irradiar, con carácter de ley, a los contratos individuales de trabajo de todos los miembros del sindicato, actuales y futuros, las cláusulas de este instrumento (Gamonal, 2020, p. 360; Novoa, 1996, pp. 55-56). Este elemento futuro dio pábulo para afirmar que el contrato colectivo “es la reglamentación contractual previa de las condiciones de trabajo, que no suprime, sino que integra, los contratos individuales con cláusulas ventajosas para el trabajador” (Walker, 1941, p. 211).

³⁰ Para este tópico y en nuestro medio, véase con provecho Gamonal, 2020, pp. 329-332; Lanata, 2018, pp. 241-247; Thayer y Novoa, 2008, pp. 145-149; y Pérez, 1937, pp. 35-56.

³¹ La expresión original es “il corpo del contratto e l'anima della legge”.

³² “El contrato colectivo obliga a todos los patrones que lo suscriban, por sí o por intermedio de sus representantes legales, y a todos los obreros que pertenecieran al Sindicato legalmente constituido que hubiere estado representado en la forma debida en la celebración de dicho contrato”. El texto en Ruiz de Gamboa y Díaz, 1942, p. 36.

³³ “Al Sindicato que hubiere suscrito un contrato colectivo de trabajo, corresponderá responsabilidad por las obligaciones contraídas por cada uno de los trabajadores que pertenezcan a él, y tiene, asimismo, personería suficiente para ejercer los derechos que a los mismos les corresponden”. El texto en Ruiz de Gamboa y Díaz, 1942, p. 37.

³⁴ “Las estipulaciones de un contrato colectivo se convierten en cláusulas obligatorias, o en parte integrante de los contratos individuales de trabajo que se celebren durante su vigencia”. El texto en Ruiz de Gamboa y Díaz, 1942, p. 36.

Con la dictación del DL N° 2.758, de 1979, el carácter normativo que manaba del art. 18 del CdT de 1931 “tuvo un vuelco estructural”, según se reflexionará a continuación (Novoa, 1996, p. 56). Sin repetir el ejercicio histórico-legislativo efectuado para analizar las formalidades del contrato colectivo, por cuanto la revisión del cúmulo de normas involucradas excedería los límites de esta contribución³⁵, conviene, eso sí, prestar atención a algunas modificaciones legislativas, sobre todo para entender la actual regulación en la materia que se comenta. Efectivamente, el artículo precitado fue sustituido por el art. 32 inc. 1° del decreto en cuestión³⁶, que limita las estipulaciones del contrato colectivo y de los fallos arbitrales únicamente a los trabajadores partícipes de una negociación respectiva. En la misma línea, la referida fuente legal modificó, entre otros, el art. 6 inc. 3° del DL 2.200³⁷, de 1978, que define dicho instrumento, circunscribiendo sus alcances exclusivamente a los trabajadores que lo celebraron. Igualmente, este mismo precepto consigna el efecto de reemplazo de cláusulas, aspecto de la esencia del elemento normativo, y que, con las salvedades del caso, solo afecta a los trabajadores que suscribieron el contrato colectivo. Cierra este grupo de normas del DL 2.758, de 1979, la posibilidad de derogación *in peius* del contrato colectivo³⁸ y la prohibición de negociar con efecto *erga omnes*³⁹, en un nivel superior y en relación a personas distintas a las inicialmente involucradas, incluso con acuerdo de estas (Novoa, 1996, p. 56).

Corolario de tales cambios legislativos fue el decaimiento del elemento normativo, en aras de una concepción marcadamente contractualista de este instrumento, por cuanto el efecto de estas normas quedó restringido a quienes participaban de una negociación, eliminándose así la proyección de las normas del contrato colectivo en otros contratos individuales distintos a los de quienes se les aplicaba este acto jurídico -los futuros-. A tal punto ello fue así, que algunos comentaristas de estas disposiciones no dudan en señalar que el contrato colectivo ahora podía explicarse a la luz de la teoría del mandato, porque la comisión negociadora del mismo actuaba como mera mandataria de los trabajadores del sindicato (mandantes) (Acuña, 1983, pp. 80-81; Novoa 1996, pp. 56-57). En consecuencia, “las normas que se crean no existen fuera de los contratos individuales a los que se incorporan por el hecho de estar involucrados dichos trabajadores en el contrato, sino dentro de esos contratos individuales (Novoa, 1996, p. 56).

El escenario actual, reformas legales mediante, no ha significado un pleno retorno del efecto normativo, sino una situación bastante *sui generis*. Se habla de “un contenido fundamentalmente normativo, pero de aplicación restringida” (Novoa, 1996, p. 58) o un “contrato normativo de alcance discreto” (Gamonal, 2020, p. 332). Aquí se adhiere a tales afirmaciones. Un breve recuento de ciertos preceptos servirá para comprender este predicamento.

³⁶ “Las estipulaciones de los contratos colectivos y las de los fallos arbitrales sólo regirán respecto de los trabajadores que hayan sido parte de la negociación y tendrán una duración no inferior a dos años”. El texto en Díaz, 1982, p. 165.

³⁷ “El contrato es colectivo cuando se celebra entre un empleador y uno o más sindicatos de empresa, o entre un empleador y un grupo de trabajadores de la empresa unidos para tal efecto, o con unos y otros, con el objeto de establecer condiciones comunes de trabajo o de remuneraciones para los trabajadores que concurrieron a su celebración. Las estipulaciones de los contratos colectivos reemplazarán en su totalidad a las contenidas en los contratos individuales de los trabajadores que sean parte de aquéllos”.

³⁸ Art. 9: “La negociación individual entre un empleador y un trabajador es un derecho irrenunciable. Ninguna disposición de esta ley podrá interpretarse en sentido contrario.- Por consiguiente, quedan prohibidas todas las acciones que directa o indirectamente atenten contra este derecho. Ningún sindicato o agrupación podrá ejercer presiones en tal sentido, ni solicitar o negociar condiciones para un trabajador que no pertenezca a ellos”. El texto en Díaz, 1982, p. 156.

³⁹ Según Novoa (1996, p. 56), este aspecto fluye también del art. citado en la nota anterior, y del 12, en su número N° 5 e inc. penúltimo que, respectivamente, prescriben: “No podrán ser objeto de negociación colectiva ni de ningún tipo de convenio o contrato colectivo, las siguientes materias: (...) N° 5 Las que se refieran a remuneraciones y condiciones de trabajo de personas que no pertenezcan al sindicato o grupo negociador o de quienes no les es permitido negociar colectivamente” y “[l]as estipulaciones de un contrato colectivo o de una resolución arbitral que incidan en algunas de las materias referidas precedentemente, adolecerán de nulidad absoluta, aun tratándose de convenios colectivos suscritos directamente entre las partes, sin que haya mediado el procedimiento de negociación colectiva que regula esta ley”. El texto en Díaz, 1982, pp. 156-157.

Por una parte, la definición de instrumento colectivo del art. 320 inc. 1° del CdT alude únicamente a los sujetos que participan en una negociación que conduce a la suscripción, en este caso, de un contrato colectivo. Novoa comenta una situación parecida, al revisar la modificación introducida por la ley N° 19.069, de 1991, al concepto de contrato colectivo⁴⁰, en virtud de la cual se suprimió la frase "...para los trabajadores que concurrieron a su celebración"⁴¹ (1996, p. 57). Postula, asimismo, que el legislador no señala a quiénes se aplicaría la normativa del contrato; desde luego comprende a quienes negociaron, pero deja la puerta abierta para que, a diferencia de la normativa anterior, alcance a los futuros trabajadores (Novoa, 1996, p. 57). Sin embargo, no especifica bajo qué condiciones acontecería esto. Ahora bien, si se leen las disposiciones vigentes, ello puede suceder únicamente en dos casos. Primero, cuando los trabajadores ingresan a la empresa una vez celebrado el contrato colectivo y se afilian al sindicato que suscribió dicho instrumento. En esta situación no opera la aplicación automática, por el contrario, al tenor del art. 310 del CdT⁴², la administración laboral admite, bajo el prisma del principio de libertad sindical, que se pacte, en el mismo instrumento o en acuerdo posterior, la sujeción al contrato colectivo vigente de los nuevos socios del sindicato⁴³. Segundo, la extensión de los

beneficios contenidos en este instrumento en favor de los trabajadores sin afiliación sindical, regulada en el art. 322 incisos 2°⁴⁴ y 3°⁴⁵ del cuerpo legal precitado, siempre y cuando aquellos acepten este mecanismo y paguen todo o parte de la cuota ordinaria sindical. Algo similar podría suceder, al tenor del inc. final del art. recién nombrado, con la extensión a todos los trabajadores de las cláusulas de reajuste de remuneraciones conforme al Índice de Precios al Consumidor⁴⁶.

Por otra parte, el efecto sustitutivo o imperativo del contrato colectivo de trabajo, que despliega toda su fuerza durante su vigencia. El art. 311 inc. 2° del CdT señala que "Las estipulaciones de los instrumentos colectivos reemplazarán en lo pertinente a las contenidas en los contratos individuales de los trabajadores que sean parte de aquellos". Una vez más, Novoa, analizando el antiguo art. 348 inc. 1° de este texto legal⁴⁷, antecedente inmediato de la actual norma, afirma:

Con esta modificación los contratos individuales siempre mantienen su corporeidad jurídica; pudiendo sus estipulaciones ser reemplazadas en lo pertinente, por normas contenidas en otro instrumento, el colectivo, el cual mantiene plena individualidad jurídica y existen en sí, tiene vida propia, cuya normativa se

⁴⁰ Art. 120 inc. 2: "Contrato colectivo es el celebrado por uno o más empleadores con una o más organizaciones sindicales o con trabajadores que se unan para negociar colectivamente, o con unos y otros, con el objeto de establecer condiciones comunes de trabajo y de remuneraciones por un tiempo determinado".

⁴¹ Art. 6 del DL N° 2.200. Véase nota 37.

⁴² "Los trabajadores se registrarán por el instrumento colectivo suscrito entre su empleador y la organización sindical a la que se encuentren afiliados mientras este se encuentre vigente, accediendo a los beneficios en él contemplados".

⁴³ Ord. N° 2858/79, de 27/06/2017.

⁴⁴ "Las partes de un instrumento colectivo podrán acordar la aplicación general o parcial de sus estipulaciones a todos o parte de los trabajadores de la empresa o establecimiento de empresa sin afiliación sindical. En el caso antes señalado, para acceder a los beneficios dichos trabajadores deberán aceptar la extensión y obligarse a pagar todo o parte de la cuota ordinaria de la organización sindical, según lo establezca el acuerdo".

⁴⁵ "El acuerdo de extensión de que trata el inciso anterior deberá fijar criterios objetivos, generales y no arbitrarios para extender los beneficios a trabajadores sin afiliación sindical".

⁴⁶ "Sin perjuicio de lo anterior, el empleador podrá aplicar a todos los trabajadores de la empresa las cláusulas pactadas de reajuste de remuneraciones conforme a la variación del Índice de Precios al Consumidor determinado por el Instituto Nacional de Estadísticas o el que haga sus veces, siempre que dicho reajuste se haya contemplado en su respuesta al proyecto de contrato colectivo".

⁴⁷ "Las estipulaciones de los contratos colectivos reemplazarán en lo pertinente a las contenidas en los contratos individuales de los trabajadores que sean parte de aquellos y a quienes se les apliquen sus normas de conformidad al artículo 122".

proyecta sobre los contratos individuales (1996, p. 58).

La inderogabilidad *in peius* que se desprende del art. 311 inc. 1^o⁴⁸ también es un elemento que contribuye a reforzar el elemento normativo (Gamonal, 2020, pp. 362-364). Sin embargo, tanto el efecto imperativo como la inderogabilidad en perjuicio pierden fuerza cuando expira la vigencia de esta convención. No obstante, por el efecto *ultra termine* del contrato colectivo, recogido en el art. 325 del CdT⁴⁹, subsisten discretamente ciertas cláusulas del mismo.

Se concluye, por las razones dadas, que el efecto normativo del contrato colectivo, que favorece su consideración de auténtica ley reguladora de las relaciones de trabajo en esta esfera (Escribar, 1944, p. 454; Macchiavello, 1989, p. 47; Montoya, 2007, s/p), existe en nuestro orden jurídico laboral, aunque menguadamente. Característica que, se piensa, incide en nuestra cultura jurídica, especialmente en la práctica, donde a este instrumento se le estima más como “ley del contrato” que como “ley formal”. Afirmación que contrasta con la situación de otros países, por ejemplo, España; allí la naturaleza bifronte del contrato colectivo y los componentes que supone —obligacional y normativo— se reconocen más ampliamente que en nuestro país. En términos generales y simplemente a modo ilustrativo, se ha dicho que el convenio colectivo pese a que “se elabora con arreglo a mecanismos contractuales... proporciona por su ámbito de aplicación una regulación

abstracta y general de vocación idéntica a la de la norma jurídica” (Martín, Rodríguez-Sañudo y García, 2016, pp. 365-366; también Montoya, 2019, p. 163; Cruz, 2015, p. 496); por ello el ET regula: i) su consideración como fuente de derecho y no meramente obligacional de la relación laboral⁵⁰ (Martín, Rodríguez-Sañudo y García, 2016, p. 535); ii) la facultad de trabajadores y empresarios para regular las condiciones de trabajo, productividad y, eventualmente, las de paz laboral (esta última, manifestación del contenido obligacional⁵¹; iii) la eficacia general o erga omnes del convenio dentro de su ámbito de aplicación (empresa, sector o rama de actividad, interprofesional y de franja o grupo de trabajadores)⁵²; iv) la prohibición de negociación individual *in peius*⁵³; y v) la indisponibilidad para el trabajador de los derechos reconocidos como indisponibles por convenio colectivo⁵⁴.

A partir de las observaciones precedentes se extrae una consecuencia inmediata en esta materia: si el carácter de ley del contrato colectivo cede ante su carácter de contrato, ello podría explicar la utilización preferente de las reglas de hermenéutica de los contratos civiles antes que las de interpretación de la ley. Observación que se sustenta, asimismo, por la revisión emprendida de jurisprudencia administrativa y judicial en estos temas. Esto nos obliga a referirnos sucintamente a la aplicación supletoria del derecho civil al derecho del trabajo.

2.3. De la aplicación supletoria del derecho civil en el derecho del trabajo

⁴⁸ “Las estipulaciones de un contrato individual de trabajo no podrán significar disminución de las remuneraciones, beneficios y derechos que correspondan al trabajador por aplicación del instrumento colectivo por el que esté regido”.

⁴⁹ “Extinguido el instrumento colectivo, sus cláusulas subsistirán como integrantes de los contratos individuales de los respectivos trabajadores afectos, salvo las que se refieren a la reajustabilidad pactada tanto de las remuneraciones como de los demás beneficios convenidos en dinero, los incrementos reales pactados, así como los derechos y obligaciones que sólo pueden ejercerse o cumplirse colectivamente y los pactos sobre condiciones especiales de trabajo”.

⁵⁰ Art. 3 letra b) del ET.

⁵¹ Art. 82.2: “Mediante los convenios colectivos, y en su ámbito correspondiente, los trabajadores y empresarios regulan las condiciones de trabajo y de productividad. Igualmente podrán regular la paz laboral a través de las obligaciones que se pacten”.

⁵² Art 82.3: “Los convenios colectivos regulados por esta ley obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia”.

⁵³ Art. 3 letra c): “1. Los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral se regulan: c) Por la voluntad de las partes, manifestada en el contrato de trabajo, siendo su objeto lícito y sin que en ningún caso puedan establecerse en perjuicio del trabajador condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y convenios colectivos antes expresados”.

⁵⁴ Art. 3.5 del ET.

La aplicación supletoria del derecho civil en materia laboral tiene adeptos en la disciplina. En efecto, Lanata participa de esta idea, condicionándola a la adaptación de aquel a los principios y normas del derecho laboral (2011, p. 59); reclama su uso en “todas aquellas materias no reguladas en la ley [laboral] y en que se hace indispensable recurrir a los conceptos del considerado derecho común” (2011, p. 43). Aquí también cabe ubicar las ideas de Mangarelli respecto del derecho laboral uruguayo (2014, pp. 13-14) y de Cruz en el marco de la contratación laboral española (2015, p. 91). Entre los civilistas chilenos, Tapia (2005, pp. 349-353) y Barrientos (2014, p. 40) postulan el amplio campo operativo supletorio del derecho civil y el CC en el derecho privado en general e, incluso, en el derecho público, pero con ciertas limitaciones. Así, el derecho del trabajo, como disciplina a medio camino entre el derecho privado y el derecho público, quedaría bajo su férula. Asimismo, la opinión de Corral, aunque su planteamiento podría inducir, aparentemente, a equívocos. Refiriéndose a la descodificación del derecho civil en Chile, primero esboza que “la legislación laboral constituyó finalmente un Código propio y no sólo se separó del Código Civil, sino del mismo derecho privado” (Corral, 2007, p. 10), para luego postular que “respecto del derecho laboral (...) las reglas del Código Civil no son residuales, sino supletorias” (2007, p. 11). En esta misma línea —descodificación y supletoriedad— se ubican las ideas de Guzmán Brito (1993, p. 55; 2007, pp. 155-158).

Desde el derecho administrativo, Vergara sugiere algo distinto. Acérrimo defensor de la autonomía disciplinar del derecho administrativo, circunscribe la aplicación del CC a los casos en que las leyes se remiten a este (v. gr. Código de Minería, Código de Aguas) y a las disciplinas cuyos principios no sean antitéticos con el derecho civil. También desmitifica la idea, infundada a su juicio, del CC como “derecho común” (2010, pp. 29-91). En este contexto, afirma que el CdT rechazó la supletoriedad del derecho civil. Basándose en el art. 1° de este cuerpo legal, relativo a su campo de aplicación y al de sus leyes complementarias, sostiene que “la relación laboral (...) queda fuera del Código Civil” (2010, pp. 50-51).

En síntesis, puede decirse que, por regla general, la doctrina acepta la aplicación supletoria del derecho civil en el derecho del trabajo, tanto en su faz individual como colectiva, operación que debe considerar los especiales fundamentos, institutos y principios de este último.

2.4. De la interpretación del contrato colectivo de trabajo propiamente tal

Una primera aproximación a la hermenéutica del contrato colectivo obliga a tomar partido por las materias que se desarrollarán en este punto, en desmedro de otras; se cree que un abordaje del tema desde la casuística administrativa y judicial sirve para dar cuenta, brevemente, de al menos dos puntos: i) la utilización de las normas de interpretación de los contratos ubicadas en el CC y ii) el significado dado por los intérpretes, es decir, la Dirección del Trabajo y los tribunales de justicia, a algunas de estas disposiciones.

Internarse en este tema a través de la jurisprudencia confirma el interés que se predica por la interpretación operativa del derecho, en tanto los órganos que la practican resuelven las disidencias que las partes fueron incapaces de zanjar previamente, contribuyendo así al restablecimiento de la paz social; a su vez, este conflicto “puede consistir pura y simplemente, en la discrepancia sobre la interpretación que haya de darse a una norma del convenio, o en tal discrepancia interpretativa con ocasión de una concreta demanda [judicial]” (Montoya, 1997, p. 128).

Desde ya conviene advertir al lector la estrecha vinculación que aquí se postula entre la forma escrita de este contrato y la interpretación del mismo, a partir de lo planteado por Baraona. Este, al insistir en el giro objetivo del art. 1560 del CC, asunto que se aclarará oportunamente, postula que la búsqueda del significado del contenido de los actos y contratos solemnes debe buscarse en el mismo texto, por cuanto la ley ha exigido canalizar el consentimiento contractual de las partes de ese modo, “lo que ciertamente impone una restricción

al intérprete (...) para excluir indagaciones externas al contrato mismo, de cara a fijar o determinar el material que debe interpretarse” (2016, p. 443). Razonamiento que se suscribe, aunque con ciertos matices, según se revisará. De todas formas, aquel pensamiento autorizaría la exclusión de las cláusulas tácitas en el contrato colectivo de trabajo, punto refrendado por la jurisprudencia judicial⁵⁵ y administrativa⁵⁶, así como por la doctrina laboral; para esta última, la solemnidad del contrato y la inexistencia de reglas semejantes a las de los artículos 8 y 9 del CdT, sobre presunción de laboralidad y consensualidad del contrato individual de trabajo, respectivamente, impiden dar cabida a estas estipulaciones voluntarias que suplementen o muten los instrumentos colectivos con alcance general a todos los sujetos involucrados (Fernández, 2013, p. 103).

En nuestro medio, la interpretación jurídica en el derecho colectivo y, asimismo, del contrato colectivo, ha recibido una escasa atención por parte de la doctrina laboral. Al respecto, Macchiavello distingue entre las leyes sobre derecho colectivo y los contratos colectivos; según él las primeras son prioritariamente públicas y de orden público, afirmación rotunda que lo lleva a descartar, en temas de hermenéutica, las normas que sobre este tema figuran en el CC (artículos 19 a 24), porque aquellas se aplican solamente a las leyes de derecho privado (1989, p. 45), de modo que los preceptos de esta parcela jurídica han de interpretarse teleológicamente “sobre todo en caso de vacíos, contraindicaciones, oscuridades, o cuando la lectura de éstas se contrapone con el ámbito y los fines propios de la protección laboral” (1989, p. 45). Coincidentemente, Gamonal postula lo mismo y agrega otro criterio rector en este tópico, el principio de libertad sindical, el cual sirve para determinar el sentido y alcance de los reglas legales y constitucionales, “en forma extensiva respecto de sus titulares y restrictiva de los poderes públicos” (2020, p. 105).

Macchiavello afirma que los contratos colectivos admiten también una interpretación teleológica. Si bien señala que, a diferencia del derecho individual, los sujetos colectivos (organizaciones sindicales y organizaciones gremiales) se encuentran en un plano de igualdad y, por lo mismo, la aplicación de las normas de derecho común sería congruente con esta premisa, opta por limitar este pensamiento únicamente a la parte obligacional de la convención, específicamente a las cláusulas que regulan derechos y obligaciones inmediatas para tales sujetos colectivos. La parte normativa del contrato, que afecta a todos los trabajadores, al asemejarse más a una ley formal que a una de tipo contractual, debe significarse conforme con el criterio teleológico (1989, pp. 46-47). Apelando a la naturaleza jurídica bifronte del contrato colectivo (contrato-ley), Gamonal postula que se emplearán las normas de interpretación del contrato o de la ley, según sea la tesis que adopte el intérprete, operación que “deberá reconocer las particularidades de esta figura, lo que debe acercarlo a las normas sobre interpretación de la ley” (2020, p. 106). Novoa, en su momento, ya había observado la desatención de la doctrina a esta discusión, la que tampoco era trascendente en nuestro medio. Entre las normas de hermenéutica de la ley y las homónimas relativas a los contratos, opta por las primeras, pero reconoce la utilidad de ambos grupos de reglas (1996, p. 61).

Se piensa que la jurisprudencia administrativa y judicial no ha reflexionado mayormente sobre el tema, aspecto que se refrenda al examinar sus pronunciamientos, donde se aprecia una aplicación preferente de los preceptos contractuales. Esto, en todo caso, es coherente con la visión más negocial que pesa sobre dicho acto jurídico y su limitado efecto normativo. Si fuese necesario inclinar la balanza por uno u otro cuerpo de normas, conviene evocar la realista observación de D’Ors: “el derecho [es] aquello que aprueban los jueces” (1989, p. 24).

⁵⁵ Véase nota 7.

⁵⁶ Véanse, entre otros: Ord. N° 7120/331, de 07/12/1992, Ord. 3496/267, de 30/07/1998, Ord. 3988/156, de 31/08/2004 y Ord. 5318/206, de 21/12/2004.

Una primera constatación jurisprudencial se vincula con el reconocimiento expreso de las normas de interpretación de los contratos del CC para determinar el significado de sus cláusulas. En este punto es interesante el planteamiento judicial que relaciona la idea de igualdad negocial (empleador-sindicato) con las reglas de hermenéutica recién citadas, al punto que aquella equiparación se erige como exigencia para aplicar toda la normativa civil en esta materia (efectos de las obligaciones y contratos), y especialmente las disposiciones ubicadas entre los artículos 1560 a 1566 del CC; juicio que desplaza, incluso, a ciertos principios laborales como la primacía de la realidad y la regla in dubio pro operario que deriva del principio protector⁵⁷. Otros razonamientos validan la aplicación supletoria de estos preceptos civiles⁵⁸, a lo que se agrega, en ciertos casos, su adecuación con los principios de la disciplina, “entre otros, la irrenunciabilidad de los derechos laborales conforme el artículo 5° del Código del Trabajo, los principios de protección y tutela efectiva, los que sin duda forman parte del prisma con el cual se debe mirar la regulación interpretativa antes aludida y que rige de modo subsidiario en este ámbito”⁵⁹. Por su parte, ciertas sentencias, en el marco de la aplicación de una norma de interpretación contractual específica, refrendan el uso de aquella en materia laboral⁶⁰.

La doctrina ha enfatizado que la Dirección del Trabajo, en ejercicio de su función interpretativa de la legislación laboral, también recurre a las reglas civiles para dotar de significado a los instrumentos colectivos, categoría que incluye el contrato colectivo (Gamonal, 2020, p. 107). En varios de sus pronunciamientos postula expresamente el uso de esta normativa para determinar “el sentido y alcance de tal estipulación”⁶¹.

Se cree que la remisión y utilización de la tantas veces citada normativa civil debe conectarse, inexorablemente, con el conjunto de reglas y principios que caracterizan al derecho del trabajo, especialmente la libertad sindical, garantía fundamental elevada, a su vez, a la categoría de principio jurídico de la disciplina, pues articula y explica buena parte de las instituciones del derecho colectivo del trabajo. Con todo, no se ha encontrado una mención y desarrollo robusto de este elemento en las sentencias revisadas.

Si bien se reconoce la necesidad de ahondar en el punto recién abordado, preliminarmente no se advierte una contradicción dogmática insalvable entre los institutos, normas y principios laborales con los preceptos civiles. Es más, la igualdad de las partes (empleador-sindicato) en la esfera de la contratación colectiva es un elemento

⁵⁷ 2° JLT de Santiago, RIT O-552-2017, de 26/05/2017: “la norma contenida en un contrato colectivo de trabajo, se acuerda, negocia y pacta entre el empleador y un grupo de trabajadores que se encuentran ligados entre sí bajo un Sindicato, quien representa los intereses de carácter laboral y colectivo de quienes son sus afiliados, de manera tal, que existe un equilibrio de las fuerzas negociadoras. Lo anterior, conlleva necesariamente a fijar como parámetro de interpretación de la forma de pago de las cláusulas contenidas en los contratos colectivos convenidos, en razón de las disposiciones del derecho común contenidas entre los artículos 1560 a 1566 del Código Civil, relativos a la hermenéutica contractual y no en el análisis propio de los principios del derecho del trabajo, tales como, primacía de la realidad o in dubio pro operario” (considerando décimo cuarto).

⁵⁸ CA de Rancagua, Rol N° 204-2016, de 24/01/2017: “que el Código del Trabajo, no contiene normas sobre interpretación de los contratos, es que debe recurrirse a las reglas que contempla nuestra recopilación sustantiva civil, en razón del carácter general, común y supletorio de sus normas, respecto de todas las demás ramas que conforman el ordenamiento jurídico” (considerando noveno). También CA de San Miguel, Rol N° 362-2017 (Reforma Laboral), de 17/12/2017 (considerando séptimo).

⁵⁹ JLT de Copiapó, RIT O-285-2018, de 29/03/2019 (considerando noveno).

⁶⁰ CA de Santiago, Rol N° 334-2014, de 04/12/2014 (Reforma Laboral): “conforme a lo dispuesto en el artículo 1560 del Código Civil, se dispone que, conocida claramente la intención de los contratantes debe estarse más a ésta que a lo literal de las palabras, norma del derecho común que se hace aplicable en la especie, por no contradecir principio alguno del derecho laboral, y que deja de manifiesto que la interpretación de los contratos es una cuestión de hecho” (considerando quinto).

⁶¹ Ord. N° 3558/193, de 17/06/1997. También Ord. N° 4224/172, de 24/07/1996; Ord. N° 5109/345, de 01/12/2000; Ord. N° 2661, de 11/06/2018; Ord. N° 2781, de 21/06/2018; Ord. N° 4355, de 10/09/2019; y Ord. N° 676, de 05/02/2020.

que fomenta el uso de tales normas civiles.

A propósito de esta corroboración jurisprudencial, la doctrina y los tribunales de España, desde su propia realidad normativa, han analizado el punto; para estos el convenio colectivo tiene un carácter ambivalente, es decir, un contrato por su forma de producirse y su contenido obligacional, y también un tipo de ley por la eficacia jurídica (normativa) que produce⁶². De ahí la opinión de los autores en torno al uso alternativo de, por una parte, las normas de interpretación de la ley, y por otra, las homónimas del contrato, juicio que, además, sustentan con la jurisprudencia judicial correspondiente (Montoya, 2019, p. 190; Martín, Rodríguez-Sañudo y García, 2016, pp. 366-367; Moreno, 2016, s/p; Cruz, 2015, pp. 530-531; Casas y Olea, 2000, pp. 1595-1597; Montoya, 1997, pp. 135-136; Gil, 1992, pp. 242-244; Iglesias, 1988, pp. 76-78); jurisprudencia que ha planteado lo siguiente: “el carácter mixto del Convenio Colectivo —norma de origen convencional/contrato con eficacia normativa— determina que su interpretación ha de atender tanto a las reglas legales atinentes a la hermenéutica de las normas jurídicas como a aquellas otras que disciplinan la interpretación de los contratos”⁶³. Por lo mismo, tampoco es extraño la invocación de una u otras reglas de hermenéutica⁶⁴.

Una segunda comprobación jurisprudencial guarda relación con el significado dado tanto por la jurisprudencia judicial como por la administrativa a los preceptos de interpretación contractual. Aspecto llamativo porque, a partir del mismo, se puede concluir no solo una remisión formal a tales pautas, sino también una correspondencia material con aquellas; veamos algunas situaciones.

El art. 1560 del CC⁶⁵ es la regla de hermenéutica más relevante y, para algunos, se erige como principio rector de las restantes (López, 2010, p. 388); bajo un contexto de creciente objetivación del contrato, de apartamiento de las doctrinas subjetivas, se tiende a dar más importancia a la letra de este acto jurídico por sobre la intención de los contratantes (Baraona, 2016, p. 439; Alcalde, 2006, p. 552), en franca oposición a lo planteado por la arraigada corriente tradicional que privilegia el elemento subjetivo (Elorriaga, 2018, pp. 413-414; Figueroa, 2012, p. 161; López, 2010, p. 388; Abeliuk, 2008, p. 118; Barcia, 2007, p. 23; Ducci, 2006, pp. 204 y 207-209; Rodríguez, 1990, p. 155). Para Baraona, el art. 1560 contiene dos reglas interpretativas; la primera, de carácter implícita, dictamina una interpretación literal de los términos usados, mientras que la segunda, de carácter explícita, supone indagar en la voluntad de los contratantes, siempre que sea “conocida claramente”. Esto acaecerá “cuando la literalidad contractual no es fácil de comprender, por vaguedad, ambigüedad, oscuridad, imprecisión, falta de coherencia o contradicción con otras cláusulas estipulaciones o con el contrato en su conjunto o por otra razón, o queda sobrepasada por otra manifestación del “acuerdo negocial” (2016, p. 441; igualmente Alcalde, 2006, pp. 552-553). Sin embargo, el mismo autor, según se vio, propone una limitación en el caso de los actos y contratos solemnes, la que impediría ir más allá del texto del contrato (2016, p. 443).

La judicatura laboral, en ejercicio de sus competencias, ha recurrido a esta norma, dotándola del sentido recién descrito, optando por uno u otro criterio; en efecto, cuando identifica los preceptos atinentes al conflicto, ha afirmado “que la regla fundamental es la del artículo 1560 de dicho

⁶² Véase la última parte del punto 3.2.

⁶³ STS 5583/2015, Sala de lo Social, N° de recurso 365/2014, de 02/12/2015 (fundamentos de derecho 3.4). También STS 717/2019, Sala de lo Social, N° de recurso 78/2018, de 22/10/2019 (fundamentos de derecho 2). STS 713/2019, Sala de lo Social, N° de recurso 195/2018, de 15/10/2019 (fundamentos de derecho 2).

⁶⁴ Al respecto y de modo ejemplar, STS 5597/2015, Sala de lo Social, N° de recurso 68/2015, de 02/12/2015 (fundamentos de derecho 3). STS 7211/1994, Sala de lo Social, N° de recurso 1096/1994, de 08/11/1994 (fundamentos de derecho 6).

⁶⁵ “Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estar más a ella que a lo literal de las palabras”.

cuerpo normativo, que establece la primacía de la intención de las partes en caso de conflicto. Así, puede ocurrir por una parte que su redacción sea ambigua en cuyo caso deberá investigarse la intención de las partes o bien que la redacción sea clara sin doble interpretación posible, ni contradicción, en cuyo caso no podrá desconocerse su letra⁶⁶. En este razonamiento la adhesión al parámetro subjetivo es nítida⁶⁷. Nitidez que desaparece en otros pronunciamientos, pero que igualmente devela una preferencia por una de estas alternativas; así, por ejemplo, cuando se invoca la regla ya citada y se postula que a partir de la sola lectura de una cláusula se desprende la intención de las partes, optándose, se cree, por el parámetro objetivo⁶⁸. Declaración que no supone, necesariamente, una lectura auténticamente literal de la estipulación contractual, pues aquí la amplia discrecionalidad del juez en su labor de significación puede conducir a resultados hermenéuticos contradictorios⁶⁹. Finalmente, otros fallos adhieren a la tesis objetiva, pero buscando la intención claramente manifestada de los contratantes en otros instrumentos distintos a la convención colectiva⁷⁰, o derechamente en las actuaciones desplegadas en el proceso de negociación colectiva⁷¹.

Hasta aquí se ha postulado la limitación a la que se ve expuesto el intérprete al indagar el significado de un acto solemne, como sería el caso del contrato colectivo de trabajo. En principio, su actividad debe girar en torno

al instrumento donde figuran las cláusulas, premisa que admite cierta precisión. Sin entrar en detalles, aquel sí podría acudir a otros documentos para dilucidar el sentido de una estipulación contractual, sobre todo si están suscritos por ambas partes (empleador-sindicato) y abordan la materia objeto de la controversia; por ejemplo, un acta de mediación otorgada ante una mediadora laboral de la Dirección del Trabajo⁷². Esto no con el propósito de introducir nuevas cláusulas al contrato, tampoco para modificar radicalmente su contenido, sino únicamente para clarificarlo. No obstante, siempre queda a salvo la modificación expresa del contrato colectivo, a través de un acto posterior a su celebración, por mutuo acuerdo de las partes, el que debe constar por escrito, es decir, ser solemne.

Para cerrar el punto, la jurisprudencia administrativa pareciera plegarse al estándar subjetivo, porque en su opinión: “al interpretarse un contrato debe buscarse ante todo cual ha sido la intención de las partes que intervinieron en su celebración, puesto que tales instrumentos se generan mediante su voluntad y, por tanto, para fijar su sentido y alcance de[be] atenderse, más que a lo que en ellos expresan, a lo que realmente han querido estipular”⁷³.

Los tribunales, asimismo, han invocado la regla del art. 1561 del CC⁷⁴ tocante a la generalidad de los términos del

⁶⁶ 2° JLT de Santiago, RIT O-4200-2019, de 12/03/2020 (considerando undécimo).

⁶⁷ También CA de Rancagua, Rol N° 204-2016, de 24/01/2017 (Reforma Laboral) (considerando décimo), Juzgado de Letras, Garantía y Familia de Peumo, RIT O-11-2019, de 12/08/2019 (considerando octavo), CA de Santiago, Rol N° 334-2014, de 04/12/2014 (considerando quinto) (Reforma Laboral), JLT de Copiapó, RIT O-285.2018, de 29/03/2019 (considerando noveno).

⁶⁸ JLT de Iquique, RIT O-548-2016, de 30/12/2016 (considerando décimo), CA de Rancagua, Rol N° 268-2019, de 23/12/2019 (Reforma Laboral) (considerando sexto) y CA de San Miguel, Rol N° 362-2017, de 07/12/2017 (considerando noveno).

⁶⁹ CA de Iquique, Rol N° 7-2017, de 16/03/2017 (Reforma Laboral). Este tribunal, conociendo de la causa indicada en la nota precedente, llegó a una conclusión diversa: “Pues bien, en este caso, la sentenciadora en su labor interpretativa, se alejó no sólo del tenor literal de la cláusula transcrita, sino que, con el fin de darle un sentido a su juicio más coherente, desnaturalizó el contenido de la convención, transgrediendo de esa manera la ley del contrato y expreso tenor del artículo 1560 del Código Civil” (considerando octavo).

⁷⁰ CA de Valparaíso, Rol N° 50-2014, de 17/10/2014 (considerandos séptimo y octavo) (Cobranza).

⁷¹ 2° JLT de Santiago, RIT O-552-2017, de 26/05/2017, (considerando décimo quinto).

Véase nota 70 (considerandos octavo a décimo cuarto).

⁷² Ord. N° 676, de 05/02/2020. Asimismo, Ord. 4224/172, de 24/07/1996; Ord. 3558/193, de 17/06/1997; Ord. N° 2661, de 11/06/2018;

⁷³ Ord. N° 2781, de 21/06/2018; Ord. N° 6456, de 20/12/2018; y Ord. N° 4355, de 10/09/2019.

⁷⁴ “Por generales que sean los términos de un contrato, sólo se aplicarán a la materia sobre que se ha contratado”.

contrato; estos, aunque su significado vaya más allá de lo querido por las partes, hay que constreñirlos únicamente al propósito de aquellas, para evitar cualquiera aplicación a situaciones parecidas, pero que no fueron consideradas por quienes suscribieron el acto jurídico (Elorriaga, 2018, p.419; Figueroa, 2012, p. 162; López, 2010, pp. 397-398; Abeliuk, 2008, p. 119; Barcia, 2007, p. 28; Ducci, 2006, pp. 215-216; Rodríguez, 1990 p. 155), es decir, “por amplia que pueda ser la estipulación, siempre se entiende restringida exclusivamente a lo mencionado en el contrato” (Elorriaga, 2018, p. 419). Sin embargo, esta limitación debe conciliarse con lo dispuesto en el art. 1546 del CC⁷⁵, especialmente las exigencias derivadas de la buena fe contractual, principio que hará primar, en caso de ambigüedad del tenor literal, la intención claramente conocida de las partes, y del cual también emanan los deberes colaterales de conducta (Elorriaga, 2018, p. 420).

En su momento, la Corte Suprema, aplicando esta normativa, concluyó que la expresión “regalías” utilizada en una cláusula de un contrato colectivo, se extendía únicamente a las materias objeto de dicha convención, descartando así la procedencia y pago de otros beneficios, también de la misma denominación, pero que no aparecían expresamente en el instrumento colectivo⁷⁶.

El fallo que se comenta, adicionalmente, recurrió al precepto del art. 1564 inc. 2 del CC, en virtud del cual las cláusulas de un contrato “Podrán interpretarse por las de otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia”. Se justificó su uso para ejemplificar que la palabra “regalías” se aplicó de la forma precedentemente explicada⁷⁷, incluso, a los contratos colectivos anteriores celebrados entre la empresa y el sindicato.

La doctrina explica que la disposición en cuestión facultaría al juez para indagar la intención de las partes en un contrato distinto, anterior o posterior, al que se interpreta (Elorriaga, 2018, pp. 428-429; López, 2010, pp. 399; Ducci, 2006, pp. 216-217; Rodríguez, 1990 p. 156). Esto será posible en la medida que el contrato objeto de la interpretación regule la misma materia, pues de lo contrario se corre el riesgo de incorporar una cláusula inexistente. La razón práctica de esta disposición la ilustra Ducci:

Existen muchos contratos recurrentes entre unas mismas partes (...) Al renovarlos (...) por el desarrollo práctico que han tenido los anteriores, mantendrán sus términos e incluso los harán más breves. En cambio, si quieren innovar sobre esta práctica tendrán buen cuidado de expresarlo (2006, p. 217).

3. Conclusiones

Como resultado de esta investigación, se pueden extraer las conclusiones que a continuación se indican:

Se ha comprobado, a través de un sencillo ejercicio

histórico-normativo, que la escrituración y registro del contrato colectivo de trabajo son dos exigencias que se retrotraen al CdT de 1931; actualmente, modificaciones legales mediante, estas formalidades

⁷⁵ “Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella”.

⁷⁶ CS, Rol N° 2209-2002, de 14/11/2002 (considerandos séptimo y octavo).

⁷⁷ Véase nota 76 (considerando sexto).

figuran en el art. 320 inc. 3 del citado cuerpo legal. Premunidos de la doctrina laboral actual, de aquella surgida al alero del CdT de 1931 y de la civilística, se ha advertido que ambos requisitos constituyen auténticas formalidades, aunque difieren en cuanto a su tipo.

De una parte, la escrituración es una solemnidad —especie de formalidad— constitutiva, cuyo incumplimiento acarrea la nulidad absoluta de esta convención, por tratarse de un elemento inherente a esta especie de contrato. También, su importancia apunta a evitar ulteriores disputas sobre su contenido, a garantizar y facilitar su conocimiento, y a dotarlo de certeza jurídica al tornar indudable su existencia. De otro lado, el registro es una formalidad de simple noticia que busca inventariar el acto jurídico ante la administración laboral. Esto dotaría de una presunción de veracidad y de legalidad a las cláusulas de este contrato, mientras no sean impugnadas judicialmente, atributo del que adolecería el instrumento colectivo que omite este requisito. Ciertamente, esta omisión no impide que produzca plena eficacia jurídica entre las partes, aunque ello traería aparejado la imposición de una multa administrativa por infracción a la legislación laboral, tanto, según se ha visto, a la empresa como a la organización sindical. No obstante, esta última proposición pareciera diferir con lo que ocurre en la práctica.

La jurisprudencia administrativa y judicial se han referido casi exclusivamente a la escrituración, planteamiento que abona una razón adicional para descartar el carácter de solemnidad constitutiva del registro. Por su parte, la materia hasta aquí reseñada ha recibido un tratamiento mucho más detallado en la legislación y doctrina extranjeras estudiadas (España y Francia).

Respecto a la interpretación de esta convención, se han tratado diversos aspectos que se estiman fundamentales para desarrollar una aproximación a la hermenéutica de este instrumento. Así, las premisas básicas en este ámbito confirman que el tantas veces

citado contrato es un valor normativo cuyo intérprete lo dota de significado; que quienes significan y aplican la norma —en un sentido activo— son los órganos jurídicos legitimados para ello, en este caso, la judicatura y la administración laboral; que la distinción entre textos y normas, aunque inexistente en la práctica, supone que los primeros contienen enunciados normativos, es decir, documentos con valor jurídico, mientras que las segundas son el resultado de la operación interpretativa; que las clases de hermenéutica revisadas en este estudio son la judicial y la administrativa; y que el objeto interpretado es, evidentemente, el contrato colectivo de trabajo.

En cuanto a la naturaleza jurídica del instrumento colectivo analizado, se ha postulado, a partir de la doctrina vigente en la materia, su condición bifronte (contrato-ley) y la coexistencia de un componente obligacional y otro normativo; estos últimos han experimentado una serie de transformaciones de interés en la legislación laboral chilena, las que fueron debidamente identificadas y reseñadas a la luz de la escasa doctrina nacional que se ha fijado en ellas. Como resultado de estas observaciones se ha expresado que el denominado efecto normativo, el cual favorece su consideración de auténtica ley reguladora de las relaciones de trabajo en el plano colectivo, existe en nuestro orden jurídico laboral, pero menguadamente. Atributo que, se piensa, impacta en nuestra cultura jurídica, especialmente en la práctica, donde, según se ha corroborado, a este instrumento se le estima más como “ley del contrato” que como “ley formal”, lo que contrasta con la situación española, donde, por las razones ya esgrimidas en el cuerpo del trabajo, la naturaleza bifronte del contrato colectivo y los componentes que supone —obligacional y normativo— se reconocen más ampliamente que en nuestro país.

Finalmente, a partir del examen de una serie de pronunciamientos administrativos y judiciales se ha constatado, en primer lugar, la utilización y el reconocimiento, mayoritariamente expreso, de las reglas de interpretación de los contratos del CC para dotar de

significado a las estipulaciones del contrato colectivo de trabajo, confirmándose así el carácter supletorio del derecho civil en el derecho del trabajo. Sin perjuicio de las tendencias reconocidas, se cree que la remisión y utilización de la normativa civil debe conectarse, inexorablemente, con el conjunto de reglas y principios que caracterizan al derecho del trabajo, especialmente la libertad sindical, derecho fundamental elevado, a su vez, a la categoría de principio jurídico de la disciplina, el cual articula y explica parte importante de las instituciones del derecho colectivo del trabajo. Una segunda corroboración jurisprudencial ha permitido afirmar que tanto los tribunales como la administración laboral, dotan de sentido a los preceptos de interpretación contractual alineándose con las opiniones sostenidas por la dogmática civil. Al menos, así lo demuestra el examen de los pronunciamientos que recurren a los artículos 1560, 1561 y 1564 inc. 2 del CC. Por su parte, se ha delineado la necesidad de considerar el carácter solemne del contrato para enmarcar la actividad del intérprete, el que podrá acudir a otros documentos para dilucidar el sentido de una cláusula contractual, sobre todo si están

suscritos por ambas partes (empleador — sindicato) y abordan la materia objeto de la controversia, siempre y cuando estos no alteren radicalmente su contenido.

Abreviaturas

Art.: Artículo

CA: Corte de Apelaciones

CC: Código Civil

CdT: Código del Trabajo

DFL: Decreto con Fuerza de Ley

DL: Decreto Ley

ET: Estatuto de los Trabajadores (España)

Inc.: Inciso

JLT: Juzgado de Letras del Trabajo

OIT: Organización Internacional del Trabajo

Ord.: Ordinario

RD: Real Decreto (España)

RUJ: Recurso de Unificación de Jurisprudencia

s/p: sin número de página

STS: Sentencia Tribunal Supremo (España)

V.gr.: Verbigracia

Referencias bibliográficas

- Abeliuk, R. (2008). *Las obligaciones* (5ª ed.). Tomo I. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Acuña, F. (1983). *La negociación colectiva y el contrato colectivo de trabajo. Naturaleza jurídica y características*. Santiago de Chile: Memoria para optar al grado de licenciado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile (inérita).
- Alcalde, J. (2007). Una nueva lectura de las normas de interpretación de los contratos. En Corral, H. & Rodríguez, M. S. (coords). *Estudios de Derecho Civil II* (pp. 549-570). Santiago de Chile: AbeledoPerrot/LegalPublishing.
- Alessandri, A.; Somarriva, M. & Vodanovic A. (2005). *Tratado de derecho civil. Partes preliminar y general* (7ª ed.). Tomo I. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Barcia, R. (2007). *Lecciones de derecho civil chileno. De las fuentes de las obligaciones*. Tomo II. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Barcia, R. (2010). *Lecciones de derecho civil chileno. Del acto jurídico*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Barona, J. (2016). La interpretación contractual: una insistencia en su giro objetivo. En Barria, M. (coord.). *Estudios de Derecho Civil XI* (pp. 439-449). Santiago de Chile: Thomson Reuters.
- Barrientos, J. (2014). *Código Civil. Edición concordada con observaciones históricas, críticas, dogmáticas y jurisprudenciales*. Tomo I. Santiago de Chile: LegalPublishing - Thomson Reuters.

- Carnelutti, F. (1927). *Lezioni di diritto industriale: Teoria del regolamento collettivo dei rapporti di lavoro*. Padova: Dott. A. Milani.
- Corral, H. (2007). La descodificación del derecho civil en Chile. En Guzmán, A. (ed.). *El Código Civil de Chile (1855-2005)* (pp. 641-651). Santiago de Chile: LexisNexis.
- Corral, H. (2018). *Curso de derecho civil. Parte general*. Santiago de Chile: Thomson Reuters.
- Cruz, J. (2015). *Compendio de derecho del trabajo* (8ª ed.). Madrid: Editorial Tecnos.
- Despax, M. (1966). *Traité de droit du travail. Conventions collectives*. Publié sous la Direction de G.H. Camerlynck. Paris: Librairie Dalloz.
- Díaz, J. (1982). *Legislación social. Código del Trabajo*. Tomo XXII. Santiago de Chile: Editorial Cepet.
- D'Ors, A. (1989). *Una introducción al estudio del derecho*. Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso.
- Ducci, C. (2006). *Interpretación jurídica. En general y en la dogmática chilena* (reimpresión de la 3ª ed.). Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Escobar, H. (1944). *Tratado de derecho del trabajo. Tomo primero*. Santiago de Chile: Empresa Editora Zig – Zag S.A.
- Elorriaga, F. (2018). Las reglas sobre interpretación de los contratos en los códigos civiles de Chile y España. En Vidal, Á. (dir.) & Severin, Gonzalo (ed.). *Estudios de derecho de contratos en homenaje a Antonio Manuel Morales Moreno* (pp. 407-444). Santiago de Chile: Thomson Reuters.
- Fernández, R. (2013). Procedencia de las cláusulas tácitas en los instrumentos colectivos. *Estudios Laborales. Revista de la Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 9, 99-117.
- Ferrante, Alfredo (2016). Entre derecho comparado y derecho extranjero. Una aproximación a la comparación jurídica. *Revista Chilena de Derecho*, 43 (2), 601-618.
- Figueroa, G. (2012). *Curso de derecho civil*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Gaete, A. (1960). *Tratado de derecho del trabajo chileno*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Gamonal, S. (2020). *Derecho colectivo del trabajo* (3ª ed. actualizada con la ley N° 20.940). Santiago de Chile: Der Ediciones.
- Gil, L. (1992). Aplicación, administración e interpretación de los convenios colectivos. En *Cuadernos de Derecho Judicial. La negociación colectiva*. Vol. III. Madrid: Consejo General del Poder Judicial.
- Guzmán, A. (1993). Codificación, descodificación y recodificación del derecho civil chileno. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XC, N° 1, 38-62.
- Guzmán, A. (2007). *Las reglas del "Código Civil" de Chile sobre interpretación de las leyes* (2ª ed. revisada). Santiago de Chile: Legal Publishing.
- Humeres, H. (1960). *Apuntes de derecho del trabajo*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Humeres, H. (2005). *Derecho del trabajo y de la seguridad social. Tomo II. Derecho colectivo del trabajo* (17ª ed. ampliada y actualizada). Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Iglesias, M. (1988). La interpretación del Convenio Colectivo. *Documentación Laboral*, 26, 73-100.
- Irureta, P. (2016). El instrumento colectivo en la reforma laboral de 2016. *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 7, (14), 13-37.
- Lanata, G. (2011). *El derecho civil en el derecho del trabajo*. Rosario: Tesis doctoral Universidad de Rosario, Argentina (inérita).
- Lanata, G. (2018). *Sindicatos y negociación colectiva*. Santiago de Chile: Thomson Reuters.
- Lizama, L. (1998). *La Dirección del Trabajo: una explicación de su facultad de interpretar la legislación laboral chilena*. Santiago de Chile: Universidad de Chile, Facultad de Derecho.
- Lizama, L. & Riquelme, G. (2021). *Manual de derecho colectivo del trabajo*. Santiago de Chile: Der Ediciones.
- López, J. (2010). *Los contratos. Parte general* (5ª ed. actualizada por Fabián Elorriaga de Bonis). Santiago de Chile: Legal Publishing.

- Macchiavello, G. (1989). *Derecho colectivo del trabajo. Teoría y análisis de sus normas*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Mangarelli, C. (2014). *Aplicación supletoria del derecho civil en el derecho del trabajo* (1ª reimpresión). Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Martín, A.; Rodríguez-Sañudo, F. & García, J. (2016). *Derecho del trabajo* (25ª ed.). Madrid: Editorial Tecnos.
- Montoya, A. (1997). Aplicación del convenio colectivo. Impugnación y denuncia. En De Buen, N. & Morgado, E. (coords.). *Instituciones de derecho del trabajo y de la seguridad social* (pp. 127-137). México D.F.: Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social – Universidad Nacional Autónoma de México.
- Montoya, A. (2007). La interpretación del convenio colectivo (apuntes de derecho comparado). *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, N° 68, julio de 2007, pp. 101-112. Recuperado de: https://vlex.es/source/revista-mtin-ministerio-trabajo-inmigracion-41/issue_nbr/%2368 [fecha de consulta: 10 de agosto de 2021].
- Montoya, A. (2019). *Derecho del trabajo* (40ª ed.). Madrid: Editorial Tecnos.
- Moreno, A. Artículo 91: Aplicación e interpretación del convenio colectivo. En Goerlich, J.M. (coord.). En AA.VV. *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores. Libro homenaje a Tomás Sala Franco* (pp. 1075-1085). Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Novoa, P. (1996). Reflexiones sobre la naturaleza jurídica del contrato colectivo. *Revista Laboral Chilena*, julio de 1996, 55-63.
- Ogalde, J. (2016). Modificaciones introducidas en la ritualidad del procedimiento de negociación colectiva reglada en la empresa. En Arellano, P.; Severin, J.P. & Feres, M.E. (eds.). *Reforma al derecho colectivo del trabajo. Examen crítico de la ley N° 20.940* (pp. 161-193). Santiago de Chile: Thomson Reuters.
- Casas, M.E. & Olea, M.A. (2000). Validez, impugnación, aplicación e interpretación del convenio colectivo (arts. 90 y 91). Ejemplar dedicado al Estatuto de los Trabajadores. Veinte años después. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 100, (2), 1579-1599.
- Pérez, C. (1937). *El contrato colectivo de trabajo*. Santiago de Chile: Talleres Gráficos Gutenberg.
- Plá, A. (2015). *Los principios del derecho del trabajo* (4ª ed. al cuidado de Hugo Barretto Ghione). Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Real Academia Española (2020). *Diccionario de la lengua española*. Recuperado de: <https://dle.rae.es/> [fecha de consulta: 10 de agosto de 2021].
- Rodríguez, P. (1992). *Teoría de la interpretación jurídica*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Ruiz de Gamboa, A. & Díaz, J. (1942). *Legislación social. Código del Trabajo*. Tomo I. Santiago de Chile: Editorial Nascimento.
- Sala, T. (2020). *Derecho sindical* (3ª ed.). Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Squella, A. (2008). *Introducción al derecho*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Tapia, M. (2005). *Código Civil 1855-2005. Evolución y perspectivas*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Tarello, G. (2013). *La interpretación de la ley*. Prólogo de Ricardo Guastini y traducción y nota introductoria de Diego Dei Vecchi. Lima: Palestra Editores.
- Thayer, W. & Novoa, P. (2008). *Manual de derecho del trabajo. Generalidades. Derecho colectivo del trabajo*. Tomo I (5ª ed.). Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Vergara, A. (2010). *El derecho administrativo como sistema autónomo. El mito del Código Civil como "Derecho Común"*. Santiago de Chile: AbeledoPerrot.
- Vial, V. (2006). *Teoría general del acto jurídico* (5ª ed.). Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Walker, F. & Arellano, P. (2014). *Derecho de las relaciones laborales. Un derecho vivo*. Santiago de Chile: Librotecnia.
- Walker, F. (1941). *Nociones elementales de derecho del trabajo*. Santiago de Chile: Editorial Nascimento.

Jurisprudencia citada

Administrativa

DIRECCIÓN DEL TRABAJO. (1992, 7 de diciembre). Ord. 7120/331.
DIRECCIÓN DEL TRABAJO. (1996, 24 de julio). Ord. N° 4224/172.
DIRECCIÓN DEL TRABAJO. (1997, 17 de junio). Ord. N° 3558/193.
DIRECCIÓN DEL TRABAJO. (1998, 30 de julio). Ord. 3496/267.
DIRECCIÓN DEL TRABAJO. (2000, 1 de diciembre). Ord. N° 5109/345.
DIRECCIÓN DEL TRABAJO. (2002, 24 de julio). Ord. N° 2374.
DIRECCIÓN DEL TRABAJO. (2004, 31 de agosto). Ord. 3988/156.
DIRECCIÓN DEL TRABAJO. (2004, 21 de diciembre). Ord. 5318/206.
DIRECCIÓN DEL TRABAJO. (2014, 6 de octubre). Ord. N° 3787.
DIRECCIÓN DEL TRABAJO. (2016, 3 de junio). Ord. N° 2996.
DIRECCIÓN DEL TRABAJO. (2017, 27 de junio). Ord. N° 2858/79.
DIRECCIÓN DEL TRABAJO. (2018, 11 de junio). Ord. N° 2661.
DIRECCIÓN DEL TRABAJO. (2018, 21 de junio). Ord. N° 2781.
DIRECCIÓN DEL TRABAJO. (2018, 20 de diciembre). Ord. N° 6456.
DIRECCIÓN DEL TRABAJO. (2019, 25 de febrero). Ord. N° 734.
DIRECCIÓN DEL TRABAJO. (2019, 10 de septiembre). Ord. N° 4355.
DIRECCIÓN DEL TRABAJO. (2020, 5 de febrero). Ord. N° 676.

Judicial

CORTE SUPREMA (2002, 14 de noviembre). Rol N° 2209-2002.
CORTE SUPREMA. (2013, 14 de octubre). RUJ (rechazado). Rol N° 4187-2013.
CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. (2012, 17 de agosto). Rol N° 120-2012 (Reforma Laboral).
CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. (2014, 16 de abril). Rol N° 1645-2013 (Reforma Laboral).
CORTE DE APELACIONES DE VALPARAÍSO. (2014, 17 de octubre). Rol N° 50-2014. (Cobranza).
CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. (2014, 4 de diciembre). Rol N° 334-2014 (Reforma Laboral).
CORTE DE APELACIONES DE RANCAGUA. (2017, 24 de enero). Rol N° 204-2016.
CORTE DE APELACIONES DE IQUIQUE. (2017, 16 de marzo). Rol N° 7-2017 (Reforma Laboral).
CORTE DE APELACIONES DE SAN MIGUEL. (2017, 7 de diciembre). Rol N° 362-2017 (Reforma Laboral).
CORTE DE APELACIONES DE RANCAGUA. (2019, 23 de diciembre). Rol N° 268-2019 (Reforma Laboral).
JUZGADO DE LETRAS, GARANTÍA Y FAMILIA DE PEUMO. (2019, 12 de agosto). RIT O-11-2019.
JUZGADO DE LETRAS DEL TRABAJO DE IQUIQUE. (2016, 30 de diciembre). RIT O-548-2016.
1° JUZGADO DE LETRAS DEL TRABAJO DE SANTIAGO. (2017, 21 de abril). RIT O-6865-2016.
2° JUZGADO DE LETRAS DEL TRABAJO DE SANTIAGO. (2017, 26 de mayo). RIT O-552-2017.
1° JUZGADO DE LETRAS DEL TRABAJO DE SANTIAGO. (2018, 22 de noviembre). RIT S-14-2018.
JUZGADO DE LETRAS DEL TRABAJO DE COPIAPÓ. (2019, 29 de marzo). RIT O-285-2018.
2° JUZGADO DE LETRAS DEL TRABAJO DE SANTIAGO. (2020, 12 de marzo). RIT O-4200-2019.
JUZGADO DE LETRAS DEL TRABAJO DE TALCA. (2021, 22 de marzo). RIT S-1-2020.

Judicial extranjera

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (España) 717/2019. (2019, 22 de octubre). Sala de lo Social. N° de recurso 195/2018.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (España) 713/2019. (2019, 15 de octubre). Sala de lo Social. N° de recurso 195/2018.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (España) 5583/2015. (2015, 2 de diciembre). Sala de lo Social. N° de recurso 365/2014.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (España) 5597/2015. (2015, 2 de diciembre). Sala de lo Social. N° de recurso 68/2015.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (España) 7211/1994. (1994, 8 de noviembre). Sala de lo Social. N° de recurso 1096/1994.

**Carlos
Oyarzún
Concha**

coyarzunconcha@gmail.com

Recibido: 29.03.21

Aceptado: 23.12.21

Determinación de la sanción administrativa en materia de educación

Determination of administrative sanction in educational affairs

Resumen: Esta investigación analiza cómo se deben aplicar los criterios de determinación de la sanción administrativa en materia de educación. La normativa educacional al referirse al beneficio económico y la naturaleza y gravedad de la infracción como criterios de determinación de la sanción, hace una remisión clara a los principios de proporcionalidad, razonabilidad y mensurabilidad. A pesar de eso, aún la jurisprudencia no consolida la idea de que los tribunales pueden controlar y revisar la sanción que impone la Administración.

Palabras clave: sanciones administrativas; educación; proporcionalidad; razonabilidad.

Abstract: This investigation analyzes how the criteria for administrative sanction in education matters must be applied. The educational regulation when referring to the economic benefit, nature and gravity of the infringement makes a clear reference of the principals or proportionality, reasonableness, and measurability. Despite this, jurisprudence still does not consolidate the idea that the courts can control and review the sanction imposed by the Administration.

Keywords: Administrative sanctions; education; reasonableness; proportionality.

Desde el proceso de municipalización de la educación, la regulación en esta materia prácticamente no fue objeto de revisión hasta el año 2006. Dicho año, en el contexto de una serie de manifestaciones de estudiantes de educación media se conformó un Consejo Asesor Presidencial Para la Calidad de la Educación, cuyo mandato encomendado por la entonces presidenta Michelle Bachelet fue proponer un camino “para llegar a la educación justa y de calidad que Chile necesita”¹.

A *contrario sensu*, nadie desconoce que, a partir de 2006, la educación ha sido objeto de las mayores decisiones a nivel político y administrativo. Solo por mencionar algunas, destacan la promulgación de la Ley General de Educación 20.370, de 2010, que derogó la antigua Ley Orgánica Constitucional de Educación; la promulgación de la Ley 20.529, de Aseguramiento de la Calidad, o, finalmente, la Ley 20.501, sobre Calidad y Equidad en la Educación (Flores, 2014). Lo anterior además de todas las propuestas y definiciones pendientes a nivel político sobre la materia.

El punto central de la discusión radica en el interés del legislador de resguardar cierto nivel de calidad de la educación a partir de la institucionalidad del Estado. Dicho de otro modo, la legislación procura contar con los órganos administrativos que den cuenta de un nivel de calidad de la educación que entregan los sostenedores de establecimientos educacionales.

En este contexto, se promulgó la Ley 20.529, de 2011, que establece un “Sistema nacional de aseguramiento de la calidad de la educación parvularia, básica y media y su fiscalización”. Dentro de los aspectos que interesa destacar, dicha ley crea la Agencia de Calidad de la Educación como el organismo técnico pedagógico cuyo

objeto es apoyar y orientar a los establecimientos en el proceso educativo y, por otra parte, la Superintendencia de Educación, como el órgano administrativo encargado de fiscalizar y sancionar el cumplimiento de la normativa educacional².

Es del caso tener presente que la creación de la Superintendencia de Educación se enmarca en dos ideas fundamentales. En primer lugar, en un proceso de rediseño de la institucionalidad del Estado en materia de educación que hasta el momento de su creación en 2011 era más bien precaria o inexistente al menos en materia de sanciones.

Pero más importante aún para los efectos de esta investigación, la creación de la Superintendencia de Educación se da dentro de un proceso en el que la legislación reestructuró la gran mayoría de los órganos fiscalizadores y sancionadores de la Administración del Estado y en general el derecho administrativo sancionador (Cordero V., 2020). A lo anterior se agrega además un contexto del derecho administrativo sancionador en el que tanto la jurisprudencia como la doctrina discuten sus principales instituciones y, fundamentalmente, la aplicación de normas de derecho penal ante el vacío y dispersión de la legislación en materia de sanciones administrativas (Cordero Q., 2020).

Actualmente, la Superintendencia se apronta a cumplir diez años desde su creación y, sin duda, uno de los grandes desafíos como órgano sancionador en materia de educación, está en dar certezas en la determinación de las sanciones que aplica a los sostenedores, lo cual se acrecienta, además, por el margen de discrecionalidad por el que optó el legislador.

¹ Informe final Consejo asesor presidencial para la calidad de la educación.

² El concepto de normativa educacional se recoge de la propia Ley 20.529, que en su artículo 48 habla de la normativa educacional en referencia a: “las leyes, reglamentos e instrucciones que dicte la Superintendencia”. No obstante, ni la jurisprudencia ni la propia Superintendencia han determinado más concretamente su contenido.

1. Marco legal

La Ley 20.529 (LSAC), específicamente en sus artículos 47 y 48, establece la creación de la Superintendencia de Educación como el órgano de la administración cuyo objeto radica en la fiscalización y sanción a los sostenedores de establecimientos educacionales que infrinjan la normativa educacional.

Se advierte que la Superintendencia cuenta con un gran abanico de potestades públicas, lo cual se explica en parte por el contexto en el que se crea la Superintendencia de Educación³. En este aspecto, la Superintendencia tiene atribuciones para absolver consultas y resolver denuncias de la comunidad escolar, actuar como mediador, formular cargos, tramitar y resolver los procesos por infracciones a la normativa educacional, imponer las sanciones que proponga la Agencia de Calidad de la Educación e, incluso, interpretar la normativa educacional (art. 49 letras g, h, l y m, de la Ley 20.529).

A lo mencionado se agregan las normas relativas a la determinación de la sanción, en donde también se advierte un gran poder y ámbito de discrecionalidad de la Superintendencia que, si bien no se critican *per se*, dan cuenta de la necesidad de que los sostenedores, como personas fiscalizadas y sancionadas, puedan recurrir con amplias facultades para la revisión de dicha sanción ante los tribunales de justicia.

Las decisiones de la Corte Suprema denotan cierta tendencia a no revisar la cuantía de la sanción sin la existencia de vicios de ilegalidad, lo cual trae consigo

una gran falencia de la sanción administrativa en materia de educación que dice relación con la falta de control de la discrecionalidad al órgano administrativo. Así queda de manifiesto, por ejemplo, en la Sentencia Rol N°15.537-2018 de la Corte Suprema, caratulado Ilustre Municipalidad de San Javier con Superintendencia de Educación, que en su Considerando sexto expresa: “Que, en las condiciones expuestas, resulta improcedente rebajar la multa impuesta, toda vez que *la competencia de la Corte en esta materia, tal como lo expone la apelante, se vincula con la determinación de la legalidad o ilegalidad del acto administrativo que impone la sanción. Ergo, si los sentenciadores consideran que la resolución que impone la sanción es legal, carecen de atribuciones para rebajar la multa*”⁴.

Específicamente respecto a la determinación de la sanción, el artículo 73 establece el marco normativo por el cual la Superintendencia fija la sanción administrativa al sostenedor. Se pueden identificar tres grandes aspectos sobre dicha norma:

- En primer lugar, se precisa un catálogo de sanciones dentro de las cuales se fija: amonestación por escrito, multa, privación temporal de la subvención, privación definitiva de la subvención, inhabilitación temporal o perpetua de la calidad de sostenedor y la revocación del reconocimiento oficial.
- Luego, se expresa como criterio general de determinación de dichas sanciones la naturaleza y gravedad de la infracción.

³ Cordero Vega explica que en la última década ha habido una decisión manifiesta por parte del legislador en cuanto a crear una serie de órganos sancionatorios.

⁴ Énfasis añadido.

- Finalmente, en el caso de que las sanciones que se determinen sean de multas, además, se establece expresamente que la Superintendencia debe tener en consideración: el beneficio económico, la intencionalidad, las circunstancias agravantes y atenuantes, la matrícula total del establecimiento y la subvención o arancel según sea el caso⁵.

Una observación que cabe realizar es que no se vislumbra una razón suficiente por la cual el legislador limitó ciertos criterios únicamente a la sanción consistente en multa. Más aún, teniendo presente la naturaleza de otras sanciones, como la privación de la subvención, la cual también es de carácter pecuniario. Lo anterior, además, se funda en el hecho de que el artículo 82 señala expresamente que las sanciones de multa se pagarán a través del descuento de la subvención en el caso de los establecimientos que la perciben.

Se advierte inconsistencia en la legislación al establecer por una parte un amplio margen de discrecionalidad para la determinación de la sanción y, por otra, la privación de criterios relevantes como el beneficio económico o la intencionalidad de la infracción solo a la multa.

Con independencia de lo anterior, respecto al marco normativo general establecido en la Ley 20.529 sobre la determinación de la sanción podemos afirmar lo siguiente:

- La Superintendencia cuenta con amplias atribuciones para la aplicación y determinación de la sanción administrativa.
- El único criterio general para la determinación del

quantum de la sanción administrativa, conforme al artículo 73, es la naturaleza y gravedad de la infracción, sobre la cual ni el legislador ni la jurisprudencia ni la Administración han hecho mayor referencia.

- Para el caso de las sanciones consistentes en multas, se agrega como criterio de determinación el beneficio económico, las circunstancias atenuantes y agravantes, la matrícula y el arancel o subvención percibidos por el sostenedor sancionado.

1.1. Naturaleza y gravedad de la infracción

La naturaleza y gravedad de la infracción, como criterio uniforme de determinación de la cuantía de la sanción, tiene su origen desde el principio de la tramitación de la ley. Ya en el Mensaje que presentó al Congreso Nacional la presidenta Bachelet en 2007, la naturaleza y gravedad de la infracción se fijaba como el único criterio de aplicación general, con independencia de la sanción que finalmente se aplicara⁶.

Así, y a propósito de la Sentencia Rol 2922-2015, del Tribunal Constitucional se puede avizorar una aproximación de dicho concepto con la exigencia de observar el principio de proporcionalidad en la determinación de la cuantía de la sanción y, por ende, de un control de la discrecionalidad con la que cuenta la Superintendencia de Educación.

Concretamente, se sostiene en dicha sentencia: “Asimismo, las normas que regulan el ejercicio de la potestad punitiva deben ser estables en orden a ofrecer, a lo largo del tiempo, respuestas similares ante inobservancias de relevancia equivalente, de acuerdo a la

⁵ Resulta necesario hacer una breve explicación. Los tipos de subvenciones escolares que entrega el Estado son percibidos por los establecimientos educacionales municipales o pertenecientes a los Servicios Locales de Educación, los establecimientos particulares subvencionados o de administración delegada, mientras que los establecimientos particulares pagados (no reciben subvención del Estado) perciben el arancel de sus estudiantes.

Aún persisten en modo transitorio los establecimientos particulares subvencionados con financiamiento compartido, que se financian, en parte, por la subvención y en parte por el arancel que cobran a sus estudiantes.

⁶ Historia de la Ley 20.529. Primer Trámite Constitucional, p. 24.

naturaleza y características de la obligación incumplida” (Cons. 32°).

Por su parte, Enrique Navarro ha sido más tajante y directo aún, asociando directamente la proporcionalidad entre la cuantía de la sanción y la naturaleza y gravedad de la conducta al sostener: “resulta a todas luces evidentes que la sanción que pueda aplicar la autoridad administrativa debe ser adecuada y proporcional a la gravedad y naturaleza del hecho, tomando en consideración los parámetros fijados en la ley” (Navarro, 2018).

En este sentido, conviene interpretar el concepto a la luz de lo que ha entendido la jurisprudencia y la doctrina, y que radica principalmente en su efecto y en lo que exige a la Administración, que es verificar las máximas del principio de proporcionalidad en la determinación de la sanción por parte de la Superintendencia. Dicho de otro modo, este criterio finalmente lo que exige es la aplicación del principio de proporcionalidad entre la conducta sancionada y el *quantum* de la sanción.

Lo anterior, importa una garantía en favor de los sostenedores sancionados, toda vez que la observancia del principio de proporcionalidad y, más concretamente, los fundamentos de la Superintendencia para determinar el *quantum* de la sanción constituyen un mandato legal expreso, en contraposición con lo que ha sostenido permanentemente la Corte Suprema en orden a que si no se verifica un vicio de legalidad, no está habilitada para revisar la determinación de la cuantía de la sanción, tal como se manifiesta, por ejemplo, en la Sentencia de la Corte Suprema Rol 3660-2019, caratulado Toro con Superintendencia de Educación cuando expone: “*Décimo*: Que, de esta manera, apareciendo de los antecedentes que se encuentra debidamente acreditada la existencia de la infracción de que se trata y resultando de los mismos, además, que la sanción aplicada fue

determinada en conformidad a la normativa que rige la situación en estudio, no cabe sino concluir que los falladores no debieron acceder a la petición subsidiaria formulada por la actora, toda vez que *no ha mediado vicio de ilegalidad alguno que justifique su acogimiento, máxime considerando el carácter y naturaleza de la señalada reclamación, que tiene por fin revisar, precisamente, la legalidad de la actuación de la Administración*, motivo por el que la sentencia en examen debe ser revocada a fin de desechar íntegramente la acción intentada en la especie”.

En este orden de ideas, la inobservancia del principio de proporcionalidad sí constituye un vicio de ilegalidad y, por esto, habilita al Tribunal para revisar la cuantía de la sanción, al existir un mandato legal expreso que dispone su aplicación, lo cual no pugna con la naturaleza propia del recurso de ilegalidad.

1.2. Beneficio económico

Este criterio no es nuevo en materia de sanciones administrativas. Sirve de criterio también para la determinación de la cuantía de la sanción en materia de medio ambiente, de libre competencia e infracciones en materia eléctrica⁷. Un primer alcance que conviene precisar sobre este criterio dice relación con el carácter más bien funcional de la sanción administrativa, y que da cuenta de la separación de sus principales instituciones con las sanciones penales. En otras palabras, el beneficio económico atiende tanto la conducta sancionada, como sus efectos prácticos y que un principio básico de toda sanción administrativa es eliminar todo beneficio o ganancia derivado de la infracción. Así también lo ha advertido la doctrina que destaca en el beneficio económico un elemento esencialmente disuasivo (Letelier, 2017).

Existe una consigna o idea básica detrás del beneficio

⁷ Artículo 16 Ley 18.410; artículo 38, Ley 21.000; artículo 40, Ley 20.417.

económico en cuanto criterio de determinación de la sanción administrativa que apunta a que, de ninguna conducta sancionada, el administrado puede beneficiarse económicamente o, en términos más básicos, que no exista conducta en donde incluso después de haber pagado la sanción, el infractor se haya beneficiado económicamente.

Cabe precisar que no existen antecedentes de la intención del legislador de establecer este criterio durante la tramitación de la Ley 20.529, no obstante, se advierte una gran diferencia respecto del resto de los ámbitos de regulación en que existe este criterio, los cuales apuntan a actividades económicas y cuyo marco normativo tiene una naturaleza distinta y en donde la Administración, cumple también un rol diferente que dice relación más bien con la regulación del mercado.

Naturalmente, por su propio contenido, existe una correlación directa del carácter pecuniario entre la conducta antijurídica del sostenedor y la sanción aplicada, no obstante, y dado que el legislador claramente optó por reconocer un ámbito de discrecionalidad amplio a la Superintendencia de Educación, habría sido recomendable no circunscribir el beneficio económico como criterio de determinación de la sanción consistente en una multa, ya que la observancia de dicho criterio dice relación con la infracción.

Conviene hacer un alcance, y es que esta norma podría haber tenido más sentido previamente a la Ley N°20.845, de inclusión escolar que regula la admisión de los y las estudiantes, elimina el financiamiento compartido y prohíbe el lucro en establecimientos educacionales que reciben aportes del Estado, por el cual se prohibió el lucro. Sin embargo, ya que no existe la posibilidad de lucrar, este criterio adquiere relevancia solo sobre un grupo determinado y específico de establecimientos que son los particulares pagados, que aún pueden repartir utilidades, pero que representan un grupo limitado de la realidad de los sostenedores del país⁸.

A *contrario sensu*, la Corte Suprema ha estimado que las condiciones de vulnerabilidad pueden ser un criterio para eximir de responsabilidad⁹, lo cual pareciera una extensión más bien del principio de razonabilidad.

Finalmente, se agrega que el contenido tanto del principio de razonabilidad recién mencionado, como lo dicho por la jurisprudencia y la doctrina sobre la aplicación del principio de proporcionalidad y su relación con la naturaleza y gravedad de la infracción, llevan a la conclusión de que el beneficio económico en materia de sanciones en educación no es más que una extensión de dichos principios y normas.

⁸ De acuerdo con el Centro de Estudios del Ministerio de Educación, el año 2019, la matrícula total de colegios particulares pagados alcanzaba solo el 7.51% de la matrícula total.

⁹ Corte Suprema, Sentencia Rol 23.737-2014. Considerando 7°.

2. Determinación jurisprudencial y administrativa de la sanción

Las normas que regulan las sanciones administrativas y los órganos que las aplican carecen de un marco normativo general de remisión, lo cual ha generado constantemente incertidumbre (Gómez, 2014).

Al anterior se agrega el hecho de que no existe claridad respecto a cómo aplicar las normas de derecho penal, y la doctrina no tiene una postura uniforme al respecto. En tal sentido, un diagnóstico que sí se comparte, es que el derecho administrativo sancionador se ha construido a partir del derecho público estatal y no del derecho penal, por lo que la jurisprudencia ha sido muy exigente cuando se aplican normas de derecho penal en materia sancionatoria administrativa, limitando dicha aplicación solo a ciertas materias (Cordero Q., 2020).

Se condice, además, con el hecho de que si bien existen elementos comunes entre un delito y una infracción administrativa, no se deriva de ello que necesariamente deba aplicarse un mismo régimen jurídico (Cordero Q., 2020).

En este sentido, al no existir un régimen general de derecho administrativo sancionador, y al no ser claras las normas aplicables de derecho penal, e incluso tender a desprenderse de ellas (Zúñiga & Osorio, 2016), la jurisprudencia y la doctrina han ido configurando ciertos criterios y principios sobre los cuales pareciera ser posible sistematizar ciertas reglas para determinar la cuantía de la sanción en materia de educación y que en general apuntan a un aspecto muy concreto, cual es el de limitar, adecuar, justificar y medir el ejercicio de una potestad cuyo margen de discrecionalidad es excesivamente amplio.

Tal como se advierte, se considera que los principios desarrollados por la doctrina y la jurisprudencia, con

sus propias particularidades apuntan a un mismo fin, que en definitiva es regular el ejercicio de una atribución discrecional de la Administración como lo son las sanciones, cuya afectación de derecho por su naturaleza exige mayor control, lo cual, por cierto, supone reconocer la existencia de discrecionalidad de la Administración en el ejercicio de sus potestades sancionatorias.

Dada la precariedad de la ley para justificar el control judicial del quantum de las sanciones administrativas en general, y particularmente en el caso de las sanciones en educación, se hace indispensable que la doctrina y la jurisprudencia precisen ciertos criterios que sirvan de base tanto para que la Superintendencia los aplique al momento de determinar la sanción, como para que los tribunales luego la controlen y, por cierto, para que también la revisen tal como se sostiene en esta investigación.

Dentro de estos podemos mencionar el principio de proporcionalidad, el principio de razonabilidad, el principio de mensurabilidad, y se advierte también que la deferencia hacia la Administración por parte de la Corte Suprema ha sido un criterio fundamental para determinar si procede o no revisar la cuantía.

Particularmente en el caso de los principios que se pasan a analizar a continuación, si bien cada uno apunta a un aspecto concreto del ejercicio de la potestad, no pueden sino analizarse armónicamente, toda vez que se considera que el órgano sancionador tiene el deber de tener a la vista los tres en su conjunto al momento de determinar la cuantía, a lo que se agrega el hecho de que apuntan a un objetivo común que dice relación con el control de la discrecionalidad.

2.1. Discrecionalidad en la determinación de la sanción

En este sentido, lo primero que interesa expresar es que tanto los criterios de determinación de la cuantía de la sanción establecidos en la ley, como los principios que ha propuesto la doctrina y ha reconocido la jurisprudencia y particularmente la Administración (la Superintendencia de Educación), descansan en un origen común y sobre el cual se han ido desarrollando, que es la necesidad de controlar la discrecionalidad que tiene el Estado, particularmente, en las potestades sancionatorias.

La discrecionalidad administrativa se puede identificar a partir de un hecho normativo imperfecto, en donde es la Administración quien complementa un supuesto de hecho, con base en criterios o parámetros entregados en la propia ley (Rodríguez de Santiago, 2016). Por lo mismo, la discrecionalidad o margen de apreciación de sanciones administrativas ha sido más bien resistida por cierto sector de la doctrina, sino derechamente negada (Soto Kloss, 2014). Lo anterior se explica en parte en el carácter desfavorable de la sanción que la asimila a la pena en donde rige el principio de legalidad, pero también en la asociación que ha existido entre discrecionalidad y arbitrariedad (Gómez, 2020).

Este último aspecto ha sido incluso tratado así por el propio Tribunal Constitucional, en donde la carencia de una razón o fundamento para determinar el *quantum* de la sanción ha sido tratada como el ejercicio discrecional arbitrario de una potestad.¹⁰

Dado que no existe potestad administrativa que sea absolutamente reglada o absolutamente discrecional, resulta imperativo que, en virtud del propio principio de legalidad, el legislador otorgue cierto margen a la

Administración, quien es finalmente la que pondera la eficiencia, mérito y oportunidad en los que descansa la discrecionalidad que, aunque necesaria, debe poder controlarse. Toda potestad de los órganos del Estado tiene elementos reglados y de discrecionalidad (Valdivia, 2014). Una interpretación extrema del principio de legalidad atenta a la eficiencia del obrar del Estado, mientras que una discrecionalidad absoluta deja en indefensión a la persona frente a la Administración. En este sentido, la determinación de la sanción por parte de la Superintendencia de Educación no es la excepción.

Otra consideración importante en este aspecto es que la discrecionalidad, en materia administrativa regulatoria, cumple un rol fundamental y, por lo mismo, más que instar porque el principio de legalidad prevalezca ante este elemento, resulta más oficioso procurar que ambos convivan de tal forma que las potestades de los órganos de la Administración sean ejercidas de acuerdo a la servicialidad, y que efectivamente puedan operar los criterios de control de la discrecionalidad a nivel legal, administrativo y judicial.

Lo anterior, en materia de sanciones administrativas adquiere aún mayor relevancia, toda vez que la legislación efectivamente ha dado un margen de apreciación amplio a la Superintendencia para determinar la sanción. Y, es más, en materia de sanciones en el ámbito educacional, ha sido el órgano sancionador el que de su interpretación ha limitado dicha discrecionalidad¹¹.

De esta manera, se advierte la necesidad de aclarar y especificar los contrapesos con los que actúa la Administración dentro del marco de discreción que el legislador le otorga, lo cual debe necesariamente

¹⁰ Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N°2922-2015. Considerando 50°: “Que el test de proporcionalidad es un mecanismo interpretativo que permite racionalizar el control normativo que acredita que una relación entre el fin previsto por el legislador y los medios dispuestos para lograrlo respetan los derechos fundamentales. *El test permite controlar al legislador y también la actividad interpretativa de quién juzga. Lo contrario sería entender que el término proporcional o desproporcional en boca de un juez es un juicio de valor cuando debe ser un juicio de razón*” (énfasis añadido).

¹¹ Superintendencia de Educación, Dictámenes N° 17 y 53.

contar con el control y revisión judicial de sus decisiones (Gómez, 2020).

En tal sentido, no ha sido cuestionado el control judicial, sino que la discusión ha radicado más bien en la forma de ejercer dicho control, y en su contenido. Tal es el caso que, por ejemplo, en España la discrecionalidad administrativa se ha construido a partir del control judicial, lo cual ha favorecido su ejercicio reglado por parte de la Administración, y que finalmente permite concluir que, ante dos opciones igualmente justas, la Administración tiene libertad para optar por cualquiera (Doménech, 2019).

2.2. Principio de proporcionalidad

Probablemente, el principio de proporcionalidad es el de mayor referencia en la jurisprudencia, específicamente de la Corte Suprema cuando resuelve sanciones impuestas por la Superintendencia de Educación a través del recurso de apelación a la impugnación de ilegalidad que resuelven las cortes de apelaciones¹².

Así, constantemente nos podemos percatar de que para la Corte resulta un imperativo verificar si el órgano sancionador aplicó o no el principio de proporcionalidad para determinar si cabe revisar la cuantía de la sanción¹³. Lo llamativo, sin embargo, de este criterio jurisprudencial es que la Corte no analiza el mérito de la aplicación del principio de proporcionalidad, sino que solo si este fue o no aplicado, lo cual será analizado posteriormente.

Tal como es la tónica con los criterios de determinación de la sanción, el principio de proporcionalidad no tiene una fuente legal expresa en materia de educación, lo cual sin duda constituye una falencia, ya que su observancia debe no solo corresponder a la Administración, sino

que también a los tribunales de justicia, y naturalmente al legislador (Cárcamo, 2014). No obstante, tanto la jurisprudencia, concretamente en el caso de educación en materia de sanciones administrativas¹⁴, como la doctrina como una regla general, parecen no cuestionar su procedencia, sino que, por el contrario, darle contenido y legitimidad.

Así, por ejemplo, Cárcamo precisa que el principio de proporcionalidad en la sanción administrativa es el de mayor relevancia y exige que la determinación de la sanción tenga una *razonable adecuación* al ilícito que se castiga. Agrega dicho autor, que es en virtud del principio de proporcionalidad que el órgano sancionador está llamado a evitar decisiones excesivas o *desmesuradas* por parte de la Administración, y que su fundamento está dado por la propia Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos (Cárcamo, 2014).

Sin duda, el principio de proporcionalidad tiene su origen y fundamento en limitar el margen de discrecionalidad de la potestad sancionadora del Estado (Cordero Q., 2014), y su elemento distintivo dice relación con la recta adecuación de la cuantía de la sanción a la conducta sancionada.

Para ahondar sobre esta consigna, es decir, sobre la relación entre la cuantía de la sanción y la conducta sancionada que exige la proporcionalidad, resulta interesante en el derecho comparado lo acontecido en el caso francés, en donde la jurisprudencia a partir de la década del 60 y posteriormente el Consejo de Estado, a partir de 1978, comenzaron a aplicar el principio de proporcionalidad bajo el mismo prisma, vale decir, controlar la discrecionalidad de la Administración (Petit, 2019). Es en dicho contexto en donde se produce un

¹² Sentencia Rol N° 3660-19, Corte Suprema. Sentencia Rol N° 11995-19, Corte Suprema.

¹³ Así, por ejemplo, se puede observar en la Sentencia Rol 15.537-2018, Considerando 6°, o en la Sentencia Rol 20.493-2020, Considerando 2°, ambas de la Corte Suprema.

¹⁴ Sentencia Corte Suprema Rol 3660-19. C°11.

quiebre en la aplicación de normas de derecho penal y se consolida la necesidad de estatuto de normas de derecho administrativo sancionador en cuanto a la determinación de la sanción.

Ahora bien, conviene desentrañar el contenido de este principio y cómo tiene relevancia en la determinación de la sanción. Para lo anterior, resulta importante precisar lo sostenido al respecto por el Tribunal Constitucional, particularmente en la sentencia Rol N° 2922-15, en donde se realiza un extenso análisis de esta institución.

En concreto, para los fines de la determinación de la sanción, lo que sostiene el Excelentísimo Tribunal (causa Rol 2922-15) se puede describir en el siguiente sentido:

- El principio de proporcionalidad no tiene reconocimiento expreso en la Constitución, sin embargo, es posible interpretarlo de los artículos 6°, 7°, 19° N° 2 y 26. (Considerando 19°).
- En términos generales, la proporcionalidad se verifica al existir correlación entre el ilícito y la sanción, a fin de determinar el grado de la sanción (Considerando 24°).
- El hecho de que la ley entregue un margen de discrecionalidad a la Administración para optar por la sanción sin entregar un baremo para llegar al *quantum* no exonera al órgano sancionador de no justificar por qué optó por una sanción u otra, lo cual debe ser razonable a la conducta sancionada (Considerandos 45°, 46° y 47°).

Es necesario señalar a este respecto, que el principio de proporcionalidad cumple un doble rol. En primer lugar, exige ponderar la idoneidad o adecuación por lo cual se debe analizar la procedencia de aplicar o no una sanción, es decir, una etapa previa a la determinación de la cuantía.

Una vez que se ha resuelto la aplicación de la sanción, el principio de proporcionalidad cumple su segundo rol,

cual es la ponderación de la conducta sancionada a la sanción propiamente tal, es decir, dentro de las sanciones que determina la ley a las que la Administración puede aplicar.

Es en este contexto en donde también adquiere relevancia la observación de las llamadas normas de concursabilidad de las infracciones, y en donde más allá de la discusión sobre la aplicación de las normas de derecho penal en la materia, existe en el derecho comparado ciertos antecedentes que invocan su aplicación, precisamente, con el fin de evitar un castigo desproporcionado ante uno o más ilícitos. Tal es el caso por ejemplo del derecho administrativo sancionador alemán, italiano, peruano y español (Cordero Q.,2020).

2.3. Principio de razonabilidad

Como aspecto previo, y desprendiendo tanto lo que ha sostenido la doctrina como la propia Superintendencia, el principio de razonabilidad es la garantía por antonomasia del ejercicio de toda potestad pública en donde existe un margen de discrecionalidad o apreciación que corresponde a la Administración, lo cual se evidencia aún más en materia de sanciones administrativas (Huepe, 2014).

El principio de razonabilidad cumple básicamente dos funciones en materia de sanciones administrativas. Por una parte, como límite a la actuación del Estado frente a las personas, pero también como el antecedente necesario precisamente para que la Administración pueda ejercer la discrecionalidad que le permita ajustar su potestad a las circunstancias fácticas que está llamada a resolver (Gómez, 2020).

Se puede decir en otras palabras, que cuando el legislador dota de una atribución a la Administración donde se verifica cierto nivel de discrecionalidad, es precisamente el principio de razonabilidad el que permite a la Administración su adecuado ejercicio, previniéndola, además, de su posterior control judicial y se verifica a

través de las razones esgrimidas que justifican la decisión (Huepe, 2014).

En esta línea resulta atingente precisar lo que ha sostenido la propia Superintendencia de Educación. Así, por ejemplo, en su Dictamen N° 53, de 17 de marzo de 2020, y en el marco de la pandemia del Covid-19, ha sostenido que se debe tener especial observancia del principio de razonabilidad en el ejercicio de la fiscalización y sanción fundado en tres ideas principales:

1) Las potestades públicas no son ilimitadas y los servicios públicos deben actuar de manera coordinada, al señalar: “Servicios Públicos deben obrar coordinadamente, debiendo adoptar medidas tendientes a compatibilizar el ejercicio de sus potestades, con las decisiones que tomen el resto de los órganos de la Administración (...) las referidas potestades públicas no son ilimitadas, muy por el contrario toda la actividad material de la administración se sujeta u orienta, por principios generales, por medio de los cuales se le confiere sentido y utilidad a la normativa respectiva”. Por lo mismo, si ha sido la intención de la autoridad suspender las clases de manera presencial, no puede obviarse dicho supuesto fáctico en el ejercicio de otras potestades, por ejemplo, la fiscalización y sanción.

2) El ejercicio de las atribuciones de fiscalización y sanción se debe justificar en las circunstancias sociales que le dan origen al sostener: “principio de razonabilidad, en su faz material, se refiere a que el derecho encuentre justificación suficiente en las circunstancias sociales que le dan origen o en los fines lícitos que persigue”. De esta manera, se sostiene que no basta con que el órgano cuente con la atribución, sino que su ejercicio se enmarca en un contexto que no le es inocuo.

3) La Superintendencia debe observar los resultados del ejercicio de sus atribuciones sancionatorias en cuanto expresa: “este Servicio deberá evaluar con

especial atención si es que a la luz de los antecedentes disponibles, resulta previsible que el ejercicio de sus potestades de fiscalización y de sanción, producirá resultados razonables en la línea de contribuir al cumplimiento de los fines lícitos perseguidos por la norma educacional que las origina, o por el contrario, podría tener como consecuencia agravar innecesariamente la situación de los regulados”. Se mandata a tener particular consideración a si de los antecedentes se puede desprender que el ejercicio de las potestades fiscalizadoras y sancionatorias producirán resultados razonables o podrían agravar innecesariamente la situación de los regulados.

En este contexto, la Superintendencia entiende que en la aplicación del principio de razonabilidad se debe tener a la vista las consecuencias que se derivan del ejercicio de sus potestades fiscalizadoras y sancionatorias, toda vez que podrían agravar innecesariamente la situación de los regulados. Se desprende, por consiguiente, de esta idea, que en caso de que la Superintendencia considere que los efectos de una sanción agravarán una situación de vulnerabilidad ya existente a causa de la pandemia, es razonable abstenerse de su ejercicio. Particularmente en el caso del *quantum* de la sanción, se puede agregar a lo anterior decidir una sanción menos gravosa, como una amonestación, lo cual se condice, además, con la idea de que la razonabilidad se contrapone al ejercicio abusivo de una potestad pública (Huepe, 2014).

Este es probablemente el antecedente de mayor discrecionalidad que sostiene el órgano administrativo, sin embargo, lo hace en favor de los sostenedores que son a quienes finalmente se les aplica la sanción, y se condice con lo planteado también por la doctrina, en orden a que el principio de razonabilidad es habilitante y a la vez criterio de intensidad del ejercicio de las atribuciones discrecionales del Estado, dentro de las cuales se encuentran las sanciones en materia de educación.

Si bien no se precisa que los fundamentos sean

específicamente para la determinación de la sanción, sino que en el ejercicio de la potestad de fiscalización y sanción en general, subyace la idea de que la Superintendencia entiende la relevancia del principio de razonabilidad al determinar la cuantía de la sanción, y que, por tanto, el contexto en el que determina dicha sanción y particularmente sus efectos deben estar amparados en razones fundadas que desvirtúen cualquier tipo de ejercicio abusivo de dichas potestades.

Se reconoce un supuesto netamente fáctico en la decisión de la Administración, es decir, se parte de la base de que lo racional debe ser lo que correlativamente existe entre la realidad y lo que el legislador aspira (Rodríguez de Santiago, 2016).

Es precisamente en este aspecto en donde el principio de razonabilidad adquiere su mayor relevancia, ya que eleva un supuesto de hecho a la ponderación que hace la Administración al momento de tomar la decisión. Conviene añadir, además, que se pueden identificar en la jurisprudencia de la Corte Suprema antecedentes de su aplicación. Así, en la causa rol 23.767-2014, el Tribunal acogió un recurso de reclamación a una multa aplicada por la Superintendencia, utilizando como criterio las condiciones de vulnerabilidad de la escuela sancionada, la cual, en caso de habersele aplicado la multa, habría visto imposibilitada su continuidad, lo cual generaría un detrimento a la comunidad escolar y afectado su derecho a la educación, al sostener en su considerando séptimo: “Que, en consecuencia, estando revestidas de suficiente plausibilidad las excusas dadas por la sostenedora del establecimiento educacional, y teniendo además en *consideración las condiciones de vulnerabilidad en que se encuentran insertos los alumnos a quienes ella presta los servicios educacionales, y en pos de proteger el necesario financiamiento que debe ser utilizado para llevar adelante el proceso educativo* a que tienen derecho esos

estudiantes, es que se acogerá la reclamación interpuesta por la Escuela Básica, en cuanto se le aplicó una multa de 552 UTM, manteniéndose en todo caso la orden de reintegro de las sumas indebidamente percibidas, en razón del adecuado resguardo del patrimonio fiscal”¹⁵.

Finalmente, sobre este principio, cabe hacer mención que incorpora un elemento que no se desarrolla en el principio de proporcionalidad, que dice relación con los supuestos fácticos. La aplicación del principio de proporcionalidad analiza y propone la correcta adecuación entre la conducta y la sanción, mientras que el desarrollo de la doctrina y la jurisprudencia administrativa han incorporado al principio de razonabilidad el contexto, las condiciones y los efectos de la sanción, con lo que se reconoce, en parte, el carácter dinámico con el que debe intervenir la Administración.

2.4. Principio de mensurabilidad

En una directriz similar, es decir controlar la discrecionalidad de las potestades de la Administración, pero con cierto matiz, se identifica el principio de mensurabilidad. Resulta interesante su análisis en materia de determinación de la sanción en educación, toda vez que ha sido tratado en diversos pronunciamientos por parte de la Superintendencia de Educación¹⁶.

Desde el punto de vista conceptual, la definición utilizada por el Cristián Rojas precisa los elementos que nos interesa para referirnos a este principio, al sostener: “Conforme a este principio, en ningún caso una potestad administrativa puede constituir un poder susceptible de comprensión y/o aplicación indefinida o ilimitada. Consecuencia de ello, es que siempre existen límites para su ejercicio, a cuya cabeza se encuentra la idea omnipresente de los intereses públicos” (Rojas, 2019).

¹⁵ Corte Suprema, Sentencia Rol 23.737-2014. Considerando 7° (énfasis añadido).

¹⁶ Superintendencia de Educación, Dictámenes N° 17 y 53.

Resulta interesante la definición toda vez que se identifican dos elementos centrales en la determinación de una sanción administrativa. Por una parte, que toda potestad pública está sujeta a límites y, por otra, que siempre está supeditada al interés público.

El principio de mensurabilidad, por su contenido, sin duda tiene una naturaleza mucho más constitucional que administrativa, no obstante, por su contenido y sus efectos, que apuntan al ejercicio de potestades administrativas, se considera necesario su análisis y aplicación para determinar la cuantía de sanciones administrativas.

Así también lo ha entendido la Superintendencia de Educación, que en su Dictamen N° 17, de fecha 30 de julio de 2015, a propósito de la forma del ejercicio de la potestad sancionadora de la Superintendencia, sostuvo lo siguiente:

1) El principio de mensurabilidad exige ponderar el interés público al momento de determinar una sanción administrativa, al expresar: “El principio de mensurabilidad, que obliga a ponderar el interés público perseguido con el ejercicio de la potestad administrativa de que se trate, a fin de conocer el alcance de la misma”.

2) La decisión de determinar la imposición de una sanción por parte de la SIE al sostenedor no habilita arbitrariedad en su aplicación, sino que exige una revisión de los principios generales, además de un análisis previo de mérito, oportunidad o conveniencia, lo que a su vez constituye un control de la discrecionalidad administrativa cuando dispone: “determinar la imposición del catálogo de sanciones consagrados en el artículo 73 de la LSAC, en ningún caso envuelve libertad frente a la norma ni menos arbitrariedad en su aplicación, sino que, en virtud de la revisión de los principios señalados, siempre supone un análisis previo de oportunidad, mérito o

conveniencia, los que a su vez constituyen un control de la discrecionalidad administrativa”.

3) El ejercicio de la potestad sancionatoria se fundamenta en la satisfacción del interés público involucrado. Por lo mismo, existiendo alternativas eficaces para el cumplimiento de su objeto, que es el cumplimiento de la normativa educacional, la SIE debe preferir aquellas que sean más idóneas al fin perseguido, al sostener: “Así, el ejercicio de la potestad sancionadora de la Superintendencia, emanada de una atribución normativa, que enmarca y legitima la intervención de este órgano en la esfera jurídica de los sostenedores de establecimientos educacionales, se fundamenta sólo cuanto responda a la satisfacción del interés público involucrado. Por tanto, existiendo alternativas igualmente eficaces para el cumplimiento de su objeto, esto es, velar por la observancia de la normativa educacional, la SIE podrá preferir, por sobre la instrucción de un procedimiento sancionatorio, aquéllas que resulten más idóneas para el fin perseguido”.

El principio de mensurabilidad es aplicable a toda potestad del Estado y no solo a la potestad sancionatoria. De no justificarse en el interés público ni en conocer o al menos proyectar el alcance de una potestad del Estado, esta carece de toda legitimidad. Es evidente que constituye un límite de la Administración frente al particular, en este caso el sostenedor y su inobservancia en materia de sanciones se da precisamente en un abuso en la determinación del *quantum*.

2.5. Deferencia a la Administración

La Corte Suprema, implícitamente, más que a una ponderación directa, pareciera estar más inclinada solo a verificar el cumplimiento del principio de proporcionalidad y no a calificar su aplicación. En otras palabras, lo que se ha observado es que la Corte Suprema no ha revisado el *quantum* de las sanciones, sino solo cuando ha

existido algún vicio de ilegalidad¹⁷. Sobre este aspecto, la gran pregunta a responder radica en el hecho de si la judicatura puede o no revisar el *quantum* de la sanción administrativa.

Claro está que la jurisprudencia ha sido consistente en que lo anterior no corresponde a una atribución de los tribunales de justicia, sin embargo, se observan ciertos argumentos para opinar en contrario. A saber, en primer lugar, hay que precisar que las atribuciones de la Superintendencia de Educación en materia tanto de fiscalización como de sanción son amplias, y el legislador, más allá de su inconsistencia, se ha inclinado por reconocer un margen de apreciación o discrecionalidad al órgano administrativo robusto. A lo anterior, un contrapeso natural debiese ser la revisión judicial de dicha decisión.

Otro argumento esbozado permanentemente señala que la Administración tiene un conocimiento técnico para la toma de las decisiones del cual carece la judicatura (Valdivia, 2018). Este argumento ha sido superado derechamente en ciertas materias en donde el legislador ha creado tribunales especiales¹⁸.

Por lo demás, si ese fuese el caso, la decisión del tribunal solo se tendría que remitir a ordenar otra sanción, pero inhibirse de la revisión de los criterios de determinación de la sanción esgrimidos por la Superintendencia por parte de los Tribunales de justicia no parece razonable.

A lo anterior, además, conviene agregar el hecho de que el “reclamo” o “apelación” es la primera instancia en la cual un juez propiamente tal (el que sanciona es la Administración) conoce de los hechos, por lo que se justificaría plenamente su competencia en sentido amplio, esto es, tanto la procedencia de la sanción como su proporción (Poblete, 2016).

Conviene tener absoluta claridad respecto del rol que tiene el juez, lo cual se relaciona directamente con las garantías del debido proceso. La competencia del juez imparcial no se reduce a la verificación de ciertas actuaciones, sino que tiene su base en las alegaciones, pruebas, evidencia y argumentos que en definitiva aportan las partes. Por lo mismo, no se condice que el tribunal solo verifique el cumplimiento de determinadas condiciones (Poblete, 2016).

Específicamente respecto a la cuantía de la sanción, se precisa además que existe una contradicción entre el criterio descrito por la Corte Suprema y el concepto propio de la instancia en virtud del cual conoce de la sanción, ya que esta última está dada precisamente por los hechos controvertidos, como su extensión, sobre los cuales corresponde al juez pronunciarse (Poblete, 2016).

A la luz de lo sostenido particularmente por la Superintendencia y la relación que la doctrina ha interpretado entre la proporcionalidad y la naturaleza y gravedad de la infracción, se puede llegar a la conclusión de que dicho criterio no es más que el reconocimiento legal a los principios mencionados para la determinación de la sanción, y que, por ende, sí habría un vicio de ilegalidad por su inobservancia.

En este sentido resulta más atinente lo que ha resuelto la Corte Suprema en la sentencia rol 23.737-2014, en donde ha decidido, bajo el argumento de atender a las circunstancias y los efectos de una sanción, disminuir la cuantía de la sanción¹⁹. Cabe precisar que lo anterior se condice además con la relación directa que la doctrina ha identificado entre la proporción de la cuantía de la sanción y la naturaleza y gravedad de la infracción (Navarro, 2018).

Se relaciona también el fallo recién citado con lo que

¹⁷ Corte Suprema, Sentencia Rol N° 3660-2019, Considerando 3°, o Corte Suprema, Sentencia Rol N° 20.493-2020, Considerando 2°.

¹⁸ Solo a modo de ejemplo, destacan el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC), los tribunales tributarios y aduaneros, el Tribunal de Compras y Contratación Pública, el Tribunal de Propiedad industrial y los tribunales ambientales.

¹⁹ Corte Suprema, Sentencia Rol 23.737-2014, Considerando 7°.

ha sostenido la Superintendencia de Educación relativo a la aplicación del principio de proporcionalidad, en directa relación entre la infracción y la sanción aplicada, y el principio de razonabilidad, respecto de las circunstancias de hecho, la conveniencia y los efectos que puede generar la ejecución de una sanción en un sostenedor de un establecimiento educacional²⁰.

2.6. Control judicial de la determinación de la sanción en materia de educación

Un segundo aspecto que conviene analizar descansa en la competencia que tienen los tribunales para conocer de una sanción que ha aplicado la Superintendencia de Educación a un sostenedor educacional. Concretamente, lo que se intenta dilucidar es si el juez está habilitado para controlar y revisar que el *quantum* de una sanción, en el marco de la discrecionalidad ejercida por la Superintendencia, se ajuste a los principios de proporcionalidad, razonabilidad y a la naturaleza y gravedad de la infracción.

El control judicial debe ser pleno y no limitarse a un vicio de ilegalidad formal, ya que la inobservancia de los criterios de determinación (proporcionalidad, razonabilidad y los criterios legales) también son vicios de ilegalidad y, por tanto, nada obsta a los tribunales de justicia, y particularmente a las cortes de apelaciones y a la Corte Suprema que conocen de las sanciones que aplica la Superintendencia de Educación, para que resuelvan sobre la cuantía de la sanción.

Una concepción distinta significaría desconocer la fuente constitucional y legal que tienen dichos principios, e importaría sostener que las potestades sancionatorias de la Superintendencia de Educación no se someten a las normas sobre el control de la discrecionalidad que ha desarrollado la doctrina, la propia Administración y la ley, lo cual no parece acertado.

A lo anterior hay que agregar el hecho de que la justicia administrativa en Chile tiene una naturaleza aún no definida en la doctrina, y se discrepa sobre si nuestro sistema responde a un sistema de justicia administrativa subjetiva, que habilita accionar en contra de la Administración cuando la persona ha sido afectada en sus derechos; o bien, a un sistema de justicia administrativa objetiva, como el caso francés en donde lo que se busca determinar es si ha existido exceso de poder (Ferrada, 2012).

Sin embargo, tal como se ha sostenido, la Corte ha insistido en que solo procede la revisión de la cuantía en aquellos casos en que se verifique un vicio de ilegalidad atendida la naturaleza de la acción en virtud de la cual se reclama²¹.

Lo anterior se justifica bajo el argumento de que, tal como lo establece la propia Ley 20.529, los tribunales de justicia resuelven estas materias bajo un recurso de legalidad, por lo cual, lo que le cabe al juez es verificar que no existan vicios de ilegalidad. Lo anterior implicaría hacer un juicio de mérito sobre decisiones de la Administración que el legislador le ha encomendado precisamente a dichos órganos.

Sobre tal argumento caben al menos dos comentarios que se contraponen a esta idea. En primer término, tal como se ha advertido, los criterios de determinación de la sanción que sirven de control para las potestades administrativas discrecionales tienen una fuente legal, que si bien no tienen una consagración expresa en la Ley 20.529, si podemos remitirnos a otras normas, y la interpretación y desarrollo que han hecho la doctrina y la jurisprudencia permiten su aplicación.

Por otra parte, el criterio aplicado por la Corte no ha sido uniforme, ya que se pueden identificar causas en donde, sin importar si concurre un vicio de ilegalidad,

²⁰ Superintendencia de Educación, Dictámenes N°17 y 53.

²¹ Corte Suprema, Sentencia Rol N° 3660-2019, Considerando 3°, o Corte Suprema, Sentencia Rol N° 20.493-2020, Considerando 2°.

ha resuelto revisar la cuantía de la sanción aplicada por la Superintendencia. Concretamente, en la causa rol 23.737-2014, se resolvió acoger una reclamación bajo el argumento de que el sostenedor prestaba el servicio educacional en un contexto de vulnerabilidad, y de confirmar la multa, habría afectado el derecho de educación de la comunidad escolar.

A pesar de eso, no cabe duda de que la revisión y control judicial de las sanciones administrativas es uno de los puntos de mayor urgencia en esta materia a nivel legislativo, cuyo déficit no se limita a las sanciones en materia de educación y que, sin duda, podría zanjar una serie de complejidades como las que se han mencionado.

Aquello no se opone a que la doctrina ha desarrollado bastante este aspecto y que los tribunales cuentan con elementos para el ejercicio del control y revisión de la cuantía de la sanción. En cuanto a la relación específica con el margen de apreciación, Doménech plantea un elemento interesante que radica en el análisis que debe realizar el juez en torno a analizar ventajas y desventajas dentro del margen de apreciación, es decir, dentro de la discrecionalidad que pondere la capacidad entre la autoridad y el juez para determinar la sanción, a la incertidumbre acerca de cómo se satisface el interés público y, finalmente, la plausibilidad de la decisión administrativa en cuestión (Doménech, 2021).

3. Conclusiones

La carencia de normas de aplicación general en materia de sanciones es el origen principal de la incertidumbre. De manera uniforme se puede advertir que la doctrina sostiene que más allá de la postura que se defienda, es decir, más allá de la necesidad de un marco de normas de derecho administrativo sancionador general, o de la remisión de las normas de derecho penal, la indefinición del legislador ha traído consigo una serie de dificultades. Dada su particular naturaleza, parece más razonable la existencia de un marco general de normas de derecho administrativo sancionatorio.

Los criterios de determinación de la sanción administrativa que se han descrito, el principio de proporcionalidad, razonabilidad, mensurabilidad, el beneficio económico o la naturaleza y gravedad de la conducta, no son sino un control necesario para la discrecionalidad con que la ley habilita a la Administración para actuar en ciertas ocasiones. Si bien la discrecionalidad es un margen de apreciación necesario dado el dinamismo con el que debe actuar la Administración, mecanismos de control como los descritos son fundamentales a fin de evitar la

arbitrariedad, decisiones abusivas o desproporcionadas.

Otro aspecto que parece imperioso es que la Corte Suprema modifique su criterio, pues no se puede revisar la cuantía de la sanción impuesta por la Superintendencia, salvo que exista un vicio de ilegalidad. Lo anterior es así, debido a que como se ha procurado mostrar en esta presentación, la falta de observancia de estos también se podría considerar un vicio de ilegalidad. Pero más aún, porque los sancionados, en este caso los sostenedores de establecimientos educacionales tienen derecho a controvertir las decisiones de la Administración ante un tercero imparcial, sin una limitación que en términos prácticos constituye un juicio previo.

Ha sido la propia Superintendencia de Educación la que ha permitido zanjar las falencias legislativas en torno a reconocer el principio de razonabilidad, de mensurabilidad y el principio de proporcionalidad, fijando un antecedente que conviene tener a la vista toda vez que constituye una garantía en favor de los particulares sancionados.

La naturaleza y gravedad de la conducta como únicos criterios generales de las sanciones en materia de educación, ya que el beneficio económico solo se da respecto de las sanciones de multas, no es sino remitir a los principios generales que aplica la doctrina para determinar la sanción, esto es, el principio de razonabilidad, proporcionalidad y mensurabilidad. Es por ello por lo que se podría argüir a la Corte que su inobservancia sí constituye un vicio de ilegalidad, lo cual permitiría al máximo Tribunal conocer de la cuantía de la sanción no obstante no existir vicios formales de ilegalidad.

Resulta al menos cuestionable la necesidad de haber incluido en la ley como criterio el beneficio económico, toda vez que la actividad educacional dista mucho de los ámbitos de regulación en donde efectivamente el beneficio económico tiene sentido. Pero, además, porque la naturaleza y gravedad de la falta, así como el principio de proporcionalidad y razonabilidad reconocido por la Superintendencia, resultan suficientes para abarcar los fines que se persiguen con dicho criterio.

Referencias bibliográficas

- Cárcamo Righetti, A. (2014). La obligatoria observancia del principio de proporcionalidad de la sanción en el derecho administrativo sancionador: fundamentos, alcances y aplicaciones. En *Sanciones administrativas. X jornadas de derecho administrativo asociación de derecho administrativo (ADA). Colección de estudios de derecho público* (149-165). Santiago de Chile: Thomson Reuters.
- Cordero Quinzacara, 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*, (42), 399-439.
- Cordero Quinzacara, E. (2020). Los concursos infraccionales en el Derecho administrativo sancionador chileno. *Revista de Derecho Administrativo Económico*, (31), 33-65.
- Cordero Vega, L. (2020). El derecho administrativo sancionador y los sectores de referencia en el sistema institucional chileno. *Ius et Praxis*, 26(1), 240-265.
- Doménech Pascual, G. (2021). El juego del legislador, la administración y el juez. En Rodríguez de Santiago, J.M; Doménech Pascual, G. y Arroyo Jiménez, L. (coords.) *Tratado de Derecho Administrativo*. Vol. I (pp. 861-934). Madrid: Marcial Pons.
- Ferrada Bórquez, J. (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.
- Flores Rivas, J. (2014). Derecho a la educación: Su contenido esencial en el derecho chileno. *Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca*, (2), 109-136.
- Gómez González, R. (2014). Concurso de infracciones administrativas: la determinación de la sanción. *Revista de Derecho Administrativo Económico*, (19), 155-164.
- Gómez González, Rosa Fernanda. (2020). Discrecionalidad y potestades sancionadoras de la Administración. *Ius et Praxis*, 26(2), 193-218.
- Huepe Artigas, F. (2014). El problema de la discrecionalidad en la potestad sancionadora de la administración: Su control a través del principio de razonabilidad. En *Sanciones administrativas. X jornadas de derecho administrativo Asociación de derecho administrativo (ADA). Colección de estudios de derecho público* (pp. 168-186). Santiago de Chile: Thomson Reuters.

- Jara Schnettler, J. (2018). La revisión jurisdiccional de las sanciones administrativas y la garantía del recurso de plena jurisdicción. *Revista de Derecho Público*, (89), 59-91.
- Letelier Wartenberg, Raúl. (2017). Garantías penales y sanciones administrativas. *Política criminal*, 12(24), 622-689.
- Navarro Beltrán, E. (2018). Notas sobre el Principio de Proporcionalidad en la reciente jurisprudencia constitucional. *Revista de Derecho Público*, (Número especial), 309-322.
- Petit, J. (2019). La Proporcionalidad de las Sanciones Administrativas. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, (22), 367-398.
- Poblete Iturriate, O. (2016). Procedimiento Administrativo Sancionador y enjuiciamiento posterior de la Administración. En *La prueba en la litigación pública (Colección estudios de derecho público)* (pp.15-82). Santiago de Chile: Librotecnia.
- Rodríguez de Santiago, J. (2016). *Metodología del Derecho administrativo: Reglas de racionalidad para la adopción y el control de la decisión administrativa*. Madrid, España: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.
- Rojas Calderón, C. (2019). Los principios de mensurabilidad y proporcionalidad en las potestades administrativas. En *Itinerario latinoamericano del Derecho Público francés. Homenaje al profesor Franck Moderne* (pp. 257-274). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Soto Kloss, E. (2014). Otra vez la potestad sancionadora de la Administración. *Sanciones administrativas. X jornadas de derecho administrativo Asociación de derecho administrativo (ADA). Colección de estudios de derecho público* (pp.38-52). Santiago de Chile: Thomson Reuters.
- Valdivia Olivares, J. (2018). *Manual de Derecho Administrativo*. Santiago de Chile: Tirant lo Blanch.
- Zúñiga, F. & Osorio, C. (2016). Los criterios unificadores de la Corte Suprema en el procedimiento administrativo sancionador. *Estudios Constitucionales. Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca*. (2), 461-478.

**Jaime
Arancibia
Mattar****

**Universidad de los
Andes, Chile**

jarancibia@uandes.cl

Recibido: 30.12.21

Aceptado: 21.01.22

Caducidad o decaimiento administrativo por prescripción, preclusión y resolución*

Expiry or administrative decay due to statute of limitations, preclusion and termination

Resumen: La regulación parcial de la extinción de algunas figuras jurídicas administrativas ha sido un terreno fértil de incertidumbre en Chile. En la actualidad, el autor de un hecho gravado con sanción o tributo desconoce si el atraso excesivo del Estado en pronunciarse sobre el gravamen implicará un estado de indefinición permanente por imprescriptibilidad de la potestad o por interrupción o suspensión del plazo para ejercerla debido al inicio del procedimiento administrativo; o si su perplejidad tendrá fecha de término por aplicación de plazos de preclusión o de prescripción fatales, propios o análogos (civiles, penales), o por declaración de decaimiento procedimental. Esta incerteza jurídica se debe, principalmente, a la variedad de postulados acerca de las interrogantes planteadas en la doctrina y la jurisprudencia. Mientras unos contribuyen al estado de indefinición de la situación del autor del hecho gravado, otros procuran solucionarlo no siempre de modo coherente o en armonía con los intereses públicos en juego. Este trabajo tiene pretensión de contribuir a la solución de los problemas prácticos y de incerteza que produce el atraso o inactividad administrativa de un modo que compatibilice intereses privados y públicos. Se propone recuperar el concepto de caducidad o decaimiento administrativo como efecto extintivo genérico conforme a su etimología y naturaleza jurídica, definir sus rasgos esenciales, y asignar una denominación y régimen específico a las causales que lo provocan, en particular, la prescripción, la preclusión y la resolución.

Palabras clave: caducidad; decaimiento; administrativo; prescripción; preclusión.

Abstract: Partial regulation on the extinction of administrative legal realities has been a fertile soil for uncertainty in Chile. Currently, the author of an act levied with penalty or tax does not know whether the excessive delay of the State in imposing it will produce a perpetual lack of definition due to the exclusion of the statute of limitations or the interruption or suspension of the period to exercise powers due to the initiation of the administrative procedure. He does not know either whether his perplexity will have an end date due to the application of fatal terms either proper or analogous (civil, criminal), or due to a declaration of procedural lapse. This uncertainty is mainly caused by the variety of postulates on the questions raised in legal literature and case law. While some contribute to the lack of definition at the expense of the perpetrator's expectations, others try to solve it, although in a manner which may be inconsistent with public interests at stake. This paper aims to contribute to the solution of the practical problems and uncertainty caused by administrative delay or inactivity in a way that reconciles private and public interests. It proposes to recover the concept of expiry or administrative decay as a generic extinctive effect in accordance with its etymology and legal nature, to define its essential features, and to assign a specific denomination and legal regime to the causes that trigger it, namely, statute of limitations, preclusion and termination.

Keywords: expiry; decay; administrative; statute of limitations; preclusion; termination.

* Este artículo fue escrito en el marco del Proyecto Fondecyt Regular N° 1210112 sobre "La función de fiscalización administrativa: potestades, régimen y problemas en el ordenamiento jurídico chileno", en el que el autor es investigador responsable.

** El autor agradece especialmente los comentarios formulados a este trabajo por los profesores Jaime Phillips y Alejandro Romero.

La regulación parcial de la extinción de algunas figuras jurídicas administrativas ha sido un terreno fértil de incertidumbre en Chile. En la actualidad, el autor de un hecho gravado con sanción o tributo desconoce si el atraso excesivo del Estado en pronunciarse sobre el gravamen implicará un estado de indefinición permanente por imprescriptibilidad de la potestad o por interrupción o suspensión del plazo para ejercerla debido al inicio del procedimiento administrativo; o si su perplejidad tendrá fecha de término por aplicación de plazos de preclusión o prescripción fatales, propios o análogos (civiles, penales), o por declaración de decaimiento procedimental. Incluso, si pudiese verse beneficiado por alguna de estas causales, subsistirá para él la duda de si la Administración podrá incoar un nuevo procedimiento de gravamen posterior al extinto. A lo anterior se suma la pregunta acerca de si la tardanza en el cumplimiento de deberes procedimentales permite configurar un caso de responsabilidad del Estado más allá de la del funcionario.

Esta incerteza jurídica se debe, principalmente, a la variedad de postulados acerca de las interrogaciones planteadas en la doctrina y la jurisprudencia. Mientras unos contribuyen al estado de indefinición de la situación del autor del hecho gravado, otros procuran solucionarlo no siempre de modo coherente o en armonía con los intereses públicos en juego.

Hay postulados dogmáticos que permiten mantener al particular en un verdadero “limbo” administrativo en relaciones legales sustantivas y procedimentales. Con

respecto a las primeras es posible mencionar los criterios de inextinguibilidad unilateral de poderes propios (Valdivia y Blake, 2015, p. 118), atribución de efectos meramente formales a la resolución sustantiva de una relación legal¹, e imposibilidad de alegar la prescripción potestativa una vez terminado el procedimiento².

En materia procedimental, a su vez, la incertidumbre jurídica se ve agravada por doctrinas como la no fatalidad de los plazos preclusivos³, la inaplicabilidad de la desproporción o desigualdad procedimental (Caldera, 2011, pp. 194-195), el soslayo del derecho subjetivo a que los asuntos sean resueltos en un plazo razonable (Valdivia y Blake, 2015, p. 115), la atribución de responsabilidad por dilación únicamente al funcionario y no al Estado (Caldera, 2001, pp. 194-195; Contraloría General de la República. Dictamen N° 16.602, 2 de abril de 2004), y la improcedencia del decaimiento procedimental (Soto, 2020, p. 303; Bocksang, 2011, p. 228) o de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la ley potestativa⁴.

De otro lado, las doctrinas que procuran poner fin a la indefinición que aqueja al particular suelen incurrir en una falta de sofisticación que termina afectando indebidamente el interés público en el ejercicio de la potestad. Nos referimos, por ejemplo, a la prescriptibilidad tácita de las potestades⁵, la aplicación de plazos fatales con prescindencia de la naturaleza legal del procedimiento (Vergara 2017 y 2018)⁶, la aplicación analógica de plazos de prescripción⁷, la atribución de

¹ Corte Suprema. Rol N° 5.165-2013. 14 de abril de 2014, c. 12°.

² Cfr. Contraloría General de la República. Dictamen N° 38.353, 1 de octubre de 2002.

³ Véase la tendencia jurisprudencial al respecto reunida por Vergara, 2017.

⁴ Argumentos dados por la defensa del Estado ante el Tribunal Constitucional. Tribunal Constitucional. Rol N° 3.874-17. 12 de marzo de 2019. Ver también Tribunal Constitucional. Rol N° 5.025-18. 27 de agosto de 2019 y Tribunal Constitucional. Rol N° 5.232-18. 27 de agosto de 2019.

⁵ Corte Suprema. Rol N° 22.247-2021. 13 de octubre de 2021, c. 4°: “la prescripción de las acciones procede en nuestro derecho positivo como regla general, la que solo cesa cuando por ley se determine su imprescriptibilidad”.

⁶ Ver también el voto de minoría en Corte Suprema. Rol N° 63.165-2020. 14 de septiembre de 2020. Corte Suprema. Rol N° 22.318-2021. 1 de octubre de 2021, c. 5 L 2.

⁷ Cfr. Soto, 1984, p. 506; Aróstica, 2005, pp. 119-126; Flores, 2011, pp. 131-146; Román, 2009, p. 198; Vallejo, 2016, pp. 281-301; Cordero, 2020, pp. 367 y 372; Soto, 2020, p. 315. Cfr. Corte Suprema. Rol N° 855-2009. 31 de diciembre de 2010.

efectos extintivos sustantivos a la preclusión procesal⁸, la inaplicabilidad de plazos fatales en actos de beneficio (Soto, 1984) y el sometimiento de la prescripción potestativa al régimen propio de acciones o derechos civiles, como su carácter disponible⁹ o la exigencia de que sea declarada judicialmente¹⁰.

Sobre la base de lo expuesto, este trabajo pretende contribuir a la solución de los problemas jurídicos que produce el atraso o inactividad administrativa de un modo que compatibilice intereses privados y públicos. Para tal efecto, es preciso hacerse cargo de las confusiones conceptuales que, en nuestra opinión, subsisten con respecto a la extinción de relaciones legales administrativas o de los derechos y poderes que emanan de ellas.

Se propone recuperar el concepto de caducidad o decaimiento administrativo como efecto extintivo genérico e indirecto conforme a su etimología y naturaleza jurídica, definir sus rasgos esenciales y asignar una denominación y régimen específicos a las causales que lo provocan. En particular, nuestro análisis se referirá a las causales imputables a la inactividad o pasividad de las partes, esto es, la prescripción sustantiva, la preclusión procesal y la resolución de obligaciones legales materiales y formales.

Pensamos que sólo mediante estas distinciones entre causa y efecto decadente, efecto directo e indirecto, relación sustantiva y procedimental, realidad jurídica activa y pasiva, y entre prescripción, preclusión y resolución podremos abordar los efectos adversos de la tardanza administrativa de un modo que guarde coherencia conceptual y compatibilice el interés privado

en la seguridad jurídica con el público en la distribución de bienes y cargas públicas.

Específicamente, el autor de un hecho gravado con tributo o sanción afectado por la dilación administrativa en aplicarlos podría recurrir a la figura de la caducidad o decaimiento administrativo de: a) la relación legal sustantiva, por prescripción expresa; b) la relación legal procedimental, por preclusión potestativa compatible con la naturaleza del procedimiento; o c) de ambos tipos de relación, por resolución de obligaciones recíprocas por incumplimiento grave del deber de actuación oportuna.

Estas figuras son armonizables con la satisfacción de intereses públicos porque inhiben la aplicación o disponibilidad de plazos de prescripción por vía de analogía, preclusiones fatales que prescinden del tipo de procedimiento, el ejercicio de potestades con plazo vencido, y la exigencia *sine qua non* de que la prescripción sea declarada judicialmente.

Para efectos de desarrollar estas ideas, este trabajo se dividirá en cuatro secciones. La primera abordará el concepto de caducidad o decaimiento administrativo, seguida de otra dedicada a analizar los rasgos esenciales que lo distinguen. La tercera tratará las principales diferencias entre las causales de caducidad o decaimiento administrativo atribuible a la conducta de las partes. La cuarta desarrollará el régimen de decadencia por prescripción sustantiva, mientras que la quinta se referirá a la causal de preclusión procedimental. La parte final explicará la caducidad o decaimiento de relaciones sustantivas y procedimentales por resolución.

⁸ Cfr. Corte Suprema. Rol N° 4.864-2019. 12 de agosto de 2019, c. 6° y 7° y Corte Suprema. Rol N° 138-2021. 10 de mayo de 2021, c. 5°.

⁹ Cfr. Contraloría General de la República. Dictamen N° 31.088, 26 de agosto de 1988 y N° 22.388, 17 de agosto de 1989.

¹⁰ Cfr. Contraloría General de la República. Ver, entre otros, Dictámenes N° 9.176, 15 de abril de 1992, N° 14.217, 22 de abril de 1999, N° 30.070, 1 de julio de 2008, N° 22.483, 13 de abril de 2011, N° 2.554, 11 de enero de 2013.

1. Concepto de caducidad o decaimiento administrativo

La caducidad o decaimiento ha sido objeto de confusiones relevantes en el derecho administrativo nacional. Estas se deben, principalmente, a distinciones artificiales entre estas expresiones sinónimas y a definiciones que procuran identificar su efecto extintivo con sólo una de las causales posibles.

En efecto, mientras la caducidad suele estar asociada a los actos administrativos (Flores 2016 y 2017) y a las potestades¹¹, el decaimiento es predicado respecto de actos¹² y procedimientos sancionatorios¹³, lo que obliga a diferenciarlos según su objeto pese a corresponder a un efecto extintivo único. De hecho, la legislación procedimental y la doctrina españolas suelen referirse al decaimiento y al abandono procedimental únicamente en términos de “caducidad”¹⁴. Por esta razón, no compartimos la crítica formulada por la doctrina nacional a la figura del decaimiento¹⁵, sobre todo si proviene de autores que aceptan la caducidad sin exigir base legal, ni que este sea calificado de “forzado” en materia procedimental (Evans y Poblete, 2014, pp. 218 y 221). Antes bien, en derecho administrativo, quien dice caducidad dice decaimiento y viceversa; lo que caduca decae y lo que decae caduca.

De otro lado, el carácter general de la caducidad y

del decaimiento administrativo ha sido desconocido por nociones que identifican esta figura genérica con sólo una de las causales que la provocan. Así, mientras la caducidad suele ser identificada con la resolución de obligaciones en Chile (Piccinini, 1968, pp. 27-28) y con la prescripción en España¹⁶, el decaimiento ha estado asociado a la preclusión¹⁷ y a la imposibilidad de ejecutar actos o de continuar procedimientos¹⁸.

Mientras estas reducciones terminológicas no sean rectificadas, subsistirán dudas con respecto al régimen jurídico de la caducidad o decaimiento administrativo, lo que a su vez es fuente de soluciones deficientes a problemas prácticos como los enunciados en la introducción.

Por lo mismo, nuestra tesis propone aclarar, en primer lugar, que caducidad y decaimiento son expresiones sinónimas porque provienen de una etimología o raíz latina común: *cadere* (“caer”), *caducus* (“caduco”), *de-cadere* (“decaer”), *de-cadentia* (“decadencia”, “decaimiento”), en que el prefijo “de” indica simplemente la dirección de caída hacia abajo. Una forma de graficar esta identidad sustantiva y radical entre decaimiento y caducidad es que la traducción de esta última a los idiomas francés e italiano es, precisamente, *déchéance* y *decadenza*.

¹¹ Cfr. Corte Suprema. Rol N° 4.864-2019. 12 de agosto de 2019, c. 6° y 7° y Corte Suprema. Rol N° 138-2021. 10 de mayo de 2021, c. 5°.

¹² Cfr. Piccinini, 1968, pp. 56. Caldera (2001, p. 121) incluso identifica el decaimiento únicamente con los actos administrativos de efectos generales.

¹³ Cfr. Cordero, 2011; Bocksang, 2011; Evans y Poblete, 2014; Valdivia y Blake, 2015; Horn, 2016.

¹⁴ Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Boletín Oficial del Estado. Núm. 236. 02 de octubre de 2015, arts. 25 N° 1 y 95 N° 1. Cfr. Santamaría, 2005, pp. 7-56.

¹⁵ Cfr. Silva Cimma, 2001, p. 161; Soto 2016, pp. 125-130; Vergara 2017, pp. 79-118; Gómez, 2020, p. 244; Soto, 2020, pp. 301-323.

¹⁶ “3. f. *Der.* Extinción de una facultad o de una acción por el mero transcurso de un plazo configurado por la ley como carga para el ejercicio de aquellas” (Real Academia Española, 2001).

¹⁷ “1. Proc. Pérdida de alguna facultad procesal por inactividad del sujeto” (Real Academia Española de la Lengua, Consejo General del Poder Judicial, 2016).

¹⁸ Corte Suprema. Rol N° 22.318-2021. 1 de octubre de 2021, c. 7°.

En derecho administrativo, el carácter sinonímico de estas expresiones ha sido reconocido por Vergara, cuando refiere que la caducidad es “usualmente caracterizada por el *decaimiento* de un derecho o de una pretensión” (Vergara, 2004, p. 567; el destacado es nuestro, también en las dos citas siguientes), en que “opera la extinción del derecho respectivo, el cual *decae*, desaparece” (Vergara, 2004, p. 568). Además, la caducidad del procedimiento en procedimientos iniciados por el particular consiste en el “*decaimiento* de la petición” (Vergara, 2004, p. 572).

Sobre esta base, la caducidad o decaimiento puede ser definido como la extinción o pérdida sobreviniente de todo valor, virtualidad, fuerza o eficacia de una relación, derecho, facultad, acto, acción, potestad o procedimiento legal debido a la desaparición de un elemento esencial (García de Enterría y Fernández, 2006, p. 592)¹⁹ por causales jurídicas atribuibles a la conducta fáctica de parte interesada o a hechos ajenos a estas.

2. Características de la caducidad o decaimiento administrativo

De la definición anterior se desprenden las principales características de la caducidad o decaimiento administrativo, aquellas que permiten diferenciarlo de otros institutos jurídicos. Específicamente, la caducidad o decaimiento administrativo corresponde a un efecto extintivo, absoluto, sobreviniente, originado por circunstancias de hecho y aplicable a todo tipo de realidades legales activas y pasivas. Veamos.

La caducidad o decaimiento no es una *causa* sino un *efecto* extintivo de aquella realidad jurídica respecto de la que se predica. Este efecto es provocado por la desaparición de un elemento esencial de esa realidad, la que a su vez es producida por causales jurídicas configuradas por circunstancias fácticas. El reconocimiento de esta secuencia fáctico-jurídica (hecho-causal jurídica-decadencia) es fundamental para no caer en contradicciones o confusiones.

De esta forma, la pasividad, inactividad, dejación, deficiencia, incuria o inejecución del interesado en la

relación no es causal directa de caducidad o decaimiento sino de la prescripción, preclusión o resolución que lo produce. Asimismo, la destrucción natural de la cosa sobre la que se despliega un acto o procedimiento administrativo no es causal directa de su caducidad o decaimiento, sino que de la imposibilidad de ejecutarlo o continuarlo, la que provoca, a su vez, el efecto decadente.

En este sentido, si bien es posible hablar de inercias o incumplimientos que producen la caducidad o decaimiento de acciones, derechos, poderes o procedimientos, en estricto rigor lo hacen de modo *indirecto*, esto es, a consecuencia de haber configurado una causal jurídica específica que constituye la *causa operandi* de esa decadencia.

De esta forma, la *conducta fáctica* de las partes se diferencia de aquellos *actos jurídicos* de las mismas que producen un efecto extintivo *directo*, de carácter *constitutivo*, como el pago de lo debido, la revocación o retiro del acto y la condonación, novación, compensación,

¹⁹ Ver también Bocanegra, 2003, pp. 133-134.

remisión y confusión de las obligaciones, en relaciones legales sustantivas; o la renuncia del derecho, el desistimiento de una solicitud, la inadmisibilidad de solicitudes respecto de derechos no previstos en el ordenamiento jurídico o manifiestamente carentes de fundamento, o el silencio administrativo como equivalente potestativo, en relaciones procedimentales.

Por lo mismo, la ineficacia de una relación o acto que deviene en ilegal por cambio normativo, conocida también como antijuridicidad sobreviniente, no parece ser una hipótesis de caducidad o decaimiento, como suele decirse (Sayagues, 2002, p. 520)²⁰. Corresponde más bien a la derogación, abrogación o extinción de estos por acto jurídico directo e incompatible, sin perjuicio del resguardo de los derechos adquiridos que corresponda.

Luego, el carácter *absoluto* de este efecto extintivo permite descartar que corresponda a una hipótesis de lo que Soto Kloss ha criticado como debilitamiento, anemia o desinfe jurídico a la luz del vocablo italiano *affievolimento* (Soto, 2020, p. 298). Este consiste únicamente en la atenuación de un derecho subjetivo debido a una limitación de interés público, en circunstancias que la caducidad o decaimiento conlleva una extinción total de su objeto y se extiende a derechos y poderes. Por eso que en el siglo XIX Escriche define caducidad en términos extintivos totales, de “[a]cabarse, extinguirse ó perderse alguna cosa” y caduco como “[l]o que pierde su vigor ó cae en desuso, ó se estingue y acaba, ó queda sin efecto por muerte ó por otro acontecimiento” (Escriche, 1995, p. 391). En consecuencia, así como las hojas de los caducifolios caducan porque caen extintas, también lo hace aquello que decae jurídicamente.

Adicionalmente, el carácter *sobreviniente* de la caducidad o decaimiento permite diferenciarlo de la ineficacia de la relación legal por invalidez *ab initio* o contemporánea del acto que la sustenta. De ahí que no proceda pedir la extinción de un acto caduco por ilegalidad de origen²¹. A diferencia de la relación inválida desde su inicio, todo beneficio obtenido por un sujeto privado de buena fe antes de la caducidad corresponde a un derecho adquirido y no a una confianza legítima.

Que el decaimiento o caducidad “sobrevenga” significa que sus causales no son inherentes o esperadas²². Antes bien, se produce por circunstancias que advienen o vienen improvisamente, a la sazón. De ahí que la atribución de esta figura a “causas naturales” exige interpretar el sentido de la expresión “natural”. Lo “natural” en este contexto no es sinónimo de normal o “perteneciente o relativo a la naturaleza” de aquello que decae, pues la extinción no sería sobreviniente o anormal sino normal. En este sentido, Olguín (1961, P. 32) y la Corte Suprema²³ afirman que el acabamiento natural del acto corresponde únicamente a la satisfacción del objeto perseguido por el acto. Para ser compatible con una extinción sobrevenida, entonces, lo natural debe ser asimilado a hechos de la naturaleza ajenos a la voluntad de las partes de la relación.

Finalmente, la caducidad o decaimiento administrativo puede ser predicado respecto de una relación de fuente *legal* sustantiva o procedimental, o de las situaciones jurídicas activas (derecho, acción, facultad o poder) o pasivas (obligación) que emanan de ella, incluso en el caso de los mal llamados contratos administrativos (Arancibia, 2019, pp. 27-53).

²⁰ Ver también Olguín, 1961, pp. 267-268; Cordero, 2011, p. 247.

²¹ Corte Suprema. Rol N° 971-2002. 25 de noviembre de 2003, c. 9°.

²² En materia de actos administrativos, por ejemplo, Horn explica que el decaimiento se produce por “circunstancias que no fueron queridas, ni previstas, ni existentes al momento de la dictación del acto” (2016, p. 118).

²³ Corte Suprema. Rol N° 743-1999. 6 de junio de 2000, 13°.

3. Causales de caducidad o decaimiento administrativo

Como dijimos, una relación o situación jurídica caduca o decae por desaparición de un elemento esencial atribuible a causales jurídicas relacionadas con la conducta fáctica de una parte interesada o a hechos ajenos a esta. En el primer caso, la parte incurre en una inactividad o dejación que produce la prescripción, preclusión o resolución de ese elemento esencial, que conduce a su vez a la caducidad o decaimiento. En el segundo caso, en cambio, existe un hecho ajeno a las partes que provoca la imposibilidad material de cumplimiento del acto, de ejercicio de un derecho o poder, o de tramitación de un procedimiento, lo que conduce a la decadencia de la relación o situación jurídica correlativa.

Este trabajo solo abordará el primer grupo de causales por ser, en nuestra opinión, aquel donde se producen las mayores confusiones.

En términos generales, cabe observar que tanto la *prescripción* como la preclusión consisten en la extinción de un derecho, acción, poder o facultad perfecto y exigible debido a la dejación del interesado dentro de un plazo o ante una circunstancia legal específica. Están fundadas en la necesidad de consolidar una situación de hecho —ausencia de actividad—, transformándola en una de derecho. Carnelutti explica que la eficacia del tiempo en estas figuras alude a la duración del período para ejercer una situación jurídica *activa* (Carnelutti, 1955, p. 432).

La *resolución*, en cambio, consiste en la extinción de las obligaciones recíprocas de la relación legal por incumplimiento grave de una de las partes. El factor extintivo es un obrar omisivo o deficiente de una parte en la satisfacción del derecho o interés de la otra. Lo relevante aquí no es el tiempo para hacer valer una

posición jurídica activa sino para cumplir una *pasiva*; el objeto directo de la extinción, por tanto, no es un activo sino un conjunto de pasivos.

Una consecuencia de esta distinción es que no existe incoherencia cuando el órgano competente declara la extinción del vínculo legal por una causal y rechaza otras. Por ejemplo, a diferencia de lo que sostiene Vergara (2018, p. 173), la Corte Suprema no incurre en inconsistencia o fractura doctrinaria cuando rechaza el decaimiento del procedimiento por preclusión, basada en la ausencia de plazos fatales, pero declara el decaimiento procedimental por resolución de las obligaciones adjetivas exigibles. Ambas corresponden a causales distintas de caducidad cuya aplicación dependerá de los hechos del caso.

Tampoco sería contradictorio que la Corte rechace la falta de servicio por incumplimiento de plazos que no estima fatales²⁴, y la declare respecto de dilaciones irracionales que hacen daño. Estas opciones resultan coherentes si consideramos que el vencimiento de plazos no fatales no constituye una causal de prescripción, preclusión o de responsabilidad legal, mientras que la actuación tardía supone un incumplimiento conducente a la resolución obligacional y a una eventual responsabilidad por falta de servicio, aunque los plazos no sean fatales.

Finalmente, cabe aclarar que la caducidad o decaimiento de una relación legal ha sido objeto de denominaciones alternativas, como caducidad del “acto” (cfr. Flores, 2017, pp. 225-249) o “contrato” (cfr. Flores, 2016, pp. 47-78) administrativo, en el caso de relaciones sustantivas, y decaimiento del “procedimiento”, en relaciones procedimentales.

²⁴ Corte Suprema. Rol N° 11.358-2015. 16 de junio de 2016.

4. Caducidad o decaimiento por prescripción

La prescripción consiste en la extinción *ipso iure* de un derecho, facultad, poder o acción por no haber sido ejercidos dentro de un plazo legal. Esto provoca la caducidad o decaimiento de una relación legal sustantiva cuando la situación jurídica activa prescrita era esencial para la subsistencia de la relación.

Si bien esta modalidad de extinción envuelve también una suerte de incumplimiento del interesado, lo inobservado aquí es una carga o deber en interés propio y no una obligación en interés de la contraparte.

Esta prescripción ha sido formulada también en términos alternativos que no deben llamar a confusión. Por ejemplo, la prescripción de la “responsabilidad administrativa” no es más que la prescripción del poder para acusar o sancionar una infracción administrativa. Asimismo, la prescripción de la “sanción” administrativa es aquella del poder para exigir el cumplimiento de la sanción impuesta (Cordero, 2020, pp. 361-362).

Es importante aclarar que la prescripción siempre tiene por objeto un activo jurídico de carácter sustantivo, esto es, que surge de una relación legal de carácter material y no procedimental. De esta forma es posible diferenciarla de la preclusión que, como veremos, corresponde a la extinción de activos de naturaleza formal o adjetiva.

El vínculo legal sustantivo surge de un hecho o posición calificada por ley que habilita el ejercicio de un derecho o de una potestad pública desde que la obligación correlativa se hace exigible.

En materia temporal, el ejercicio del derecho o poder podría ser imprescriptible o estar sujeto a un plazo de prescripción. Esta produce la caducidad o decaimiento tanto de la relación legal sustantiva como de la procedimental, dado que no es posible tramitar un procedimiento respecto de un derecho o potestad prescritos.

Un ejemplo de prescripción potestativa que extingue la relación legal podemos observarlo en la Ley N° 20.529, cuando dispone que la Superintendencia de Educación “no podrá aplicar ningún tipo de sanción luego de transcurridos seis meses desde la fecha en que hubiere terminado de cometerse el hecho” (art. 86)²⁵. Existen prescripciones similares en materia eléctrica²⁶, de insolvencia y reemprendimiento²⁷, financiera²⁸, ambiental²⁹, y bancaria³⁰, entre otras.

Autores como Romano niegan que las potestades públicas puedan prescribir porque son imprescriptibles. Por tanto, el vencimiento del plazo para ejercerlas no constituiría una hipótesis de prescripción sino de caducidad

²⁵ Corte Suprema. Rol N° 4.864-2019. 12 de agosto de 2019, c. 6° y 7°.

²⁶ Art. 17 bis de la Ley N° 18.410. Crea la Superintendencia de Electricidad y Combustibles. 26 de abril de 1985. 32.176.

²⁷ Art. 342 de la Ley N° 20.720. Sustituye el régimen concursal vigente por una ley de reorganización y liquidación de empresas y personas, y perfecciona el rol de la superintendencia del ramo. 30 de diciembre de 2013. 40.752.

²⁸ Art. 61 Ley N° 21.000. Crea la Comisión para el Mercado Financiero. 10 de febrero de 2016. 41.692. Decreto con Fuerza de Ley N° 3 de 1997. Fija texto refundido, sistematizado y concordado de la ley general de bancos y de otros cuerpos legales que se indican. 26 de noviembre de 1997. 35.944.

²⁹ Art. 37 de la Ley N° 20.417. Crea el Ministerio del Medioambiente, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente. 12 de enero de 2010. 39.570.

³⁰ Art. 23 Decreto con Fuerza de Ley N° 3 de 1997. Fija texto refundido, sistematizado y concordado de la ley general de bancos y de otros cuerpos legales que se indican. 26 de noviembre de 1997. 35.944.

(Romano, 1964, pp. 121-129). No compartimos esta opinión porque confunde la imprescriptibilidad de una potestad con su vigencia indefinida.

Toda potestad administrativa puede estar sujeta a dos plazos legales diferentes: a) uno de existencia, titularidad o posibilidad de ejercerla en términos generales o abstractos, que transcurre a partir de la vigencia de la potestad y permite distinguir entre potestades definidas e indefinidas en el tiempo; y b) otro plazo de existencia, titularidad o posibilidad de ejercer el poder con respecto a una situación concreta, que corre desde la ocurrencia del hecho específico que amerita la actuación del órgano y permite diferenciar entre poderes prescriptibles e imprescriptibles.

En consecuencia, una potestad prescribe únicamente con respecto a situaciones específicas o concretas cuando no ha sido ejercida en el plazo legal. Esta prescripción no pone término a la existencia, titularidad o posibilidad de ejercerla en abstracto o con respecto a otros hechos.

A su vez, la ausencia de plazo para ejercer la potestad en términos abstractos a partir de su vigencia no es una hipótesis de imprescriptibilidad, como sostiene Romano, sino de vigencia indefinida. De existir un plazo de vigencia definida, su vencimiento no extinguiría la potestad por prescripción sino por inexistencia general. Salvo norma en contrario, esta extinción impediría el ejercicio del poder incluso aunque el plazo de prescripción en el caso concreto haya sido interrumpido por inicio del procedimiento.

La distinción anterior admite cuatro combinaciones en materia de plazos. De menos a más, una potestad podría ser de vigencia definida y prescriptible, de vigencia definida e imprescriptible, de vigencia indefinida y prescriptible, y de vigencia indefinida e imprescriptible.

4.1. Criterios de prescripción administrativa

Sin perjuicio de lo anterior, corresponde hacer algunas

precisiones con respecto a la extinción por prescripción de una facultad o poder legal.

Primero, no toda prescripción facultativa o potestativa produce la caducidad o decaimiento de la relación legal sino sólo aquella que impide su subsistencia o continuidad.

Segundo, la prescripción potestativa es indisponible para las partes de la relación legal por corresponder a un asunto potestativo de interés público que opera *ipso iure*, al punto que la Administración debe declararla en virtud del principio de inexcusabilidad, cualquiera haya sido la forma de iniciación del procedimiento (art. 14 de la Ley N° 19.880).

En este sentido, calificar la prescripción administrativa como un asunto de “orden público”, al igual que en el derecho privado, sería un error tautológico. Las exigencias de orden público tienen sentido en las relaciones jurídicas privadas como una excepción a la autonomía de la voluntad. En relaciones potestativas, en cambio, el estatuto aplicable es íntegramente de orden público. De ahí que la indisponibilidad de la prescripción se deduce de la sola naturaleza de la relación, no siendo necesario añadir que obedece a consideraciones de orden público.

Tercero, a diferencia de lo que ocurre en las relaciones jurídicas privadas, la prescripción de una potestad pública produce un efecto de incompetencia *ratione temporis* en el órgano estatal, razón por la cual este debe abstenerse de actuar sin necesidad de esperar a que sea alegada por el deudor o declarada por el juez, por la sola razón de que los órganos del Estado sólo actúan válidamente “dentro de su competencia” (arts. 7 inciso 1° de la Constitución y 2 de la Ley N° 18.575).

En este sentido, el vencimiento del plazo no es más que un hecho que priva al órgano de su atribución para actuar en el caso concreto bajo sanción de nulidad. Abona a esta conclusión la Ley N° 19.880, que establece el deber inexcusable del órgano administrativo de dictar, en caso de prescripción, una resolución que “declare” tal

circunstancia, con indicación de los hechos producidos y las normas aplicables (art. 14 inciso 3º).

Cabe observar que este postulado de incompetencia *ratione temporis* es favorable para el particular con respecto a los actos de gravamen (v.gr. sanciones, tributos), pero desfavorable en materia de actos de beneficio (v.gr. subsidios, autorizaciones). Pensemos, por ejemplo, en un derecho del particular que está condicionado al ejercicio de una potestad administrativa que ha prescrito. El particular no podría exigir el cumplimiento en especie de la obligación porque el órgano sería incompetente para ello y sólo podría exigir la indemnización de perjuicios correspondiente.

Sin embargo, parte de la doctrina (Soto, 1984, pp. 505-517) y la jurisprudencia contralora³¹ ha sostenido que el acto de beneficio podría ser dictado igualmente fuera de plazo, *inter alia*, para evitar que la Administración se aproveche de su propio dolo y porque “la caducidad por incumplimiento de una obligación sólo puede producirse en virtud de una expresa disposición legal”³². Además, de operar la extinción de la potestad, la obligación del Estado sería meramente potestativa y, por tanto, nula. Por último, dado que la prescripción sólo opera desde que la obligación “se hace exigible”, esto ocurriría recién al momento de dictarse el acto de beneficio, razón por la cual la prescripción no podría operar antes de eso.

No estamos de acuerdo con este criterio y sus argumentos porque, salvo excepciones expresas, la legalidad y fatalidad de los plazos debe regir con prescindencia del carácter favorable o gravoso del acto. El derecho legal del beneficiado no tiene como correlato una “facultad” sino una “potestad” del Estado, entre cuyos elementos habilitantes está el plazo. Corresponde, por tanto, a un asunto de competencia *ratione temporis*.

Vencido el plazo reglado por ley, el órgano carece de potestad para actuar.

Además, la prescripción del poder no produce la pérdida del derecho legal de beneficiado ni la extinción de la obligación estatal correlativa (*perpetuatio obligationis*), razón por la cual no estamos en presencia de una condición meramente potestativa. La Administración no podría aprovecharse de su propio dolo, pues será igualmente responsable ante el particular por inobservancia del deber de actuación reglada y la indemnización de perjuicios podría comprender incluso los daños imprevistos. Tampoco corresponde a una hipótesis de caducidad por incumplimiento de obligaciones sino de mera prescripción de la potestad por vencimiento del plazo para ejercerla. Finalmente, no debe confundirse el plazo para dictar el acto administrativo de beneficio con el tiempo para exigir la responsabilidad o indemnización de perjuicios por omitirlo.

Cuarto, la Corte Suprema ha sostenido que el vencimiento del plazo para ejercer la potestad corresponde a una causal de imposibilidad material de continuar el procedimiento. Si bien la Corte reconoce que este concepto está referido a circunstancias de hecho, “nada impide darle aplicación en relación a presupuesto de derecho, puesto que materialmente en tal caso la Administración tampoco podrá actuar”³³. En este sentido, la Corte declaró en otro caso de prescripción que la autoridad administrativa “estaba obligada a emitir pronunciamiento respecto de la alegación de prescripción, que según expuso fue formulada, materia que no fue resuelta en el acto administrativo sancionatorio, cuestión que evidencia el incumplimiento de los más elementales principios que deben regir la actividad administrativa sancionatoria”³⁴.

³¹ Contraloría General de la República. Dictámenes N° 19.159, 13 de abril de 1962, y N° 42.932, 28 de julio de 1978.

³² Dictamen N° 19.159, 13 de abril de 1962.

³³ Corte Suprema. Rol N° 22.318-2021. 1 de octubre de 2021, c. 7º. Ver también Corte Suprema. Rol N° 127.415-2020. 3 de mayo de 2021, c. 8º.

³⁴ Corte Suprema. Rol N° 62.128-2016. 9 de mayo de 2017, c. 16º.

Quinto, conforme a estos criterios, no compartimos la doctrina de la Contraloría General de la República que, con excepción de las materias disciplinarias³⁵ y previsionales³⁶, condiciona la prescripción de la potestad a la declaración de un juez conforme a lo establecido en el artículo 2493 del Código Civil³⁷. Esta exigencia es indebida no sólo porque contraviene el mandato legal de declarar la prescripción en sede administrativa (art. 14 de la Ley N° 19.880), sino también porque las normas de prescripción del Código Civil sólo se refieren a la extinción de “acciones y derechos ajenos” (arts. 2492 y 2514) y no a la de potestades propias. Estas disposiciones no resultan aplicables siquiera de modo analógico, pues la estructura de las potestades estatales sólo puede ser determinada por ley expresa.

Ahora bien, dado que la declaración de prescripción administrativa sólo procede respecto de poderes propios y no de derechos ajenos, las solicitudes fundadas en derechos prescritos sólo podrían ser rechazadas por prescripción de la potestad para satisfacerlas. Esto significa también que el órgano administrativo carece de competencia para declarar la prescripción de derechos ajenos como presupuesto para ejercer una potestad propia. Nos referimos, por ejemplo, a la posibilidad de que el Servicio de Impuestos Internos pueda declarar por sí y ante sí la prescripción de obligaciones entre privados para efectos de calificarlas como aumento patrimonial del deudor susceptible de ser gravado con impuesto a la renta.

Sexto, dado su carácter sustantivo, la prescripción potestativa puede ser alegada antes o después de que el procedimiento en que haya sido ejercida esté terminado³⁸.

Séptimo, el carácter administrativo de la declaración de prescripción permite su impugnación mediante los recursos administrativos y acciones judiciales correspondientes. En el caso de potestades de gravamen, el sujeto puede pedir la declaración de prescripción a través de solicitudes o recursos administrativos, o mediante excepciones y acciones judiciales, como la acción declarativa de mera certeza (cfr. Romero, 2011, pp. 161-174).

Por último, el acto administrativo dictado en ejercicio de una potestad prescrita es antijurídico y nulo por falta de competencia, sin perjuicio de las responsabilidades a que haya lugar.

4.2. Plazo de prescripción de la potestad administrativa

Siguiendo con este razonamiento, en ausencia de un plazo expreso de prescripción para el ejercicio de una potestad de gravamen, esta es imprescriptible y no resultan aplicables supletoriamente o por analogía las normas del Código Civil o las normas de procedimientos administrativos especiales. Tampoco son aplicables las normas del Código Penal sobre prescripción de la potestad punitiva de las faltas (art. 97). Estas ni siquiera permiten brindar sustento legal a la declaración de oficio de la prescripción (art. 102), por corresponder a una potestad sustancialmente distinta³⁹.

Comprendemos las razones de certeza jurídica y de igualdad ante la ley que han conducido a parte de la doctrina (cfr. Soto, 1984, p. 506; Aróstica, 2005, pp. 119-126; Flores, 2011, pp. 131-146; Román, 2009, p.

³⁵ Contraloría General de la República. Ver, entre otros, dictámenes, N° 34.407, 24 de julio de 2008, N° 13.849, 9 de marzo de 2012, y N° 81.292, 8 de noviembre de 2016.

³⁶ Contraloría General de la República. Dictámenes N° 8.479, 9 de marzo de 1998, N° 61.769, 18 de octubre de 2010, y N° 25.550, 25 de septiembre de 2019, entre otros.

³⁷ Cfr. Dictámenes N° 9.176, 15 de abril de 1992, N° 14.217, 22 de abril de 1999, N° 30.070, 1 de julio de 2008, N° 2.554, 11 de enero de 2013, entre otros.

³⁸ Dictamen N° 34.407, 24 de julio de 2008.

³⁹ Cfr. Corte Suprema. Rol N° 765-2018. 7 de mayo de 2018, c. 6°.

198; Montero, 2015, p. 121; Vallejo, 2016, pp. 281-301; Cordero, 2020, pp. 367 y 372; Soto, 2020, p. 315) y a la jurisprudencia a recurrir a normas de prescripción civil o penal ajenas a las potestades administrativas, por ejemplo, en materia eléctrica⁴⁰, de gas¹⁰, sanitaria²⁰, educacional⁴³ y disciplinaria⁴⁴. Sin embargo, cabe recordar que la prescripción es una institución que sólo puede ser establecida y aplicada en virtud de un precepto legal expreso. No es, como ha sostenido la jurisprudencia contralora⁴⁵ y a veces judicial⁴⁶, un principio general del derecho que rige incluso en silencio de la ley específica. Como ha dicho la Corte Suprema en el pasado, semejante postulado “implicaría la aplicación de esta institución por analogía, lo que no resulta procedente en el campo del derecho público, en el que se encuadra la presente cuestión”⁴⁷. Un criterio similar fue sostenido por el ente contralor en el pasado⁴⁸. Es por eso que Valdivia y Blake dicen que “las discusiones en torno a la extensión de su plazo en materias sancionatorias tienen tanto de artificial” (2015, p. 98).

Atendida esta legalidad y excepcionalidad de la prescripción, la regla supletoria y residual ante el silencio del legislador en materia temporal es la imprescriptibilidad de las acciones, facultades y poderes. El hecho de que algunas normas establezcan expresamente la

imprescriptibilidad de ciertas acciones (v.gr. art. 195 del Código Civil) no transforma a esta cualidad en excepcional, desde luego, porque del silencio del legislador no es posible deducir norma de prescripción alguna. Además, este tipo de norma es meramente declarativa de ausencia de plazos y no constitutiva de uno.

Sin embargo, la circunstancia de que una potestad de gravamen sea imprescriptible no permite concluir que su ejercicio sea ilimitado, pues estaría igualmente condicionada por otras instituciones jurídicas como la prescripción adquisitiva, la legitimidad activa o pasiva del sujeto obligado y la resolución de la potestad. En particular, la incerteza jurídica que provoca la imprescriptibilidad debe ser corregida mediante la resolución de obligaciones por incumplimiento del acreedor, que veremos a continuación, en vez de recurrir a la aplicación analógica de normas de derecho estricto.

Sin perjuicio de lo anterior, para efectos de alcanzar mayor certidumbre en la materia, somos partidarios de introducir un precepto en la ley de bases de los procedimientos administrativos que fije plazos supletorios de prescripción de la potestad de sanción administrativa según la gravedad del ilícito.

⁴⁰ Corte Suprema. Rol N° 855-2009. 31 de diciembre de 2010. Corte Suprema. Rol N° 5.702-2009. 15 de octubre de 2009. Corte Suprema. Rol N° 3.357-2009. 10 de septiembre de 2009.

⁴¹ Dictamen N° 14.571, 22 de marzo de 2005.

⁴² Dictámenes N° 28.226, 22 de junio de 2007, N° 33.854, 23 de junio de 2010. Ver también Corte Suprema. Rol N° 9.654-2004. 17 de abril de 2009. Corte Suprema. Rol N° 4.627-2008. 11 de mayo de 2010. Corte Suprema. Rol N° 2.842-2009. 25 de mayo de 2009.

⁴³ Dictámenes N° 24.094, 6 de mayo de 2010, y N° 31.766, 18 de mayo de 2011.

⁴⁴ Dictámenes N° 39.447 de 1994 y N° 14.571 de 2005, entre otros.

⁴⁵ Dictámenes N° 34.407, 24 de julio de 2008, N° 78.917, 19 de diciembre de 2012.

⁴⁶ Cfr. Corte Suprema. Rol N° 22.247-2021. 13 de octubre de 2021, c. 4°.

⁴⁷ Corte Suprema. Rol N° 874-2001. 22 de marzo de 2001, c. 1°.

⁴⁸ Dictámenes N° 19.367, 18 de agosto de 1983, y N° 2.379, 19 de enero de 2004.

5. Caducidad o decaimiento por preclusión procedimental

La preclusión o *fatalia legis* ha sido definida como “pérdida de oportunidad de realizar un acto procesal por intentarse fuera de plazo” (Real Academia Española de la Lengua, 2019, p. 1242)⁴⁹. A diferencia de la prescripción, la preclusión sólo opera en relaciones legales procedimentales, específicamente, en relación con sus etapas. Salvo norma en contrario, precluida una etapa del procedimiento administrativo, el sujeto interesado, estatal o privado, pierde *ipso iure* la oportunidad de realizar las actuaciones o trámites exclusivos de la misma. Como explica Vallines, la preclusión se caracteriza por “la imposibilidad de hacer algo en el proceso que antes sí se podía hacer” (Vallines, 2004, p. 35).

La Corte Suprema ha declarado que los fundamentos de la preclusión por inactividad son el cumplimiento de las leyes del procedimiento y el avance de la tramitación⁵⁰.

La preclusión produce la caducidad o decaimiento del procedimiento cuando la actuación procesal perdida resultaba indispensable para su continuidad o por la sola disposición de la ley.

Dada la reserva legal en materia de bases de los procedimientos administrativos (art. 7 y 63 N° 18 de la Constitución), el efecto preclusivo sólo puede ser dispuesto por norma legal⁵¹, aplicable tanto al Estado como a los particulares.

En el caso de los particulares, un ejemplo claro de preclusión es el denominado “abandono del

procedimiento”, en virtud del cual el sujeto pierde la oportunidad de realizar las diligencias de su cargo por inactividad por más de treinta días y durante los siete días que suceden a la advertencia de su inactividad por parte de la Administración (art. 43 de la Ley N° 19.880). Esta preclusión produce el decaimiento o caducidad del procedimiento por la sola disposición de la ley: “la Administración declarará abandonado el procedimiento y ordenará su archivo, notificándoselo al interesado” (art. 43 inciso 1°).

Otra preclusión es aquella de la etapa de iniciación del procedimiento por no haber subsanado las faltas de que adolezca la solicitud o acompañado los documentos respectivos en el plazo de cinco días (art. 31 inciso 1°). Si bien la norma dice que, “si así no lo hiciere, se le tendrá por desistido de su petición”, lo que ha operado técnicamente a nuestro entender es la preclusión de la fase de inicio del procedimiento.

En el caso de actuaciones procesales del Estado, la Ley N° 20.529 prevé una hipótesis de preclusión al disponer que “[t]odo proceso que inicie la Superintendencia deberá concluir en un plazo que no exceda de dos años” (art. 86). La Corte Suprema ha sostenido que este es un plazo de caducidad de la potestad⁵². No compartimos esta apreciación porque solo ha vencido el tiempo para ejercerla en un proceso específico. Esta preclusión produce el decaimiento o caducidad de la relación procedimental, subsistiendo el ejercicio de la potestad en un proceso posterior. Lo caduco o decaído, entonces,

⁴⁹ Cfr. Corte Suprema. Rol N° 827-2001. 18 de abril de 2001.

⁵⁰ Corte Suprema. Rol N° 12.686-1990. 4 de abril de 1990, c. 9°. Si bien la sentencia se pronuncia sobre la preclusión en el proceso civil, pensamos que su contenido resulta igualmente aplicable al procedimiento administrativo.

⁵¹ Corte Suprema. Rol N° 12.686-1990. 4 de abril de 1990, c. 9°.

⁵² Cfr. Corte Suprema. Rol N° 4.864-2019. 12 de agosto de 2019, c. 6° y 7° y Corte Suprema. Rol N° 138-2021. 10 de mayo de 2021, c. 5°.

no es la potestad sino el procedimiento en el que puede ser ejercida.

Así también, la Ley N° 19.880 dispone que “el procedimiento administrativo no podrá exceder de 6 meses, desde su iniciación hasta la fecha en que se emita la decisión final” (art. 27). Empero, este plazo rige “salvo caso fortuito o fuerza mayor”⁵³. En nuestra opinión, la mención expresa de estas circunstancias extraordinarias obedece a la voluntad legislativa de “suspensión” del plazo de preclusión. No corresponde, por tanto, al establecimiento de causales exculpatorias de responsabilidad. Desde luego, porque estas circunstancias ya revisten esa calidad sin necesidad de norma expresa⁵⁴.

Igualmente, el vencimiento del plazo de veinte días para emitir decisiones definitivas, una vez certificado que el acto se encuentra en estado de resolverse (art. 24 inciso final), produce la preclusión de la fase decisoria.

Otro caso de preclusión se produce por el cumplimiento del plazo para formular cargos en el procedimiento administrativo sancionador. Así lo ha sostenido la Corte Suprema, al declarar la invalidez de cargos formulados en etapas posteriores del procedimiento⁵⁵.

5.1. Preclusión y fatalidad de los plazos en el procedimiento administrativo

El plazo cuyo vencimiento determina la preclusión procedimental debe ser fatal. De acuerdo con el Código Civil, los plazos fatales son aquellos de los que depende la validez de una actuación o el nacimiento o expiración de un derecho (art. 49). Asimismo, el Código de Procedimiento Civil establece que su vencimiento produce la extinción irrevocable e *ipso iure* de los

derechos que debían ser ejercidos dentro de ese término (art. 64). Llevada esta definición al plano procedimental administrativo, podemos decir que sólo hay preclusión cuando el vencimiento del plazo determina la expiración del derecho o poder para realizar una actuación en el proceso, de modo tal que su realización fuera de plazo es inválida.

Sin embargo, parte de la doctrina (Caldera, 2001, pp. 194-195), la Contraloría General de la República⁵⁶ y la Corte Suprema (Vergara, 2017) en un pasado reciente han sostenido que los plazos establecidos en la Ley N° 19.880 no producen un efecto preclusivo porque no son fatales. Para esta posición, la llegada del plazo no conlleva la clausura de la oportunidad para actuar, de modo tal que la actuación fuera de plazo vale. Al igual que Vergara (2017) y Soto (2020), en procedimientos de gravamen, no compartimos esta apreciación por las razones siguientes.

Primero, la propia Ley N° 19.880 fue dictada para introducir la fatalidad de los plazos en los procedimientos administrativos. El Mensaje Presidencial que inició la tramitación de esta ley declaró que la doctrina que valida los actos dictados fuera del plazo legal

genera incerteza para las personas beneficiadas con una decisión que deba adoptar un órgano de la administración del Estado.... Si a esto se suma que muchos procedimientos no tienen plazo para dictar el acto terminal, o que no contemplan plazos para la emisión de los actos trámites que fundan o preparan dicha decisión, el panorama no es alentador. Precisamente a solucionar estos problemas apunta el presente proyecto (Biblioteca del Congreso Nacional, 2018, pp. 7 -8).

⁵³ Cfr. Corte Suprema. Rol N° 14.380-2021. 15 de julio de 2021.

⁵⁴ Corte Suprema. Rol N° 14.380-2021. 15 de julio de 2021.

⁵⁵ Corte Suprema. Rol N° 827-2001. 18 de abril de 2001.

⁵⁶ Cfr. Dictámenes N° 16.602, 2 de abril de 2004, N° 957, 8 de enero de 2010, N° 80.456, 6 de diciembre de 2013, y N° 22.453, 23 de marzo de 2016, entre otros.

La Corte Suprema ha acogido recientemente este argumento al declarar, en relación con la historia de la Ley N° 19.880, que la fatalidad de los plazos es la regla general: “al no regular expresamente que a la Administración no le corre plazo y disponer perentoriamente un régimen detallado para computarlos, no es posible sostener lo contrario, dado que se ha pretendido poner fin a los poderes exorbitantes de la Administración derivados de la falta de definiciones legislativas”⁵⁷. Más adelante el mismo fallo declara que “[r]esolver en sentido contrario, llevaría a concluir que la ley no habría solucionado lo que expresamente contempló entre sus objetivos”⁵⁸.

Segundo, como señala la Corte, el lenguaje utilizado por la Ley N° 19.880 es perentorio en materia de plazos. No se refiere plazos convenientes o sugeridos, sino que de “obligación de cumplimiento de plazos” (art. 23). Asimismo, el plazo de preclusión para el término del procedimiento administrativo ha sido formulado en términos prohibitivos y literales que no dejan lugar a dudas respecto de su fatalidad: “no podrá exceder” (art. 27).

Tercero, la fatalidad es inferible de la sola posibilidad de ampliar los plazos que no estén vencidos (art. 26). Carece de sentido regular la ampliación de plazos no vencidos si estos no fueran fatales. Sólo la fatalidad explica la exigencia de disponer la ampliación antes de la fecha de vencimiento.

Cuarto, la figura del silencio administrativo tampoco afecta el carácter fatal de los plazos estipulados en la Ley N° 19.880. En el caso del silencio positivo, el plazo fatal es simplemente ampliado en cinco días ante la denuncia de vencimiento por el sólo ministerio de la ley (art. 64), mientras que permanece fatalmente vencido en hipótesis de silencio negativo (art. 65).

Quinto, en el caso del Estado, el plazo establecido

para la realización de una actuación procesal forma parte del elemento temporal de la estructura de la potestad pública. Por tanto, la preclusión produce también la incompetencia *ratione temporis* del órgano en ese procedimiento (cfr. Soto, 2020, p. 310).

Sin perjuicio de lo anterior, es preciso tener presente las siguientes excepciones legales en materia de preclusión.

Primero, como sostiene Phillips (2021), el plazo *legal* fatal o preclusivo debe ser compatible con la naturaleza y complejidad *legal* del procedimiento específico, lo que obliga a interpretar ambas leyes de modo armónico. Por ejemplo, si bien el procedimiento de elaboración del Plan Regulador Comunal carece de plazos de preclusión en la Ley General de Urbanismo y Construcciones (arts. 42 y ss.), la sofisticación, también legal, de sus trámites podría ser incompatible con algunos de los plazos supletorios de la Ley N° 19.880. De ahí que el intérprete deba buscar alternativas razonables de conciliación de ambos cuerpos legales.

Lo interesante de esta salvedad es que permite compaginar la fatalidad de los plazos de la Ley N° 19.880 con la naturaleza de los procedimientos legales complejos sin necesidad de recurrir el expediente de desconocer el carácter legal de uno u otro atributo.

Segundo, la propia Ley N° 19.880 prevé la posibilidad de alegar y subsanar en todo momento “la infracción de los plazos señalados” (art. 10 inciso 2°), “siempre que con ello no se afectaren intereses de terceros” (art. 13 inciso 3°). Esta norma no permitiría subsanar de oficio la infracción de plazos procedimentales en procedimientos de gravamen, por afectar el interés del autor del hecho gravado.

5.2. Efectos de la preclusión en el procedimiento administrativo

⁵⁷ Corte Suprema. Rol N° 22.318-2021. 1 de octubre de 2021, c. 6°.

⁵⁸ Corte Suprema. Rol N° 22.318-2021. 1 de octubre de 2021, c. 7°.

Como dijimos, la preclusión produce el fin de la relación procedimental por la sola disposición de la ley o cuando la diligencia precluida resultaba esencial para la continuidad de este. Al respecto, la Corte Suprema ha declarado que “existe una imposibilidad material para continuar el procedimiento, en que la causa sobreviniente es el cumplimiento del plazo”⁵⁹.

La extinción del procedimiento produce, a su vez, la imposibilidad de actuar en el mismo, “deviniendo todo el actuar posterior en ineficaz por ilegalidad”⁶⁰. Como explica Soto Kloss (2020, p. 310), “pasado ese lapso el órgano administrativo carece de competencia” y “todas las actuaciones posteriores son nulas puesto que carecen de validez jurídica desde que se ha actuado sin competencia” (Soto, 2020, p. 312). Santamaría Pastor (2005, pp. 51-52) explica que la Administración no puede considerar al procedimiento “vivo una vez que el referido plazo ha expirado” ni los particulares interesados “renunciar a la caducidad producida, esto es, habilitar expresa o tácitamente a la Administración a seguir actuando y a resolver sobre el fondo una vez que el plazo máximo de tramitación ha expirado”.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe tener presente que la infracción de plazos constituye un vicio de procedimiento o de forma que “sólo afecta la validez del acto administrativo [terminal] cuando recae en algún requisito esencial del mismo, sea por su naturaleza o por mandato del ordenamiento jurídico y genera perjuicio al interesado” (art. 13 inciso 2º de la Ley N° 19.880).

El inicio de un procedimiento podría causar la interrupción o suspensión de la prescripción⁶¹. La pregunta

que surge, entonces, es si el término del procedimiento por preclusión pone fin a dicha suspensión o interrupción, recuperando la contabilidad del plazo correspondiente. Nuestra respuesta es positiva porque esa suspensión o interrupción solo halla sustento en el procedimiento extinto. Por ejemplo, la Ley N° 19.880 dispone que “los procedimientos abandonados no interrumpirán el plazo de prescripción” (art. 43 inciso 3º).

Una segunda interrogante está referida a la posibilidad de incoar un nuevo procedimiento para ejercer el derecho o potestad que precluyó en el procedimiento decaído o caduco. Nuestra respuesta es afirmativa para los procedimientos sobre actos de beneficio, en la medida que el derecho o poder esté vigente en la relación legal sustantiva. En cambio, la Administración estaría impedida de iniciar un nuevo procedimiento de gravamen por constituir una carga formal desproporcionada y vulneradora del principio de *ne bis in idem* formal. Semejante incoación sería antijurídica a menos que sea compensada.

Según Gómez, la vertiente procesal del *ne bis in idem* “proscribe la tramitación de procedimientos coetáneos o sucesivos” (Gómez, 2017, p. 114), sobre todo “cuando en el primero se ha producido el archivo de las actuaciones por inactividad en el mismo, esto es, cuando la Administración no ha resuelto en el plazo que tiene para ello” (Gómez, 2017, p. 123). Romero (2020, pp. 123-125) añade que esto incluye a los procesos de investigación en general, citando y siguiendo al efecto el principio de única persecución desarrollado por Vera (2020, pp. 59-60). En igual sentido, Evans y Poblete (2014, p. 235) sostienen que el sometimiento del

⁵⁹ Corte Suprema. Rol N° 22.318-2021. 1 de octubre de 2021, c. 7º.

⁶⁰ Corte Suprema. Rol N° 22.318-2021. 1 de octubre de 2021, c. 7º.

⁶¹ Cfr. Art. 86 de la Ley N° 20.529. Sistema nacional de aseguramiento de la calidad de la educación parvularia, básica y media y su fiscalización. 11 agosto 2011. 40.049. La Contraloría ha sostenido que la interrupción del plazo de prescripción de derechos legales de los particulares se produce a partir del requerimiento de cumplimiento a la autoridad. Dictámenes N° 2.210, 16 de enero de 1980, y N° 4.167, 4 de febrero de 1982. En materia de potestades de gravamen, en cambio, el plazo de prescripción se ha entendido interrumpido por la formulación de cargos (Corte Suprema. Rol N° 4.503-2015. 30 de junio de 2015 y Corte Suprema. Rol N° 2.961-2017. 8 de enero de 2018), la emisión del acta de fiscalización (Corte Suprema. Rol N° 11.706-2017. 27 de noviembre de 2017. Corte Suprema. Rol N° 15.153-2018. 4 de junio de 2019 y Corte Suprema. Rol N° 3.050-2015. 13 de julio de 2015).

particular “a la carga de soportar un segundo expediente en su contra, en razón de los mismos hechos” resulta contrario a la garantía constitucional de un procedimiento racional y justo.

Sobre esta base, la Corte de Apelaciones de Santiago sostuvo, en sentencia firme y ejecutoriada, que la investigación a una eventual infracción regulatoria sin resultados positivos permite dar por “agotada la actividad que puede desplegar el Estado para verificar la concurrencia de la mencionada infracción, sin que sea admisible abrir una nueva causa, a través de otro órgano fiscalizador”⁶².

Una idea similar es planteada por el Tribunal Supremo de España: “reiniciar varias veces un procedimiento tras sucesivas declaraciones de caducidad, al provocar una situación de inseguridad jurídica del administrado, puede dar lugar a que se aprecie la existencia de un abuso de

derecho por parte de la Administración”⁶³.

La aplicación del *ne bis in idem* formal ha sido sostenida también por Dómenech y el Tribunal Constitucional en España, aunque vinculada a la aplicación de las garantías constitucionales del proceso penal (art. 24.2) en sede administrativa (Domenech, 2007, pp. 746; 2010, pp. 779-788), que no compartimos. La proporcionalidad procedimental es un principio basado en la igualdad ante las cargas públicas aplicable a cualquier procedimiento, sin necesidad de justificar su aplicación en los principios del orden penal más allá del plano ejemplar.

Por lo mismo, en caso de ser igualmente necesaria la tramitación de un nuevo procedimiento por razones de interés público, la desproporción procesal que ello provoque sería antijurídica e injustificadamente desigual a menos que sea compensada de algún modo.

6. Caducidad o decaimiento por resolución de obligaciones recíprocas

La relación legal pública, sustantiva o procedimental, caduca o decae también por la resolución de las obligaciones recíprocas que emanaban de ella. El incumplimiento obligacional grave de una parte pública o privada lesiona tan severamente el interés de la contraparte diligente, que esta queda legitimada para pedir o decidir la resolución de las obligaciones recíprocas como medida de protección ante el riesgo de mayor lesividad. La resolución obligacional produce,

a su vez, la caducidad o decaimiento de la relación legal, así como de los derechos, facultades, acciones o potestades correlativos⁶⁴ que emanan de ella, por falta de un elemento o presupuesto esencial.

Si bien este efecto resolutorio está fundado en principios generales del derecho (Cfr. Mejías, 2016, pp. 302-303), su sustento específico en derecho público radica en la justicia distributiva. Su base normativa corresponde al

⁶² Corte de Apelaciones de Santiago. Rol N° 9.729-2002. 31 de marzo de 2008, c. 15°.

⁶³ Tribunal Supremo de España. Rol N° 640/2000. 30 de mayo de 2002, c. 2°.

⁶⁴ Conforme a este efecto, podemos concluir que estas situaciones jurídicas activas (derechos, facultades, acciones o potestades) prescriben por plazo y caducan por resolución de sus obligaciones correlativas.

deber del Estado de someter su acción a la Constitución (art. 6), que garantiza a todas las personas la igualdad ante la ley (art. 19 N° 1), la simetría de las cargas públicas (art. 19 N° 20) y el debido proceso (art. 19 N° 3 inciso 6°). El derecho público exige remediar el incumplimiento grave del particular porque afecta el interés de todos y produce un beneficio inmerecido o privilegio para el infractor. De otro lado, una relación jurídica gravemente infringida por el Estado debe ser remediada porque impone una carga desigual al particular con respecto a otros sujetos en igual posición jurídica.

Además, según explica Corral (2010, p. 224) en el ámbito contractual, existe una necesidad de proteger el interés del acreedor diligente, que muchas veces no querrá mantener la relación y ante el incumplimiento preferirá desligarse de la misma para buscar otra forma de satisfacer su propósito.

Consecuencia del sustento constitucional de esta figura resolutoria es que puede ser declarada incluso aunque no haya sido reconocida a nivel legal, reglamentario o infra-reglamentario. En este sentido, el reconocimiento expreso de la resolución sólo incide en su operatividad, mas no en su procedencia. Por lo mismo, no compartimos la doctrina (cfr. Soto, 1984, p. 512) y la jurisprudencia que condicionan esta resolución a un reconocimiento legal expreso⁶⁵.

Dado que la resolución opera en beneficio del acreedor impago, su procedencia queda sujeta a la discrecionalidad potestativa o facultativa de este, dependiendo de si es un sujeto estatal o privado. En algunos casos, la debida protección del interés público podría exigir el resguardo del interés del acreedor mediante medidas no resolutorias (sanciones, programas de cumplimiento, órdenes, garantías, etc.). Asimismo, el acreedor privado podría

considerar conveniente el cumplimiento tardío del Estado, antes que la resolución, para mantener los beneficios que esa relación le reporta.

Desde la perspectiva del infractor, en cambio, la resolución consiste simplemente en un deber de sujeción o subordinación a la extinción de sus derechos y obligaciones para con la contraparte.

A diferencia de la prescripción y de la preclusión, el tiempo para que se produzca la resolución no admite interrupción o suspensión sino factores de exculpación de la inobservancia de la obligación.

La resolución puede producir el decaimiento o caducidad de una relación legal sustantiva o procedimental. La primera nace de un acto estatal de efectos constitutivos de derechos u obligaciones legales (ley, nombramiento, adjudicación, autorización, concesión, etc.) o de la realización de un hecho gravado por ley (v.gr. infracción, actividad económica sujeta a tributo, etc.). La segunda, en cambio, surge de un acto estatal o privado que da inicio a un procedimiento administrativo.

6.1. Declaración administrativa o judicial de la resolución

A partir de la segunda mitad del siglo XX, la resolución de obligaciones legales en derecho público ha estado asociada a la potestad para declararla unilateralmente y sólo ante infracciones del obligado particular. Tanto es así, que suele ser mencionada bajo la denominación de “caducidad” junto a la potestad invalidatoria y revocatoria como modalidad para dejar sin efecto un acto unilateralmente⁶⁶. Esta idea está presente también en materia de contratos administrativos, en que se procura

⁶⁵ Dictamen N° 19.159, 13 de abril de 1962.

⁶⁶ Cfr. Dictamen N° 89.271 de 1966, 22 de noviembre de 1966.

distinguir entre resolución unilateral, resciliación bilateral y resolución por el juez.

En nuestra opinión, sin embargo, la naturaleza de la resolución no estriba en la unilateralidad de su declaración, sino en la extinción de las obligaciones que surgen de la relación legal por incumplimiento de obligaciones esenciales. Este ha sido el fundamento de la resolución como institución jurídica desde sus orígenes.

De lo afirmado anteriormente se derivan dos consecuencias relevantes para la resolución administrativa.

Primero, dado que lo implícito en toda relación legal bilateral es la resolución y no la potestad para declararla unilateralmente, un órgano administrativo sólo podría formular esa declaración si cuenta con habilitación legal expresa, como en materia de contratos administrativos⁶⁷, telecomunicaciones⁶⁸, pesca y acuicultura⁶⁹, y concesiones provisionales de agua⁷⁰. De lo contrario, sólo podría pedir dicha declaración al juez competente. De ahí que no compartimos la opinión de que la potestad declarativa de la resolución existiría incluso ante el silencio del legislador por razones de interés público o por haber sido acordada por las partes de la relación (Sayagués, 2005, p. 210). No debe confundirse la procedencia de la resolución con la existencia de una potestad administrativa para declararla. Ante el silencio del legislador existe la primera y no la segunda.

Así lo ha reconocido la doctrina, por ejemplo, en materia de invalidación. El vencimiento del plazo para invalidar unilateralmente el acto (art. 53 de la Ley N° 19.880) sólo

produce la prescripción de la potestad administrativa para tal efecto, pero, como dice Cordero, “ex-cedidos los dos años desde su dictación, todavía puede dejar sin efecto el acto, pero a través del juez competente./ En otros términos, el plazo que de verdad extingue la hipótesis de nulidad del acto será el de prescripción para el ejercicio de la acción y no el de dos años para invalidar de oficio” (Cordero, 2010, pp. 253 y ss).

Por lo mismo, el argumento esgrimido por Comadira para defender el carácter tácito de la potestad administrativa resolutoria, de que el proceso judicial de resolución es demasiado lento para proteger eficazmente el interés público afectado por un incumplimiento (Comadira, 2000, p. 134), no es justificación suficiente en el ordenamiento chileno, que exige la legalidad de la potestad incluso ante circunstancias extraordinarias (art. 7 inciso 2° de la Constitución). Semejante razonamiento podría servir, a lo más, para estimular al legislador para que confiera el poder de resolución al ente administrativo o para agilizar el proceso judicial respectivo.

Puesto que la declaración administrativa de la resolución corresponde a una potestad, su ejercicio se rige necesariamente por la garantía constitucional del debido proceso y por la Ley N° 19.880, de bases de los procedimientos administrativos. Por lo mismo, resultan contrarias a derecho las normativas o bases administrativas que permiten declaraciones de resolución sin haber considerado los descargos del sujeto obligado. Dado que, como explica García de Enterría, la resolución opera *ex re* pero la declaración pertinente es *conditio iuris* de su efectividad, dicha manifestación potestativa sólo podría ser ejercida conforme a un debido proceso

⁶⁷ Cfr. Arts. 4 y 13 de la Ley N° 19.886. Ley de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios. 11 de julio de 2003. 37.622.

⁶⁸ Art. 36 N° 4 de la Ley N° 18.168. Ley General de Telecomunicaciones. 15 de septiembre de 1982. 31.342.

⁶⁹ Art. 141 y ss. de la Ley N° 18.892. Ley General de Pesca y Acuicultura. 22 de noviembre de 1989. 33.553.

⁷⁰ Artículo 30 inciso 3° del Código de Aguas de 1969 en relación con el artículo 6 transitorio del Código de Aguas de 1981. Fija texto del Código de Aguas. 13 de agosto de 1981. 31.102. Dictámenes N° 24.345, 22 de octubre de 1985, N° 18.949, 31 de julio de 1992. Dictamen N° 18.931, 31 de julio de 1992. Corte Suprema. Rol N° 743-1999. 6 de junio de 2000, 13°.

que considere estándares básicos de contradictoriedad (García de Enterría, 1950, p. 105). Además, todo acto administrativo que declare la resolución de obligaciones está sujeto a las garantías de impugnabilidad que reconocen la Constitución (arts. 20 y 38, entre otros), la Ley N° 18.575 (art. 10) y la Ley N° 19.880 (art. 15).

Segundo, el incumplimiento grave del Estado da derecho a solicitar la resolución de las obligaciones estatutarias. El particular afectado podría pretender la resolución ante el juez competente incluso cuando el estatuto de la relación no la prevea, pues, como dijimos, corresponde a un elemento de la naturaleza de una relación jurídica de prestaciones bilaterales.

El particular agraviado podría solicitar a su contraparte incumplidora, en primer lugar, la revocación del acto administrativo que da sustento a la relación legal, junto con una debida compensación. Semejante forma de término de la relación legal sería equivalente a la resciliación contractual, sólo que debe ser por revocación en atención a la naturaleza unilateral del acto que dio origen a la misma. Si la autoridad rechazara esta solicitud, el sujeto afectado podría demandar la resolución de las obligaciones ante los tribunales de justicia. También podría poner término unilateral a la relación legal en la medida que la ley así lo permita de modo expreso. Pese a que esta decisión correspondería a una facultad y no a una potestad, su ejercicio estaría condicionado por los principios propios de los derechos subjetivos de actuación unilateral (buena fe, acto propio, evitar abuso del derecho) (Cfr. Oviedo-Albán, 2019).

Algunos autores han manifestado un parecer contrario

a la resolución a instancias del acreedor particular, principalmente en materia de contratos administrativos, debido a que podría afectar la regularidad y continuidad del funcionamiento del Estado (v.gr. art. 3 de la Ley N° 18.575). Sin embargo, la continuidad de una relación legal gravemente incumplida por el Estado infringiría también la normativa sobre igualdad ante las cargas públicas y la prohibición de “abuso o exceso en el ejercicio sus potestades” (art. 2 de la Ley N° 18.575), razón por la cual, a falta de norma que prevea una solución expresa de esta tensión, debe regir el derecho común público de la resolución.

6.2. Caducidad o decaimiento de la relación legal de gravamen por resolución

La clave de la resolución de obligaciones sancionatorias o tributarias por incumplimiento del deber estatal de pronunciamiento y notificación oportunos estriba en que este no sólo satisface intereses públicos de eficacia (art. 3 inciso final de la Ley N° 18.575)⁷¹, agilidad, expedición (art. 8 de la Ley N° 18.575), oportunidad (art. 11 de la Ley N° 18.575)⁷², probidad (art. 53 de la Ley N° 18.575)⁷³ y buen orden administrativo⁷⁴, como podría pensarse. También es una obligación normativa que tiene su correlato en el derecho del autor del hecho gravado a la determinación oportuna de su carga por razones de proporcionalidad (Cfr. Guerrero y Gigoux, 2013, pp. 137-138; Cordero, 2020, p. 367), igualdad ante la ley⁷⁵, igualdad ante las cargas públicas y propiedad⁷⁶.

En este sentido, la actuación oportuna de la Administración en relaciones de gravamen es un imperativo de bien común en sentido pleno, pues

⁷¹ Corte Suprema. Rol N° 8.692-2010. 28 de diciembre de 2010, c. 6°. Una lógica similar ha sido adoptada en materia tributaria. Cfr. Corte Suprema. Rol N° 8.420-2009. 26 de agosto de 2011, c. 12°. Ver también Corte Suprema. Rol N° 6.747-2012. 24 de enero de 2013, c. 5°.

⁷² Corte Suprema. Rol N° 22.318-2021. 1 de octubre de 2021, 8°.

⁷³ Corte Suprema. Rol N° 22.318-2021. 1 de octubre de 2021, 8°.

⁷⁴ Corte Suprema. Rol N° 22.318-2021. 1 de octubre de 2021, c. 5°, L, 5. Ver también Dictamen N° 60.335, 14 de marzo de 2011.

⁷⁵ Corte Suprema. Rol N° 8.991-2018. 9 de julio de 2018, c. 6°. Ver también Corte Suprema. Rol N° 35.473-2021. 3 de junio de 2021. La igualdad ante la ley también se entiende conculcada ante el atraso administrativo en la resolución de solicitudes de actos favorables. Corte Suprema. Rol N° 35.483-2015. 3 de marzo de 2016, c. 2°.

⁷⁶ Corte Suprema. Rol N° 11.552-2017. 26 de julio de 2017, c. 7°.

satisface tanto el interés de todos como el de cada uno (autor de hecho gravado). El titular de estos intereses goza de legitimación activa para pedir la resolución de las obligaciones recíprocas cuando se ve afectado por la dilación excesiva. Por esta razón, no compartimos el criterio jurisprudencial que se vale de la afectación de un interés público, no reclamada por su titular, para declarar el decaimiento de una relación legal en resguardo de un derecho subjetivo o privado⁷⁷. Dado que el juez no es titular del interés público afectado, sólo podría declarar el decaimiento por afectación de un derecho subjetivo que goza de legitimación en la causa.

Este derecho subjetivo admite fórmulas de reconocimiento variadas. Por ejemplo, el Tribunal Constitucional ha declarado que la dilación excesiva de un órgano administrativo en resolver una solicitud de traslado de derechos de aprovechamiento de aguas, de la cual depende una exención tributaria, produce la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la ley que impone el gravamen, pues ha devenido para el caso concreto en un tributo manifiestamente injusto⁷⁸. En nuestra opinión, aunque la sentencia no lo haya declarado así, este sería un caso preciso de *resolución* de la obligación legal tributaria por incumplimiento grave del deber de actuación oportuna del Estado, que emana de la misma relación legal. Esto se ve confirmado por la declaración del Tribunal de que el deudor no debe siquiera el tributo⁷⁹.

Una configuración similar de este derecho aparece en la jurisprudencia contralora sobre sanciones disciplinarias. La entidad ha justificado la aplicación de plazos de prescripción analógicos conforme a una lógica

centrada más en el resguardo de derechos ajenos que en el ejercicio diligente de derechos o poderes propios, natural de la prescripción. Por ejemplo, ante la falta de notificación de una sanción que impedía que corriera el plazo de reingreso de un funcionario destituido, el ente contralor decidió aplicar un plazo de prescripción de la sanción por analogía sobre la base de que “no puede quedar al arbitrio de la autoridad administrativa la realización de una actuación de la cual depende la posibilidad del sancionado de reincorporarse nuevamente a la Administración del Estado”⁸⁰.

Esta idea de unir el paso del tiempo a la pérdida de vigor del gravamen está presente también en materia penal. A modo de referencia, transcurrida la mitad del tiempo exigido para completar la prescripción de la acción penal o de la pena, “deberá el tribunal considerar el hecho como revestido de dos o más circunstancias atenuantes muy calificadas y de ninguna agravante y aplicar las reglas de los arts. 65, 66, 67 y 68, sea en la imposición de la pena, sea para disminuir la ya impuesta” (art. 103 del Código Penal). Parra ha dicho al respecto que el tiempo produce sus efectos en la necesidad y proporcionalidad de gravamen de forma paulatina, poco a poco, día a día a contar del hecho gravado (Parra, 2019, p. 256).

A nivel comparado, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea define esta garantía como el “Derecho a una buena administración. 1. Toda persona tiene derecho a que las instituciones y órganos de la Unión traten sus asuntos (...) dentro de un plazo razonable” (art. 41)⁸¹.

⁷⁷ Ver notas N° 71 a 74.

⁷⁸ Tribunal Constitucional. Rol N° 3.874-17. 12 de marzo de 2019. Tribunal Constitucional. Rol N° 5.025-18. 27 de agosto de 2019 y Tribunal Constitucional. Rol N° 5.232-18. 27 de agosto de 2019.

⁷⁹ Tribunal Constitucional. Rol N° 3.874-17, c. 16°.

⁸⁰ Dictamen N° 59.984, 18 de diciembre de 2008.

⁸¹ Diario Oficial de las Comunidades Europeas, 2000/C 364/01, 18 de diciembre de 2000.

De acuerdo con estas consideraciones, el incumplimiento de obligaciones estatales de interés privado no tiene como efecto único la responsabilidad administrativa del funcionario, como han sostenido Caldera (2001, pp. 194-195) y la Contraloría General de la República⁸², o la eventual responsabilidad aquiliana del Estado ante el particular por mora que afecta intereses públicos, sino también la responsabilidad *legal* del Estado ante el supuesto autor del hecho gravado. Ante la inobservancia grave de su derecho a un actuar estatal oportuno, este puede pedir la resolución de las obligaciones que surgen de la relación legal de gravamen, sin perjuicio de las indemnizaciones a que haya lugar.

6.3. Operatividad de la resolución en relaciones legales de gravamen

El acreedor estatal tiene el deber sustantivo para con el deudor de pronunciarse y notificar acerca del gravamen oportunamente bajo apremio de resolución de las obligaciones estatutarias.

El término de actuación oportuna puede ser reglado o discrecional. Cuando es reglado y fatal, su incumplimiento es fuente de prescripción, incompetencia *ratione temporis* y responsabilidad. El afectado por esta infracción no podría elegir entre el cumplimiento y la resolución de las obligaciones recíprocas o la indemnización de perjuicios porque el órgano carece de competencia para actuar fuera de plazo. Tampoco podría optar entre prescripción y resolución o resarcimiento, pues la primera opera *ipso iure*. La causal de caducidad o decaimiento en este caso sería la prescripción y no la resolución.

Por lo mismo, la resolución sólo podría ser pedida ante

la dilación excesiva en el ejercicio de un poder reglado no fatal o discrecional en cuanto al momento de ejercicio o término común para actuar. En este sentido, la resolución de obligaciones sustantivas sirve para brindar seguridad jurídica al autor del hecho gravado cuando la potestad de gravamen es imprescriptible. De incumplir la autoridad su obligación de actuación oportuna, el acreedor privado puede exigir el cumplimiento de la obligación de pronunciamiento y notificación o la resolución de las obligaciones recíprocas, sin perjuicio de la indemnización de los daños causados por la dilación.

El cumplimiento de esta obligación puede ser exigido a través de solicitudes administrativas o de acciones judiciales, como el recurso de protección por omisiones ilegales. Por ejemplo, en el caso del Parlamento, Consejo y Comisión de la Unión Europea, el Tratado Constitutivo de la Comunidad dispone que la falta de pronunciamiento en un tiempo determinado habilita la interposición de un “recurso por omisión” ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁸³.

La declaración de resolución de las obligaciones recíprocas causará la caducidad o decaimiento de la relación legal sustantiva y del procedimiento administrativo específico, de haber sido iniciado, tal como lo ha declarado la Corte Suprema en materia de sanciones⁸⁴ y cargas tributarias⁸⁵. La extinción de la relación sustantiva determina también la imposibilidad de incoar un nuevo procedimiento administrativo de gravamen, por inexistencia de la obligación que lo justifique.

La resolución puede ser alegada por el particular en virtud de una acción declarativa de mera certeza, en ausencia de actividad administrativa previa, o mediante

⁸² Cfr. Contraloría General de la República. Dictamen N° 16.602, 2 de abril de 2004.

⁸³ Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, art. 232 (antiguo artículo 175). Diario Oficial. N° C 325 de 24 de diciembre de 2002, pp 33-184.

⁸⁴ Cfr. Corte Suprema. Rol N° 8.682-2009. 28 de diciembre de 2009, c. 5°. Corte Suprema. Rol N° 4.922-2010. 15 de agosto de 2010, c. 1°, 4°, 5°.

⁸⁵ Cfr. Corte Suprema. Rol N° 4.777-2010. 6 de agosto de 2012, c. 13°.

descargo, recurso, acción o excepción, en sede administrativa o judicial, una vez iniciado tardíamente el procedimiento de gravamen.

Con todo, el Estado podría atribuir su incumplimiento a la infracción de deberes del particular, que no podría beneficiarse de su propia culpa. Por ejemplo, en caso de resolución obligacional por atraso estatal grave en pronunciarse y notificar acerca del gravamen, el órgano competente podría atribuir su dilación al comportamiento antijurídico del autor del hecho gravado (Valdivia y Blake, 2015, p. 125).

Adicionalmente, como vimos, la resolución determina la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la ley potestativa en el caso concreto, porque su ejecución ha derivado en arbitraria (art. 20), discriminatoria y desproporcionada (art. 65 inciso 4º N° 1)⁸⁶. Por lo mismo, coincidimos con Soto Kloss en cuanto a que el acto que se dicte en este caso no decae sino que es contrario a derecho (Soto, 2020, p. 302). Lo que este autor omite decir es que el acto es antijurídico, precisamente, porque la relación legal que lo habilitaba ha decaído.

6.4. Efectos de la resolución obligacional en una potestad de gravamen con prescripción interrumpida o suspendida

Ahora bien, ¿qué ocurre si la potestad de gravamen cuyo ejercicio ha devenido en inoportuno e infraccional goza de un plazo de prescripción suspendido o interrumpido por el inicio del procedimiento? En nuestra opinión, esta suspensión o interrupción no exime a la Administración de decidir oportunamente, razón por la cual las obligaciones de la relación sustantiva podrían ser igualmente resueltas por dilación excesiva. En tal

caso, la relación caducaría o decaería por resolución de obligaciones y no por prescripción de la potestad para exigir su cumplimiento. Además, dado que la resolución de obligaciones conlleva la caducidad de la potestad de gravamen, por desaparición de su objeto, el plazo que esta tenía también desaparece.

Por lo mismo, no compartimos la afirmación de la Corte Suprema de que la dilación excesiva en el ejercicio de la potestad produce el decaimiento del procedimiento, el que a su vez provocaría el reinicio del cómputo de prescripción⁸⁷. En realidad, la caducidad definitiva de la potestad produce paralelamente la extinción de sus elementos accesorios: el plazo y el procedimiento para ejercerla. En otras palabras, resuelta la obligación del particular por infracción legal grave del Estado, no queda gravamen por imponer, potestad por prescribir, ni procedimiento por tramitar.

En este sentido, discrepamos de la opinión de Caldera, en cuanto a que la dilación excesiva no afecta “el deber jurídico de ejecutar la acción omitida” (Caldera, 2011, pp. 194 a 195). En realidad, este deber no subsiste porque la relación legal que le daba sustento ya no existe. Ha decaído o caducado por resolución de la obligación de soportar el gravamen sin compensación. Si razones de interés público exigen actuar pese a lo anterior, el gravamen impuesto debe corresponder a una relación legal nueva y a una potestad expresa diferente, en que el sujeto ya no es gravado por su conducta anterior sino por causas ajenas a su obrar. Por tanto, correspondería a un gravamen inmerecido o de balde, una carga pública injustificadamente desigual que no está obligado a soportar sin la debida compensación (art. 19 N° 20 de la Constitución).

⁸⁶ Tribunal Constitucional. Rol N° 3.874-17. 12 de marzo de 2019.

⁸⁷ Específicamente, la Corte sostiene que la suspensión terminaría por ser “aneja y dependiente directamente de la misma sustanciación del procedimiento (...) no siendo posible por ende, que ella siga actuando con prescindencia de éste, lo que conduce a que deba tenerse por reiniciado el cómputo de la prescripción”. Corte Suprema. Rol N° 5.165-2013. 14 de abril de 2014, c. 12º.

Las conclusiones anteriores son también relevantes en materia de recursos administrativos en contra actos de gravamen. La suspensión administrativa⁸⁸ o judicial⁸⁹ de la exigibilidad o ejecutividad del acto durante la tramitación del recurso no obsta a la resolución de la obligación que impone por incumplimiento del deber de resolver oportunamente la impugnación.

6.5. Caducidad o decaimiento de relación procedimental de gravamen por resolución de obligaciones formales

En las relaciones procedimentales de gravamen, el Estado tiene la obligación para con el autor del hecho gravado de tramitar y poner término oportunamente al procedimiento bajo apremio de resolución de las obligaciones adjetivas de las partes. De incumplir este deber, el autor del hecho gravado puede pedir el cumplimiento de esa obligación, salvo que haya operado preclusión e incompetencia que impida la tramitación, o la resolución de las obligaciones formales recíprocas, sin perjuicio de la indemnización de los perjuicios causados por la dilación. Esta resolución conlleva la caducidad o decaimiento del procedimiento por desaparición de un elemento esencial, a saber, las obligaciones adjetivas de las partes.

Esta causal de caducidad o decaimiento no resulta aplicable a los procedimientos para dictar actos de beneficio puesto que carecen de obligaciones recíprocas. Si bien el Estado tiene obligaciones de actuación oportuna

sustantivas y procedimentales⁹⁰, los deberes procesales del particular corresponden más bien a cargas en interés propio.

El aplazamiento *sine die* de un procedimiento de gravamen no solo afecta severamente el interés público sino también el derecho del autor del hecho gravado a que el asunto sea decidido y notificado en un plazo razonable⁹¹. Este derecho se desprende con claridad de las garantías básicas de un debido proceso administrativo reconocidas en la Constitución (art. 19 N° 3 inciso 6° de la Constitución)⁹² y en las leyes N° 18.575 y N° 19.880, tales como la impulsión de oficio del procedimiento, la celeridad, la conclusividad, la inexcusabilidad y la eficacia. Si bien este último principio es más bien de carácter sustantivo, compartimos la opinión de Bocksang de que la inutilidad de una sanción atrasada se extiende a la inutilidad del procedimiento (Bocksang Hola, 2011, p. 247), lo que equivale a una carga formal injustificada y desigual. Así lo ha declarado recientemente la Corte Suprema⁹³.

Para dejar en claro que la tramitación expedita del procedimiento de gravamen no es sólo un asunto de interés público, la Corte Suprema ha declarado que “uno de los aspectos que otorga razonabilidad a los procesos administrativos, es precisamente el plazo en que éstos deben desarrollarse y, que constituye una garantía para los administrados y funcionarios de ser enjuiciados en un término razonable y prudente”⁹⁴.

⁸⁸ Cfr. Art. 57 de la Ley N° 19.880. Establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la administración del estado. 22 de mayo de 2003. 37.570. Cfr. Dictámenes N° 36.415 de 1979, 25 de junio de 1979, y N° 30.871, 25 de abril de 2016.

⁸⁹ Tribunal Constitucional. Rol N° 1.518-09. 21 de octubre de 2010, c. 8°, 34° a 36°. Tribunal Constitucional. Rol N° 3.958-17. 26 de diciembre de 2017.

⁹⁰ Corte Suprema. Rol N° 71.588-2021. 27 de diciembre de 2021, c. 7°.

⁹¹ Cfr. Corte Suprema. Rol N° 17.485-2021. 7 de octubre de 2021, c. 3°. (Montero, 2012, p. 410). Véase también Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Caso Certificatie Kraanverhuurbedrijf et al. v. Commission, 1997 ECJ T-213/95. 22 de octubre de 1997, par. 55. Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Guérin automobiles v. Comisión, 1997 ECJ C-282/95. 18 de marzo de 1997, par. 37 y 38.

⁹² Corte Suprema. Rol N° 150.141-2020. 6 de diciembre de 2021, c. 4°: “el concepto de ‘plazo razonable’ en los procedimientos, entre los que se encuentran los derivados del Derecho Administrativo, es parte integrante del derecho al ‘debido proceso de ley’, al cual nuestra Constitución alude en el artículo 19 N° 3”.

⁹³ Corte Suprema. Rol N° 17.485-2021. 7 de octubre de 2021, c. 4°.

⁹⁴ Corte Suprema. Rol N° 75.777-2021. 10 de enero de 2022, c. 6°.

La dilación excesiva en la tramitación de un procedimiento administrativo también “posee aptitud para amenazar el legítimo ejercicio del derecho del actor a la igualdad ante la ley”⁹⁵, si consideramos que en otros casos “los procedimientos se han desarrollado y afinado en plazos más ajustados a la ley”⁹⁶. En definitiva, como resume Santamaría, “[l]a caducidad está al servicio de los ciudadanos afectados por procedimientos desfavorables” (Santamaría, 2005, p. 17).

Por lo mismo, la actuación oportuna del Estado en procedimientos inquisitivos no es una “carga” en sentido estricto, esto es, destinada a satisfacer únicamente el interés público que representa, sino también una “obligación” en favor del particular. Se diferencia así de los procedimientos adversariales o judiciales, donde la actuación oportuna del Estado como parte es simplemente una carga, siendo el juez el único obligado a actuar oportunamente en favor de las partes.

A mayor abundamiento, la obligación de actuación oportuna del Estado en procedimientos administrativos se desprende también de la Convención Americana de Derechos Humanos⁹⁷. Esta reconoce el derecho de toda persona a que sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter sean determinados dentro de un “plazo razonable” (art. 8.1), garantía que la Corte Interamericana de Derechos Humanos entiende aplicable a los procedimientos judiciales y administrativos⁹⁸. En igual sentido, el Convenio Europeo de Derechos Humanos dispone el “Derecho a un proceso equitativo. 1. Toda persona tiene derecho a

que su causa sea oída... dentro de un plazo razonable” (art. 6).

De acuerdo con lo expuesto, si bien compartimos la idea, sostenida por autores como Valdivia y Blake (2015, p. 115), de que el particular carece de titularidad, acreencia o legitimación para exigir la resolución de obligaciones formales y el consecuente decaimiento del procedimiento por infracción de deberes adjetivos de interés público, pensamos que sí podría pedirlos cuando el atraso estatal conlleve un incumplimiento de sus derechos procesales correlativos (v.gr. proporcionalidad, igualdad ante las cargas, debido proceso⁹⁹).

Si bien, como dicen estos autores, la potestad de gravamen no se extingue por decisión de su titular, la posibilidad de ejercerla en un procedimiento concreto podría extinguirse por resolución del deber de soportarla. En otras palabras, si bien “[n]o puede aceptarse, a menos que los textos legales aplicables prevean lo contrario, que la autoridad pierda su potestad sancionatoria por el hecho de incurrir en retraso o inactividad” (Valdivia y Blake, 2015, p. 118), lo cierto es que la Constitución y la Ley N° 19.880 prevén aquello, al establecer obligaciones procedimentales de actuación oportuna sujetas a resolución en favor del destinatario del acto.

En este punto topamos, sin embargo, con la doctrina que niega el decaimiento del procedimiento por no estar previsto expresamente en la ley, en especial, en la Ley N° 19.880 (Soto, 2020, p. 303; Bocksang, 2011, p. 228). No compartimos esta opinión porque, siendo el decaimiento

⁹⁵ Corte Suprema. Rol N° 7.057-2021. 31 de mayo de 2021, c. 3°.

⁹⁶ Corte Suprema. Rol N° 75.777-2021. 10 de enero de 2022, c. 7°.

⁹⁷ Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, aprobada por Decreto Supremo N° 873, Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial de 5 de enero de 1991.

⁹⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá. Serie C No. 72. 2 de febrero de 2001: “cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal”.

⁹⁹ Cfr. Corte Suprema. Rol N° 8.682-2009. 28 de diciembre de 2009, c. 1°. Corte Suprema. Rol N° 22.318-2021. 1 de octubre de 2021, c. 8°.

o caducidad procedimental el efecto extintivo de una causal legal, lo determinante es la regulación de esa causa y no de su efecto. Existiendo una causal normativa de resolución de obligaciones procedimentales, como lo hemos demostrado, el decaimiento opera como un efecto natural de la misma. Esta es la razón por la que tampoco es necesario regular la caducidad de los actos administrativos. Según vimos, ante un incumplimiento obligacional grave, esta se produce por resolución.

6.6. El plazo cuyo incumplimiento es causal de resolución en relaciones procedimentales de gravamen

El plazo de actuación oportuna en un procedimiento administrativo puede ser reglado o discrecional. Cuando es reglado, su incumplimiento es fuente de preclusión, incompetencia *ratione temporis* y responsabilidad. El afectado por esta infracción no podría elegir entre el cumplimiento y la resolución de las obligaciones procedimentales recíprocas o el resarcimiento, porque el órgano carece de competencia para actuar fuera de plazo. Tampoco podría optar entre preclusión o resolución e indemnización, pues la primera opera ipso iure. La caducidad o decaimiento en este caso sería por preclusión y no por resolución.

De acuerdo con lo anterior, la resolución sólo podría ser pedida ante la dilación excesiva en el ejercicio de un poder discrecional en cuanto al momento de ejercicio.

En este sentido, la resolución de obligaciones procedimentales sirve para brindar seguridad jurídica al autor del hecho gravado, especialmente: a) cuando la potestad de gravamen carece de plazo de preclusión; b) ante la vigencia de la tesis de no fatalidad de los plazos procedimentales; y c) cuando la interrupción o suspensión de la prescripción de la potestad de gravamen, por

inicio del procedimiento, permite mantener al supuesto autor del hecho gravado en un estado de indefinición o incertidumbre jurídica permanente.

En términos generales, la Corte Suprema ha considerado prudencialmente que el procedimiento administrativo decae en el plazo de dos años desde su fecha de inicio o de incoación, por estar asimilado al plazo de invalidación de los actos administrativos (art. 53 inciso 1º de la Ley N° 19.880)¹⁰⁰. La lógica subyacente a este plazo es que, si el legislador considera inoportuno el ejercicio de la potestad invalidante transcurridos dos años desde la dictación del acto, debe estimarse poco razonable también el ejercicio de la potestad de gravamen en el mismo período desde el inicio del procedimiento correspondiente.

Sin embargo, puesto que no estamos ante una hipótesis de plazo fatal sino de incumplimiento obligacional discrecional, la resolución exige considerar factores adicionales. Por ejemplo, la Comisión y el Tribunal Europeo de Justicia evalúan la eventual dilación a la luz de “las circunstancias propias de cada asunto y, en particular, del contexto de éste, de las diferentes fases del procedimiento seguido por la Comisión, del comportamiento de los interesados durante el procedimiento, de la complejidad del asunto y de su trascendencia para las diferentes partes interesadas”¹⁰¹.

Por ejemplo, el atraso en adoptar decisiones que no requieren un estudio en profundidad carece de justificación¹⁰². Mayor razonabilidad tiene, en cambio, aquella dilación que obedece a la complejidad o sofisticación del asunto. Por ejemplo, la Corte Suprema consideró justificada la tardanza de la Unidad de Análisis Financiero en tramitar un procedimiento sancionador debido a “la complejidad y número de los antecedentes

¹⁰⁰ Cfr. Corte Suprema. Rol N° 7.284-2009. 28 de enero de 2010, c. 6º. Corte Suprema. Rol N° 5.180-2010. 4 de noviembre de 2010, c. 7º.

¹⁰¹ Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Caso Stichting Certificatie Kraanverhuurbedrijf con Comisión. T-18/96. 4 de junio de 1996, par. 57.

¹⁰² Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Caso Rijn-Schelde-Verolme (RSV) Machinefabrieken en Scheepswerven NV v. Comisión, ECT 223/85. 24 de noviembre de 1987, par. 14 y ss.

a analizar, los cuales comprendieron a lo menos 4 cajas con documentos”¹⁰³.

Asimismo, la Corte Suprema ha declarado que

la inactividad de la Administración, que es la que se imputa en el presente juicio, puede provenir de diversas causas, entre las cuales está la imputable a la propia víctima, que, de acuerdo a la doctrina chilena y de derecho administrativo comparado es causal de exoneración de la responsabilidad¹⁰⁴.

Ahora bien, esta exculpación exige necesariamente que la dilación haya sido causada por un comportamiento abusivo del particular, lo que excluye comportamientos propios de una táctica procedimental legítima, como podría ser la omisión en denunciar el atraso¹⁰⁵, guardar silencio cuando no existe obligación legal de declarar o para evitar la autoincriminación penal, omitir la solicitud de silencio administrativo (cfr. Bocksang, 2011, p. 245) y promover cuestiones incidentales que no suspenden la tramitación del procedimiento (arts. 9 inciso final de la Ley N° 19.880).

Por lo mismo, no compartimos la doctrina de la Corte Suprema¹⁰⁶ que rechazó la responsabilidad del Estado por atraso en la fijación de un decreto tarifario eléctrico atendido que la dilación obedeció a la corrección de errores estatales denunciados por el particular (c. 14°). En particular, la Corte sostuvo que el atraso era imputable al particular demandante y no al Estado porque, de no haber denunciado esos errores, la tramitación habría tomado menos tiempo (c. 16°, 17°, 24°, 25° y 26°). Declaró, además, que la colaboración prestada por el particular durante el proceso de enmiendas privaba de validez su denuncia o requerimiento administrativo, por

aplicación de la doctrina sobre acto propio (c. 18° y 26°) y abuso del derecho (c. 22°); y que, si bien, el atraso “fue forzado por los errores de la entidad fiscal”, la demanda no podía prosperar porque el demandante debió acreditar, además del atraso, “en qué consistieron los errores, cuáles hubiesen sido sus efectos y la necesidad de repararlos en qué lapso de tiempo, lo que, por cierto, en la especie no ocurrió” (c. 18°).

No compartimos los argumentos de la Corte por las razones siguientes. Primero, obliga al particular a cargar con el peso de un error ajeno que sólo contribuyó a corregir, infringiendo así el principio de que nadie puede beneficiarse de su propio error en perjuicio ajeno. Segundo, no contradice sus actos propios quien, junto con denunciar un atraso, está dispuesto a colaborar en el proceso de corrección de los errores ajenos que lo causan. Tercero, semejante criterio desincentiva la colaboración de los particulares en la enmienda de actos administrativos técnicos. Nadie se animaría a participar en la corrección de errores administrativos a riesgo de ser imputado por la dilación que ello demande. Cuarto, la misma lógica conduce al absurdo de que un particular no debería ser multado por atraso en corregir sus errores representados por la autoridad. Finalmente, existiendo reconocimiento de los errores por el demandado, el demandante no tiene el deber de acreditarlos.

6.7. Efectos de la resolución de obligaciones procedimentales

La resolución de las obligaciones procedimentales produce el decaimiento o caducidad de la relación legal procedimental. Esto significa, en primer lugar, que el acto trámite o terminal dictado en un procedimiento decaído por resolución es inválido porque carece de sustento

¹⁰³ Corte Suprema. Rol N° 17.485-2021. 7 de octubre de 2021, c. 7°.

¹⁰⁴ Corte Suprema. Rol N° 11.358-2015. 16 de junio de 2016, c. 16°.

¹⁰⁵ Cfr. Corte Suprema. Rol N° 5.165-2013. 14 de abril de 2014, c. 9°.

¹⁰⁶ Corte Suprema. Rol N° 11.358-2015. 16 de junio de 2016, c. 14° y ss.

legal. El órgano que lo dicte estaría actuando fuera de la forma que prescribe la ley, razón por la cual sería nulo (art. 7 de la Constitución). Como se sabe, bastaría el incumplimiento de cualquier requisito esencial del procedimiento administrativo con perjuicio al interesado para afectar la validez del acto dictado (art. 13 de la Ley N° 19.880).

Al respecto, dice Santamaría Pastor que

si el procedimiento ha finalizado por razón de caducidad y, por tanto, se ha extinguido, una eventual resolución de fondo equivaldría a un acto dictado sin procedimiento previo alguno (porque el que podría habilitar a la Administración para ello ha fenecido irrevocablemente) y, por tanto, sería calificable como nulo de pleno derecho (Santamaría, 2005, p. 44).

A su vez, al igual que en materia de preclusión, este decaimiento pone término a la suspensión o interrupción del plazo de prescripción de la potestad que se haya producido por el inicio de este.

Así lo entiende nuestro legislador, por ejemplo, en materia de faltas disciplinarias administrativas: “[s]

i el proceso administrativo se paraliza por más de dos años, o transcurren dos calificaciones funcionarias sin que haya sido sancionado, continuará corriendo el plazo de la prescripción como si no se hubiese interrumpido” (art. 159 inciso 2° de la Ley N° 18.834 y art. 155 inciso 2° de la Ley N° 18.883). Un criterio similar existe en materia penal, en que, si la prosecución del imputado se paraliza por tres años, “continúa la prescripción como si no se hubiere interrumpido” (art. 96 del Código Penal) (Cfr. Cabezas, 2020, p. 23). Bajo una lógica similar, el Código Tributario dispone que la interrupción del plazo de prescripción para “perseguir el pago de impuestos, intereses, sanciones y demás recargos” da inicio a un nuevo término de prescripción (art. 201).

En teoría y de modo excepcional, el decaimiento del procedimiento por resolución de obligaciones formales no obstaría al inicio de un nuevo procedimiento sobre los mismos hechos, en la medida que el derecho o poder sustantivo esté vigente. Sin embargo, al igual que en materia de preclusión, la duplicidad de procedimientos de gravamen es antijurídica por constituir una carga pública injustificadamente desigual que atenta en contra del *ne bis in idem* formal, a menos que sea debidamente compensada.

7. Conclusiones

A modo de conclusión, la siguiente tabla resume las principales diferencias entre las tres causales de caducidad

o decaimiento de la relación jurídica administrativa que hemos revisado en los acápites anteriores.

CADUCIDAD O DECAIMIENTO DE LA RELACIÓN LEGAL		
PRESCRIPCIÓN	PRECLUSIÓN	RESOLUCIÓN
Sustantiva	Procedimental	Sustantiva o procedimental
<i>Ipso iure</i> , de derecho público, indisponible	<i>Ipso iure</i> , de derecho público, indisponible	Debe ser pedida o decidida.
Acto terminal declarativo	Acto terminal declarativo	Acto terminal declarativo y constitutivo
Objetiva, independiente de voluntad de las partes	Objetiva, independiente de voluntad de las partes	Culposa (por regla general)
Vencimiento de plazo precisado en la ley	Vencimiento de plazo precisado en la ley	Tiempo de actuación oportuna precisado en la ley (no fatal) o sujeto a evaluación prudencial
Dejación de un activo en interés propio	Dejación de una oportunidad procesal	Inejecución de obligación en interés ajeno
Fundada en la necesidad de consolidar una situación de hecho	Fundada en la necesidad de consolidar una situación de hecho	Fundada en desaparición de presupuesto legal de subsistencia de la relación por acto u omisión de parte
Afecta facultad, derecho, acción o poder perfecto y exigible	Afecta oportunidad procesal para ejercer facultad, derecho, acción o poder perfecto y exigible	Afecta derecho o poder susceptibles de extinción por incumplimiento de un deber
Prescripción de facultad, derecho, acción o poder del interesado	Preclusión de oportunidad de ejercicio	Resolución de obligaciones recíprocas de las partes
Produce caducidad de obligación correlativa del deudor	No produce extinción de poderes, derechos u obligaciones de la relación sustantiva	Produce caducidad de derechos recíprocos de las partes en la relación sustantiva o procedimental, según corresponda
Eficacia del tiempo en cuanto a duración de un activo	Eficacia del tiempo en cuanto a duración de una oportunidad procesal	Eficacia del tiempo en cuanto a vigencia de un pasivo
Admite interrupción o suspensión	Admite suspensión	No admite interrupción o suspensión sino factores de exculpación
No permite reiteración procedimental	Permite reiteración procedimental condicionada por prescripción e igualdad ante las cargas públicas	Permite reiteración procedimental en caso de resolución de obligaciones formales, condicionada por prescripción e igualdad ante las cargas públicas

Referencias bibliográficas

- Arancibia, J. (2019). Naturaleza y justicia de los contratos administrativos. *Revista de Derecho Administrativo Económico*. Pontificia Universidad Católica de Chile, (30) julio-diciembre, 27-53.
- Aróstica, I. (2005). Sanciones administrativas y prescripción. En Soto, E. (ed.) *Sanciones administrativas y derechos fundamentales: regulación y nuevo intervencionismo* (pp. 119 a 126). Santiago de Chile: Universidad Santo Tomás.
- Biblioteca del Congreso Nacional (2018). *Historia de la Ley N° 19.880*. Santiago de Chile: Biblioteca del Congreso Nacional.
- Bocanegra, R. (2003). *Lecciones sobre el acto administrativo* (3ª ed.). Madrid: Thomson – Civitas.
- Bocksang, G. (2011). La dilación excesiva de los procedimientos administrativos sancionatorios: a horcajadas entre decaimiento y nulidad. En Fermandois, A. y García, J.F. (coords.) *Sentencias Destacadas 2010* (pp. 225-252). Santiago de Chile: Ediciones Libertad y Desarrollo.
- Cabezas, C. (2020). La prescripción de la acción penal y la suspensión de la misma en el derecho positivo, un estudio histórico-comparado. *Doctrina y Jurisprudencia Penal*, N° 40, 3-30.
- Caldera, H. (2001). *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo II. Santiago de Chile: Ed. Parlamento.
- Carnelutti, F. (1955). *Teoria Generale del diritto* (3ª ed.) (trad. F.J. Osset. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado). Roma: Soc. Ed. del "Foro Italiano".
- Comadira, J. (2000). *La licitación pública*. Buenos Aires: Depalma.
- Cordero, E. (2020). El plazo de prescripción de las infracciones administrativas ante el principio de proporcionalidad. *Revista Chilena de Derecho*, 47 (2), 359 a 384.
- Cordero, L. (2011). El decaimiento en el procedimiento administrativo sancionador. Comentarios a las sentencias de la Corte Suprema del año 2010. *Anuario de Derecho Público*. Santiago de Chile: Universidad Diego Portales, 243-255.
- Corral, H. (2010). *Contratos y daños por incumplimiento*. Santiago de Chile: AbeledoPerrot LegalPublishing.
- Domenech, G. (2007). ¿Es compatible con el principio ne bis in idem reabrir un procedimiento administrativo sancionador caducado? *Revista Española de Derecho Administrativo*, (136), 727-755.
- Domenech, G. (2010). Principio non bis in idem y reapertura de procedimientos. En Lozano Cutanda, B. (dir.). *Diccionario de Sanciones Administrativas* (pp. 779-788). Madrid: Iustel.
- Escríche, J. (1995). *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*, tomo I. Santiago de Chile: Editorial Jurídica Conosur.
- Evans, E. y Poblete, D. (2014). ¿Prescripción o decaimiento del procedimiento administrativo sancionador?; el caso de la industria eléctrica. En Arancibia J. y Alarcón, P. (coords.). *Sanciones Administrativas* (pp. 217-237). Santiago de Chile: Thomson Reuters.
- Flores, J.C. (2017). La caducidad de los actos administrativos. *Revista de Derecho* (Universidad Austral), XXX (2), 225-249.
- Flores, J.C. (2016). La caducidad de los contratos administrativos. En Bermúdez, J. (coord.). *Perspectivas para la modernización del derecho de la contratación administrativa. Actas de las XI Jornadas de Derecho Administrativo 2014* (pp. 47 a 78). Valparaíso: Publicaciones de la Escuela de Derecho PUCV.
- Flores, J.C. (2011). Prescripción de las sanciones administrativas ante la jurisprudencia administrativa y judicial". En Corral, H. (ed.). *Cuadernos de Extensión Jurídica* (21) (pp. 131-146). Santiago de Chile: Universidad de los Andes.
- García de Enterría, E. y Fernández, T.R. (2006). *Curso de Derecho Administrativo* (13ª ed.), Tomo I. Madrid: Thomson-Civitas.
- García de Enterría, E. (1950). Riesgo y ventura y fuerza mayor en el contrato administrativo. *Revista de Administración Pública*, (2), 83-108.

- Gómez, R. (2017). "El non bis in ídem en el derecho administrativo sancionador. Revisión de sus alcances en la jurisprudencia administrativa". *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (XLIX), 101-138.
- Gómez, R. (2020). Mecanismos generales y especiales de revisión administrativa de las sanciones. *Revista de Derecho (Valdivia)*, XXXIII (1), 231-251.
- Guerrero, G. y Gigoux, C. (2013). El decaimiento del procedimiento administrativo sancionador y su necesaria introducción en la Ley N° 19.880. En Lara, J.L. y Bocksang, G. (eds.). *Procedimiento administrativo y contratación pública* (pp. 121-146). Santiago de Chile: Thomson Reuters-LegalPublishing.
- Horn, R. (2016). El decaimiento del acto administrativo como una causal natural de extinción de los mismos. *Ius Publicum*, (37), 115-124.
- Mejías, C. (2016). Una revisión crítica de los efectos de la resolución por incumplimiento y una propuesta de solución. *Ius et Praxis*, Año 22, N° 1, 271-322.
- Montero Cartes, C. (2012). ¿Los plazos de la Administración no son fatales?: Observaciones a propósito de una tesis. En Contraloría General de la República (ed.). *La Contraloría General de la República, 85 años de vida institucional (1927-2012)* (pp. 405-416). Santiago de Chile: Contraloría General de la República.
- Montero Cartes, C. (2015). Las causales de extinción de la responsabilidad disciplinaria de los funcionarios públicos. Análisis crítico. *Revista de Derecho Administrativo Económico*, (21), 93-130.
- Olguín, H. (1961). *Extinción de los Actos Administrativos. Revocación, Invalidación y Decaimiento*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Oviedo-Albán, J. (2019). La cláusula de terminación unilateral del contrato. *Vniversitas*, (138).
- Parra, F. (2019). Los efectos de la media prescripción penal. *Revista de Derecho (Universidad de Concepción)*, (246), 247-285.
- Phillips Letelier, J. (2021),. Comentario Salfate con Gendarmería. Recuperado de <https://www.adad.cl/post/comentario-salfate-con-gendarmer%C3%ADa-de-chile> [fecha de consulta: 20 de diciembre de 2021].
- Piccinini, D. (1968). *Teoría del decaimiento de los actos administrativos*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Real Academia Española de la Lengua. Consejo General del Poder Judicial. (2016). *Diccionario del Español Jurídico*. Versión web. Recuperada de: <https://dpej.rae.es> [fecha de consulta: 20 de diciembre de 2021].
- Real Academia Española (2001). *Diccionario de la lengua española* (22a ed.). Recuperado de: <http://www.rae.es/rae.html> [fecha de consulta: 21 de diciembre de 2021].
- Román, C. (2009). El debido procedimiento administrativo sancionador. *Revista de Derecho Público*, (71), 183-214.
- Romano, S. (1964). *Fragmentos de un Diccionario Jurídico*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Romero, A. (2020). El principio del *ne bis in idem* y la cosa juzgada penal como elementos constitutivos del derecho de defensa del imputado. *Revista Jurídica Digital UANDES*, 4 (2), 122-142.
- Romero, A. (2011). Sobre la prescripción tributaria: la acción de mera declaración para contrarrestar los efectos de la sentencia ficta tributaria. En Corral, H. (ed.) *Cuadernos de Extensión Jurídica* (21) (pp. 161-174). Santiago de Chile: Universidad de los Andes.
- Santamaría, J.A. (2005). La caducidad del procedimiento (art. 44.2 LRJAP). *Revista de Administración Pública*, (168), 7-56.
- Sayagués, E. (2005). *La Licitación pública*. Montevideo: Editorial B de F.
- Sayagues, E. (2002). *Tratado de Derecho Administrativo* (8ª ed.), Tomo I. Montevideo: Fundación Cultura Universitaria.
- Silva Cimma, E. (2001). *Derecho Administrativo Chileno y Comparado. Actos, contratos y bienes*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Soto, E. (2020). El decaimiento en el derecho administrativo chileno ¿extinción del procedimiento administrativo? ¿extinción del acto administrativo? Del derecho como literatura de ficción. *Derecho Público Iberoamericano*, (17), 301-323.

- Soto, E. (2016). El llamado decaimiento del acto administrativo ¿otra invención suprema?. *Ius Publicum*, (37), 125-130.
- Soto, E. (1984). Prescripción extintiva de derechos de administrados y cumplimiento de obligaciones legales impuestas a la administración. *Revista Chilena de Derecho*, 11, 505-517.
- Valdivia, J.M. y Blake, T. (2015). El decaimiento del procedimiento administrativo sancionatorio ante el derecho administrativo. *Estudios Públicos*, (138), 93-135.
- Vallejo, R. (2016). Acerca del régimen supletorio de prescripción aplicable a las infracciones y sanciones administrativas. *Revista de Derecho (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso)*, (Nº 47), 281-301.
- Vallines, E. (2004). *La preclusión en el proceso civil*. Madrid: Thomson-Civitas.
- Vera, J.S. (2020). *Ne bis in ídem procesal: identidad de hechos*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Vergara, A. (2004). Nota sobre la caducidad como fuente de extinción de derechos y del decaimiento del procedimiento administrativo. *En Actas XXXIV Jornadas de Derecho Público* (pp. 567-572). Santiago de Chile: Pontificia Universidad Católica de Chile.
- Vergara, A. (2017). El mito de la inexistencia de plazos fatales para la Administración y el “decaimiento” en los procedimientos administrativos. *Estudios Públicos*, (148), 79-118.
- Vergara, A. (2018). La batalla contra las demoras excesivas en los procedimientos administrativos. Derribando el mito de la inexistencia de plazos fatales para la administración. En Soto Kloss, E. (coord.). *El Derecho Administrativo y protección de las personas. Libro homenaje a 30 años de docencia del profesor Ramiro Mendoza en la PUC* (pp. 167-185). Santiago de Chile: Ediciones UC.

Jurisprudencia

- Corte de Apelaciones de Santiago. Rol Nº 9.729-2002. 31 de marzo de 2008.
- Corte Suprema. Rol Nº 12.686-1990. 4 de abril de 1990.
- Corte Suprema. Rol Nº 743-1999. 6 de junio de 2000.
- Corte Suprema. Rol Nº 827-2001. 18 de abril de 2001.
- Corte Suprema. Rol Nº 874-2001. 22 de marzo de 2001.
- Corte Suprema. Rol Nº 971-2002. 25 de noviembre de 2003.
- Corte Suprema. Rol Nº 9.654-2004. 17 de abril de 2009.
- Corte Suprema. Rol Nº 2.842-2009. 25 de mayo de 2009.
- Corte Suprema. Rol Nº 3.357-2009. 10 de septiembre de 2009.
- Corte Suprema. Rol Nº 5.702-2009. 15 de octubre de 2009.
- Corte Suprema. Rol Nº 8.682-2009. 28 de diciembre de 2009.
- Corte Suprema. Rol Nº 4.627-2008. 11 de mayo de 2010.
- Corte Suprema. Rol Nº 855-2009. 31 de diciembre de 2010.
- Corte Suprema. Rol Nº 4.922-2010. 15 de agosto de 2010.
- Corte Suprema. Rol Nº 5.180-2010. 4 de noviembre de 2010.
- Corte Suprema. Rol Nº 5.228-2010. 20 de octubre de 2010.
- Corte Suprema. Rol Nº 8.692-2010. 28 de diciembre de 2010.
- Corte Suprema. Rol Nº 8.420-2009. 26 de agosto de 2011.
- Corte Suprema. Rol Nº 4.777-2010. 6 de agosto de 2012.

Corte Suprema. Rol N° 5.165-2013. 14 de abril de 2014.
Corte Suprema. Rol N° 3.050-2015. 13 de julio de 2015.
Corte Suprema. Rol N° 4.503-2015. 30 de junio de 2015.
Corte Suprema. Rol N° 11.358-2015. 16 de junio de 2016.
Corte Suprema. Rol N° 35.483-2015. 3 de marzo de 2016.
Corte Suprema. Rol N° 62.128-2016. 9 de mayo de 2017.
Corte Suprema. Rol N° 2.961-2017. 8 de enero de 2018.
Corte Suprema. Rol N° 11.706-2017. 27 de noviembre de 2017.
Corte Suprema. Rol N° 765-2018. 7 de mayo de 2018.
Corte Suprema. Rol N° 8.991-2018. 9 de julio de 2018.
Corte Suprema. Rol N° 15.153-2018. 4 de junio de 2019.
Corte Suprema. Rol N° 4.864-2019. 12 de agosto de 2019.
Corte Suprema. Rol N° 63.165-2020. 14 de septiembre de 2020.
Corte Suprema. Rol N° 127.415-2020. 3 de mayo de 2021.
Corte Suprema. Rol N° 150.141-2020. 6 de diciembre de 2021.
Corte Suprema. Rol N° 138-2021. 10 de mayo de 2021.
Corte Suprema. Rol N° 7.057-2021. 31 de mayo de 2021.
Corte Suprema. Rol N° 14.380-2021. 15 de julio de 2021.
Corte Suprema. Rol N° 35.473-2021. 3 de junio de 2021.
Corte Suprema. Rol N° 22.318-2021. 1 de octubre de 2021.
Corte Suprema. Rol N° 17.485-2021. 7 de octubre de 2021.
Corte Suprema. Rol N° 22.247-2021. 13 de octubre de 2021.
Corte Suprema. Rol N° 71.588-2021. 27 de diciembre de 2021.
Corte Suprema. Rol N° 75.777-2021. 10 de enero de 2022.

Sentencias del Tribunal Constitucional

Tribunal Constitucional. Rol N° 1.518-09. 21 de octubre de 2010.
Tribunal Constitucional. Rol N° 3.958-17. 26 de diciembre de 2017.
Tribunal Constitucional. Rol N° 3.874-17. 12 de marzo de 2019.
Tribunal Constitucional. Rol N° 5.025-18. 27 de agosto de 2019.
Tribunal Constitucional. Rol N° 5.232-18. 27 de agosto de 2019.
Tribunal Supremo de España. Rol N° 640/2000. 30 de mayo de 2002.
Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Caso *Certificatie Kraanverhuurbedrijf et al. v. Commission*, 1997 ECJ T-213/95. 22 de octubre de 1997.
Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Caso *Stichting Certificatie Kraanverhuurbedrijf con Comisión*. T-18/96. 4 de junio de 1996.
Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *Guérin automobiles v. Comisión*, 1997 ECJ C-282/95. 18 de marzo de 1997.
Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. Serie C No. 72. 2 de febrero de 2001.
Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Caso *Rijn-Schelde-Verolme (RSV) Machinefabrieken en Scheepswerven NV v. Comisión*, ECT 223/85. 24 de noviembre de 1987.

Dictámenes de la Contraloría General de la República

Contraloría General de la República. Dictamen N° 19.159, 13 de abril de 1962.
Contraloría General de la República. Dictamen N° 89.271, 22 de noviembre de 1966.
Contraloría General de la República. Dictamen N° 34.644, 22 de junio de 1978.
Contraloría General de la República. Dictamen N° 42.932, 28 de julio de 1978.
Contraloría General de la República. Dictamen N° 36.415, 25 de junio de 1979.
Contraloría General de la República. Dictamen N° 2.210, 16 de enero de 1980.
Contraloría General de la República. Dictamen N° 4.167, 4 de febrero de 1982.
Contraloría General de la República. Dictamen N° 19.367, 18 de agosto de 1983.
Contraloría General de la República. Dictamen N° 24.345, 22 de octubre de 1985.
Contraloría General de la República. Dictamen N° 31.088, 26 de agosto de 1988.
Contraloría General de la República. Dictamen N° 22.388, 17 de agosto de 1989.
Contraloría General de la República. Dictamen N° 9.176, 15 de abril de 1992.
Contraloría General de la República. Dictamen N° 18.931, 31 de julio de 1992.
Contraloría General de la República. Dictamen N° 18.949, 31 de julio de 1992.
Contraloría General de la República. Dictamen N° 39.447, 17 de noviembre de 1994.
Contraloría General de la República. Dictamen N° 8.479, 9 de marzo de 1998.
Contraloría General de la República. Dictamen N° 14.217, 22 de abril de 1999.
Contraloría General de la República. Dictamen N° 38.353, 1 de octubre de 2002.
Contraloría General de la República. Dictamen N° 53.088, 25 de noviembre de 2003.
Contraloría General de la República. Dictamen N° 2.379, 19 de enero de 2004.
Contraloría General de la República. Dictamen N° 16.602, 2 de abril de 2004.
Contraloría General de la República. Dictamen N° 14.571, 22 de marzo de 2005.
Contraloría General de la República. Dictamen N° 34.407, 24 de julio de 2008.
Contraloría General de la República. Dictamen N° 59.984, 18 de diciembre de 2008.
Contraloría General de la República. Dictamen N° 957, 8 de enero de 2010.
Contraloría General de la República. Dictamen N° 33.854, 23 de junio de 2010.
Contraloría General de la República. Dictamen N° 61.769, 18 de octubre de 2010.
Contraloría General de la República. Dictamen N° 31.766, 18 de mayo de 2011.
Contraloría General de la República. Dictamen N° 13.849, 9 de marzo de 2012.
Contraloría General de la República. Dictamen N° 78.917, 19 de diciembre de 2012.
Contraloría General de la República. Dictamen N° 2.554, 11 de enero de 2013.
Contraloría General de la República. Dictamen N° 60.335, 23 de septiembre de 2013.
Contraloría General de la República. Dictamen N° 80.456, 6 de diciembre de 2013.
Contraloría General de la República. Dictamen N° 22.453, 23 de marzo de 2016.
Contraloría General de la República. Dictamen N° 30.871, 25 de abril de 2016.
Contraloría General de la República. Dictamen N° 81.292, 8 de noviembre de 2016.
Contraloría General de la República. Dictamen N° 25.550, 25 de septiembre de 2019.

Legislación

Constitución Política de la República de Chile. 17 de septiembre de 2005.

Ley N° 18.168. Ley General de Telecomunicaciones. 15 de septiembre de 1982. 31.342.

Ley N° 18.410. Crea la Superintendencia de Electricidad y Combustibles. 26 de abril de 1985. 32.176.

Ley N° 18.892. Ley General de Pesca y Acuicultura. 22 de noviembre de 1989. 33.553.

Ley N° 19.880. Establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la administración del estado. 22 de mayo de 2003. 37.570.

Ley N° 19.886. Ley de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios. 11 de julio de 2003. 37.622.

Ley N° 20.417. Crea el Ministerio del Medioambiente, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente. 12 de enero de 2010. 39.570.

Ley N° 20.529. Sistema nacional de aseguramiento de la calidad de la educación parvularia, básica y media y su fiscalización. 11 agosto 2011. 40.049.

Ley N° 20.720. Sustituye el régimen concursal vigente por una ley de reorganización y liquidación de empresas y personas, y perfecciona el rol de la superintendencia del ramo. 30 de diciembre de 2013. 40.752.

Ley N° 21.000. Crea la Comisión para el Mercado Financiero. 10 de febrero de 2016. 41.692.

Decreto con Fuerza de Ley N° 3 de 1997. Fija texto refundido, sistematizado y concordado de la ley general de bancos y de otros cuerpos legales que se indican. 26 de noviembre de 1997. 35.944.

Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Diario Oficial de las Comunidades Europeas, 2000/C 364/01, 18 de diciembre de 2000.

Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea. Diario Oficial. N° C 325 de 24 de diciembre de 2002, pp 33-184.

Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica. Decreto Supremo N° 873, Relaciones Exteriores. Diario Oficial. 5 de enero de 1991.

Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Boletín Oficial del Estado. Núm. 236. 02 de octubre de 2015.

**Javier
Humberto
Facco**
**Universidad
Nacional de
Rosario, Argentina**

javierfacco@yahoo.com.ar

Recibido: 22.08.21

Aceptado: 25.02.22

Tutelas especiales en el Derecho Privado Argentino*

Special guardianships in Argentinian Private Law

Resumen: La “debilidad jurídica” constituye un fenómeno multifacético y polimorfo. Su sustrato en el orden de la realidad social es la condición efectiva de vulnerabilidad: la experiencia singular de padecer la fragilidad, el sentirse vulnerado/vulnerable (lo cual no es algo homogéneo, pues reconoce orígenes, intensidades y determinaciones variables). En este sentido, discurrimos por las aristas más relevantes de la problemática desde la perspectiva del Derecho Privado en su obligado diálogo con el Sistema Internacional de Derechos Humanos. Luego de algunos abordajes sociológicos y de políticas públicas aconsejadas por la ONU (PNUD), relevamos algunos despliegues y remedios ya considerados por la legislación vigente para afrontar la asistencia de la “parte débil” (consumidores, inquilinos, contratantes de negocios asimétricos) y, en particular, cuatro microsistemas tuitivos especiales previstos en el Derecho Privado argentino: (a) para niños y adolescentes; (b) personas que sufren de padecimientos mentales; (c) pacientes en su relación con los agentes e instituciones sanitarias; (d) personas con discapacidad. Nuestro propósito consiste en inferir de la experiencia jurídica acumulada algunas bases útiles para el diseño de un “Programa Integral de Protección de los Débiles Jurídicos” susceptible de captar las notas comunes de la vulnerabilidad jurídica sin soslayar las especificidades de su pluralidad de expresiones. A tal fin dicho programa requiere de la sinergia entre normas civiles, constitucionales y “medidas de acción positiva” (derechos estatutarios especiales), cuya articulación haga posible superar los estrechos horizontes de los modelos *iusprivatistas* tradicionales centrados en los aspectos patrimoniales de las relaciones jurídicas entre particulares. Ello en pos de un “Derecho Civil Humanitario” inspirado en el respeto de la *dignidad de la persona humana* y de sus *derechos personalísimos* como valor de primer orden y en la *solidaridad social* como matriz hermenéutica prioritaria.

Palabras clave: vulnerabilidad jurídica; calidad de vida; tutela del débil (civil y constitucional); medidas de acción positiva; derechos humanos; derechos personalísimos.

Abstract: “Legal weakness” constitutes a multifaceted and polymorphous phenomenon. Moreover, in the order of social reality, the effective condition of vulnerability is its substratum: the unique experience of suffering from fragility, feeling violated/vulnerable (which is not something homogeneous, since it recognizes variable origins, intensities, and determinations). Accordingly, we go through the most relevant elements of the problem from the perspective of Private Law in its obligatory dialogue with the International Human Rights System. After some sociological approaches and public policies advised by the UN (UNDP), we highlight some deployments and remedies already considered by the current legislation to face the assistance of the “weak party” (consumers, tenants, contractors of asymmetric business). Notably, we look at four special protective microsystems provided for in Argentine Private Law: (a) children and adolescents; (b) people who suffer from mental illnesses; (c) patients in their relationship with health agents and institutions; (d) people with disabilities. Our purpose is to infer from the accumulated legal experience some valuable bases for designing a “Comprehensive Program for the Protection of the Legally Weak” capable of capturing the common notes of legal vulnerability without ignoring the specificities of its plurality of expressions. To this end, the program requires the synergy between civil, constitutional norms and “positive action measures” (special statutory rights). Furthermore, its articulation should overcome the narrow horizons of traditional private law models focused on the patrimonial aspects of legal relations between individuals. In pursuit of a “Humanitarian Civil Law,” all of the above is inspired by human dignity and personal rights as a first-order value and social solidarity as a hermeneutical matrix.

Keywords: legal weakness; quality of life; guardianship (civil and constitutional); human rights; personal rights.

* La presente colaboración forma parte del Plan de Investigación “Hiperdebilidad, convergencia de factores y calidad de vida”. Área Temática Estratégica N° 11: “Democracia, ciudadanía y actores políticos nacionales e internacionales: Calidad de vida, pobreza, desigualdad y género”. Consejo de Investigaciones de la Universidad Nacional de Rosario (CIUNR).

*Verem magnum habere fragilitatem hominis,
securitatem Dei*

[Lo más grandioso es reunir en sí la debilidad del
hombre y la fortaleza de Dios]
Séneca

En algún trance de nuestras vidas todos *sentimos* en carne propia la fragilidad inherente a la condición humana. Es de Perogrullo que esta experiencia no se transita de igual modo, ni se manifiesta en idéntica medida en cada persona.

El Derecho Privado no puede resultar ajeno a una realidad tan evidente y por ello debe tomar razón de aquellas situaciones de vulnerabilidad *dignas* de una protección diferencial, de dispositivos tuitivos que aseguren un tratamiento jurídico eficaz (derechos estatutarios).

La necesidad de dispensar una tutela especial se torna más acuciante cuando concurren factores que inciden de manera convergente en la afectación de la calidad de vida de una persona (*infra* § 1: situaciones de *hiperdebilidad*). Así, pues, la calidad de vida puede servir como marcador para la ponderación del estado y grado de vulnerabilidad de un ser humano. Desde el punto de vista jurídico ha sido definida como:

(...) el derecho subjetivo que toda persona tiene a satisfacer sus necesidades fisiológicas básicas, necesidades sociales y necesidades de seguridad, estima y autorrealización, así como sus necesidades espirituales, y a percibir que la satisfacción de las mismas se alcanza de modo valioso, mediante su interacción con la sociedad y el hábitat en que vive y de acuerdo a su

propio proyecto de vida (Nicolau, 2007, p. 147).

La autora cuya definición compartimos se apoya en un trabajo de investigación sobre los “indicadores de la calidad de vida urbana” de la Universidad Nacional de Quilmes, en el cual se distinguen dos maneras de enfocar la categoría conceptual *calidad de vida*: una cuantificable o mensurable objetivamente (basada en los bienes y servicios a disposición de los individuos para la satisfacción de sus necesidades; equivalente a la noción de *nivel de vida*) y otra de índole cualitativo-subjetiva (cuyo eje es la percepción valiosa o disvaliosa que tienen las personas de las múltiples dimensiones de su existencia [Leiva, 2005, p. 14])¹.

Ahora bien, apreciando el índice de satisfacción de este derecho subjetivo fundamental cabe identificar las principales poblaciones vulnerables, así como los principios y mecanismos de la tutela *iusprivatista*, en el ámbito de una reflexión acerca de nuevas estrategias que permitan abordar de manera sistémica las situaciones de debilidad jurídica mediante el diálogo entre las fuentes implicadas en los diversos niveles de normatividad: legal y supra-legal (constitucional y convencional).

En esta ocasión nos limitamos a sugerir algunas bases fundamentales para delinear una *tutela integral de los débiles jurídicos* en el Derecho Privado argentino, en sinergia con el Sistema Supranacional Humanitario plasmado en los Tratados de Derechos Humanos y en su interpretación por los organismos internacionales encargados de su aplicación². Se trata de una propuesta sin intención alguna de agotar el estudio de la temática, pues la misma involucra una multiplicidad de matices que requieren de estudios de más largo aliento.

¹ Puede ampliarse el tema en Nicolau (2009, p. 41) y Ronchetti (2006, pp. 97-111). Para un análisis de la calidad de vida y los derechos humanos en el derecho mexicano, véase Flores Martínez (2020, pp. 7-28).

² Los órganos competentes a nivel internacional son: la Corte o Tribunal Penal Internacional (fundada en 1998 por el Estatuto de Roma, fuera de la órbita de las Naciones Unidas) y la Corte o Tribunal Internacional de Justicia (ONU, 1945), ambas con sede en la ciudad de La Haya (Países Bajos); y, en el subsistema regional interamericano (OEA), la Comisión Interamericana de DDHH (con sede en Washington D.C., 1965) y la Corte Interamericana de DDHH (con sede en San José de Costa Rica, 1979); en el subsistema europeo (UE), existe el Tribunal o Corte Europea de DDHH (con sede en Estrasburgo, 1959). (No confundir con el Tribunal de Justicia de la Unión Europea [Luxemburgo, 1952], cuya función es interpretar y aplicar el derecho originario y derivado de la Unión Europea).

1. La cuestión de la debilidad jurídica

En los últimos años para perfeccionar la articulación entre el Sistema Internacional de Derechos humanos y el Derecho Civil la categoría de la *debilidad jurídica* viene siendo objeto de reiteradas indagaciones, cuyo objeto parte de las diversas situaciones de carencia en virtud de la cual quedamos expuestos al avasallamiento de nuestros derechos fundamentales (o vemos seriamente dificultadas las posibilidades de su ejercicio efectivo) en las relaciones con los demás (particulares y/o poderes públicos). Es una noción que presupone alteridad y se define por contraste, pues frente al sujeto débil (en el extremo opuesto de la relación intersubjetiva) siempre hay un otro que ostenta el carácter de sujeto fuerte o poderoso³.

A partir de una caracterización amplia como la propuesta pensamos que se puede trabajar en la construcción de una tipología general de la debilidad/vulnerabilidad jurídica y bosquejar algunos lineamientos generales que puedan servir para un estudio orgánico del tema. En todo caso, como hemos anticipado, no estamos frente a un fenómeno unívoco, toda vez que la condición de debilidad reconoce orígenes, grados de intensidad y manifestaciones variables. Por lo tanto, algunos deslindes conceptuales pueden esclarecer la comprensión de la problemática.

Con arreglo a su etiología es dable distinguir entre “debilidad coyuntural” y “debilidad estructural”. La primera se configura cuando una persona, en ocasión de otorgar un negocio jurídico o promover una actuación ante un organismo público, se ve colocada en una posición

asimétrica con relación al otro polo de la relación (aquí se incluye a los consumidores de bienes o usuarios de servicios, obreros, personal en relación de dependencia, inquilinos, administrados, contribuyentes etc.). Se trata de una posición relativa de aminoramiento que el sujeto tiene con respecto a su contraparte. En cambio, la segunda especie de debilidad (estructural), se verifica toda vez que una persona se encuentre expuesta a situaciones de desventaja en razón de una condición determinada (como puede ser el estado de salud o la condición etaria) valorada en cierto contexto socio-cultural.

Hay una ulterior distinción teórica que merece ahondarse, con implicaciones muy concretas en orden a los mecanismos de protección aplicables. En atención a los grados de intensidad que puede presentar la debilidad jurídica se destaca la “debilidad acumulativa o convergente”, que en ocasiones extremas puede llegar a configurar situaciones de *hiperdebilidad*. Este es un tipo radical que se constata cuando confluyen en una misma persona diversos factores determinantes de una hiposuficiencia que también se expresa en el plano socio-cultural (piénsese, por ejemplo, en el caso de una persona con discapacidad que carece de recursos económicos para satisfacer sus necesidades más elementales, y además es niño/a o anciano/a, analfabeta y/o pertenece a los pueblos originarios; entre otras situaciones extremas y graves por convergencia de factores debilitantes).

Doctrina, jurisprudencia y legislación en su andar evolutivo han contribuido a lograr la consagración de diversos dispositivos típicos de tutela civil con el

³ En las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Corrientes, 1985) se sostuvo que el *favor debilis* debía reemplazar al viejo *favor debitoris* inspirado en el reduccionismo patrimonialista del Derecho Civil clásico. La solución no puede ser más acertada porque en definitiva aquello que interesa es tutelar la condición de débil no la de deudor. En efecto, no todo deudor es débil (por ejemplo, una empresa solvente y con poderío económico que adeuda el salario a sus empleados), ni todo *débil* es *deudor* (por ejemplo, una persona anciana o con discapacidad titular de un gran capital que carece de deudas); incluso, en los vínculos obligacionales el débil puede ser el mismo acreedor (el caso típico del consumidor/usuario que es acreedor del bien/servicio contratado y de la garantía legal frente al proveedor/deudor). La cuestión es interesante de analizar en cada relación jurídica concreta y, sobre todo, en los contratos bilaterales o sinalagmáticos (en los cuales ambas partes ostentan, de modo recíproco, la doble calidad de deudores/acreedores).

objetivo de paliar la vulnerabilidad: macro-principio de la buena fe, prohibición del abuso del derecho, vicios de la voluntad, lesión, factor equidad, control de cláusulas abusivas, derecho a la información, etcétera (*infra* § 5). Sin perjuicio de la innegable utilidad de estos remedios, urge resignificar la función del Derecho Civil y postular ulteriores estrategias tutelares a la luz de los derechos fundamentales comprometidos. Y ¿de qué modo debe ser replanteada la función que desempeñaba el Derecho Civil mediante sus dispositivos protectores?

Pues bien, en respuesta a este interrogante nos mueve la convicción de que la tutela *iuscivilista* ha de asumir una renovada faz humanista cuya incumbencia primordial no sea la mera defensa del patrimonio individual (tal como se consideraba en su concepción clásica), sino anteponer a este principio –sin excluirlo– la protección de la dignidad de la persona humana y de sus derechos personalísimos, más aun cuando se verifican situaciones de marcada debilidad jurídica que ameritan un abordaje especial.

2. Aproximaciones sociológicas

Como hipótesis de partida postulamos trabajar con la categoría de los débiles jurídicos, para nada monolítica en su conformación –como se acaba de ver– pero comprensiva de todas las personas que presentan un rasgo común: la condición de estar más expuestas a los males de la cultura y de la naturaleza; sujetos con menores posibilidades objetivas de autodefensas frente a las adversidades y vicisitudes de la vida y que, por lo tanto, reclaman un tratamiento jurídico que supla tales carencias (“acciones afirmativas”, “discriminaciones positivas o compensatorias” o “medidas de acción positiva”: cfr. art. 75 inc. 23 CN, *infra* §§ 6 y 9.4).

Entre las aproximaciones sociológicas más recientes a los problemas de marginalidad y exclusión, se destacan los estudios genealógicos de los fenómenos de “desafiliación social” desarrollados por el sociólogo francés Robert Castel (1933-2013)⁴, desde cuya óptica se trata de

(...) interpretar la forma de existencia de un cierto número de grupos e individuos expulsados de los circuitos ordinarios de los intercambios sociales:

indigentes, personas sin domicilio fijo, *drop out*, algunos toxicómanos, jóvenes a la deriva de los barrios desheredados, ex pacientes psiquiátricos o ex delincuentes salidos de instituciones totales, etcétera (Castel, 1991, p. 37).

La hipótesis de investigación de Castel (1991, pp. 37-42) consiste en entender la “marginalización” en clave *procesual*: una dinámica progresiva de efectos que van minando las posibilidades de socialización de los sujetos; un paulatino desenganche de los soportes comunitarios que experimenta una persona y cuyo desenlace es la exclusión social, la “desafiliación” lisa y llana. Desde esta premisa Castel examina tres tipos de abordajes (complementarios y no excluyentes):

A) En primer lugar se ocupa de una *aproximación en términos de pobreza*. Es indiscutible que la escasez de recursos materiales está en la base de las situaciones de marginalidad profunda. Para operar desde este escorzo es menester concertar de antemano los criterios que permitan discernir cuáles son los individuos ubicados en los umbrales de pobreza y que, por lo tanto, requieren

⁴ Cfr. Cardona (2003).

ser asistidos con mayor urgencia e inversión de recursos. Sin embargo, la dimensión económica pura (desprovista de otras evaluaciones) es insuficiente a la hora de brindar toda la información requerida para delimitar quién es “pobre” o “indigente”. En definitiva, el nivel de recursos económicos, cualquiera sea el grado o piso que se fije, no es más que un indicador entre varios (aunque muy relevante) para caracterizar las situaciones marginales. De ahí que hayan surgido ulteriores perspectivas más integradoras, que incorporan otros elementos heurísticos.

B) Otra propuesta consiste en una *aproximación que clasifica las categorías de personas dependientes* a partir del recorte de *poblaciones-blanco* para las cuales se movilizan recursos y especialistas y se definen *instituciones especiales*, habida cuenta de que cada una plantea un problema singular. Así, pues, v.gr., los indigentes, inválidos, niños expósitos, viudas o ancianos necesitados, personas con graves adicciones y/o alteraciones de su salud mental, etc. Este modelo busca poner en correspondencia los blancos poblacionales con competencias profesionales e instituciones específicas (*vid.*, por ej., los ensayos de *microsociología* de Goffman, 2001). Se trata de la lógica y el desarrollo de los servicios sociales, la cual ofrece sus ventajas (y sin dudas es preferible al abandono puro y simple de las poblaciones vulneradas), aunque presenta al menos dos inconvenientes: (a) el potencial de estigmatización, pues se corre el riesgo de cristalizar las categorías de asistidos en una *identidad* determinada por un destino social e institucional definitivo (Goffman, 2006, pp. 18-19)⁵; (b) las nuevas formas de marginalidad no logran ajustarse bien a este sistema de categorización⁶.

C) Habida cuenta de las limitaciones de las dos modalidades de gestión anteriores (que podríamos denominar modelo “economicista puro” y modelo “técnico-clínico”) ha sido sugerido *un abordaje transversal de esas poblaciones*, fundado en la pregunta: ¿Qué es lo que ellas tienen en común? (Que no puede ser solamente un bajo nivel de ingresos, ni tal o cual deficiencia personal específica). Esta orientación tiene el mérito de habilitar estrategias igualmente transversales de un “hacerse cargo” de esas poblaciones marginalizadas. El esquema argumental consiste en delimitar cuatro zonas y ubicar las situaciones marginales al final de un doble proceso de desencanche: con relación al trabajo y a la inserción relacional. Así, la posición de cada persona en cada estrato se define en función de ese eje dual. De las posibles combinaciones entre ambas variables se obtienen cuatro zonas, en criterio descendente, a saber:

(1) *Zona de integración* (trabajo estable + fuerte inscripción relacional/social).

(2) *Zona de vulnerabilidad* (trabajo precario/intermitente [poca estabilidad y escasas o nulas garantías de conservación/continuidad del empleo] + fragilidad de los soportes relacionales).

(3) *Zona de desafiliación, marginalidad profunda o exclusión* (falta de trabajo + carencia absoluta de contención afectiva e integración social).

En esta última zona se produce al mismo tiempo el doble desencanche: en relación al trabajo (empleo) y a la inserción relacional (afectivo-comunitaria). En las

⁵ Así lo demuestra el caso-límite de la psiquiatría clásica como ejemplo emblemático de un hacerse cargo “especializado” por “especialistas” (instituciones y profesionales), y al amparo de una legislación especial. Semejante despliegue de tecnicismo ha conducido en el hospital psiquiátrico clásico (modelo asilar) a formas sutiles y científicamente legitimadas de exclusión, de las cuales la medicina mental moderna muestra serias dificultades para apartarse.

⁶ Tal es el caso, por ejemplo, de algunos jóvenes que habitan los barrios periféricos y más postergados de las grandes ciudades. Ellos “son” [catalogados] un poco delincuentes, un poco toxicómanos, un poco vagabundos, un poco desocupados o un poco trabajadores precarios; portadores –en suma– de “una experiencia débil y diluida” (Dubet, 1987, p. 11). En efecto, ninguna de esas etiquetas les cabe con exactitud: rara vez se instalan de modo permanente en uno de esos estados, sino que circulan de uno a otro. Y frente a esta inestabilidad y fluidez, las culturas institucionales y profesionales evidencian falta de respuestas idóneas. La pregunta queda abierta: ¿Cómo asumir y enfrentar su protección? ¿Necesariamente hay que categorizarlos para adosarles competencias profesionales propias en lugares institucionales precisos? (Castel, 1991, p. 39).

sociedades europeas anteriores a la revolución industrial (siglos XVII-XVIII) esta franja se definía por la figura del “vagabundo” (quien no trabajaba, aunque podía trabajar por no estar discapacitado ni inválido), un ser desvinculado de todo soporte relacional (“desafiliado”) que no encontraba lugar en la sociedad: errante, extranjero, no reconocido por nadie y rechazado en todos lados (estigmatizado). Y la única solución que dichas sociedades preindustriales dispensaban a la vagancia eran medidas represivas (arrestos, encierros, exilios). En cambio, el “inválido” no podía trabajar por causas físicas (discapacidades o enfermedades), por su condición etaria (niños y ancianos) o por su situación familiar crítica (viuda con muchos hijos, por ej.). Por eso era otro el tratamiento que se le dispensaba al inválido: no represivo (como en el caso del vagabundo), sino como beneficiario de un servicio de asistencia. Aquí ya estamos en el cuarto peldaño:

(4) *Zona de asistencia*: en efecto, las personas inválidas o desvalidas con domicilio fijo o al menos conocido eran beneficiarias de una protección cercana sobre la base del domicilio de emergencia y a través de formas institucionales (obteniendo ayuda regular de la Parroquia, internaciones en el Hospital o algún tipo de servicio social del Municipio). Así, mientras se castigaba al vagabundo, al inválido se lo ayudaba (aunque más no sea de manera insuficiente o mal organizada).

Debajo del sujeto con empleo estable y contención socio-afectiva sólida (nivel [1] de la *zona de integración*), tres situaciones de poblaciones vulnerables aparecen

como cualitativamente diferentes, aunque todas signadas por la pobreza y la marginalidad: [2] la “pobreza relativamente integrada”: de los trabajadores precarizados en *zona de vulnerabilidad*; [3] la “indigencia desafiliada” (pobreza extrema, *zona de desafiliación*): vagabundos totalmente marginalizados que no encuentran lugar en el orden laboral ni inserción en las redes comunitarias; y [4] la “indigencia integrada/asistida”: los minusválidos que obtienen ayuda social sobre la base de su inscripción comunitaria (*zona de asistencia*).

En todo caso, este esquema no debe leerse de manera estática: las zonas no están dadas de una vez para siempre, las fronteras son porosas y de una a otra se verifican pasajes y fluctuaciones incesantes. Así, los grupos que *prima facie* gozan de una gran seguridad en el empleo y están inscritos en redes de dependencia fuertes y coherentes (*zona integrada*), en principio no plantean un problema, pero nada impide que en cualquier momento puedan deslizarse a la zona inferior (de vulnerabilidad), debido, por ejemplo, a medidas políticas recesivas e inequitativas y/o a coyunturas de contracción económica; las cuales se sienten y sufren en mayor medida por los sectores trabajadores de las clases medias-bajas (socialmente más expuestas a los vaivenes económicos). Es dable apreciar cómo la *zona de vulnerabilidad* ocupa una posición estratégica en el cuadro general: se trata de un espacio social de continua inestabilidad, de turbulencias, poblado de individuos *precarios* en relación con el empleo y *frágiles* en su inserción relacional (siempre al borde de caer en la tercera zona, de *desafiliación y exclusión*).

3. El Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD)

La desigualdad extrema, amén de un problema económico, representa un drama moral. Por lo tanto, se necesitan políticas públicas que eliminen en forma gradual la desigualdad, garantizando alimentación, vestido,

vivienda, salud, educación, seguridad y trabajo a todos los habitantes; fomentando la producción y la industria, el desarrollo sostenido y sustentable, la distribución más equitativa de la riqueza y medidas de protección social

para generar las condiciones de posibilidad de un piso común (igualdad real de oportunidades).

En este sentido, es oportuno recordar las acciones desplegadas por el PNUD (Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo), tendientes a consolidar el desarrollo humano y eco-sostenible, apuntando a la erradicación de la pobreza, en un contexto institucional democrático, libre de corrupción, basado en el respeto de los Derechos Humanos, tal como se inscribe en la Declaración de la Carta de las Naciones Unidas⁷. El PNUD fue producto de la fusión del Programa Ampliado de Asistencia Técnica de las Naciones Unidas (1949) y del Fondo Especial de las Naciones Unidas (1959). El PNUD fue creado en 1965 por la Asamblea General de la ONU. Su función, en resumidas cuentas, es contribuir a la mejora de la calidad de vida de las naciones. Desde el año 1990 publica un informe anual sobre el Índice de Desarrollo Humano (IDH)⁸. Está presente en 178 países y es responsable de poner en marcha los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS).

Para contribuir al Desarrollo Humano Sostenible y al Desarrollo de Capacidades en un contexto institucional democrático, el PNUD concentra sus acciones en cuatro grandes áreas: *desarrollo inclusivo* (abarcando empleo, previsión social, servicios sociales básicos,

educación, temáticas de juventud); *ambiente y desarrollo sostenible* (promoviendo la protección de los ecosistemas y una gestión racional de recursos naturales y de planificación agrícola [*permacultura*], la generación y utilización de energías renovables, la asistencia en desastres y la prevención y mitigación de los efectos del cambio climático, la protección de la biodiversidad); la *gobernabilidad democrática* (trabajando en la modernización del Estado, la participación ciudadana, el acceso a la justicia, la lucha contra el crimen organizado, la corrupción y la defensa de los Derechos Humanos y la paridad de Género), transversalizando su enfoque en toda la gama de proyectos, y bregando por la equidad y la eliminación de las desigualdades. Sus socios e interlocutores son entidades del sector público y de gobierno, la sociedad civil, el sector privado, empresarial y la academia.

En Argentina el PNUD coordina sus acciones con agencias y organismos especializados del Sistema de la ONU, proporcionando asistencia relacionada con las prioridades nacionales para alcanzar las metas establecidas en las diferentes Cumbres Mundiales y, más recientemente, en seguimiento de la Agenda 2030 y los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), compromiso suscripto en septiembre de 2015⁹.

4. Microsistemas tuitivos especiales en Derecho Privado: grupos y colectivos vulnerables

En el plano concreto del Derecho Privado argentino los grupos dignos de una tutela especial que se destacan

⁷ La Carta de las Naciones Unidas fue suscrita el 26 de junio de 1945 en la ciudad de San Francisco (EE.UU.), al concluir la Conferencia Fundacional de esta Organización Internacional. Entró en vigor el 24 de octubre de ese mismo año.

⁸ Cfr. PNUD. "Informe sobre Desarrollo Humano 2020. La próxima frontera: El desarrollo humano y el Antropoceno". Recuperado de: <https://report.hdr.undp.org/es/index.html>. Véase también: PNUD Argentina. "IDH (Índice de Desarrollo Humano) 2020". Recuperado de: <https://www.ar.undp.org/content/argentina/es/home/presscenter/pressreleases/2020/IDH2020Antropoceno.html>. [Fecha de consulta: 4 de agosto de 2021].

⁹ Cfr. <https://www1.undp.org/content/undp/es/home/sustainable-development-goals.html>.

(incluso como categorías que en algunos casos pueden superponerse) son los siguientes¹⁰:

A) Niños, niñas y adolescentes (más aún, los expósitos o en situación de abandono).

B) Personas con graves adicciones y/o padecimiento mental (discapacidad psíquica); en especial, internados en hospitales psiquiátricos; y la situación de los ancianos confinados en asilos geriátricos.

C) Enfermos y pacientes frente a los profesionales e instituciones de salud.

D) Personas con discapacidades motrices o sensoriales¹¹.

Hemos anticipado que la confluencia de factores en una misma persona (más la escasez de medios económicos para hacerle frente a una vida con mayores necesidades) genera situaciones de *hiperdebilidad*, las cuales exigen respuestas jurídicas integrales y estratégicas en términos de una acción social, educativa y sanitaria articulada desde el nivel estatal.

5. Dispositivos típicos de la tutela civil y el “bloque constitucional-convencional”

Las prerrogativas jurídicas fundamentales reconocidas por la CN y las Convenciones de DDHH suscriptas por Argentina pueden (y deben) ser reglamentadas por el Derecho Privado¹², en tanto nivel elemental de juridicidad en la captación normativa de su objeto específico: “la conducta humana en interferencia intersubjetiva”¹³.

Así, pues, explorando el ordenamiento civil y comercial argentino a la luz del paradigma de los Derechos Humanos¹⁴, relevamos sin pretensión de ser taxativos algunos dispositivos típicos de la tutela civil, consagrados expresamente por el Código Civil y Comercial (Ley N°

26.994) en su Título Preliminar y Libro I (“Parte General”), a saber:

1. Buena fe como máxima ética que preside el ejercicio de los derechos subjetivos (art. 9).
2. Proscripción del abuso del derecho y de posición dominante en el mercado (arts. 10 y 11).
3. Normas de orden público y sanción del fraude a la ley (art. 12).

¹⁰ Si bien nuestro análisis se circunscribe a las personas humanas, nada impide que pueda reconocerse “debilidad/vulnerabilidad” jurídica en una persona jurídica. Este asunto ha sido trabajado por la doctrina en el ámbito del derecho del consumo (entre otros, Junyent Bas & Garzino, 2011; Moeremans, 2005; Santarelli, 2007).

¹¹ Cfr. Facco (2017).

¹² Al decir de Nicolau (2003, pp. 45-46): “Los derechos humanos (...) esperan aquello que el Derecho constitucional no puede ofrecerles, es decir, la eficacia propia del Derecho civil en la concreta regulación de las relaciones entre particulares”.

¹³ Célebre definición sobre el objeto jurídico acuñada por Carlos Cossio (1903-1987). Para mayores detalles sobre su *Teoría Ecológica del Derecho* (propuesta de corte integrativista, superadora del normativismo mecanicista, para explicar la estructura del mundo jurídico), véase Gassner & Olechowski (2014, pp. 293-306).

¹⁴ Desde ya que los remedios que puede *consagrar a nivel formal* el Derecho Privado *per se* no resuelven el problema de la desigualdad extrema (presente a escala mundial, pero que se sufre con mayor crudeza en los grandes bolsones de pobreza e indigencia de África y América Latina). El camino de la solución exige que las referidas normas sean *apuntaladas e implementadas* mediante políticas públicas activas, eficaces y racionales (con respecto a las posibilidades materiales de realización y recursos económicos/humanos disponibles) dirigidas a erradicar la pobreza o, al menos, a reducir las tasas de desigualdad social.

4. Primacía de los derechos de incidencia colectiva (arts. 14 y 240).

5. Inviolabilidad de la persona humana y respeto de su dignidad (art. 51).

6. Reconocimiento expreso de sus derechos personalísimos: honor, intimidad, identidad, imagen, sobre el propio cuerpo (arts. 52-61).

7. Derecho-deber al nombre (arts. 62-72).

8. Protección de la vivienda familiar (art. 244).

9. Vicios de la voluntad (arts. 265-278).

10. Vicio de lesión de los actos jurídicos (art. 332).

Otros dispositivos de sesgo protectorio se encuentran diseminados a lo largo del articulado del CCCN en los Libros dedicados a “Familia”, “Contratos” y “Responsabilidad Civil”; así, por ejemplo, cabe mencionar los siguientes:

1. Obligación de prestación alimentaria familiar (arts. 658-663, 666, 671, 537), de contribución a los gastos domésticos entre cónyuges y convivientes (arts. 455 y 520), y de cuidado personal de los hijos (arts. 648-655).

2. Control de cláusulas y situaciones abusivas en los contratos asimétricos (arts. 1118-1122).

3. Derecho de información del consumidor/usuario (art. 1100).

4. Factor equidad (art. 1742).

5. Función preventiva de la responsabilidad civil (art. 1711).

En el caso de las infancias y adolescencias, el *interés superior del niño/a* (consagrado en los arts. 26 y 639 inc. 1º, CCCN) ha de ser entendido como la máxima satisfacción posible de los derechos reconocidos a los niños, niñas y adolescentes conforme a un criterio que procure armonía en el desarrollo pleno de la personalidad, en la integración comunitaria y en la participación activa en su medio familiar, social y cultural (cfr. art. 3 Ley Nº 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes).

Por lo demás, el principio de *autonomía progresiva* en la adquisición de la capacidad (*capacidad evolutiva*) consagrado por el CCCN a favor de los menores de edad¹⁵, exige apreciar en concreto la capacidad de ejercicio de los mismos a partir de su “edad y grado de madurez”, es decir, el discernimiento que denote la comprensión de los alcances, consecuencias y responsabilidad que implican los actos de que se trate atendiendo a las características psicofísicas, aptitudes, y desarrollo de cada persona (cfr. arts. 24 inc. b, 26 y 639 inc. 2º CCCN).

El diseño legal propugna un sistema de toma de decisiones asistida y modalidades de protección no sustitutivas de la voluntad. La regla es: a mayor edad

¹⁵ A fin de conjurar eventuales incertidumbres acerca de la capacidad de obrar de los niños (i.e. de los derechos subjetivos que pueden ejercer por sí mismos), puede postularse la siguiente regla general (construida a partir de las normas jurídicas que concurren a reglamentar este tópico: CCCN, Ley 26.061 y Convención de los Derechos del Niño): 1) en materia patrimonial, por regla, el menor de edad es incapaz de ejercicio y requiere de representación legal (progenitores o tutores); 2) en materia extrapatrimonial (derechos personalísimos), se lo reputa capaz en numerosas situaciones en las que la ley considera que cuenta con “edad y grado de madurez suficiente”. La capacidad, en tales términos, es concebida en modo gradual: a medida que aumenta el grado de madurez (aptitud de discernimiento) se ensancha la esfera de la competencia de niño/as y adolescentes. En todo caso, la armonía entre las fuentes implicadas no está de antemano garantizada y la fórmula propuesta no pretende resolver todas las tensiones, sino trazar una divisoria de aguas general que oriente al intérprete, cuya intervención resultará siempre necesaria a la hora de dirimir los casos concretos en función de las peculiares circunstancias de persona, tiempo y lugar.

y grado de madurez, se incrementan los márgenes de autonomía con una correlativa disminución de la responsabilidad parental. Y viceversa.

Análoga consideración vale para el sistema de apoyos previsto para las personas con capacidad restringida que incorpora el CCCN (arts. 32, 43, 101 inc. c, 102 y concs.). También se destaca el principio de *autodeterminación* en materia de decisiones concernientes a la salud de los pacientes (previa información médica suministrada de manera completa e idónea; cfr. arts. 56-59 CCCN), así como la figura de los *actos de autoprotección* o “directivas médicas anticipadas” en previsión de la propia incapacidad (art. 60 CCCN; y art. 11 Ley N° 26.657, de Salud Mental).

De lo expuesto se desprende que habría cuatro microsistemas tuitivos orbitando en torno al sistema central del CCCN, que confieren derechos estatutarios especiales a favor de las: a) infancias y adolescencias (Ley 26.061), b) personas con padecimientos mentales o adicciones graves y permanentes (Ley 26.657), c) pacientes-enfermos (Ley 26.529), d) personas con discapacidad. En todos ellos se observa el mismo pasaje de un modelo paternalista (imperante durante

la vigencia del derogado Código velezano), que *incapacitaba* civilmente a la persona para designarle un representante legal que la sustituía/desplazaba en su voluntad (progenitor, tutor o curador), hacia un modelo que privilegia la autonomía –si bien nunca absoluta, sino dentro de ciertos cauces– en el actual Código Civil y Comercial: sistema que reconoce la *aptitud* de la persona para tomar decisiones por sí y de acuerdo a sus convicciones y preferencias, con la asistencia (apoyos) que cada caso exija. Ha cambiado el modo de gestión y abordaje, la manera de brindar protección a estas categorías de personas vulnerables¹⁶. Insistimos, no obstante, en que nunca se trata de una autonomía plena e irrestricta, habida cuenta que los sujetos mencionados, aun cuando el campo de su capacidad haya sido notablemente ampliado, siguen estando bajo la responsabilidad parental de los progenitores (en el caso de los niños/as y adolescentes, art. 638 CCCN) o la asistencia de los apoyos (en el caso de las personas restringidas en su capacidad civil por padecimientos mentales o adicciones graves y permanentes, art. 32, 101 inc. c, 102 CCCN). Eventualmente también puede intervenir el Ministerio Público en forma complementaria (“promiscua” en la terminología del anterior código velezano), en las hipótesis del art. 103 CCCN.

6. Medidas de acción positiva: acciones afirmativas

Es oportuno recordar las facultades del Congreso de la Nación Argentina atribuidas por el art. 75 inc. 23 de la Constitución Nacional (texto añadido en la reforma de 1994):

Legislar y promover *medidas de acción positiva* que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados

¹⁶ En todo caso, el nuevo paradigma denota inconsistencias internas: por ejemplo, en aquellos pacientes confinados en asilos neuropsiquiátricos o en instituciones de internación monovalentes (por no haberse aún concretado de manera plena el imperativo de sustitución progresiva de tales instituciones por dispositivos alternativos de gestión de los padecimientos mentales, según preceptúa el art. 27 de la Ley de Salud Mental N° 26.657 del año 2010), se presume –no obstante la internación– su *capacidad de ejercicio* (de obrar, de actuar en la vida civil), según rezan expresamente los arts. 31 inc. a) y 41 in fine del CCCN. La pregunta que surge es: ¿Cómo puede ejercer por sí misma sus derechos una persona cuya identidad e intimidad se encuentra totalmente secuestrada por el encierro en la institución y el correlativo aislamiento del mundo? (Problema de los pacientes confinados en “instituciones-totales”).

internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los *niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad*. Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia. (Las itálicas son nuestras).

Las “medidas de acción positiva” (que buscan garantizar la igualdad real de oportunidades y de trato para los más débiles, junto al pleno goce y ejercicio de sus derechos fundamentales) no son otra cosa que leyes civiles de contenido protectorio y cuya efectividad requiere de instancias procesales y administrativas eficaces. Así, la fidelidad y exactitud del Derecho Civil actual, apreciadas desde la perspectiva de los Derechos Humanos y del bloque constitucional-convencional involucrado, depende ante todo de una correcta articulación (sinergia) entre ambos niveles de juridicidad¹⁷.

El precepto contenido en el inc. 23 del artículo 75 CN, al dar cuenta de algunas categorías de personas necesitadas de protección especial (niños, más aún en situación de desamparo; mujeres, máxime cuando viven situaciones de violencia o durante el período de embarazo y lactancia; ancianos; personas con discapacidad), evoca algunos pasajes de la Constitución Nacional Argentina del año 1949, entre sus “Principios fundamentales”, cuando luego del Capítulo I (Forma de gobierno y Declaraciones políticas) y el Capítulo II (Derechos, deberes y garantías de la libertad personal) consagraba en el Capítulo III los “Derechos del trabajador, de la familia, de la ancianidad, y de la educación y la cultura”. En cuanto a lo social y cultural, el artículo 37 es el más emblemático de la Constitución de 1949¹⁸. Como todo texto normativo, entraña un *deber ser* que reclama devenir *ser*, el fruto de una conquista social, de la lucha por el derecho –parafraseando a Rudolf Von Ihering–, de incalculable valor para los titulares de esos derechos en su requerimiento de realización progresiva.

¹⁷ La mencionada articulación entre las fuentes implicadas (legales, constitucionales, convencionales) ha de ser el producto de la ponderación ecuaníme que deben realizar los jueces al resolver los casos de Derecho Privado, mediante soluciones “razonablemente” argumentadas (conf. doctrina de los arts. 1, 2 y 3 CCCN).

¹⁸ El autor intelectual de la Constitución Política de 1949 fue el eminente jurista Arturo E. Sampay (1911-1977), precursor del “consitucionalismo social” en Argentina. Pese a su extensión, nos parece oportuno transcribir algunos pasajes de esta Ley Fundamental, que rigió hasta 1955 (cuando fue derogada por el gobierno de facto de la autoproclamada “Revolución Libertadora”); interesa más que nada el tramo relativo a los “derechos especiales” reconocidos a la familia y a la ancianidad (categoría, esta última, de sujetos particularmente vulnerables, nunca contemplada normativamente hasta entonces). Art. 37: “Declárense los siguientes *derechos especiales*. [Parte] I. *Del trabajador (...)* [Parte] II. *De la familia*. La familia, como núcleo primario y fundamental de la sociedad, será objeto de preferente protección por parte del Estado, el que reconoce sus derechos en lo que respecta a su constitución, defensa y cumplimiento de sus fines. 1. El Estado protege el matrimonio, garantiza la igualdad jurídica de los cónyuges y la patria potestad. 2. El Estado formará la unidad económica familiar, de conformidad con lo que una ley especial establezca. 3. El Estado garantiza el bien de familia conforme a lo que una ley especial determine. 4. La atención y asistencia de la madre y del niño gozarán de la especial y privilegiada consideración del Estado. [Parte] III. *De la ancianidad*. 1. Derecho a la asistencia: Todo anciano tiene derecho a su protección integral, por cuenta y cargo de su familia. En caso de desamparo, corresponde al Estado proveer a dicha protección, ya sea en forma directa o por intermedio de los institutos y fundaciones creados, o que se crearen con ese fin, sin perjuicio de la subrogación del Estado o de dichos institutos, para demandar a los familiares remisos y solventes los aportes correspondientes. 2. Derecho a la vivienda: El derecho a un albergue higiénico, con un mínimo de comodidades hogareñas es inherente a la condición humana. 3. Derecho a la alimentación: La alimentación sana, y adecuada a la edad y estado físico de cada uno, debe ser contemplada en forma particular. 4. Derecho al vestido: El vestido decoroso y apropiado al clima complementa el derecho anterior. 5. Derecho al cuidado de la salud física: El cuidado de la salud física de los ancianos ha de ser preocupación especialísima y permanente. 6. Derecho al cuidado de la salud moral: Debe asegurarse el libre ejercicio de las expansiones espirituales, concordes con la moral y el culto. 7. Derecho al esparcimiento: Ha de reconocerse a la ancianidad el derecho de gozar mesuradamente de un mínimo de entretenimientos para que pueda sobrelevar con satisfacción sus horas de espera. 8. Derecho al trabajo: Cuando el estado y condiciones lo permitan, la ocupación por medio de la laborterapia productiva ha de ser facilitada. Se evitará así la disminución de la personalidad. 9. Derecho a la tranquilidad: Gozar de tranquilidad, libre de angustias y preocupaciones, en los años últimos de existencia, es patrimonio del anciano. 10. Derecho al respeto: La ancianidad tiene derecho al respeto y consideración de sus semejantes. [Parte] IV. *De la educación y la cultura (...)*”. Luego continuaba el Capítulo IV. “De la función social de la propiedad, del capital y de la actividad económica”, arts. 38-40 (consagran normas proteccionistas del interés económico y productivo nacional).

El avance internacional de los Derechos Humanos se vio dificultado por la guerra fría y recién casi tres décadas después de esta reforma se puso en vigencia el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ONU, 1966), aprobado por el Congreso Nacional en 1986 [Ley 23.313] y con jerarquía constitucional desde 1994 [art. 75 inc. 22 CN]), que junto al llamado artículo 14 bis (agregado en la reforma constitucional de 1957) forma el núcleo de los derechos laborales y sociales. Sin embargo, el núcleo vigente,

comparado con el art. 37 de la Constitución de 1949 no alcanza la envergadura de esta norma con su mayor carga de solidaridad social y amplitud de miras no sólo en materia de derechos laborales y sociales, sino además en un espectro de novedosos y vanguardistas “derechos estatutarios especiales” en favor de las familias y de los ancianos, de derechos educativos, culturales, de la función social de la propiedad, etcétera (Zaffaroni, 2010, pp. 21-28).

7. Vicisitudes evolutivas del Derecho Privado argentino: codificación, descodificación, constitucionalización y recodificación

Para ordenar cronológicamente el proceso evolutivo del Derecho Privado argentino puede asumirse la siguiente periodización orientativa: (A) Primer momento (codificación civil y comercial), 1862/1871-1933. (B) Segundo momento (primera descodificación), 1933-1968. (C) Tercer momento (reforma código civil por decreto ley 17.711, 1968). (D) Cuarto momento (segunda descodificación), 1968-1994. (E) Quinto momento (reforma constitucional de 1994). (F) Sexto momento (tercera descodificación), 1994-2015. (G) Séptimo momento (recodificación: CCCN de 2015). (H) Octavo momento (cuarta descodificación), 2015-2021.

(A) La codificación comercial (1862/1889) y civil (1869/1871). Los derechos personalísimos o de la personalidad tuvieron cierta captación (aunque más no sea, indirecta y elíptica) en el Código Civil de Vélez

Sársfield (en vigor desde el 1º/01/1871 y hasta el 31/07/2015). En este sentido, su art. 1075 disponía que: “Todo derecho puede ser la materia de un delito, bien sea un derecho sobre un objeto exterior, o bien se confunda con la existencia de la persona”. Y en la nota al artículo afirmaba el codificador: No puede negarse que el honor y la reputación de una persona pueden ser la materia de un delito (citando como fuente la Ley 3, Título 15, Partida 7ª del Código alfonso)¹⁹. En este primer momento hubo incluso una ley muy relevante sancionada con anterioridad al código civil: la Ley Nº 111 (1864) de Patentes de Invención. Otras normas legales complementarias y/o modificatorias fueron la Ley Nº 928 (1878) de Certificados de Depósito y Warrants (reemplazada por Ley 9.643 [1914]); ciertas leyes que operaron una significativa secularización del Derecho Civil, tales como la Ley 1.420 (1884) de Educación Común (obligatoria, gratuita y laica);

¹⁹ Véanse además los delitos contra las personas (y los bienes jurídicos protegidos subyacentes) que aparecían regulados entre los arts. 1084 y 1090 del Código Civil vlezano: homicidio (derecho a la vida); heridas u ofensas físicas (integridad física, salud); contra la libertad individual; estupro, violación o rapto (honestidad femenina); calumnia e injuria (honor). De los bienes jurídicos amparados es dable coleccionar los derechos personalísimos elípticamente reconocidos.

la Ley Nº 1.565 (1884) de Registro de Estado Civil de las Personas; la Ley Nº 2.393 (1888) de Matrimonio Civil; y Ley Nº 10.903 (1919) de Patronato de Menores (derogada por la Ley 26.061 [2006]), entre otras.

(B) Primera descodificación (1933-1968). La sucesiva sanción de una serie de leyes que gravitaron en todas las ramas del Derecho Privado se inscriben en el devenir de los derechos de la personalidad, categoría que se ha ido constituyendo *in fieri* mediante algunas leyes “descodificadas” (Irti, 1992, 94), por ejemplo: Ley Nº 11.357 (1926) de Derechos Civiles de la Mujer; Ley Nº 11.723 (1933) de propiedad intelectual, que brindó resguardo el derecho moral de autor (creador de una obra intelectual o espiritual) y tipificó algunos negocios relativos a los derechos intelectuales (contratos de edición, representación y cesión); Ley Nº 14.394 (1954) de Ausencia y Bien de Familia; Decreto Ley Nº 17.132 (1967) de ejercicio de la medicina, odontología y actividades vinculadas al arte de curar; por citar las más relevantes.

(C) En el año 1968 el Decreto Ley Nº 17.711 introdujo la reforma más trascendental en la legislación civil argentina hasta entonces, mitigando con un cierto perfil solidarista el marcado sesgo patrimonialista y liberal-individualista del Código de Vélez Sársfield (cfr. Borda, 1980, p. 143). De esta manera, el texto del Código se hizo más permeable a la recepción de reglas axiológicas (buena fe, interdicción del abuso, equidad, lesión, imprevisión, reducción de cláusulas penales excesivas, etc.), adaptándose a las mudables exigencias económicas-sociales y atendiendo a las singularidades de ciertos sujetos del derecho. Así se buscó consolidar diferentes principios insertos en las leyes especiales referidas y expandirlos hacia el sistema general, que a su turno resultaba notablemente enriquecido. En todo caso, este decreto ley no llegó a regular de manera explícita y orgánica la categoría de los derechos personalísimos.

(D) Segunda descodificación (1968-1994). En este período acontecieron ulteriores desgajamientos normativos: Ley 18.327 (1969) de Registro de Estado

Civil y Capacidad de las Personas; Ley 20.744 (1974) de Contrato de Trabajo; Ley 21.173 (1975) de incorporación del derecho a la intimidad al Código Civil de 1871 (art. 1071 bis); Ley 22.431 (1981) de régimen integral de protección de las personas con discapacidades; Ley 22.990 (1983) que fomenta la donación voluntaria de sangre humana; Ley 23.091 (1984) de locaciones urbanas; Ley 23.179 (1985) que ratifica la Convención sobre Eliminación de todas la formas de Discriminación contra la Mujer; Ley 23.264 (1985) de Patria Potestad Compartida; Ley 23.302 (1985) que garantiza el derecho a la tierra, la educación, la salud y la participación de las Comunidades Indígenas, y crea el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI); Ley 23.511 (1987) de creación del Banco de Datos Genéticos; Ley 23.515 (1987) de Divorcio Vincular; Ley 23.592 (1988), que impone sanciones civiles y penales a quienes ejecuten actos discriminatorios; Ley 25.673 (2002), que crea el Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable; Ley 23.798 (1990) de lucha contra el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida; Ley 23.849 (1990) que aprueba la Convención de los Derechos del Niño; Ley 24.240 (1993) de Defensa del Consumidor y del Usuario (modificada por Ley 26.361 [2008], entre otras).

(E) Con la reforma de la Constitución Nacional Argentina de 1994 se abre un nuevo episodio en la historia del Derecho Privado argentino, avanzándose hacia el reconocimiento de la “complejidad” de la vida humana al haber reparado expresamente en las condiciones de menor, madre, anciano y discapacitado (art. 75 inc. 23), aborigen (art. 75 inc. 17), trabajador (art. 75 inc. 19), consumidor (art. 42), etcétera; superando de tal manera al hombre genérico y abstracto que constituía el prototipo del sujeto de derecho en la lógica del Código velezano. Tal perspectiva recibió confirmación gracias al otorgamiento de rango constitucional (art. 75 inc. 22) a los tratados del denominado Sistema Supranacional de los Derechos Humanos, a saber: Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Bogotá, OEA, 1948); Declaración Universal de los Derechos Humanos (París, ONU 1948); Convención Americana sobre Derechos Humanos (San José, OEA, 1969); Pacto

Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Nueva York, ONU, 1963); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, ONU, 1966); Convención sobre la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (ONU, 1948); Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (ONU, 1969); Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (ONU, 1967); Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (ONU, 1979); Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (ONU, 1984); y Convención sobre los Derechos del Niño (ONU, 1990).

La mencionada reforma ha tenido la virtualidad de reforzar algunos principios de rango constitucional (mediante la incorporación de los tratados internacionales sobre DDHH de jerarquía supra-legal; conf. art. 31 CN), que operan con especial incidencia en el ámbito del Derecho Privado argentino, muchos de los cuales habían sido receptados por la reforma del Decreto Ley 17.711 (1968) al Código Civil de 1871, tales como: protección de la persona (Convención Americana de Derechos Humanos, art. 3; Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 6; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, arts. 16, 17 y 19; Convención Americana de los Derechos del Hombre, art. 11 inc. 1-2); tutela del grupo familiar (Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 16; Convención Americana de Derechos Humanos, art. 17; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 23; Convención de los Derechos del Niño); derecho a ser indemnizado (Convención Americana de Derechos Humanos, arts. 10 y 13 inc. 2); protección del contratante débil (Constitución Nacional, art. 42) y función social de la propiedad (Constitución Nacional, art. 75 inc. 17; Convención Americana de Derechos Humanos, art. 21 inc. 1). (Fresneda Saieg, Esborraz, Hernández, 1995, p. 53).

Asimismo, cabe subrayar que la citada reforma de nuestra Carta Magna brindó expresa protección a los derechos supraindividuales en los casos de daños al medio ambiente y defensa de los consumidores y usuarios,

promoviendo la creación de asociaciones o ligas para la defensa colectiva de los mismos (arts. 41 y 42 CN). Se advierte así un progreso respecto de la “simplicidad” de la concepción puramente voluntarista del derecho subjetivo (preconizada por Savigny), jerarquizándose el concepto de interés en la definición de este concepto (conforme a los enfoques superadores de Ihering y Windscheid). La reforma también asumió el problema de la “efectividad” de los derechos reconocidos, regulando a nivel supra-legal las garantías de amparo, *habeas corpus* y *habeas data* (art. 43 CN) y atribuyendo rango constitucional al derecho de rectificación y respuesta contemplado en el art. 14 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Nótese que en materia de “acción de amparo” se amplió considerablemente la legitimación activa a cualquier afectado, al defensor del pueblo e incluso a las asociaciones intermedias creadas y registradas con ese fin, en sintonía con las nuevas incumbencias del Derecho Privado (Fresneda Saieg, Esborraz, Hernández, 1995, p. 54).

(F) Tercera descodificación (1994-2015). Hacia fines del segundo milenio y en las dos primeras décadas del actual milenio en nuestro país comienza a verificarse un plausible proceso de ampliación de derechos a través del dictado de una extensa secuencia de leyes protectoras: Ley 24.515 (1995) que crea el Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI); Ley 25.326 (2000) de Protección de Datos Personales; Ley 25.457 (2001) que crea la Comisión Nacional por el Derecho a la Identidad; Ley 25.675 (2002) “Ley General del Ambiente”; Ley 26.061 (2005) de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes (deroga la vieja Ley de Patronato del Estado N° 10.903 [1919]); Ley 26.150 (2006) de Educación Sexual Integral [ESI]; Ley 26.206 (2006) “Ley de Educación Nacional”; Ley 26.378 (2006) que aprueba la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad (elevada a jerarquía constitucional por Ley 27.044 [2014]); Ley 26.413 (2008) de Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas; Ley 26.485 (2009) de Protección Integral de las Mujeres (para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en todos los ámbitos de sus relaciones

interpersonales); Ley 26.529 (2009) de Derechos de los Pacientes frente a los Médicos e Instituciones de Salud; Ley 26.548 (2009) que modifica el régimen del Banco Nacional de Datos Genéticos (según Ley 23.511 [1987]); Ley 26.618 (2010) de “Matrimonio Igualitario”; Ley 26.657 (2010) de “Salud Mental”; Ley 26.742 (2012) de “Muerte digna”; Ley 26.743 (2012) de “Identidad de Género”; Ley 27.043 (2014) de abordaje integral e interdisciplinario de las personas que presentan Trastornos del Espectro Autista (TEA).

(G) Recodificación (2015). Un hito crucial en el camino ha sido la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial vigente (Ley 26.994, vigente desde el 1° de agosto de 2015), siendo uno de sus principales méritos el dedicar un apartado especial a los “Derechos y Actos Personalísimos” (Capítulo 3 - Título I - Libro Primero), con el eje cifrado en el concepto de *inviolabilidad y dignidad de la persona humana* (entendida en clave que abarca no sólo su realidad psicosomática, sino además la esfera de su integridad espiritual y afectiva) y en las conculcaciones que la misma puede recibir por lesiones a la intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen e identidad (art. 52), en una enumeración meramente enunciativa que no agota todas las categorías de derechos personalísimos²⁰.

(H) Cuarta descodificación (2015-2021). Entre las leyes

sancionadas en este interregno final podemos mencionar a mero título ejemplificativo: Ley 27.350 (2017) de Investigación Médica y Científica y Uso Medicinal de la planta de Cannabis y sus derivados (reglamentada por Decreto N° 883/20); Ley 27.447 (2018), de ablación y trasplantes de órganos, tejidos y células, conocida como “Ley Justina” (deroga la Ley 24.193 [1993]); Ley 27.499 (1918) de Capacitación Obligatoria en materia de Género para los tres poderes del Estado, conocida como “Ley Micaela”; Ley 27.551 (2020), que modifica el régimen de las locaciones urbanas; por citar algunas. Y entre las sancionadas en lo que va del corriente año: Ley 27.611 (2021) de atención y cuidado integral de la salud durante el embarazo y la primera infancia, conocida como “Plan de los 1000 días”²¹; Ley 27.621 (2021) de Educación Ambiental Integral. De tal guisa, el Derecho Privado argentino va poniéndose a tono con el entero bloque constitucional-convencional y fundado en una “ética de los vulnerables” (Valente, 2015, p. 1) puede reflejar con mayor exactitud, fidelidad y adecuación el espíritu tuitivo del Sistema Supranacional de Derechos Humanos.

Se aprecia, entonces, que en virtud del “proceso de constitucionalización” del Derecho privado los textos de la Constitución Nacional y de los Tratados de Derechos Humanos aprobados por nuestro país pasan a ser un insumo normativo vinculante de manera inmediata y prioritaria para el encargado del funcionamiento de

²⁰ La noción de *dignidad humana* no es unívoca, admite diversas acepciones y construcciones conceptuales (seculares y teológicas). Sin embargo, en todos los casos observamos que se dirige a resguardar al ser humano de eventuales daños causados por el obrar ajeno. Así es receptada en las Declaraciones y Tratados de Derechos Humanos (en particular, aquellos relativos al campo de la Bioética): a) el “Código de Núremberg”, que recoge una serie de principios éticos que rigen la experimentación/investigación en seres humanos, producto de las deliberaciones de los Juicios de Núremberg al concluir la II Guerra Mundial (1947); b) la “Declaración de Helsinki”, que modifica al anterior (aprobada por la Asamblea General de la Asociación Médica Internacional, 1964), sus agregados y modificaciones ulteriores; c) y las declaraciones aprobadas por la UNESCO: Declaración Universal sobre Genoma y Derechos Humanos (1997), Declaración Internacional sobre Protección de Datos Genéticos (2003) y Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos (2005).

²¹ La Ley Nacional 27.611 (B.O. 15/01/2021) tiene por objeto fortalecer el cuidado integral de la salud y la vida de madres e hijos durante la primera infancia (“mil días siguientes a la concepción”), en cumplimiento de los compromisos asumidos por el Estado Nacional en materia de salud pública y derechos humanos, con el fin de reducir la tasa de mortalidad, la mal nutrición y la desnutrición, proteger y estimular los vínculos tempranos, el desarrollo físico y emocional y la salud de manera integral y prevenir la violencia (art. 1), durante los mil días siguientes a la concepción. Se prevén a este efecto asignaciones monetarias asistenciales de acuerdo a un “modelo de atención y cuidado integral” de la salud específico y adecuado para la etapa de gestación y hasta los tres (3) años de edad de niñas y niños, teniendo en cuenta las particularidades territoriales de todo el país. El modelo de atención definido debe incluir de manera transversal a los tres subsectores que componen el sistema de salud [público o de la seguridad social, privado y de las obras sociales profesionales o gremiales] y guardar articulación con otros organismos públicos competentes en la materia (conf. art. 16).

la norma jurídica (jueces, magistrados, funcionarios administrativos, notarios), en la labor de interpretar/aplicar con la debida coherencia las reglas aplicables en los casos sometidos a examen o, en el supuesto de haber lagunas, de elaborar la solución más adecuada y razonable para el caso concreto, a partir de la interlocución y complementariedad entre las fuentes involucradas (arg. arts. 1, 2 y 3 CCCN)²².

Las normas y la jurisprudencia del Derecho Privado han ido haciéndose eco de los imperativos constitucionales y convencionales internacionales en materia de Derechos Humanos. Así, mientras el Derecho Privado hoy en día aparece estructurado en torno a la persona (no desde un enfoque abstracto y exclusivamente patrimonialista, sino atendiendo al ser situado y a todas sus dimensiones existenciales: psicosomáticas, morales, intelectuales, emocionales y afectivas), a su turno, desde la segunda posguerra, el Derecho Constitucional viene centrando sus esfuerzos teóricos en la protección de los Derechos Humanos de las poblaciones vulneradas; todo lo cual hace pensar en la anhelada convergencia de principios e intereses entre ambas esferas del Sistema Jurídico (Lorenzetti, 1994, p. 77). Sin embargo, este ulterior pasaje en la evolución del Derecho Civil, surgido como respuesta a las exigencias de particulares plexos de intereses mediante la sanción de numerosas leyes especiales (modificatorias y complementarias), no ha implicado sin más el tránsito hacia una “complejidad pura”, puesto que con ellas se han ido conformando diversos microistemas inspirados en lógicas peculiares, muchas veces en franca tensión con el sistema general del Código Civil y Comercial, y que demandan el despliegue de una compleja actividad hermenéutica de parte de los operadores del derecho²³.

El diálogo entre Constitución Nacional y Código Civil había comenzado con la mencionada reforma constitucional de 1994 mediante la cual se incorporó –por vía directa al texto de la Constitución Nacional e indirectamente a través del otorgamiento de jerarquía constitucional a ciertos Tratados y Convenciones internacionales de DDHH (art. 75 inc. 22)– un complejo de normas que la doctrina ha calificado como “Derecho Privado Constitucional” (Rivera, 1994, p. 27). De este modo, encontramos en la Carta Magna un capítulo especial dedicado a los “nuevos derechos y garantías”, entre los cuales cabe destacar la “cláusula democrática”, los derechos y partidos políticos (arts. 36, 37 y 38 CN), los derechos de iniciativa legislativa de los ciudadanos y de consulta popular (arts. 39 y 40 CN) el derecho a un ambiente sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano sostenible (art. 41 CN), y los derechos a la salud, seguridad e información de usuarios y consumidores (art. 42 CN), las acciones de amparo, de hábeas data y hábeas corpus (art. 43 CN). A este reconocimiento se suma el ingente número de las citadas Convenciones internacionales en materia de DDHH, aprobadas con posterioridad a 1994 e incorporadas al “bloque de constitucionalidad”.

Al fin y al cabo, el originario hiato e incomunicación entre la Constitución Nacional de 1853 y el Código Civil de 1869 (resultado de la célebre polémica entre sus respectivos autores: Juan Bautista Alberdi y Dalmacio Vélez Sársfield²⁴) quedó definitivamente suturado merced a la inclusión expresa de la Constitución Nacional y los Tratados de Derechos Humanos como fuentes primordiales del Código Civil y Comercial, para desde allí inferir los “principios y valores jurídicos” del Sistema (arts. 1 y 2 CCCN) y arribar a soluciones “razonablemente” fundadas (art. 3 CCCN).

²² Sobre el tópico remitimos a las interesantes reflexiones críticas de Corral Talciani (2004, pp. 47-63; 2018, p. 21). El prestigioso civilista chileno analiza con lente crítica los alcances del fenómeno de la “constitucionalización del derecho civil”: el mérito que tuvo de superar el positivismo legalista, pero también los riesgos de que su eventual desmesura conduzca a una autarquía y decisionismo judicial irrestricto.

²³ Para una mirada sintética y precisa de los eventuales desacoples entre el “sistema general” y los “microistemas tuitivos especiales” en Derecho Privado, *vid.* Nicolau (1997, pp. 79-83).

²⁴ Cfr. Sola (2010).

8. Mecanismos *iusprivatistas* destinados a remediar las situaciones de debilidad jurídica y consolidar la protección de los Derechos Humanos

Entre los autores existe un creciente consenso a la hora de reconocer la primacía de la dignidad de la persona humana en la escala axiológica del Derecho Civil contemporáneo²⁵. Sin embargo cabe tener presente que la noción filosófica de *persona* de cuño greco-cristiano²⁶, junto a las modernas ideas de igualdad ante la ley y de libertad individual producto del pensamiento iluminista revolucionario francés, ingresaron a los códigos modernos, sobre todo a los de la primera generación (decimonónicos o afrancesados), como producto de una *abstracción liberal universalizante*²⁷, cuya intención en su momento supuso un avance del “estado llano” o “tercer estado” frente a los estamentos privilegiados del Antiguo Régimen (Feudal)²⁸. Sin embargo, el postulado formal del sujeto libre e igual, con el paso del tiempo y el advenimiento de la industrialización moderna, devino incapaz para dar cuenta de las diferencias existentes entre los seres humanos que imponen, en estricta justicia, tratamientos jurídicos diferenciales, tutelas compensatorias y acciones afirmativas (Segato, 2007, pp. 12-13). En este sentido, nuestra doctrina ha sostenido:

En una primera etapa signada por el auge de la

codificación, nuestro derecho asistió a un proceso de marcada ‘simplificación’ de sus fuentes formales al reconducirse las mismas en los Códigos Civil y Comercial, siguiendo los lineamientos liberales insertos en la Constitución Nacional de 1853/60. Las exigencias de resguardo de la propiedad privada y la libertad individual en aras de la ‘seguridad jurídica’, contribuyeron a la conformación de un sistema unitario erigido sobre la base de un sujeto abstracto, que si bien favorecía su coherencia, frecuentemente mutilaba diferentes despliegues vitales (Fresneda Saieg, Esborraz, Hernández, 1995, p. 51).

En el derecho contractual, por ejemplo, la igualdad como ideal de un modelo humano abstracto producto del racionalismo moderno cobijó una autentica mitología jurídica: detrás de la apariencia de una igualdad jurídica formal logró ocultarse la desigualdad sustancial de los sujetos (Lorenzetti, 1995, p. 467). Sólo en los últimos años, al derecho de la igualdad formal de la edad burguesa construido sobre el pretendido primado absoluto de la autonomía de la voluntad (concebida en clave de “libertad negativa”: ausencia de obstáculos para el movimiento)

²⁵ Ya desde las *Pandectas* ordenadas compilar por el emperador Justiniano (siglo VI d.C.), se afirmaba que “todo el Derecho se constituye por causa de los hombres”: *omne ius hominum causa constitutum* (Hermogeniano, D. 1, 5, 2). Sobre el particular cfr. Schipani (1983, pp. 55-56).

²⁶ En la clásica definición atribuida a Severino Boecio (siglo VI) y adoptada luego por Tomás de Aquino (siglo XIII). La *persona* (término latino derivado del etrusco *phersu* y éste del griego πρόσωπο, *prósopo*: máscara usada por un personaje teatral) concebida como “sustancia individual de naturaleza racional”. Cfr. Boecio, *Liber de persona et duabus naturis*: ML, LXIV, 1343: *Persona est rationalis naturae individua substantia*; Tomás de Aquino, *Summa theologiae* (S. Th.) I, q. 29, a. 1. Para un análisis desde el punto de vista filosófico de la definición boeciana vid. Martí Andrés (2009, pp. 113-129).

²⁷ Desde la civilística contemporánea una perspicaz crítica al principio formal de igualdad universal “ante la ley” (corolario de un arquetipo de ser humano abstracto) que incide en la reformulación de los conceptos clásicos de “capacidad jurídica” y “persona”, puede verse en Tobías (2015, pp. 184-186).

²⁸ El “estado llano” en tiempos de la Revolución Francesa (1789-1799) estaba compuesto por un grupo para nada monolítico de sectores sociales: el campesinado (la parte más numerosa de la sociedad), la burguesía (habitantes de las ciudades o burgos: artesanos, comerciantes), los mendigos y la plebe urbana, las clases más populares que adoptaron las posiciones más extremistas (*sans culotte*). Todos estos sectores diversos estaban aunados por ser la población carente de privilegios jurídicos y económicos en el *Ancien Régime*, frente a los privilegios reales, nobiliarios y clericales.

y de la igualdad del sujeto de derecho privado, viene siendo reemplazado por un “derecho desigual” como instrumento de protección del sujeto débil y concreto: trabajador, consumidor, profano (Rezzónico, 1999, p. 300). En efecto, los dispositivos legales “descodificados” contribuyen a la conformación de verdaderos *estatutos tuitivos particulares*, tendientes a la protección de la persona humana en forma integral y otorgando “derechos especiales” en función de situaciones específicas (estatus) que exigen un tratamiento jurídico diferencial (suplementario): v.gr., las situaciones de enfermo, perseguido, menoscabado en su intimidad, afligido por la circulación de sus datos personales, discriminado, consumidor/usuario, etc. El reto consiste en garantizar la igualdad efectiva ante las diversidades de los individuos.

La propia experiencia vital se encarga a diario de enrostrarnos de que no somos todos iguales (aunque “ante la ley” se diga que sí), ni gozamos de idéntico espacio de libertad para hacer valer y ejercer nuestros derechos. Por eso mismo se impone una aproximación más realista de la problemática, circunstanciando la noción de persona de modo tal que sean computadas las condiciones efectivas en que tramita el devenir existencial del ser humano, prestando especial atención a las necesidades espirituales y materiales de los menos favorecidos. Como ha sido advertido en la doctrina civilista: “En la actualidad es una exigencia ampliar los contornos de la centralidad de la persona a la centralidad de los débiles jurídicos cuando su debilidad es manifiesta” (Krasnow, 2012, p. 336).

Ahora bien, los medios de salvaguarda de la debilidad jurídica que habilita el CCCN son varios y resultaría imposible inventariarlos de modo exhaustivo. En todo caso, aunque más no sea, pasar una breve revista de los principales dispositivos que han sido relevados puede ser útil para vislumbrar los nuevos horizontes hacia los cuales tiende la tutela *iuscivilista*. Señalaremos sumariamente algunos de estos mecanismos tuitivos y las categorías de débiles jurídicos correlativas: I. Principio de autonomía progresiva para los *menores de edad*. II. Apoyos y salvaguardas para las personas que

padecen adicciones o trastornos mentales graves. (En ambos casos [I-II] estamos frente a instrumentos de protección no sustitutivos de la voluntad y que fomentan, dentro de lo posible, la autodeterminación del sujeto). III. Remedio de nulidad o reajuste de los actos jurídicos a causa del vicio de lesión (art. 332 CCCN), en miras de brindar protección a las personas que en estados de manifiesta debilidad psíquica otorgan dichos actos y como consecuencia de ello sufren un perjuicio material. IV. Mejora estricta en materia hereditaria, equivalente a un tercio de las porciones legítimas (art. 2448 CCCN), y protección del patrimonio familiar en caso de prodigalidad (art. 48 CCCN), a favor de las *personas con discapacidad* (mental, sensorial y/o motriz).

Amén de los casos de carácter más estructural, la figura de la “parte débil” (tópico desarrollado ya con cierto grado de madurez por la doctrina laboralista, contractualista y consumerista) sigue teniendo un fuerte predicamento en los análisis doctrinarios y jurisprudenciales sobre las relaciones jurídicas asimétricas entre *consumidor/usuario* y proveedor (contratos de consumo), entre *inquilino/locatario* y locador (contrato de locación, sobre todo con fines de vivienda [locación habitacional]) y entre empleado/obrero y empleador (contrato de trabajo); y habilitan la posibilidad de invocar regímenes protectorios especiales, auténticos microsistemas o estatutos tuitivos que reconocen a los sujetos débiles “derechos especiales”, es decir, potenciadores de sus prerrogativas jurídicas con respecto al estándar previsto en los contratos paritarios (negociados), a saber: Régimen de Defensa del Consumidor y del Usuario (Ley N° 24.240, del año 1993, y sus ulteriores modificaciones); Régimen de Locaciones Inmobiliarias (conf. CCCN con las reformas de la Ley N° 27.551 del año 2020); Régimen de Contrato de Trabajo (Ley N° 20.744 del año 1976, y sus posteriores reformas). No obstante, cabe decir que la noción de “parte débil”, si bien se aplica por la vía de la tutela estatutaria antedicha a estos supuestos, no se circunscribe taxativamente a ellos (es decir, los débiles jurídicos en las contrataciones privadas no son sólo los consumidores, locatarios o empleados en relación de dependencia), y, por lo tanto, es pasible de ser generalizada y aplicada a modalidades

de contratación (predispuesta o por adhesión) en las que se verifique una falta notoria de equivalencia en el poder de negociación [económico, técnico y jurídico] de las partes, al punto de poder distinguir con claridad un sujeto contractual “fuerte” y otro “débil” (cfr. arts. 984-989 CCCN).

Una figura también interesante que aparece elípticamente reconocida en el nuevo derecho de familia es la del que podría denominarse *cónyuge débil* (extensible al *conviviente débil*), es decir, aquella persona afectada por la disolución del vínculo matrimonial o la ruptura del proyecto de vida común y que a causa de ello (y sin razón que le sea imputable) queda inmersa en una situación económica desventajosa en relación con su habitual

estándar de vida anterior a la terminación del vínculo. Para él se predisponen sendos preceptos tuitivos: derecho a una compensación económica (arts. 441-442 CCCN) y/o la atribución del uso de la vivienda (art. 443 CCCN). El beneficio de competencia (arts. 892-893 CCCN) es otra medida que puede inscribirse en esta misma fórmula de la debilidad tutelada, predispuesta a favor de *deudores de buena fe* que quieren pagar su deuda, pero materialmente se encuentran imposibilitados de hacerlo pese a todos sus esfuerzos. Es claro que estas protecciones se han de evaluar caso por caso por los operadores judiciales con arreglo a un criterio de razonabilidad/equidad y de ningún modo pueden ser concebidas como hipótesis de aplicación automática.

9. A modo de cierre: estrategias propuestas para el rediseño del Derecho Privado

Sin perjuicio de los remedios tutelares que hemos reseñado, en aras de postular una nueva matriz ético/epistémica del Derecho Privado nos permitimos sugerir cuatro estrategias para sentar las directrices de un “Programa Integral de Protección de los Débiles Jurídicos”²⁹.

9.1. Ampliación del espectro de fuentes de Derecho Privado

Los “casos” de Derecho Privado –adoptando la terminología del art. 1 CCCN– ya no pueden dirimirse como otrora con el solo recurso al texto de las leyes civiles. Hoy resulta imperativo para los jueces llamados a

entender y resolver las controversias *iusprivatistas* tener en consideración la totalidad de las fuentes involucradas: Código Civil y Comercial y Leyes especiales, así como costumbre, doctrina y jurisprudencia, en el respeto de la Constitución Nacional y los Tratados de Derechos Humanos con jerarquía constitucional. Nos parece que cuando el encuadre del caso es el corolario del diálogo entre estas fuentes es factible arribar a una “solución razonable” en los términos del art. 3 CCCN. La ley ya no es más la fuente excluyente (aunque sigue siendo ineludible) para el intérprete del Derecho. Las disposiciones legales (código y leyes complementarias) y la “supernorma” constitucional (constitución política y tratados internacionales de DDHH) configuran un

²⁹ Cfr. la “ética de los vulnerables” como signo del nuevo Derecho Civil en la propuesta de VALENTE (2015, 1-21). Otro estudio integrado por perspectivas de varios autores en PRESNO LINERA (2013).

entramado normativo que irradia nuevos sentidos heurísticos y hermenéuticos, los cuales, a su vez, se proyectan hacia la doctrina y la jurisprudencia, que han de hacerse eco de esta reconfiguración en el sistema de fuentes del derecho.

En efecto, la impronta producida por el denominado “proceso de constitucionalización” del Derecho Civil sobre sus fuentes tradicionales es el punto de partida de una nueva etapa en la marcha evolutiva de esta rama del Derecho Privado. La plural constelación de fuentes que constituyen la “caja de herramientas” del civilista actual relativiza la centralidad del Código Civil y Comercial en el sistema. A su turno, la labor del jurista se enriquece dada la mayor apertura de las fuentes respecto de los diversos despliegues vitales, lo cual permite una visión cabal de la complejidad de su objeto de estudio y exige una inteligencia coherente del ordenamiento jurídico en su integridad (Fresneda Saieg, Esborraz, Hernández, 1995, p. 55).

9.2. Abordaje y comprensión del Derecho Civil con anclaje en el estatus concreto de la persona humana

El presupuesto básico para aspirar a que un régimen jurídico merezca el calificativo de “justo” ha de ser la igualdad real de oportunidades y no una igualdad meramente nominal/formal (“ante la ley”, a secas). La equidad, en tanto “justicia del caso concreto” (con acepción de persona), demanda *comprensión* de la diversidad existente entre los individuos como algo valioso en sí. Semejante óptica plantea un quiebre con la concepción tradicional de la igualdad: en efecto, más allá del principio de igualdad de los derechos (art. 16 CN) se delinea el principio de *equidad* que exige tomar en cuenta las disparidades existentes entre las personas y los grupos, e intenta corregirlas si es

preciso mediante discriminaciones positivas (“derechos estatutarios especiales”) a favor de los que tienen menos autodefensas y, por lo tanto, están más expuestos a ser vulnerados (Chevallier, 2011, p. 120).

La meta es desmontar el consabido “mito del sujeto único del derecho privado” y de la igualdad ante la ley. En este sentido, hoy se busca una protección más efectiva de la voluntad en base a una verdadera inversión epistémica del sujeto de derecho. Se abandona la epifanía de la igualdad formal de éste y se subraya su diferencia. En cierto modo, la reciente evolución parece invertir la trayectoria de la autonomía privada que desde el siglo XIX a través de la abstracción procuraba la igualdad formal del derecho, para encaminarse hacia un nuevo objetivo: el derecho “desigual” (estatutario), como medio instrumental para la protección de los más frágiles, carenciados y vulnerables (De Lorenzo, 2005, p. 69). Así, pues, en las postrimerías del siglo XX, como muestra de una auténtica “ruptura epistemológica”³⁰, se revierten los postulados racionalistas del derecho propiciando un regreso a los status. Un retorno que es un triunfo del *homme situé* y concreto, por sobre la idea de un sujeto abstracto, ahistórico y desvinculado de su posición vital, como el *homo philosophicus* (cartesiano) que había concebido según un intelectualismo lógico el código civil francés de 1804 (Savatier, 1959, p. 11; Ripert, 1948, p. 162).

9.3. Construcción de la categoría de la “debilidad jurídica” y de preceptos normativos que garanticen su tutela

La idea fuerza es generar un andamiaje conceptual que permita reflejar la diversidad de orígenes, grados y manifestaciones de las condiciones de debilidad, y que

³⁰ El concepto de “ruptura epistemológica” fue acuñado por el filósofo Gaston Bachelard (1884-1962), en su novedosa visión discontinuista de la evolución de la ciencia epitomada en su célebre obra *La formation de l'esprit scientifique: contribution à une psychanalyse de la connaissance objective* (1938). A partir de 1975 es introducido en el campo de la sociología gracias a un ensayo de Pierre Bourdieu, Jean-Claude Chamboredon y Jean-Claude Passeron, titulado *El oficio de sociólogo*. La “ruptura epistemológica” (*coupure épistémologique*) implica la necesidad de que el científico adopte un *ethos* capaz de provocar una *fisura* o *corte* que le posibilite atreverse a indagar más allá de la evidencia empírica (del saber inmediato obtenido por los sentidos), a superar los “obstáculos epistemológicos” (creencias y lugares comunes, preconcepciones científicas), para alcanzar el “nuevo espíritu científico” (Bachelard, 1972, pp. 15-16).

de esta manera redunde en algún aporte enriquecedor para el análisis jurídico mediante la sistematización de las particulares disposiciones protectorias estatutarias.

En este sentido proponemos que se puede entender por *débil jurídico* toda persona que, en razón de ciertas condiciones o estados individuales (salud, etnia, edad, posición económica, capital cultural o simbólico, entre otras) apreciadas a la luz de las determinaciones socio-culturales imperantes, padece una *carencia* que la emplaza en una situación de vulnerabilidad en el contacto o interferencia con un/a *otro/a*. En última instancia, las personas padecen la debilidad en virtud de una asignación asimétrica de ventajas y desventajas (potencias e impotencias) y, por consiguiente, quedan más expuestas al avasallamiento de sus derechos subjetivos o experimentan serias dificultades para su goce pleno y efectivo³¹. Así, pues, la carencia se traduce en la escasez o falta de posibilidades y/o medios de autodefensa en relación con el contexto social de referencia y frente a la eventual vulneración de sus derechos fundamentales.

Se trata de una noción proyectada de manera tentativa y preliminar; susceptible, por cierto, de ser revisada y cuestionada por la crítica doctrinaria. Lo cierto es que

la debilidad/vulnerabilidad es relacional: frente al sujeto débil, en el extremo opuesto de la relación intersubjetiva, siempre hay un “otro” que reviste el carácter de fuerte o poderoso. Se ve claramente que en el fondo se halla implicada una *relación de poder* (por antonomasia asimétrica, aunque no por ello irreversible): el sujeto fuerte es quien ostenta el poder y lo ejerce con relación al débil, quien no obstante para constituirse como sujeto ha de ser capaz de oponer resistencia³².

Está demás decir que ese *otro* (débil, vulnerable), aun siendo capaz de oponer resistir, necesita de la intervención estatal protectoria para que se compensen sus “carencias” y se revaloricen sus “diferencias”. En el fondo, hay que remover las pautas culturales que lo encasillan como un *sujeto disfuncional* frente a los “patrones de normalidad” establecidos por el mercado y/o la sociedad contemporánea (edificada sobre formas de pensar, sentir y obrar homogeneizadas y signadas por un marcado afán ególatra, narcisista, productivista y consumista)³³.

Cuando hay conculcación o negación de derechos, discriminaciones u otras formas de violencia, corresponde conferir *acciones en defensa* de los derechos

³¹ Nuestra caracterización se aproxima a la noción acuñada por el profesor de Derecho Civil de la UNLP, Luis A. Valente: “(...) por lo pronto, con el término vulnerabilidad se designa a quienes se encuentran en un estado o circunstancia desfavorable, o que padecen desventajas, carencias, o se encuentran bajo circunstancias que afectan el goce y ejercicio pleno de sus derechos fundamentales, en fin, se alude a circunstancias que obstan a la satisfacción de sus necesidades específicas. Por lo pronto y aunque por diferentes causas la vulnerabilidad (en sentido amplio) es un concepto que nos comprende a todos (nadie escapa a esa situación), el análisis jurídico deberá ponderar la capacidad de respuesta ante la causa generadora de esa desigualdad. A su vez, esa vieja idea, según la cual al ocuparse del individuo el derecho civil atiende sólo a las personas avasalladas en su personalidad fue cediendo paso, y hoy la idea es pensar al sujeto desde una posición de desventaja, sea por pertenecer a un grupo de personas que padecen un interés homogéneo, o bien por hallarse en una situación de inferioridad que impide el goce de sus derechos. Esa situación de inferioridad o desventaja define su vulnerabilidad y justifica un tratamiento diferencial que procure o se encamine a una protección específica” (Valente, 2015, pp. 3-4). Sobre el punto también puede verse: Suárez Llanos (2003).

³² Una relación de poder se articula siempre sobre dos elementos complementarios: alguien que ejerce poder sobre otro, y que este otro sea reconocido y mantenido hasta el final como sujeto de acción, con la posibilidad de cambiar la situación (Foucault, 2005, p. 100). Desde esta perspectiva, para que una relación de poder se constituya, no sólo es necesario reconocer a otro sino que este otro sea capaz de “todo un campo de respuestas, reacciones, resultados y posibles invenciones”. Así, pues, se distingue entre *relaciones de poder* [con márgenes de acción para ser revertidas] y *relaciones de dominación* [totalmente opresivas, que no dejan resquicio para la resistencia] (Foucault, 2001, p. 253).

³³ Si se pretende alcanzar la igualdad real hay que entender el término “vulnerable” no a partir de una circunstancia (déficit/carencia) individual aislada, sino más bien por la falta de posibilidades de integración (material y afectiva) en los contextos socio-culturales para el desarrollo de las potencialidades singulares de cada ser humano. Se trata de las llamadas “barreras” que obstaculizan la accesibilidad a los derechos y exigen de “apoyos y salvaguardias” adecuadas para su remoción (cfr. Convención de NU de los Derechos de las Personas con Discapacidad; Ley 26.378 de 2006. Vid. “Preámbulo” [inciso “e”], arts. 9 y 12).

fundamentales menoscabados para hacer cesar las conductas que causan su afectación y ordenar, en su caso, la reparación de los daños ocasionados. En este sentido un modelo digno de ser tenido en consideración es el Código Civil de Brasil (2002), cuyo artículo 12 reza lo siguiente:

Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei. Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau³⁴.

Por lo demás, nos permitimos sugerir que esta construcción conceptual de la “debilidad jurídica” sea receptada a nivel legal mediante un principio general que consagre el *favor debilis* en el Título Preliminar del Código Civil y Comercial³⁵, y/o a través de pautas hermenéuticas particulares dispuestas a lo largo del articulado del cuerpo legal. (No negamos que el “espíritu tuitivo” de nuestro Derecho Privado pueda inferirse del texto legal vigente desde una interpretación teleológica, sociológica y sistemática. Sin embargo, *de iure condendo*, nos parece conveniente conferirle normatividad directa e inmediata).

9.4. Acciones afirmativas

El “Programa Integral de Protección de la Debilidad Jurídica” exige implementar “medidas de acción positiva”(art. 75 inc. 23 CN) a favor de *alteridades* u *otredades* que –con su diversidad de *status*– fragmentan el patrón de “normalidad” subyacente en los postulados (abstractos y universales) del *sujeto único de derechos* y de la *ley completa e igual para todos*, como pilares del Derecho Civil decimonónico³⁶.

Para asegurar el bienestar y la posibilidad de una vida plena y de calidad para todas las personas es menester efectuar “discriminaciones compensatorias” (positivas) que reconozcan y garanticen derechos especiales a favor de los sectores vulnerados y cuyas condiciones personales se tornan aún más “debilitantes” cuando no logran ser adecuadamente asimiladas y gestionadas por la sociedad.

Comienza a perfilarse así una nueva textura del Sistema Jurídico en su conjunto: una matriz que articula las reglas civiles (generales y especiales) con las constitucionales y convencionales, y no las aborda como espacios normativos estancos y aislados. En este marco de sinergia normativa el gran desafío que tiene ante sí el jurista de nuestro tiempo es conocer en profundidad las premisas fundamentales del Derecho Civil y, al calor de

³⁴ Hace notar Nicolau (2003, p. 46) que este artículo regula aunque sea de manera sintética la acción inhibitoria, tan relevante en el Derecho Civil italiano al parecer de Bianca (1994, p. 781) y Trabucchi (1992, p. 187). En el derecho positivo argentino la tutela inhibitoria (que importa el cese de la conducta antijurídica) aparece genéricamente consagrada en la función preventiva de la responsabilidad civil (art. 1711 CCCN), y en materia de conductas abusivas (art. 10 CCCN) y de menoscabo a la vida privada de una persona (art. 1771 CCCN).

³⁵ En este sentido hubo un pronunciamiento de la doctrina argentina en las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Universidad Nacional del Nordeste, Corrientes, 1985), si bien sólo referido a la materia contractual, de que el *favor debilis* debía reemplazar al viejo *favor debitoris*, recomendándose además la expresa inclusión al Código civil del principio de protección de la parte débil. Así se lee entre las conclusiones que transcribimos: “Comisión N° 2: *Favor debitoris*. I. La regla *favor debitoris* es un precepto residual, que debe ser entendido en el sentido de protección de la parte más débil en un contrato. II. En caso de que en el contrato no exista una parte notoriamente más débil, la interpretación debe favorecer la mayor equivalencia de las contraprestaciones. III. La regla *favor debitoris* no se aplica a las obligaciones que tienen su origen en un hecho ilícito. *De lege ferenda*: Recomendar la incorporación al Código Civil como principio la protección de la parte más débil, sin distinguir si se trata de un deudor o acreedor”. Recuperado de: <http://www.derechocivil.jursoc.unlp.edu.ar/index.php/17-jornadas-nacionales-de-derecho-civil/82-1985-x-jornadas-nacionales-de-derecho-civil-universidad-nacional-del-nordeste-corrientes>. [Fecha de la consulta: 5/7/2021].

³⁶ A nuestro juicio la nueva matriz epistémica del Derecho Civil es la resultante de cuatro fisuras producidas en su seno (ruptura de cuatro de sus “postulados” clásicos): del sujeto de derecho universal y abstracto; de la ley como fuente exclusiva y excluyente del Derecho; del Sistema Jurídico concebido como homogéneo, unitario, completo y auto-suficiente (sin lagunas); y de la mono-justicia, es decir, de un modo único y hegemónico de realizar la idea de lo justo. La referida fragmentación se refleja en los cuatro planos del Derecho de nuestro tiempo, en el cual existen: pluralidad de sujetos (concretos y situados); multiplicidad de normas y fuentes jurídicas (en diálogo con la ley); un sistema general (el del CCCN) que convive con “microsistemas” tuitivos particulares (leyes especiales) y plurales criterios de justicia con acepción de persona.

los profundos cambios producidos, ejercitar una relectura de sus horizontes y repensar con mayor apertura su estructura (fuentes, instituciones y principios), atendiendo a las necesidades, intereses y condiciones específicas de aquellos grupos sociales merecedores de una tutela jurídica especial.

Referencias bibliográficas

- Bachelard, G. (1972). *La formación del espíritu científico* (trad. J. Babini). Ciudad de México: Siglo XXI.
- Bianca, C.M. (1994). *Diritto Civile. 5. La responsabilità*. Milán: Giuffrè.
- Borda, G. (1980). *Tratado de Derecho Civil. Parte General*. Tomo I. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Bourdieu, P. – Chamboredon, J. C. – Passeron, J. C. (2002). *El oficio de sociólogo. Presupuestos epistemológicos* (trad. F. H. Azcurra). Buenos Aires, Siglo XXI.
- Cardona, O.D. (2003). *La necesidad de repensar de manera holística los conceptos de vulnerabilidad y riesgo. Una crítica y una revisión necesaria para la gestión*. Bogotá: Centro de Estudios sobre Desastres y Riesgo (CEDERI), Universidad de los Andes. Recuperado de: <https://www.desenredando.org/public/articulos/2001/repvuln/RepensarVulnerabilidadyRiesgo-1.0.0.pdf>. [Fecha de consulta: 4 de agosto de 2021].
- Castel, R. (1991). La dinámica de los procesos de marginalización: de la vulnerabilidad a la exclusión. En Ma..J. Acevedo y J. C. Volnovich (eds.). *Espacio Institucional/1* (pp. 37-53). Buenos Aires: Lugar Editorial.
- Corral Talciani, H. (2004). Constitucionalización del Derecho Civil. Reflexiones desde el sistema jurídico chileno. *Derecho Mayor*, 3, 47-63. Reeditado (con actualizaciones y modificaciones en 2014) en C. Villabella Armengol; L.B. Pérez Gallardo; G. Molina Carrillo (coords.). *Derecho Civil Constitucional* (pp. 1-16). Puebla: Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, Grupo Editorial Mariel, Universidad de la Sabana. Recuperado de: <https://corraltalciani.files.wordpress.com/2010/05/constitucionalizaciocc81n.pdf> [Fecha de consulta: 4 de agosto de 2021].
- Corral Talciani, H. (2018). Constitucionalización del Derecho Civil, neoconstitucionalismo y activismo judicial. *Revista de Derecho Aplicado*, (2). Recuperado de: <http://ojs.uc.cl/index.php/RDA/article/view/149/609> [Fecha de consulta: 4 de agosto de 2021].
- Chevallier, J. (2011) *El Estado posmoderno* (trad. O. Pérez). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- De Lorenzo, M.F. (2005). Breves reflexiones sobre ficciones y mitos en el Derecho Privado. En A.A. Alterini & N.L. Nicolau (dirs.). *El Derecho Privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización* (pp. 59-73). Buenos Aires: La Ley.
- Dubet, F. (1987). *La Galère: jeunes en survie*. París: Fayard.
- Facco, J.H. (2017) Personas con discapacidad: un campo de tensión entre Derechos Humanos y Derecho Civil. *Revista de la Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Rosario*, (23), 177-206.
- Flores Martínez, R.M. (2020). La acción política: derechos humanos y calidad de vida de la población adulta mayor mexicana. *Revista Perspectivas Sociales*, (1), 7-28.
- Foucault, M. (2001). El sujeto y el poder. En H.L. Dreyfus & P. Rabinow (eds.). *Michel Foucault: más allá del estructuralismo y la hermenéutica* (trad. R. Paredes) (pp. 241-260). Buenos Aires: Nueva Visión.
- Foucault, M. (2005). *Historia de la sexualidad. 1. La voluntad de saber*. Madrid: Siglo XXI.
- Fresneda Saieg, M.; Esborraz, D.F.; Hernández, C. (1995). La reforma constitucional: su incidencia en la evolución del derecho civil. *Trabajos del Centro*, (1), 51-55.

- Gassner, M. & Olechowski, Th. (2014). Teoría Ecológica del Derecho versus Teoría Pura del Derecho-Cossio Versus Kelsen. *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales* (UNLP), (44), 293-306.
- Goffman, E. (2001). Internados. *Ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales* (trad. M. A. Oyuela de Grant). Buenos Aires: Amorrortu.
- Goffman E. (2006). *Estigma, la identidad deteriorada* (trad. L. Guinsberg). Buenos Aires: Amorrortu.
- Irti, N. (1992). *La edad de la descodificación*. Barcelona: Bosch.
- Junyent Bas, F. & Garzino, M.C. (2011). La categoría jurídica de consumidor, en especial con relación a las personas jurídicas. *Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa*, Año II, N° 5, 73-83.
- Krasnow, A. (2012). La protección de la debilidad jurídica en el marco de las relaciones paterno-filiales: encuentros y desencuentros entre responsabilidad parental y autonomía progresiva. *Revista de la Facultad de Derecho UNR*, 20, 335-359.
- Leiva, G. (2005). *Indicadores de calidad de vida urbana. Teoría y metodología*. Quilmes: Universidad Nacional de Quilmes.
- Lorenzetti, R.L. (1994). El derecho privado como protección del individuo particular. *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, t. 7, 54-86.
- Lorenzetti, R.L (1995) *Las normas fundamentales del derecho privado*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- Martí Andrés, G. (2009). Sustancia individual de naturaleza racional: el principio personificador y la índole del alma separada. *Metafísica y Persona. Filosofía, conocimiento y vida*, (1), 113-129.
- Moeremans, D.E. (2005). La sociedad comercial como sujeto protegido por la ley de defensa de los consumidores (24.240). DJ, 2005-1, 1105.
- Nicolau, N.L. (1997). La tensión entre sistema y el microsistema en el derecho privado. *Trabajos del Centro. Revista del Centro de Investigaciones en Derecho Civil* (Facultad de Derecho U.N.R.), (2), 79-83.
- Nicolau, N.L. (2003). Una peculiaridad del modelo jurídico derivado del nuevo código civil brasileño. *Roma e America. Diritto Romano Comune*, (16), 41-51.
- Nicolau, N.L. (2007). Significación de la metodología trialista aplicada a la construcción de las nociones jurídicas (un ejemplo: el derecho a la calidad de vida). En M.A. Ciuro Caldani (dir.), *Dos Filosofías del derecho argentinas anticipatorias: Libro Homenaje a los Profesores Werner Goldschmidt y Carlos Cossio* (pp. 147-156). Rosario: Fundación para las Investigaciones Jurídicas.
- Nicolau, N.L. (2009). El derecho privado, las políticas públicas y el mejoramiento de la calidad de vida de la población. *Trabajos del Centro (Segunda Serie). Revista del Centro de Investigaciones de Derecho Civil (Facultad de Derecho, U.N.R.)*, N° 6/7, 41-55.
- Presno Linera, M.A. (coord.) (2013). *Protección jurídica de las personas y grupos vulnerables*, Universidad de Oviedo - Procuradora General del Principado de Asturias. Recuperado de: <https://presnolinera.files.wordpress.com/2013/09/proteccion3b3n-jurc3addica-de-las-personas-y-grupos-vulnerables.pdf> [Fecha de consulta: 4 de agosto de 2021].
- Ripert, G. (1948) *Le régime démocratique et le droit civil moderne*. París: Librairie générale de droit et de jurisprudence.
- Rivera, J.C. (1994). El derecho privado constitucional. *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, t. 7, 27-52.
- Rezzónico, J. C. (1999) *Principios fundamentales de los contratos*. Buenos Aires: Astrea.
- Ronchetti, F. (2006). El concepto de calidad de vida como criterio de valoración en el Derecho. *Investigación y Docencia. Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Social (Facultad de Derecho, UNR)*, (39), 97-111.
- Santarelli, F.G. (2007). La regulación del mercado a través del contrato. Una propuesta para la protección del empresario débil. *La Ley*, 2007-C, 1044.
- Savatier, R. (1959). *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui*. París: Dalloz.
- Schipani, S. (1983). *Derecho Romano: codificación y unificación del Derecho* (trad. F. Hinestrosa, Bogotá). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

- Segato, R. L. (2007). Racismo. Discriminación y Acciones Afirmativas. Herramientas conceptuales. En J. Ansión et al. (coords.). *Educación en ciudadanía intercultural. Experiencias y retos en la formación de estudiantes universitarios indígenas* (pp. 63-90). Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Sola, J. V. (2010). Alberdi: la Constitución como programa de gobierno. La polémica con Vélez Sarsfield. Comunicación del académico Juan Vicente Sola en sesión privada de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas (22 de septiembre de 2010). *Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*, Buenos Aires, Tomo XXXVII, 391-425. Recuperado de: <https://www.ancmvp.org.ar/user/FILES/18-Sola.pdf>. [Fecha de consulta: 22/08/2021].
- Suárez Llanos, L. (2013). Caracterización de las personas y grupos vulnerables. En M.A. Presno Linera (coord.). *Protección jurídica de las personas y grupos vulnerables* (pp. 35-92). Universidad de Oviedo - Procuradora General del Principado de Asturias. Recuperado de: <https://presnoliner.files.wordpress.com/2013/09/proteccion-juridica-de-las-personas-y-grupos-vulnerables.pdf>. [Fecha de consulta: 4 de agosto de 2021].
- Trabucchi, A. (1992). *Instituzioni di Diritto Civile*. Padua: Cedam.
- Valente, L.A. (2015). El nuevo derecho civil y ética de los vulnerables. *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales* (UNLP), (45), 1-21.
- Zaffaroni, E.R. (2010). Estudio Preliminar. En *Constitución de la Nación Argentina 1949* (pp. 15-37). Buenos Aires: Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos; Archivo Nacional de la Memoria, República Argentina.

Sebastián Ignacio Loins Campillay

loins.abogado@gmail.com

La causal de caducidad del contrato de trabajo contenida en el artículo 160 N° 3 del Código del Trabajo: una cuestión de justificación. Comentario a la sentencia de la Corte Suprema del 23 de noviembre de 2021, Rol N° 62.739-2020. “Torres Alcañiz con Buses Ahumada Limitada”

A matter of justification: The cause for the expiration of the employment contract prescribed in article 160 No. 3 of the Labor Code. Commentary to the judgment of the Supreme Court of November 23, 2021, ROL No. 62.739-2020, “Torres Alcañiz con Buses Ahumada Limitada”

Resumen: La sentencia de la Excelentísima Corte Suprema de 23 de noviembre de 2021, Rol N° 62.739-2020, “Torres Alcañiz con Buses Ahumada Limitada” analiza la aplicación de la causal de despido del artículo 160 N°3 del Código del Trabajo, para el caso de término del contrato de trabajo por inasistencia del trabajador a prestar labores encontrándose con licencia médica. Se analiza la sentencia, confrontándola con jurisprudencia similar, en el sentido de determinar el real sentido y alcance de una licencia como instrumento justificativo de la inasistencia del trabajador los requisitos y oportunidad de la presentación de esta distinguiendo los derechos que ella otorga en su regulación actual.

Palabras clave: despido injustificado; inasistencia; licencia médica; indemnización por años de servicio.

Abstract: The judgment of the Supreme Court of November 23, 2021, ROL No. 62.739-2020, “Torres Alcañiz con Buses Ahumada Limitada” analyzes the application of the grounds for dismissal of article 160 No. 3 of the Labor Code. It looks at the termination of the employment contract for a worker's non-attendance to work while on medical leave. We analyze the sentence, confronting it with similar jurisprudence, to determine the real meaning and scope of a license as an instrument justifying the worker's absence, its requirements, and the opportunity to present it, distinguishing the rights it grants according to its current regulation.

Keywords: unjustified dismissal; absence; medical license; severance payment per year worked.

El caso versa sobre el despido de manera verbal de un auxiliar de bus por haber faltado a sus labores entre los días 22 y 24 de diciembre del año 2018 —dos días seguidos— en circunstancias de haber estado aquejado por una gastritis aguda y gozando de licencia médica en los días en que su empleador funda el despido. Deduce demanda por despido injustificado y cobro de prestaciones.

El trabajador alega que los referidos días se encontraba gozando de una licencia médica extendida el día 27 de diciembre de 2018 la que retroactivamente le concedió reposo médico, justificando de esta manera su inasistencia.

La sentencia de primera instancia niega lugar a la demanda por no existir ninguna prueba para desacreditar que el actor no hubiese sido despedido conforme al mérito que señala la carta de despido.

La Corte de Apelaciones de Santiago, resolviendo recurso de nulidad interpuesto por el demandante, niega lugar a la justificación señalando que se ha vulnerado el plazo establecido en el artículo 11 del Decreto N° 3 de 1984 del Ministerio de Salud, luego, el despido del cual fuera objeto el demandante se encuentra justificado.

De esta manera, correspondió a la Corte Suprema, a través de recurso de unificación de jurisprudencia deducido:

(...) determinar la correcta interpretación del artículo 160 N°3 del Código del Trabajo, en lo atinente a la justificación de la inasistencia del trabajador, precisando si la licencia médica es un antecedente suficiente y si, en tal caso, se requiere, además, que sea comunicada oportunamente al empleador.

1. Decisión de la Corte Suprema

A juicio de la recurrente la sentencia dictada no sigue la doctrina establecida en las sentencias Rol N°8.677-2015 y 3.729-2019 en las que se sostuvo:

(...) que la interpretación correcta en relación a la materia de derecho de que se trata, es aquella que no exige, para entender justificada la inasistencia basada en una licencia médica emitida en favor del trabajador, que deba ser comunicada dentro del plazo previsto para su presentación ante el empleador en la norma reglamentaria o en protocolos internos (...).

En este sentido la Corte Suprema (CS), acogiendo el recurso de unificación de jurisprudencia, señaló que:

(...) si existe una razón o motivo que origine la ausencia, como una enfermedad, se entiende que constituye una excusa suficiente que puede ser acreditada por cualquier medio de prueba, sea testimonial, certificados de atención hospitalaria o licencias médicas, entre otros, sin que se requiera dar aviso de la ausencia al empleador, constituyendo el requerimiento de tal comunicación un requisito adicional que no está previsto en la norma y que, en consecuencia, es inexigible.

2. Comentario de la sentencia

2.1. Delimitación y aspectos contenidos en la norma del artículo 160 N°3 CdT

El Código del Trabajo (CdT) contiene en el artículo 160 N°3 una causal de caducidad del contrato de trabajo denominada genéricamente ausencias injustificadas (Pierry, 2018, p. 134) que comprende cuatro situaciones relativas a la no concurrencia del trabajador a sus labores sin causa justificada: 1) durante dos días seguidos, 2) dos lunes en el mes, 3) tres días alternados en el mes, 4) inasistencia injustificada o sin aviso previo de un trabajador que tiene a su cargo una actividad, faena o máquina cuyo abandono o paralización signifique una perturbación grave en la marcha de la obra.

Estas situaciones generan una variedad de sentencias que más o menos contestes dan lugar a una sistematización de su forma de aplicación y los requisitos contenidos, tanto en la norma como fuera de ella.

Sin embargo, del análisis de la norma, así como de la jurisprudencia, notamos una serie de problemas y defectos que decantan en posturas disímiles dentro de la Corte Suprema y dentro de las diversas cortes de apelaciones a lo largo de los años, que ponen de manifiesto la necesidad de una revisión legislativa de ella.

Se echa de menos una interpretación sistemática que aúne la regulación efectuada en las diversas normas, según diremos, que pueda dar una respuesta satisfactoria al problema de las ausencias y su justificación.

La doctrina ha abordado el caso de las tres primeras situaciones del artículo 160 N° 3 —a las que nos referiremos— como casos de inasistencia, es decir, “no concurrencia del trabajador a sus labores en el lugar que se ha designado en el contrato o bien que se ha acordado con el empleador” (Irureta, 2013, p. 42) como parte de su obligación contractual y, el caso de la parte final de la

norma, como un caso de abandono del trabajo de aquel trabajador que no tiene reemplazo en su actividad, de carácter transitorio y que produce efectos perjudiciales graves para el empleador (Irureta, 2016, p. 77).

El problema que aborda la sentencia en estudio es la situación de la inasistencia injustificada por dos días seguidos. Luego, surgen dos cuestiones: determinar la oportunidad en que el trabajador puede o debe justificar su inasistencia y si la licencia es el instrumento idóneo para hacerlo.

Lo que sanciona la norma es la inasistencia para prestar las labores convenidas, por dos días seguidos sin causa justificada. Así, la obligación de concurrencia se desprende de la norma en estudio, de lo señalado en el artículo 10 N° 3 referido al lugar en que han de prestarse los servicios, y en el 5 referido a la duración y distribución de la jornada. Luego, una interpretación sistemática de las normas, conforme al artículo 22 inciso 2.° del Código Civil, determina la obligación del trabajador de concurrir a sus labores en el lugar, días y horas señaladas en el contrato.

En el caso en análisis, la justificación de la inasistencia del trabajador ocurre con la presentación del comprobante de atención de urgencia del 22 de diciembre y la licencia médica del 27 de diciembre por cinco días otorgada de forma retroactiva y presentada a su empleador de manera extemporánea.

2.2. Oportunidad para justificar la inasistencia

Hemos dicho que la sentencia en análisis dio por justificada la inasistencia con el mérito de una licencia retroactiva. La situación atañe de esta manera a la oportunidad que tiene el trabajador para justificar la inasistencia.

Al respecto al sentencia en comento en su considerando 5. ° señala:

(...) se entiende que constituye una excusa suficiente que puede ser acreditada por cualquier medio de prueba (...), sin que se requiera dar aviso de la ausencia al empleador, constituyendo el requerimiento de tal comunicación un requisito adicional que no está previsto en la norma y que, en consecuencia, es inexigible.

Preliminarmente llama la atención que la Corte señale que no se requiere dar aviso de la ausencia al empleador. Lo anterior nos parece un exceso en el sentido de que, evidentemente, la norma analizada no contempla la obligación del trabajador de dar aviso, pero sí de justificar su inasistencia, y es así desde que, de acuerdo con Irureta (2013), la justificación permite resolver el *test de culpabilidad* de la conducta infraccional y le exige al trabajador que fundamente las razones de la inasistencia antes del despido (Irureta, 2013, 44), es decir, antes de que el empleador decida poner término al contrato.

Por otro lado, en relación con la expresión “sin causa justificada” que utiliza la norma, Irureta (2013) recurre al sentido natural y obvio de las palabras señalando que consistiría en la existencia de una razón o motivo suficiente que determina que la ausencia del dependiente a sus labores resulta del todo aceptable, convenciendo plenamente sobre la necesidad que originó la falta respectiva (Irureta, 2013, p. 45).

Considero que esta justificación debe ser dada durante la vigencia de la relación laboral, y más aún, tratándose de la justificación por medio de licencia médica, cumpliendo los requisitos del artículo 11 del Decreto N° 3, del año 1984, sobre Reglamento de Autorización de Licencias Médicas. Este establece que el formulario de licencia con la certificación médica extendida deberá ser presentado al empleador dentro del plazo de dos días hábiles, en el caso de trabajadores del sector privado y tres días hábiles, respecto de trabajadores del sector público, en ambos casos, contados desde el día hábil siguiente al de

la fecha de inicio del reposo médico, lo que en el caso analizado no se cumple.

Entendemos que la justificación debe darse durante la vigencia de la relación laboral por una razón bien simple: no existe una verdadera justificación una vez que la relación laboral se ha extinguido por el despido, sino solo la prueba en el juicio en que se discuta el despido. Ello no es justificación, sino prueba, sujeta a la calificación que el juez pueda hacer de ella.

Al respecto, y solo para el caso de la licencia médica, se ha señalado por una jurisprudencia minoritaria, que la licencia presentada dentro del plazo de dos días, contenido en el artículo 11 del Decreto N°3 de 1984 Reglamento de Autorización de Licencias Médicas, tiene el mérito de justificar la inasistencia del trabajador, en conformidad con el artículo 160 N°3 CdT. En este sentido, la sentencia de la CA de San Miguel en autos Rol N° 367-2010, razona exponiendo que el artículo 17 del D.S. N°3, previene —Considerando 7. °— que la licencia autorizada constituye un documento oficial que justifica la ausencia del trabajador a sus labores o la reducción de su jornada de trabajo, cuando corresponda, durante un determinado tiempo, y puede o no dar derecho a percibir el subsidio o remuneración que proceda, según el caso.

A nuestro juicio, constituye un error reiterado de la jurisprudencia considerar que por el hecho de que la norma del artículo 160 N° 3 del CdT no contiene un plazo para la entrega de la justificación, ello no puede ser regulado por la norma del artículo 11 del Decreto N° 3, del año 1984, norma que, por lo demás, es de carácter especial.

Estimamos que existe un peligro latente de judicialización en que el mérito de la licencia presentada extemporáneamente sea analizado precisamente después del despido. El plazo dado por el Decreto N°3 constituye un elemento de seguridad y garantía para el trabajador, una forma de protección, de esta manera, una interpretación *pro operario* de la norma nos lleva a considerar que el empleador no podría desconocer el valor justificativo de la licencia presentada dentro de

plazo.

Pensamos que existe un plazo para la justificación por medio de licencia médica y es el contenido en la norma del artículo 11 del Decreto N° 3 de 1984, sobre Reglamento de Autorización de Licencias Médicas.

2.3. La licencia como elemento justificativo de la inasistencia

Abordado el tema del plazo para la presentación de la licencia, debemos detenernos ahora en su carácter justificativo de la inasistencia.

En el sentido anotado, la sentencia analizada establece que en caso de enfermedad cualquiera sería la forma de justificarla, así:

(...) de forma que, si existe una razón o motivo que origine la ausencia, como una enfermedad, se entiende que constituye una excusa suficiente que puede ser acreditada por cualquier medio de prueba, sea testimonial, certificados de atención hospitalaria o licencias médicas, entre otros (...)

Esta interpretación de la CS se aleja de lo señalado en el Decreto N°3, en cuanto a tener a la licencia médica como el instrumento idóneo para justificar la inasistencia, dándole a la justificación una amplitud extrema.

Al respecto, la CS ha señalado en sentencia Rol N°458-2019 —Considerando 12. °— que una licencia otorgada válidamente por un profesional habilitado con independencia de su fecha de presentación constituye suficiente justificación de la inasistencia. Ello nos hace pensar en la suficiencia de los documentos presentados, considerando que tal análisis no puede efectuarlo el empleador si la licencia es presentada extemporáneamente.

Hemos abogado por el cumplimiento del plazo de presentación de la licencia como forma de darle validez, permitirle hacer suyo el subsidio y justificar la inasistencia.

Esto último, en los términos señalados en el artículo 17 del Decreto N° 3 cuando dice que autorizada la licencia o transcurridos los plazos que permitan tenerla por autorizada, esta constituye un documento oficial que justifica la ausencia del trabajador a sus labores o la reducción de su jornada de trabajo, cuando corresponda, durante un determinado tiempo y puede o no dar derecho a percibir el subsidio o remuneración que proceda, según el caso.

La expresión “justifica la ausencia del trabajador” no tiene otro sentido que el de cumplir el estándar del artículo 160 N°3 CdT, en cuanto es dicha norma la que exige esta justificación; el subsidio corre por carril aparte, en cuanto depende de la validez de la licencia y no de la justificación de la inasistencia.

La CS, limitando estos efectos, ha señalado en causa Rol N°8.677-2015 que la expresión “sin causa justificada” debe entenderse como la existencia de una razón o motivo suficiente que origine la ausencia, esto es, una causa que resulte razonable o aceptable.

Gamonal ha señalado que revistiendo la causa — de la inasistencia— elementos de razonabilidad y sensatez (Gamonal, 2011, p. 284), estos permitirían tener por justificada la inasistencia, principalmente porque la calificación como tal, solo le es permitida al órgano jurisdiccional y no al empleador. Por otro lado, Rojas señala que cualquier impedimento no imputable al trabajador puede justificar la inasistencia, como una enfermedad (2015, p. 420).

En primer lugar, creemos que la fórmula propuesta por el profesor Gamonal es válida para cualquier inasistencia que no sea por enfermedad y siempre que no consista en la presentación de la licencia como elemento justificativo, ya que esta forma de justificación está regulada expresamente por el Decreto N°3. Sobre la opinión de la profesora Rojas, estimamos que dar una regla inamovible como la propuesta limita el poder de dirección del empleador y desconoce las exigencias a las que nos hemos referido en torno a la licencia médica.

3. Conclusiones

El despido regulado en el artículo 160 N°3 del CdT establece una de las sanciones contractuales más graves de nuestro ordenamiento jurídico laboral, esto es el despido sin derecho a indemnización o caducidad del contrato.

Sin embargo, su regulación normativa es deficiente y ha provocado vaivenes jurisprudenciales que solo perjudican a las partes de la relación laboral. En este sentido, podemos identificar dos omisiones que atentan contra la estabilidad y seguridad en el empleo y las facultades que tiene el empleador para poder dirigir y organizar su empresa: a) falta de determinación de los documentos justificativos de la inasistencia y b) señalamiento de la oportunidad en que debe justificarse la inasistencia del trabajador.

Creemos que una interpretación sistemática de las normas nos llevaría a concluir que los artículos 11 y 17 del Decreto N° 3 de 1984 soluciona el problema de las licencias médicas estableciendo que, en la medida que sea presentada dentro de plazo, tiene el mérito de justificar la inasistencia.

La sentencia analizada hace caso omiso de dos sentencias que le precedieron y que, en el sentido que anotamos, confronta la norma del 160 N°3 del CdT con las citadas del Decreto N°3, estableciendo que la licencia fue presentada dentro de plazo, con lo que se justifica la inasistencia del trabajador y se declara, de esta forma, injustificado el despido.

Al respecto, parece interesante el contrapunto efectuado por la CA de Santiago en causa Rol N° 2017-2015 caratulada “Erwin Enrique Alfaro Hidalgo con SCI Seguridad Física S.A. y Pentair Valve & Control Chile” en donde los Ministros hacen la analogía —al rechazar el recurso— con la norma del artículo 201 del CdT, que señala que el empleador que, desconociendo el estado de embarazo de la mujer, la haya despedido, pueda o deba dejar sin efecto el despido con el sólo mérito del certificado que acredite el embarazo. Ello permitiría, en el caso de la caducidad por inasistencia, la posibilidad de retracto para el empleador cuando aplique la causal y esta posteriormente se revele injustificada, situación que como solución de *lege ferenda* permitiría descongestionar los tribunales de juicios por esta causal.

Sin perjuicio de lo señalado, creemos que la cuestión no es pacífica. Así, por lo demás, lo demuestra la gran cantidad de sentencias en uno y otro sentido, siendo las sentencias de las CA quienes abogan en mayor medida por una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico, dando pleno valor al artículo 11 del Decreto N° 3. Se echan de menos regulaciones que tiendan a la eliminación de la subjetividad en la calificación, dando por una parte la posibilidad a ambas partes de justificar y/o tener por justificada la inasistencia mediante los instrumentos y en la oportunidad señalada en la ley, y, por otra, la seguridad de proceder conforme a normas previamente establecidas, situación que hoy en día no ocurre generando inseguridad en los usuarios del sistema.

Referencias

- Gamonal C.S. y Caterina G.M. (2011). *Manual del Contrato de Trabajo*. Santiago, Chile: Legal Publishing Chile.
- Irureta U.P. (2013). Las inasistencias al trabajo como causa de terminación del contrato. *Revista de Derecho Universidad de Valdivia*, 26(2), 39-65.
- Irureta U.P. (2016). La falta injustificada o sin aviso previo del trabajador que perturba gravemente la marcha de la empresa. *Revista de Derecho Universidad de Valdivia*, 29(1), 77-89.
- Pierry V.L. (2018). *Derecho individual del trabajo*. Santiago, Chile: DER Ediciones Limitada.
- Rojas M.I. (2015). *Derecho del trabajo. Derecho individual del trabajo*. Santiago, Chile: Legal Publishing Chile.

Jurisprudencia citada

- Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol N° 367-2010 “Felipe Andrés Sepúlveda Espinoza con Hipermercados Tottus S.A.”.
- Corte de Apelaciones de Concepción, Rol N° 458-2019 “Yessenia Annette Castillo Sutter Con Wetfly Asesorías S.A.”.
- Corte Suprema, Rol N° 8.677-2015. “Víctor Manuel Valverde Bravo Con Ximena Francisca Rojas Arena”.
- Corte Suprema, Rol N° 62.739-2020, “Torres Alcañiz con Buses Ahumada Limitada”.
- Segundo Juzgado de Letras de Santiago, RIT N° O-1312-2019, “Torres Alcañiz con Buses Ahumada Limitada”.
- Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 2478-2019, “Torres Alcañiz con Buses Ahumada Limitada”.
- Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 2017-2015 “Erwin Enrique Alfaro Hidalgo con SCI Seguridad Física S.A. y Pentair Valve & Control Chile”.

**Mayerlin
Matheus
Hidalgo**

mjmatheus@miuandes.cl

Medidas de satisfacción y garantías de no repetición: comentarios a partir de las decisiones de la CIDH contra Chile

Satisfaction measures and guarantees of non-repetition: comments base on the decisions of the IACHR against Chile

Resumen: Este trabajo tiene como finalidad hacer un análisis crítico a las medidas de satisfacción y garantías de no repetición acordadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en ocho casos en los que se ha determinado la responsabilidad del Estado chileno. Se propone analizar si dichas medidas son compatibles con la naturaleza subsidiaria de la jurisdicción de la CIDH, cómo su dictación en algunos casos parece traspasar la frontera del caso concreto y cómo podrían estar generando problemas desde el punto de vista democrático, siendo asimismo decisiones que debilitan la autoridad de la CIDH.

Palabras clave: CIDH; medidas de satisfacción; garantías de no repetición.

Abstract: The purpose of this paper is to make a critical analysis of the measures of satisfaction and guarantees of non-repetition granted by the Inter-American Court of Human Rights (IACHR) in eight cases in which the responsibility of the Chilean State has been determined. It is proposed to analyze whether such measures are compatible with the subsidiary nature of the IACHR's jurisdiction, how their dictation in some cases seems to cross the border of the specific case and how they could be generating problems from the democratic point of view and being decisions that weaken the authority of the IACHR.

Keywords: IACHR; measures of satisfaction; guarantees of non-repetition.

El presente trabajo tiene como objeto hacer un análisis crítico a las llamadas indemnizaciones de “satisfacción” y “garantías de no repetición” que suele acordar en sus sentencias la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte) en favor de las víctimas, entendiendo que estas forman parte de una debida reparación integral.

Este análisis lo realizaremos a partir de las reparaciones contenidas en la mayoría de las sentencias¹ que hasta el momento ha dictado la Corte en contra de Chile. Cabe precisar que en la página web de la Corte figuran 12 sentencias, una de ellas es una aclaratoria por lo cual existen 11 casos decididos. De los 11 casos, prescindiremos de tres (casos: “Órdenes de Guerra y otros”; “García Lucero y otras” y “Almonacid Arellano”) que

no contemplan medidas de satisfacción o no repetición que sean relevantes para el análisis aquí planteado.

Los restantes ocho casos que han sido decididos por la Corte disponen una serie de medidas y obligaciones para el Estado chileno que invitan a reflexionar si realmente nos encontramos frente a un organismo jurisdiccional “subsidiario” o si estamos frente a una instancia supranacional con competencia para dictaminar y dirigir la actuación de los Estados en lo que concierne al cumplimiento de lo dispuesto en la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante la Convención).

Para realizar este análisis, presentaremos una relación de las medidas de satisfacción y garantías de no repetición declaradas por la Corte prescindiendo del examen de

los hechos que en cada caso motivaron la decisión, así como de las reparaciones pecuniarias declaradas, y a continuación formularemos algunos comentarios críticos

orientados a determinar si estas medidas se ajustan o no a la naturaleza subsidiaria de la jurisdicción de la Corte.

1. Las medidas de satisfacción y garantías de no repetición en los fallos de la Corte contra Chile

Si hacemos una revisión de las sentencias dictadas hasta la fecha por la CIDH podemos encontrar diferentes casos en los cuales se ha determinado la violación de derechos humanos por parte del Estado chileno y en consecuencia se le ha condenado a reparar a las víctimas.

Si bien la determinación de la responsabilidad de Estado es lo que se espera ante casos en los cuales se ha comprobado la violación de derechos humanos, algunas medidas de satisfacción y no repetición parecen traspasar la frontera del caso concreto y exceder la competencia de la Corte.

Quizás el afán por entregar una “reparación integral” conduzca a veces a la Corte a enfocarse más en el plano idílico y prescriptivo del deber ser antes que en el plano realista y descriptivo del ser², en el que está obligada a tomar en cuenta los procesos institucionales de cada Estado, en atención a sus condiciones y capacidades sociales, culturales, políticas y económicas.

1.1 Medidas de satisfacción

De los ocho casos que sirven a este análisis podemos destacar las siguientes medidas de satisfacción:

El Estado hará un acto público de reconocimiento de responsabilidad con altos funcionarios del Estado y en presencia de las víctimas (declarado en los casos “Poblete Vilches y otros”, “Maldonado Vargas y otros” y “Atala Rizzo y niñas”).

El Estado debe develar una placa con la inscripción de los nombres de las víctimas (caso “Maldonado Vargas y otros”).

El Estado debe poner a disposición de las víctimas un mecanismo que sea efectivo y rápido para revisar y anular las sentencias de condena que fueron dictadas en su perjuicio (caso “Maldonado Vargas y otros”).

El Estado debe adoptar todas las medidas judiciales, administrativas o de cualquier otra índole para dejar sin efecto, en todos sus extremos, las sentencias penales condenatorias emitidas... (caso “Norín Catrín y otros”).

El Estado debe dejar sin efecto, en todos sus extremos, las sentencias condenatorias emitidas en contra del señor Humberto Antonio Palamara Iribarne (caso “Palamara Iribarne”).

¹ Todas las sentencias de la Corte están disponibles en https://www.corteidh.or.cr/casos_sentencias.cfm

² Sobre esta distinción, valga indicar que, en términos de naturaleza y competencia de la Corte, es parte del “ser” y está fuera de debate el que ella está autorizada por la Convención para declarar la responsabilidad de los Estados parte y reparar los daños provocados a las víctimas de violaciones de derechos humanos, mientras que es parte del “deber ser” y está abierto a debate el que ella también esté autorizada por el Pacto de San José a ordenar medidas de no repetición, más allá de las acordadas en favor de las víctimas. Respecto de la importancia de distinguir el ser y el deber ser en el ámbito jurídico, a fin de evitar subordinaciones fallidas entre derecho y moral, véase Arias (2013, p. 15).

El Estado debe otorgar becas de estudio en instituciones públicas chilenas en beneficio de los hijos de las ocho víctimas del presente caso que así lo soliciten (caso “Norín Catrimán y otros”).

1.2 Garantías de no repetición

Por su parte, en los mismos casos, podemos destacar las siguientes garantías de no repetición:

El Estado suprimirá el numeral 4 del artículo 323 del Código Orgánico de Tribunales, en los términos del párrafo 150 del presente Fallo (caso “Urrutia Laubreaux”).

El Estado dictará programas de educación y formación permanentes dirigidos a los estudiantes de medicina y profesionales médicos, sí como a todo el personal que conforma el sistema de salud y seguridad social, incluyendo órganos de mediación, sobre el adecuado trato a las personas mayores en materia de salud desde la perspectiva de los derechos humanos e impactos diferenciados (caso “Poblete Vilches y otros”).

El Estado dictará programas y cursos permanentes de educación y capacitación dirigidos a funcionarios públicos a nivel regional y nacional y particularmente a funcionarios judiciales de todas las áreas y escalafones de la rama judicial en: i) derechos humanos, orientación sexual y no discriminación; ii) protección de los derechos de la comunidad LGBTI, y iii) discriminación, superación de estereotipos de género en contra de la población LGTB con énfasis en esta sentencia (caso “Atala Rizzo y niñas”).

Publicación o cartilla que desarrolle en forma sintética, clara y accesible los derechos de las personas mayores

en relación con la salud, contemplados en los estándares establecidos en esta Sentencia, así como las obligaciones del personal médico al proveer la atención médica. Dicha publicación (impresa y/o digital) deberá estar disponible en todos los hospitales públicos y privados de Chile (caso “Poblete Vilches y otros”).

El Estado debe regular con claridad y seguridad la medida procesal de protección de testigos relativa a la reserva de identidad (caso “Norín Catrimán y otros”).

El Estado debe adoptar todas las medidas necesarias para derogar y modificar cualesquiera normas internas que sean incompatibles con los estándares internacionales en materia de libertad de pensamiento y de expresión (caso “Palamara Iribarne”).

El Estado debe adecuar, en un plazo razonable, el ordenamiento jurídico interno a los estándares internacionales sobre jurisdicción penal militar (caso “Palamara Iribarne”).

El Estado debe realizar, en un plazo razonable, la capacitación a los órganos, autoridades y agentes públicos encargados de atender las solicitudes de acceso a información bajo el control del Estado sobre la normativa que rige este derecho, que incorpore los parámetros convencionales que deben respetarse en materia de restricciones al acceso a dicha información (caso “Claude Reyes y otros”).

El Estado debe modificar su ordenamiento jurídico interno, en un plazo razonable, con el fin de suprimir la censura previa para permitir la exhibición de la película “La Última Tentación de Cristo” (caso Olmedo Bustos y otros).

2. Comentarios y críticas

Como explica Carlos Gabriel (2019, p. 352), si bien el carácter subsidiario de la Corte no está expresamente

establecido en la Convención, este puede desprenderse de varios elementos entre los que destacan la

obligatoriedad de agotar la jurisdicción interna en cada Estado, lo establecido en el preámbulo de la Convención al catalogar la jurisdicción de la Corte como “coadyuvante” y lo establecido en sentencias de propia Corte³.

Este carácter subsidiario reconoce que son los Estados las instancias primarias para solucionar sus propios conflictos y asimismo que es de acuerdo con sus instituciones y en atención a sus propios procesos internos, como lo dispone el artículo 2 de la Convención, que deben darse los procesos de adecuación del derecho interno para una progresiva y mejor protección de los derechos humanos.

Sin embargo, según lo antes expuesto, las diversas reparaciones que ha venido acordando la Corte en contra de Chile, y también de otros Estados parte, hacen suponer que dicha judicatura ha desdibujado su propia naturaleza para convertirse en una instancia que excede el espíritu y razón con que fue concebida.

2.1. Críticas de forma: competencia procesal

Al revisar las diferentes reparaciones de “satisfacción” acordadas por la Corte podemos observar que si bien están directamente relacionadas con el caso concreto pueden resultar excesivas y hacen preguntarse si son realmente medidas que conlleven la reparación de las víctimas.

Por ejemplo, consideramos que la obligación del Estado de realizar actos públicos en reconocimiento de su responsabilidad o construir monumentos memoriales resulta redundante puesto que las decisiones, tal como se declara en las propias sentencias, constituyen en sí mismas una reparación porque queda en ellas establecido que hubo un daño, que lo causó el Estado y que ese daño se debe reparar.

Obligar al Estado a hacer un acto público constituye cuando menos un derroche de fondos públicos que no se justifica cuando existen medios más económicos que bien pueden cumplir la misma función de reconocimiento público o difusión de lo sucedido, medios que de hecho las propias sentencias contemplan cuando obligan a difundir lo decidido en el Diario Oficial y en medios de circulación nacional.

Por su parte, sobre los monumentos memoriales, podríamos preguntarnos si son realmente tan efectivos como algunos creen. Rousset (2011, p. 74) considera que un monumento puede hacer reflexionar sobre lo sucedido y generar una “consciencia de no repetición”. Sobre esto, consideramos que los efectos que se atribuyen son especulativos, el autor no entrega datos ciertos del impacto que en realidad estos monumentos tienen.

Por otro lado, las medidas acordadas por la Corte que buscan anular o dejar sin efectos sentencias pasadas en cosa juzgada han sido controversiales, tal como lo ha analizado el profesor Corral⁴. Si bien la propia Corte ha manifestado que su intención no es que se revoquen sentencias, consideramos que sería más efectivo y causaría menos confusión en los Estados que la Corte se limitara a declarar la reparación de los daños que las sentencias pudieran haber causado e impedir que estas sigan causando daños, sin invadir una esfera del derecho interno de los Estados tan importante como lo es la seguridad jurídica de la cosa juzgada.

Otra medida que resulta criticable es la adoptada en el caso Norín Catrimán que estimó procedente otorgar becas de estudios a los hijos de las víctimas que no eran parte del caso sometido a la jurisdicción de la Corte. Sobre este punto, consideramos que la Corte debe ser coherente con las decisiones que toma y, tal como lo

³ En el caso de Chile se puede confirmar en los casos Olmedo Bustos y otros, García Lucero y otras, Atala Riffo y niñas y en Urrutia Laubreaux, en los cuales se dispone expresamente que el carácter de esa jurisdicción internacional es subsidiario.

⁴ Ver análisis de Corral, H. en *Diario Constitucional* a propósito de la sentencia del caso Norín Catrimán, disponible en <https://cutt.ly/EQceyb7>.

hizo en el caso Atala Riffo⁵, no considerar reparaciones a quienes no son parte de litigio.

Si las reparaciones de satisfacción pueden ser problemáticas, lo son más aun las garantías de no repetición que en nuestro criterio exceden por completo el ámbito del caso concreto. Si observamos las medidas de no repetición estas apuntan a cambios legislativos y la ejecución de cursos en derechos humanos.

Estas medidas no están vinculadas con el caso concreto y al igual que algunas medidas de satisfacción plantean un problema de forma que tiene que ver con la competencia procesal de la Corte. Las medidas que consideramos excesivas o fuera de la esfera del caso concreto, si bien pueden perseguir que en definitiva los Estados protejan mejor los derechos individuales, también pueden ir en contra de la propia letra de la Convención y generar más problemas que los que busca resolver.

El artículo 2 de la Convención obliga a los Estados a ajustar su derecho interno a lo que dispone la Convención pero, asimismo, la habilita para hacerlo de acuerdo con sus propios procesos internos y en ningún momento autoriza a la Corte a que sustituya dichos procesos; obligar a los Estados a tomar medidas que no consideran sus propias particularidades puede, como lo explica Max Silva, “generar un creciente intervencionismo estatal en las actividades de los ciudadanos so pretexto de evitar vulneraciones” (2016, p. 63). Esto nos lleva a la siguiente crítica que dice relación con la afectación al Estado de derecho y a la democracia.

2.2. Críticas de fondo: afectación del Estado de derecho y la democracia

Como ya lo indicamos, consideramos que algunas medidas de satisfacción son excesivas y las de no repetición sobrepasan el ámbito al que debería ceñirse la Corte que es al de la resolución del caso concreto, esto

es, a la reparación de las víctimas de ese caso concreto sin contemplar situaciones hipotéticas de daños que no se han ocasionado pero que en su consideración deben evitarse.

Cuando la Corte declara que el Estado tiene la obligación de cambiar su ordenamiento jurídico y además dispone para ello ciertos plazos o incluso la manera en que debe hacerlo (por ejemplo, derogando una ley o un artículo determinados) o cuando declara que el Estado tiene la obligación de implementar cursos de forma permanente, está provocando ciertos problemas que tienen que ver con un punto tan importante para el funcionamiento del Estado de derecho como lo es la división de poderes.

Sabemos que para la Corte, el Estado chileno es uno solo, es decir, no discrimina entre sus poderes o funcionarios, pues las decisiones deben ser cumplidas por todo el Estado chileno (compuesto por 20 millones de personas aproximadamente). Pero esta posición puede ser simplista, ya que el Estado es una ficción jurídica. Si bien puede considerarse como un todo a efectos internacionales, no es menos cierto que en el plano interno el Estado está dividido en poderes públicos, que a su vez tienen otras divisiones.

Cuando el Estado es obligado a implementar cursos para todos sus funcionarios públicos, eso no depende de la simple voluntad de una persona, requiere la disposición de un presupuesto que debe ser discutido en el Congreso, requiere personal que se encargará de estos, seguramente se involucrarán ministerios, también dependerá de la armonía política del país, etc. La sentencia obliga al Estado, pero el Estado tiene sus propias normas y procesos que no pueden ser desconocidos con la excusa de cumplir una sentencia de la Corte.

Además, el llamado a modificación o derogatoria de leyes constituye, según nuestro criterio, una peligrosa afrenta contra la democracia pues el Congreso de cada país debiera ser autónomo en marcar la agenda legislativa y

⁵ En el caso Atala Riffo, la Corte negó la indemnización al hijo mayor de la demandante porque él no formaba parte del litigio.

decidir cuáles son las materias que deben discutirse en un momento determinado en cada caso, tal y como se aprecia en su relación con los tribunales constitucionales. Pero si la Corte fija los plazos para que se discutan, se modifiquen o deroguen leyes está interfiriendo directamente con un proceso que naturalmente debe decidir el Congreso, como es el proceso de formación de la ley.

La decisión de los casos concretos no debe ser excusa para que la Corte planifique el rumbo legislativo, político o económico de un determinado país. Esto es antidemocrático e incluso arbitrario. La Corte puede estar errando gravemente al producir una jurisprudencia que la erige en un órgano de planificación normativa, ejecutiva y judicial suprarregional, no sujeta a control alguno, que olvida las características y circunstancias de cada país e, incluso, el propio margen de apreciación que le otorga la Convención.

2.3. Críticas de eficacia: incapacidad de asegurar ejecución y debilitamiento de autoridad de la Corte

Podemos preguntarnos ¿todas las medidas de no repetición son sostenibles en el tiempo? En los casos Atala Riffo y Poblete Vilches se dictaminó la implementación de cursos en forma “permanente”, esto quiere decir que ¿por el resto de existencia del Estado chileno se estudiarán las sentencias contenidas en estos casos? ¿Es realmente eficaz, está produciendo el resultado esperado?

Estas preguntas son relevantes pues mientras más pertinentes y coherentes sean las medidas que la Corte acuerda en sus fallos, mayor nivel de cumplimiento tendrán y mayor será la aceptación de la jurisdicción de

la Corte en el derecho interno.

Por el contrario, mientras más ambiciosas sean las medidas decretadas, mientras más aspectos quieran abarcarse en detrimento del caso concreto, mientras más atención se ponga en los detalles de la llamada “reparación integral” quizá se cause más dispersión y distracción de lo que realmente importa que es la justicia para las víctimas del caso concreto.

Todo esto podría producir mayores niveles de incumplimiento de las sentencias de la Corte lo que debilitaría la autoridad de la Corte que no tiene mecanismos coactivos para hacer cumplir sus sentencias y en consecuencia provocaría la desconfianza de las víctimas en la Corte pues estaría emanando decisiones que generan expectativas en las personas que luego no son cumplidas, lo que defraudaría la esperanza de justicia y buena fe en el sistema interamericano.

La Corte debe ser cuidadosa con las medidas que dicta pues puede estar condenando dichas medidas a nunca ser cumplidas en detrimento de su propia autoridad.

Valga indicar que esta y las críticas previas no se formulan con intención de proteger a los Estados parte de la Convención, reivindicar su soberanía o disminuir el grado de protección de las víctimas. Al contrario, estas se plantean partiendo de la convicción plena de la necesidad de limitar y subordinar al derecho, solo que de forma realista, el poder de los Estados, y de asegurar que las víctimas obtengan justicia, pero cierta y eficaz.

3. Conclusiones

Algunas medidas de satisfacción, así como las garantías de no repetición exceden las competencias de la Corte que debe ceñirse a la resolución y reparación de

las víctimas del caso concreto.

Las medidas de no repetición se acuerdan sobre la

base de hechos hipotéticos que imponen obligaciones de difícil cumplimiento por los Estados pues no toman en cuenta las circunstancias políticas, sociales y económicas propias de cada país.

El desconocimiento de tales circunstancias causa problemas para el Estado de derecho por no reconocer la división de poderes y, asimismo, problemas para la democracia por desconocer la autonomía que debe tener el Congreso en la fijación de la agenda legislativa.

Las medidas de satisfacción que resultan excesivas y las de no repetición que traspasan la esfera del caso concreto provocan además, un problema de eficacia, ya que el cumplimiento de tales medidas puede ser desconocido por los países y la Corte no tiene medios coactivos para procurar su cumplimiento lo que debilita la autoridad de la Corte, pues mientras haya más medidas que pueden ser incumplidas, menos credibilidad tendrán sus decisiones para las víctimas y menos autoridad tendrá como tribunal respecto de los países quienes, además, pueden apartarse de su jurisdicción si así lo desean.

Referencias

- Arias Castillo, T. (2013). Positivismo Jurídico, Estado de Derecho y Libertad en L.A Herrera O. (Coord.). *Enfoques sobre Derecho y Libertad en Venezuela* (pp. 3-20). Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales.
- Corral Talciani, H. (2019). Improcedencia e inutilidad de que se revoquen sentencias firmes por mandato de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Diario Constitucional*. <https://cutt.ly/EQceyb7>.
- Gabriel Maino, C. (2019). El carácter subsidiario del sistema interamericano de protección de los derechos humanos. *Revista Universidad y Sociedad*, 11, 350-358. <https://cutt.ly/SQvW7Yy>.
- Rousset Siri, A. (2011). El concepto de reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista Internacional de Derechos Humanos*, (1), 59-79. <https://cutt.ly/WQvElkN>.
- Silva Abbott, M. (2016). El “deber de prevenir” violaciones a los derechos humanos y algunas de sus posibles consecuencias. *Revista de Derecho y Ciencias Penales*, (22), 45-70. <https://cutt.ly/vQvRq6E>.

Jurisprudencia citada

- Atala Riffo y niñas y otros vs. Chile*: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 24 de febrero de 2012. <https://cutt.ly/MQvTAqy>.
- Claude Reyes y otros vs. Chile*: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 19 de septiembre de 2006. <https://cutt.ly/bQvTu2K>.
- Maldonado Vargas y otros vs. Chile*: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2 de septiembre de 2015. <https://cutt.ly/wQvTQLF>.
- Norín Catrimán y otros vs. Chile*: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 29 de mayo de 2014. <https://cutt.ly/oQvTzGH>.
- Olmedo Bustos y otros vs. Chile*: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 5 de febrero de 2001. <https://cutt.ly/KQvRN66>.

Palamara Iribarne vs. Chile: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2 de noviembre de 2005. <https://cutt.ly/tQvTeWS>.

Poblete Vilches y otros vs. Chile: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 8 de marzo de 2018. <https://cutt.ly/HQvTMSk>.

Urrutia Laubreaux y otros vs. Chile: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 27 de agosto de 2020. <https://cutt.ly/GQvT7oH>.

**Carolina
Helfmann M.**

**Pontificia
Universidad
Católica de Chile**
chelfma1@uc.cl

Vinculación entre recursos administrativos y contenciosos administrativos. Comentario a la sentencia de la Corte Suprema Rol N° 42.004-2017 y desarrollo jurisprudencial posterior

Correlation between administrative and contentious-administrative appeals. Commentary to Supreme Court Ruling Rol N° 42.004-2017 and subsequent jurisprudential development

Resumen: Este comentario tiene por propósito revisar los criterios que se derivan de la sentencia de la Corte Suprema Rol N° 42.004-2017 en relación con la aplicación de la teoría de la desviación procesal en el ámbito de los contenciosos administrativos. Asimismo, y considerando que la sentencia en comento fue emitida hace algunos años, también se revisará jurisprudencia posterior para intentar dilucidar si lo sostenido por tal sentencia ha permanecido vigente o bien si se han sumado nuevos criterios. En particular, se hará referencia a la teoría de la desviación procesal y sus facetas, a la determinación de la concurrencia de la teoría de la desviación procesal, a la relevancia de las características del recurso administrativo y en particular el elemento plazo, a la distinción entre recursos potestativos y casos de agotamiento de la vía administrativa y, finalmente, a la vinculación entre recurso administrativo y contencioso administrativo.

Palabras clave: desviación procesal; principio de congruencia; pretensiones; ilegalidad; acto administrativo.

Abstract: The purpose of this commentary is to review the criteria emanating from the judgment of the Supreme Court N° 42.004-2017 in relation to the application of the theory of procedural deviation in the field of administrative litigation. Likewise, and considering that the judgment in question was issued some years ago, subsequent jurisprudence will also be reviewed in order to try to elucidate whether what was sustained by the judgment that is the subject of this comment has remained in force or whether new criteria have been added. In particular, reference will be made to the theory of procedural deviation and its facets; the determination of the concurrence of the theory of procedural deviation; the relevance of the characteristics of the administrative appeal and in particular the time limit element; the distinction between optional appeals and cases of exhaustion of administrative remedies; and finally, the link between administrative appeal and administrative litigation.

Keywords: procedural deviation; principle of congruence; pretensions; illegality; administrative act.

1. Antecedentes de la sentencia de la Corte Suprema Rol N° 42.004-2017

1.1. Hechos

La Sociedad Contractual Compañía Minera Maricunga (CCMM) fue sancionada por la Superintendencia del Medio Ambiente por resolución de fecha 23 de junio de 2016, con la clausura definitiva del sector de pozos de extracción de aguas que se encuentran en el Corredor Biológico Pantanillo-Ciénaga Redonda.

Frente a esta sanción, CCMM presentó un recurso de reposición, el cual fue acogido mediante resolución de fecha 17 de marzo de 2017. Así, se determinó la adecuación de la sanción en cuanto a la forma, requisitos, condiciones y gradualidad en su implementación.

Posteriormente, CCMM presentó una reclamación frente al Segundo Tribunal Ambiental impugnando tanto la resolución que aplicó la sanción como la resolución que acogió el recurso de reposición. En el intertanto, y siguiendo con el mandato legislativo, la resolución que aplicó la sanción fue elevada en consulta ante el Segundo Tribunal Ambiental, el que sostuvo que dado que el recurso de reposición fue acogido la consulta perdió oportunidad.

Finalmente, el Segundo Tribunal Ambiental rechazó la reclamación interpuesta por CCMM por cuanto se estableció, entre otras cosas, que existía incongruencia entre lo solicitado en el recurso de reposición y lo pedido en el contencioso administrativo. De acuerdo con el Tribunal Ambiental ello configuraría desviación procesal y constituiría causal suficiente para rechazar la reclamación en sede judicial.

1.2. Historia procesal

Como fue antes relatado, el conflicto surge de una sentencia del Segundo Tribunal Ambiental la cual rechazó

la impugnación de CCMM por considerar que si el sancionado decide agotar la vía administrativa y luego acudir a la jurisdicción e interponer el respectivo recurso contencioso debe limitarse en él a las alegaciones realizadas en sede administrativa.

CCMM interpuso un recurso de casación en la forma y el fondo en contra de la sentencia del Segundo Tribunal Ambiental, siendo ambos rechazados por la Corte Suprema.

1.3. Conflicto sometido a la Corte Suprema

En cuanto al recurso de casación en la forma se planteó que el fallo habría omitido la decisión del asunto controvertido, ello dado que el Segundo Tribunal Ambiental estableció la incongruencia entre lo pedido en sede de reclamación y el recurso de reposición, lo que configuraría desviación procesal.

Asimismo, a través del recurso de casación en el fondo se invocó como primer vicio la incorrecta aplicación de la teoría de la desviación procesal, estimándose como infringidas, entre otras normas, los artículos 15 y 54 de la Ley N° 19.880 sobre Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado (LBPA). En primer lugar, se sostiene la improcedencia de esta pues solo sería aplicable cuando existe un orden de prelación para el ejercicio de recursos administrativos y acciones judiciales. En segundo lugar, se sostiene que de ser aplicable esta teoría ella debiese ser procedente en sede de admisibilidad y no con posterioridad. Finalmente, se señala que esta teoría es aplicable cuando existen pretensiones divergentes, pero no frente a motivos distintos, por lo que no se configuraría en el caso en cuestión por cuanto CCMM habría alegado tanto en sede administrativa como judicial las mismas infracciones al debido procedimiento administrativo.

2. Aspectos importantes de la sentencia de la Corte Suprema

2.1. Relevancia de la sentencia

A pesar de ser una sentencia dictada hace más de tres años se trata del pronunciamiento de mayor relevancia emitido por la Corte Suprema en relación con la aplicación de la teoría de la desviación procesal en sede de contenciosos administrativos. En este sentido, se trata sin lugar a duda del *leading case*. Por ello, se parte de esta sentencia para extraer sus principales aportaciones y dar cuenta de qué ha ocurrido con posterioridad a su dictación.

Cabe destacar la importancia de dilucidar si se aplica o no la teoría de la desviación procesal considerando que esta determina la forma en la que debe actuar el administrado al impugnar decisiones u omisiones de la Administración del Estado y que, como se sostendrá más adelante, implicaría someter al administrado, si es que decide utilizar la vía de impugnación administrativa, a la exigencia de agotar todos sus argumentos en sede administrativa pues de no hacerlo perderá la posibilidad de exponerlos en sede judicial.

2.2. Considerandos destacados de la sentencia

El considerando 4º establece que para efectos de dilucidar si la teoría de la desviación procesal ha sido o no debidamente aplicada se debe revisar la vinculación existente entre la vía administrativa y la jurisdiccional. Así, sostiene que resulta esclarecedor el artículo 54 de la LBPA, norma que establece la posibilidad de optar por la vía administrativa o la judicial. Al respecto, la sentencia establece que a partir de esta norma surgen cuatro efectos: impeditivo, interruptivo, inhibitorio y condicionante de las pretensiones. Los tres primeros, en palabras de la sentencia, “aparecen de manera evidente tras la lectura de la norma” (considerando 4º). La sentencia agrega que resulta, así, una vinculación entre la vía administrativa y la jurisdiccional. En cuanto

al cuarto efecto, si la vía administrativa ha sido escogida por el administrado, o bien se ha visto forzado a la misma por así disponerlo el ordenamiento jurídico, no se podrán esgrimir ante el órgano jurisdiccional otras pretensiones diversas a las deducidas en el recurso administrativo previamente intentado (considerando 4º).

Por ende, no resultaría admisible hacer presente en sede jurisdiccional argumentos que no hayan sido previamente expuestos ante la autoridad administrativa, siendo el fundamento de ello la teoría de la desviación procesal que en materia de contencioso administrativo se relacionaría con el artículo 54 de la LBPA.

2.3. La recepción de la teoría de la desviación procesal: doctrina y jurisprudencia

Si bien la desviación procesal en materia de contencioso administrativo no ha concentrado un especial interés por parte de la doctrina, existe un autor que ha dedicado importantes esfuerzos en el desarrollo de esta temática. Este autor al resumir la relevancia de esta sentencia (Hunter, 2019) expone algunas importantes reflexiones que conviene tener presentes para el análisis que será realizado en los apartados siguientes.

Un primer aspecto que destacar es que, según el autor, la sentencia da cuenta de que existirían dos tipos de desviaciones procesales importantes en el contencioso administrativo: el administrado utiliza alegaciones diversas en sede judicial que las usadas en sede administrativa, y el administrado interpone en sede judicial una pretensión diversa a la que sustenta el recurso administrativo.

Por otra parte, y en vinculación con lo anterior, sostiene el autor que de acuerdo con esta sentencia todo parece indicar que se exige a los recursos una “saturación argumental” por cuanto lo que no se exponga en sede administrativa no podrá ser utilizado en sede judicial.

Finalmente, el autor manifiesta que resulta razonable permitir impugnar en sede administrativa el mérito u oportunidad de una actuación administrativa y luego en sede judicial la nulidad por razones de legalidad, ello a base de la consideración de que los recursos administrativos deben ser vistos como una garantía para el administrado y por aplicación del principio de eficiencia. De esta manera, el autor de la referencia, quien vuelve a tratar esta sentencia en un trabajo posterior (Hunter, 2020) se manifiesta en contra de esta doctrina y parece estar más en línea con el desarrollo de esta institución en el derecho comparado y en especial en España donde el Tribunal Supremo ha distinguido entre pretensión y motivos¹.

Como será expuesto en un apartado siguiente, la teoría de la desviación procesal ha sido recibida y tratada por la Corte Suprema, tribunales ambientales y también por el Consejo para la Transparencia. Sin embargo, no es posible sostener que la Corte suprema siempre recoja esta teoría o lo haga dando un tratamiento idéntico. Así,

en una reciente sentencia sostiene que es evidente que el argumento relativo a la improcedencia de determinar la multa por un artículo en particular no fue utilizado en sede administrativa, concluyendo que, por ende, se trata de una alegación no incorporada válidamente a la causa y, a pesar de esa clara conclusión, no da aplicación a la teoría de la desviación procesal² (considerando décimo noveno).

Agrega la sentencia que se debe tomar en consideración un principio de capital importancia consistente en la congruencia que debe existir entre la sentencia expedida y las peticiones de las partes, pues ello se relaciona con el principio dispositivo de acuerdo con el cual los contradictores fijan el alcance y contenido de la tutela jurisdiccional (considerando vigésimo tercero). Sin embargo, no desarrolla la desviación procesal como la institución de relevancia. Sin perjuicio de ello, a continuación, se revisarán los criterios relevantes que surgen de la sentencia en comento y que han sido complementados con pronunciamientos posteriores.

3. Comentario a la Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 42.004-2017: configuración de la desviación procesal

3.1. Teoría de la desviación procesal y sus facetas
Según fue antes expuesto, la doctrina ha identificado a

partir de la sentencia en comento dos tipos de desviaciones procesales en el contencioso administrativo. La primera

¹ El considerando quinto de la sentencia del TS 2432-2019 señala lo siguiente: El objeto de la pretensión no se identifica exclusivamente por la resolución o acto impugnado, sino por otros dos elementos identificadores de carácter objetivo: la identidad en el *petitum* y en la causa *petendi*. Y, en este caso resulta evidente, al menos para este juzgador, que se ha introducido en sede judicial una causa *petendi* nueva. Una cosa es añadir en sede judicial nuevos motivos que justifiquen la pretensión actora (que sí puede hacerse) y otra bien distinta suscitar cuestiones nuevas no planteadas en sede administrativa (que no puede hacerse), como es la supuesta falta de consentimiento informado que da lugar, a lo sumo, a una indemnización moral. En esta línea puede traerse a colación lo dispuesto por la STS de 15/03/2010 (rec. 558/2008) (RJ 2010\4384): “Cuarto. La pretensión expuesta en la vía administrativa no puede ser esencialmente distinta de la formulada en la vía jurisdiccional y que, si bien pueden alegarse, en el escrito de demanda, cuantos motivos procedan en Justificación de las pretensiones aunque no se hayan alegado anteriormente en la vía administrativa, ello ha de entenderse en sus justos términos, es decir, en el sentido de que se pueden alegar nuevas razones o argumentos para fundamentar las pretensiones, pero no en el de que cabe suscitar cuestiones nuevas”.

² En APA la jurisprudencia también en forma abreviada en el cuerpo y entre paréntesis: (Nombre del caso, Año de publicación). Reducir al máximo las notas al pie. Al final se da la referencia completa. SCS, 16 de abril de 2021. Rol N° 76.400-2020. Contesse Fica Patricio Alberto con Superintendencia de Valores y Seguros.

consiste en la utilización de alegaciones diversas en sede judicial que las usadas en sede administrativa. Esto ocurriría en el caso de alegar un solo vicio de nulidad en sede administrativa y luego incorporar un vicio adicional en sede jurisdiccional. La segunda se da cuando el administrado interpone en sede judicial una pretensión diversa a la que sustenta el recurso administrativo. Ello cuando en sede administrativa se solicita la modificación de un acto administrativo y luego en sede judicial la nulidad.

En cuanto a la jurisprudencia posterior, una sentencia del Tercer Tribunal Ambiental³ señala que la institución de la desviación procesal es propia del contencioso administrativo y busca vincular la pretensión administrativa con la judicial. En este sentido, y citando jurisprudencia de la Corte Suprema (9 de abril de 2018 Rol N° 34.281-2017) señala que la desviación procesal tiene tres modalidades. La primera relativa a la identidad que debe existir entre la pretensión deducida en sede administrativa y la pretensión deducida en sede judicial. La segunda dice relación con la identidad en los vicios de legalidad alegados en una y otra sede. La tercera se refiere a los argumentos que informa el órgano recurrido y los fundamentos del acto reclamado, ello en vinculación con el principio de motivación (considerando vigésimo cuarto). Es decir, agrega una tercera variante de la teoría de la desviación procesal ahora vinculada con la actitud del órgano administrativo el cual debiese mantener la coherencia entre los fundamentos del acto y la argumentación que sostenga en caso de impugnación. Así, manifiesta el Tercer Tribunal Ambiental que la congruencia funciona como una carga para el administrado, sin perjuicio de que a partir de esta tercera variante también sería posible considerarla como un deber para la Administración.

Cabe señalar que esta última variante más que vinculada a la teoría de la desviación procesal se relaciona con la motivación de los actos administrativos y

con la coherencia y legítima confianza que debe imperar en las actuaciones de la Administración del Estado. Luego, resulta más adecuado sostener que existen dos principales modalidades de la desviación procesal en el contencioso administrativo: distintas pretensiones y distintas alegaciones.

3.2. Determinación de la concurrencia de la teoría de la desviación procesal

En cuanto a la determinación de las dos primeras variantes, y tal como expone la Corte Suprema en la sentencia en comento, para determinar si se configura o no desviación procesal se debe analizar los planteamientos del reclamante en la sede administrativa y en sede judicial. Esto implica en primer lugar la revisión de los argumentos expuestos a través del recurso de reposición, u otro medio de impugnación utilizado en sede administrativa, y los argumentos de la sede judicial. Sin embargo, este análisis puede ser más complejo que lo anterior. Ello dependerá de las características o relaciones que puedan darse entre la Administración y el o los interesados. Así, en materia ambiental se ha planteado la posible desviación entre la etapa de participación ciudadana y la posterior impugnación.

Además, se debe determinar si esa comparación realizada entre los argumentos vertidos en sede administrativa y aquellos utilizados en sede judicial debe ser estricta o no. Es decir, si se debe exigir o no una identidad expresa entre ambos para efectos de considerar que existe congruencia entre una y otra sede.

En relación con este punto también existe un interesante pronunciamiento del Tercer Tribunal Ambiental⁴ en que se analiza la finalidad o el sentido de la reclamación o en este caso de lo expuesto en la etapa de participación ciudadana. Así, dispone que, aunque no se haya señalado expresamente la observación realizada —efectos de los contaminantes en los recursos hidrobiológicos

³ 3er TA, 31 de marzo de 2020. Rol N° R-12-2019 Comunidad Indígena El Manzano y otros con Servicio de Evaluación Ambiental.

⁴ 3er TA, 31 de marzo de 2020. Rol N° R-12-2019 Comunidad Indígena El Manzano y otros con Servicio de Evaluación Ambiental.

que son utilizados para consumo personal—, se debe entender que lo alegado afecta la salud de las personas (considerando vigésimo sexto). Por eso, concluye que en sede de participación ciudadana no sería necesario señalar con precisión que efectos del artículo 11 se está solicitando analizar. Además, y esto resulta de bastante interés, agrega que la resolución que admite a trámite el recurso del artículo 11 de la Ley N° 19.330 es un acto trámite y, por ende, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 de la LBPA, no susceptible de impugnación. Por ello, el administrado solo podría reclamar al interponer el reclamo judicial (vigésimo octavo). Con base en todo lo anterior, se desecha la alegación del Servicio de Evaluación Ambiental.

Así, el Tercer Tribunal Ambiental opta por la finalidad y no por la exigencia de literalidad en cuanto a la identidad de la alegación. Entonces, considera que lo alegado se vincula con la salud de las personas y entiende que a pesar de no haberlo señalado expresamente en sede administrativa se debe entender incluida la mención al artículo 11 letra a), lo que lleva a que no exista desviación procesal al invocarlo en sede de reclamación judicial.

Si bien este caso tiene la particularidad de que la sede administrativa analizada no es una reclamación, sino que la etapa de participación ciudadana, igualmente la atención a la finalidad y no al tenor literal es relevante y puede ser la solución más adecuada para no restringir las posibilidades de impugnación de un acto administrativo.

3.3. La relevancia de las características del recurso administrativo: en particular el elemento plazo

Es sabido que existen múltiples medios de impugnación en sede administrativa pues ello depende de lo mandado por la ley especial aplicable. De no establecer nada tal ley, se aplica lo dispuesto por la LBPA, esto es, recurso de reposición y jerárquico de ser procedente y eventualmente extraordinario de revisión.

En el caso de los primeros, tienen un plazo de cinco días administrativos para su interposición, los que se cuentan desde la notificación del acto administrativo. En este sentido, resulta evidente que se trata de un plazo bastante breve. Por lo mismo, cabe plantearse la relevancia del plazo para efectos de aplicar la teoría de la desviación procesal en sede contenciosa administrativa.

Este punto también ha sido revisado por una sentencia del Tercer Tribunal Ambiental. Así, en un pronunciamiento reciente⁵, parte el análisis dando cuenta de la evidencia en cuanto a la diferencia entre los motivos de ilegalidad expuestos en el recurso de reposición y los motivos expuestos en la reclamación judicial. Por ende, aun cuando la pretensión es la misma —la nulidad del acto— las alegaciones o motivos son diversos. Para resolver esto, el Tercer Tribunal Ambiental plantea que se debe atender a la naturaleza del recurso de reposición en materia sancionatoria ambiental (considerando octavo). En este sentido, se establece que a diferencia de otros recursos —los recursos administrativos ante el director ejecutivo del SEA o el Comité de Ministros (Arts. 20, 29 inciso 4°, y 30 bis inciso 5°, de la Ley N° 19.300) o el ejercicio de la invalidación impropia ante el órgano que dictó el acto (Art. 17 N°8 de la Ley N° 20.600)— el recurso de reposición consagrado en el artículo 55 de la LOSMA es de naturaleza potestativa y no de ejercicio obligatorio. Esto, de acuerdo con el pronunciamiento judicial constituye una diferencia relevante por cuanto la desviación procesal “obedece más a razones de diseño institucional que a la necesidad de establecer mecanismos de preclusión en la conformación de los vicios o motivos de ilegalidad del acto administrativo” (considerando noveno). Así, se trataría de un mecanismo de control interno para evitar la judicialización de asuntos que pueden ser resueltos en sede administrativa. Para justificarlo, se agrega el elemento plazo del recurso y se compara el plazo de 30 días de los recursos ante el director ejecutivo del SEA o el Comité de Ministros (art. 20 inciso 1° de la Ley N° 19.300) (considerando undécimo)

⁵ 3er TA, 12 de agosto de 2020. Rol N° R-28-2019 Turismo Lago Grey S.A con Superintendencia del Medio Ambiente.

versus el plazo de cinco días dispuesto por el artículo 55. Así, mientras un plazo relativamente extenso permitiría efectivamente al reclamante tener la oportunidad de desarrollar todos los argumentos de ilegalidad que afectan al acto, un plazo breve no produciría el mismo efecto.

Como segundo argumento se expone el rol de los recursos administrativos como una garantía para los administrados. Así, de aplicar la teoría de la desviación procesal se podría poner al reclamante en una posición de agravio para interponer una acción judicial (considerando duodécimo). Por ende, rechaza la configuración de desviación procesal y permite que en sede judicial se interponga motivos de ilegalidad diferentes a los expuestos en el recurso de reposición del artículo 55 (considerando décimo tercero).

Ciertamente ambos argumentos son relevantes y tienen bastante sentido, siendo destacable el primero, pues resulta evidente que en cinco días es complejo revisar y desarrollar todos los posibles vicios de un acto administrativos. En este sentido, permitir presentar nuevos vicios en la etapa judicial resulta lógico. Ello supeditado a la existencia de una instancia que permita discutir y probar lo alegado, pues de lo contrario se restringiría el debido proceso del órgano reclamado.

Además de las consideraciones anteriores, resulta importante destacar la distinción realizada por esta sentencia relativa a los recursos potestativos. Como también es sabido, la LBPA —en el artículo 54— establece como regla general el carácter potestativo de los medios de impugnación en sede administrativa. Por tal razón, salvo que el legislador para un caso particular haya establecido lo siguiente, la regla es la improcedencia de agotar la vía administrativa. Esta distinción lleva a preguntarse si la teoría de la desviación procesal tiene caracteres diversos o no según si se trata de un caso de recurso potestativo *versus* un caso en que existe la obligación de agotar la vía administrativa. Todo parece indicar que es un elemento que debiera ser influyente.

3.4. Distinción entre recursos potestativos y casos de

agotamiento de la vía administrativa

Como ya fue señalado, salvo disposición en contrario, el carácter potestativo de los medios de impugnación en sede administrativa constituye la regla general. En este sentido, en el caso de los recursos potestativos la posible concurrencia de desviación procesal es realizada según la lógica antes señalada consistente en la comparación entre las alegaciones en sede administrativa y las alegaciones en sede judicial. Ello parece operar de manera diversa cuando se exige el agotamiento de la sede administrativa. El caso más común es el del reclamo de ilegalidad municipal previsto en el artículo 151 de la ley orgánica respectiva.

En el caso de existir agotamiento de la vía administrativa —y en particular en el caso del reclamo en comento— es posible que la Administración adopte dos posiciones: contestar el reclamo o bien no hacerlo en cuyo caso se entiende rechazado. En el primer supuesto, es posible que la Administración en su resolución entregue nuevos antecedentes o consideraciones vinculados al acto impugnado. Esa posible nueva información puede generar la configuración de un vicio de legalidad que antes no había sido detectado por el reclamante y cuya denuncia necesariamente formará parte de la reclamación judicial. Así, en estos casos no sería posible sostener que se configura desviación procesal por cuanto se trata de antecedentes nuevos.

Por lo tanto, en casos de agotamiento de la vía administrativa, y cuando exista respuesta de la Administración, parece prudente considerar que no existe espacio para esta teoría pues será la misma reclamada la que con su respuesta abrirá para el administrado un espacio para ampliar sus alegaciones.

3.5. La desviación se basa en la vinculación entre recurso administrativo y contencioso administrativo

En materia de transparencia se han emitido pronunciamientos relevantes en cuanto a la vinculación que debe existir entre la argumentación interpuesta en

sede administrativa y fuera de la misma Administración. Sin embargo, en este caso se debe considerar que el Consejo para la Transparencia si bien opera como un contencioso administrativo no ejerce jurisdicción. Así no existe una etapa judicial propiamente, salvo cuando se ejerce reclamación respecto de la decisión del CPLT, la que es conocida por el Corte de Apelaciones.

De esta manera, en materia de transparencia el principio de coherencia o la teoría de la desviación procesal deben ser analizadas considerando las características propias del procedimiento de acceso a la información pública. Así, lo que interesa determinar es si debe existir uniformidad entre las razones para negarse a la entrega de la información y la argumentación sostenida frente al CPLT en el marco del amparo de acceso a la información. En este sentido, la Corte de Apelaciones de Rancagua en una reciente sentencia sostuvo que no infringe el principio de congruencia procesal e igualdad de armas la invocación de una causal de reserva en sede de descargos cuando lo mismo no fue señalado al responder la solicitud de acceso a la información, ello ya que se abrió un término probatorio y, por ende, desestima lo alegado por el CPLT⁶.

Otra sentencia, ahora de la Corte Suprema, también revisa el principio de la congruencia para sostener que este

exige que las pretensiones hechas valer ante el órgano de la Administración y aquellas que se someten a la decisión jurisdiccional resulten coherentes, de modo que los litigantes tienen vedado ampliar o mejorar, en esta última, el contenido y fundamentos de las argumentaciones expuestas ante el órgano administrativo, pues, de no obrar de ese modo, se estarían sometiendo al conocimiento del tribunal

asuntos que, por ser ajenos a la discusión formalmente instalada, no pudieron ser considerados y, por ende, tampoco resueltos en el pronunciamiento que, por medio de semejante arbitrio, se pretende, no obstante, invalidar (considerando noveno).

En este sentido, concluye que, dado que la alegación no formó parte de las razones expuestas por el servicio público reclamante para justificar su decisión de no entregar la información solicitada, no puede en la etapa judicial mejorar su defensa a través de la incorporación de un argumento que no fue sometido a la decisión del CPLT⁷.

Así, en materia de causales para denegar el acceso a la información, la jurisprudencia judicial ha manifestado que se trata de un catálogo cerrado y que siguiendo los principios de buena fe y congruencia no puede ser utilizado en sede judicial si no fue previamente invocado ante el CPLT. Este criterio parece en línea con la sentencia en comento en cuanto a la configuración de la desviación procesal. Ello resulta evidente a partir de la siguiente afirmación de la sentencia: “en la oposición o en los correspondientes descargos efectuados ante el Consejo para la Transparencia” no pueden ser ejercidos en sede judicial pues el marco de la decisión de amparo no los considera y, por ende, un pronunciamiento respecto de estos implicaría una transgresión al principio de congruencia procesal (considerando décimo sexto)⁸. En este mismo sentido existen otros pronunciamientos⁹.

Lo que resulta importante destacar es que la congruencia se debe dar entre la etapa administrativa y la judicial. Por lo tanto, no existe justificación que permita sostener que debe haber identidad entre lo sostenido en sede oposición o de procedimiento administrativo

⁶ CA de Rancagua. 29 de noviembre de 2021. Rol 9-2020 Servicio de Salud del Libertador General Bernardo O'Higgins con Consejo para la Transparencia.

⁷ CS 05 de noviembre de 2021. Rol 28.635-2021. Servicio Nacional de la mujer y Equidad de Género con Ministros de la Corte de Apelaciones.

⁸ CA Santiago. 26 de julio de 2021. Rol 566-2019. Banco Santander con Consejo para la Transparencia.

⁹ CA Santiago. 19 de octubre de 2021. Rol 353-2021. Ministerio de Salud con Consejo para la Transparencia. CA San Miguel. 12 de octubre de 2021. Rol 50-2021. Pío Ortega Reyes con Consejo para la Transparencia. CA Santiago. 14 de septiembre de 2021. Rol 308-2020. Instituto Nacional de Estadísticas con Consejo para la Transparencia.

de entrega y la etapa de amparo. Sin embargo, sí debe existir identidad entre la etapa administrativa y la judicial. Por ello, la congruencia debe darse desde el comienzo,

aun respecto de las dos primeras etapas (órgano administrativo y CPLT).

4. Conclusiones

1. La teoría de la desviación procesal es una institución fundamental en el contencioso administrativo en tanto se refiere a la vinculación entre recursos administrativos y acciones judiciales. La sentencia en comento lo vincula y justifica en el tenor del artículo 54 de la LBPA, lo que no se repite en otros pronunciamientos posteriores. La jurisprudencia posterior se funda en términos generales en la teoría en cuestión y se apoya también en el principio de congruencia.

2. En cuanto a los aspectos relevantes que emanan de la sentencia en revisión y de otros pronunciamientos, es posible constatar que la configuración no se limita, como en el caso del derecho español, a la pretensión, sino que también a los motivos, ampliándola incluso al deber de motivación de los órganos de la Administración. Así, se configuran tres facetas de la desviación, aunque como fue comentado las más propias son únicamente aquellas que dicen relación con la pretensión y los argumentos invocados por el reclamante. En este sentido, la jurisprudencia es categórica y conteste en señalar que la

determinación de la configuración de esta teoría pasa por la comparación entre los argumentos expuestos en sede administrativa y aquellos expuestos en sede judicial.

3. Otro aspecto destacable que ha sido identificado por la justicia ambiental se relaciona con la improcedencia de la desviación atendido el rol de los recursos y en especial el plazo de estos. De esta manera, cuando el recurso tiene un plazo breve —como ocurriría con el recurso de reposición— no se puede exigir el desarrollo de todos los motivos en sede administrativa. Por ello, adquiere gran importancia atender a las características de los diversos mecanismos de impugnación en sede administrativa. Asimismo, se debe considerar si se trata de un recurso potestativo o no, pues ello también tendría incidencia. Así, no se aplicaría la teoría de la desviación en el caso de los recursos voluntarios, pero sí en aquellos que exigen agotar la vía administrativa. Estos últimos, abren el espacio para presentar nuevos argumentos extraídos de la nueva información que otorgue la Administración al resolver el reclamo.

Referencias

- Hunter, I. (26 de marzo de 2019). ¿Qué nos dejó Maricunga en el contencioso administrativo este 2018? Nombre de la publicación. *Sitio web de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile*. <https://derecho.uach.cl/index.php/vinculacion-con-el-medio/columnasdeopinion/53-columnasdeopinion/51-que-nos-dejo-maricunga-en-el-contencioso-administrativo-este-2018>
- Hunter, I. (2020). Relaciones entre procedimiento administrativo y proceso jurisdiccional en el reclamo de ilegalidad municipal. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, (Coquimbo, en línea), 27. <https://doi.org/10.22199/issn.0718-9753-2020-0009>.

Normativa chilena citada

Ley N° 19.880 de 2003. Sobre Bases de los Procedimientos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado, publicación 29 de mayo de 2003.

D.F.L. 1 de 2006. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades, publicación 26 de julio de 2006.

Normativa extranjera citada

Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Jurisprudencia chilena citada

Corte de Apelaciones de Rancagua. 29 de noviembre de 2021. Rol 9-2020 Servicio de Salud del Libertador General Bernardo O'Higgins con Consejo para la Transparencia.

Corte Suprema. 05 de noviembre de 2021. Rol 28.635-2021. Servicio Nacional de la mujer y Equidad de Género con Ministros de la Corte de Apelaciones.

Corte de Apelaciones de Santiago. 19 de octubre de 2021. Rol 353-2021. Ministerio de Salud con Consejo para la Transparencia.

Corte de Apelaciones de San Miguel. 12 de octubre de 2021. Rol 50-2021. Pío Ortega Reyes con Consejo para la Transparencia.

Corte de Apelaciones de Santiago. 14 de septiembre de 2021. Rol 308-2020. Instituto Nacional de Estadísticas con Consejo para la Transparencia.

Corte de Apelaciones de Santiago. 26 de julio de 2021. Rol 566-2019. Banco Santander con Consejo para la Transparencia.

Corte Suprema. 16 de abril de 2021. Rol 76.400-2020. Contesse Fica Patricio Alberto con Superintendencia de Valores y Seguros.

Tercer Tribunal Ambiental. 31 de marzo de 2020. Rol N° R-12-2019. Comunidad Indígena El Manzano y otros con Servicio de Evaluación Ambiental.

Tercer Tribunal Ambiental. 12 de agosto de 2020. Rol N° R-28-2019. Turismo Lago Grey S.A con Superintendencia del Medio Ambiente.

Corte Suprema. 9 de abril de 2018. Rol N° 34.281-2017. J.H.V.D. y por el Movimiento en Defensa del Medio con Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental.

Jurisprudencia extranjera citada

Tribunal Supremo Español. 21 de enero de 2019. Recurso de casación N° 2432/2019. Procuradora D.a Isabel Ramírez García de Gomariz en nombre y representación D. Juan Francisco, y defendido por el letrado D. José Ángel Martínez Fernández.

**Antonio-
Carlos
Pereira
Menaut**
Universidad de
Santiago de
Compostela,
España

acp.menaut@usc.es

Transhumanismo, discurso transgénero y digitalismo. Una réplica al profesor Vicente Bellver**

Recientemente el catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de Valencia Vicente Bellver Capella ha publicado un importante artículo (Bellver, 2021) que me propongo hoy criticar ante ustedes. Para beneficio de quienes no hayan podido leerlo reproduciremos el *abstract* inicial:

Los tres grandes desafíos existenciales para el ser humano en el tiempo presente son el transhumanismo, el discurso transgénero y el digitalismo. Estos tres fenómenos contienen demandas de justicia y emancipación dirigidas a acabar con formas de discriminación muy arraigadas. Pero están sostenidos sobre una base filosófica que niega la inteligibilidad de la realidad y la condición teleológica de la existencia humana proponiendo, en su lugar, la hegemonía del deseo individual. El capitalismo contemporáneo ha hecho de la satisfacción de ese deseo su razón de ser. Y lo hace desarrollando una tecnología potencialmente capaz de satisfacer un deseo sin límites. Ese desarrollo tecnológico se sustenta en el espíritu de abstracción. Es la expresión más sofisticada del capitalismo porque, en lugar de suscitar la oposición de sus víctimas, genera su completa adhesión. La inevitable consecuencia es que las demandas de justicia son engullidas por la lógica del tecno-capitalismo y acaban convertidas en el maquillaje de las nuevas formas de (auto) explotación.

Ignoro si esos son precisamente los

tres mayores desafíos actuales, pero en todo caso no son poca cosa y su estudio está muy justificado.

Debo advertirles que el artículo, tanto en el tono como en el fondo, está mucho más en línea con la manera de ver hoy común que la crítica que me propongo hacerle.

En cuanto al contenido, tras una introducción, el profesor Bellver describe lo que comparten el transhumanismo, el discurso transgénero y el capitalismo. Esta parte es brillante y ofrece una muy completa visión panorámica que todo lector agradecerá. Para quien les habla sigue en pie la duda de si efectivamente los tres movimientos tienen tanto en común como para justificar colocarlos en la misma estantería conceptual.

A renglón seguido de la introducción, lo primero que se estudia (seguimos el orden del artículo) es el reto que plantea el transhumanismo. A continuación, el autor, en el siguiente apartado, expone las demandas de justicia transgénero. Finalmente, dedica un largo capítulo — como un treinta o cuarenta por ciento del artículo — a la tecnología digital y el capitalismo de la vigilancia y la atención. Termina con una conclusión que — también pensando en quienes todavía no conozcan el artículo — sintetiza muy cumplidamente el trabajo:

El transhumanismo, el discurso transgénero y el digitalismo expresan demandas de emancipación y justicia que deben ser atendidas. Sin embargo, los tres fenómenos

** Presentación oral al seminario permanente Café en Compostela, sesión del 17 de abril de 2021. Se ha preservado la oralidad de la exposición. Las citas son las estrictamente necesarias.

pueden arrojar un resultado más injusto que el que pretendían combatir en la medida en que, como se ha ido viendo, se sustentan sobre lo que Marcel denomina el espíritu de abstracción. Desde esta hegemonía de la abstracción la realidad queda reducida a simple número, y el pensar a pensar calculante. Desde este presupuesto, la realidad pierde cualquier significado y se convierte en puro material de trabajo a disposición de la insaciable capacidad de deseo del individuo humano. El ser humano se convierte en una voluntad en movimiento permanente y sin dirección alguna, incapaz de dar una respuesta satisfactoria a lo más valioso que encuentra en él. Partiendo de esos presupuestos se desencadenan necesariamente tres efectos perversos: estimar cualquier deseo como igualmente valioso (e igualmente irrelevante); considerar que la existencia humana no tiene otro sentido que la satisfacción ilimitada de los deseos; y convertir la tecnología, una vez la realidad ha desaparecido disuelta en un océano de datos organizados matemáticamente, en la proveedora universal de esos deseos. El efecto

final es la liquidación del ser humano concreto y la perpetuación de las desigualdades por obra del tecnocapitalismo. Para superar las carencias evitables que limitan el desarrollo humano sin incurrir en el transhumanismo; para conseguir la igualdad efectiva entre todas las personas con independencia de la identidad u orientación sexual personal sin tener que imponer a todos la filosofía *queer*; para crear un entorno digital que sirva a la mejora de la vida de las personas y las sociedades sin tener que vivir sujetos a la vigilancia y condicionamiento de nuestra existencia, urge recuperar el sentido de lo real, desactivar el paradigma tecnocrático y poner en el centro de atención colectiva la satisfacción de las necesidades básicas de todos y cada uno de los seres humanos concretos. Es decir, resulta imperioso sustituir el espíritu de abstracción por la apertura a la integridad de lo real, reconociendo el valor inconmensurable de cada ser humano en su singularidad, su condición vulnerable e interrelacional, y las exigencias universales e inapelables de justicia (Bellver, 2021, pp. 228-229).

1. Valoración global

Estamos ante un artículo importante, original y ambicioso que tiene muchas cosas buenas. Basta leerlo para apreciar sus virtudes. Está bien escrito y resulta fácil de leer. La bibliografía es la pertinente y está actualizada. Tiene también otro importante mérito, que es tender un puente, buscar un mínimo de terreno común para dialogar con todos (no tanto con los digitócratas, pero, siendo realista, yo no lo criticaría por eso). El profesor Bellver no vacila en adentrarse en los terrenos del feminismo y el discurso transgénero y hablar su lenguaje. Según mi opinión, que puede ser errada porque estamos ante un típico terreno prudencial, se le puede formular un puñado de objeciones. Las agruparemos según los siguientes

criterios: primero, objeciones derivadas de la manera de trabajar (no ignorando lo subjetivo y resbaladizo de ese terreno); segundo, objeciones relacionadas con la manera de ver el derecho, la política y la historia; tercero, objeciones relacionadas con la corrección política (sobre todo al tratar del movimiento LGBTI). El artículo, que es abarcador y complejo, contiene realismo (numerosas referencias a la realidad), pero también relativismo (dar por buenos los acuerdos, normas y criterios actuales), a veces es “blando” y otras es “duro”, por todo lo cual es difícil juzgarlo con toda justicia. Ustedes dirán si lo he conseguido.

2. ¿Cómo trabajamos?

Sencillo: cada investigador como desea. No soy partidario de la existencia de una metodología obligatoria; casi ni siquiera de ninguna metodología orgánicamente articulada. Cada autor escribe como le parece. Con todo, el *cómo* puede repercutir en el *qué* y por ello sugiero comentar las siguientes críticas, matizaciones u objeciones.

2.1. La primera objeción es que el profesor Bellver trata estos tres grandes problemas como tres cuestiones muy relacionadas. Yo diría que hay una relación entre el movimiento transgénero y el transhumanismo, pero poca con el digitalismo, que podría desarrollarse igualmente aunque no existieran los otros movimientos. No se puede negar que en alguna medida el digitalismo los facilita o sirve como instrumento (en particular, al transhumanismo), pero no veo una conexión tan necesaria. El digitalismo puede aplicarse a muchos asuntos más, como la producción industrial, la vigilancia (en la que Bellver insiste) o la navegación espacial. Acercando la lupa, incluso podría cuestionarse la unidad conceptual del apartado IV (“Las demandas de justicia transgénero”, porque está ocupado sobre todo por el discurso LGBTI) pues muchos homosexuales no comparten (y, sobre todo, no compartían) la ansiedad transgénero, que es un planteamiento muy reciente.

Los tres discursos aparecen como un capítulo de la rebelión de las masas originado en unos justos deseos de emancipación, una justa rebeldía¹ que, por cuestiones que se explican en el artículo, termina por descarrilar y causar daño. Bellver llama repetidamente la atención sobre los riesgos en la implementación². Yo diría que en los tres casos (con la excepción parcial

del feminismo más básico) estamos ante capítulos de la llamada “revolución de las élites”, que diría Lasch (1996). ¿Cuántos de esos movimientos —les pregunto a ustedes— tienen un origen popular o sirven a los intereses y necesidades cotidianas de, pongamos, el 75 por ciento de la población? ¿Tuvo el concepto “género” un origen siquiera remotamente popular? ¿Hay, incluso en nuestros días, grandes masas de la población mundial que se reconozcan espontáneamente en aspectos como el carácter meramente cultural y fluido del género?

En cuanto a la amplia parte final dedicada a la digitocracia, debe notarse que es diferente en fondo y forma. Tendría sobrada entidad para ser un artículo independiente.

2.2. La segunda objeción es que el artículo es una crítica de la abstracción... formulada en términos considerablemente abstractos. El artículo es muy abstracto excepto (y solo algo menos) en el apartado V (tecnología digital). No sé si el autor y yo entenderemos cosas distintas por “abstracto” y “abstracción”; como no soy filósofo, estoy dispuesto a rendirme si me dan argumentos suficientes. Hablando en general considero que hay abstracción cuando el discurso tiene muchas proposiciones generales y poco *ubi, quando y quantum*, cuando el razonamiento no se aplica a los casos, cuando no se ponen ejemplos concretos (y a ser posible, reales, para empezar, de jurisprudencia), de sucesos, acciones, cosas y personas concretas que hacen algo concreto: “La vaca es de Aulo Agerio y no de Numerio Negidio”, la sentencia de Maastricht del Tribunal Constitucional alemán dijo esto y no lo otro, según la fuente X, en el siglo I a.C. había aproximadamente un X por ciento de personas incómodas con su sexo. Y así sucesivamente.

¹ “Se sustentan en una demanda de justicia difícil de cuestionar” (Bellver, 2021, p. 201).

² Por ejemplo, hay que “identificar las eventuales semillas suicidas escondidas en las entrañas...” (Bellver, 2021, p. 206).

O sea, lo que les propongo para estudiar este tipo de problemas es un planteamiento historicista, prudencial y de “dar a cada uno lo suyo”, típico del derecho. Por el contrario, cuando se dice —por ejemplo— que “urge (...) poner en el centro de atención colectiva la satisfacción de las necesidades básicas de todos y cada uno de los seres humanos concretos” (Bellver, 2021, p. 229) se está incurriendo en abstracción.

2.3. Otro planteamiento que yo diría discutible es “jugar en el campo de ellos”, con las reglas de ellos y sin árbitro imparcial. Digo “campo de ellos” por entender que nuestro autor no lo considera propio, para lo cual creo que hay bastante fundamento en todo el artículo, sobre todo al principio y en el apartado sobre digitalismo. No queda completamente claro, en cambio, si considera al movimiento LGBTI (no *queer*) y a lo más básico del transhumanismo como un acervo cultural que es común o que al menos debe ser aceptado por todos. Lo lógico, desde mi punto de vista, sería jugar un partido en el campo ajeno, pero el siguiente en el propio; siempre con reglas no dictadas por ninguno de los dos contendientes y con árbitro imparcial. Habla con su lenguaje y les concede alguna premisa mayor. ¿Por qué decir “género”, particularmente, en español? Usar esa palabra ya parece optar por una determinada visión del sexo (y por lo tanto del ser humano), aquella según la cual no hay tal cosa como dos sexos dados y objetivos.

Desde otro punto de vista, la teoría del género es un caso de libro de imperialismo cultural, como Halloween y Black Friday, pero mucho más grave. Hasta hace bien poco todos creíamos que “género” era un asunto gramatical. Hay diversos ejemplos de hablar su lenguaje y concederles la premisa mayor: “Garantizar la igualdad y reparar...” Si no concediera la premisa mayor, nuestro autor pediría eso también para los heterosexuales, bastante vapuleados últimamente en muchos países. Dejemos ahora que a este lado de la eternidad no se puede *garantizar* la igualdad material, solo la igualdad formal o ausencia de discriminaciones injustas y, en la práctica, ni siquiera esa. Personalmente, agradecería, como varón heterosexual, cisgénero (horrible neologismo

que merecería una dura cárcel, al menos, la muy añorada “Cárcel de Papel”), padre de familia y cristiano, que me garantizaran la igualdad y reprimieran las injustas discriminaciones que padezco.

2.4. Otra objeción, ya aludida, es la abundancia de generalidades y proposiciones del tipo *wishful thinking*, posiblemente un resultado de la abstracción.

Comenzaremos por las generalidades. Ya en los párrafos reproducidos pueden ustedes observar varias. Hay bastantes más, que resultaría imposible de reproducir aquí. Para muestra basta un botón: “a lo largo de la historia siempre encontramos personas que no se han sentido identificadas con su sexo” (Bellver, 2021, p. 214). Una frase así es tan imposible de rebatir como de probar. La idea de identificarse, o no, uno con su sexo es muy moderna, incluso más que la psicología y la introspección; basta ver la literatura. Es muy arriesgado retroproyectar sobre el pasado las categorías actuales porque “*the past is a foreign country; they do things differently there*” (el pasado es un país extranjero; la gente allí hace las cosas de otra manera) (Hartley, 1978). Cuando se descubrió en Roma, a principios del siglo XVII, la escultura del Joven Hermafrodita fue saludada por algunos como afortunado símbolo de la unión matrimonial (lo que uno nunca diría hoy al verla). Julio César, “el hombre de todas las mujeres y la mujer de todos los hombres”, no ha dejado ninguna constancia de incomodidad con su sexo. La discusión de este asunto en la historia podría resultar interminable. ¿Cuántos ejemplos reales podemos aducir de personas que en el siglo V antes de Cristo, o en el V o el XV después de Cristo hayan dejado constancia de estar incómodas con su sexo? No pretendo ni siquiera intentar probarles que eso no haya ocurrido (sería una *probatio diabolica* y además seguramente habrá ocurrido un número X de veces). Dudo que fuera un sentimiento difundido entre la gente común porque es un planteamiento reciente. Pretendo solo cuestionar la procedencia de construir una argumentación sobre tal base. Hasta el siglo XIX no existieron las ideologías. Las personas, hicieran cosas buenas o malas (probablemente ambas), no tenían una mirada ideológica. Vicente Bellver, al jugar en el terreno

LGBTI y con su lenguaje, viene a razonar también, hasta cierto punto, ideológicamente³.

En cuanto a las proposiciones de *wishful thinking*, tampoco escasean. “Desde luego, una adecuada regulación sobre acceso y uso de estas tecnologías [las del transhumanismo] podrían evitar [la] división social” (Bellver, 2021, p. 201)⁴. “Como consecuencia [del discurso transgénero] se están produciendo graves fracturas que (...) podrían ser superadas con un diálogo más abierto entre las visiones enfrentadas” (Bellver, 2021, p. 202). “Procede, por ello [en casos de niños que no se identifican con su sexo original], un diálogo sosegado que (...), permita alcanzar consensos amplios sobre el modo de proceder” (Bellver, 2021, p. 217)⁵.

El diálogo es inherente a la academia y el profesor

Bellver busca valientemente un lugar de encuentro para posibilitarlo. Pero para iniciar un diálogo se precisan dos —aunque después, para romperlo, baste uno—. En 2004, Ratzinger y Habermas dieron al mundo una lección de dialogar y un placer intelectual en una tarde de la Academia Católica de Baviera. En una materia tan caliente como la que nos ocupa, y con la actual polarización, ¿dónde buscar, en 2021, el Habermas con el que hemos de discutir? Deseo suerte al profesor Bellver en este empeño. Dialogar con aquellos para quienes todo lo que deja de estar prohibido pasa a ser obligatorio, puede no ser fácil. En cualquier sociedad la acción humana se reparte en tres terrenos: lo prohibido, lo no prohibido (único terreno libre) y lo obligatorio. La corrección política ha conseguido que lo no prohibido sea obligatorio, reduciendo así drásticamente el terreno libre, el de lo no prohibido-no obligatorio.

3. Objeciones relacionadas con la manera de ver el derecho (y con él la dignidad, la igualdad y los derechos), la historia y la política

3.1. En este capítulo hay un buen puñado de cuestiones. Les propongo que comencemos por la visión del derecho y de la política, asunto muy transcendente y general. Cuando los estados son “iglesias”, con “religiones de estado” (expresión que usa él mismo) y proposiciones “religiosas” o cuasi religiosas es inevitable que el derecho y la política se resientan, y esto en su origen es muy anterior a las cuestiones transgénero.

En el artículo se habla como si se pudieran conseguir metas absolutas: perfección, igualdad plena y efectiva, ausencia total de discriminación —de toda discriminación— perfecto consenso... Algún ejemplo:

Procurar la igualdad efectiva entre todos los seres humanos (Bellver, 2021, p.198)⁶.

³ Estoy considerando al movimiento LGBTI como una ideología no porque lo sea en el mismo sentido que el marxismo (u otras), sino porque es un discurso muy articulado que ofrece respuestas para muchas cosas y mensajes transversales acerca de un amplio abanico de asuntos humanos. “Algunas de las políticas impulsadas desde esa filosofía [la *queer*] pueden percibirse como dogmáticas [...P] roponen una completa revisión de las relaciones sociales, que se proyecta sobre la escuela, el trabajo, la asistencia sanitaria, los medios de comunicación, los propios hogares y la vida social en su conjunto” (Bellver, 2021, p. 215).

⁴ Si la regulación merece el adjetivo “adecuada” y no “inadecuada” es de suponer que será buena.

⁵ Cabe preguntarse si, una vez alcanzado ese consenso amplio (¿a qué llaman consenso amplio las agencias de la ONU?), se impondría a los padres. Pero esa es otra cuestión.

⁶ ¿Efectiva y entre todos? Por procedimientos constitucionales y liberales, a este lado de la eternidad no será fácil.

Cabría fijar un límite infranqueable para evitar que Fausto caiga en manos de Mefistófeles: no aceptar la filosofía posthumanista (Bellver, 2021, p. 210).

Para conseguir que estos avances sociales se consoliden como una auténtica conquista de la libertad y la igualdad, y no se acaben convirtiendo en imposición ideológica, se precisan cuatro tipos de acciones: garantizar una igualdad real entre todas las personas, sea cual sea su identidad y orientación sexual; reparar, en la medida de lo posible, las injusticias cometidas con las víctimas; promover un entorno social plural e inclusivo, que garantice el respeto social hacia los distintos modos de vida sin cercenar las libertades de conciencia, pensamiento y expresión; y, finalmente, reconocer el derecho superior de los padres a la educación moral de sus hijos (Bellver, 2021, p. 216).

...Urge recuperar el sentido de lo real, (...) poner en el centro de atención colectiva la satisfacción de las necesidades básicas de todos y cada uno de los seres humanos concretos. (...R)esulta imperioso sustituir el espíritu de abstracción por la apertura a la integridad de lo real, reconociendo el valor inconmensurable de cada ser humano (...) y las exigencias universales e inapelables de justicia (Bellver, 2021, p. 229).

¿De todas y cada una de las personas, realmente? ¿Cuáles son esas exigencias de justicia “universales e inapelables”? ¿Quién y cómo hará justicia? ¿La hará por medios jurídicos, políticos o culturales? La política, como tal, no se ocupa de metas absolutas, como insistía Sir Bernard Crick⁷. Aspirar a metas absolutas por medio del derecho y de la política conduce a la incapacidad, típica del poscristianismo, de vivir con la imperfección y por lo mismo a la intolerancia también propia del moralismo poscristiano. “Post-Christian moralism is terrible, demanding, unforgiving”⁸. (Huelga decir que eso

no se refiere al Prof. Bellver ni hay en su texto nada de eso). Los efectos negativos de la absolutización de unas metas y su persecución a cualquier precio y por cualquier medio pueden verse en otros terrenos menos sensibles, como la dura y anticonstitucional legislación española contra el blanqueo de dinero y el terrorismo. Incluso la eliminación total y absoluta de toda violencia bélica en todo el planeta, que en principio parece lo más deseable, implicaría muchos problemas (Schall, 2017).

Pero en bastantes lugares plantea metas, actitudes, leyes y regulaciones demasiado buenas para ser ciertas y que si alguien decidiera perseguirlas a todo precio podrían dar lugar a esos problemas. Por el contrario, no plantea (o yo no he visto) mundos imperfectos pero tolerablemente habitables, defectuosos pero no malos, que es el medio ambiente propio del ser humano y del derecho. Vean algunos ejemplos:

Desde luego, una adecuada regulación sobre acceso y uso de estas tecnologías podrían evitar esa división social. Incluso algunos defensores del transhumanismo... (Bellver, 2021, p. 201).

... Graves fracturas que, sin embargo, podrían ser superadas con un diálogo más abierto entre las visiones enfrentadas (Bellver, 2021, p. 202).

La tecnología digital trae consigo problemas que, “sin embargo, podrían ser parcialmente contrarrestados, a nivel social, con regulaciones adecuadas y, a nivel personal, con una educación digital que facilite el acceso virtuoso” (Bellver, 2021, p. 202).

Nuestra meta (...) es lograr que el conocimiento tecnocientífico (...) se ponga al servicio del objetivo (de la Agenda 2030 (...): no dejar a nadie atrás. Extendiendo su misión, cabría decir que ese conocimiento debe

⁷ Bernard Crick (1927-2008), socialista inglés, escribió el famoso librito *In Defence of Politics*, reeditado muchas veces. Miembro de la British Humanist Association. Tenía cultura clásica y mucho sentido común.

⁸ “El moralismo post-cristiano es terrible, exigente y no perdonador” (Snell, 2021).

estar al servicio de deseos acrisolados por su razonabilidad (Bellver, 2021, p. 213).

Procede, por ello, un diálogo sosegado que, reconociendo la dificultad en la que se encuentran muchos de estos niños (con problemas de indefinición de sexo) y atendiendo a las evidencias científicas y clínicas disponibles en cada momento, así como a las experiencias más exitosas de acompañamiento, permita alcanzar consensos amplios sobre el modo de proceder (Bellver, 2021, pp. 216-217).

Garantizar la igualdad y reparar las injusticias en materia de orientación, expresión e identidad sexual resulta imprescindible... (Bellver, 2021, p. 217).

El derecho debe siempre ser realista. El derecho ideal no existe. Nunca los españoles serán “justos y benéficos”, como decía la magna carta de 1812, una mala Constitución salvada del olvido por haber caído bajo Fernando VII. Nunca se dará eso y no se deben hacer planes sobre una base de ese tipo, como, por ejemplo, que algún día la tecnología transhumanista se llegue a conducir “según deseos acrisolados por su razonabilidad”.

Como juristas —decimos— debemos partir de la realidad: siempre habrá conflictos (esperemos que manejables por el derecho), siempre habrá delitos (esperemos que sean pocos); las leyes nunca serán todas buenas, justas ni legítimas (últimamente, cada vez menos), siempre habrá un cierto grado de incumplimiento de las leyes (lo contrario implicaría totalitarismo), quienes tienen poder siempre tenderán a abusar, no todos los jueces serán imparciales, siempre habrá algún policía corrupto (y muchos que cedan a la tentación de abusar de su posición, por ejemplo, con el Covid); la mayor parte de los defensores de un planteamiento intentarán llevar el agua a su molino y si están en una posición de fuerza quizá no dialoguen; muy pocas personas vivirán al cien por cien según sus propias convicciones; nunca faltará un automovilista borracho, drogado o mal dormido...

O sea: la sociedad nunca estará formada por ángeles. Si lo estuviera, sobraría el derecho; si todo funcionase a la perfección, sobraría la constitución, que se inventó porque Locke, Montesquieu y los *Founding Fathers* eran muy realistas y sabían que el poder corrompe (Lord Acton). Pero la sociedad tampoco estará nunca formada por demonios. El derecho romano, como el *Common Law*, siempre ha partido de que hay conflictos; los codificadores continentales partían de que podían hacer un ordenamiento racional de la sociedad que se cumpliría y traería la paz social. La Constitución norteamericana es muy corta, trata muy pocas cosas y tiene unos mecanismos pensados para casos de conflicto. Muchas constituciones europeas y latinoamericanas son ejemplos de constitucionalismo académico. Una vez en vigor, el constitucionalismo español da por supuesto que no hay otra cosa que hacer. Aunque las constituciones suelen tener metas inalcanzables (derecho a la alimentación sana y equilibrada, a la vivienda) solo se prevé que se cumplan, no que no tengan fallos. Por eso en cuanto llegan las primeras borrascas y la Constitución malamente capea el temporal, los españoles se llevan las manos a la cabeza como si fuera enteramente inesperable. En 1978, ¿era impensable que surgieran independentismos periféricos? ¿Que el Poder Ejecutivo no respetaría la independencia del judicial? ¿Que la politización lastraría el Tribunal Constitucional? ¿Que el pleno empleo nunca se alcanzaría? ¿Que los derechos sociales nunca se podrían garantizar?

3.2. ¿Qué visión de la historia profesamos? (Los sujetos históricos autojustificados). Lo que les sugiero considerar a continuación tiene que ver con la percepción de la historia común hoy entre muchas personas, se diría que también el autor de este artículo. Hemos recordado que en el pasado, aquel país extranjero, la gente veía las cosas con otras gafas, así que según nuestro ilustrado guía del Louvre, hacia 1620 una escultura hermafrodítica podía ser interpretada en un ambiente católico, tridentino y contrarreformista (pero no puritano, el puritanismo nacía más o menos entonces entre los protestantes británicos) como ejemplo de la *una caro* (una sola carne) del matrimonio cristiano.

En el artículo que criticamos, las personas que aproximadamente caben bajo la denominación LGBTI (si he leído bien se excluirían las que caen bajo Q y +) parecen constituir una especie de sujeto autónomo y autoconsistente; un colectivo histórico maltratado que disfruta de una genérica presunción favorable y debe pasar a ocupar el lugar que le es debido. Parece como si no tuviera que justificarse y que todos los demás tenemos hoy la carga actual de reparar todas las injusticias que hayan padecido, que no habrán sido pocas. Se le podrían aplicar las palabras de Lewis acerca del proletariado: "... en todos los países (...) ha sido halagado durante muchos años [en nuestro caso, mejor "están siendo halagados últimamente"]. Están convencidos de que sea lo que sea lo que esté mal en el mundo, no pueden ser ellos. Alguien distinto debe ser culpable de todos los males" (Lewis, 2017, p. 78).

Esto no es un problema exclusivo de los LGBTI, sino de la visión histórica actual, quizá de las "categorías de pensamiento del hombre moderno" que el agudo C.S. Lewis detectaba en el articulito de ese título de 1946. Sería una aplicación de esa categoría al caso que nos ocupa. En cuanto al proletariado sabemos que para los marxistas (y, con el tiempo, para muchos más) era así. Pero los no marxistas, y en particular los liberales en sentido político, hasta no hace mucho no tendrían, en general, a ver los grupos de esa manera. Tal vez porque se concedía más papel a la libertad y a la responsabilidad humana o por tener menos conciencia social o por otras causas. Hoy, cuando el proletariado ya no es un actor histórico, quizá esté sucediendo eso también —por ejemplo— con los emigrantes, que también parecen justificados de antemano como un grupo autoconsistente que tiene derecho a ir a donde desee (aquí sí se aplicaría "mi deseo, mi derecho", por ser un grupo con viento en popa) y al que todo, o mucho, le es debido allí donde deseen entrar. Por favor, entiéndanme: está fuera de duda mi seria obligación moral de ayudar al inmigrante que pide limosna a la puerta de mi parroquia, que los países ricos, y especialmente las antiguas potencias extractivas coloniales, deben ayudar al desarrollo endógeno de esas amplias zonas de África y que los Estados y las

personas ricas que invierten fabulosas sumas de dinero en aventuras espaciales atentatorias al sentido común deberían dedicarlo a otros fines, como alimentar y dar techo a la gente, que, además, cuesta muchísimo menos. Pero —les pido perdón por personalizar— yo también he sido emigrante (unos cuantos en mi familia lo han sido, como tantos millones de gallegos que experimentaron el desprecio y los insultos) y nadie me ha tratado como miembro de un sujeto colectivo histórico ni como un acreedor automático de derechos.

3.3. Dentro de la visión de la historia hoy dominante, hay todavía otros aspectos señalables como las tendencias al "meaculpismo" y a reavivar las memorias históricas. Muchos de nosotros (según la edad y el lugar) hemos visto desprecios e insultos a los homosexuales. Ciertamente, pero ¿somos todos responsables por ello hoy? La responsabilidad es siempre concreta y personal. Puede ser que ningún homosexual haya tenido queja de nosotros y que incluso hayamos tenido amistad con algunos. Más de uno no está cómodo con el ruido LGBTI. Y, por otra parte, en el año 2021, ¿no es el colectivo LGBTIQ+, a pesar de su reducido número, un privilegiado en las organizaciones internacionales, en la administración Biden, en España y en tantos otros sitios? ¿No tiene el discurso homosexual y transgénero más acceso a los medios o más presencia en los estudios universitarios que el discurso heterosexual? ¿Qué dicen, por ejemplo, los comités de la ONU? ¿La Unión Europea? ¿Defienden alguna vez la familia heterosexual, sin atacar a nadie? Lo último tampoco parece hacerse, al menos expresamente, en este artículo. Decir, hoy, que están oprimidos en muchos países occidentales y que no hay que conformarse con lo conseguido, ¿no será como pedir nuevas medidas contra las inundaciones en el Sahara? Junio es el *Pride Month* en muchos de esos países occidentales; un mes entero que oficialmente las instituciones públicas y las grandes multinacionales celebran en sus páginas web (excepto en Oriente Medio; huelga decirlo) mientras que Biden manda a sus embajadas desplegar esa bandera. ¿Tienen un mes las madres, los padres, los abuelos, los heterosexuales, las familias? O bien, ¿tienen los heterosexuales alguna

posibilidad legal, hoy, de dar a sus hijos la educación que deseen, incluso explícitamente heterosexual? En España, aunque los heterosexuales y “cisgénero” sean la gran mayoría, no.

¿Han sido las personas homosexuales maltratadas a lo largo de la historia? En un número de casos imposible de concretar, pero con toda seguridad no pequeño, indiscutiblemente. Pero no es menos cierto que en Grecia y Roma hubo muchos homosexuales no maltratados. La historia es muy larga y ancha y no se debe juzgarla retroproyectando conceptos actuales, como la incomodidad con el propio sexo. Lo único que podríamos exigir a nuestros antepasados de aquel “país extranjero”, en este aspecto como en otros (por eso es un problema general), es que se comportaran como un *bonus paterfamilias* de la época. Como siempre, muchos no habrán llegado a ese nivel. Pero exigir más es antihistórico, es injusto y es no conocer la humanidad. Arrojar al puerto de Bristol la estatua de Edward Colston (1636-1721), como se hizo en 2020 durante la fiebre de Black Lives Matter, porque era traficante de esclavos (y otras cosas, como filántropo) es ridículo, aunque esa ocupación nunca haya sido la más elevada posible. El guía que Dante elige para conducirlo en la segunda parte de la Divina Comedia es Virgilio, homosexual. No lo elige como tal, sino como representante de la recta razón natural precristiana pero no vacila en llamarle “dulcísimo padre” (Purgatorio, canto XXX, v. 50; recuérdese que la Divina Comedia es, para muchos, casi como la suma teológica literaria). Podemos especular: puede ser que en los mismos años que Dante escribía hubiera personas en Florencia que maltrataban a los homosexuales. O puede ser que no. O que estuvieran más o menos aceptados. O que se comportaran con discreción. O que los hubiera discretos y aceptados e indiscretos y rechazados, o bien unos nacidos con esa tendencia y otros que la descubrieran, como César cuando fue a

Asia, tras un hartazgo de experiencias femeninas. Si lo deseamos podemos sin dificultad convertir esto en una especulación interminable y sin sentido, como muchas memorias históricas.

Yo no tengo que responder de ninguna de las cosas malas que hicieron los españoles en América porque no las apruebo y porque todos mis antepasados que fueron a América lo hicieron en el siglo XX. Lamentablemente, y por lo mismo, tampoco merezco crédito por la ingente cantidad de cosas buenas que hicieron. Puedo participar de esa cultura, pero eso es muy distinto de tener una verdadera responsabilidad. No volveremos ahora al importante hecho antes señalado de que pasar por alto o abstenerse de condenar una cosa mala no es aprobarla y en nuestra vida real los padres y los profesores lo hacemos todos los días. Así lo muestra la experiencia. Es imposible condenar todo lo reprochable y menos todavía sancionarlo, y ni siquiera debería intentarse. Desde este punto de vista —de nuevo, como en otros—, estamos en una cultura cada vez menos liberal en el sentido literal.

3.4. Otra objeción reseñable es el insuficiente papel de la naturaleza tanto de las cosas como de las personas. Ciertamente, Bellver repetidas veces habla de lo real, la realidad y el respeto que merecen⁹. Las referencias a lo real y la realidad no escasean pero —si hemos leído bien— no compensan la impresión de relativismo y subjetivismo en el apartado sobre transgénero y LGBTI. Mi impresión del conjunto del artículo, excepto en la parte dedicada a la digitocracia, no es de realismo, no es de que “*res sunt*”, las cosas, son, ni de que debamos guiarnos por la naturaleza. En el apartado “Las demandas de justicia transgénero”, temas que implican pronunciamientos que afectan notablemente a la naturaleza humana, esta aparece poco. Si respetamos la naturaleza y aceptamos que debemos guiarnos por ella, hay que admitir que el aparato reproductor masculino se

⁹ Un ejemplo de las diversas ocasiones en que aparecen la realidad y lo real: “Ahora bien, las tres [tendencias referidas] parecen sustentarse en negar la existencia de una realidad significativa para el ser humano” (Bellver, 2021, p. 208, *in fine*; “Los efectos inmediatos de vivir negando la realidad son literalmente letales, tanto para el individuo como para la naturaleza”).

relaciona con el aparato reproductor femenino. Lo que Bellver dice de “lo dado, ontológico” y el respeto que se le debe (Ballesteros, 2017, en Bellver, 2021, nt. 21), no se refleja suficientemente, de forma que —entiendo— más de un lector desavisado podría deducir que homosexualidad (versión no *queer*) y heterosexualidad son aproximadamente intercambiables. Si una puede generar hijos mientras que la otra, por definición (esto es, no por casualidad, enfermedad o accidente), no, ¿cómo pueden ser indiferentes o intercambiables? No es una cuestión solo moral (lo que tampoco sería despreciable). Afecta a terceros¹⁰, como los niños adoptados, y por tanto también es jurídicamente relevante.

Lo que estoy diciendo no tiene que ver con la libertad de las personas para hacer lo que deseen en sus vidas personales. Personalmente (y seguramente ustedes están en la misma situación) no tengo la menor idea de lo que los vecinos de mi bloque de viviendas hacen en sus alcobas, no me importa lo más mínimo y no pienso hacer el menor esfuerzo por averiguarlo, ni nadie me ha dado tal encargo. En una comunidad política realmente liberal debería bastar con responder que para ello no tienen que pedir mi permiso, sin más. Todos merecen mi respeto. Ahora bien, si me explicaran lo que hacen (y espero que no se les ocurra) seguramente unas de sus acciones merecerían aprobación y otras, no, porque las cosas *per se* —i.e., no porque lo diga una ley ni una convención— no son indiferentes¹¹. Es muy difícil para el hombre actuar

de una manera que sea cien por cien indiferente desde un punto de vista moral, salvo en asuntos triviales o procedimentales puros. Al lector (al menos a quien les habla) no le queda suficientemente claro si hay diferencia objetiva entre el bien y el mal excepto cuando Bellver menciona los excesos de la ideología *queer* y cuando critica al capitalismo digitocrático, donde concreta bastante más y se comporta casi como un cruzado (y con toda razón; si lo desea, puede apuntarme a esa cruzada).

3.4. En cuanto a la concepción de los derechos —y, con ellos, la dignidad, la igualdad y la emancipación (ap. IV, párr. segundo)— merece comentario aparte¹². Hacia el final del apartado IV escribe:

Entiendo que una actitud más desprejuiciada y abierta a la riqueza de lo real (...) puede ser la mejor base para consolidar lo conseguido y evitar retrocesos inadmisibles. Entre lo conseguido en algunos países del mundo, pero todavía lejos de su consolidación universal, está el amplio acuerdo para lograr la plena igualdad entre varones y mujeres y para acabar con todas las formas de violencia y exclusión por razón de la orientación sexual y la identidad de género (Bellver, 2021, p. 223)¹³.

¿Qué idea de los derechos humanos late en este artículo? Por un lado, el autor es consciente de que

¹⁰ Un criterio tan importante que para John Stuart Mill puede justificar la interferencia en la libertad del individuo (Mill, 1989, p. 13). Para el derecho, la afectación a terceros (especialmente, inocentes) siempre ha sido una frontera decisiva; por principio, siempre los ha protegido.

¹¹ En la nota 78, Bellver (2021) dice: “Conviene aclarar que no estoy dando por supuesto que negar la existencia de un derecho a la identidad de género y el rechazo moral de la conducta homosexual vayan de la mano. Es obvio que muchas personas defienden la impecable moralidad de las conductas no heterosexuales y no comparten, en cambio, la visión del género como una vivencia asociada al deseo”. Por la parte en que está, entiendo que Bellver defiende el derecho de quienes consideren la conducta heterosexual moralmente superior, a manifestarlo así. Pero sería otro ejemplo de la insuficiente relevancia de la realidad, la naturaleza y lo justo natural. El tenor del artículo da la sensación de que no hubiera conductas requeridas por la naturaleza humana; como si no hubiera una “idea verdadera del hombre” (Pieper), o bien, aun habiéndola, no tuviera claras consecuencias para el derecho y la ética.

¹² Según se dice al inicio, “los tres fenómenos (...) se sustentan en un discurso de emancipación y justicia para la humanidad (...); en una demanda de justicia difícil de cuestionar” (Bellver, 2021, p. 201).

¹³ La consolidación realmente universal de casi cualquier objetivo tropieza con la libertad y las culturas de todos los implicados. Debemos saber convivir con la imperfección (en la realidad, ya convivimos con la imperfección... China en materia de derechos humanos). Hay todavía una decena de países que castigan la homosexualidad con la muerte (al menos, en teoría) y otros que también la castigan, aunque menos, pero ninguno en Europa ni América. Que en un país maten a uno no le da un derecho automático a un privilegio en otro país. ¿Se justifica, entonces, que a los desvalidos heterosexuales de aquí se nos amoneste tanto? ¿O que no se argumente en defensa de la familia?

“en ocasiones, se plantean algunas demandas desde esos colectivos [LGBTI] que pueden resultar discutibles y difíciles de cobijar bajo el manto de los derechos humanos”. Por otro lado, ¿qué es “lo conseguido”? Si es que una mujer pueda ser presidenta de la Comisión Europea, primera ministra británica y canciller de Alemania, es un logro histórico. Si es que una persona homosexual conviva libremente con quien desee sin que el derecho Penal le castigue, no será quien me oponga, ni necesita mi permiso, aunque eso no implica que lo apruebe (de nuevo: entre no aprobar, condenar y castigar hay un gran trecho). Pero en nuestra vida real de 2021 —única relevante ahora—, dentro de “lo conseguido” en muchos países también están los *hate crimes*, la posibilidad de entregar un niño en adopción a una pareja homosexual, que el derecho no permita contraer una unión heterosexual o que los padres no puedan elegir la educación sexual de sus hijos. ¿En cuál de esos aspectos no deben darse “retrocesos inadmisibles”?

En general la idea de los derechos que parece latir en este artículo me parece poco realista. En ocasiones habla de los derechos como fruto de nuestros deseos: ve la clave del problema en el satisfacer deseos sin límites (Bellver, 2021, p. 197). Esta opinión (mis derechos son mis deseos revestidos de ropaje jurídico), que hoy es frecuente, vale solo para unos pocos derechos (a menudo en los terrenos del sexo, el consumo, los derechos de los estudiantes ante sus profesores o las identidades). Pero eso es más bien una creación o inducción, que solo se da en esos terrenos. En el resto, lo que vemos a diario es una disminución de los derechos y de la libertad junto con un aumento de la represión, la vigilancia y el control, como él mismo subraya a propósito de la digitocracia.

Vicente Bellver se proclama antropocéntrico en repetidas ocasiones y no hay por qué dudarlo. Sin

embargo, quizá del tenor de su artículo no resulte tan claro. ¿Por qué? Porque, en primer lugar, el sujeto de los derechos tampoco está completamente claro, como se deduce del hecho de que coloque la no discriminación entre varón y mujer en el mismo plano que la no discriminación por orientación sexual y la identidad de género elegida o alterada cuando uno lo desea.

En segundo lugar, ese antropocentrismo choca con la fragmentación de los derechos que él acepta aunque haya demostrado ser, ya desde la creación de los derechos sociales (que, en comparación con los actuales, resultan inocentes), negativa para la solidez y autoconsistencia de los grandes derechos (para no hablar de los no tan grandes). Si los derechos humanos son los del hombre por ser hombre, no los tendrá un anciano por ser anciano ni un estudiante por ser estudiante ni una persona LGBTI por ser LGBTI. La fragmentación es, a la larga, fatal para la unidad conceptual de los derechos tanto humanos como constitucionales. Incluso más: la comunidad política y su constitución no pueden soportar una proliferación indefinida de sujetos particulares acreedores de especial protección (a menudo, grupos o identidades) porque acabaría tendiendo a la fragmentación de la propia comunidad política, como ya vemos en la realidad con el auge de las políticas de identidad y los efectos que están teniendo. El resultado no podrá ser otro si aceptamos la fragmentación¹⁴. Este reproche no se mantiene cuando el autor critica la tecnología digital, terreno en el que Bellver es —en mi opinión— no solo más combativo, sino también más sensato y realista y no se deja convencer por enunciados formales: “La protección de los datos personales se ha convertido en la mayor mascarada jurídica de las últimas décadas, pues todavía nos mantiene en la ficción de que existe un derecho a la intimidad debidamente protegido, cuando hace tiempo sabemos que el capitalismo de la vigilancia se sostiene

¹⁴ Bellver parece aceptarla: “La lucha por el reconocimiento de la igualdad en derechos de todas las personas ha dado un paso de gigante en las últimas décadas al concretar esa exigencia abstracta de igualdad para todos los seres humanos en exigencias concretas para colectivos históricamente excluidos del disfrute de los derechos: mujeres, niños, personas con discapacidad, minorías raciales o religiosas, personas homosexuales, bisexuales, transgénero o intersexuales” (2021, p. 215).

en la liquidación de ese derecho” (Bellver, 2021, p. 227). al antropocentrismo?

No habla así en otros apartados.

Por descontado, la digitocracia es muy poco antropocentrista. Pero los derechos, con esos cambios en su sujeto, ¿seguirán siéndolo? La respuesta convencional —como la de los *mainstream media*, el *New York Times*, *The Guardian* o lo equivalente local— es que sí y que la democracia y la libertad gozan de salud. Pero no queda claro. El antropocentrismo parece estar declinando desde hace algún tiempo. Los verdaderos derechos humanos son (o eran) antropocéntricos por definición; los constitucionales importantes, también. La bajada del hombre de su trono tiene otros aspectos bien visibles, como los derechos de los animales. Bellver, 2021, 200); “el gran perdedor ha sido el ser humano de carne y hueso, que parece haber recibido la puntilla que le faltaba para exhalar su último aliento como centro del universo” (Bellver, 2021, p. 205)¹⁵. Pero al desarrollar el apartado IV, sobre las demandas de justicia transgénero, ese planteamiento no brilla con luz propia. Algo así como si el artículo fuera antropocéntrico (se dice así muchas veces), pero no en todo por igual o como en compartimentos estancos. Lo último no sería raro porque, como les dije, en realidad hay al menos dos artículos en este artículo.

La tecnología digital no es antropocéntrica; no hace falta insistir en ello. Pero es que lo mismo puede decirse del mundo actual en general tras haberse entregado a dos fuerzas sin cabeza ni corazón, la economía (en especial en su versión de capitalismo financiero) y la tecnología. El autor deja claro el riesgo de que se “nos despoj[e] de nuestra humanidad” (Bellver, 2021, p. 224)¹⁶. Pero solo lo refiere a la tecnología digital. ¿No puede decirse que también el transhumanismo y el discurso de género expulsan del centro al simple ser humano claro y definido y ponen en su lugar en un caso al ser humano transformado y en otro a la fluidez de género? ¿No representa eso también un golpe —otro tipo de golpe—

Desde un punto de vista conceptual debe añadirse que los derechos fragmentados tampoco son antropocéntricos porque en ellos el centro es el fragmento, situación o actividad que constituye el núcleo del derecho que sea: inmigrante, madre, padre, niño, enfermo, anciano, desempleado... La pulverización de los derechos y los riesgos que implica no son, en su origen, nuevos, ni son un problema exclusivo de los transgénero o de la ideología LGBTI; más bien se trata, otra vez, de una concreción de un planteamiento general a este caso. Como escribía G. Marshall hace ya casi cuarenta años:

Érase una vez el término libertades cívicas, que tenía un significado muy claro. Comprendía los principales derechos del ciudadano contra el poder público: estar libre de detenciones injustas y encarcelamientos arbitrarios; libertad de expresión y libertad de reunión. Pero a las libertades cívicas le han sido añadidos los derechos cívicos en el sentido americano, en particular el derecho a la igualdad o a un tratamiento sin discriminación, al menos si está basado en la raza, el sexo y la nacionalidad y (más polémicamente) en la religión, el lenguaje, la edad, la talla, o en unas previas condiciones de belleza. Además, han sido descubiertos o afirmados nuevos tipos de derechos o pretensiones sociales —por ejemplo, derechos a la educación, al salario mínimo, a la seguridad social, a la intimidad, a la información pública y a la afiliación sindical, por no mencionar los inalienables derechos de los empleados a romper unilateralmente los términos de sus contratos de trabajo, a comunicar información a sus compañeros de trabajo y a persuadirlos pacíficamente de que trabajen o se abstengan trabajar...—. Algunos niegan que ciertas libertades, como las que implican uso de la propiedad o elección de una educación privada, sean libertades o derechos en absoluto... (Marshall, 1984).

¹⁵ A propósito de la locura del cambio y de la tecnología digital.

¹⁶ Nótese que también en el apartado de la digitocracia.

De esa manera, en esta cuestión, como en otras de las planteadas aquí (la visión del Derecho, de la política y de la historia; los derechos, los sujetos-grupo autojustificados, las metas absolutas), desde un punto de vista de teoría jurídico-constitucional no estamos ante un problema radicalmente nuevo sino ante unas categorías generales actuales, aplicada ahora a las cuestiones de género. No ignoro que la visión del Prof. Bellver está mucho más cerca de la comúnmente aceptada que la mía.

3.5. Merece unas palabras la cuestión de la emancipación, a la que el autor se refiere en varias ocasiones. ¿En qué consiste propiamente? ¿Qué idea tenemos de ella? Incluso prescindiendo del derecho romano es claro que —por ejemplo— se emancipa un esclavo o que se emancipa un país sometido a otro, pero yo no me emancipo de las limitaciones de la naturaleza humana ni de la ley de la gravedad. (De otras leyes me gustaría emanciparme, como las tributarias, las administrativas sancionatorias y las penales). Tampoco se emancipa uno de la enfermedad; con suerte, se cura de algunas. El remedio de las muchas enfermedades, carencias, injusticias, accidentes y casualidades que hay en la vida no siempre es una emancipación; menos todavía, una emancipación debida conforme a derecho. No se emancipa uno de la condición humana, con todas sus limitaciones, ni es claro que eso hubiera de traernos la felicidad. Como la naturaleza humana no tiene previsto que los hombres podamos ir a Marte, la posibilidad de hacer ese viaje está muy bien, pero no tiene nada de emancipatorio. ¿Qué hay de verdadera emancipación en el transhumanismo? Como dice Bellver, “nuestra meta no es llegar a ser más de lo que somos” (2021, p. 213). ¿Fue la invención del ferrocarril una emancipación? Propiamente, no, aunque ese medio de transporte sea, quizá, el mejor. *Stricto sensu*, ¿qué hay de emancipación en la tecnología digital? ¿En poder cambiarse de sexo? No todo lo que uno pueda desear, con justicia o sin ella, es una emancipación. Soy partidario de reservar esa palabra

(como todas en el mundo del derecho) para los casos en que realmente proceda y diría que el autor, al hablar de “las demandas de justicia transgénero” resulta equívoco en ese punto (lo primero que uno se pregunta es si la justicia transgénero es un concepto autoconsistente, pues la justicia hace referencia siempre a algo que es debido, al *suum cuique*). Las frases como “el transhumanismo, el discurso transgénero y el digitalismo expresan demandas de emancipación y justicia que deben ser atendidas” no parecen encajar perfectamente con “no llegar a ser más de lo que somos” porque las múltiples limitaciones de la condición humana y la existencia de muchos problemas que no puede solucionar el derecho pertenecen a “lo que somos”. ¿No expresaría el discurso cisgénero —si existiera— unas demandas de emancipación y justicia no menos atendibles en los países occidentales hoy? En un momento en el que un simple *tweet* contrario a la opción *trans* puede acarrear la cárcel (y otras formas de exclusión y castigo), ¿qué es lo más justo? Tomando la británica *Malicious Communications Act*¹⁷ y sus interpretaciones dominantes, ¿a qué conclusiones llegaremos? ¿Quién está más protegido por ella?

3.6. En el presente artículo, ¿aparece la opción LGBTI como acreedora de la común dignidad humana? Aún más: ¿igual de digna en todas sus formas? Tras solo una lectura rápida la respuesta sería afirmativa (de nuevo, excepto los excesos queer).

Esas preguntas nos hacen volver a una de las cuestiones generales y concretarla a nuestro caso. Desde que la dignidad humana caló en nuestra cultura, el razonamiento científico en humanidades y ciencias sociales se ha visto, lógicamente, afectado. ¿Tenemos todos idéntica dignidad humana? Sin duda. ¿Quiere eso decir que todo lo que hagamos todos nosotros está protegido por el paraguas de esa dignidad y por ello todo merece idéntico respeto y juicio moral? Imposible. Para que todas mis acciones mereciesen el mismo juicio moral positivo sería

¹⁷ 1988, reformada por última vez en 2020. Recuperada de: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1988/27/section/1>

necesario que todas fueran igual de buenas, lo que no sería posible sin negar la libertad humana. Una persona hace, de hecho, muchas cosas buenas, otras malas y otras regulares. Y las malas no se convierten en buenas por haber sido realizadas por alguien dotado de la misma dignidad que el hombre más bueno y sabio del mundo. En matemáticas esto está claro: quien sostenga que $2 + 2$ son 33.7 merecerá todo el respeto del mundo; lo que él sostiene, ninguno. Las conductas malas, discutibles, erróneas, triviales o antinaturales de un hombre digno y libre, sus posturas ante la vida e incluso su visión de sí mismo, no gozan por ello de la misma dignidad que ese ser humano. Pueden ser inexpugnables por ser suyas, pero no necesariamente buenas o acertadas. Así como no se contagia automáticamente la belleza ni la excelencia moral, tampoco le transmitimos necesaria y automáticamente la dignidad a todo lo que hacemos. Una persona digna puede hacer algo que objetivamente sea una indignidad.

En el fondo, lo tenemos bien claro porque todos nosotros hacemos muchas cosas que no son buenas o que son, simplemente, tonterías. Planea sobre el apartado IV de Bellver una sensación de fondo de indeterminación y ausencia de naturaleza, insuficientemente contrapesada por las referencias a realidad y lo dado; impresión de que todo es igual de digno según los acuerdos a los que lleguemos; de que como las personas LGTBI son seres humanos dotados de dignidad, cosa indiscutible, las posibles conductas sexuales, el discurso de género y las diversas orientaciones, identidades y expresiones sexuales, son todas igualmente dignas y acreedoras al mismo juicio moral y jurídico. Ello es manifiestamente imposible porque una cantidad tan grande de conductas, identidades, orientaciones, variantes y situaciones (Facebook reconoció 50 géneros; otros, más de 100; el posible “tercer sexo” de Simone de Beauvoir resulta hoy

juego de niños) nunca merecería el mismo juicio jurídico ni moral. Ni siquiera lo merecerían las cien posibles modalidades de venta por correo.

Veamos algunos ejemplos de esa sensación de ausencia de juicio jurídico-moral¹⁸: “Garantizar la igualdad y reparar las injusticias en materia de orientación, expresión e identidad sexual resulta imprescindible”, aunque, se aclara, “eso no quiere decir que deba hacerse desde la filosofía ‘*queer*’” (Bellver, 2021, p. 217)¹⁹. ¿Desde cuál debe hacerse? Es claro que si hay injusticias es justo repararlas si se puede —los juristas sabemos que no siempre— y si no se producen injusticias mayores. Si no se nos aclara más en cada caso, la frase se queda en una generalidad redactada de una manera que el *onus probandi* es arrojado sobre quienes no compartimos el planteamiento dominante. En la realidad, ¿quién identificará esas injusticias? A menos que sean *clear and present*, como el peligro en el test judicial americano, podría ocurrir que las identifiquen unas élites transnacionales. Si fueran históricas (como será en no pocos casos), ¿quién las pondrá en su contexto antes de juzgarlas? ¿Las mismas élites? ¿Sobre quién recaerá la carga de la reparación? *A fortiori*, sobre los vivos, ustedes y yo, aunque no hayamos cometido ninguna.

Véanse más arenas movedizas: “Vivimos, pues, una coyuntura sociocultural apasionante por lo que se refiere a la configuración pública de la identidad y la orientación sexual. Que ambas dejen de ser objeto de reproche penal o social constituye un avance trascendental en la historia de la humanidad” (Bellver, 2021, p. 215). El reproche penal es una cuestión, el social, otra.

El derecho penal es una rama muy especial del derecho. Ya la Escolástica medieval decía que no compete al legislador castigar todos los vicios ni premiar

¹⁸ Donde no hay enjuiciamiento de bien/mal, no hay tolerancia; si acaso, habrá pasotismo. Nuestros dos últimos decenios muestran con qué facilidad el pasotismo convive con la intolerancia y el autoritarismo. Sugiero Pereira Menaut (2012).

¹⁹ ¿Puede entenderse que mientras no se haga desde esa filosofía, no habrá problema? Como ya advertimos, las mismas expresiones “orientación”, “expresión” e “identidad” sexuales son muy modernas y no poco ideológicas. Eso no las desautoriza automáticamente, pero ahora contribuye a poner las cosas en su sitio.

todas las virtudes. San Agustín decía que el intento de erradicar por completo la prostitución haría más daño que provecho. Hoy, el Código Penal español, junto con las principales leyes complementarias, forma un gigantesco y detallado instrumento de configuración social que controla penalmente cada día más conductas. Pero de por sí, el derecho penal es (o era) otra cosa: el derecho de los delitos y de las penas, sobriamente. Es irónico que el último Código Penal del franquismo fuera muchísimo más sobrio, y en algún punto más blando, que el actual de la democracia. El juicio bueno o malo sobre una acción es una cosa; el castigo es otra. Aunque los delitos son punibles, incluso la comisión clara de un delito puede no ser castigada en determinadas circunstancias. Esto, que es de sentido común, se sabe desde siempre (ejemplos: la *dissimulatio* y la *dispensatio legis poenalis*), pero nuestro actual exceso de teorización nos dificulta verlo. Si ustedes son de los que creen que en una discusión racional no se puede introducir argumentos de origen religioso porque solo eso los hace sospechosos les ruego que no me denuncien a la policía y que vean la sabiduría y el sentido común de las siguientes palabras: “*nec ego te condemnabo vade et amplius noli peccare iterum*” (“tampoco yo te condenaré; vete y no vuelvas a pecar”, Evangelio de S. Juan, 8,11).

Para terminar con un reproche de naturaleza social, como para instaurar otro —cualquiera que sea, aunque sea el tabaquismo—, es preciso coartar mucho la libertad de las personas, invadir totalitariamente sus mentes, acabar con su capacidad de juzgar y dejarles el electroencefalograma intelectual plano, como ya sucede. Para conseguir que el reproche social sea cero, es preciso que ninguna persona (o muy pocas) consideren en su fuero interno que la homosexualidad no es algo reprochable, o desafortunado, o por lo menos no deseable para sus hijos, o en todo caso que pierdan su

libertad de decirlo. Y en una comunidad política liberal eso no se puede exigir porque implica violentar la libertad más interior de las personas. El citado Mill, uno de los principales ideólogos del liberalismo clásico, decía que mientras no se produzca daño a los demás se puede hacer lo que se desee. Lo que no decía es que los demás deban dar su conformidad, adhesión ni consentimiento²⁰. A los no homosexuales —como a todos— se nos puede exigir respeto, no aprobación. Esto es de sentido común porque en realidad no se nos puede exigir aprobación ni conformidad *total* en ningún caso ni siquiera con todo lo que haga nuestro mejor amigo, ni siquiera con el cien por cien de los pensamientos y acciones de nuestro cónyuge en el más idílico de los matrimonios. Nadie nos puede obligar, a ustedes ni a mí, a aprobar lo que no nos gusta, ni siquiera en el terreno estético; menos aún en el moral; solo se nos puede obligar a respetar a las personas.

En la realidad de hoy, la sociedad (al menos la española) no es liberal, cualquiera que sea el discurso políticamente correcto. A medida que avanza el tiempo, el cambio profundo de actitud va calando hasta en el lenguaje corriente. Antes no era raro escuchar “vive y deja vivir”; ahora se oye mucho menos porque la filosofía de fondo de la corrección política implica cumplimiento. Lo que domina, especialmente tras el covid-19, es: cófrmate, cumple la norma, todos te vigilamos. Esta filosofía general se está aplicando al covid, las vacunas, el medio ambiente, el planeta y el pago de los impuestos por injustos y confiscatorios que sean, terrenos en los que ha habido un importante cambio en la visión pública. Es evidente que por tales cambios de actitud social se paga un alto precio en términos de libertad: censura, exclusión del disidente, vigilancia, debilitación de los vínculos personales... Vistos los recientes resultados, es discutible que el Estado (y menos todavía la UE, la ONU y las *Big Tech*) deban encargarse de acabar con el reproche social.

²⁰ Puede incluso desaprobarlo abiertamente: cuando uno no está de acuerdo con lo que hace otro (sin dañar a terceros) porque lo encuentra imprudente, malo para quien lo hace o incluso injusto, puede reprochárselo seriamente, razonárselo, persuadirlo o pedirle que no lo haga, pero no obligarlo (“*compelling*”; ver Mill, 1989, p. 13). Hoy, a los discrepantes de la ideología de género se nos pide, abiertamente, que no discrepemos ni siquiera interiormente, y ay de quien se atreva a reprochar. Resultado: otra mala noticia para el liberalismo, aunque quienes la defiendan se hagan llamar *liberals*. No estamos ante otro planteamiento de la libertad sino ante un planteamiento no liberal.

Bellver da a entender algo de ese peligro cuando menciona aquella “rigurosa observancia de pensamiento, palabra y obra” a que tiende la aceptación universal de la filosofía *queer*²¹.

No sé cómo lo ven ustedes, pero yo diría que ahí se habla como si no estuviéramos ante una cuestión extraordinariamente sensible que se dirige como una flecha al núcleo mismo del hombre y la mujer, todas cuyas células, hasta las de las uñas, son masculinas o femeninas. Si estamos ante el centro del hombre estamos obligados a pronunciarnos como personas racionales y

libres con “apetito de la verdad objetiva” (C.S. Lewis²²), aunque sea siempre con el mayor respeto. Esto no es como discutir sobre federalismo o centralismo ni sobre propiedad privada o del Estado aunque ambos litigios, a veces, hayan costado sangre. Estamos discutiendo sobre los tuétanos del ser humano, y eso no se le escapa al autor: “...el impacto de estos tres fenómenos es universal, afectando a toda la humanidad, y llegando hasta los tuétanos de su vida, produciendo unos efectos completamente disruptivos” (Bellver, 2021, p. 203). Más voraz, entonces, debe de ser nuestro apetito de verdad objetiva.

4. Sobre el movimiento LGBTI

Las críticas no parecen muchas. No digo que deban ser muchas; eso es cosa del autor. Consisten, sobre todo (si me equivoco agradeceré que me corrijan ustedes) en una seria crítica a la filosofía *queer* (recuérdese “algunas de las políticas impulsadas desde esa filosofía pueden percibirse como dogmáticas”; conversión en “religión de Estado”). También se deduce una importante crítica indirecta tras un largo párrafo que consta de una batería de preguntas, auténticas cargas de profundidad:

¿Existe un consenso científico, político y social incuestionable acerca de que la identidad de género es algo completamente subjetivo, independiente del sexo biológico? ¿Debemos asumir que la emancipación de la humanidad necesariamente pasa por romper el vínculo entre identidad de género y biología? ¿Pensamos que los padres deben educar a sus hijos en el principio de la fluidez del género teniéndolo por indiscutible, y que así debe ser enseñado también en la escuela? ¿Debería borrar en la vida social cualquier signo

que vincule sexo y biología con carácter prescriptivo? ¿Deberíamos eliminar la asignación oficial de una identidad sexual desde el nacimiento y esperar a que cada individuo vaya manifestando la suya a lo largo de su vida? ¿Atribuir un nombre en función del sexo asignado al nacer debería tenerse como una agresión quizá irreparable en el futuro desarrollo de la persona? ¿Deberíamos suprimir los géneros de las lenguas que lo tengan, en la medida en que su existencia sirve para sostener y legitimar la idea de que, en lo que se refiere a los seres humanos, existen dos géneros: masculino y femenino? [...] ¿Debe extenderse la figura del matrimonio para abarcar las relaciones afectivas homosexuales, o entre más de dos personas, o es razonable pensar en un tipo de contrato distinto que regule ese tipo de relaciones afectivas? ¿Debe exigirse a las personas que quieran cambiar de sexo y de nombre que acrediten la firmeza de su voluntad o basta con la manifestación de su deseo? ¿Cuántas modalidades de vivir el género autodeterminado

²¹ “Religión de estado, que exige rigurosa observancia...” (Bellver, 2021, p. 221). Entendemos que son las antípodas de “vive y deja vivir”.

²² “The fact that we are coming to be almost the only people who appeal to the buried (but not dead) human appetite of the objective truth” (Lewis, 2017, pp. 80-81).

deberían contemplarse en el Registro Civil? ¿Debería dejarse participar a las personas trans en las competencias deportivas del género con el que se identifican? ¿Qué relación cabe establecer entre un varón trans y un hijo al que dé a luz? ¿Debería prohibirse cualquier tratamiento orientado a combatir la orientación homosexual o la no identificación con el propio sexo, aunque se haga fuera del ámbito clínico y con el consentimiento del sujeto? ¿Debe permitirse que las personas trans utilicen los baños y vestuarios del género con el que se identifican? ¿Debe permitirse el tratamiento hormonal en los menores de edad? En esos casos, ¿debería exigirse el consentimiento de los padres? ¿Y cuándo se consideraría un tratamiento, o una cirugía de reasignación en esos menores, prematura o pertinente? (Bellver, 2021, pp. 222-223).

Con todo el alcance de esas preguntas, la respuesta percibida por mí no despeja todas mis dudas (no descarto que despeje las de ustedes): estamos ante cuestiones que merecen ser tomadas en serio porque hay personas que viven en situaciones difíciles (lo cual en abstracto es innegable); hace falta un debate plural y sin prejuicios (proposición siempre cierta); “aplicar... la filosofía *queer* quizá no dé con las respuestas más atinadas”, hay que abrirse a la riqueza de lo real y relativizar la lógica del espíritu de abstracción y del deseo ilimitado... Tratando de estas materias no se perciben, o no claramente, la distinción bien/mal, el papel de la naturaleza o las consecuencias de que *res sunt*. Los padres, la familia y los niños se lo juegan todo en estas lides, pero no son los grandes actores porque, al presentarse estas cuestiones como políticas y sociales, los actores principales vienen a ser los poderes públicos y los grupos sociales.

Pero al final de la jornada, por mucho que intentemos evitar las preguntas incómodas y las cuestiones últimas,

volveremos a darnos, como contra una pared, contra la cuestión del bien y el mal, lo moralmente correcto y lo incorrecto, si existe una realidad y una naturaleza o no, una verdad objetiva o no, “the human appetite for the objective truth” que dice Lewis²³, o no, y si ello debería repercutir en el derecho, y en qué medida. Es un problema inescapable. Si el derecho trata igual a los transgénero, a las uniones homosexuales y a las heterosexuales en conductas externas como adoptar niños, no está dando “a cada uno lo suyo”. No estamos ante preferencias subjetivas de similar peso, sino ante realidades objetivamente diferentes con repercusiones indiscutibles sobre terceros inocentes y, a no muy largo plazo, sobre la sociedad. Si el legislador reescribe el matrimonio, como en España y otros países, está privilegiando a una minoría que viene a tener la capacidad de obligar a la gran mayoría a contraer un género de unión en la que tiene que caber una relación de tipo homosexual que no puede generar hijos. Por tanto, un diseño para la minoría. No se les convertiría en privilegiados si la ley reconociera varios tipos de unión: Unión A, homosexual; Unión B, heterosexual; Unión C, poligamia; Unión D, poliandria, etc. No es casualidad que el legislador haya optado por *one size fits all*, lo cual, cuando las tallas no son objetivamente las mismas, no se puede poner en práctica sin forzar o diluir a alguien. Nada raro, entonces, que el matrimonio de ahora, con tan pocos requisitos imprescindibles, se vaya deslizando hacia una forma de amistad. Retiradas la diferencia sexual y la generación, si solo se necesita un pacto de afecto, ¿qué lo diferencia de la amistad? El siguiente paso ya se está dando: los recientes matrimonios homosexuales de amistad, incluso sin contacto físico²⁴. Era cuestión de tiempo. Inevitablemente, uno se pregunta: ¿para qué seguir estirando la palabra “matrimonio”? ¿Qué tiene eso en común con la unión por la que mis padres me generaron a mí?

²³ De nuevo, seamos claros: ¿tenemos apetito por la verdad objetiva o creemos que no existe o que no tiene sentido apetecerla? Si la respuesta es afirmativa podremos ser excluidos de más de un ambiente o institución académica.

²⁴ Ver Danielle Braff (2021). Aparecen dos mujeres, Jay y Krystle Guercio, casándose el 14 de noviembre de 2020. “La pareja comparte cama sin ningún contacto físico”, dice el pie de la foto. ¿Es realista abstenerse de negarle la calidad de matrimonio? ¿Es realista seguir considerando esa relación en pie de igualdad con el matrimonio heterosexual por legalismo o por corrección política? Incidentalmente: aparte de lo anterior, ¿hay ahí algo de la actual “desmaterialización”?

No sé si alguno de ustedes se sorprenderá al oír la palabra “privilegio” referido a una minoría como las personas LGBTI que históricamente han sido todo lo contrario y lo son todavía en países no occidentales. Lo primero sería precisar si es correcto generalizar ese acrónimo. No deberíamos llamar LGBTI más que a las personas homosexuales que se reconozcan en ese vocablo, que ni siquiera hoy son todas, como no todas están a favor del matrimonio homosexual (muchos no están a favor de ningún matrimonio). Llamar así a personas homosexuales que vivieran —por ejemplo— en el siglo XIII, cuando ese concepto no existía ni nadie podía imaginarlo, ¿es correcto? Tomemos un ejemplo más neutro: ¿es correcto hablar del Estado en Mesopotamia antes de Cristo? Evidentemente, no, porque no había Estado ni lo habría en muchísimos siglos. Una persona homosexual de hace veinte siglos, un Virgilio, por ejemplo, si pudiéramos resucitarlo y traerlo aquí hoy a esta reunión académica, ¿se reconocería a sí mismo en el actual discurso LGBTIQ+? Las palabras están muy cargadas y no son triviales. En cualquier caso, ¿se puede decir que estén privilegiados? Históricamente, parece haber sido al contrario. Hoy, en cambio, no parece exagerado decir que lo están (al menos en los países e instituciones occidentales), aunque siguen muy castigados en otros lugares. ¿Conocen ustedes alguna otra minoría tan escasa en el conjunto social que haya conseguido determinar la forma del matrimonio para todo el resto, la educación de los niños de todo el resto, el lenguaje de todos, la libre expresión de todos e incluso, tendencialmente, los pensamientos, filias y fobias de todos? ¿Es exagerado, entonces, considerarles privilegiados? Ni siquiera el proletariado, aun siendo numéricamente muchísimo mayor, consiguió dictar la *forma mentis* de toda la sociedad ni menos aun llegar “a los tuétanos” de las personas.

El Prof. Bellver hace un valiente intento de dialogar. En conexión con eso, también insiste en llegar a acuerdos sobre los cuales tomar las decisiones que proceda.

Diremos, por tanto, algunas palabras sobre el acuerdo (fundamental/procedimental) y el diálogo.

Sería ingenuo no tener en cuenta que los tiempos que Chesterton profetizó —llegará un día en que para demostrar que la hierba es verde habrá que desenvainar las espadas, escribió en *Herejes*— están aquí. Aristóteles decía que lo más básico no tiene que ser discutido: si alguien duda de que hay que honrar a los dioses y amar a los padres necesita una reprensión y si duda que la nieve es blanca necesita una percepción (*Tópicos*, libro I, 105a). Sir Bernard Crick, en los ochenta, decía que el acuerdo fundamental es innecesario porque se reduciría a obviedades como que un hombre es un hombre y una rosa es una rosa (Crick, 1972, p. 181). Pero en unas pocas décadas hemos llegado precisamente a un punto en que si uno dice en voz alta y clara que “un hombre es un hombre” puede ser acusado de discurso de odio o de homofobia. Si uno lee con un megáfono en la plaza pública la doctrina bíblica sobre el matrimonio puede ser detenido (el ejemplo es real). ¿Avanza algo la ciencia con no tener en cuenta eso? Hoy no hay *agreement on fundamentals* ni entre los anglosajones que lo inventaron —basta mirar a los Estados Unidos de hoy— y ni siquiera el acuerdo meramente procedimental goza de buena salud.

Cuando no hay acuerdo básico es muy difícil llegar en poco tiempo a producirlo. Y el problema es que dialogar sin un mínimo acuerdo detrás es como jugar al fútbol en un terreno que no está fijo ni estable. El acuerdo fundamental es como el folklore: llevó siglos llegar a él, llevó mucho menos tiempo destruirlo, y ahora nos encontramos con que no se puede producir *ex novo* como “por decreto”. Ni siquiera reuniéndonos en el foro público y votándolo (cosa que, aunque en toda supuesta democracia se supone que se hace, jamás se hace). Un ejemplo es el loable intento de los profesores Beauchamp y Childress de elaborar un acuerdo mínimo indiscutible y universal en materia de bioética con sus Cuatro Principios de la Bioética (Beauchamp & Childress, 2013)²⁵. Sin negarle

²⁵ Los principios son beneficencia, no maleficencia, autonomía y justicia.

su mérito —a cada uno lo suyo— son un ejemplo de imperialismo cultural.

La última objeción, antes de pasar a las conclusiones, es la confianza que el autor parece poner en leyes, regulaciones, tratados internacionales, gobiernos e instituciones internacionales. Nosotros, como ya dejamos claro, partimos de la democrática y liberal desconfianza en todo gobierno, que es la actitud del buen ciudadano. También habla positivamente de la Agenda 2030:

Nuestra meta [criticando el transhumanismo] no es llegar a ser más de lo que somos. Es lograr que el conocimiento tecnocientífico deje de ser un elemento esencial de la morfología del capitalismo contemporáneo ejerciendo una despiadada ortopedia social, y se ponga al servicio del objetivo que sintetiza la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible: no dejar a nadie atrás. Extendiendo su misión, cabría decir que ese conocimiento debe estar al servicio de deseos

acrisolados por su razonabilidad (Bellver, 2021, p. 213).

A nadie se le oculta que dicha Agenda es un típico plan elitista, ajeno al hombre de la calle, que implica una gobernanza global... de los países ricos y poderosos y de las *Big Tech* sobre los demás. Su lenguaje inclusivo no pasa de las palabras. Por ejemplo, fomentando la digitalización y la cuarta revolución industrial producirá un masivo desempleo, lo que aumentará necesariamente la ya grave brecha de la desigualdad. Añádase que la Agenda es tan abarcadora e invasiva que no se podrá ejecutar sin mucha ingeniería social. Aunque se aprobó en 2015 su aplicación tras el Covid-19²⁶ reviste nuevas amenazas más o menos solapadas para la libertad y más abiertas amenazas de cambios radicales decididos unilateralmente aprovechando la maleabilidad de la situación pandémica. Sus redactores no fueron san Francisco de Asís y la madre Teresa de Calcuta, ni Martin Luther King y Gandhi, sino los usuales burócratas de la ONU que consideran el mundo como una hoja en blanco en la que pueden reescribirlo todo según deseen.

5. Conclusión

Se confirma la impresión de varias piezas suficientemente diferenciadas que la introducción y la conclusión no alcanzan a integrar plenamente en el mismo estante del entendimiento.

Desde la aceptación de lo políticamente correcto en materia de transhumanismo y género termina poniendo en duda lo políticamente correcto.

Los problemas que se plantean en el artículo son, en buena parte, completamente nuevos y el autor los identifica muy bien (es uno de los méritos). Sin embargo,

el hilo del discurso también puede ser interpretado como la aplicación de unas categorías generales actuales a estos casos (en especial, respecto de las demandas de justicia transgénero).

A pesar de todas las menciones a la realidad y al encuadre inicial del artículo, no parece muy iusnaturalista (de nuevo, no tiene por qué serlo) pero tampoco muy *commonsensical*.

¿Quién defiende a los heterosexuales, a la familia heterosexual, al niño que va a ser entregado en adopción

²⁶ La aplicación puede variar según países.

—inevitavelmente, sin su consentimiento— a una pareja homosexual? ¿Quién defiende lo justo natural? Puede que no sea el propósito de este artículo (no tiene por qué serlo), pero este lector no puede dejar de preguntárselo. Y cabe preguntarnos: ¿avanzamos algo en la solución de estos problemas ignorando lo natural?

Desde *Alicia*²⁷ quedó claro que, para algunos, las palabras significan lo que quiera el que manda. Aceptar la premisa mayor y el lenguaje contrario es arriesgado. Desde esas premisas (aceptar el género implica que no

hay sexo dado y fijo), defender, por ejemplo, los derechos de los padres no será fácil. El profesor Bellver los menciona varias veces, pero no parece fácil incrustarlos en el discurso.

Deseo suerte al Prof. Bellver en su noble propósito de tender puentes y encontrar un lugar común para dialogar. Comencé diciéndoles que su artículo está más próximo a los planteamientos hoy dominantes que mi crítica. Ustedes juzgarán.

Referencias bibliográficas

- Beauchamp T. & Childress, J. (2013). *Principles of Biomedical Ethics* (7ª ed.). New York, Oxford: Oxford University Press.
- Bellver-Capella, V. (2021). Transhumanismo, discurso transgénero y digitalismo: ¿exigencias de justicia o efectos del espíritu de abstracción? *PersonayDerecho*, (84), 197-233. <https://orcid.org/0000-0002-8776-397Xdoi.org/10.15581/011.84.002>.
- Braff D. (2021.05.01.). From Best Friends to Platonic Spouses. *The New York Times*. <https://www.nytimes.com/2021/05/01/fashion/weddings/from-best-friends-to-platonic-spouses.html>.
- Carroll, L. (2018). *Alice's Adventures in Wonderland*. New York: Barnes & Noble Inc.
- Crick B. (1972). *In Defence of Politics* (2ª ed.). Chicago-London: The University of Chicago Press.
- Hartley, J.P. (1978). *The Go-Between*. Guild.
- Lasch, Ch. (1996). *La rebelión de las élites y la traición a la democracia*. Barcelona: Paidós.
- Lewis C.S. (2017). Modern Man and his Categories of Thought. En C.S. Lewis, *Present Concerns* (pp. 72-82). Nueva York: Harper One.
- Marshall, G. (1984). A Happy New Year for Civil Liberties. *Parliamentary Affairs*, 37(1), 333-336. <https://doi.org/10.1093/oxfordjournals.pa.a051942>.
- Mill, J.S. (1989). *Liberty and Other Writings* (S. Collini ed.). Cambridge: Cambridge University Press.
- Pereira Menaut, A-C. (2012). Elogio de la Tolerancia (y de la Imperfección). *Mercurio Peruano*. (525), 213-221.
- Schall, J. (11.19.2017). On a world without war. *Mercatornet*. <https://mercatornet.com/on-a-world-without-war/22609/>
- Snell, R.J. (2021.04.03) Returning to Egypt: On the Loss of Mercy *Public Discourse*. <https://www.thepublicdiscourse.com/2021/04/75136/>.

²⁷ Lewis Carroll en *Alice's Adventures in Wonderland*, 1865 dice: " 'When I use a word', Humpty Dumpty said, in rather a scornful tone, 'it means just what I choose it to mean — neither more nor less'. 'The question is', said Alice, 'whether you can make words mean so many different things'. 'The question is', said Humpty Dumpty, 'which is to be master — that's all'" ("Cuando uso una palabra", dijo Humpty Dumpty en tono más bien despectivo, 'significa justo lo que yo decido que signifique, ni más ni menos'. 'La cuestión es', dijo Alicia, 'si puedes hacer que las palabras signifiquen cosas tan diferentes'. 'La cuestión es', dijo Humpty Dumpty, 'quién ha de ser el amo, eso es todo'").